

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

A BOA-FÉ E A MÁ-FÉ NO DIREITO BRASILEIRO

Kleber de Souza Waki*

“O segredo da Verdade é o seguinte: não existem fatos, só existem histórias.”
(Epígrafe de Viva o Povo Brasileiro, de João Ubaldo Ribeiro).

CONCEITOS.

A boa-fé é um substantivo feminino que recebe, dos dicionaristas, os seguintes conceitos: “1- retidão ou pureza de intenções; sinceridade; 2- convicção de agir ou portar-se com justiça e lealdade com relação a alguém, a determinados princípios etc; 3- respeito ou fidelidade às exigências da honestidade ou do que é considerado direito, lisura; 4- Rubrica: Termo jurídico. Estado de consciência de quem crê, por erro ou equívoco, que age com correção e em conformidade com o direito, podendo ser levado a ter seus interesses prejudicados [Configura uma circunstância que a lei leva em conta para proteger o faltoso das consequências da irregularidade cometida.] Obs.: cf. abofé, bofé. Locuções b. contratual Rubrica: Termo jurídico. Sinceridade ao contratar (significando que as partes devem agir com idoneidade, correção e honestidade, como base de confiança recíproca) à b. 1- com sinceridade ou honestidade; francamente; 2- por certo, em verdade, com certeza de b. com pureza de intenção, sem dolo; conforme com a sua consciência ou sua noção do que é correto; francamente, bona fide. Sinônimos ver antonímia de ardil. Antônimo dolo, má-fé; ver tb. sinonímia de ardil.”¹.

A má-fé também é um substantivo feminino e igualmente tem definições captadas no estudo da língua: “s.f. 1. disposição de espírito que inspira e alimenta ação maldosa, conscientemente praticada; deslealdade, fraude, perfídia 2. JUR termo us. para caracterizar o que é feito contra a lei, sem justa causa, sem fundamento legal e com plena consciência disso. GRAM pl.: más-fés ².

Partindo dessa concepção comum, é notório observar que a consciência tem, efetivamente, pelo menos dois planos de realizações: a ciência do que é real e a ciência do que acredita ser real (na verdade, insciente do real).

Assim, alguém que celebra um contrato de trabalho com adolescente acreditando que este possui idade capaz para a celebração dos atos da vida civil, estará imbuído da boa-fé porque, em sua consciência, tem entendimento realizado conforme aquilo que lhe parece legal e juridicamente pleno. No entanto, a boa-fé, que introduz na convicção do sujeito, uma visão da aparência do que é real, não tem o condão de transformar os fatos na presunção, vez que a realidade é imutável na construção dos atos e na sua própria acepção como fato jurídico. O que pode ocorrer é que, em nome da boa-fé, os efeitos decorrentes do ato podem vir a ser exigíveis³.

Já na verificação da má-fé, a intenção vinculada à **consciência** do sujeito é de

* Juiz do Trabalho do TRT 18ª Região

1. **HOUAISS**, Antonio, Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Instituto Antonio Houaiss, editora Objetiva, Rio de Janeiro, 2001, 1ª edição, pág. 470.

2. **op. cit.**, p. 1810.

3. Veja, por exemplo, o que prescreve o art. 180 do Código Civil: “O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.”

uma percepção plena e em tudo **inequívoca**, marcada por uma insidiosidade inescandível para o mentor do ato e agente da má-fé, transmitindo para o **ato jurídico ou fato jurídico**, como característica construtora, a mesma intenção malévola que lhe move a vontade.

Assim, se para o sujeito de boa-fé a visão da realidade constrói-se sob o pálio da declaração explícita das intenções, ainda que sob uma percepção equivocada da realidade, na má-fé a intenção dolosa é implícita, não confessável para terceiros ou mesmo para a outra parte que com ele celebra o ato jurídico, mas inegável para a consciência de quem age motivado pela insídia.

A característica comum aos dois fenômenos é o seu aspecto **subjetivo**.

O elemento subjetivo encontra-se em um palco sem platéia, onde a peça teatral ensaiada e encenada constitui-se num monólogo solitário de intenções. Daí o grande desembaraço em que se move tanto a vontade da boa-fé, como aquela de má-fé, eis que ambas estão irremediavelmente ocultas. Daí também a dificuldade de percepção desses fenômenos.

Podemos, então, começar a construção de seus conceitos.

Poderíamos dizer, simplesmente, que a boa-fé ou a má-fé são qualidades intrínsecas da motivação do sujeito e que o guiam na percepção da realidade.

A boa-fé é a intenção explícita, ausente de malícia ou insidiosidade, que evidencia a clara manifestação volitiva do sujeito na construção do ato ou fato jurídico sob uma consciência, ainda que falsa, de conformidade com o que é certo, de direito. A boa-fé, construída na subjetividade do agente, imanta os fatos jurídicos (mesmo os involuntários) que por ela perpassam e também os atos jurídicos que, sob seu pálio são erigidos.

A má-fé, por sua vez, é a intenção insidiosa, planejada e conforme a consciência de quem idealiza os atos ou fatos sob tal inspiração. Não há má-fé de ato ou fato que, muito embora julgue o sujeito resultar de sua perfídia, acabe por se revelar no mundo real conforme ao direito⁴. Como na boa-fé, a má-fé também imantará os atos jurídicos que edificar e constituirá elemento essencial na percepção dos fatos jurídicos em que atuar.

