

CAROLINA DINIZ PANIZA

**O PAPEL DO ADVOGADO COMO FUNÇÃO ESSENCIAL À ADMINISTRAÇÃO
DA JUSTIÇA E SUA RESPONSABILIDADE POR DANO PROCESSUAL**

MESTRADO EM DIREITO

UNIFIEO
Osasco - 2011

CAROLINA DINIZ PANIZA

**O PAPEL DO ADVOGADO COMO FUNÇÃO ESSENCIAL À ADMINISTRAÇÃO
DA JUSTIÇA E SUA RESPONSABILIDADE POR DANO PROCESSUAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Centro Universitário FIEO - UNIFIEO, para obtenção do título de mestre em Direito, tendo como área de concentração “Colisão e Controle dos Direitos Fundamentais”, inserido na linha de pesquisa “A Efetivação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais”, sob orientação do Professor Doutor Sérgio Seiji Shimura.

UNIFIEO
Osasco - 2011

PANIZA, Carolina Diniz. O papel do advogado como função essencial à administração da justiça e sua responsabilidade por dano processual / Carolina Diniz Paniza; orientação Prof. Dr. Sérgio Seiji Shimura, 2011.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Direito (linha de pesquisa “A Efetivação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais”), do UNIFIEO - Centro Universitário FIEO.

1. Advogado; 2. Direitos fundamentais; 3. Responsabilidade por danos processuais; 4. Litigância de má-fé; 5. Abuso de direito.

BANCA EXAMINADORA

DOUTOR SÉRGIO SEIJI SHIMURA

DOUTORA MÁRCIA CRISTINA DE SOUSA ALVIM

DOUTOR RODRIGO BARIONI

*Dedico esta obra à minha mãe, amiga e companheira de trabalho.
Ao meu pai, meus irmãos e minha prima, pelo incentivo e carinho.
Ao Gustavo, pela compreensão e apoio incondicional.
E a todas as pessoas que me fizeram crescer ao longo de minha vida.*

*Agradeço aos Ilustres Mestres e orientadores desta conceituada Fundação,
em especial ao meu orientador, o Mestre Sérgio Seiji Shimura,
um intelectual brilhante, que enobrece o magistério; a magistratura e os operadores do
Direito. Mais que um professor, um amigo pela paciência e estímulo ao crescimento moral,
intelectual e profissional, por quem terei eterna gratidão.*

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estudar “O papel do Advogado como função essencial à administração da Justiça e sua responsabilidade por dano processual”, de forma a enfrentar as dúvidas quanto à sua definição, aplicação e consequências. Apresenta a função constitucional do advogado como proteção e direito fundamental, além de definir a atuação dos sujeitos do processo, observada dentro de uma postura ética condizente, visando a celeridade e efetividade jurisdicional. Estabelece o trabalho as formas de manifestação que as partes podem exercer no curso do processo, com a responsabilidade civil pelas ações e/ou omissões que causa o dano processual, e ainda quer identificar como a atuação do advogado pode gerar a responsabilização civil por danos processuais causados, com sua previsão na Constituição Federal, Código de Processo Civil, Estatuto da Advocacia e Código de Ética e Disciplina. Sabendo-se que ninguém está imune a esta situação e por mais que os profissionais do direito conheçam as técnicas processuais, existe necessidade de aprofundamento do tema e identificação da responsabilidade civil por dano processual, suas sanções e a devida atuação do advogado como profissional indispensável à administração da Justiça.

Palavras-chave: Advogado. Direitos fundamentais. Responsabilidade civil por dano processual. Litigância de má-fé. Abuso de Direito.

ABSTRACT

The present work aims to study "The Role of the Lawyer as a function essential to the administration of justice and responsibility for damage procedural" so as to face the doubts as to its definition, application and consequences. Displays the constitutional function of the lawyer as protection and fundamental right and defines the performance of the subjects of the process, observed within a consistent ethical position, speed and effectiveness with a view to judicial review. Establishes the working forms of manifestation that the parties may engage in the proceedings, with civil liability for the actions and / or omissions that cause harm procedural and still want to identify how the role of the lawyer can generate the procedural civil liability for damage caused with your prediction in the Federal Constitution, Code of Civil Procedure, Statute Law and Ethics and Discipline. Knowing that no one is immune to this situation and as much as legal professionals are aware of procedural techniques, there is need for further identification of the topic and civil liability for damage procedural sanctions and their due performance of the professional lawyer as indispensable to the administration Justice.

Keywords: Lawyer. Fundamental rights. Liability for damage proceedings. Litigation in bad faith. Abuse of law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A INDISPENSABILIDADE CONSTITUCIONAL DO ADVOGADO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL	12
1.1 O ADVOGADO.....	19
1.2 A INDISPENSABILIDADE DO ADVOGADO E O <i>JUS POSTULANDI</i>	26
1.3 FUNÇÃO SOCIAL E <i>MUNUS PÚBLICO</i>	31
1.4 ATIVIDADES DA ADVOCACIA EXTRAJUDICIAL.....	34
1.5 A EFICÁCIA DA GARANTIA FUNDAMENTAL DA INDISPENSABILIDADE DO ADVOGADO.....	36
2 DIREITOS E PRERROGATIVAS DOS ADVOGADOS	45
2.1 LIBERDADE DE EXERCÍCIO DA PROFISSÃO.....	50
2.2 LIBERDADE DE DEFESA E SIGILO.....	53
2.3 IMUNIDADE PROFISSIONAL.....	59
2.4 A ÉTICA PROFISSIONAL.....	62
3 DA RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO POR DANO PROCESSUAL	70
3.1 A BOA-FÉ PROCESSUAL.....	78
3.2 DA REPARAÇÃO DOS DANOS PROCESSUAIS.....	91
3.3 DAS SANÇÕES AO ADVOGADO POR DANOS PROCESSUAIS.....	102
3.4 O ADVOGADO E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.....	112
CONCLUSÃO	118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	123

INTRODUÇÃO

Como introito da pesquisa que será realizada sobre o tema “O papel do advogado como função essencial à administração da justiça e sua responsabilidade por dano processual”, buscamos abordar a atuação do profissional no processo e a necessidade de uma postura ética condizente com a nobre classe, para a efetiva cooperação com a celeridade do procedimento e aplicação do Direito.

É certo que a área de Processo Civil é absolutamente extensa e complexa, em especial na grande quantidade de manifestações que as partes podem exercer no curso do processo, intervindo de todas as formas com ações ou omissões.

Todos que, de qualquer forma, participam do processo em alguma destas inúmeras intervenções, pode praticar um dano processual declarado à luz das disposições especificadas nos artigos 14, 15, 16, 17 e 18 do Código de Processo Civil.

O advogado, como profissional apto para representar seus clientes perante a Justiça, com a função de amparar, aconselhar, informar direitos e pleitear em juízo, mesmo que atue com função social, *munus* público e tenha sua indispensabilidade constitucional como uma garantia fundamental, ainda assim, pode vir a sofrer as sanções delineadas à luz da Constituição Federal, Código de Processo Civil, Estatuto da Advocacia, Código de Ética e Disciplina e demais normas pertinentes.

O Código de Processo Civil, quando trata dos “deveres da partes e dos seus procuradores” e “da responsabilidade das partes por Dano Processual”, traça os liames da responsabilidade civil, apesar de outros artigos do mesmo diploma abordarem temas correlatos. Isso torna interessante o estudo deste tema, tratado de forma superficial pela doutrina e por ser uma tendência atual sua aplicação, especialmente ao profissional do direito, podendo gerar graves sanções ao praticante do ato ilícito, além de condenação em processo ético-disciplinar perante a Ordem dos Advogados do Brasil.

Ademais, com a reforma trazida pela Lei n. 10.358, de 28.12.2001, que ampliou a responsabilidade para “todos aqueles que de qualquer forma participam do processo”, podemos identificar inovações interessantes ao presente estudo, principalmente porque incluiu penalidades mais específicas, como a litigância de má-fé de ofício e conferiu maiores poderes aos magistrados para constituição da responsabilidade civil por dano processual.

Assim, com os deveres de lealdade e de probidade, que devem nortear a atuação de quaisquer participantes do processo, passam a *status* maior, e o desejo de erradicar o dolo processual com sanções pode alcançar inclusive o Estado, juízes, promotores, defensores, partes e, porque não, o advogado, que atuante de má-fé ou com abuso de direito pode causar danos às partes e/ou terceiros, e ser responsabilizado civil, penal e disciplinarmente.

A lide temerária, litigância de má-fé, atos procrastinatórios e a responsabilidade de todos os agentes do processo, sejam partes litigantes, representantes judiciais, membro do Ministério Público e o próprio magistrado, estão diretamente relacionados ao dano processual, havendo divergências dos doutrinadores destacadamente ao advogado, cabendo uma análise mais aprofundada sobre a responsabilidade civil quanto aos danos causados à luz da Constituição Federal e sua função essencial à administração da justiça como um direito fundamental.

As modificações legislativas deram melhor compreensão sobre o dano processual no tocante ao advogado, no entanto, ainda requerem uma melhor análise, como podemos observar ao longo do presente trabalho.

Enfim, este estudo pretende aprofundar o tema, buscando desenvolver um auxílio doutrinário, bem como o crescimento profissional por um estudo voltado à demonstração de todos os aspectos pertinentes à responsabilidade civil do advogado por danos processuais, partindo-se de conceitos básicos, que possibilitem melhores considerações e conclusões sobre a matéria, de forma a ser um instrumento ao profissional do direito que deve estar atendo aos riscos inerentes à postura inadequada e antiética, especialmente quando personifica um direito fundamental.

1 A INDISPENSABILIDADE CONSTITUCIONAL DO ADVOGADO COMO GARANTIA FUNDAMENTAL

As normas de direitos fundamentais são os dispositivos máximos de proteção a direitos essenciais dos cidadãos, e possuem caráter de cláusulas pétreas dentro de nosso ordenamento jurídico, por seu caráter especial e por ser elemento da ordem jurídica. Assim, há que se considerar a trajetória percorrida por esses direitos até alcançarem a consagração no Direito Constitucional e Internacional.

Os Direitos Fundamentais são entendidos como aqueles previstos exemplificadamente no Título II da Constituição Federal de 1988, isto é, os direitos e garantias fundamentais, podendo em decorrência do artigo 5º, § 2º da Carta Magna, também entender como parte desse rol os direitos e deveres individuais e coletivos, os princípios e regimes adotados pela Carta, bem como os tratados internacionais em que o Brasil tenha ratificado.

Nas lições de Anna Cândida da Cunha Ferraz,¹ vislumbramos a importância do reconhecimento e efetiva proteção dos direitos fundamentais em suas distintas dimensões ou gerações, de forma a garantir o Estado Democrático de Direito, abordando de forma específica que a jurisdição constitucional se exerce pela jurisdição constitucional das liberdades e o controle de constitucionalidade, afirmando que a efetivação e concretização dos direitos fundamentais constituem parte relevante do controle de constitucionalidade, por isso a necessidade de observar as medidas utilizadas como proteção destes direitos.

Na lição de Alexandre de Moraes,² os direitos humanos fundamentais são

o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Anotações sobre o controle de constitucionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. In: **Revista do Mestrado em Direito**, n. 4, UNIFIEO, 2004, p. 21-45.

² MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 39.

Neste sentido, a Constituição Federal, no Título IV – Da Organização dos Poderes, especificamente no Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça, juntamente com o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública, preceitua que:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Rui Barbosa dizia que “em todas as nações livres, os advogados se constituem na categoria de cidadãos que mais poder e autoridade exercem perante a sua sociedade”.

Rubens Approbato Machado³ esclarece a posição do artigo 133 na Carta Magna, afirmando que:

Essa inserção da advocacia, como função essencial à administração da justiça, esta em seu termo mais amplo, tendo a postura de comando constitucional, de plena valia em si mesmo, a fim de permitir que os direitos fundamentais e individuais dos cidadãos possam ser, na plenitude, exercidos. A advocacia não está incluída como função do Poder Judiciário, mas sim, repita-se, como função essencial à administração da justiça, em seu sentido mais amplo.

Dessa primeira afirmação, pode-se, desde logo, extrair a conclusão, que o texto do artigo 133 tem dois dispositivos, que se completam: (a) o primeiro é o que diz: “*o advogado é indispensável à administração da justiça*”.

Essa disposição é auto-aplicável, sendo, por si só, necessária e suficiente a que o comando dela derivada se faça presente, para poder permitir que a justiça, em seu sentido aristotélico, concretizando-se os direitos fundamentais dos cidadãos, através de sua ação, dentro ou fora do Poder Judiciário. Só se torna possível o cumprimento dos fundamentos constitucionais de defesa da dignidade humana, do amplo direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como à obediência do princípio do devido processo legal, se for assegurado ao cidadão o direito de ter em sua defesa alguém devidamente aparelhado de conhecimentos jurídicos, capaz de buscar uma solução justa em suas demandas.

³ MACHADO, Rubens Approbato. **Constituição Federal de 1988 – Artigo 133**. Disponível em www.oab.org.br. Acesso em 09.03.2011.

A indispensabilidade do advogado independe de qualquer norma infralegal para lhe dar consistência, posto que exerce a defesa dos direitos constitucionais, fundamentais e individuais, o exercício nato do Estado Democrático de Direito.

Analisando o texto constitucional, sabiamente, Antônio Cláudio da Costa Machado⁴ ressalta que:

Pela primeira vez na história constitucional brasileira é afirmada a indispensabilidade do advogado para a administração da justiça, o que significa o reconhecimento, pela Lei Maior, da magnitude da função desempenhada pelos advogados no plano social, político e jurídico e, nesta última perspectiva, da absoluta relevância da função processual-procuratória. Não é, assim, sem razão, que a advocacia tem agora o *status* constitucional de função essencial à justiça, posto que para dar a cada um o que é seu não basta um juiz investido, imparcial e competente, mas é necessário e inafastável a participação de alguém que, conhecedor da ciência jurídica e devidamente habilitado, represente os litigantes e defenda seus interesses em juízo, postulando, argumentando, provando e recorrendo, com o que se concretiza nos autos do processo a contribuição laboral indispensável para que o magistrado possa atuar a vontade do direito objetivo para solucionar o litígio.

Rubens Approbato,⁵ citando que essa distinção foi bem captada pelo Professor Roberto J. Pugliese, extrai os seguintes ensinamentos:

O Poder Judiciário necessita, para sua atuação jurisdicional, de elementos qualificados que traduzam os interesses dos súditos do Estado aos órgãos jurisdicionais, forma hábil, técnica, científica. São advogados. Sem a presença e atuação desses profissionais do direito, o PJ haveria de sentir o baixo nível das discussões, bem como deixariam as contendas judiciais de se fundarem na legislação material e seguirem os ritos impostos pelas normas adjetivas por faltar conhecimento aos jurisdicionados interessados.

⁴ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Normas processuais civis interpretadas artigo por artigo, parágrafo por parágrafo da Constituição Federal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 138.

⁵ PUGLIESE, Roberto J. **A Constituição, a Advocacia e o Advogado**. Artigo publicado na RT/713, de março de 1995, p. 293-304. *Apud* MACHADO, Rubens Approbato. **Constituição Federal de 1988 – Artigo 133**. Disponível em www.oab.org.br. Acesso em 09.03.2011.

Ao advogado cumpre auxiliar a justiça, representando seu cliente e emprestando todo o seu conhecimento jurídico ao leigo, sendo no dizer de Gisela Ramos⁶

um intermediário entre a parte e o juiz, fazendo chegar a este todas as nuances do caso posto à apreciação, de forma objetiva, despojados dos naturais contornos emocionais, e adequado à norma jurídica pertinente.

Assim, é indiscutível a relação íntima com a ideia de paz social, de forma que Rubens Approbato⁷ diz que a referência à paz social

decorre do sentido de que a advocacia objetiva, em primeiro lugar, a composição justa da lide, a conciliação das partes, procurando encaminhá-las para uma solução harmônica e civilizada da demanda, sem estímulos à litigiosidade, e só buscando a ação estatal da prestação jurisdicional, quando frustradas todas as possibilidades de harmonização dos interesses em disputa. Há, assim, um colchão social a abrigar o perfil do advogado.

É importante ressaltar que tal exigência não se deu para privilegiar a classe dos advogados, com base em um favorecimento profissional capaz de propiciar certa exclusividade de um ofício. De acordo com Paulo Lobo,⁸ sua “*ratio* é de evidente ordem pública e de relevante interesse social, como instrumento de garantia de efetivação da cidadania. É a garantia da parte, e não do profissional”.

Conforme ensina Ruy Sodré,⁹

só o advogado, com sua cultura, com a técnica jurídica, pode extrair das circunstâncias que envolvem o caso, o que interessa ao julgamento, apresentando a defesa com mais segurança. Ele transforma os fatos em lógica, e o juiz transforma a lógica em sentença.

⁶ RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia**: comentários e jurisprudência selecionada. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, p. 62.

⁷ MACHADO, Rubens Approbato. **Advocacia e Democracia**. São Paulo: OAB Editora, 2003, p. 79.

⁸ LOBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 26.

⁹ SODRÉ, Ruy de Azevedo. **Ética Profissional e Estatuto do Advogado**. LTr, p. 268.

Ademais, a segunda parte do artigo menciona ser, nos limites da lei, inviolável os atos e manifestações do advogado no exercício da profissão, o que redundava em estabelecer as prerrogativas dos advogados a nível constitucional, tema objeto de estudo no próximo tópico de direitos e prerrogativas.

Vale lembrar as palavras de Antônio Cláudio da Costa Machado,¹⁰ que afirma:

Note-se, por outro lado, que para realizar tão relevante mister institucional o advogado não pode se subordinar ao juiz, ao Promotor de Justiça, ao escrivão, nem a quem quer que seja. A independência do advogado se traduz na estrita subordinação de seus atos apenas à lei e à sua consciência, daí resultando a cláusula final do dispositivo sob enfoque: “sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”, vale dizer, nos limites da Constituição, códigos de processo, das leis processuais em geral, das normas do foro, das prescrições do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94) e das regras do Código de Ética e Disciplina, elaborado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (DJU, de 1º-3-1995).

Ainda, o artigo 133 da Constituição Federal também menciona que os atos e manifestações referentes ao exercício da profissão contarão com limites estabelecidos em lei, sendo certo que esta prerrogativa de defesa plena da cidadania foi explicada e relativizada pela norma infraconstitucional, a Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

No mesmo diapasão da Carta Magna, a referida Lei n. 8.906/94, em seu artigo 2º e parágrafos, reforça a questão da indispensabilidade do advogado, preceituando:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

§ 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem *munus* público.

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

¹⁰ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Normas processuais civis interpretadas artigo por artigo, parágrafo por parágrafo da Constituição Federal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 139.

Insta observar que o Conselho Federal, órgão supremo da Ordem dos Advogados do Brasil, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelos artigos 33 e 54, V, da Lei nº 8.906/94,¹¹ aprovou e editou o Código de Ética e Disciplina profissional do advogado, novamente fazendo menção à garantia constitucional de indispensabilidade no seu artigo 2º, replicando os dizeres constitucionais, de forma a ressaltar que o advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu ministério privado à elevada função pública que exerce.

Podemos, com isso, salientar que todos os dispositivos acima retratam a fundamental participação do advogado, vez que desempenha função social, especialmente de acesso ao judiciário e à própria justiça, interesse da ordem social, e zela para que as partes compreendam seus direitos e equilibre a consecução da paz social. Diante destas assertivas, Fabiana Cristina Severi¹² aponta que:

Daí exigir-se uma advocacia ativista, comprometida com a busca de uma sociedade mais justa, humana e solidária, contando, para isso, com instrumentos processuais mais eficientes, hábeis e eficazes, que priorizam o social. É necessário implantar a ideia de uma advocacia de inspiração antipositivista e antiformalista, capaz de promover um acesso aberto e amplo à justiça. As funções essenciais à justiça se constituem num conjunto de atividades políticas preventivas e postulatórias através das quais interesses juridicamente protegidos são identificados, acautelados, promovidos e defendidos por órgãos tecnicamente habilitados, sob garantias constitucionais.

¹¹ “Art. 33. O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina. Parágrafo único. O Código de Ética e Disciplina regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares.

Art. 54. Compete ao Conselho Federal: [...]

