

DEVER DE LEALDADE PROCESSUAL E ANÁLISE ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ À LUZ DOS *PUNITIVE DAMAGES*

Maicon de Souza e Souza¹

Resumo: Este artigo tem o escopo de analisar o dever de lealdade processual, pautando-se no princípio da cooperação entre as partes, e, traçando-se considerações sobre a boa-fé (objetiva e subjetiva) e má-fé processuais. Analisam-se ainda as conseqüências econômicas advindas do provável estímulo da legislação processual para a litigância de má-fé, devido à ineficácia prática das multas e indenizações previstas no Código de Processo Civil Brasileiro (Lei nº 5.869/73). Por fim, estuda-se a possibilidade da aplicação dos *punitive damages* como sanção processual, direcionada ao litigante que reiteradamente age de má-fé.

Palavras-Chave: Dever de lealdade processual – Boa-fé processual – Litigância de má-fé – Análise Econômica – *Punitive Damages*.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO. 2. DEVER DE LEALDADE PROCESSUAL E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. 2.1 MULTA POR PRÁTICA DE ATO ATENTATÓRIO AO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO. 2.2 MULTA, INDENIZAÇÃO, PAGAMENTO DE CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS POR ATO EIVADO DE MÁ-FÉ. 2.3 MULTA POR ATENTADO AO PROCESSO DE EXECUÇÃO. 3 BOA-FÉ PROCESSUAL E INEFICÁCIA PRÁTICA DAS SANÇÕES COMINADAS PARA DIRIMIR A MÁ-FÉ. 4 ANÁLISE ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ Á LUZ DOS *PUNITIVE DAMAGES*: APLICABILIDADE? 4.1 CONCEITO. 4.2 PRESSUPOSTOS PARA A APLICAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES*. 4.2.1 A conduta reprovável. 4.2.2 A obtenção de lucro com o ato ilícito. 4.2.3 O elemento pedagógico-desestimulador. 5. CONCLUSÕES. 6. REFERÊNCIAS.

¹ Advogado integrante do Escritório de Advocacia Aurélio Pires S/C. Pós-Graduando em Processo Civil pela Universidade Federal da Bahia - UFBA (2011.1). Graduado em Direito pela Universidade Salvador - UNIFACS (2010). Membro da Associação Baiana de Advogados Trabalhistas (ABAT).

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a lei é um comando imperativo, servindo de instrumento que traça as regras a serem observadas e respeitadas pelos agentes sociais, prevendo as sanções para o caso de transgressão. Todavia, antes mesmo da vontade do Estado organizado, a própria sociedade estabelece padrões racionais, pautados em costumes arraigados de subjetivismo, que se modificam no tempo e espaço, cuja observância se dá independentemente das imposições emanadas por qualquer autoridade exterior. Nestes casos, a aprovação e censura passam pelo filtro da moral.

Enquanto no direito as regras impostas devem ser precisas e definitivas (lícito/ilícito), passando-se por mudanças paulatinas, a moral é facilmente mutável, passando por reavaliações histórico-sociais constantes, que muitas vezes antecede a vontade e intenção do legislador. Assim, ainda que numa demanda um agente comporte-se dentro do procedimento traçado pelo ordem jurídica, o resultado advindo desta atuação não está alheio à avaliação moral do caminho traçado para a produção dos resultados, pois o curso da marcha processual pode levar ao afastamento dos padrões valorativos prestigiados pelos bons costumes.

Assim, como o processo é um instrumento público de pacificação social, não se tolera o abuso de direito ou qualquer outra forma de atuação que enseje a litigância de má-fé pelos sujeitos do processo. Pautando-se nesta máxima, condutas procrastinatórias praticadas em juízo, contrárias à verdade e ensejadoras de fraude ou dolo processual, conspurcam o objetivo publicístico-social do processo, e, merecem ser sancionadas de forma exemplar, inibindo-se abusos de qualquer natureza.

O princípio da boa-fé é relacional, não sendo apenas mera cláusula comportamental. Dissocia-se de padrões objetivos rígidos e estáticos devido ao alto grau de dinamicidade inserto em seu núcleo epistemológico, que é a consagração da confiança entre todos os sujeitos envolvidos no processo, inclusive o julgador.

A confiança, núcleo do princípio da boa-fé, impõe a todos os sujeitos do processo (partes ou não) posturas condizentes com o dever geral de lealdade e cooperação, que deve imperar durante toda a marcha processual, exigindo-se posturas essencialmente éticas por parte dos litigantes e terceiros (advogados, procuradores, membros do Ministério Público, magistrados, oficiais de justiça, testemunhas, peritos, intérpretes, escrivães, auxiliares da justiça,

autoridades coatoras - em caso de mandado de segurança - entre outros), que devem colaborar com o Poder Judiciário na busca da efetivação da Justiça.

Apesar dos deveres de lealdade, cooperação e probidade constituírem verdadeiros pilares de sustentação do sistema jurídico-processual, consagrando em última análise o devido processo legal, é comum deparar-se com má-fé no curso do processo. Ora, em que pese haver instrumentos inibitórios (multas e indenizações) legalmente instituídos para sancionar transgressões, crê-se que há provável ineficácia destes, haja vista que apesar das condutas desleais renderem prejuízos a toda sociedade (destinatária última do processo), normalmente servem de meios para obtenção de lucros ilícitos e imorais através do processo, conseqüentemente gerando descrédito no poder de solução de problemas pelo Poder Judiciário.

Sob tais premissas, analisar-se-á em seguida o dever de lealdade processual, sanções já previstas expressamente no Código de Processo Civil pátrio quando da ocorrência de transgressões, passando-se ainda por um estudo econômico da má-fé processual. Assim, havendo comprovação da necessidade de mudanças, apresenta-se como sanção adicional, para litigantes que agem reiteradamente de má-fé, o instituto dos *punitive damages*, oriundo do *common law*.

2 DEVER DE LEALDADE PROCESSUAL E LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Empiricamente, e, fazendo-se uso das palavras de Márcio Louzada Carpena, a lealdade compreende “postura ética, honesta, franca, de boa-fé, proba que se exige em um estado de direito; ser leal é ser digno, proceder de forma correta, lisa, sem se valer de artimanhas, embustes ou artifícios”².

Processualmente significa fidelidade à boa-fé e ao respeito à justiça, traduzindo-se não só pelas declarações levadas a juízo, mas em especial pela forma de atuação no curso do procedimento, incluindo-se nesta seara ainda a inexistência de omissões, maléficas ao

² CARPENA, Márcio Louzada. **Da (des)lealdade no processo civil**. Curitiba: Gênese. Revista de Direito Processual Civil n.º 35, 2005. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marcio%20Carpena\(4\)-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marcio%20Carpena(4)-%20formatado.pdf). Acesso em: 04 jul. 2012.

resultado útil do processo. Assim, mostra-se como verdadeiro dever, de observância obrigatória pelo jurisdicionado.