Vê-se a notável diferença: enquanto o sujeito de boa-fé quer transpirar as intenções que o movem, o portador da má-fé quer, a todo custo, mascarar seus reais propósitos. Enquanto a boa-fé vincula-se à concepção de culpa, a má-fé sempre acarretará a conclusão do dolo.

A BOA-FÉ E A SEGURANÇA JURÍDICA. ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS.

A boa-fé é o signo de expressão da livre vontade que se move sob uma percepção de conformidade ao direito. O agente, imbuído de boa-fé, manifesta-se por meio deste sinal e quer edificar, no mundo real, relações jurídicas perpétuas, permanentes ou temporárias, tudo de acordo com as regras ajustadas e os fins planejados.

A questão da boa-fé costuma ser suscitada, nas relações jurídicas, quando há, no fato, ato ou negócio jurídicos, o hasteamento de questões controvertidas ou quando terceiros aparecem no cenário de uma lide.

No entanto, a boa-fé é muito mais plural no mundo do Direito. É ela que imanta, a rigor, toda e qualquer relação jurídica na qual a vontade figure como elemento essencial, sendo uma das maiores responsáveis pelo afastamento de conflitos e, sem dúvida, a

4. Imagine a hipótese de alguém que proponha uma ação baseada em seu sentimento de vingança, com o intuito de derrocar financeiramente seu adversário. Sendo procedente a sua pretensão, pouco importa a motivação do autor, pois o pedido estará consentâneo com o Direito. Apesar das intenções que movem o autor a manejar o processo, não haverá má-fé na acepção jurídica.

principal fomentadora da instalação da segurança jurídica nas relações de Direito, aí abraçados todos os seus aspectos, inclusive na economia de uma nação.

Vamos encontrá-la, praticamente, em toda a arquitetura do Direito, a principiar pela Constituição Federal.

A Carta Magna dá exemplos sólidos de que a gestão do agente em boa-fé ou em má-fé pode tanto atrair a proteção de seus direitos⁵ como ampliar a sua responsabilidade, mormente em custas processuais, elidindo a presunção de gratuidade que impera, por exemplo, em ação popular⁶.

A Carta Republicana evidencia, desde logo, que a qualidade da vontade do agente constitui elemento nuclear na segurança jurídica das relações sociais⁷.

O nosso Código Civil é, por conseguinte, farto em exemplificar os diversos papéis que estas qualidades irão representar no mundo jurídico. A presença de qualquer dessas qualidades produz efeitos distintos, naturalmente, quando detectada a presença contrária. Eis algumas hipóteses de manifestação dos efeitos provocados pela necessária qualificação da vontade: I - a boa-fé: orienta a interpretação dos negócios jurídicos (art. 113), servindo como contraponto à definição de ato ilícito (art. 186); protege atos jurídicos praticados (mesmo sobrevivendo condição resolutiva), art. 128; permite atos de urgência cometidos na sobrevivência do devedor, de sua família ou figura mercantil, rural ou industrial, art. 164; protege o direito de terceiros frente a contraentes de negócio simulado, art. 167, § 2º; protege as benfeitorias e frutos, decorrentes da posse, art. 242, parágrafo único; protege o cessionário de cessão de crédito, arts. 286 e 1049; protege credor que recebe e consome coisa fungível dada indevidamente em pagamento, art. 307, parágrafo único; assegura eficácia a quitação feita a credor putativo, art. 309; orienta a interpretação judicial na solução de negócio jurídico, favorecendo terceiro de boa-fé que adquira, com reserva de domínio, bem que não seja suscetível de individualização, art. 523; é coroada como princípio a ser resguardado nos contratos, art. 422⁸; mantém ao segurado de boa-fé o direito de garantia, embora autorize a seguradora a resolver o contrato e pedir diferença de prêmio, na hipótese de declarações inexatas do segurado ou omissões inaceitáveis, art. 766, parágrafo único etc; II - para a má-fé: atrai prescrição especial (art. 206, § 3º, VI), amplia responsabilidades (para o

5. Confira art. 231, § 6º, C.R.

6. Confira art. 5º, LXXVIII e também a previsão da má-fé em ação de impugnação de mandato eletivo, art. 14, § 11, C.R.

7. Os exemplos específicos do papel da boa-fé, em textos constitucionais, não podem, contudo, levar à pressuposição de que a interpretação da Carta Republicana esteja adstrita aos elementos literalmente dispostos em seu corpo. Nesse aspecto é sábia a lição do Ministro Carlos Ayres Britto, quando enuncia: "Ora, em tema de interpretação jurídica do Direito legislado, e mais especificamente em tema de princípios constitucionais (pense-se nos princípios do Desenvolvimento, da Justiça, da Eficiência Administrativa, da Cidadania, da Inviolabilidade da Vida Privada, da Valorização do Trabalho, da Moralidade e seus conteúdos de decoro, lealdade, boa-fé, reputação ilibada...) e logo vai-se perceber que as palavras **tenham no próprio momento do seu fazimento** (dela, interpretação). É impulso como que mecânico do intérprete desvendar os signos lingüísticos a partir do significado que as palavras ostentem no instante mesmo da respectiva interpretação. Se se preferir, assim como o dispositivo jurídico é contemporâneo de quem o redigiu, o entendimento desse dispositivo é contemporâneo de quem o interpreta." Britto, Carlos Ayres, Teoria da Constituição, Forense, 2003, p. 211.