V - editar e alterar o Regulamento Geral, o Código de Ética e Disciplina, e os Provimentos que julgar necessários”.

¹² SEVERI, Fabiana Cristina. **Breves considerações sobre a função sócio-política do advogado**. Disponível em www.jusnavigandi.com.br. Acesso em 09.03.2011.

A indispensabilidade do advogado tornou-se nítida e facilitou o aprimoramento das instituições, fazendo emergir um princípio basilar, consubstanciado em mais uma garantia fundamental, de forma que atua o profissional operador do direito como órgão subsidiário da justiça e contribui decisivamente para a concretização das reivindicações e modificações sociais, políticas e culturais.

Nos ensinamentos de Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido de Rangel Dinamarco,¹³ o advogado:

Aparece como integrante da categoria dos juristas, tendo perante a sociedade a sua função específica e participando, ao lado dos demais, do trabalho de promover a observância da ordem jurídica e o acesso dos seus clientes à ordem jurídica. Assim, é inevitável concluir-se pela impossibilidade de comparecimento da parte perante o Poder Judiciário realizando autopostulação, porquanto o legislador, não só constitucional, mas, também, o infraconstitucional, cuidaram de incumbir ao profissional devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, o ônus de exercer com exclusividade a capacidade de dirigir-se a juízo e postular direitos.

Vale lembrar que a posição topográfica do advogado como ente essencial à administração da justiça reforça sua situação de indispensabilidade, traduzindo sua ausência em perfeita violação ao acesso à justiça, sendo decisiva para que não aconteça um desequilíbrio entre as partes.

Calmon de Passos¹⁴ entende que a atividade do advogado é condição de efetividade da garantia de acesso à justiça, bem como meio necessário para a utilização dos mecanismos disponíveis pelo devido processo legal:

É nesse direito inalienável de acesso aos tribunais, deferido constitucionalmente a todos os indivíduos, com consectários que dele se inferem, é nesse direito fundamental que assenta, segundo nosso entendimento, a razão de ser do advogado e o seu direito, também inalienável e fundamental, de requerer em juízo [...] no exercício da advocacia há o exercício de um direito, sob esse ângulo é lícito falar-se em

¹³ CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido de Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Malheiros, 1995, p. 216.

¹⁴ CALMOS DE PASSOS, José Joaquim. **Advocacia** – o direito de recorrer à justiça. São Paulo: RT. Repro n. 10, 1978, p. 41-43.

direito do advogado requerer em juízo. Mas esse direito, a nosso ver, é direito em segundo grau, ou de inferior posição hierárquica. Porque direito, a serviço de outro direito, este, sim, preeminente, que é o direito fundamental de todos ao acesso ao juiz natural e ao uso dos instrumentos do devido processo legal.

Em linhas gerais, seria muito simples analisar o direito observando apenas a lei, a doutrina e a jurisprudência, sem compreender os fatos históricos, sociais ou políticos, esquecendo as garantias do fator humano, que tem como seu principal defensor o advogado.

O direito se transforma constantemente, é mutável diante dos casos concretos e das elaboradas indagações correntemente aduzidas em juízo, principalmente pelos advogados, que colaboram para criação de uma nova ordem de idéias sobre os preceitos que amparam os direitos e deveres individuais e coletivos. Destarte, Rubens Approbato¹⁵ deixa claro que:

Qualquer norma, por ação ou omissão, que exclua o advogado de intervir em defesa de litigantes, em processo judicial ou administrativo, de qualquer natureza, é, indistintamente inconstitucional. Essa é a regra que há de prevalecer, para que se dê cumprimento não só à determinação da norma constitucional, como tornar a justiça, em seu termo mais amplo, o elemento mais concreto dos direitos de cidadania e de termos um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Por tudo que foi demonstrado, tem-se por imprescindível a figura do advogado para a devida administração da justiça, sendo requisito essencial para a própria justiça, nas palavras de Paulo Lobo,¹⁶ “pode-se dizer, metaforicamente, que o juiz simboliza o Estado, o promotor, a lei, e o advogado, o povo. Todos os demais são auxiliares ou coadjuvantes”.

Como vimos, o comando constitucional dispõe, sem qualquer restrição, que a advocacia é indispensável e essencial à administração da justiça, não sendo permitida à parte, em regra, a autopostulação em juízo, de modo que, invariavelmente, mesmo que a parte conheça seus direitos, será necessário se fazer representar em juízo por um advogado, assim, faremos um apanhado sobre o profissional e suas principais características.

¹⁵ MACHADO, Rubens Approbato. **Advocacia e Democracia**. São Paulo: OAB Editora, 2003, p. 79.

¹⁶ LOBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27.

1.1 O ADVOGADO

A constatação das necessidades humanas e sociais, com suas falhas, nos demonstra o direito atuante e necessário para inovar, recuperar e implementar positivamente a dignidade humana, combatendo as desigualdades e indiferenças sempre existentes.

Não é possível fazer uma reflexão sobre responsabilidade sem refletir sobre o próprio homem, um ser inacabado, que está em constante evolução e buscando cada vez mais conhecimentos.

Assim, nos deparamos com determinadas atuações humanas perante a sociedade, que desempenham um papel modificador desta, estando o homem no mundo e em relação ao mundo, capaz de criar e recriar a realidade, como o advogado.

Diante desta constatação humana, podemos refletir o universo da cultura compartilhadamente, posto que o homem nunca pode ser considerado como um ser isolado, mas sim um ser imerso na vida social, lugar de existência comum.

O ser humano é o criador e destinatário da cultura, de sua memória, determinando a estrutura e a forma de sua existência no espaço e no tempo; por isso, quando desempenha determinadas profissões, também busca a proteção de direitos essenciais à sobrevivência humana com dignidade.

Refletir sobre o advogado é analisar a intercessão do homem a favor do homem, é o exercício de interceder a favor de alguém, defendendo-o com razões e argumentos.

A denominação “advogado”, etimologicamente, é derivada do latim *advocatus*, que significa “interceder a favor de”.

O que nos leva a concluir que o advogado desempenha função essencial à justiça, sendo indispensável a sua participação, porquanto cabe a ele servir de elo entre a parte desprotegida e o próprio direito.

No dicionário¹⁷ podemos encontrar:

¹⁷ **Grande Enciclopédia Larousse Cultural.** São Paulo: Plural Editora, 1998, p. 82.

Advogar. Exercer a advocacia.

Advocacia. Profissão de advogado; ação ou arte de pleitear em juízo.

Advogado. s.m. (do latim *advocatus*) Auxiliar de Justiça cuja missão consiste em assistir e representar na Justiça as pessoas que se apresentam a ele, e em defender seus interesses perante as diferentes jurisdições. II. **Advogado de defesa**, aquele que defende o réu em determinado processo. III **Advogado do diabo**, nome dado ao promotor geral da fé, cuja função é contestar a santidade da pessoa da qual se instrui um processo de beatificação ou canonização; aquele que defende, de maneira paradoxal, a causa contrária àquela que acaba de ser sustentada. IV **Advogado postulante**, aquele que efetua uma postulação [...]

É o advogado o profissional apto para representar seus clientes perante a Justiça, com a função de amparar, aconselhar, informar direitos e pleitear em juízo.

O advogado desempenha uma função que vai além do defender o próprio homem, exerce uma profissão calcada em fundamentos maiores, muitas vezes imperceptíveis, porque ao defender um direito particular o advogado defende também a própria ordem jurídica e o Estado Democrático de Direito.

Apesar de existirem diversos estudos acerca do surgimento da profissão de advogado, historiadores são unânimes em afirmar que não há elementos suficientes para determinar esse momento exato na história, porém é notório que o ofício é um dos mais antigos da humanidade.

Segundo Rui Barbosa,¹⁸ “o primeiro advogado foi o primeiro homem que, com a influência da razão e da palavra, defendeu os seus semelhantes contra a injustiça, a violência e a fraude”.

Gisela Gondin Ramos¹⁹ afirma que

a própria definição, pois, já nos adianta a impossibilidade de precisar em que época se deu o surgimento da advocacia. O conceito, entretanto, remonta a uma época em que a postulação era leiga, e a demanda se estabelecia apenas

¹⁸ BARBOSA, Rui. **Novos Discursos e Conferências**, p. 58. *Apud* SODRÉ, Ruy de Azevedo. **Ética Profissional e Estatuto do Advogado**, 4. ed. São Paulo: LTr, p. 267.

¹⁹ RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia: comentários e jurisprudência selecionada**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, p. 32.

entre as partes interessadas, sem a intervenção estatal, sendo resolvidas, não raro, pela “Lei do Mais Forte”, ou quando muito, pelos que se apresentavam melhor dotados de astúcia e esperteza.

Podemos esclarecer tal situação histórica utilizando os escritos de Rafael Sollberg,²⁰ que diz:

No entanto, há praticamente um consenso em considerar Atenas como o berço da advocacia, principalmente no período Axial. Na Grécia Antiga, os cidadãos compareciam pessoalmente, para pleitear ou defender seus direitos, diante dos juízes; após a era de Dracon, vieram as leis de Sólon, que facultavam às partes o direito de serem acompanhadas por um amigo, conhecido como *amici*, que se postava em segundo plano, somente “auxiliando”, porém sem nenhum conhecimento legal. Ao longo dos anos, surgiu a classe dos *oratores* ou como poderiam também ser chamados de *logografos*, que tinham como principal característica a retórica, os primeiros advogados conhecidos da História faziam parte dessa categoria, eram eles, Demóstenes, Esquines, Hipérides e Péricles. O número de *oratores* foi se tornando crescente, na medida em que aumentava as questões, tanto de ordem privada, quanto de ordem pública.

Adiante os *oratores* foram “substituídos” pelos “sofistas”, conhecidos como os pensadores que tinham por costume “disfarçar” a verdade, para confundir o magistrado, estes pensadores eram mal vistos pela maioria dos ilustres filósofos, tendo em vista o poder de ludibriar as pessoas e seu entendimento subjetivo da justiça. O grande orador Antífon separou-se dos sofistas, mas se inclinou à filosofia; ele possuía eloquência arrebatadora e uma forte personalidade. Lisias foi outro personagem que se destacou, pois seu raciocínio era frio, simples, objetivo e enérgico. Contudo, quem mais se sobressaiu e que podemos considerar como o primeiro advogado, foi o ateniense Demóstenes, pela sua dedicação ao estudo das leis, por sua peculiar vocação para a interpretação e comparação dos textos legais da época. Porém, não é pacífico esse entendimento, existe uma corrente que afirma que o primeiro advogado profissional foi Péricles, no entanto em nada atinge a inabalável reputação pioneira de Demóstenes.

O pensamento Grego influenciou decisivamente o modelo social e cultural de Roma, tendo a Magna Grécia exercido papel crucial nessa relação, inclusive na estrutura de seu Direito. Podemos notar esse fenômeno, pela quantidade e frequência com que se invocavam textos de origem grega a título de autoridade.

²⁰ SOLLBERG, Rafael Gondim D’Halvor. **O Advogado e a Busca pela Justiça**. Disponível em www.artigos.netsaber.com.br. Acesso em 12.02.2011.

Ademais, observamos que os historiadores demonstram que em Roma Antiga a profissão adquiriu individualidade e autonomia. Quando às partes era facultado se fazer representar por mandatário, denominados de procuradores *ad litem*, aos quais competia defender seus interesses, integrando a relação processual como parte e assumindo todos os encargos da ação.

Posteriormente, na fase republicana, distinguiram-se o *causidicus* (também denominado *patronus*), que patrocinavam os debates das causas, por meio da oratória, para defender os direitos de seus clientes, e o *advocatus*, que eram assessores das próprias partes e de seus *patronus* em todos os assuntos pertinentes ao debate travado, e por estes tinham verdadeiro respeito e fidelidade, uma vez que os protegia e assistia, de forma ampla e irrestrita, tanto nas questões de cunho judicial, quanto nas questões de vida comum.

Como Ruy de Azevedo Sodré²¹ esclarece, pela obra *Direito Processual Civil*, de João Bonumá,

com o tempo e a especialização de funções, os *advocatus* foram retirando-se do pretório para o recolhimento de seus gabinetes e se transformaram nos grandes juriconsultos que iluminaram o mundo, e os *causidicus* e *patronus* foram tornando-se homens da lei, os juristas pátrios, os profissionais da representação judicial, e finalmente eles passaram a ser *advocatus*.

A profissão de advogado tem remota origem também na Bíblia, quando ela se refere aos “defensores caritativos” dos fracos, órfãos, viúvas e oprimidos, sendo certo que o Apóstolo Isaías, dá inclusive regras para o bom desempenho dos defensores em sua missão, logicamente sem as características legalmente definidas como as conhecemos.

Todos os povos antigos recorreram a oradores de praça pública para aconselhar, fazer as acusações e defesas, justificar atitudes e iniciativas, como se vê ao longo da história. No entanto, como relata Gisela Ramos,²² posteriormente,

²¹ BONUMÁ, João. **Direito Processual Civil**. Apud SODRÉ, Ruy de Azevedo. **Ética Profissional e Estatuto do Advogado**. São Paulo: LTr, p. 269.

²² RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia: comentários e jurisprudência selecionada**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, p. 32.

revelando-se o interesse na observância das leis e na composição equitativa dos conflitos, como forma de resguardar o equilíbrio e a segurança social, o Estado chamou para si a responsabilidade de administrar a justiça, daí surgindo, também, a obrigatoriedade da presença do advogado, que passou a atuar como intermediário entre a parte e o magistrado.

No Brasil, a atividade da advocacia surge com o advento das Ordenações Afonsinas e depois Filipinas, que exigia do profissional oito anos de estudos na Universidade de Coimbra, de Direito Canônico ou de Direito Civil, para que obtivesse o direito de advogar.

Com a proclamação da Independência, é criada uma Assembleia Nacional Constituinte, que discutiu o ensino jurídico no país e no dizer de Ricardo Paranaçuá:²³

Assim, foram instalados os primeiros cursos jurídicos no Brasil, nas cidades de São Paulo, Olinda e, posteriormente, Rio de Janeiro, com o objetivo primordial de criar uma classe qualificada e responsável por operar o direito nacional que começava a surgir. Com o aparecimento desta nova classe, foi surgindo o interesse em comum de fortalecer a categoria com a criação de associações de advogados. Inicialmente, agrupou-se a categoria em torno do chamado Instituto Nacional dos Advogados, que corroborou para a elaboração da primeira constituição republicana do país, que, posteriormente, veio a ser substituída pela Ordem dos Advogados do Brasil, como principal sindicato dos advogados, persistindo até os dias de hoje.

Por tudo isso, não há como deixar de valorizar o exercício da advocacia, uma profissão que sempre foi digna e reconhecida desde os primórdios da civilização e que por meio desta evolução histórica sedimentou a figura do advogado indispensável e essencial à administração da justiça, estando a atividade profissional, como afirma Gisela Ramos,²⁴

unificada, independentemente da denominação que hoje se lhes dê, como: patrono, causídico, defensor, intercessor, procurador, mediador etc., ou simplesmente Advogado, que entendo mais adequado e, por si só, já se traduz em título suficiente e enaltecido da profissão.

²³ PARANAGUÁ, Ricardo. **Advogado:** função essencial à justiça. Disponível em www.viajus.com.br. Acesso em 12.02.2011.

²⁴ RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia:** comentários e jurisprudência selecionada. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, p. 33.

Destarte, cumpre esclarecer que o exercício da profissão de advogado deve observar o disposto no artigo 133 da Constituição Federal de 1988, bem como os limites estabelecidos em lei, especialmente a Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Por previsão legal, o bacharel em direito, aquele que terminou o curso de graduação universitária em Direito, para exercer a profissão de advogado e assim poder se denominar, deverá prestar o exame de seleção e inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, em atendimento ao disposto no artigo 3º da Lei n. 8.906/94, que estabelece que o exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Todos que exercem atividade de advocacia, sujeitam-se ao regime desta lei; e o estagiário de advocacia, regularmente inscrito, pode praticar os atos previstos no art. 1º, na forma do regimento geral, em conjunto com advogado e sob responsabilidade deste.

Por tais razões, Antônio Cláudio da Costa Machado²⁵ elucida que:

O advogado é o intermediário necessário entre a parte e o juiz que com sua busca por uma decisão favorável permite ao órgão de jurisdição o proferimento de uma sentença justa (neste sentido, Piero Calamandrei). Observe-se que, enquanto protagonista fundamental do processo, o advogado a um só tempo contribui para o alcance de todos os escopos da atividade jurisdicional: o jurídico (representado pela realização do direito objetivo); o social (a pacificação pela solução do conflito); e o político (a reafirmação do poder soberano do Estado e da cidadania). Por último, queremos lembrar que sob o estrito ponto de vista da relação processual e dos seus pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular (art. 267, IV, do CPC), a pessoa do advogado é que supre a incapacidade postulatória da parte em juízo, outorgando-lhe, assim, a aptidão para manifestar validamente sua vontade perante o órgão jurisdicional – as capacidades postulatórias, para estar em juízo e para ser parte integram a categoria dos pressupostos processuais subjetivos atinentes às partes ou, simplesmente, *legitimatío ad processum*. Tal suprimento tem por veículo formal o mandato judicial (arts. 36 e 37, do CPC).

²⁵ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Normas processuais civis interpretadas artigo por artigo, parágrafo por parágrafo da Constituição Federal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 139.

Desta maneira, cumpre, agora, após discorrer sobre a figura do profissional do direito, fazer também menção à exceção da indispensabilidade do patrocínio de um advogado perante o Judiciário, como garantia fundamental de acesso à Justiça.

1.2 A INDISPENSABILIDADE DO ADVOGADO E O *JUS POSTULANDI*

Com o advento da atual Carta Política, especificamente por seu art. 133, ao menos por sua interpretação literal, já havia sido estabelecida a conclusão singela da necessidade da presença do advogado em todos os litígios judiciais, ou seja, o direito de postular ficara restrito apenas e tão somente aos profissionais do direito.

Entretanto, no dizer de Gisela Gondin Ramos,²⁶ o *jus postulandi* é:

a capacidade postulatória, que a doutrina pátria classifica como um dos pressupostos subjetivos da relação processual, no nosso sistema jurídico é deferida apenas ao advogado, na forma do que estabelece o art. 1º da Lei sob comentário. Inserindo-se dentre os requisitos de admissibilidade do provimento jurisdicional, face ao que dispõe os arts. 13, inciso I, art. 267, inciso IV, e art. 301, inciso VIII, todos do Código de Processo Civil (CPC), uma vez verificada a sua inexistência, dá-se margem à anulação ou extinção do processo sem julgamento do mérito, conforme o caso.

Por se tratar de pressupostos subjetivos de validade da relação processual (arts. 13, I, e 301, VIII, do CPC), cumpre ao juiz, *ex officio*, verificar a capacidade das partes e representação nos autos. Constatando incapacidade ou irregularidade, deve suspender o processo, marcando prazo razoável, que não poderá exceder trinta dias, para que seja sanado o defeito.

²⁶ RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia**: comentários e jurisprudência selecionada. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, p. 33.

Não cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber ao autor, o juiz decretará a nulidade do processo. Pode o réu alegar preliminarmente, em contestação, a incapacidade ou irregularidade da representação do autor, provocando a extinção do processo sem julgamento do mérito (artigo 267, IV e parágrafo 3º, CPC), bem como os atos praticados por meio de exercício irregular da advocacia são nulos de pleno direito.

Parece-nos adequado entender que a indispensabilidade do advogado é ampla, porquanto constitui garantia do acesso igualitário à justiça, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, como direitos invioláveis do cidadão.

Oportuno lembrar que, em razão do princípio da inércia, como fundamento da imparcialidade do juiz, a atividade jurisdicional somente é prestada mediante provocação da parte, que se dá por meio da capacidade postulatória.

Neste mister, cabe ao advogado defender os interesses privados de seu cliente, apresentar os fatos relevantes ao julgamento de forma lógica, respeitados os limites legais e éticos, para obtenção de uma sentença justa e deve respeitar os limites da lei, da ética e da boa-fé, sob pena de responsabilidade civil, criminal e administrativa.