O dever supramencionado está intimamente ligado ao princípio da probidade processual, que impõe às partes agirem de acordo com a verdade em todas as suas intervenções no processo, pautando-se na boa-fé quando da prática de atos. Ora, inexistente na legislação pátria qualquer dispositivo que autorize à parte mentir ou omitir fato relevante em juízo, para proveito próprio ou alheio, por mais que na prática cotidiana flagrem-se sujeitos agindo de tal forma.

Os destinatários do dever de lealdade não são apenas as partes envolvidas no litígio, mas todos aqueles que de alguma forma participam da lide, incluindo-se neste rol, obviamente, o próprio órgão julgador.

O inciso II do artigo 14 do Código de Processo Civil, verdadeira cláusula geral processual, determina que “são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo proceder com lealdade e boa-fé”³. Tal disposição, que carrega consigo conceito juridicamente aberto, uma vez interpretado conjuntamente com o artigo 17 do mesmo Código, que exemplifica condutas incontestavelmente desleais, dão subsídio ao julgador para identificar e reprimir as transgressões.

Não por acaso Luiz Guilherme Marinoni destaca que “as normas processuais abertas não apenas conferem maior poder para a utilização dos instrumentos processuais, como também outorgam ao juiz o dever de demonstrar a idoneidade de seu uso”⁴. Conclui-se assim, preliminarmente, nas palavras de Jean Carlos Dias que “não há, no caso da litigância, uma maior complexidade interpretativa do instrumental conceitual posto à disposição dos aplicadores”⁵.

A consagração da lealdade processual como dever de observância obrigatória transcende aos valores éticos constitucionalmente assegurados, sendo consequência lógica do devido

³ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 5.869, de 11 jan 1973. Código de Processo Civil**. Publicação D.O.U. 17 jan.1973. Disponível em: [www.planalto.gov.br]. Acesso em: 04 jul.2012.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Curso de Processo Civil. 6. ed. rev. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 117.

⁵ DIAS, Jean Carlos. **Análise Econômica do Processo Civil Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Método. 2010, cap. 03.

processo legal, subsídio apto a propiciar o verdadeiro acesso à justiça, em seu caráter substancial, uma vez que assegura a obtenção de resultado justo que se espera do processo.

Inspirado na valorização do devido processo legal, o legislador infraconstitucional previu no Código de Processo Civil várias formas de coibir a litigância de má-fé processual, valorizando o litigante que se pautar de forma ética no curso do procedimento, e, logicamente, reprimindo aqueles que maculem a atividade judicante (partes ou terceiros), pois o resultado útil do processo só é possível com a conjunção de esforços de todos, na busca da pacificação social.

Corroboram as afirmações de Humberto Theodoro Júnior⁶, que defende:

No sistema democrático de processo, o resultado da prestação jurisdicional é gerado pelo esforço conjunto de todos os sujeitos processuais, inclusive, pois, do autor e do réu. Não basta que o juiz se comporte eticamente. O mesmo padrão de conduta há de ser observado pelas partes e seus advogados.

O Supremo Tribunal Federal, através de voto do Ministro Gilmar Mendes⁷, já apresentou posicionamento sobre a matéria aqui debatida, afirmando que o princípio da boa-fé processual é substrato substancial do devido processo legal, servindo de instrumento limitador do exercício de defesa do réu, e, ao mesmo tempo assegurando um processo com todas as garantias aos jurisdicionados.

Transcreve-se abaixo trecho da fundamentação do acórdão, a fim de elucidar o supramencionado:

O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetivação dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.

A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Boa-fé e processo – princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz**. Revista Jurídica. São Paulo, Junho, 2008. vol. 368. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior\(3\).formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior(3).formatado.pdf). Acesso em: 04 jul. 2012.

⁷ EMENTA: Recurso extraordinário. 2. Diretor-geral de Tribunal Regional Eleitoral. Exercício da advocacia. Incompatibilidade. Nulidade dos atos praticados. 3. Violação aos princípios da moralidade e do devido processo legal (*fair trial*). 4. Acórdão recorrido cassado. Retorno dos autos para novo julgamento. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido. BRASILE. Supremo Tribunal Federal, **RE 464.963/GO**, Relator Min. Gilmar Mendes, 2ª T., julgado em 14/02/2006. DJU de 30/06/2006.

participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos.

Conclui o STF confirmando que o comportamento probo, de acordo com a boa-fé é dever de todos os sujeitos do processo, e, não só das partes litigantes, nos seguintes termos:

Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgão, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça.

De mais a mais, o STF consagra a existência de um dever geral de boa-fé, externado pela necessidade de conduta leal entre todos os envolvidos na marcha processual, substrato substancial do devido processo legal.

A legislação infraconstitucional, especificamente o Código de Processo Civil, traz em seu bojo várias disposições que consagram a necessidade de comportamento pautado na boa-fé, em todos os momentos do processo. Exemplificam tal afirmação os artigos 14, 15, 17, 161, 339, 340, 461 e 600, todos com previsão comportamental, que, uma vez inobservada, enseja a aplicação de sanções, seja através de multas ou indenizações.

Assim, o legislador garantiu ao julgador instrumentos que, uma vez aplicados, garantem a moralização do processo, tornando a prestação jurisdicional compatível com os anseios sociais. Todavia, cumpre às partes cooperarem com o órgão jurisdicional, impingindo ao processo ritmo conforme a garantia constitucional de justiça efetiva.

Márcio Louzada Carpena⁸ traduz com acuidade o explicitado, afirmando que “a perspectiva de acesso à justiça está atrelada ao de uso adequado e racional do processo, enquanto instrumento posto a serviço dos litigantes para dirimir conflitos”. Assim, afirma-se que no atual sistema processual brasileiro há a consagração do dever de cooperação entre as partes, traduzido por normas constitucionais⁹ e infraconstitucionais¹⁰, que aplicadas em conjunto garantem o acesso efetivo à justiça, não só formal, mas, principalmente substancial.

⁸ CARPENA, Márcio Louzada. **Da (des)lealdade no processo civil**. Curitiba: Gênesis. Revista de Direito Processual Civil n.º 35, 2005. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marcio%20Carpena\(4\)-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marcio%20Carpena(4)-%20formatado.pdf). Acesso em: 04 jul. 2012.

⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹⁰ Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 5.869, de 11**

De outro lado, convém salientar há a possibilidade de um ato ou conduta, inserto na margem de discricionariedade da parte e garantido legalmente, consubstanciar em abuso de direito, ensejando a quebra da boa-fé, mesmo que encoberto pela legalidade formal. Michele Taruffo¹¹ corrobora tal afirmação, quando defende:

De outro lado, um ato ou conduta que não implica mau emprego da regra processual (porque está “dentro” da faixa de discricionariedade atribuída pelo direito àquele sujeito) pode ser abusivo, por exemplo, quando é feito com o escopo de alcançar propósitos ilegais ou impróprios. Nessas situações, as cláusulas gerais de lealdade, devido processo, boa-fé ou parecidas devem ser utilizadas como cânones interpretativos a fim de detectar e avaliar práticas abusivas mesmo quando elas estão “escondidas” atrás da transgressão de regras processuais que não se referem explicitamente ao ADP, ou mesmo sob o véu de atos processuais formalmente legítimos.

Assim, percebe-se que direitos e garantias processuais podem ser utilizados de forma incorreta ou abusiva, com a finalidade de atingir propósitos ilícitos ou irregulares, todavia não há contradição entre ambas. O que afasta qualquer dicotomia é a necessária observância do dever de lealdade entre os jurisdicionados, que deve ser observado e aplicado durante todo o curso do processo. Michele Taruffo¹² arremata tais ilações afirmando que, de certo modo “o discurso concernente à interpretação e aplicação das garantias constitucionais e o discurso sobre o ADP pertencem a diferentes contextos e – ao menos teoricamente – não devem nem se sobrepor nem conflitar um com o outro”. Assim, a garantia terminaria tão logo o abuso começasse (e vice-versa).

A consequência lógico-processual do abuso de direito é a litigância de má-fé, pois todo e qualquer ato que impeça o resultado útil e justo do processo, enseja na quebra do dever de lealdade.

O artigo 14 do CPC¹³ prevê, de maneira exemplificativa, atos/ações que constituem má-fé processual, e, uma vez interpretado conjuntamente com as disposições do artigo 17¹⁴ do

jan1973. Código de Processo Civil. Publicação D.O.U. 17 jan.1973. Disponível em: [www.planalto.gov.br]. Acesso em: 04 jul.2012.

¹¹ TARUFFO, Michele. **Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)**. São Paulo: Revista dos Tribunais. RePro 177, Ano 34, novembro, 2009, p. 160.

¹² *Ibid.*, p. 165.

¹³ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito. V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 5.869, de 11 jan1973. Código**

mesmo diploma legal, servem de substrato apto a afastar a conduta desleal, que, ao ser praticada, vicia os pressupostos da decisão judicial.

Importante é a observação do Cândido Rangel Dinamarco¹⁵, que ensina:

Inversamente, constituem litigância de má-fé os atos infratores dos deveres diretamente arrolados no art. 14, ainda quando não constantes do elenco de infrações contido nos incisos do art. 17. Eventuais lacunas são só aparentes, porque a norma de encerramento contida no inc. II do art. 14 manda que todos procedam com lealdade e boa-fé, reputando-se litigância abusiva eventuais condutas sem lealdade ou sem boa-fé, ainda quando especificadas em tipos legais bem precisos.

O descumprimento das disposições imperativas contidas de forma conjunta nos artigos 14 e 17 do CPC, logicamente, afronta o princípio da lealdade processual, ensejando para seus autores reprimendas decorrentes da conduta desleal, pois esta põe em cheque a correção da manifestação jurisdicional, à medida que, impede o resultado útil do processo, através da prestação da justiça efetiva.

Cumprir ainda salientar que a análise da boa-fé não passa necessariamente pela verificação de prejuízos processuais, uma vez que, a depender da ação e conseqüente resultado advindo desta, poder-se-á sancionar o litigante de má-fé com multa ou indenização, como será amplamente analisado nos próximos tópicos.

Diante do explicitado, o julgador, neste novo panorama processual, não pode se comportar como mero locutor da lei, posto que o direito processual civil necessita ser interpretado conforme à constituição, evitando-se a frieza da legalidade estrita, uma vez que prima-se pela legalidade substancial. Assim, o juiz, pautado nos princípios de cooperação e lealdade processual que deve reger a atuação das partes litigantes e a sua, precisa compreender e interpretar os regramentos normativos contidos na sintaxe da causa que lhe é apresentada, mediante a subsunção do problema à força normativa da Constituição. Logo, o julgador passa a ser verdadeiro condutor moral do processo.

de Processo Civil. Publicação D.O.U. 17 jan.1973. Disponível em: [www.planalto.gov.br]. Acesso em: 04 jul.2012.

¹⁴ 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; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. *Ibid. loc. cit.*

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

O desrespeito à obrigação de lealdade processual configura, em última análise, ato atentatório à dignidade da justiça e, por tal razão, necessita receber juízo exemplar repúdio e reprovação pelo Judiciário.

Fincadas tais premissas, passa-se em seguida a analisar as conseqüências dos atos praticados contra o princípio da boa-fé processual e dever de lealdade processual, dando enfoque especial àqueles cometidos pelas partes, arrolando-se, entre outras: multa por prática de ato atentatório ao exercício da jurisdição (art. 14, parágrafo único do CPC); multa, indenização, pagamento de custas e honorários por prática de ato eivado de má -fé (art. 18 do CPC); e, multa por atentado ao processo de execução (art. 600 do CPC).

2.1 MULTA POR PRÁTICA DE ATO ATENTATÓRIO AO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

O parágrafo único do art. 14 do CPC¹⁶, prevê a possibilidade de sancionar-se as partes e terceiros (com exceção dos advogados, defensores públicos e os membros do Ministério Público) pela prática de atos atentatórios ao exercício da jurisdição. Dispõe o dispositivo:

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

Assim, a quantia arbitrada variará de acordo com a conduta desleal praticada, possuindo como teto o importe de 20% (vinte por cento) do valor da causa, que seguirá o parâmetro da gravidade do ato praticado quando da dosimetria, sem prejuízo, é claro, de outras sanções civis, processuais e criminais a que está sujeito o agente.

Trata-se de multa, que será revertida em favor do Estado ou da União ao final da lide, como dívida ativa, caso não haja adimplemento espontâneo no prazo fixado, após o trânsito em julgado. Logo, em que pese não possuir caráter reparatório, a multa revertida em favor do ente público, descortina a natureza publicista e social da sanção, decorrente do ato desleal.

¹⁶ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 5.869, de 11 jan1973. Código de Processo Civil**. Publicação D.O.U. 17 jan.1973. Disponível em: [www.planalto.gov.br]. Acesso em: 04 jul.2012.

Chama a atenção ainda que, da leitura do artigo 14 do CPC, que faz menção do inciso “V” do do mesmo dispositivo, o legislador infraconstitucional considerou atentatório ao exercício da jurisdição, com possibilidade de sanção, apenas o ato descumpridor dos provimentos mandamentais e que não cria embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Assim todos os demais atos desonestos e desleais passíveis de serem praticados pelas partes, que igualmente ofendam o pleno exercício da jurisdição, foram deixados de fora do fato gerador da multa prevista no parágrafo único do artigo 14 do CPC, infelizmente.