8. Princípio cardenal da boa-fé objetiva, instalada no novo Código Civil. Ensinam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery: "**Boa-fé. Sistema anterior.** No sistema do revogado CC/1916, a boa-fé era tratada como princípio geral de direito. A doutrina via a boa-fé como regra de conduta (Couto e Silva, Obrigação, p. 30). Em certos aspectos, a deslealdade era tratada como fato indicador de dolo e, por essa razão, anulável o negócio. Veja-se passagem das observações de Ripert: para este autor, o caráter moral da teoria do dolo justificava, por exemplo, a anulabilidade, por dolo proveniente de omissão, de negócios nos quais, 'só uma das partes estava em situação de conhecer um fato ignorado da outra, e que aquela devia honestamente revelar' (Ripert, Regra Moral, n. 48, pp 94/95. Hoje, esse aspecto da experiência jurídica desafiaria outra solução: de ofício (CC 2035, par. ún.), o juiz teria que analisar (CC 422) a boa-fé objetiva, cláusula geral dos contratos e imporla ao contratante desleal as consequências de sua falta de lealdade, revertendo e ajustando o contrato, não, necessariamente, anulando-o por vício de vontade." NERY, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade, Código Civil Comentado, 4ª ed., S. Paulo, 2006, ed. RT, pp 414/415.

cedente), art. 295; consagra a legitimação passiva de terceiros adquirentes em ações que persigam a anulação de contratos celebrados com devedor insolvente, art. 161; a novação cometida com má-fé não exonera o devedor antigo, art. 363; a má-fé confere legitimidade passiva ao adquirente para responder solidariamente por perdas e danos devidos pelo comprador que viola o direito de preferência, art. 518 etc⁹.

Surpreendentemente, a boa ou a má-fé não são descritas na CLT para os contratos de trabalho ou mesmo para o processo do trabalho. Apenas o art. 628, § 3º, trata da responsabilização do agente fiscalizador que, agindo de má-fé, promova registro indevido ou omita registro devido no Livro de Inspeção do Trabalho. O Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 218, parágrafo único, art. 141, § 2º), o Código de Defesa do Consumidor (a boa-fé como elemento integrante de princípio da Política Nacional das Relações de Consumo - art. 4º, III e a boa-fé como paradigma da interpretação do contrato, acarretando nulidade de cláusulas em caso de não reconhecimento desse elemento - art. 51, IV; a má-fé como atrativa da responsabilização de custas e outras despesas - art. 87), a Ação Civil Pública (a má-fé atraindo a responsabilização em custas, perdas e danos - arts. 17 e 18), evidenciam que os aspectos da lúdima ou maliciosa vontade produzem efeitos tanto de ordem **material** quanto **processual**, principalmente, quanto a este último, na atração de condenação que imponha ao litigante desleal o suporte pelas custas do processo, sem prejuízo de outras indenizações como honorários advocatícios, por exemplo.

O Código de Processo Civil disciplina os efeitos processuais que recaem sobre aquele que, introduzindo a insídia no cumprimento das regras procedimentais, violenta o corolário da boa-fé. Diferentemente do Código de 1939¹⁰, que era praticamente omissivo sobre o tema¹¹, o Estatuto Processual de 1973 traçou as normas guardiãs do Princípio da Probidade.

O *vazio legislativo* sobre a matéria que se verificava, por exemplo, no CPC de 1939, longe de insinuar a idéia de que o processo esteja imune a uma orientação ética quer, em verdade, demonstrar quão delicada é a introdução e aplicação de dispositivos de lealdade num ambiente que tem origem no conflito.

É oportuna a lição do professor Enrico Tulio Liebman:

“O processo civil, com a sua estrutura contraditória em que a cada uma das partes se atribui a tarefa de sustentar as suas próprias razões, é essencialmente refratário a uma rigorosa disciplina moralista do comportamento daquelas. Se cada litigante pode contar, para vencer, apenas com a própria capacidade de explorar os elementos e os argumentos favoráveis não se pode pretender que forneça também os que lhe são desfavoráveis e poderiam favorecer o adversário. Um dever nesse sentido não teria qualquer probabilidade de ser observado e seu único resultado seria o de pôr em dificuldades e em situação embaraçosa a parte mais honesta.

Mas é certo também que a habilidade e a perspicácia devem ter um freio, não podendo ultrapassar certos limites que os costumes e a moral social impõem e que para os defensores são representados pelas exigências de ética profissional.