Com isso, a necessidade de equilíbrio nesta atuação torna o advogado ainda mais indispensável, e, com a Carta Magna asseverando a essencialidade do advogado para a administração da justiça, foi trazido à baila um velho e antigo conflito, tendo como opositor o chamado *jus postulandi*, outorgado à própria parte detentora do direito em conflito, sem a necessidade de representação pelo advogado, profissional qualificado para tanto.

Renata Soltanovitch,²⁷ em rápidas pinceladas, resume os casos de exceção

como o Juizado Especial Cível (até o limite de 20 salários mínimos), a Justiça do Trabalho e a Justiça da Paz (ADIN n. 1.127-8), bem como para impetrar *Habeas Corpus* (§ 1º, art. 1º do Estatuto da Advocacia).

²⁷ SOLTANOVITCH, Renata. **Responsabilidade Processual**. São Paulo: Scortecci, 2010, p. 130.

José Afonso da Silva,²⁸ observando o artigo 133, da Constituição Federal, ressalta que

o princípio da essencialidade do advogado na administração da Justiça é agora mais rígido, parecendo, pois, não mais se admitir postulação judicial por leigos, mesmo em causa própria, salvo falta de advogado que o faça.

A saber, a Lei n. 9.099/95, que trata da criação e funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, dispensou a atuação de advogado nas causas cujo valor seja igual ou inferior a 20 salários mínimos, conforme o artigo 9º da referida Lei²⁹ estabelece, sendo que nas causas de valor superior a assistência é obrigatória.

Entretanto, ainda que facultativa a representação por advogado, a lei prevê a assistência de advogado dativo e o dever do juiz em alertar as partes da conveniência de patrocínio se a complexidade da causa recomendar, bem como, diversamente, determinar a obrigatoriedade do profissional em sede de recurso, de acordo com o previsto no artigo 41, § 2º, do referido diploma.³⁰

Em contrapartida, e para demonstrar a discrepância de valores do legislador, nas ações criminais, também no âmbito dos Juizados Especiais, o patrocínio por advogado habilitado é obrigatório, nos termos do art. 68 da Lei n. 9.099/95.³¹

²⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 510.

²⁹ “Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

§ 1º Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local.

§ 2º O Juiz alertará as partes da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar.

§ 3º O mandato ao advogado poderá ser verbal, salvo quanto aos poderes especiais.

§ 4º O réu, sendo pessoa jurídica ou titular de firma individual, poderá ser representado por preposto credenciado”.

³⁰ “Art. 41. Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado.

§ 1º O recurso será julgado por uma turma composta por três Juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.

§ 2º No recurso, as partes serão obrigatoriamente representadas por advogado”.

³¹ “Art. 68. Do ato de intimação do autor do fato e do mandado de citação do acusado, constará a necessidade de seu comparecimento acompanhado de advogado, com a advertência de que, na sua falta, ser-lhe-á designado defensor público”.

Outra restrição à capacidade postulatória ocorre no direito processual do trabalho, conferindo o *jus postulandi* às partes, nos termos do art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho,³² que é anterior à Constituição Federal e ao Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94). Apesar das diversas discussões quanto à inconstitucionalidade, na ADIN n. 1.127-8 o Supremo Tribunal Federal manteve o *jus postulandi* das partes.

Em consonância com esse raciocínio, encontramos Amador Paes de Almeida³³ sustentando que “a subsistência do *jus postulandi* no Processo do Trabalho, ressaltando o seu alto significado social, como meio de facilitar o acesso do hipossuficiente aos pretórios trabalhistas”.

Assim, é a corrente dominante de juslaboralistas de alto gabarito que entende que, sob a autorização do referido artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho, reclamante e reclamado podem postular em todas as instâncias trabalhistas, independentemente de estarem representados por advogado, inclusive perante o Tribunal Superior do Trabalho. Argumentam que o precitado dispositivo legal possibilita esta ampla atuação das partes, devendo ser assegurado até sua expressa revogação ou modificação.

Domingos Sávio Zainaghi³⁴ afirma que

o *jus postulandi*, ou direito de postular em juízo, no processo civil pertence aos advogados, no processo do trabalho pertence às partes. Não obstante o art. 133 da Constituição Federal afirmar que o advogado é indispensável à administração da Justiça, o preceito da CLT continua em vigor. Em razão disso, nos processos trabalhistas não existe condenação em honorários, salvo se o reclamante estiver assistido por sindicato.

A justificativa para o *jus postulandi* trabalhista recai sobre o próprio escopo deste instituto, que, em verdade, privilegia mais de natureza social que propriamente jurídica. É notória a discussão entre os doutrinadores, mas observa Amauri Mascaro Nascimento:³⁵

³² “Art. 791. Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

§ 1º Nos dissídios individuais os empregados e empregadores poderão fazer-se representar por intermédio do sindicato, advogado, solicitador, ou provisionado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 2º Nos dissídios coletivos é facultada aos interessados a assistência por advogado”.

³³ ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso Prático de Processo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 69.

³⁴ ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Elementos de Direito Processual do Trabalho**. Porto Alegre: Síntese, 2001, p. 51.

A prática não tem revelado bons resultados quanto a essa experiência. Se a ausência do advogado deixa o Juiz mais à vontade para reduzir as exigências formais do processo e simplificar o seu andamento, por outro lado a comunicação com o juiz torna-se mais difícil. As petições são mal redigidas e ao meio de uma longa redação, defeituosa, não apenas sobre o prisma técnico, mas também estritamente gramatical, estende-se um desabafo sentimental pouco produtivo ou um ataque ferino ao adversário, quando não são esses os argumentos que convencerão o juiz, muito menos essa é a forma de transmitir ao seu conhecimento os aspectos fundamentais da questão. Uma tipificação de modelos jurídicos padronizando as petições e que só o advogado conhece, é necessária para melhor compreensão da demanda. O *jus postulandi* é um dos aspectos que devem merecer a atenção do legislador, mesmo porque há uma contradição entre processo trabalhista perante o órgão jurisdicional, tecnicista, portanto, e postulação leiga. O advogado é o intermediário natural entre a parte e o órgão judicial, para melhor atuação deste.

Diante destas premissas, deve ser respeitado o direito das partes, no processo do trabalho, de postularem em juízo desacompanhadas de advogado, relativizando a indispensabilidade do advogado neste particular, reiterando a decisão do Supremo Tribunal Federal, mas não podemos esquecer que o *jus postulandi* das partes pode ocasionar extrema desvantagem à parte que comparece a juízo desacompanhada de advogado e que não é lícito ao juiz, de modo algum, auxiliar a parte, por ser incompatível com sua imparcialidade.

Também a Lei n. 10.259/01,³⁶ que criou os Juizados Especiais Federais, estabeleceu em seu artigo 10, a legitimação da parte de postular diretamente e, ainda, designar procurador leigo, não habilitado legalmente para o exercício da advocacia. Vê-se, pois, que apesar da indispensabilidade do advogado à administração da justiça, o entendimento que tem prevalecido, nos casos mencionados, é o de que o *jus postulandi*, como ato privativo dos advogados, possa sofrer limitações da lei em detrimento dos direitos dos cidadãos defendidos por estes profissionais.

Vale lembrar que a Carta Magna prevê a criação da Justiça da Paz, que restringe a capacidade postulatória exclusiva do advogado, no artigo 98, inciso II, combinado com a ADIN n. 1.127-8, especialmente dizendo que a União e os Estados criarão a justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato

³⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Elementos do Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1973, p. 123.

³⁶ “Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não. Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do *caput*, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais”.

de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

Ainda, podemos encontrar restrição à capacidade postulatória no próprio Estatuto da Advocacia,³⁷ que admite em seu artigo 1º, § 1º, a impetração de *habeas corpus* por qualquer pessoa, tendo em vista o direito assegurado de liberdade do indivíduo, que não comporta restrições, nem mesmo quanto à necessidade do advogado.

Quanto ao *jus postulandi*, resumidamente, Antônio Cláudio da Costa Machado³⁸ afirma:

Registre-se, ainda, que as ideias de essencialidade e indispensabilidade a que aludimos não podem ser levadas às últimas consequências, no sentido de serem reputadas inconstitucionais normas de processo que excepcionalmente dispensam a presença do advogado, como nas causas de até vinte salários mínimos que tramitam perante o Juizado Especial Cível (art. 9º, da Lei n. 9.099/95) e nas causas alimentares (art. 2º, caput, da Lei n. 5.478/68). É que o binômio essencialidade-indispensabilidade não pode ser obstáculo à realização do princípio, também constitucional, do acesso à Justiça, que se expressa nas duas regras processuais acima apontadas; a exigência impreterível de advogado em tais casos representaria entrave no acesso ao Poder Judiciário por parte das pessoas muito pobres.

Parece-nos que a solução mais adequada à defesa dos direitos dos cidadãos, ao bom andamento dos processos judiciais e à busca de paridade entre as partes em juízo, seria a criação de legislação que estabelecesse a obrigatoriedade de postulação por advogado.

De todo modo, excluídas as exceções referidas, todos os demais atos inerentes à representação das partes em juízo são de competência privativa dos advogados, indispensáveis à administração da justiça, profissional que presta serviço público e exerce função social, contribuindo na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, como veremos a seguir.

³⁷ “Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;

II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas;

§ 1º Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal.

§ 2º Os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, sob pena de nulidade, só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados”.

³⁸ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Normas processuais civis interpretadas artigo por artigo, parágrafo por parágrafo da Constituição Federal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 139.

1.3 FUNÇÃO SOCIAL E *MUNUS* PÚBLICO

O Estatuto da Advocacia, Lei n. 8.906/94, em seu artigo 2º, § 1º, dispõe que o advogado é indispensável à administração da Justiça, e no seu ministério privado, contribui na postulação da decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem *munus* público. *Munus*³⁹ quer dizer, literalmente, encargo, emprego ou função. Assim, quando a lei estabelece que o advogado exerce um *munus* público, significa que exerce uma função revestida de característica pública e social.

De fato, Gisela Ramos⁴⁰ explica que:

A atuação do advogado, para seu cliente, se dá com relação a um interesse privado. Mas esta mesma atuação tem por escopo a realização da Justiça, que é um interesse social. Ou seja, quando exerce as suas atividades, o advogado atende a um interesse da própria sociedade, posto que a sua participação e colaboração é fundamental para que se faça a Justiça por todos buscada. Daí dizer-se que o advogado exerce um “*munus* público”.

É óbvio, pois, que o ministério (profissão, atividade ou ofício) consagra a natureza privada da advocacia, submetendo-se ao regime de direito privado e, por isso, se distanciando do ministério exercido pelos magistrados, promotores, delegados e serventuários da justiça.

De outra face, a lei, ao mencionar função pública, sugere um sentido amplo, diferente caracterização do serviço público propriamente dito, posto que diante de seu caráter privado, justifica-se a sua maior relevância e indispensabilidade para assegurar o Estado Democrático de Direito, porém sem dependência ou subordinação ao Estado.

Nas palavras de Paulo Lobo⁴¹ “o advogado realiza função social, quando concretiza a aplicação do direito (e não apenas a lei), quando obtém a prestação jurisdicional e quando, mercê de seu saber especializado, participa da construção da justiça social”.

³⁹ DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. São Paulo: Forense, 1998.

⁴⁰ RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia**: comentários e jurisprudência selecionada. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, p. 60.

⁴¹ LOBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29.

Ainda, continua o citado autor Paulo Lobo⁴² dizendo que a advocacia é:

Serviço público, na medida em que o advogado participa necessariamente da Administração Pública da justiça, sem ser agente estatal: cumpre uma função social, na medida em que não é simples defensor do cliente, mas projeta seu ministério na dimensão comunitária, tendo sempre presente que o interesse individual que patrocine deve estar plasmado pelo interesse social.

Assim, a atividade da advocacia constitui um serviço público na medida em que defende direitos e o exercício da cidadania, tarefa relevante com papel modificador da sociedade em virtude de sua função social de promover a paz social e o respeito à ordem jurídica que regula a vida em sociedade. Ratificando tal entendimento, Fábio Konder Comparato⁴³ afirma que a advocacia tem um *munus* público, não estando a atividade do advogado restrita, apenas, à satisfação dos interesses privados, mas, em grau superior de importância, à realização da justiça.

Neste sentido, a Cartilha de Prerrogativas da OAB/SP⁴⁴ conceitua que a obtenção da prestação jurisdicional e efetivação concreta do direito deve ter como finalidade a construção da justiça social, que pressupõe a compatibilização dos interesses particulares com os interesses sociais e o bem comum. Ainda, continua a obra coletiva afirmando que:

Desta função social do advogado decorre que os atos por ele praticados têm o caráter de *munus* público, ou seja, de encargo e deveres definidos pelas necessidades do interesse da sociedade e do Estado. Este *munus* público se faz sentir, principalmente, na vinculação do exercício de sua função à observância de princípios éticos, com dedicação e espírito cívico, a fim de manter o bom conceito da profissão, inclusive, nas situações em que seja chamado pela Ordem dos Advogados do Brasil ou pela Assistência Judiciária, a representar aquele que não possui um defensor para seus interesses.

⁴² LOBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 29.

⁴³ COMPARATO, Fábio Konder. **Função social do advogado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 582/266, 1984, p. 266.

⁴⁴ ARBEX, Sergei Cobra (org.). **Cartilha de Prerrogativas**: Comissão de Direitos e Prerrogativas, 2. ed. São Paulo: Lex Editora, 2009, p. 23-24.

Na hipótese de recusa do encargo, é recomendável ao juiz que officie a Ordem dos Advogados do Brasil, noticiando a existência do processo e a falta de condições da parte de contratar advogado para a defesa de seus interesses e a impossibilidade de atuação da Defensoria Pública, solicitando, portanto, a indicação de profissional de seus quadros para atuação no caso.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, e a consagração da indispensabilidade do advogado para a administração da justiça, a função social do advogado ligou-se, de forma direta, com a base da própria democracia, haja vista que é por meio da representação qualificada por advogado, na resolução judicial dos conflitos, que se garante o pleno gozo dos direitos fundamentais.

Destarte, como indispensável à administração da justiça, o advogado presta serviço público e exerce função social, contribuindo tanto na esfera judicial como na extrajudicial.

1.4 ATIVIDADES DA ADVOCACIA EXTRAJUDICIAL

A Lei n. 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, define os parâmetros para definição da atividade da advocacia, sua regulamentação, órgãos de controle, formas de fiscalização e sanções às infrações ético-disciplinares.

Além das atividades privativas da advocacia inerentes à administração da justiça, concernentes a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais, já estudada nos itens anteriores, a lei menciona em seu artigo 1º as atividades de consultoria, assessoria e direção, dizendo que são atividades privativas de advocacia, juntamente com os vistos dos advogados nos atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas para registro nos órgãos competentes, sob pena de nulidade.

Assim, aos advogados são reservadas as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídica, de forma que um aconselhamento profissional de qualidade será sempre mais vantajoso para todos. A Cartilha de Prerrogativas⁴⁵ da OAB/SP, sabiamente, facilitou o estudo sobre o tema, diferenciando as práticas jurídicas e delineando:

A atividade de assessoria jurídica consiste em prestar auxílio, reunindo dados e informações de natureza jurídica, a pessoas encarregadas da tomada de decisões, realização de atos e participação em situações capazes de gerar efeitos jurídicos.

A consultoria jurídica, por seu turno, implica em responder a consultas do cliente, proferindo pareceres acerca das questões suscitadas.

Por fim, o Estatuto da Advocacia estabelece que constitui atividade privativa dos advogados a direção jurídica, assim entendida a administração, gestão, coordenação e definição de diretrizes na prestação de serviços jurídicos, exercidas no âmbito de empresas que possuam órgãos próprios para tanto.

Insta observar que a assessoria e consultoria constituem atividades distintas e autônomas, embora possam ser prestadas conjuntamente, e que a direção jurídica, como atividade privativa dos advogados, justifica-se, também, porque a direção de atividades jurídicas pressupõe conhecimento técnico suficiente para avaliar e orientar os serviços prestados, conforme esclarece a obra.

O exercício das atividades da advocacia extrajudicial possui caráter preventivo, juntamente com a obrigatoriedade do visto do advogado nos atos constitutivos de pessoas jurídicas, como pressuposto para que sejam registrados pelos órgãos competentes, sob pena de nulidade, em especial pela repercussão social que tem a criação das pessoas jurídicas sobre a sociedade, e evitando-se eventual proliferação dos litígios societários.

Como ressalta Gisela Ramos,⁴⁶ “esta nova redação foi aprovada nas sessões plenárias dos dias 16/10/2000, 06 e 07/11/2000 e [...] dá a exata dimensão da responsabilidade do advogado, uma vez que sua assinatura nos instrumentos contratuais equivale a um atestado de que o ato atende aos ditames legais”.

⁴⁵ ARBEX, Sergei Cobra (org.). **Cartilha de Prerrogativas**: Comissão de Direitos e Prerrogativas, 2. ed. São Paulo: Lex Editora, 2009, p. 17-19.

⁴⁶ RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia**: comentários e jurisprudência selecionada. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, p. 42-43.

Outrossim, a Cartilha de Prerrogativas⁴⁷ salienta que:

Por força do art. 2º do Regulamento da Advocacia, o visto, nos atos e constitutivos de pessoas jurídicas, embora constitua pressuposto para o registro, tem um alcance ainda maior, pois implica em comprometimento do advogado subscritor com o conteúdo e forma do ato, que se sujeita à observância dos deveres ético-disciplinares, bem como à responsabilidade civil pelos danos decorrentes de seus atos. Deve-se entender por pessoas jurídicas de direito privado as associações civis, fundações, organizações religiosas, partidos políticos e sociedades, simples ou empresárias, nos moldes do art. 44 do Código Civil.

É inegável que a morosidade da justiça tem contribuído para o aumento da atividade da advocacia extrajudicial, inclusive quando buscam a solução pacífica de possíveis conflitos, utilizando a composição entre as partes, especialmente nas negociações individuais e coletivas, mediações, juízos arbitrais (Lei n. 9.307/96) e Câmaras de Conciliação Prévia (Lei n. 9.958/00).

Enfim, é a atuação do advogado sob vertente capaz de atingir sua indispensabilidade à justiça de maneira eficaz, preventiva e conciliadora dos princípios fundamentais pela via extrajudicial.

1.5 A EFICÁCIA DA GARANTIA FUNDAMENTAL DA INDISPENSABILIDADE DO ADVOGADO

Dados os postulados e métodos positivistas de estudo do Direito, para que este seja um ordenamento, é necessário que ele tenha um mínimo de eficácia, isto é, um mínimo de aplicabilidade no mundo fático. Mesmo que normas isoladas não tenham eficácia alguma, seu conjunto, o ordenamento jurídico de um Estado, deve passar pelo crivo da mínima eficácia para que possa ser considerado direito.

⁴⁷ ARBEX, Sergei Cobra (org.). **Cartilha de Prerrogativas**: Comissão de Direitos e Prerrogativas, 2. ed. São Paulo: Lex Editora, 2009, p. 17-19.

A Constituição Federal traz em seu bojo os direitos e garantias fundamentais, juntamente com a tutela dos direitos coletivos. Entretanto, deve haver um estudo interdisciplinar para entender razões exteriores ao direito, que são condicionantes de sua eficácia, como fatores sociais, econômicos, políticos, históricos, entre outros.

A eficácia dos direitos fundamentais não deve ser um estudo meramente normativo, mas deve procurar atender a estes fatores, retirando da norma a sua previsão geral e abstrata para conter a sua efetivação no mundo fático.

Assim, como os direitos fundamentais nasceram originariamente em face do Estado, no intuito de diminuir ou mesmo coibir sua interferência arbitrária na esfera dos indivíduos, e como estas garantias apenas podem ser instrumentalizadas de modo eficaz por meio do poder público, estes direitos encontram uma barreira imensa.

Como não bastasse, a tendência de enfraquecimento do direito e da soberania do Estado, em função das leis internacionais e do poderio da globalização, em todos os seus aspectos, inviabilizam a primazia da efetivação dos direitos sociais frente às demais problemáticas do Estado, como políticas internacionais, desenvolvimento industrial, economia etc.

Com isso, na democracia contemporânea, faz sentido que se pense numa forma de colocar em prática os direitos fundamentais que tanto foram almejados, o que nos traz a ideia de vinculação legislativa, executiva e judicial desses direitos, especialmente a segurança da indispensabilidade do advogado como função essencial de administração da justiça.