Márcio Louzada Carpena¹⁷, ao analisar o dispositivo supramencionado, faz relevante crítica ao esvaziamento de condutas ali previstas, aduzindo que:

[...] sendo o propósito da norma do parágrafo único do art. 14 trazer a ética para o processo e reprimir atitudes que atentem contra a jurisdição, parece-nos absolutamente imprópria a redação legal atribuída que prevê vários deveres de lealdade, mas só pune o descumprimento de um deles.

Por fim, merece críticas ainda o parâmetro para o arbitramento da multa (valor da causa), que muitas vezes pode ser irrisório, levando ao descrédito e ineficácia da sanção. A multa, em verdade, poder-se-ia ser arbitrada tendo por norte a análise da conduta desleal que atente contra a decisão do julgador.

2.2 MULTA, INDENIZAÇÃO, PAGAMENTO DE CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS POR ATO EIVADO DE MÁ-FÉ

Ao analisar a deslealdade no processo civil, Márcio Louzada Carpena¹⁸, com acuro técnico, chama atenção que “não obstante a aplicação de eventual multa em favor do Estado, nos termos definidos, o autor, réu ou interveniente, e somente estes, podem ser penalizados por atitudes temerárias, consideradas de má-fé, as quais estão definidas pelo Código Processual”.

Assim o ato temerário, eivado pela má-fé também deve ser reprimido, inclusive mais de uma vez, caso haja reiteração ou pluralidade de condutas desleais. Todavia, não pode ser

¹⁷ CARPENA, Márcio Louzada. **Da (des)lealdade no processo civil**. Curitiba: Gênese. Revista de Direito Processual Civil n.º 35, 2005. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marcio%20Carpena\(4\)-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marcio%20Carpena(4)-%20formatado.pdf). Acesso em: 04 jul. 2012.

¹⁸ *Ibid. loc. cit.*

enquadrado na previsão do parágrafo único do artigo 14 do CPC, sob pena de caracterização do malfadado *bis in idem*.

A fim de explicitar as condutas previstas no diploma processual, que caracterizam a má-fé, citam-se as disposições do artigo 17, que num rol taxativo, mas com conteúdo amplo, traz as condutas que externam a deslealdade processual, abarcando praticamente todas as situações possíveis. São elas: “deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso”; “alterar a verdade dos fatos”; “usar do processo para conseguir objetivo ilegal”; “opuser resistência injustificada ao andamento do processo”; “proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo”; “provocar incidentes manifestamente infundados”; e, “interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”.

Logo, uma vez caracterizada qualquer das previsões acima explicitadas, restará configurada a má-fé processual, e a parte responderá nos termos do artigo 18 do CPC, ou seja, condenar-se-á ao pagamento de multa não excedente a 1% do valor da causa; indenização (em caso de comprovação de prejuízos); honorários da parte adversa; e, despesas do processo.

Da análise das disposições acima enumeradas, percebe-se que o legislador busca sancionar o litigante de má-fé de maneira efetiva, evitando atos que prejudiquem o resultado útil que se espera do processo (instrumento público de pacificação social), uma vez que o julgador, ao verificar a deslealdade, pode apenar a parte transgressora, inclusive, *ex officio*.

Ainda, por possuir fatos geradores diferentes, há a possibilidade de cumulação da apenação em indenização, multa e as despesas. Márcio Louzada Carpena¹⁹ elucida que “a condenação em multa de 1% sobre o valor da causa possui, particularmente, natureza punitiva e reflete o aspecto moral de repreensão contra o agente faltoso, independentemente de o fato por ele cometido ter causado dano ou não”.

Já para a incidência da indenização em importância não superior a 20% (vinte por cento) ao valor da causa há a necessidade inequívoca de demonstração de prejuízos pela parte prejudicada, com espeque no artigo 18, § 2º do CPC²⁰. Assim, defende-se que a natureza jurídica do instituto é de verdadeira indenização (não multa ou de pena pecuniária), haja vista que para sua incidência há a necessidade de demonstração do prejuízo experimentado pela

¹⁹ *Ibid. loc. cit.*

²⁰ § 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento. BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 5.869, de 11 jan1973. Código de Processo Civil**. Publicação D.O.U. 17 jan.1973. Disponível em: [www.planalto.gov.br]. Acesso em: 04 jul.2012.

parte prejudicada no deslinde do processo, seja parte vencedora (ou não), pois mesmo sucumbente pode haver prejuízos à parte que sofre lesão em seu direito constitucional da prestação jurisdicional efetiva. Logo, o vencedor do mérito da lide, durante a marcha processual, pode cometer atos desleais, sendo apenado ao final.

Sobre o arbitramento da indenização Márcio Louzada Carpena²¹ ressalta que esta: “deverá ser arbitrada de forma capaz a compensar o litigante que teve furtado o seu direito de ter prestação jurisdicional efetiva e rápida, ao mesmo tempo em que apresenta caráter punitivo e pedagógico ao ofensor”. Continua suas ilações afirmando a importância da cominação de multa, independentemente de indenização, pois “se o ato desleal não causou prejuízo algum ao desenvolvimento do processo, não restará o litigante ímprobo impune, na medida em que, muito embora não responda pela indenização, responderá ao menos pela multa”.

De mais a mais, havendo mais de um litigante de má-fé, condenar-se-á cada um na proporção de sua conduta desleal, sendo solidária a responsabilização quando houver impossibilidade de individualizar os atos de má-fé. Por fim, o benefício da justiça gratuita, devido à todo aquele que não possua condições de demandar, sem prejuízo de seu sustento individual ou familiar não alcança as penalidades previstas decorrentes da deslealdade processual, estando adstrito à isenção de custas e honorários advocatícios, pois o Estado não pode ser responsabilizado por ato desleal do litigante que, mesmo hipossuficiente, age imbuído de má-fé.

2.3 MULTA POR ATENTADO AO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Na fase executiva, oportunidade em que se busca garantir o cumprimento forçado da obrigação objeto do litígio, com necessário deslocamento patrimonial, há a previsibilidade de maior incidência de atos desleais, haja vista que nesse momento a parte sucumbente terá que mexer no mais sensível: o bolso.

Atento a tal fato, o legislador previu a possibilidade de apenação ainda mais severa que as constantes no artigo 18 do Código processual ao litigante que comete certos atos, previstos no artigo 600 do CPC, que frustrem ou criem óbices ao resultado útil da ação, configurando-se

²¹ CARPENA, Márcio Louzada. **Da (des)lealdade no processo civil**. Curitiba: Gênese. Revista de Direito Processual Civil n.º 35, 2005. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marcio%20Carpena\(4\)-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marcio%20Carpena(4)-%20formatado.pdf). Acesso em: 04 jul. 2012.

como litigante desleal. Teori Albino Zavascki²² ratifica tais ilações, nos seguintes termos: “a execução é campo fértil para as chicanas, por via de procrastinações e formulação de incidentes infundados.”