9. Veja, ainda, os arts. art. 606, 637, 686, 689, 814, § 1º, 856, parágrafo único, 878, 879 e parágrafo único, 891, parágrafo único, 896, 901, 916, 918, § 2º, 925, 954, parágrafo único, 1.177, 1.201 e seu parágrafo único, 1214 e seu parágrafo único, 1219, 1216, 1218, 1217, 1220, 1222, 1228 e seu § 4º, 1242, 1238, 1260, 1261, 1243, 1247, 1254, 1255 e seu parágrafo único, 1256 e seu parágrafo único, 1257, 1258, parágrafo único, 1259, 1268 e seu § 1º, 1.270 e seu § 1º, 1271, 1273, 1530, parágrafo único, 1561 e §§ 1º e 2º, 1563, 1741, 1817, 1827, parágrafo único e 1826, parágrafo único.

10. Decreto-lei n.º 1.608, de 18/09/1939.

11. Apenas o art. 818 tratava da fungibilidade do recurso, desde que não admitido pela parte imbuída de má-fé ou por fruto de erro grosseiro.

É isso que quis dizer a lei, ao estabelecer o dever de lealdade e probidade¹².

Portanto, não há que se falar em aplicação dos princípios de lealdade e probidade com a inspiração do ideal, de uma ética impositiva, até porque os comandos éticos não derivam da obrigação alojada em normas positivas ou conjunto de costumes e sim de uma reflexão e ação comportamental, intrínseca ao sujeito.

Não se pede que o autor ou réu auto-proclame argumentos que enfraqueçam suas pretensões e fortaleçam a resposta do adversário. Todavia, não se pode conceber que em nome do falso e do ardid o Direito seja edificado em terreno tão pantanoso e abjeto aos valores sociais.

Um traço distintivo dessa fronteira pode ser constatado na alteração do inciso III, art. 17, do Código de Processo Civil, que substituiu a conduta, antes reputada desleal, de "...omitir intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa" por "deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso"¹³.

Extirpou-se a omissão da parte como conduta desleal, seguindo a ótica de que a ninguém é dado o dever de denunciar a si próprio, por outra hipótese distinta: dar ensejo a processo em busca de bem indevido ou retardar a marcha processual para negar vigência ao ordenamento jurídico.

Resta claro que, apesar das posições antagônicas dos litigantes, o processo não pode ser um instrumento alijado de regras mínimas de respeito. Nem poderia ser diferente. As regras procedimentais têm natureza lógica, a verdade¹⁴ é o meio através do qual se extrai a prestação jurisdicional e o próprio Direito é obra natural do Homem como indivíduo social. Impossível e contraditório que seja admitida a mera possibilidade da má-fé grassar nesse ambiente, sem controle ou repreensão.

Outros fatores se associam à importância de manter hígido o processo, tais como assegurar a eficácia de outros princípios processuais, como do contraditório e da eventualidade (a parte não pode ser surpreendida com documentos que foram mantidos escondidos pelo adversário), a celeridade e a duração razoável do processo (em face de atuação desleal que provoque o retardamento do processo), igualdade das partes (a força é, quase sempre, a mãe da violência, da qual a má-fé é, sem dúvida, uma figura filial), atender ao princípio da primazia da realidade etc.

Também é indissociável a conclusão de que, nesse *iter*, a **certeza**¹⁵ também é

12. **LIEBMAN**, Enrico Tulio, Manual de Direito Processual Civil, Forense, 2ª ed., Rio de Janeiro, 2005, p. 124.

13. Lei n.º 6.771, de 27 de março de 1980.

14. Ensina Cândido Rangel Dinamarco: "Que o juiz julgue 'segundo a verdade e a justiça', mas não pense que a verdade seja, no processo, um fim em si mesma. Aliás, seria mesmo uma frustração toda essa busca escancarada como objetivo e, depois, a descoberta da verdade dos fatos e sua revelação na sentença não ficar imune a censuras posteriores, porque não recebe a autoridade da coisa julgada: o processo civil brasileiro, fiel aos seus modelos romano-germânicos, dispensa um tratamento 'atômico' à realidade jurídica sobre a qual atua, negando-se a permitir que os julgados propaguem seu efeito direto além do caso julgado e das pessoas envolvidas.

O processualista moderno sabe também que a coisa julgada é autoridade que incide sobre os efeitos da sentença de mérito e que tem a sua própria configuração jurídica: ela não se define como a ficção ou presunção de verdade, mas somente cria a 'irrevocabilidade jurídica' do comando, sem preocupar-se em estabelecer se as premissas psicológicas das quais esse comando nasceu são premissas de verdade ou de mera verossimilhança". **DINAMARCO**, Cândido Rangel, A Instrumentalidade do Processo, 3ª ed., 1993, Malheiros, S. Paulo, p. 230/231.

15. O professor Dinamarco ilumina o tema: "Em todos os campos do exercício do poder, contudo, a exigência da certeza é somente uma ilusão, talvez uma generosa quimera. Aquilo que muitas vezes os juristas se acostumaram a interpretar como exigência de certeza para as decisões nunca passa de mera probabilidade, variando somente o grau de probabilidade exigida e, inversamente os limites toleráveis dos riscos. Isso transparece no processo de conhecimento, especialmente (embora não apenas) no tocante às questões de fato. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. A probabilidade é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, em que na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar". **DINAMARCO**, Cândido Rangel, *op. cit.*, p. 238/239.

elemento constituído por ilação extraída dos atos e fatos trazidos ao processo e será tão mais harmônica com o Direito, quanto mais elevada for a qualidade de boa-fé das partes. Isto evidencia que a qualificação da conduta dos sujeitos do processo tem repercussão direta no conjunto probatório¹⁶. Evidencia também que não é a dicção expressa de regras de conduta que tornam imperativa a observância da lealdade processual, mas a mera percepção sistemática de que o escopo instrumental do processo depende fundamentalmente de sua higidez, cabendo ao Poder Judiciário zelar por tais garantias.