Na Constituição Federal, os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, valores subjetivos e objetivos, ou seja, no plano subjetivo, os direitos fundamentais atuam como garantias da liberdade individual e são concebidos, originariamente, como direitos subjetivos públicos, direitos do cidadão em face do Estado; já no plano objetivo, assumem uma dimensão institucional, a partir da qual se verifica que o seu conteúdo deve ser observado para a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados.

Desta forma, é correto concluir que os direitos fundamentais obrigam a todos os poderes do Estado, seja o Legislativo, Executivo ou Judiciário, nos planos federal, estadual ou municipal.

O Legislativo observa a vinculação dos direitos fundamentais quando o legislador é obrigado a respeitar estritamente os limites estabelecidos pela Constituição, bem como a editar normas indispensáveis à concretização destes direitos, que deem amplitude e profundidade a eles na ordem jurídica infraconstitucional, para viabilizar a sua aplicação ao caso em concreto e tornar mais efetiva a dignidade humana.

No que tange ao Executivo, os direitos fundamentais se apresentam como norma norteadora de suas atividades, vinculando toda a administração direta e indireta, que deve buscar o respeito, supremacia e concretização destes direitos.

Ademais, cabe ao Judiciário coibir abusos, assegurar o respeito e fazer cumprir impositivamente os direitos fundamentais, com sua efetiva aplicação nas relações entre os particulares e o Poder Público, e nas relações entre particulares.

A efetividade das normas depende, em primeiro lugar, da sua eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhe são inerentes, significando a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. A materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais, dinamiza a aproximação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

Assim, Luis Roberto Barros afirma que “a noção de efetividade, ou seja, desta específica eficácia, corresponde ao que Kelsen – distinguindo-a do conceito de vigência da norma – retratou como sendo “o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos”.⁴⁸

Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁹ afirma que em certo aspecto constata-se um consenso, uma vez que não parecem existir dúvidas a respeito da distinção entre a vigência, englobando existência e validade, e a eficácia, seja qual for o sentido que a esta última se atribua.

A eficácia social ou efetividade está ligada à função social da norma e à realização do Direito, conforme nos ensina José Afonso da Silva:⁵⁰ “a lei é tanto mais eficaz quanto mais se projeta no meio social, em que deve atuar; quanto mais seus termos abstratos se

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 85.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 245.

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964, p. 236.

enriquecem de conteúdo social, do Direito cultural, mais eficaz ela é. Sem um mínimo de eficácia, a lei não passará de mera construção teórica”.

Ainda, Norberto Bobbio⁵¹ afirma que “o problema da validade e da eficácia, que gera dificuldades insuperáveis desde que se considere uma norma do sistema (a qual pode ser válida sem ser eficaz), diminui se nos referirmos ao ordenamento jurídico, no qual a eficácia é o próprio fundamento da validade”.

Com isso, observa-se que estas distinções são importantes para o entendimento da diferença entre eficácia jurídica e eficácia social ou efetividade, posto que se a norma não produz o efeito que dela se espera, será norma politicamente defeituosa, ainda que não seja ineficaz, no âmbito da validade e capacidade de produzir efeitos.

Diante de tais esclarecimentos, a eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, sendo a eficácia jurídica a potencialidade, enquanto a aplicabilidade representa a aptidão de ser eficaz ao caso concreto.

No entanto, insta considerar a posição doutrinária de Eros Roberto Grau,⁵² que propõe uma revisão e reformulação da noção de eficácia e efetividade à luz da Constituição de 1988, trazendo que a decisão pela aplicação do direito no caso concreto constitui uma decisão pela sua execução, sua efetivação, acreditando que a eficácia social ou efetividade não se situa no plano da aplicação da norma, mas que se manifesta após o momento da aplicação, posto que nada garante que as decisões tomadas pelo Judiciário sejam efetivamente cumpridas pelos seus destinatários.

Assim, apesar de todas as normas jurídicas possuírem eficácia jurídica, esta é variável, abrangendo esta eficácia a aptidão de ser aplicada ao caso concreto e gerar efeitos na proporção de sua aplicabilidade, enquanto que a eficácia social pode ser conceituada como os esforços em busca da efetiva aplicabilidade da norma, em especial dos direitos fundamentais.

⁵¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Editora Universidade de Brasília, 1996, p. 29.

⁵² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 314 *et seq.*

Quanto à aplicabilidade das normas constitucionais, leia-se primordialmente os direitos fundamentais, Ricardo Cunha Chimenti⁵³ afirma que as normas constitucionais de eficácia plena são autoaplicáveis, completas ou autoexecutáveis, bastantes em si, ou normas de aplicação, que prescindem de qualquer outra disciplina legislativa para serem aplicáveis.

As normas constitucionais de eficácia limitada são as que possuem e apresentam aplicabilidade indireta, incidindo sobre interesses que depois serão desenvolvidos por normatividade posterior que lhe traga aplicabilidade, por isso são normas constitucionais não autoaplicáveis, que dependem da interposição de lei para gerar seus efeitos principais, inobstante suas limitações, vinculam o legislador infraconstitucional aos seus comandos e paralisam as normas precedentes com elas incompatíveis.

A separação entre normas constitucionais autoaplicáveis e normas não autoaplicáveis, explicada por Raul Machado Horta,⁵⁴ leva em consideração a eficácia da norma constitucional e a origem da concepção das normas constitucionais programáticas, porém a aplicabilidade imediata desta norma é questão distinta da exequibilidade por si mesma da norma constitucional.

Nesse sentido, os direitos fundamentais, em razão de sua multifuncionalidade, podem ser classificados basicamente em direitos de defesa (liberdade, igualdade, garantias, liberdades sociais e políticas) e direitos a prestações, em sentido amplo e restrito.

André de Carvalho Ramos⁵⁵ observa que

para melhor defesa dos direitos humanos adota-se a aplicabilidade imediata dos textos normativos às situações fáticas existentes, de modo que se reconhece que, sob o aspecto formal (jurídico-normativo), tais direitos são tendencialmente completos, ou seja, aptos a serem invocados desde logo pelo jurisdicionado.

⁵³ CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 28-31.

⁵⁴ HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 193.

⁵⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 225.

Os direitos de defesa, em regra, dirigidos a uma abstenção por parte do Estado, assumem características de direitos subjetivos, por isso apresentam-se com maior aplicabilidade imediata, e os direitos a prestações, por exigirem um comportamento ativo dos destinatários, geram dificuldades em conferir-lhes a mesma aplicabilidade imediata.

Com isso, não podemos deixar que a problemática nas formas de positivação da eficácia dos direitos fundamentais se torne um óbice a sua aplicabilidade, pois eles garantem o mínimo de uma vida digna ao ser humano.

Estes direitos fundamentais são essenciais ao Estado Democrático, como também ao Estado de Direito, que é a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal, que deve primar pelo efetivo cumprimento dos direitos fundamentais e de qualquer outro preceito constitucional, inclusive nas relações entre particulares, busca sempre assegurar e garantir em seus julgados o posicionamento sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos normativos infraconstitucionais.

Ademais, expressamente no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal,⁵⁶ dispõe-se que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Importante óbice à produção dos efeitos próprios e plenos das normas definidoras dos direitos fundamentais, ocorre pela dependência de esclarecimento ou integração dela por norma infraconstitucional assim avocada pelo próprio constituinte.

Discute-se, portanto, o caráter principiológico da norma, porém desconfigurado quando aplicado ao caso em concreto, visto que o juiz não só deve interpretar a lei processual em conformidade com o direito fundamental em busca da tutela jurisdicional efetiva, como ainda deve concretizá-lo, mediante a via interpretativa, no caso de omissão ou de insuficiência de lei.

⁵⁶ “TÍTULO II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Por isso, embora a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais seja inegável, a tarefa interpretativa do juiz, por repercutir na esfera jurídica de alguém que não faz parte da relação vertical estabelecida em virtude do direito, não pode deixar de considerar os princípios que com ele possam colidir no caso concreto.

O princípio da força normativa da Constituição dá base às interpretações que conferem aos direitos fundamentais, diante das circunstâncias concretas, uma eficácia plena. O princípio da efetividade, relativo à interpretação constitucional, sintetiza a ideia de que os direitos fundamentais devem ser interpretados em um sentido que lhes confira a maior efetividade possível e, como consequência dessa mesma orientação, a interpretação deve minimizar a restrição ao direito fundamental.

Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁷ corrobora dizendo que todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, da Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados, relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia militam em favor dos direitos fundamentais.

A solução para que os direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas tenham eficácia plena é oferecida pela própria Constituição. O que se quer é que o cidadão não tenha frustrado o seu direito por ardil havido na inércia de órgãos públicos competentes para agir e que, não o fazendo, agridem a Constituição.

Assim, a norma constitucional que trata da indispensabilidade do advogado como essencial à administração da justiça reflete uma espécie de mandado de otimização e estabelece aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível a esse direito fundamental, especialmente por ser um exercício de proteção ao Estado Democrático, ao tripé da justiça e ao próprio direito de acesso à justiça.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 283.

O objetivo do Direito é resolver as questões que nascem na sociedade, trazendo eficácia social (efetividade) aos proclamas dos cidadãos e não deixando que supram as garantias fundamentais, muitas vezes reconhecidas e buscadas pelos advogados, instrumento humano de liame entre o cidadão e a jurisdição.

O constituinte originário deu solução justa e equilibrada para a questão da eficácia jurídica dos direitos fundamentais, colocando no bojo da Constituição Federal a eficácia imediata dos direitos fundamentais, e incumbiu a todas as esferas públicas e privadas o respeito a estas normas.

Ademais, existe a necessidade de uma mudança cultural com respeito a estes direitos fundamentais, visto que até na esfera internacional a sua supremacia se apresenta, como direitos inerentes ao homem. Luiz Flávio Gomes e Valério Mazzuoli⁵⁸ comentam a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e mencionam que “para nós, os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, quer sejam anteriores ou posteriores à EC 45/2004”.

O cenário típico de insegurança de uma sociedade pós-moderna traz a esperança na humanização gerada pela proteção dos direitos fundamentais, com reconhecimento das obrigações *erga omnes* que estes direitos possuem em seu bojo.

A busca pela sua eficácia plena é requisito essencial de sua existência, inclusive com a possibilidade de acesso à jurisdição nacional e internacional como garantia da razão do indivíduo sobre a habitual razão do Estado.

Insta observar a constatação do professor Fábio Konder Comparato⁵⁹ de que “a revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza”.

No entanto, em virtude da ausência de respeito à garantia fundamental de indispensabilidade do advogado como função essencial à administração da justiça, ainda devemos analisar a questão da responsabilidade do advogado, sempre observando os

⁵⁸ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 15-16.

⁵⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 1.

princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, acesso à justiça, devido processo legal e, por que não, a própria efetividade.

Existe a necessidade de repensar, como afirma Eduardo C. B. Bittar,⁶⁰ que “sem dúvida nenhuma, essa tarefa de pensar um hoje transitivo, no qual a marca do ontem aparece com uma presença indelével, em direção a um amanhã ainda indefinido, dá margem a muitas discussões e diversas possíveis abordagens”.

Aos poderes constituídos incumbe cumprir os direitos fundamentais e, se for o caso, propor o seu aperfeiçoamento, devendo julgar com base na norma constitucional ou dispor de vontade política para fazê-lo. Por isso, devemos buscar uma mudança sociocultural, trazendo em seu bojo um estudo sobre nossas problemáticas pontuais, em especial no cerne da eficácia do direito fundamental do papel do advogado como função essencial à administração da justiça, modificar posturas, agir plenamente e resguardar direitos sagrados dos seres humanos.

Imperioso observar a necessidade da criação de soluções diferenciadas para harmonizar a tutela de tais direitos com a sua efetividade, de forma a proteger a indispensabilidade do advogado e ao mesmo tempo apurar e expurgar os responsáveis por danos processuais.

⁶⁰ BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 6.

2 DIREITOS E PRERROGATIVAS DOS ADVOGADOS

O Estatuto da Advocacia, corroborando o norte apresentado pela Carta Magna, desenvolve em seu texto os direitos e prerrogativas dos advogados, de forma a trazer a realidade prática às características fundamentais asseguradas aos advogados, de independência, inviolabilidade e indispensabilidade à realização da justiça.

É óbvio, pois, que a menção da profissão do advogado no artigo 133 da Constituição Federal eleva o ministério, garantindo direitos que passam da qualidade de privilégios para um dever/responsabilidade.

Neste aspecto, Gisela Ramos⁶¹ alude que:

A melhor maneira de se verificar a natureza dos direitos outorgados pelo Estatuto ao advogado é exatamente examinar as condições em que o mesmo pode ser exercido pelo profissional. Se se tratasse de um direito propriamente dito, pura e simplesmente, o seu exercício ficaria ao exclusivo critério do titular, ao contrário do que ocorre no caso do advogado. Este, como elemento indispensável à realização da justiça, não tem a possibilidade de escolher se vai ou não exercer sua prerrogativa, uma vez que, numa situação prática de desrespeito a qualquer destas, ele tem verdadeiramente obrigação de se insurgir. É, pois, inquestionável DEVER!! Não pode o advogado, por exemplo, ao lhe ser vedado o acesso a autos judiciais, simplesmente aceitar a restrição. E não lhe é facultado o conformismo porque a sua responsabilidade para com a defesa do direito que lhe foi confiado pelo cliente está acima da sua própria autonomia.

Esses direitos não lhe são conferidos na condição de pessoas físicas, comuns, mas em especial condição de agente público, no exercício do seu mister, que já dissemos, é um *munus* público, para que lhe sejam asseguradas as perfeitas condições ao pleno exercício profissional, de modo a garantir seja atendido o interesse público na realização da justiça.

O comando constitucional por si só assegura as prerrogativas do advogado, considerando invioláveis os seus atos e suas manifestações, quando no exercício da profissão, e por sua vez garante a ampla defesa do cidadão, pela liberdade de ação e de manifestação de seu representante.

⁶¹ RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia**: comentários e jurisprudência selecionada. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, p. 134-135.

Entretanto, esta prerrogativa, por não ser um direito absoluto, deve ser explicitada e relativizada pela norma infraconstitucional, que é o Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94), permitindo, ante a natureza peculiar do ministério do advogado, que ele exerça essa sua função com a máxima liberdade.

Desse modo, a lei ordinária citada, cumprindo o texto constitucional, deve se limitar a listar as hipóteses em que se definem os casos de direitos e prerrogativas do advogado, em suas manifestações e seus atos no exercício da profissão, inclusive no âmbito penal, trazendo em seu artigo 6º a previsão que não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos, ou seja, impõe equilíbrio ao tripé da justiça, traçando inclusive a obrigatoriedade das autoridades, servidores públicos e serventuários da justiça dispensarem ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.

Notadamente, o artigo 7º do mesmo diploma elucida alguns direitos do advogado como: exercer com liberdade a profissão em todo o território nacional (inciso I); a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho (II); comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares (III); ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB⁶² (IV); não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e, na sua falta, em prisão domiciliar⁶³ (V); ingressar livremente nas salas de sessões dos tribunais, dependências de audiências, secretarias, cartórios, escritórios de justiça, serviços notariais, de registro, delegacias, prisões e outros (VI); permanecer sentado ou em pé e retirar-se de quaisquer locais indicados, independentemente de licença (VII); dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho (VIII).

⁶² NOTA: Contra este inciso IV do artigo 7º, foi proposta a ADIN 1127-8, no STF, cujo resultado final foi julgado improcedente.

⁶³ NOTA: Inconstitucional. A expressão “assim reconhecidas pela OAB” presente neste inciso V do art. 7º foi declarada inconstitucional em decisão proferida pelo STF na ADIN 1127-8.

Ainda, o artigo 7º continua elucidando os seguintes direitos: sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido⁶⁴ (IX); usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal (X); reclamar contra a inobservância de preceito de lei, regulamento ou regimento (XI); falar, sentado ou em pé, em juízo, tribunal ou órgão de deliberação coletiva (XII); examinar autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias (XIII); examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito (XIV); ter vistas dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais (XV); retirar autos de processos findos, mesmo sem procuração, pelo prazo de dez dias (XVI); ser publicamente desagradado, quando ofendido no exercício da profissão ou em razão dela (XVII); usar os símbolos privativos da profissão de advogado (XVIII); recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional (XIX); retirar-se do recinto onde se encontre aguardando pregão para ato judicial (XX).

Ademais, o referido artigo também preceitua a imunidade profissional do advogado em seu parágrafo segundo, afirmando não constituir injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.⁶⁵

No caso de ofensa ao inscrito na OAB, no exercício da profissão ou de cargo ou função de órgão da OAB, o conselho competente deve promover o desagravo público do ofendido, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que incorrer o infrator, nos exatos termos do parágrafo quinto.

No sentido de proteção, também o mesmo artigo, nos § 6º e 7º, preceitua a apuração de crime por parte de advogados, dizendo que, presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão,

⁶⁴ NOTA: Inconstitucional. O inciso IX deste art. 7º foi declarado inconstitucional em decisão proferida pelo STF na ADIN 1127-8 e ADIN 1105-7.

⁶⁵ NOTA: Inconstitucional. A expressão “ou desacato” presente neste § 2º do art. 7º foi declarada inconstitucional em decisão proferida pelo STF na ADIN 1127-8.

específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes, observando que a ressalva não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou coautores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade.

Os direitos e prerrogativas legalmente assegurados aos advogados, mormente preconizados nos artigos 6º e 7º, incisos e parágrafos da Lei Federal n. 8.906/94, exprimem condutas e situações que têm o escopo de resguardar o livre e regular exercício da advocacia.

Como podemos observar, os referidos artigos abordam exaustivamente as questões envolvendo o advogado, que no dizer de Rubens Approbato:⁶⁶

Ante o relevo dado pelo Constituinte de 1988 ao exercício profissional da advocacia, merece ser qualificada com a exortação de que o advogado, nesse seu mister, tem, necessariamente, uma função social, posicionando-se na vanguarda da defesa da sociedade. Pelos comandos constitucionais focalizados, resta claro que qualquer norma, por ação ou omissão, que exclua o advogado de intervir em defesa de litigantes, em processo judicial ou administrativo, de qualquer natureza, é, indisfarçavelmente inconstitucional. Essa é a regra que há de prevalecer, para que se dê cumprimento não só à determinação da norma constitucional, como tornar a justiça, em seu termo mais amplo, o elemento mais concreto dos direitos de cidadania e de termos um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

No caso presente, emerge-se que as condutas elencadas nos mencionados dispositivos resguardam a finalidade precípua da função do advogado em exercer a defesa dos interesses de seus clientes, conferindo direitos inerentes à atividade privativa do profissional.

Nesse contexto, a Cartilha de Prerrogativas⁶⁷ da OAB/SP observa que “as pessoas, em geral, confiam seus reais interesses aos advogados, mediante outorga de poderes, fornecimento de informações e apresentação de documentos, para possibilitar o

⁶⁶ MACHADO, Rubens Approbato. **Constituição Federal de 1988** – Artigo 133. Disponível em www.oab.org.br. Acesso em 11.03.2011.

⁶⁷ ARBEX, Sergei Cobra (org.). **Cartilha de Prerrogativas**: Comissão de Direitos e Prerrogativas, 2. ed. São Paulo: Lex Editora, 2009, p. 14.

desenvolvimento dos atos próprios da representação, em perseguição aos lídimos direitos dos seus outorgantes e na melhor forma da lei”.

Assim, o exercício destes direitos e prerrogativas, pelo advogado, estabelece uma segurança ao acesso das informações e documentos dos clientes, resultando no direito do advogado à imediata defesa das suas prerrogativas, no fito de afastar qualquer ato procedido por alguma autoridade constituída, com condão de sobrestar seu exercício profissional. Ressalte-se a análise da comissão organizadora da Cartilha de Prerrogativas⁶⁸ ao apreciar as prerrogativas como privilégios, afirmando:

Aparentemente, o termo “privilégio”, que carrega uma conotação de benefício ou vantagem oferecida a alguém em detrimento de outros, está distante das condições legais, especiais e indispensáveis ao nobre exercício da função de advogado. Entretanto, o significado de “prerrogativa”, realmente, é um privilégio conferido aos advogados, pois o verbete advindo do latim *praerogativa*, exprimia, primitivamente, a possibilidade de falar antes, com origem na outorga legal conferida aos cavaleiros das centúrias, no império romano, que detinham a *praerogativa* do primeiro voto, por ocasião das decisões obtidas pelo sufrágio. Desse sentido de primazia no momento de votar, surgiu a atual conotação da palavra prerrogativa, exprimindo um privilégio de certas pessoas, por motivos próprios e em razão da função exercida. E a palavra privilégio, também do latim, se forma de *privus*, que significa o que é particular, privado ou privativo, assim como é privativa dos advogados a atividade da advocacia. Também os direitos e prerrogativas, assegurados ao desempenho da advocacia, são privativos dos que detêm a qualidade de advogado.