Da leitura do artigo 600 do CPC, percebe-se que são considerados atos atentatórios à dignidade da Justiça o ato do executado que: fraude a execução; empregue maliciosamente à execução, meios artificiosos e ardis; resista injustificadamente às ordens judiciais; deixe de indicar ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução; e, intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.

Uma vez praticado qualquer dos atos desleais acima mencionados, incidiria a penalização do artigo 601, que determina a aplicação de multa pelo julgador, pela deslealdade do executado, em montante equivalente a até 20% do valor atualizado do débito em execução.

O rol contido no artigo 600 do CPC denuncia prescrições exaustivas, sendo que condutas alheias àquelas, ao invés de possibilitar a aplicação de multa de 20% sobre o valor atualizado do débito em execução, possibilitará, em verdade, a aplicação de multa no *quantum* de 1% (um por cento), sobre o valor da causa, sem prejuízo de indenização, tudo em atenção ao artigo 18 do diploma processual, de aplicação subsidiária à fase executiva.

Márcio Louzada Carpena²³ ainda ressalta em seus estudos sobre o dever de lealdade processual que “o propósito de tal pena do art. 600 ao executado, ainda que, em um primeiro momento, possa parecer ser o de puni-lo, como ocorre com aquelas dos arts. 14 e 18 do Código, em verdade não é. O real desiderato é forçar a cooperação do devedor e propiciar a satisfação do direito do credor”. Justifica suas afirmações com o parágrafo único do artigo 601 do CPC²⁴, que determina: “O juiz relevará a pena, se o devedor se comprometer a não mais praticar qualquer dos atos definidos no artigo antecedente e der fiador idôneo, que responda ao credor pela dívida principal, juros, despesas e honorários advocatícios.”

²² ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, 2000, p. 310.

²³ CARPENA, Márcio Louzada. **Da (des)lealdade no processo civil**. Curitiba: Gênesis. Revista de Direito Processual Civil n.º 35, 2005. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marcio%20Carpena\(4\)-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marcio%20Carpena(4)-%20formatado.pdf). Acesso em: 04 jul. 2012.

²⁴ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 5.869, de 11 jan1973. Código de Processo Civil**. Publicação D.O.U. 17 jan.1973. Disponível em: [www.planalto.gov.br]. Acesso em: 04 jul.2012.

Assim, o propósito inicial, ao invés de punir, é fazer com que o executado cumpra o comando sentencial, cooperado para o resultado útil do processo. Corrobora tal posicionamento as disposições do artigo 599, I do CPC²⁵ que determina que o julgador, apenas de apenar deve “advertir ao devedor que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça”. Logo, a incidência da sanção só se perfaz caso o executado não se redima do ato prejudicial à execução.

3 BOA-FÉ PROCESSUAL E INEFICÁCIA PRÁTICA DAS SANÇÕES COMINADAS PARA DIRIMIR A MÁ-FÉ

Em que pese todas as previsões contidas no Código de Processo Civil tendentes a dirimir atos evitados de má-fé, em qualquer fase do processo, percebe-se que, em verdade, há clara ineficácia prática das sanções aplicáveis ao litigante desleal.

Nesta oportunidade, necessário de mostra diferenciar o boa-fé objetiva da subjetiva. Nas palavras de Fredie Didier Júnior²⁶ “não se pode confundir o princípio (norma) da boa-fé com a exigência de boa-fé (elemento subjetivo) para a configuração de alguns atos ilícitos processuais, como o manifesto propósito protelatório, apto a permitir a antecipação dos efeitos da tutela prevista no inc. II do art. 273 do CPC”.

Assim, subjetivamente a boa-fé mostra-se como elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos, enquanto em caráter objetivo é norma de conduta, impositiva ou proibitiva, criadoras de situações jurídicas ativas e passivas.

José Marcelo Barreto Pimenta²⁷, ao diferenciar boa-fé objetiva e subjetiva, dispõe que:

A primeira diz respeito à norma, isto é, é a norma que impõe um comportamento leal, ético, de acordo com a boa-fé. Já a segunda diz respeito a fato, a um estado de consciência, opondo-se a má-fé. É no primeiro contexto que se insere o princípio da boa-fé processual, que, como visto, vem delineado pelo inciso II do art. 14 do CPC. Tal dispositivo legal em nada se relaciona com a boa-fé subjetiva (a intenção do sujeito do processo). Ao revés, é norma impositiva de condutas em conformidade com a boa-fé objetivamente considerada, sem se perquirir acerca das más ou boas

²⁵ *Ibid. loc. cit.*

²⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil**. Escrito em homenagem a Ovídio Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais. RePro 171, ano 34, maio, 2009, p. 39.

²⁷ PIMENTA, José Marcelo Barreto. **O princípio da boa-fé processual e a ineficácia prática da multa por litigância de má-fé**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2686, 8 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17782>>. Acesso em: 2 jul. 2012.

intenções. Alcança não só as partes, mas todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, inclusive o próprio magistrado.

Em que pese as diferenciações apresentadas pela doutrina, crê-se ser extremamente difícil, senão impossível, separar a intenção da conduta objetivamente considerada do litigante desleal, que ao agir de má-fé, fere em última análise o próprio princípio do devido processo legal.

Ultrapassados os esclarecimentos prévios, convém traçar uma análise econômica da litigância de má-fé, haja vista o provável estímulo que a ineficácia prática das sanções cominadas pelo CPC traz cotidianamente. Jean Carlos Dias²⁸ defende que a correlação entre o ganho imediato advindo da litigância de má-fé e a magnitude da sanção constitui-se em fator inicial para tal análise.

O supramencionado autor²⁹ defende que “a magnitude adequada da sanção tendo em vista o ganho imediato obtido pela parte, somente será eficaz se a recorrência da aplicação da pena for perceptível”. Assim, não bastam as previsões legais das sanções aplicáveis ao litigante de má-fé, mas, em especial, que este arcabouço sancionatório seja efetivamente utilizado, tão logo a conduta desleal seja identificada. A certeza da aplicação da sanção coibiria a má-fé processual, todavia, o problema encontra outra vertente: Como coibir o ganho imediato do litigante de má-fé, tendo em vista que o pagamento da multa ou indenização só ocorrerá após o trânsito em julgado da decisão? Logo, premissa relevante quando da aplicação das sanções ao litigante desleal é a análise de seu ganho imediato, ao agir de forma temerária.

Jean Carlos Dias em acurada elucubração sobre o tema aqui debatido afirma que “a conduta reprovável somente será efetivamente desconsiderada se o risco que representar se mostrar de tal ordem que o ganho buscado possa se tornar inviável ou sendo alcançado seja anulado por uma consequência desvantajosa mais grave”³⁰. Logo, a sanção aplicável ao litigante de má-fé, para produzir efeitos efetivamente coibidores, deveria possuir intensidade anulatória do eventual ganho imediato do agente lesionador.