A LEALDADE NO PROCESSO DO TRABALHO. ACESSO À JUSTIÇA E PRINCÍPIO DA PROBIDADE. O LITIGANTE DESLEAL E A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA.

A falta de uma disciplina específica na CLT quanto a lealdade processual, como visto, não constitui óbice à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, eis que presentes os dois requisitos de incidência da norma de supletividade: omissão e compatibilidade.

Mesmo à míngua de uma regra direta, nota-se que o processo do trabalho não estimula e tampouco ignora a conduta desleal, como se vê na sanção aplicada àquele que provoca o arquivamento¹⁷ da ação trabalhista. Também nunca se registrou qualquer polêmica que figuras como atentado ao exercício da jurisdição¹⁸, atentado à dignidade da Justiça, de *astreintes* fossem medidas incompatíveis com as regras da Consolidação. Ao contrário, a CLT naturalmente impõe ao juiz que fixe o prazo e condições para o cumprimento da sentença¹⁹, o que atrai possível incidência de sanções por mora, eis que a conduta de inércia do obrigado não se faz admissível.

É importante notar que a adaptação deve considerar as especificidades do processo trabalhista, tal como o *ius postulandi*, no momento de aplicação das regras de higidez. Não se pode supor que o trabalhador, ignorando o conteúdo material e processual do direito positivo pátrio, possa ser enquadrado como praticante de lide temerária. Da mesma forma, não se pode conceber que o trabalhador, assistido regularmente por advogado, receba no exame de seu processo a mesma condescendência, já que não seria crível supor que o profissional desconhecesse a rotina dos caminhos do processo, seus princípios e zelos, ressaltando-se a demonstração explícita de inexperiência, pois todos têm, na vida, seu primeiro passo.

A doutrina de Alcides Mendonça Lima pontua, com precisão, este aspecto:

“Hodiernamente, não se pode pensar em existir um processo fora do ‘princípio da probidade’. Assim sendo, em suas linhas gerais, as regras do Código de Processo Civil não se tornam incompatíveis com o processo trabalhista. O fato de a CLT, a exemplo, aliás, do Código de 1939, ser lacunosa, como esse último era extremamente parcimonioso, nem por isso pode ser criada uma imunidade no foro especial em favor das partes e dos procuradores, embora com algumas atenuações, abrandando o rigorismo do preceito, quando a própria parte podia agir sem o patrocínio de profissional. Em tese, porém, os dispositivos são aplicáveis

16. Alguns bons exemplos disso está no que dispõem os arts. 343, § 2º c/c 345, CPC e no princípio da persuasão racional (art. 131, CPC).

17. Arts. 731 e 732, CLT.

18. Introduzida pela Lei n.º 10.358, de 27.12.2001, ampliando a observância de regras éticas, sob pena de incidência de multa, não só às partes, mas a todos aqueles que de qualquer forma participarem do processo.

19. Art. 832, § 1º da CLT: “Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento.”

na Justiça do Trabalho. A possibilidade de o empregado ser ressarcido, economicamente, com a correção monetária, salário em dobro, indenização dupla, etc., nem por isso outras sanções devem ser relegadas²⁰.

Destarte, superada, há muito, a questão sobre a aplicação subsidiária das normas éticas do processo civil no processo do trabalho e enfatizada a relativização das circunstâncias em que se apresentam as hipóteses de enquadramento da conduta desleal (como, v.g., em ações promovidas por atermação, sem advogado), cumpre observar que também a imposição de sanções devem ser flexibilizadas. Porém, é importante destacar, a relativização das sanções acontecem em face da mesma necessidade de adequação ao processo do trabalho.

O elenco das penas ao litigante de má-fé é constituído, no processo civil, por a) multa limitada a um por cento sobre o valor dado à causa, aplicada pelo juiz *ex officio*; b) indenização à parte adversa pelos prejuízos sofridos. A indenização será fixada em até 20 % sobre o valor dado à causa ou, na ausência de elementos para declarar o quantum da indenização, será ela liquida por arbitramento; c) a condenação do litigante em honorários advocatícios despendidos pela parte adversa; d) o ressarcimento das despesas efetuadas pela parte adversa em face da litigância desleal.

A imposição da multa *ex officio* representa um claro sinal de que a atuação da Justiça no sentido de combater a litigância de má-fé não é atribuição para a qual dependa de requerimento da parte adversa. Não se trata, portanto, de um direito subjetivo privado a garantia de um processo livre da contaminação de insidiosidade. Por conseguinte, não se aplica aqui o princípio inercial da jurisdição, como também é possível, dentro da esfera de atuação do juízo, impor advertências em atenção ao caráter pedagógico imanente a qualquer pena ou até mesmo revogá-las, sem que isso afete o chamado direito adquirido de outrem, eis que tais sanções não são direitos subjetivos que venham a integrar o patrimônio particular da parte adversa, mas apenas reflexos da atuação de uma política judiciária de preservação das regras éticas do processo.