Daí porque não se deve esquecer que qualquer violação a esses direitos e prerrogativas constitui afronta ao próprio Estatuto da Advocacia, que é lei federal. Com estas informações prévias, não se pretende esgotar o assunto, mas de maneira simplista apresentar o rol de direitos e prerrogativas previsto no Estatuto da Advocacia. Dar-se-á agora enfoque em três principais, a saber: o direito à liberdade de exercício da profissão; liberdade de defesa e sigilo; e imunidade profissional, visto à responsabilidade civil do advogado.

⁶⁸ ARBEX, Sergei Cobra (org.). **Cartilha de Prerrogativas**: Comissão de Direitos e Prerrogativas, 2. ed. São Paulo: Lex Editora, 2009, p. 16.

2.1 LIBERDADE DE EXERCÍCIO DA PROFISSÃO

A Constituição Federal afirma no título relativo aos princípios fundamentais que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Ainda, constituem seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem comum com eliminação de quaisquer formas de discriminação (artigos 1º e 3º⁶⁹).

A ordem econômica na Carta Magna, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social, especialmente observado o previsto expressamente no artigo 170 do texto constitucional, que são os princípios que norteiam a atividade econômica.

Assim, o artigo 5º da Carta Magna dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, sendo (XIII) livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

⁶⁹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Da mesma forma, o artigo 170 preconiza que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. E ressalva ainda que é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Por sua vez, o direito fundamental de livre exercício da profissão, norma de eficácia limitada, que reserva à lei, com atendimento ao princípio da isonomia, o papel de estabelecer as condições e requisitos necessários para tanto (art. 5º, XIII, da Constituição Federal), no mundo moderno e globalizado caracteriza-se pela dinâmica dos movimentos e especialmente garante esta liberdade como princípio básico da democracia. Isso levou o legislador constituinte à sua proteção como direito fundamental ao estabelecer, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello,⁷⁰ que:

A consagração dos direitos sociais retrata a ereção de barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos. Enquanto os direitos individuais interditam ao Estado o amesquinamento dos indivíduos, os direitos sociais interditam aos próprios membros do corpo social que deprimam economicamente ou que releguem ao abandono outros indivíduos menos favorecidos pela fortuna. A estatuição de salário-mínimo, do direito de greve, da repressão ao abuso do poder econômico, da previdência social, em suas distintas expressões, são mecanismos que retraçam este propósito. Então, por força mesmo destas concepções mais modernas - o Estado ultrapassa o papel anterior de simples árbitro da paz, da ordem, da segurança, para assumir o escopo mais amplo e compreensivo de buscar, ele próprio, o bem-estar coletivo. Não deixa, como dantes, que tal resultado desponte - se despontar como simples fruto do livre jogo das forças privadas atuantes na sociedade. Passa a coordená-las, engajando-as na busca desta meta, havida, agora, como finalidade estatal, isto é, escopo de toda a coletividade: indivíduos e Poder Público.

⁷⁰ MELLO, Celso Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. In: **Revista Direito Social**, n. 07, p. 137.

Por isso, as condições econômicas refletidas na distribuição da mão-de-obra por atividade econômica e o papel fundamental do livre exercício da profissão deve ser objeto de proteção e sinal de soberania.

Esta liberdade, conferida também pela Lei n. 8.906/94, em seu artigo 7º, inciso I, trata dos direitos dos advogados em exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional, ou seja, a liberdade deve ser regida, basicamente, pelas regras de livre mercado, limitada a interferência da Administração Pública, direta e indireta, exclusivamente ao que dispõe a Constituição, não podendo haver ato imotivado que viole o princípio do livre exercício da profissão, assegurado constitucionalmente, pois atitudes contrárias levam a um autoritarismo e excluem o Estado Democrático de Direito.

Ademais, a Cartilha de Prerrogativas⁷¹ da OAB/SP, por seus colaboradores, ressalta que:

O Estatuto da Advocacia é a legislação que de maneira isonômica regula o exercício da profissão de advogado, estabelecendo os requisitos técnicos (graduação em direito e aprovação no exame de ordem) e morais para que o profissional seja inscrito junto à OAB. Uma vez preenchidos os requisitos de qualificação, o advogado tem liberdade plena para o exercício de seu mister, na localidade do Conselho Seccional em que tenha obtido inscrição principal e/ou suplementar, ou para o qual tenha tido deferida a transferência.

No que se refere ao conteúdo dessa liberdade, a obra ainda destaca que “é necessário esclarecer que abrange o direito de peticionar, argumentar, aceitar e recusar causas, observando impedimentos éticos e legais, tudo de maneira independente, em relação a clientes e autoridades, ainda quando o exercício se dê no âmbito da relação de emprego”.

Neste contexto, Gisela Ramos⁷² afirma:

O advogado tem o direito de exercer livremente a profissão em todo o território nacional. O dispositivo está em consonância com o disposto no art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, segundo o qual “é livre o exercício

⁷¹ ARBEX, Sergei Cobra (org.). **Cartilha de Prerrogativas**: Comissão de Direitos e Prerrogativas, 2. ed. São Paulo: Lex Editora, 2009, p. 33.

⁷² RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia**: comentários e jurisprudência selecionada. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, p. 136.

de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Dessa forma, qualquer cidadão que pretenda exercer uma determinada profissão deverá, antes, comprovar o atendimento aos requisitos estabelecidos em Lei própria, que se constituem na “qualificação profissional”, ressalvada pela Carta Magna.

No caso da advocacia, este direito é conferido apenas àqueles inscritos na OAB. Conforme nosso Estatuto, o profissional habilitado pela inscrição na Ordem tem o direito de exercer a advocacia plenamente, em qualquer localidade do território nacional, no qual passar a atuar com habitualidade; ou ainda, eventualmente, em qualquer localidade, desde que não ultrapasse o limite de 05 (cinco) causas por ano.

Portanto, parece-nos adequado entender que a indispensabilidade do advogado à administração da justiça é ampla, porquanto garante os direitos invioláveis do cidadão, estando o livre exercício da profissão como um direito constitucionalmente assegurado ao advogado, entre outros como a liberdade de defesa, sigilo e imunidade profissional, que listaremos a seguir.

2.2 LIBERDADE DE DEFESA E SIGILO

A Constituição Federal, buscando assegurar os direitos fundamentais, entendidos como aqueles previstos exemplificadamente no Título II, isto é, os direitos e garantias fundamentais, podendo em decorrência do artigo 5º, § 2º da Carta Magna, também entender como parte desse rol os direitos e deveres individuais e coletivos, os princípios e regimes adotados pela Carta, bem como os tratados internacionais em que o Brasil tenha ratificado. A estes direitos fundamentais foi atribuída condição de cláusula pétrea, por seu caráter especial e elemento da ordem jurídica.

Neste diapasão, dentre as garantias fundamentais, podemos encontrar o sigilo e a liberdade, que são essenciais ao Estado Democrático, como também ao Estado de Direito que é a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais. Ademais, expressamente no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal⁷³ dispõe que as normas definidoras dos direitos e

⁷³ “TÍTULO II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

garantias fundamentais têm aplicação imediata. Assim, a Cartilha de Prerrogativas⁷⁴ da OAB/SP diferencia os direitos de sigilo e liberdade explanando:

O sigilo se reveste de fundamental importância na medida em que a desnecessária revelação de fatos ou dados pertencentes e inerentes ao cidadão poderá lhe causar prejuízos morais, financeiros e, inclusive, a sua exclusão social. A garantia ao sigilo se reveste, assim, como um direito de defesa da liberdade e da segurança do cidadão em suas relações humanas de forma a protegê-lo dos demais e do avanço da força estatal.

A liberdade, por seu turno, está consolidada no princípio da legalidade de que o cidadão não será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (inciso II, art. 5º, da CF), a qual deverá atender aos requisitos formais e materiais previstos na constituição. Hipóteses há, contudo, em que a própria lei é omissa a respeito de algum princípio regulamentador da legalidade, caso em que a própria Constituição Federal tratou de corrigir através da utilização do mandado de injunção sempre que a falta de previsão legal tornar difícil ou inviável o exercício da liberdade constitucional (inciso LXXI, art. 5º, da CF).

O sigilo profissional, especialmente estabelecido no artigo 5º, inciso XIV, da Magna Carta, se apresenta como garantia fundamental, assegurada a todos a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos de acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Outrossim, a relação existente entre o advogado e o cliente deriva de um liame interpessoal, público profissional, pautado em mútua confiança e confidencialidade, como preceito de liberdade, segurança e independência da profissão *versus* tratamento digno, ético e moral ao cidadão.

Desta relação decorre o interesse público coletivo, pois o advogado defenderá os interesses do cliente, dispensando sua habilidade e meios disponíveis na defesa da garantia constitucional quanto ao sigilo, à sua defesa e segurança, gerando reflexos para toda a

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁷⁴ ARBEX, Sergei Cobra (org.). **Cartilha de Prerrogativas**: Comissão de Direitos e Prerrogativas, 2. ed. São Paulo: Lex Editora, 2009, p. 35-36.

sociedade. A este *munus* público de sigilo, que se define como elemento inerente à sua profissão, também se estende ao seu escritório ou local de trabalho, arquivos, dados, correspondências e comunicações, inclusive telefônicas e afins, empregados e funcionários.

Por isso, em consonância com os ditames constitucionais, a Lei n. 8.906/94, em seu artigo 7º, inciso II, também preceitua o respeito ao sigilo profissional pela inviolabilidade, dizendo que são direitos do advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia.

A liberdade profissional ou de defesa do advogado carrega o conceito de imunidade com vistas a praticar todos os atos necessários, em juízo ou fora dele, abstraindo-se os excessos que cometer no tocante ao desacato, conforme definido em lei.

Os advogados, por razões éticas e legais, devem ter assegurado o pleno direito a confidencialidade de seus interesses e segredos, por isso é considerado depositário e responde pelos danos que vier a causar pela quebra do sigilo.

Gisela Ramos⁷⁵ ressalta a análise do mencionado inciso observando:

Inviolabilidade (inciso II) É outra garantia ao pleno exercício profissional, cujo destinatário é menos o advogado, e mais a sociedade que se vale dos seus serviços. Com efeito, as garantias constitucionais de ampla defesa, contraditório, e devido processo legal, exigem mais do que a liberdade.

É imprescindível, pois, que a par desta, lhe seja assegurada a inviolabilidade, em cujo conceito, segundo Paulo Luiz Neto Lobo, incluem-se a imunidade profissional, a proteção ao sigilo profissional e a proteção aos meios de trabalho (Comentários ao Novo Estatuto da Advocacia e da OAB. Ed. Basílica Jurídica, 1994, p.43).

A única exceção a esta prerrogativa ocorre no caso de ordem judicial de busca e apreensão, e mesmo assim, com o acompanhamento de representante da OAB.

Os advogados, por razões éticas e legais, devem ter assegurado o pleno direito a confidencialidade de seus interesses e segredos, por isso é considerado depositário e responde

⁷⁵ RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia: comentários e jurisprudência selecionada**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, p. 136-137.

pelos danos que vier a causar pela quebra do sigilo. Ademais, reforça a Cartilha de Prerrogativas⁷⁶ da OAB/SP que:

Dever ao sigilo profissional, por se tratar de interesse público, não cessa com a morte e nem deixa de ocorrer por se tratar de fato público. Por fim, de nada vale o sigilo se não puder existir ao seu lado a liberdade profissional. De fato, a liberdade profissional limitada, dependente, controlada ou mesmo omissa em nada contribui para a realização das garantias constitucionais, da justiça social e nem permite a proteção jurídica dos direitos e interesses individuais, da classe profissional ou da sociedade. E liberdade significa independência para pleno exercício da profissão que, em última análise, se traduz em um direito do próprio cidadão.

A Constituição Federal, ao destacar a advocacia no Título IV – Da Organização dos Poderes, especificadamente no Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça, juntamente com o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública, bem como as normas do Estatuto da Advocacia, acabaram por equiparar o advogado em condições e proporções àquelas deferidas aos juízes (art. 95 da Constituição Federal e Lei Orgânica da Magistratura Nacional) e aos membros do Ministério Público (art. 128, inciso I, § 5º, da Constituição Federal), visando o aperfeiçoamento desta relação triangular de modo a também não submeter o advogado no exercício da profissão a qualquer tipo de coação, ameaça ou intimidação pelo próprio Poder Judiciário, por terceiros ou pelo Estado.

Assim, por iguais razões, a Cartilha de Prerrogativas⁷⁷ da OAB/SP descreve que:

A violação inconsequente e sem justa causa ao sigilo e à liberdade profissional, mesmo que autorizada pelo próprio profissional ou por ordens judiciais sem o devido embasamento ou cautela, resultará nas mais indesejáveis responsabilidades legais e éticas, pois não se deve esperar do profissional ou daqueles que cuidam dos interesses públicos (magistrados, membros do Ministério Público etc.) conivência ou conluio com o errado, sob pena de empobrecer os princípios constitucionais, a profissão e a classe à qual pertencem, porque a violação implica em ataque direto às garantias constitucionalmente asseguradas ao cidadão pelo Estado Democrático de Direito.

⁷⁶ ARBEX, Sergei Cobra (org.). **Cartilha de Prerrogativas**: Comissão de Direitos e Prerrogativas, 2. ed. São Paulo: Lex Editora, 2009, p. 37.

⁷⁷ ARBEX, Sergei Cobra (org.). **Cartilha de Prerrogativas**: Comissão de Direitos e Prerrogativas, 2. ed. São Paulo: Lex Editora, 2009, p. 38.

A liberdade de defesa e o sigilo possuem um viés no exercício da recusa em depor, como prerrogativa profissional, fundamentada no artigo 7º, incisos II e XIX, da Lei n. 8.906/94, que sempre tratou do interesse público de forma a dar legitimidade na distribuição da Justiça e que não se serve do processo judicial ou administrativo, mas age de acordo com a verdade e lealdade processual, juntamente com os magistrados e membros do Ministério Público, sem existir subordinação.

Quanto à recusa em depor, menciona a Cartilha⁷⁸ que também possui natureza social, deontológica e não contratual, sendo estabelecida em nome do interesse público e estando intimamente ligada ao sigilo profissional, no princípio da plena liberdade de defesa do cidadão, da isenção do advogado quanto aos fatos de que tem conhecimento – tudo com o escopo de manter-se hígida a relação de lealdade e confiança. Com efeito, se autorizado fosse ao advogado prestar depoimento sobre fato que teve conhecimento no exercício da profissão, o sigilo de nada valeria porque seria rompida a relação de confiança, colocando-se em risco o interesse público na administração da justiça.

Entretanto, o Código de Ética e Disciplina admite exceções ao sigilo profissional e recusa em depor, conforme se observa nos artigos 25 a 27, descrevendo situações extremas e bem definidas em lei, e mantém seu caráter de excepcionalidade ao dizer, no artigo 25, que o sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa.

Da mesma forma, o artigo 26 preceitua que o advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte. Ressalva ainda o artigo 27 que as confidências feitas ao advogado pelo cliente podem ser utilizadas nos limites da necessidade da defesa, desde que autorizado aquele pelo constituinte, sendo que se presumem confidenciais as comunicações epistolares entre advogado e cliente, as quais não podem ser reveladas a terceiros.

⁷⁸ ARBEX, Sergei Cobra (org.). **Cartilha de Prerrogativas**: Comissão de Direitos e Prerrogativas, 2. ed. São Paulo: Lex Editora, 2009, p. 37.

Assim, embora se possibilite a quebra do sigilo profissional mediante justa causa ou por ordem judicial, bem de ver que o advogado deverá ter maior cuidado ao cumprir e permitir tais determinações, que deverão preencher necessariamente os requisitos exigidos no mencionado Código de Ética e Disciplina, sob pena de infração disciplinar, cujo processo e julgamento da infração ética obedecem a um critério próprio e interno da Ordem dos Advogados do Brasil, sendo levados em consideração fatores como adequação, pertinência, equidade e não admitidas outras justas causas senão aquelas previamente definidas na Lei.

Cumpra ainda analisar que o exercício da profissão pode se dar de várias maneiras (individual, escritório de advocacia, sociedade de advogados, celetista/estatutário, entre outros) e tudo aquilo que se encontra em seu escritório ou local de trabalho, relativo aos interesses de seus clientes e atuação profissional, é inviolável porque se encontra coberto pelo sigilo profissional. Mas este conceito poderá ser relativizado quando o advogado for o investigado ou quando incidente a hipótese prevista no § 2º do art. 243 do Código de Processo Penal,⁷⁹ delito que pode ter sido praticado pelo próprio advogado, seu cliente ou funcionários, com harmonização entre os requisitos legais exigidos para a expedição do mandado de busca e apreensão e somente sendo objeto de apreensão aquilo que se constitua o corpo de delito individualizado, evitando-se o mandado genérico.

Além disso, aponta-se como consequência lógica o fato de que o advogado não pode se valer de seus direitos e prerrogativas para guardar em seu escritório objetos, documentos ou produtos obtidos de forma ilícita, sob pena de responder a processo civil, criminal e ético.

Destarte, quando a busca for efetuada em local de trabalho ou escritório de advocacia, tal fato deverá constar expressamente no mandado e ser comunicado previamente à Ordem dos Advogados do Brasil, que poderá ou não acompanhar as diligências, dando-se, assim, plena vazão ao dispositivo legal e evitando-se os abusos de autoridade. Em análise

⁷⁹ “Art. 243. O mandado de busca deverá:

I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

II - mencionar o motivo e os fins da diligência;

III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

§ 1º Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.

§ 2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito.

última, ressalte-se a Cartilha de Prerrogativas⁸⁰ da OAB/SP, que afirma que “por mais grave que seja o crime investigado, jamais o escritório de quem patrocina a causa do suposto criminoso pode ser invadido a pretexto de angariar provas. Não se pode nunca confundir advogado de um investigado com advogado investigado”.

Inobstante, a estes direitos ou prerrogativas os advogados se sujeitam, sob pena das mais variadas responsabilidades administrativas, cíveis e penais, independentemente de dolo ou culpa, porque o que se visa resguardar é o legítimo direito do cidadão.

Enfim, resta o estudo sobre outro direito máximo dos advogados que é imunidade profissional, que veremos a seguir.

2.3 IMUNIDADE PROFISSIONAL

A imunidade profissional é a garantia da liberdade de expressão do advogado e encontra seu fundamento no artigo 7º, § 2º, do Estatuto da Advocacia e da OAB,⁸¹ Lei n. 8.906/94.

No dizer de Gisela Ramos,⁸² a imunidade profissional “surgiu entre os romanos (*ius convinciandi*), baseada na constatação de que seria impossível atingir o ideal da ampla defesa dos direitos sem que ao advogado (*patronus*) não fosse assegurado, também, a plena capacidade postulatória”.

A imunidade do advogado é necessária para a administração da justiça e a garantia de postulação, expressão do advogado em nome de interesses alheios, obviamente em prol da indispensabilidade do advogado, do *munus* público, da função social, da liberdade do exercício da profissão e da liberdade de defesa e sigilo (inviolabilidade), já elucidados.

⁸⁰ ARBEX, Sergei Cobra (org.). **Cartilha de Prerrogativas**: Comissão de Direitos e Prerrogativas, 2. ed. São Paulo: Lex Editora, 2009, p. 42.

⁸¹ “Art. 7º São direitos do advogado:

[...] § 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer”.

⁸² RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia**: comentários e jurisprudência selecionada. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, p. 112.

A Constituição Federal, ao determinar a indispensabilidade ao advogado, conjuntamente outorgou a essencialidade da advocacia e a inviolabilidade desta, de maneira a dar à profissão um sentido institucional e possibilitar que a lei regulamentadora (Lei n. 8.906/94) definisse a efetiva imunidade do advogado, como vimos acima.