Para dispersar a conduta reprovável, calcula-se o risco (sanção efetiva) considerado os elementos da magnitude/gravidade do ato perpetrado, com uma sanção equivalente, pois esta não pode ser ínfima ao ponto de tornar mais lucrativo agir de forma desleal, ao invés de

²⁸ DIAS, Jean Carlos. **Análise Econômica do Processo Civil Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Método. 2010, cap. 3.

²⁹ *Ibid. loc. cit.*

³⁰ *Ibid. loc. cit.*

atender-se aos regramentos impositivos de uma conduta proba. Assim, o resultado desse cálculo tem que se mostrar em um quantum que impossibilite ou torne inviável o ganho maléfico do litigante de má-fé.

Conclui-se, nas palavras de Jean Carlos Dias³¹ que “a opção entre as possibilidades de conduta será definida em função não da sua licitude do ponto de vista da boa-fé processual, mas da expectativa de alcançar ou não, o mais imediatamente possível, os resultados pretendidos”.

4 ANÁLISE ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ Á LUZ DOS “PUNITIVE DAMAGES”: APLICABILIDADE?

Diante das ilações até aqui apresentadas, percebe-se que a análise econômica do problema (coibir a litigância de má-fé de forma efetiva) sugere a adoção de ações que inviabilize o ganho imediato que a conduta desleal pode trazer ao agente lesionador, considerando-se para tanto a a magnitude da sanção aplicável e a recorrência de sua aplicação.

Com base em tais premissas, Jean Carlos Dias apresenta fórmula que sintetiza o explicitado. Vide: GI (ganho imediato) $>$ MS (magnitude da sanção) \times RA (recorrência da aplicação) = descumprimento. Logo, caso o ganho imediato do litigante de má-fé seja maior que a magnitude da sanção, sem a certeza da recorrência na aplicação desta, ocorrerá descumprimento dos comandos normativos.

Assim, diante da realidade cotidiana, em especial, pelo momento do adimplemento das sanções impostas (apenas após o trânsito em julgado), defende-se que o sistema legal se mostra ineficiente, e, em verdade, estimula, invariavelmente, a litigância de má-fé.

A fim de sanar a ineficiência do atual sistema, propõe-se uma necessária mudança ou agravamento da condenação, tendente a desestimular a resistência e reincidência desleais injustificadas, através da aplicação da teoria dos *punitive damages*, oriunda do *common law*. Tal idéia se assemelha ou *contempt* criminal, que nas palavras de Araken de Assis³² exibiria “nítido caráter punitivo, a um só tempo reprimindo o autor da ofensa e dissuadindo a ele ou a

³¹ *Ibid. loc. cit.*

³² ASSIS, Araken de. **O contempt of court no direito brasileiro**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20de%20Assis\(4\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20de%20Assis(4)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 04 jul. 2012.

outras pessoas de comportamento similar”. Nesta oportunidade, passar-se-á a apresentar o instituto dos *punitive damages*, para então analisar-se a possível aplicação do instituto no direito processual brasileiro, a fim de coibir condutas desleais recorrentes durante toda a marcha processual.

4.1 CONCEITO

No magistério de André Gustavo Corrêa de Andrade³³, “a indenização punitiva surge como um instrumento jurídico construído a partir do princípio da dignidade humana, com a finalidade de proteger essa dignidade em suas variadas representações”. Tal princípio fundamental, insculpido no art. 1º, III da CF/88, é verdadeiro pilar para efetivação de um estado democrático de direito e sustentáculo dos direitos fundamentais, inclusive do devido processo legal que garante o resultado útil e válido do processo, instrumento de pacificação social.

O mencionado autor, em sede de conceituação, diferencia o *quantum* caracterizado por *punitive damages* da parcela compensatória, bem como avalia formas de imposição, dispendo:

Constituem uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é essencialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria.

Está patente que o instituto se mostra como um comportamento adotado pelo ordenamento jurídico, de aplicação excepcional, através do qual se imputa ao ofensor, quando da aferição do *quantum* indenizatório decorrente de sua conduta ilícita, um valor suplementar ao necessário para compensar o ofendido, com fim à pacificação social. Essencial para sua incidência que a conduta, omissiva ou comissiva, contrária ao direito, seja reincidente e tenha originado dano grave (neste caso processual), sob pena de desvirtuamento de sua função pedagógico-desestimuladora.

Em sede de conceituação Salomão Resedá³⁴ elucida o instituto, definindo-o como sendo:

³³ ANDRADE, André Gustavo Córrea de. **Indenização Punitiva**. Banco do Conhecimento. Disponível em: www.tj.rj.gov.br/dgcon/doutrina_artigos_juridicos/indenizacao_punitiva.doc. Acesso em: 03 jun.2009.

³⁴ RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 228.

Um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade ou reiteração, que vai além do que se estipula como necessário para compensar o ofendido, no intuito de desestimulá-lo, além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, no intuito de assegurar a paz social e conseqüentemente função social da responsabilidade civil.

A análise supra, ratifica o até aqui exposto, além de indicar um dos objetivos da sua incidência: promoção da paz social através do processo e conseqüentemente, uma possível função social quando da sua aplicação.

O enfoque principal dado quando da ocorrência de lesões a direitos não é mais o clássico: individual-patrimonialista. Neste satisfazia-se com o caráter compensatório sempre quando houvesse lesão a direitos. Atualmente há o primado do social, com a publicização de institutos antes considerados essencialmente privados, pois o fim precípua é a proteção à dignidade da pessoa humana, sob o primado de um processo efetivo que garanta a finalidade social que deste se espera. Não se trata desta forma de vingança do Estado que tenha por finalidade o castigo via ação judicial, pois a reprimenda só é cabível após a análise minuciosa da conduta do ofensor, reprovável e injustificada, que cause instabilidade social através de condutas desleais no curso do procedimento.

4.2 PRESSUPOSTOS PARA A APLICAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES*

Restou patente que as bases para a incidência da teoria são o caráter sancionatório e o pedagógico-desestimulador. Estas coexistem no momento da aplicação e sempre deverão servir de norte para o julgador quando da aferição do *quantum* indenizatório.

No que tange aos pressupostos para o emprego dos *punitive damages*, extrai-se da sua definição que estes seriam: a ocorrência de dano grave (nesta caso processual), em conseqüência à conduta reprovável e reiterada do ofensor (litigante de má-fé), e principalmente a necessidade de incidência do fator “desestímulo”.

Diante do exposto, imperioso se faz analisar a conduta reprovável e desleal, causadora de lesões ou ganhos ilícitos através do processo; a provável obtenção de lucro/ganho imediato com o ato lesivo; bem como o elemento especial cerne da teoria, qual seja, o pedagógico-desestimulador.