Importante anotar que a indenização dos prejuízos sofridos pela vítima do ato de litigância desleal, ainda que promovida a liquidação por arbitramento, não poderá ultrapassar o teto de 20 % (vinte por cento) do valor atribuído à causa. Além disso, os prejuízos devem ser reais e plenamente demonstrados.

O parâmetro desta indenização foi introduzido pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994, modificando a redação original do CPC de 1973 que, até então, estabelecia livre fixação da indenização pelo juiz ou, na falta de elementos para a extração do valor líquido, a alternativa de adotar a liquidação por arbitramento. Desse modo, se a novel modificação decorre da introdução de um limite, temos que concluir que mesmo em liquidação por arbitramento esta indenização não poderá ultrapassar a fronteira demarcada.

Os prejuízos, que geram a indenização acima, não se confundem com as despesas efetuadas pela parte vitimada. Consideram-se despesas todos os gastos necessários e lícitos impostos pela marcha processual, *como custas, adiantamento de honorários periciais, custeio de diligências, indenização a testemunhas* etc²¹.

Os honorários advocatícios, impostos por força da prática de litigância de má-fé, estão necessariamente dissociados da hipótese de sucumbência²². Quer dizer que,

20. LIMA, Alcides Mendonça, *Processo Civil no Processo Trabalhista*, 3ª ed., LTr, S.Paulo, 1991, p. 51/52.

21. Art. 20, § 2º, CPC.

22. É, aliás, equivocada a idéia de que os honorários advocatícios decorrem, necessariamente, da constatação de sucumbência, assim como não é consentânea com a sistemática processual brasileira correlacionar a sucumbência apenas e tão-somente com o pedido. Desmistificando essa posição, o estatuto processual comum impõe condenação necessária do litigante desleal, ainda que vencedor no mérito. A sua punição advém da prática de má-fé, contra a qual

mesmo que em sede de mérito conclua o julgador pela procedência dos pedidos do autor ou pela improcedência acatando os argumentos da resposta do réu, isto não afasta o litigante desleal de responder pelos honorários advocatícios arcados pelo seu adversário²³. Os critérios de fixação dos honorários advocatícios seguem as regras do art. 20 do CPC.

O processo do trabalho não exige antecipação de custas e sua imposição se dá ao fim da prestação jurisdicional pelo juízo originário. Sua exigibilidade decorre do trânsito em julgado. Entretanto, não há qualquer empecilho de imposição dessas despesas ao litigante desleal, até porque não seria admissível que a parte (exequente), imbuída de má-fé, provocasse diligências na fase de execução de sentença e as custas fossem atribuídas ao executado, em estrita aplicação do art. 789-A, caput, CLT.

O mesmo se diga quanto aos prejuízos e outras despesas processuais comprovadamente demonstrados nos autos, arcados pela parte adversa e em decorrência da prática de ato desleal de seu adversário.

Por fim, os honorários advocatícios. No processo do trabalho, a incidência de honorários advocatícios sempre foi rejeitada, em consagração ao princípio do ***ius postulandi***.

Em se tratando de um processo construído para livre manipulação dos cidadãos, sem exigência do pressuposto da capacidade postulatória, a jurisprudência consagrou o entendimento de que não se concebe a imposição de condenação em honorários advocatícios àquele que comparece em juízo sem a assistência sindical (sendo a parte o trabalhador) ou comparece à audiência representado por um procurador judicial (reclamante ou reclamado), eis que a contratação deste profissional deu-se por livre desejo de quem o contratou e não por uma imposição legal ou nos estritos limites da lei.

Os honorários de advogado, decorrentes da sucumbência²⁴, previstos no processo do trabalho, são destinados exclusivamente aos sindicatos assistentes dos trabalhadores, conforme prevê a Lei n.º 5.584/70 em leitura conjugada com o instituto da assistência judiciária (Lei n.º 1060/50).

É importante sublinhar que, apesar da costumeira nomenclatura de que tais honorários seriam assistenciais, porque revertidos ao sindicato assistente, em verdade trata-se de típica verba de honorários advocatícios.

A jurisprudência consolidada²⁵ apenas admite a condenação em honorários advocatícios ante a configuração de dois requisitos: I - a concessão dos benefícios da Justiça gratuita e II - a assistência prestada pelo sindicato dos trabalhadores.

Desse modo, há vezes que sustentam a inaplicabilidade da condenação em honorários, pela prática de má-fé, face a incompatibilidade com o processo do trabalho²⁶.

a parte vitimada necessita socorrer-se dos esforços de um profissional do Direito para desvencilhar-se da trama sórdida. No mesmo sentido, o disposto no art. 21, parágrafo único do CPC, que livra o sucumbente de parte mínima do pedido a responder por honorários advocatícios, mesmo que parcialmente. O art. 22 do CPC, por fim, demonstra que, mesmo vencedor da causa, não terá a parte direito de haver honorários do vencido caso apresente comportamento negligente e contrário ao princípio da celeridade processual.