Nesse diapasão, o Código Penal Brasileiro prevê a exclusão de crime em conformidade aos preceitos constitucionais, ao dispor no seu artigo 142 que não constituem injúria ou difamação punível a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador, conforme inciso I, combinado com o parágrafo único, que determina que responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade.

Por tais razões, no exercício profissional, o advogado está protegido pela imunidade penal, mas leia-se, não excluída a punibilidade ético-disciplinar da Ordem dos Advogados do Brasil por violação ao dever de urbanidade, por excessos praticados entre outros.

Como dito, estas prerrogativas profissionais não são absolutas e possuem limites estabelecidos em lei, que conforme relata a Cartilha de Prerrogativas⁸³ da OAB/SP, entende como “necessária a presença dos seguintes pressupostos: (I) capacidade postulatória, em juízo ou fora dele; (II) manifestações e atos vinculados à discussão da causa; (III) exercício regular de suas atividades profissionais”.

Renata Soltanovitch,⁸⁴ em sua obra sobre Responsabilidade Processual, assevera:

Porém, como bem apontam tais decisões, imunidade não é ausência de responsabilidade profissional, mas é a esteira da sua inviolabilidade.

O advogado representa seu cliente na disputa de interesses; por isso para ser advogado é necessário ser combativo.

E foi pensando nisso que o legislador constituinte no artigo 133 indicou que o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites da lei. Lei esta conferida no Estatuto da Advocacia, § 2º do artigo 7º.

Não se trata de um privilégio corporativista, apenas a garantia da independência e da liberdade de manifestações.

⁸³ ARBEX, Sergei Cobra (org.). **Cartilha de Prerrogativas**: Comissão de Direitos e Prerrogativas, 2. ed. São Paulo: Lex Editora, 2009, p. 88.

⁸⁴ SOLTANOVITCH, Renata. **Responsabilidade Processual**. São Paulo: Scortecci, 2010, p. 162.

Mas esta liberdade de manifestações e de independência não o autoriza, em nenhum momento, a se utilizar o processo com fim ilícito.

E quando isso ocorre, deve o magistrado aplicar o que manda a lei, deixando a OAB, mais precisamente o Tribunal de Ética, julgar o seu inscrito que exagerou ou descumpriu preceitos estatuídos nas normas regulamentadoras da profissão.

A doutrina dominante entende a imunidade profissional do advogado como um direito relativo, que não protege aqueles que extrapolam com os fins do debate entre as partes ou que digam respeito a situações pessoais.

Nesse sentido, Domingos Sávio Zainaghi⁸⁵ ressalta que

não encontra amparo legal o ato de alguns juízes que não permitem mais de um advogado por parte em audiência, sendo que tal atitude fere a um só tempo a Constituição da República e a Lei n. 8.906/94, além de se constituir em abuso de autoridade, prática que sujeitará o infrator a sanção administrativa, civil e penal, previstas na Lei n. 4.898/65.

Vale mencionar que a imunidade é extensiva ao âmbito de qualquer órgão da Administração Pública, para não prejudicar o alcance da finalidade colimada pela norma, e busca dar aos advogados as mesmas armas no seu *jus postulandi*, equilibrando as relações entre as partes que atuam no processo e os representantes do Poder Judiciário.

Com efeito, há de existir nexos de causalidade entre a conduta e a causa, conforme entendimento predominante do Supremo Tribunal Federal, a exemplo de julgados em que se exclui o termo “desacato” ao fundamento de que tal previsão cria situação de desigualdade entre o juiz e o advogado, retirando do primeiro a autoridade necessária à condução do processo⁸⁶ ou até ofensas a autoridades militares federais, proferidas na discussão da causa, ressaltando o sentido de o advogado ter imunidade profissional, não constituindo injúria e difamação qualquer manifestação de sua parte no exercício dessa atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo de sanções disciplinares perante a Ordem dos Advogados do Brasil, mesmo em esfera administrativa em favor de seu cliente.⁸⁷

⁸⁵ ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Consequências dos atos de (alguns) juízes que permitem apenas um advogado por parte nas audiências.** Disponível em www.zainaghi.adv.br. Acesso em 08.06.2011.

⁸⁶ STF - ADI 1105 - ADI 1127 - DF - Plenário - Rel. orig. Min. Marco Aurélio - Rel. p/ o Ac. Min. Ricardo Lewandowski - J. 17.05.2006.

⁸⁷ STF - RMS 26.975-1 (583) - 2ª T. - Rel. Min. Eros Grau - DJ 15.08.2008.

No caso dos direitos fundamentais, para conceder uma aplicação coerente e segura da norma constitucional, o Supremo Tribunal Federal deve fazer esta análise e ajustar as normas em prevalência, como no caso em tela, o respeito à imunidade do advogado.

Entretanto, não há como colocar em prática esta prerrogativa se não houver uma revitalização da cidadania, o exercício pleno dos direitos e a busca pelo seu cumprimento, por meio de uma mudança cultural e administrativa de respeito à imunidade profissional.

Conforme apresenta a Cartilha de Prerrogativas:⁸⁸

O advogado tem o dever de preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade, zelando pelo caráter de essencialidade e indispensabilidade de sua atividade. Porém, nunca poderá deixar de atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé, pois é seu dever velar, sempre, por sua reputação pessoal e profissional, comportando-se, na defesa de seu constituinte, de modo que ele se sinta amparado e tenha a expectativa de regular desenvolvimento da demanda.

Portanto, os direitos fundamentais, que representam verdadeiros princípios do ordenamento jurídico, vez que contêm um direito constitucional objetivo, vincula todos os ramos do ordenamento com diretrizes e regras de interpretação, além de seu poder de regulação e eficácia imediata, emanando direitos subjetivos privados aos indivíduos que dependem, em linhas gerais, de um posicionamento de respeito aos direitos e prerrogativas dos advogados e também de uma postura ética do profissional.

2.4 A ÉTICA PROFISSIONAL

A humanidade tem assistido a muitas mudanças decorrentes da evolução e dos acontecimentos históricos. Sabemos que nossos atos podem influenciar a vida dos outros e que nossa liberdade acarreta responsabilidade.

De forma ampla a Ética é definida como a explicitação teórica do fundamento último do agir humano na busca do bem comum e da realização individual, ou seja, é o

⁸⁸ ARBEX, Sergei Cobra (org.). **Cartilha de Prerrogativas**: Comissão de Direitos e Prerrogativas, 2. ed. São Paulo: Lex Editora, 2009, p. 90.

conjunto de normas morais pelo qual o indivíduo deve orientar seu comportamento na profissão que exerce, sendo de fundamental importância em todas as profissões e para todo ser humano, para que possamos viver bem em sociedade.

Historicamente, a Ética sempre foi orientada pela religião e pela razão. Podemos observar grandes filósofos como Sócrates, Platão, Aristóteles, Santo Agostinho, Tomás de Aquino, Hobbes, Hume, Hegel, Kant, Nietzsche, Freud, Bérson, Heidegger, Habermas, cada um a seu modo, buscando o estabelecimento de códigos de ética válidos universalmente.

É extremamente importante saber diferenciar a ética da moral e do direito, apesar de seus vínculos e sobreposições. A moral estabelece regras que são assumidas pela pessoa independente das fronteiras geográficas e garante uma identidade entre pessoas que mesmo sem se conhecerem utilizam este mesmo referencial moral comum; enquanto o direito estabelece o regramento de uma sociedade delimitada pelas fronteiras do Estado, utilizando as normas como regras de conduta cogentes das pessoas em sociedade. Já a norma ética não obriga coercitivamente a pessoa que a descumpra, não estabelece regras concretas, mas propõem condutas justas ou injustas dentro de uma sociedade.

Pode-se presumir que sem o direito, a ética e a moral, não existe a sociedade e, sem a sociedade, não existiria o próprio homem, sequer em forma primitiva, pois até entre os primatas se percebe estruturação de grupos e hierarquia. A sociedade é transformada pelo direito, por outro lado, na verdade, direito e sociedade estão constantemente a se influenciar mutuamente.

Dalmo de Abreu Dallari⁸⁹ reporta a um conceito significativo da vida em sociedade, afirmando que ela é um conjunto de pessoas ligadas pela necessidade de se ajudarem umas às outras, a fim de que possam garantir a continuidade da vida, a satisfazer seus interesses e desejos, pois sem convívio social as pessoas não conseguiriam sobreviver, pois o ser humano, durante muito tempo, necessita de outros para garantir alimentação e abrigo.

Continua dizendo que os seres humanos não vivem juntos, em sociedade, apenas porque escolhem esse modo de vida, mas porque esta é uma necessidade humana.

⁸⁹ DALLARI, Dalmo. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

A sociedade organizada com justiça é aquela que procura fazer com que todas as pessoas possam satisfazer plenamente as suas necessidades, tenham as mesmas oportunidades, sendo os benefícios e encargos repartidos igualmente entre todos, e seus membros procurem conhecer seus direitos e exijam respeito, como também devem conhecer e cumprir seus deveres e suas responsabilidades sociais.

Por isso que, havendo relações entre pessoas, surge o evento jurídico como uma das expressões sociais mais evidentes. A política, a economia, a cultura, a religião, florescem como eventos decorrentes do fato social, inclusive estabelecendo normas de conduta.

Entretanto, nos interessa a investigação da ética na esfera profissional, ou seja, o conjunto de normas de conduta que deverá ser posto em prática no exercício de qualquer profissão, que é o dever de respeito do profissional ao seu semelhante quando no exercício profissional.

A ética profissional regula o relacionamento do profissional com sua clientela e demais pessoas intervenientes, visando à dignidade humana e à construção do bem-estar no contexto sócio-cultural em que exerce sua profissão, inclusive com caráter normativo, pois regulamenta o exercício profissional a partir de estatutos e códigos específicos, como no caso do advogado pelo Estatuto da Advocacia e do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

Assim, temos a ética do advogado relacionada em seu respectivo código, de forma que essa reflexão entra na moralidade de qualquer atividade profissional humana, pois é inerente à vida humana e de suma importância na vida profissional, na qual o fazer (competência e eficiência que todo profissional deve possuir para exercer bem a sua profissão) e o agir (conduta do profissional, conjunto de atitudes que deve assumir no desempenho de sua profissão) estão intimamente ligados.

A ética profissional se baseia em uma filosofia de valores compatíveis com a natureza e o fim do ser humano, na qual toda capacitação científica ou técnica precisa estar em conexão com estes princípios essenciais e mediante uma reflexão prévia da prática profissional, porque o indivíduo, ao escolher uma profissão, também opta pelo conjunto de deveres profissionais a ela inerentes e obrigatórios.

A defesa do bem comum a um número expressivo de pessoas depende da proteção de normas que evitem o risco da transgressão ética. Em virtude disso, a classe profissional dos advogados, que se caracteriza pela homogeneidade do trabalho executado, pela natureza do conhecimento exigido para tal execução e pela identidade de habilitação para o seu exercício, também não foge a esta fiscalização, especialmente pela normatividade do Código de Ética e Disciplina e por seu órgão, o Tribunal de Ética e Disciplina.

O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil determina em seu artigo 1º que o exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos do Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os demais princípios da moral individual, social e profissional, e em continuidade, no artigo 2º, define os deveres dos advogados, determinando ser ele indispensável à administração da Justiça, defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Inobstante o relevo outorgado à profissão, o mesmo artigo 2º determina em seu parágrafo único que são deveres do advogado: preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade (I); atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé (II); velar por sua reputação pessoal e profissional (III); empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional (IV); contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis (V); estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios (VI); aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial (VII); abster-se de utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente, patrocinar interesses ligados a outras atividades estranhas à advocacia, vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso, emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana, entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído sem o assentimento deste (VIII); pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos seus direitos individuais, coletivos e difusos, no âmbito da comunidade (IX).

Contudo, sempre que se fala em deveres profissionais, é preciso mencionar que o Código de Ética Profissional define as relações de valor que existem entre o ideal moral traçado e os diversos campos da conduta humana, sendo uma espécie de contrato de classe em

que o órgão de fiscalização (Tribunal de Ética e Disciplina), passa a controlar o exercício profissional.

Os deveres são exigíveis e respeitados no exercício da profissão, abrangendo o relacionamento com clientes, colegas de profissão, magistrados, membros do Ministério Público, serventuários e toda a sociedade. O interesse no cumprimento do referido código deve ser de todos e a possibilidade de aplicar sanção torna exigível de cada profissional o seu respeito direto, como se uma lei fosse, uma vez que busca eliminar conflitos e especialmente evitar que se macule o bom nome e o conceito social de uma categoria.

Ao utilizar a Ética como ciência da conduta, podemos observar que o Estatuto da Advocacia não ficou alheio à importância do assunto e apresenta o capítulo VIII, exclusivo ao tema, abordando em seus artigos 31 a 33 estes preceitos.

Estabelece o artigo 31 que o advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia, com independência em qualquer circunstância. Além disso, nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão.

Da mesma forma, o artigo 32 determina que o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa, estabelecendo no parágrafo único que em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

Depois ainda, o artigo 33 encerra o capítulo afirmando que o advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina, que regula os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares.

A capacidade de poder ser um profissional eticamente bom, tem o objetivo de proteger os próprios profissionais, a categoria e as pessoas que dependem desses, mas existem muitos aspectos não previstos especificamente e que fazem parte do comprometimento em ser eticamente correto.

Gisela Ramos⁹⁰ define que o

termo ética tem sua origem etimológica no grego *etos* ou *ethikos*, que significa costume. Subdivide-se em Deontologia e Diceologia, a primeira preocupando-se dos deveres, e a segunda dos direitos. Na órbita do nosso Estatuto, o termo é empregado num sentido um pouco mais particularizado, significando norma de conduta profissional. As disposições dos arts. 31 a 32 encerram normas deontológicas, posto que se referem a condutas que obrigatoriamente devem nortear a atuação profissional do advogado.

Assim, podemos observar que, inobstante os deveres dos advogados que são obrigatórios, devem ser levadas em consideração as virtudes profissionais, como a competência técnica, aprimoramento constante, respeito às pessoas, confidencialidade, privacidade, tolerância, flexibilidade, fidelidade, envolvimento, afetividade, correção de conduta, boas maneiras, relações genuínas com as pessoas, responsabilidade, correspondência à confiança que lhes é depositada, entre outras.

Essas virtudes profissionais concorrem para o enriquecimento da atuação profissional, facilitando o exercício da profissão, e podem ser adquiridas com esforço e boa vontade, aumentando neste caso o mérito do profissional que, no decorrer de sua atividade, consegue incorporá-las à sua personalidade, tentando vivenciá-las ao lado dos deveres profissionais.

Dentre as qualidades mais importantes no exercício de uma profissão, Claudia Jorge⁹¹ elucida de forma interessante, dizendo que

a honestidade que se relaciona com a confiança que nos é depositada, com a responsabilidade perante o bem de terceiros e a manutenção de seus direitos. É muito fácil encontrar a falta de honestidade quanto existe a fascinação pelos lucros, pelo enriquecimento ilícito em cargos que outorgam autoridade e que têm a confiança de uma coletividade.

⁹⁰ RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia**: comentários e jurisprudência selecionada. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, p. 532.

⁹¹ JORGE, Cláudia. **Ética Profissional**. Disponível em www.webartigos.com. Acesso em 09.03.2011.

Quanto ao sigilo, a autora também destaca a sua importância e dever de respeito aos segredos das pessoas, que deve ser desenvolvido na formação de futuros profissionais, afirmando que “uma informação sigilosa é algo que nos é confiado e cuja preservação de silêncio é obrigatória”.

A competência, que é o exercício do conhecimento de forma adequada e persistente, juntamente com a prudência, coragem e perseverança, são de extrema importância na busca de resultados satisfatórios e necessária postura ética, para se recusar serviços quando não se tem a devida capacitação para executá-lo; atuar com maior segurança nas decisões; evitar julgamentos apressados com discussões inúteis; não ter medo de defender a verdade e a justiça; continuar diante das incompreensões, insucessos e fracassos;

O advogado precisa ter humildade, bom senso, inteligência e autoanálise para que sua atuação profissional seja desenvolvida dentro de suas limitações e atendendo aos direitos almejados.

A ética é um conjunto de regras, princípios ou maneiras de pensar e expressar presente em todas as raças, que visa mostrar às pessoas os valores e princípios que devem nortear sua existência.

É fundamental ter sempre em mente que há uma série de atitudes que não estão descritas no Código de Ética e Disciplina da OAB, mas que são comuns a todas as atividades que uma pessoa pode exercer, gostando do que se faz, sem perder a dimensão de que é preciso sempre aperfeiçoar-se, aprendendo, experimentando novas soluções, criando novas formas de exercer as atividades, estando aberto a mudanças, mesmo nos pequenos detalhes, que podem fazer uma grande diferença na sua realização profissional e pessoal. Isto tudo pode acontecer com a reflexão ética incorporada a seu viver.

No dizer de Beatriz Kestener:⁹²

O comportamento ético e escorreito tem por virtude permitir que o advogado não disperse seu esforço e suas energias com questões paralelas, que não lhe acrescentam em nada. Diante de um conflito qualquer, indague-se em qual

⁹² KESTENER, Beatriz M. A. Camargo. As vantagens do Comportamento Ético – Uma Reflexão. In: **Ética Aplicada à Advocacia**: Tribunal de Ética Profissional. Fábio Kalil Vilela Leite (Coord.). São Paulo: FVLACJ, 2009, p. 181.

das duas posições do conflito se preferia estar. Se a resposta gerar desconforto, para qualquer das duas posições, o conflito não está solucionado, ou está solucionado de modo antiético ou aético, e não convém prosseguir. Outra solução é necessária e precisará ser pensada, para que o advogado possa, ao menos, dizer de si mesmo que pratica o postulado mandamental previsto no artigo 3º do Código de Ética e Disciplina: “O advogado deve ter consciência de que o Direito é um meio de mitigar as desigualdades para o encontro de soluções justas e que a lei é um instrumento para garantir a igualdade de todos”.

Enfim, a ética profissional, que se inicia com a reflexão, é proceder sem prejudicar os outros, sendo bom, correto, justo e adequado, atendendo aos valores fundamentais, e, caso isto não ocorra, o profissional, especialmente o advogado, deverá ser responsabilizado, como veremos no próximo item.

3 DA RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO POR DANO PROCESSUAL

Atualmente, o Poder Judiciário convive com uma grande demanda de processos, o que leva à morosidade do deslinde, ora decorrente da falta de estrutura dos órgãos julgadores, ora do comportamento malicioso de parte dos entes processuais, que muitas vezes buscam atrasar o trâmite do feito e/ou alterar o resultado da prestação jurisdicional.

Assim, o princípio da boa-fé processual é de suma importância para o regular andamento do feito e a própria efetividade processual, pois entre os deveres das partes este ocupa lugar de destaque, ao passo que o Código de Processo Civil se preocupa em disciplinar a matéria e trazer diversos dispositivos relacionados ao tema.

Ademais, ao propor uma demanda, é inevitável que as partes não meçam esforços para conseguir êxito e fazer valer os direitos em que acreditam, no entanto, é fundamental o respeito aos padrões mínimos de urbanidade, de condições leais e isonômicas, visando conservar os princípios éticos que levam à boa-fé processual, especialmente no papel do advogado.

Nesse sentido, o dever de lealdade, probidade processual condizente com os regramentos éticos especialmente definidos no artigo 14 do Código de Processo Civil, nos traduz a ideia de que o litigante de boa-fé é aquele que age conforme o artigo citado, não incorrendo em qualquer conduta contrária, não utiliza artifícios fraudulentos, não abusa do direito de demandar, principalmente, mas não exclusivamente, as enumeradas nos artigos 17 e 600, do mesmo diploma, como veremos a seguir.

A contrario sensu, podemos identificar o litigante de má-fé como a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa causando dano processual à parte contrária, que utiliza procedimentos indevidos com o objetivo de vencer ou prolongar deliberadamente o andamento do processo.