4.2.1 A conduta reprovável

Entre os elementos configuradores para o cabimento do *punitive damages* a conduta reprovável e desleal do sujeito ativo, que age de má-fé e deixa de cooperar com o processo é o mais importante, uma vez que através desta é originado o dano grave, injustificado legalmente, e que verificada a reincidência, cristalino está o desrespeito ao direito e conseqüentemente à desarmonia social.

Pela necessidade de repetição, considera-se não só um caso pontual, punível com as sanções já previstas legalmente, mas o conjunto de lesões processuais causadas pelo mesmo agente, tendo a sanção como conseqüência necessária. Concretizada a reincidência e gravidade da conduta desleal, não se deve apenas ter por viável a concepção compensatória, pois esta, por vezes, apesar de buscar reparação completa dos prejuízos, se mostra ineficaz.

O ofensor, mesmo depois de lhe ser imposto o pagamento de multa ou indenização compensatória, não raras vezes se mostra indiferente ao ocorrido, pois normalmente pode pagar o preço, gerando-lhe ganhos imediatos, tendo por conseqüência enriquecimento ilícito com a persistência da prática desleal, a morosidade da prestação da justiça, ainda com a procrastinação do feito, uma vez que se protela o momento da quitação, tendo por prejudicado não só o ofendido, mas toda a sociedade.

O comportamento supramencionado se coaduna com a figura do dolo processual, guardadas as diferenças devidas, concretizado quando da ocorrência de uma conduta consciente dirigida a um determinado fim, *in casu* contrário ao direito, bem como quando mesmo não querido, o resultado lesivo é aceito pelo agente. Condutas desta natureza precisam de uma reprimenda estatal mais efetiva, uma vez que por mais que ao final o ofensor lamente o resultado, este fora alcançado por sua vontade de obter ganhos imediatos, através de ações eivadas pela má-fé, donde se pode perceber que o fator econômico ditou as regras de comportamento.

4.2.2 A obtenção de lucro com o ato ilícito

Outra finalidade da aplicação dos *punitive damages* é inibir a obtenção de ganhos injustificados pelo cometimento de atos ilícitos, eivados pela má-fé processual. Entendimento

decorrente de um “princípio geral não escrito”, no qual a ninguém é dado o direito de obter ganhos via sua própria torpeza.

A parcela compensatória, culminada no artigo 18 do CPC, apesar de ter o fito de reparar o prejuízo experimentado pela vítima do ato desleal, em tese minorando o prejuízo decorrente da má-fé, não consegue evitar, de forma efetiva, a possível vantagem imediata obtida pelo mal litigante quando da consecução de seu ato. O resultado deste panorama é que, por vezes, a lesão a direitos processuais de outrem será um negócio mais lucrativo ao ofensor, sob a ótica econômica, do que simplesmente evitar o dano e agir conforme os ditames emanados do princípio da cooperação.

Estas condutas reprováveis, comissivas ou omissivas, muitas vezes escondem uma motivação egoísta e mercenária, pois para os mais abastados, por vezes, é mais lucrativo litigar judicialmente guiados pela má-fé, do que cumprir obrigações impostas por lei. Este é também o entendimento de André Gustavo Corrêa de Andrade³⁵.

Ao invés de evitar o dano, por motivo normalmente egoísta, prefere-se a litigância desleal, uma vez que os instrumentos sancionatórios existentes no ordenamento pátrio processual, mesmo quando usados, por vezes não atingem a finalidade buscada pelo legislador, qual seja pacificar a sociedade através do processo. Nesta busca, utiliza-se instrumentos preventivos e repressivos, e havendo necessidade, importa-se outros, com as devidas adaptações, como na proposta aqui debatida.

4.2.3 O elemento pedagógico-desestimulador

Este elemento está inserido no cálculo do valor indenizatório, mas não se confunde com a parcela compensatória, pois com esta coexiste. O objetivo precípuo é evitar que o ofensor (litigante de má-fé) volte a cometer danos processuais no curso do procedimento ou mesmo

³⁵ Dispõe o autor, quando da análise dos ganhos injustificados gerados pela conduta reprovável do agente lesionador que: “Além disso, os grandes fornecedores, por serem litigantes habituais, normalmente contam com um corpo de advogados preparados e especializados, o que também contribui para a redução dos valores indenizatórios. As pessoas físicas e as empresas orientam-se, então, por uma “racionalidade estritamente econômica”, pautando-se pelo resultado de uma relação custo/benefício do seu comportamento em detrimento da lei e do direito alheio. Não é difícil perceber por que a sanção meramente compensatória não se mostra suficiente para compelir os fornecedores a melhorar a qualidade de seus produtos ou aprimorar os seus serviços”. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização Punitiva**. Banco do Conhecimento. Disponível em: www.tj.rj.gov.br/dgcon/doutrina_artigos_juridicos/indenizacao_punitiva.doc. Acesso em: 03 jun.2012.

noutra demanda, bem como inibir potenciais ofensores, pois uma vez concretizada a lesão, a consequência será a imputação da sanção majorada por seu abuso de direito.

A aplicação da teoria, sob a ótica pedagógica, representa também uma forma de efetivação da máxima aristotélica que expressada no princípio constitucional da isonomia, que impõe não apenas “tratar igualmente os iguais”, mas principalmente “tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”. Reflexamente acaba por restabelecer a imperatividade do ordenamento jurídico, que será respeitado principalmente pela certeza da imposição de sanção pecuniária majorada.

Quando analisa o caráter pedagógico dos *punitive damages*, bem como sua efetividade, André Gustavo Corrêa de Andrade³⁶ dispõe:

O emprego de uma sanção pecuniária como forma de desestimular a prática ou a reiteração de comportamentos ilícitos, anti-sociais, lesivos aos direitos da personalidade, atende a um anseio geral de proteção da dignidade humana em uma época em que o indivíduo se vê imprensado, comprimido por interesses econômicos, sempre colocados em primeiro plano.

A concretização desta ideologia possivelmente gerará paz e função sociais, devido à difusão do resultado útil alcançado através do processo, em respeito à dignidade da jurisdição, transformando-se comportamentos, uma vez que a justiça se perfaz quando se pune quem ofende a ordem jurídica, bem como quando se adota mecanismos preventivos tendentes à harmonização social.

Desse modo, conclui-se que a litigância de má-fé só é efetivamente combatida quando o leque de sanções aplicáveis, em face de condutas desleais, inviabilize, total ou parcialmente, o ganho imediato, representando um risco considerável de agravamento do custo final da demanda para o infrator. Assim, defende-se a inegável aplicação complementar dos *punitive damages* ao regramento processual brasileiro, a fim de garantir-se o efetivo devido processo legal substancial.