23. E na hipótese do litigante de má-fé ser o autor da ação e esta for extinta sem resolução do mérito, as penas impostas o sujeitam ao pleno enquadramento da hipótese do art. 268, CPC.

24. Na expressa previsão da Lei n.º 5.584/70 que, em seu art. 16, atribui o pagamento dos honorários do advogado pelo vencido e a reversão desta verba para o sindicato assistente.

25. Vide Orientação Jurisprudencial n.º 305, da SBDI-1/TST (disponível no site www.tst.gov.br).

26. Não obstante a ampliação da competência da Justiça do Trabalho tenha renovado a discussão, mormente em ações introduzidas por tal ampliação e que não encontram amparo material na CLT. De acordo, também, com a Instrução Normativa n.º 27/2005, expedida pelo Tribunal Superior do Trabalho, há expressa previsão de condenação em honorários advocatícios, excluídas apenas as causas que decorram da relação de emprego, ou seja, as causas introduzidas na novel competência da Justiça Laboral: "Art. 5º Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência."

Por outro lado, não há que se negar a eficácia total às regras de disciplinamento ético do processo em atenção maior ao princípio do livre acesso à Justiça, notadamente pelo confronto com os benefícios da chamada Justiça gratuita (ou assistência judiciária)²⁷.

É preciso destacar que o princípio da probidade processual e o de livre acesso à Justiça servem à construção do processo, orientando suas regras, do início ao fim. São princípios imanentes e não contrastantes.

Se o processo foi edificado à luz de regras éticas, consoante se extrai da leitura de sua peça de introdução, como negar a eficácia de tal disciplina, atribuindo ao litigante desleal o franqueamento completo das despesas processuais? Seria, sem dúvida, um contra senso pois, em verdade, seria o mesmo que dizer que, em tal hipótese, a CLT padece de um vazio legislativo sobre a matéria e que, no processo do trabalho, não imperam normas éticas - o que já foi afastado pela visão antes exposta.

Poder-se-ia, então, defender que as penas seriam impostas em desfavor do litigante e em favor da parte adversa, mas as custas processuais continuariam no plano da isenção, face aos benefícios da assistência judiciária.

Contudo, de acordo com a regra do art. 35 do Código de Processo Civil, as sanções impostas pela litigância de má-fé recebem a natureza de custas. Não se pode, então, admitir que o litigante de má-fé padeça da condenação em desfavor da parte adversa (por exemplo, da multa aplicada **ex officio**) e, ao mesmo tempo, usufrua de isenção para as custas revertidas para o Estado!

Se contadas como custas e o litigante for beneficiário da Justiça gratuita, a seguir tal raciocínio, estaria ele completamente isento de qualquer reparação à vítima de sua deslealdade processual. Ou então, **contrario sensu**, deve o litigante de má-fé ser responsabilizado tanto perante as custas devidas ao Estado quanto à reparação de sua vítima específica: a parte adversa.

Se a violação da ética processual deve ser reprimida, até por ofício, pela Justiça, não se presume que tal atuação estatal se dê para mera consagração da patrimonialidade individual e sim para que prevaleça o respeito às regras públicas de notório valor coletivo e socialmente necessárias. Privilegiar a indenização privada e abdicar da arrecadação das custas públicas, **data venia**, é negar a reparação do Estado e manter apenas a reparação individual.

Note que o art. 14 do CPC, que trata do princípio do atentado à jurisdição e que envolve um espectro de agentes mais amplo do que simplesmente os litigantes impõe a aplicação de multa, a qual será revertida a União ou ao Estado.

Este panorama revela, em suma, que o processo consagra, dentre outros, o princípio do acesso à Justiça, como também o princípio da probidade. Entretanto, aquele que voluntariamente buscar no processo o palco para demonstração da insídia, dentro da concepção antes desenhada do que seja a má-fé, revela conduta de explícita abdição dos benefícios da assistência judiciária.

Sublinhe-se que a assistência judiciária é um benefício, não uma imposição. Tanto assim que a parte assistida pode, querendo, escolher o seu próprio advogado, como pode querer não usufruir desses benefícios. O que não é lógico é o Estado complacente franquear as custas do processo para aquele que vem em juízo atuar

27. Porquanto haja, na doutrina e jurisprudência, quem distinga a assistência judiciária da Justiça gratuita, não se pode, **data venia**, extrair tal ilação pela leitura da Lei n.º 1060/50. É que o diploma em comento é claro ao estabelecer os **benefícios** da assistência judiciária, dentre os quais está o amplo rol de **isenção** (art. 3º). Assim, ainda que pareça que o ato de assistir seja diferente dos efeitos da isenção, o diploma que instituiu a assistência judiciária não fez tal separação. Consagrou ao beneficiário a gratuidade e o auxílio profissional de um advogado, tudo como efeitos de uma coisa só: a assistência judiciária. No processo do trabalho, este advogado é aquele designado pelo sindicato e apenas para o trabalhador, enquanto parte. Pode ser, também, o defensor público ou o promotor de justiça atuante na comarca (art. 17, Lei n.º 5.584/70).

flagrantemente em conduta inequívoca de má-fé.