Para Giuseppe Chiovenda,⁹³ “litigante de má-fé é cômico de não ter razão, o litigante temerário, e deve ser responsável pelos danos da lide”. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery⁹⁴ conceituam o litigante de má-fé como:

⁹³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Apud* MASCHIETTO, Leonel. **A Litigância de Má-Fé na Justiça do Trabalho: princípios, evolução histórica, preceitos legais e análise da responsabilidade do advogado**. São Paulo: LTr Editora, 2007, p. 41.

A parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o *improbis litigator* (litigante ímprobo) que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo, procrastinando o feito. As condutas aqui previstas, definidas positivamente, são exemplos do descumprimento do dever de probidade estampado no art. 14 do CPC.

Comenta Rui Stoco⁹⁵ que

a doutrina não discrepa muito desse entendimento, embora, para alguns autores, a imputação da lei é subjetiva, dependendo da verificação da culpa, enquanto para outros essa imputação é objetiva, dispensando essa verificação, ou seja, basta que o comportamento do agente se subsuma ao arquétipo legal, sem qualquer outra indagação.

Necessário se faz, primeiramente, distinguir as figuras das partes de um processo em face aos sujeitos que dele participam. De maneira geral, via de regra, todos aqueles que fazem parte da relação processual são sujeitos do processo, tais como o juiz, os peritos, ministério público, demais auxiliares da justiça, testemunhas, bem como as partes e seus advogados. Moacyr Amaral dos Santos⁹⁶ ensina que:

Partes, no sentido processual, são as pessoas que pedem ou em relação às quais se pede a tutela jurisdicional. Podem ser, e geralmente o são, sujeitos da relação jurídica substancial deduzida, mas esta circunstância não as caracteriza, porquanto nem sempre são sujeitos dessa relação. São, de um lado, as pessoas que pedem a tutela jurisdicional, isto é, formulam uma pretensão e pedem a órgão jurisdicional a atuação da lei à espécie. Temos aí a figura do autor. É este que pede, por si ou por seu representante legal, a tutela jurisdicional. Pede-se a ele próprio, se capaz para agir em juízo; [...]

⁹⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 41.

⁹⁵ STOCO, Rui. **Abuso do Direito e Má-Fé Processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 89.

⁹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 342 e 343.

De outro lado, são partes as pessoas contra as quais, ou em relação às quais, se pede a tutela jurisdicional; sentença condenatória, providência executiva, ou providências cautelares [...]

A respeito do tema, disserta Gisele Leite⁹⁷ de forma esclarecedora, que:

Há de se atentar para o conceito de parte que em sentido processual é aquele que pede (autor), em face de quem se pede (réu) a tutela jurisdicional. O juiz e as partes são sujeitos do processo, pois integram efetivamente a relação jurídica processual. O MP quando atua como fiscal da lei é interveniente. O substituto processual (art. 6º do CPC) é parte. Os terceiros que intervêm no feito já instaurado, deixam de ser terceiros e passam também a ser parte (o oponente, denunciante da lide, o chamado ao processo, o nomeado à autoria quando aceita a nomeação). O terceiro prejudicado não é parte (art. 499 CPC primeiro parágrafo, o assistente litisconsorcial), já o assistente simples é mero terceiro interveniente (art. 50 do CPC).

Diante da definição de partes em sentido lato, também podemos observar que as modificações louváveis feitas no Código de Processo Civil pela Lei n. 10.358, de 28.12.2001, deixa claro uma pequena inadequação topológica, pois no capítulo intitulado “dos deveres da parte e dos seus procuradores”, com a nova redação de seus artigos, ficaram estabelecidos os deveres além das partes e dos procuradores, mas aqueles que de alguma forma participam do processo, ou seja, o juiz, o Ministério Público, os terceiros, os auxiliares da justiça, os peritos, entre outros, têm o dever de probidade, veracidade, lealdade e boa-fé.

Insta consignar que as condutas esperadas por todos aqueles que fazem parte do processo, também são dilapidadas ao longo do Código de Processo Civil, como no caso do Magistrado, que nos termos do artigo 133,⁹⁸ tem responsabilidade por perdas e danos, caso atue com dolo ou fraude ou, ainda, não ordene providência, de ofício ou a requerimento da

⁹⁷ LEITE, Gisele. **A legitimidade e as capacidades exigidas e o conceito de parte no direito processual**. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinasepecas/ver/482>. Acesso em 05.10.2010, p. 02 e 03.

⁹⁸ “Art. 133 - Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no número II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias”.

parte, necessária ao andamento do processo, devendo ser conduta injurídica consciente e querida.

Há responsabilidade pessoal do juiz, podendo gerar o dever de indenizar a parte prejudicada, quando este, na direção dos processos sob sua responsabilidade, incidir em alguma das situações previstas nesse artigo. Neste caso, a ação indenizatória poderá ser proposta diretamente contra o juiz ou contra o Estado, que poderá exercer o direito de regresso, sendo certo que devem ser observadas as responsabilidades nas estritas hipóteses relacionadas no texto legal e às demais situações reguladas pela regra geral de responsabilidade do Estado, previstas no artigo 37, § 6º da Constituição Federal.

Ademais, o código prevê para os juízes uma série de prazos ao cumprimento dos seus atos, e o descumprimento desses retarda a solução do litígio, podendo trazer lesões graves e de difícil reparação. Entretanto, a lei prevê que o juiz se desincumba da responsabilidade por “justo motivo”, sendo tal ressalva fundamental, principalmente frente ao grande número de processos sob a responsabilidade de cada magistrado, o que torna inviável a observância de tal norma sem uma flexibilização, porém respeitado o artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII da Constituição Federal.

Em relação ao Ministério Público, ressalta-se o artigo 85 do Código de Processo Civil,⁹⁹ que estabelece a responsabilidade civil do órgão do Ministério Público, na hipótese de dolo ou fraude no exercício de suas funções. Também o artigo 37, § 6º, da Carta Magna, possibilita ao prejudicado buscar o ressarcimento por meio de ação dirigida ao poder público contra ato doloso ou fraudulento praticado por representante do Ministério Público.

Destaca-se, aos Peritos Judiciais, o artigo 147 codificado,¹⁰⁰ que estabelece punição ao perito que, por dolo ou fraude, prestar informações inverídicas, posto que assume importante papel no processo cognitivo do magistrado. Além disso, deve a lei controlar de maneira efetiva a correta prestação das atividades do auxiliar, inclusive sem necessidade de qualquer processo autônomo para a responsabilização deste, pois o juiz profere decisão interlocutória nos próprios autos da causa e notifica ao Ministério Público para a abertura de

⁹⁹ “Art. 85 - O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude”.

¹⁰⁰ “Art. 147 - O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas, responderá pelos prejuízos que causar à parte, ficará inabilitado, por 2 (dois) anos, a funcionar em outras perícias e incorrerá na sanção que a lei penal estabelecer”.

processo criminal contra o auxiliar, nos termos da tipificação do artigo 342 do Código Penal.¹⁰¹

Ainda, existe a impossibilidade de o perito suspenso aceitar qualquer nomeação para perícia, sob pena de incorrer na tipificação do artigo 324 do Código Penal.¹⁰²

Quanto às testemunhas, podemos elucidar por meio do artigo 415 do Código de Processo Civil,¹⁰³ que estabelece o compromisso de dizer a verdade durante a sua inquirição, pois uma vez habilitada, por precaução e visando tornar mais solene o depoimento, cabe ao juiz a incumbência de compromissar a testemunha e adverti-la das sanções penais que poderão acarretar se ela faltar com a verdade, inclusive quando suspeita ou impedida, mesmo que não seja juramentada, tipificando também o crime do artigo 342 do Código Penal, por falso testemunho.

Outrossim, o advogado, ator principal desse nosso estudo, como parte nos feitos e também na qualidade de procurador das partes, por vezes, responde direta ou solidariamente pela prática de atos processuais, como veremos de forma aprofundada nos itens próximos deste trabalho.

Não obstante, podemos observar que o princípio da probidade deve ser respeitado por todos os entes processuais, estando inserido na plenitude deles, pois o processo, como instrumento de realização do direito material, tem seus limites de atuação na técnica legislativa, na ética, no dever de cooperação, na busca da justa solução do litígio e na repressão de qualquer ato atentatório à dignidade da Justiça.

¹⁰¹ “Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:

§ 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade”.

¹⁰² “Art. 324. Entrar no exercício de função pública antes de satisfeitas as exigências legais, ou continuar a exercê-la, sem autorização, depois de saber oficialmente que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa”.

¹⁰³ “Art. 415 - Ao início da inquirição, a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado.

Parágrafo único. O juiz advertirá à testemunha que incorre em sanção penal quem faz a afirmação falsa, cala ou oculta a verdade”.

Ada Pellegrini Grinover¹⁰⁴ alude que

há muito, o processo deixou de ser visto como instrumento meramente técnico, para assumir a dimensão de instrumento ético voltado a pacificar com justiça. Nessa ótica, a atividade das partes, embora empenhadas em obter vitória, convencendo o juiz de suas razões, assume uma dimensão de cooperação com o órgão judiciário, de modo que de sua posição dialética no processo possa emanar um provimento jurisdicional o mais aderente possível à verdade [...]

Nesta esteira, Cintra, Grinover e Dinamarco¹⁰⁵ expõem que

sendo o processo, por sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele faltando ao dever de verdade, agindo deslealmente e empregando artifícios fraudulentos. O princípio que impõe esses deveres de moralidade e probidade a todos aqueles que participam do processo (partes, juízes e auxiliares da justiça; advogados e membros do Ministério Público) denomina-se princípio da lealdade processual.

Diante do exposto, podemos verificar que o Código de Processo Civil detém vários dispositivos que traçam padrões ideais de comportamento, que deverão ser respeitados, e, ainda, punições específicas para eventuais infrações a tais padrões preestabelecidos. Em determinada demanda, muitas vezes, torna-se difícil aferir o limite que se pode chegar na defesa dos direitos da parte, por isso é eficaz a caracterização do abuso do direito de demandar para a correta identificação do litigante de má-fé. Nesse contexto, Renata Soltanovitch¹⁰⁶ elucida que:

Alguns doutrinadores entendem que a diferença entre abuso de direito e litigância de má-fé é tão sutil, que se confundem, como se tratassem do mesmo instituto.

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 219.

¹⁰⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 77.

¹⁰⁶ SOLTANOVITCH, Renata. **Responsabilidade Processual**. São Paulo: Scortecci, 2010, p. 54.

Embora ambos estejam ligados pela conduta excessiva da prática ao usar determinado direito, o abuso de direito está para todo o processo, e a litigância de má-fé está para seus atos processuais.

Podemos dizer que o abuso anularia todo um processo, enquanto a litigância de má-fé anularia um determinado ato processual.

Abusar de um direito é demandar sem ter razão, deturpando a interpretação das normas ou falseando a verdade. Já a litigância de má-fé é exceder na prática dos atos processuais.

Nas palavras de Valter Ferreira Maia,¹⁰⁷ a expressão abusar do direito de demandar significa “o uso irregular do direito subjetivo em face da finalidade legal do mesmo”.

Assim, todo aquele que utilizar um direito previsto na legislação, no intuito de alcançar um objetivo ilegal ou completamente despropositado, estará abusando do direito de demandar e ferindo o princípio da boa-fé processual, reconhecido pelo legislador como ato ilícito, conforme previsto nos artigos 187 e 188, inciso I, do Código Civil,¹⁰⁸ quando o titular do direito, ao exercê-lo, excede manifestamente seus limites.

Destarte, estes artigos tratam do abuso do direito material e os dispositivos relacionados ao dever de probidade processual, previstos no Código de Processo Civil, tratam do abuso de direito processual, caracterizado genericamente como litigância de má-fé.

Em rápidas pinceladas, a título de conhecimento, também podemos encontrar a litigância de má-fé contemplada pelo legislador infraconstitucional, em normas esparsas, como no artigo 27 da Lei de Arbitragem¹⁰⁹ (Lei n. 9.307, de 26.09.1996); artigo 25 da Lei do Mandado de Segurança¹¹⁰ (Lei n. 12.016, de 07.08.2009); artigo 55 da Lei dos Juizados

¹⁰⁷ MAIA, Valter Ferreira. **Litigância de Má-Fé no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 49.

¹⁰⁸ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”.

¹⁰⁹ “Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver”.

¹¹⁰ “Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé”.

Especiais Cíveis e Criminais¹¹¹ (Lei n. 9.099, de 26.09.1995); artigos 87 e 115 do Código de Defesa do Consumidor¹¹² (Lei n. 8.078, de 11.09.1990); artigos 141 e 218 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹¹³ (Lei n. 8.069, de 13.07.1990); artigo 17 da Lei da Ação Civil Pública¹¹⁴ (Lei n. 7.347, de 24.07.1985); e o artigo 4º da Lei de Custas da Justiça¹¹⁵ (Lei n. 9.289, de 04.07.1996).

Portanto, parece-nos adequado compreender melhor os artigos do Código de Processo Civil, para aprofundar o tema da responsabilidade por dano processual e possibilitar o enfoque ao advogado.

¹¹¹ “Art. 55. A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa.

Parágrafo único. Na execução não serão contadas custas, salvo quando:

I - reconhecida a litigância de má-fé;

II - improcedentes os embargos do devedor;

III - tratar-se de execução de sentença que tenha sido objeto de recurso improvido do devedor”.

¹¹² “Art. 87. Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

Parágrafo único. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos”.

¹¹³ “Art. 141. É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos.

§ 1º A assistência judiciária gratuita será prestada aos que dela necessitarem, através de defensor público ou advogado nomeado.

§ 2º As ações judiciais da competência da Justiça da Infância e da Juventude são isentas de custas e emolumentos, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé.

Art. 218. O juiz condenará a associação autora a pagar ao réu os honorários advocatícios arbitrados na conformidade do § 4º do art. 20 da Lei 5869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil, quando reconhecer que a pretensão é manifestamente infundada.

Parágrafo único. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados ao décuplo das custas, sem prejuízo de responsabilidade por perdas e danos”.

¹¹⁴ “Art. 17. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos”. (Redação dada ao artigo pela Lei n. 8.078, de 11.09.90, DOU 12.09.90, efeitos a partir de 13.03.91).

¹¹⁵ “Art. 4º São isentos de custas;

I - a União, os Estados, os Municípios, os Territórios Federais, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações;

II - os que provarem insuficiência de recursos e os beneficiários da assistência judiciária gratuita;

III - o Ministério Público;

IV - os autores nas ações populares, nas ações civis públicas e nas ações coletivas de que trata o Código de Defesa do Consumidor, ressalvada a hipótese de litigância de má-fé.

Parágrafo único. A isenção prevista neste artigo não alcança as entidades fiscalizadoras do exercício profissional, nem exime as pessoas jurídicas referidas no inciso I da obrigação de reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora”.

3.1 A BOA-FÉ PROCESSUAL

Como se viu no item anterior, o princípio da boa-fé processual é de suma importância para o regular andamento do feito e para a própria efetividade processual. Por isso, o Código de Processo Civil, com as modificações da Lei n. 10.358/01, traz no seu artigo 14¹¹⁶ os padrões gerais esperados de comportamento, reputando-se litigante de boa-fé os entes processuais que: agirem conforme a verdade dos fatos; procederem com lealdade e boa-fé; não formularem pretensões destituídas de fundamento; não produzirem provas ou atos inúteis à defesa; e cumprirem os provimentos mandamentais.

Ovídio Baptista¹¹⁷ afirma que o “preceito contido no art. 14 do CPC é uma manifestação do princípio geral da boa-fé objetiva, de que já se disse constituir mais do que um princípio, o verdadeiro oxigênio sem o qual a vida do Direito seria impossível”.

O artigo citado trata do dever de veracidade em seu inciso I, o que implica as partes não apresentarem fatos inverídicos ou distorcidos, com afirmações falsas e omissões, sendo que para se caracterizar a má-fé deve haver a intencionalidade. Entretanto, o artigo 347 do Código de Processo Civil¹¹⁸ excetua a regra de não omissão, quando a parte não é obrigada a depor de fatos criminosos ou torpes que lhe foram imputados, ou sobre assunto a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

Importante lembrar, como visto em item anterior, que o advogado, por razões éticas e legais, deve ter assegurado o pleno direito a confidencialidade de seus interesses e

¹¹⁶ “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.

Parágrafo único. 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”.

¹¹⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 103.

¹¹⁸ “Art. 347 - A parte não é obrigada a depor de fatos:

I - criminosos ou torpes, que lhe forem imputados;

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de filiação, de desquite e de anulação de casamento”.

segredos, por isso é considerado depositário e responde pelos danos que vier a causar pela quebra do sigilo.

Assim, a exceção concessiva do silêncio, diz respeito ao dever de sigilo, cuja hipótese se consubstancia, em realidade, em verdadeiro dever da parte, que está obrigada a não revelar tais fatos, mesmo querendo. Tão somente ressalte-se que o engano exclui a má-fé, porque é bastante normal que fatos sejam esquecidos com o passar do tempo, ou até que, involuntariamente, modifiquemos o verdadeiro ocorrido em nossa lembrança, devendo a parte declarar isso em juízo.

O inciso II, de outra face, trata do dever de lealdade no sentido de sinceridade, fidelidade. Neste, o litigante que, embora não meça esforços para fazer prevalecer o que entende seja seu direito, assim age respeitando a parte contrária. Por isso, o advogado deve ser leal, porém parcial, porque defende seu cliente, mostra sua razão, oferecendo o necessário contrapeso para a imparcialidade do magistrado. Ainda trata da boa-fé, que a seu turno, é mais ampla e decorre da intenção da prática correta dos atos processuais, com padrões mínimos de urbanidade, condições leais, isonômicas e visando conservar os princípios éticos.

O artigo continua impingindo a parte a não formular pretensões, nem alegar defesa, ciente de que são destituídas de fundamento (inciso III), para que os fundamentos da petição inicial e da peça de defesa indiquem situações plausíveis e com argumentos minimamente razoáveis, ainda que esta situação tenha grande problemática de aplicação prática em virtude da multiplicidade de textos legais, doutrinas, jurisprudências e mudanças jurisprudenciais decorrentes da evolução natural do direito. Entretanto, há situações completamente absurdas ou contrárias ao direito, como advogar contra súmula vinculante,¹¹⁹ contra jurisprudência pacífica de Tribunal Superior, ainda que a parte possa demonstrar que, no caso concreto, a sua pretensão é legítima.

Quanto a não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito (inciso IV), esclarece-se que o advogado cauteloso tende a produzir todas as provas e praticar todos os atos que tenham possibilidade, mesmo remota, de

¹¹⁹ Aplicação idêntica se dá à matéria sumulada de forma vinculante. Muito embora a emenda constitucional 45/05 tenha inserido no sistema o instituto ora mencionado, vinculando o precedente à disposição de súmula, cabe ao advogado, de maneira fundamentada, apresentar sua tese jurídica contrária ao entendimento firmado pelo Tribunal Superior. Não se pode condenar a parte quando esta apresenta argumentos razoáveis em desfavor da matéria vinculada, sob pena de se tolher o direito de ação, constitucionalmente assegurado no art. 5º, XXXV, da CF/88.

alterar a solução do litígio, porque o juiz tem liberdade e independência no julgamento da causa e, conforme o sistema recursal, remoções e promoções de magistrados, não há como saber qual juiz sentenciará em definitivo o processo.

Em contrapartida, o magistrado, ao negar a produção de prova, deve estar realmente convencido do intuito protelatório, sob pena de gerar ofensa à ampla defesa e ao devido processo legal, garantidos constitucionalmente, e a parte que deu causa aos atos protelatórios deve arcar com as suas despesas, nos termos do artigo 31 do Código de Processo Civil.¹²⁰

Encerrando, o novo inciso V trata sobre cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final, assemelhando-se ao *contempt of court* do direito alienígena, traduzido segundo Araken de Assis¹²¹ como “desacato”, em tradução livre como “desacato à corte” ou “desacato ao juízo”. Largamente difundido nos países que adotam a *common law*, significa a recusa voluntária ao cumprimento das ordens judiciais ou, ainda, a prática de atos que turbem o bom andamento do processo, embora possa haver a coerção por meio de multa.

Entretanto, não são apenas as decisões de eficácia mandamental que estão sujeitas às sanções, mas também a efetivação de provimentos judiciais, de eficácia executiva, antecipatória ou final. Portanto, não há razão para desacato, posto que até a parte que usufrui a medida antecipada que posteriormente é revogada e causa prejuízo à parte, será responsabilizada de forma objetiva (artigos 475-O e 811 do Código de Processo Civil).