5 CONCLUSÕES

A ambição aqui desenvolvida foi traçar um estudo sobre o dever de lealdade processual, traçando-se uma análise econômica da litigância de má-fé, bem como do provável estímulo que a legislação processual civil pátria traz aos litigantes desleais, devido à ineficácia prática

³⁶ Ibid., loc. cit.

das sanções cominadas e aplicadas quando da consecução da atitude desleal. Nessa linha, apresentou-se como solução complementar para inibir tais condutas a incidência da teoria dos *punitive damages*. Assim, podem-se compendiar algumas das idéias principais nas seguintes proposições objetivas:

1. Como o processo é um instrumento público de pacificação social, não se tolera o abuso de direito ou qualquer outra forma de atuação que enseje a litigância de má-fé pelos sujeitos do processo. Pautando-se nesta máxima, condutas procrastinatórias praticadas em juízo, contrárias à verdade e ensejadoras de fraude ou dolo processual, conspurcam o objetivo publicístico-social do processo, e, merecem ser sancionadas de forma exemplar, inibindo-se abusos de qualquer natureza.
2. O princípio da boa-fé é relacional, não sendo apenas mera cláusula comportamental. Dissocia-se de padrões objetivos rígidos e estáticos devido ao alto grau de dinamicidade inserto em seu núcleo epistemológico, que é a consagração da confiança entre todos os sujeitos envolvidos no processo, inclusive o julgador.
3. Apesar dos deveres de lealdade, cooperação e probidade constituírem verdadeiros pilares de sustentação do sistema jurídico-processual, consagrando em última análise o devido processo legal, é comum deparar-se com má-fé no curso do processo. Ora, em que pese haver instrumentos inibitórios (multas e indenizações) legalmente instituídos para sancionar transgressões, crê-se que há provável ineficácia destes, haja vista que apesar das condutas desleais renderem prejuízos a toda sociedade (destinatária última do processo), normalmente servem de meios para obtenção de lucros ilícitos e imorais através do processo, conseqüentemente gerando descrédito no poder de solução de problemas pelo Poder Judiciário.
4. Os destinatários do dever de lealdade não são apenas as partes envolvidas no litígio, mas todos aqueles que de alguma forma participam da lide, incluindo-se neste rol, obviamente, o próprio órgão julgador.

5. A consagração da lealdade processual como dever de observância obrigatória transcende aos valores éticos constitucionalmente assegurados, sendo consequência lógica do devido processo legal, subsídio apto a propiciar o verdadeiro acesso à justiça, em seu caráter substancial, uma vez que assegura a obtenção de resultado justo que se espera do processo.
6. A consequência lógico-processual do abuso de direito é a litigância de má-fé, pois todo e qualquer ato que impeça o resultado útil e justo do processo, enseja na quebra do dever de lealdade.
7. O julgador, neste novo panorama processual, não pode se comportar como mero locutor da lei, posto que o direito processual civil necessita ser interpretado conforme à constituição, evitando-se a frieza da legalidade estrita, uma vez que prima-se pela legalidade substancial. Assim, o juiz, pautado nos princípios de cooperação e lealdade processual que deve reger a atuação das partes litigantes e a sua, precisa compreender e interpretar os regramentos normativos contidos na sintaxe da causa que lhe é apresentada, mediante a subsunção do problema à força normativa da Constituição. Logo, o julgador passa a ser verdadeiro condutor moral do processo.
8. Em que pese todas as previsões contidas no Código de Processo Civil tendentes a dirimir atos eivados de má-fé, em qualquer fase do processo, percebe-se que, em verdade, há clara ineficácia prática das sanções aplicáveis ao litigante desleal.
9. Para dispersar a conduta reprovável, calcula-se o risco (sanção efetiva) considerado os elementos da magnitude/gravidade do ato perpetrado, com uma sanção equivalente, pois esta não pode ser ínfima ao ponto de tornar mais lucrativo agir de forma desleal, ao invés de atender-se aos regramentos impositivos de uma conduta proba. Assim, o resultado desse cálculo tem que se mostrar em um quantum que impossibilite ou torne inviável o ganho maléfico do litigante de má-fé.

10. Caso o ganho imediato do litigante de má-fé seja maior que a magnitude da sanção, sem a certeza da recorrência na aplicação desta, ocorrerá descumprimento dos comandos normativos.

11. A fim de sanar a ineficiência do atual sistema, propõe-se uma necessária mudança ou agravamento da condenação, tendente a desestimular a resistência e reincidência desleais injustificadas, através da aplicação da teoria dos *punitive damages*, oriunda do *common law*.

12. A litigância de má-fé só é efetivamente combatida quando o leque de sanções aplicáveis, em face de condutas desleais, inviabilize, total ou parcialmente, o ganho imediato, representando um risco considerável de agravamento do custo final da demanda para o infrator. Assim, defende-se a inegável aplicação complementar dos *punitive damages* ao regramento processual brasileiro, a fim de garantir-se o efetivo devido processo legal substancial.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Côrrea de. **Indenização Punitiva**. Banco do Conhecimento. Disponível em: www.tj.rj.gov.br/dgcon/doutrina_artigos_juridicos/indenizacao_punitiva.doc. Acesso em: 03 jun.2012.

ASSIS, Araken de. **O contempt of court no direito brasileiro**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20de%20Assis\(4\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20de%20Assis(4)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 04 jul. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 5.869, de 11 jan1973. Código de Processo Civil**. Publicação D.O.U. 17 jan.1973. Disponível em: [www.planalto.gov.br]. Acesso em: 20 jan.2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **RE 464.963/GO**, Relator Min. Gilmar Mendes, 2ª T., julgado em 14/02/2006. DJU de 30/06/2006.

CARPENA, Márcio Louzada. **Da (des)lealdade no processo civil**. Curitiba: Gênese. Revista de Direito Processual Civil n.º 35, 2005. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marcio%20Carpena\(4\)-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Marcio%20Carpena(4)-%20formatado.pdf). Acesso em: 04 jul. 2012.

DIAS, Jean Carlos. **Análise Econômica do Processo Civil Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Método. 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Multa coercitiva, boa-fé processual e *supressio*: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil**. Escrito em homenagem a Ovídio Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais. RePro 171, ano 34, maio, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Curso de Processo Civil. 6. ed. rev. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PIMENTA, José Marcelo Barreto. **O princípio da boa-fé processual e a ineficácia prática da multa por litigância de má-fé**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2686, 8 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17782>>. Acesso em: 2 jul. 2012.

RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. Dissertação (Mestrado em direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

TARUFFO, Michele. **Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)**. São Paulo: Revista dos Tribunais. RePro 177, Ano 34, novembro, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Boa-fé e processo – princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz**. Revista Jurídica. São Paulo. Junho, 2008. vol. 368. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%3%BAnior\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%3%BAnior(3)formatado.pdf). Acesso em: 04 jul. 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, 2000.