Este retrato é patente na demonstração de que, assim procedendo, o Estado estará atuando como patrocinador de causas ou defesas eivadas de malícia ou causas propostas em seu mérito para fins ilícitos, pois ao mesmo tempo em que dispõe de regras para reprimir por um lado, por outro está a perdoar o litigante das despesas provocadas no processo em face de seu comportamento reprovável.

Assim como não se concebe que as partes e procuradores saiam impunes em uma sentença proferida para obstar os efeitos de ato simulado ou obter fins proibidos pela lei através do processo, também não se pode admitir que a litigância de má-fé coexista com os benefícios da assistência judiciária²⁸.

CONCLUSÕES.

Traçados os contornos conceituais da boa-fé e da má-fé, como qualidades pelas quais se externa a higidez do processo, conclui-se que tais adjetivos são de ampla permeabilidade no mundo do Direito, ora introduzido no direito substancial em si, ora nas circunstâncias para a aquisição, proteção, perda, transformação ou transferência desse mesmo direito, ora na repercussão de efeitos processuais (inclusive valoração da prova).

Mesmo sendo o processo um palco de conflito e não sendo natural exigir-se da parte que atue em desfavor de sua própria causa, ainda assim permanece a necessidade de imperar regras mínimas de conduta ética, sob pena de desvirtuamento completo dos objetivos do processo. Tão imperiosa é essa necessidade de uma mínima conduta ética no processo que o vazio legislativo dos Códigos (como acontecia com o CPC de 1939 ou com a CLT) não é argumento capital para a negação da virtude.

A CLT, ainda que não trate explicitamente do tema, não se descarta de normas de fundo ético, como se vê na regra dos arts. 731 e 732, por exemplo. A aplicação subsidiária dessas e de outras regras de fundo ético (como multa em embargos declaratórios por procrastinação, atentado à dignidade da Justiça, astreintes etc) dão por superados quaisquer argumentos contrários de incompatibilidade, valendo destacar que a aplicação de sanções pode e deve ser mitigada em face da realidade do processo trabalhista.

A higidez do processo contribui para a boa aplicação dos demais princípios processuais, como a celeridade, a igualdade entre as partes, a duração razoável do processo etc.

O comportamento do litigante de má-fé é uma expressão inequívoca de renúncia aos benefícios da assistência judiciária, inclusive quanto aos benefícios da Justiça gratuita, pois não se pode conceber que o Estado reprima a conduta desleal e, ao mesmo tempo, franqueie ao litigante de má-fé as despesas processuais para a prática

28. Celso Agrícola Barbi afirma textualmente: "o fato de o culpado litigar com justiça gratuita não o isenta da obrigação de indenizar. Do contrário, a pobreza constituiria imunidade admissível" (**BARBI**, Celso Agrícola, Comentários ao Código de Processo Civil, 7ª ed. revista e aumentada, Forense, 1992, Rio de Janeiro, p. 105). No mesmo sentido também doutrina o magistrado Radson Rangel, que vai além e entende devidos, inclusive, os honorários advocatícios: "A litigância de má-fé afigura-se em óbice ao direito à assistência judiciária. Com efeito, a assistência judiciária consiste na inexistência de entraves de natureza financeira no acesso à prestação jurisdicional, de forma que o direito à assistência só se justifica quando a parte, na busca dessa tutela jurisdicional, age na mais completa boa-fé, uma vez que a má-fé atinge não só a parte contrária, mas principalmente o Estado, no importante instrumento - o processo - colocado à disposição das pessoas na busca da solução dos conflitos intersubjetivos, razão pela qual qualquer atentado a esse instrumento deve ser obstada. (...) A partir do momento em que o litigante atua de forma divorciada dos parâmetros éticos do processo, a liberdade conferida pela assistência judiciária deve ser restringida, sob pena de autorizar verdadeiras aberrações jurídicas. Como bem disse CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, "a gratuidade generalizada seria um incentivo à litigância irresponsável, a dano desse serviço público que é a jurisdição." (*In* Instituições..., vol. II, pág. 633)". DUARTE, Radson Rangel F., "A litigância de má-fé: honorários advocatícios e assistência judiciária", *In* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, ano VII, Dez/2004, p.76.

de sua insídia.

Enfim, a disciplina do processo com o firme propósito de desestimular a deslealdade entre as partes tem como escopo traçar um caminho que desfruta do mesmo valor que se constitui a entrega final da prestação jurisdicional: a ética.

Lembrando as palavras de Umberto Eco, em carta resposta ao Cardeal Carlo Maria Martini que lhe indagava onde o leigo encontra a luz do bem, respondeu: “a dimensão ética começa quando entra em cena o outro...e é o outro, é seu olhar, que nos define e nos forma”²⁹.

29. A frase consta de correspondência trocada por Umberto Eco e o cardeal Carlo Maria Martini através das páginas do jornal italiano Liberal, entre março de 1995 e março de 1996, e que deu origem ao livro “Em que crêem os que não crêem” (Editora Record, 2001, tradução de Eliana Aguiar). Parte mínima dessa publicação (duas epístolas) foram publicadas na Revista da AMB, ano 5, n.º 12, Cidadania e Justiça - “Fundamentos da ética e respeito ao outro”, p. 10/11.