Nesta linha, prescindem os aludidos artigos da constatação do elemento culpa para a obrigação de indenizar e, conforme ensina Sérgio Shimura,¹²² a sentença proferida na própria cautelar serve de título executivo judicial, devendo a liquidação dos prejuízos sofridos pelo requerido ocorrer nos próprios autos.

As sanções do *contempt*, segundo expressa disposição legal, aplicam-se a todos aqueles que participam do processo: partes, contador, perito, funcionários do cartório, entre outros, com exceção dos magistrados, que são responsáveis pelo comando do processo e estão

¹²⁰ “Art. 31 - As despesas dos atos manifestamente protelatórios, impertinentes ou supérfluos serão pagas pela parte que os tiver promovido ou praticado, quando impugnados pela outra”.

¹²¹ ASSIS, Araken de. **O *contempt of court* no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 19.

¹²² SHIMURA, Sérgio. **Título Executivo**. São Paulo: Método, 1997, p. 242.

em posição de condução do feito, além dos advogados, pois o controle da advocacia se dá pelo Estatuto da Advocacia.

Neste sentido, o parágrafo único do artigo 14, do Código de Processo Civil, expressamente, exclui o advogado de tais sanções, quando diz:

Parágrafo único. 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.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida na ADIN 2.652-6 de 2003, interpretou, conforme a Constituição Federal, a expressão “ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB”, contida neste parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, com a redação impressa pela Lei Federal n. 10.358, de 27 de dezembro de 2001, para abranger advogados do setor privado e do setor público.

Renata Soltanovitch¹²³ afirma que:

Com as alterações trazidas pela lei n. 10.358/2001, as indicações das responsabilidades de todos que participam do processo ficaram bem mais definidas no parágrafo único.

Os participantes do processo incluindo magistrados, ministério público, partes, peritos, terceiros, testemunhas possuem deveres que, se não cumpridos, geram a responsabilidade pelo dano processual causado à parte e/ou ainda a multa indicativa no parágrafo único do artigo 14 cujo não pagamento se converterá em inscrição da dívida pública. E assim o é a indicação desta multa, uma vez que a anuência deste dever implicar prejuízo ao próprio Estado quando não cumprido o seu comando.

O comando normativo do inciso V do artigo 14 está voltado para o destinatário da ordem judicial (o advogado, na maioria das vezes, é o destinatário, por isso deve ser lembrado que ele é portador de um mandato outorgado pelo seu constituinte. Portanto, é este e não aquele o destinatário

¹²³ SOLTANOVITCH, Renata. **Responsabilidade Processual**. São Paulo: Scortecci, 2010, p. 136.

final do comando) que deve (Seção I – dos deveres) respeitar os provimentos judiciais qualquer que seja a sua natureza [...]

O advogado, na qualidade de mandatário da parte, participa do processo, pois é ele quem possui a capacidade postulatória para representar a parte em juízo. Logo, tem-se como primeira impressão a afirmativa de que o *caput* do artigo 14 está também explicitando ao advogado quais são os seus deveres [...] Nestes casos, além da expedição de ofício ao Tribunal de Ética e Disciplina que o Juiz deverá providenciar, há também as aplicações de sanções diretas e imediatas contra o advogado, sendo: (i) a proibição de retirar os autos de cartório; (ii) mandar riscar os escritos injuriosos proferidos pelo advogado.

Acrescenta-se que a limitação da multa em vinte por cento (20%) sobre o valor da causa enfrenta problema em causas de pequeno valor ou de valor inestimável, que podem se tornar excessivamente baixas e inexpressivas ao fim almejado. Ainda, a previsão normativa de cumulação com demais sanções processuais, civis e criminais, deixa clara a possibilidade de somar a multa por litigância de má-fé (que estudaremos em breve, do artigo 18 do Código de Processo Civil), *astreintes* (artigo 287 do mesmo diploma¹²⁴), perdas e danos (artigo 927 do Código Civil¹²⁵) e prisão por descumprimento de ordem judicial (artigo 330 do Código Penal¹²⁶). É certo que o valor auferido com a sanção do *contempt* reverte em favor do Estado, diferentemente do que ocorre nos casos de litigância de má-fé e *astreintes*, em que os valores favorecem a parte prejudicada.

Ainda tratando sobre deslealdade processual, é necessário destacar o disposto nos artigos 600 e 601 do Código de Processo Civil,¹²⁷ que, também inspirados no *contempt of court*, disciplinam a litigância de má-fé dentro do processo de execução.

¹²⁴ “Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4º, e 461-A)”.

¹²⁵ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

¹²⁶ “Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa”.

¹²⁷ “Art. 600 - Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que:

I - frauda a execução;
 II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;
 III - resiste injustificadamente às ordens judiciais;
 IV - intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.

Art. 601 - Nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução.

Ademais, os aludidos artigos punem o executado que frauda a execução; que se opõe à execução utilizando-se de meios artificiosos; resiste injustificadamente às ordens judiciais; e não indica a localização dos bens sujeitos à execução, como litigante de má-fé, sujeito à penalidade estabelecida de multa de vinte por cento (20%) sobre o valor atualizado do débito em execução, além das outras sanções de natureza processual ou material, multa esta que será revertida, única e exclusivamente, em benefício do credor.

Vale lembrar também do artigo 15, do Código de Processo Civil, que estabelece ser defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las, e quando as expressões injuriosas forem proferidas em defesa oral, o juiz advertirá o advogado que não as use, sob pena de lhe ser cassada a palavra.

A finalidade da regra é manter íntegros os atos e termos do processo, a fim de que a leitura dos autos seja possível e clara, devendo o juiz riscar ou mandar riscar as anotações, de ofício ou a requerimento, quando constatá-las, fundamentando a decisão, também corroborando os termos do artigo 161 do Código de Processo Civil.¹²⁸

Ressalva seja feita a apenas sublinhar trechos de depoimentos ou peças, mas não lançar cotas, mesmo sendo censurável tal conduta. Ademais, o artigo citado indica que, apurado o responsável, se lhe aplica sanção de multa no valor de metade do salário mínimo vigente na sede do juízo. Isso, contudo, diverge da Lei n. 6.205, de 30.04.1975, que vedou estabelecer valores monetários com base no salário mínimo, não sendo ele considerado para qualquer fim de direito. O cálculo deveria se dar por meio de um sistema especial de atualização monetária, estabelecido pelo Poder Executivo (artigo 2º, da Lei n. 6.205/75), bem como pela norma constitucional (artigo 7º, inciso IV) que também proíbe sua vinculação para qualquer fim. O Supremo Tribunal Federal¹²⁹ pacificou jurisprudência indicando haver invalidade apenas se utilizado o salário mínimo como indexador monetário, e a mesma interpretação deve ser utilizada no dispositivo referido.

Parágrafo único. 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”.

¹²⁸ “Art. 161 - É defeso lançar, nos autos, cotas marginais ou interlineares; o juiz mandará riscá-las, impondo a quem as escrever multa correspondente à metade do salário mínimo vigente na sede do juízo”.

¹²⁹ STF, RE-AgR 389989-RR.

Trata-se de uma norma processual que também é regra de urbanidade e convívio social, na qual se proíbe empregar expressões injuriosas com palavras aviltantes, insultos e calúnias a qualquer envolvido no processo, com exceção das pessoas que gozam da imunidade judiciária prevista no artigo 142, inciso I do Código Penal,¹³⁰ que geram apenas consequências cíveis, e não se ampliam a terceiro não envolvido no processo.

Quando a injúria for escrita a riscadura pode ser traduzida por qualquer meio eficiente a afastar todos os enunciados ofensivos, entretanto, quando proferida oralmente, a pena aplicável é a de cassação da palavra consignada em ata, independentemente de prévio aviso do magistrado, que deve ser determinada apenas em casos extremos e, se houver outro advogado presente, este assume o encargo de seguir com a defesa. Não havendo, o juiz suspenderá o processo e abrirá prazo para constituição de novo procurador.¹³¹

Além desse fato, é necessário frisar que as disposições contidas no artigo 14 do Código de Processo Civil, servem justamente para caracterizar as atitudes esperadas das partes, que caso as descumpram, automaticamente, estarão agindo com litigância de má-fé, o que não conduz à improcedência da demanda, e sim às sanções previstas.

Nos termos do artigo 17 do Código de Processo Civil, reputa-se litigante de má-fé o ente processual que deduz pretensão ou defesa contra texto legal ou fato incontroverso; altera a veracidade dos fatos; usa do processo para objetivos ilegais; opõe resistência injustificada ao andamento do processo; age temerariamente no processo; provoca incidentes manifestamente infundados; e interpõe recursos manifestamente protelatórios. *A contrario sensu*, o referido dispositivo apresenta as práticas negativas à boa-fé processual, defendida no artigo 14 do mesmo diploma, no qual o legislador elenca uma série de atos que constituem litigância de má-fé, devendo ser repudiados da prática forense cotidiana, resgatando conceitos de lealdade e probidade entre as partes.

¹³⁰ “Art. 142. Não constituem injúria ou difamação punível:

I - a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;

II - a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

III - o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício.

Parágrafo único. Nos casos dos números I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade.

¹³¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 349.

Questão apropriada à análise ocorre quanto à taxatividade ou não do rol do artigo citado, posto que, para o posicionamento de Valter Ferreira Maia,¹³² a casuística apresentada no rol de hipóteses do artigo 17 é inalterável, e as demais atitudes temerárias, manejadas no processo, deverão ser tratadas conforme o princípio da especialidade, como para o processo de execução, serão observadas as disposições pertinentes dos artigos 600 e 601 do CPC; para a nomeação à autoria, o artigo 69, e assim por diante.

Por outro lado, Ovídio Baptista¹³³ afirma que “o verbo ‘reputa-se’, empregado pelo legislador, sugere que a enumeração seja meramente exemplificativa”.

Não obstante parte da doutrina acredite ser taxativo o rol de hipóteses aventadas no artigo 17, este não comporta qualquer taxatividade, para se evitar que o *improbis litigator* desprovido de ética venha a juízo e obtenha vantagem em face da parte contrária, sob a prerrogativa de que, em que pese reprovável a sua atitude, esta não conste do rol do artigo.

Nos termos do inciso I, do artigo 17, do Código de Processo Civil, reputa-se litigante de má-fé o ente processual que deduz pretensão ou defesa contra texto legal ou fato incontroverso, guardando forte relação com o dever de lealdade processual.

Interessante a observação de Valter Ferreira Maia,¹³⁴ que afirma que agir em contrariedade a disposição legal nem sempre caracteriza má-fé processual, pois é pressuposto do advogado buscar a mudança do entendimento jurisprudencial, mesmo que este tenha sido, de certa forma, pacificado. Por outro lado, por óbvio, aquele que busca uma diversa interpretação da norma legal deverá ter o mínimo de sustentabilidade em seu arrazoado, frente ao ordenamento jurídico. Teses jurídicas, via de regra, não são alvo da condenação por litigância de má-fé, uma vez que, pautadas do mínimo de razoabilidade, buscam trazer interpretação dos dispositivos legais.

Já no que concerne à expressão “fato incontroverso”, mostra-se pertinente esclarecer que não é unicamente aquele arguido por uma das partes e não impugnado ou expressamente aceito pela outra (artigo 302, Código de Processo Civil), mas sim, conforme

¹³² MAIA, Valter Ferreira. **Litigância de má-fé no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 93.

¹³³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 110.

¹³⁴ MAIA, Valter Ferreira. **Litigância de má-fé no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 98.

ensina Nelson Nery Jr.,¹³⁵ é fato ao qual é inegável o seu conhecimento pela parte que deduz pretensão sobre ele. Pode-se dizer, ainda, que o inciso primeiro do artigo 17 abrange as hipóteses do artigo 334, do mesmo diploma, no qual o legislador prevê os fatos que não dependem de prova.

Alterar a verdade dos fatos (inciso II) corresponde ao dever de veracidade, que apesar de compreender um caráter objetivo, na prática, a subjetividade deve ser apreciada pelo magistrado, representando instrumento para controle da ética e ponderação das partes. Pontes de Miranda¹³⁶ ensina que alterar a verdade dos fatos ocorre quando a parte “narrou o que teria acontecido e não aconteceu, ou fez com diferenças que teriam consequências no processo e no julgamento”. Também, a doutrina e jurisprudência aceitam como litigância de má-fé o alterar a verdade por meio da omissão da parte, que pode narrar os fatos de forma lacunosa, mas não poderá omitir fatos essenciais com intuito de obter resultado vantajoso. Para José Manoel de Arruda Alvim Neto,¹³⁷ a omissão de fato essencial enseja a má-fé e é alterar a verdade dos fatos.

Quanto ao inciso III, usar do processo para conseguir objetivo ilegal, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira,¹³⁸ não há de haver pedido ilegal no sentido de contrário a lei, mas sim no que concerne a intenção de prejudicar aquele contra quem litiga, causando-lhe prejuízos pelo processo, como a diminuição da sua credibilidade financeira, o abalo de crédito, desonra etc.

E podemos ainda ver além, pois aquele que utiliza o processo com objetivo ilegal, não só atenta contra a esfera jurídica daquele contra quem expõe sua pretensão, atenta também contra o próprio Estado e as garantias fundamentais.

É certo que a questão de unilateralidade de parte (autor ou réu) no objetivo ou bilateralidade (autor e réu em coluio) traz discussões na doutrina, de forma que Nelson Nery Júnior¹³⁹ ensina que “trata-se de ato unilateral da parte, que tem por objetivo conseguir algo

¹³⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 288.

¹³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 402.

¹³⁷ ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. **Tratado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 363.

¹³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 27.

¹³⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 433.

vedado pela lei. Se for bilateral, haverá conluio, caracterizador do processo fraudulento (CPC 129), ensejando até rescisão da sentença de mérito (CPC 485, III)”.

Entretanto, segundo entendimento de Valter Ferreira Maia,¹⁴⁰ a previsão de litigância de má-fé presente no inciso III, do artigo 17, configura também a simulação. Para tal, basta que exista outra parte integrando a lide, além daqueles envolvidos na simulação, e que este terceiro venha a sofrer qualquer dano com a farsa arquitetada.

Com isso, podemos elucidar que não havendo terceiro na lide e havendo a simulação, incidirá a multa da norma prevista no artigo 129 do Código de Processo Civil e não há que se falar em perdas e danos. Por outro lado, havendo terceiro, deverá ocorrer a combinação do artigo 129 com artigos 17 e 18, do mesmo diploma, para que na mesma ação o terceiro prejudicado obtenha a multa e a indenização por perdas e danos, vislumbrando-se uma maior economia processual.

Já opor resistência injustificada ao andamento do processo, explicitada no inciso IV, do artigo 17 do Código de Processo Civil, alude ao dever de que nenhuma das partes produzirá provas ou praticará atos desnecessários ao deslinde do feito. Deve esta configuração ser apreciada com a maior cautela possível, sob pena de ferir o princípio constitucional do contraditório, em virtude da natural resistência apresentada pelos litigantes e evitar o objetivo de trancar a prestação jurisdicional.

No dizer de José Carlos Barbosa Moreira,¹⁴¹ toda resistência que encontra respaldo jurídico e fático capaz de gerar uma resposta ao pedido do autor, jamais será infundada.

Acrescenta Valter Ferreira Maia¹⁴² que o comportamento do litigante de má-fé no caso em comento poderá ocorrer de duas formas: omissiva e comissiva. Omissiva quando dele se espera algo para o andamento do feito e este, buscando retardá-lo, deixa de praticar o ato que dele era esperado. É o caso, por exemplo, da não apresentação de documento requerido pelo juízo no prazo fixado, sem justificativa plausível, ou daquele que se furta em receber intimação.

¹⁴⁰ MAIA, Valter Ferreira. **Litigância de má-fé no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 98.

¹⁴¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 28.

¹⁴² MAIA, Valter Ferreira. **Litigância de má-fé no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 123.

Já a segunda hipótese apresentada pelo autor, comissiva, se dá quando a parte atua de maneira ativa no feito, apresentando manifestações que venham a retardar e conturbar o seu andamento, como o recurso destituído de qualquer fundamentação ou qualquer outra manifestação que não esteja solidamente assentada no ordenamento jurídico.

Ademais, o inciso V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, trata do comportamento imprudente, precipitado. Valter Ferreira Maia¹⁴³ afirma que o “litigante temerário é aquele que age com má-fé processual, procurando obter através dos atos que pode praticar no processo judicial uma vitória que sabe ser indevida”.

É inegável que a doutrina majoritária apregoa ser necessária a presença do dolo ou culpa grave (imprudência, negligência ou imperícia), excluindo-se a mera culpa. Nelson Nery Júnior¹⁴⁴ afirma que há a necessidade premente de que o praticante tenha agido sabendo aquilo que fazia, com dolo, ou ainda, há a necessidade de que, por meio de seus atos, denote-se a sua indisposição para refletir acerca da consequência dos seus atos, quando o homem médio pararia para refletir.

O inciso VI, que condena a provocação de incidentes manifestamente infundados, é mais um exemplo do compromisso de uma sistemática processual norteada pela ética, para que o processo corra de forma eficaz, alcançando seu objetivo.

Com essa intenção, optou o legislador por punir não só aqueles que atuam junto ao processo principal, imbuídos na má-fé, mas também qualquer outro, autor, réu ou terceiro, que venha a interpor um incidente sem o menor fundamento para o seu sucesso, no qual não se pressupõe caráter subjetivo ao aferir da vontade daquele que interpôs, com dolo ou por erro grosseiro, mas que seja manifestamente infundado.

Assinala Valter Ferreira Maia¹⁴⁵ que o termo incidente processual não deve ser compreendido de forma restritiva, como se incidentes fossem somente as exceções processuais. São incidentes também os processos que recaem sobre os autos principais, como os embargos de terceiro, arguição de falsidade etc.

¹⁴³ MAIA, Valter Ferreira. **Litigância de má-fé no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 126.

¹⁴⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 433.

¹⁴⁵ MAIA, Valter Ferreira. **Litigância de má-fé no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 132.

O último inciso do artigo 17 do Código de Processo Civil aborda a interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório, uma resposta do legislador à quantidade de recursos interpostos unicamente com a finalidade procrastinatória, sem o mínimo de razoabilidade. Não se pode fugir às estatísticas dos Tribunais e, observando os dizeres de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery¹⁴⁶ de que o direito ao duplo grau de jurisdição tem previsão constitucional, não por isso deverá servir como meio de chicana processual, tendo como o único objetivo o retardamento da solução da lide. Justamente por isso, mostra-se plenamente plausível de constitucionalidade a previsão contida na norma do inciso VII, do artigo.

Sérgio Shimura¹⁴⁷ observa que:

Uma das funções do Estado é distribuir justiça de forma equânime, seja conferindo a cada um o que lhe é de direito, seja aplicando o direito no menor tempo possível. Justiça tardia, no mais das vezes, é injustiça. Se o mundo evolui e se transforma, a justiça precisa acompanhar esse desenvolvimento, a fim de que a mesma se torne eficiente, produtiva e principalmente confiável. Na sociedade de hoje, tudo muda com grande velocidade, a ponto de qualquer tempo perdido ensejar prejuízos de monta, e, em muitos casos, de modo irreversível. Uma demanda que perdure por longos anos é prejudicial para todos, máxime para aqueles protegidos pelo direito.

Assim, o advogado litiga de má-fé quando apresenta um recurso padrão de matéria já pacificada, recurso interposto sem o menor grau de fundamentação e também quando apresenta arrazoado sem o mínimo de lógica, pois a sua única finalidade é obstaculizar a prestação jurisdicional e o desfecho da lide.

Entretanto, o oposto também poderá ser punível, na medida em que o advogado deixa de interpor os recursos possíveis, podendo configurar abandono de causa e até eventual reparação civil a seu constituinte pela perda de uma chance.

Por outro lado, ressalvas devem ser feitas em relação aos embargos de declaração, que possuem um dispositivo de litigância de má-fé específico, descrito no artigo 538,

¹⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 434.

¹⁴⁷ SHIMURA, Sérgio Seiji. **Arresto Cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 21.

parágrafo único do Código de Ritos.¹⁴⁸ Este promove grande discussão dos doutrinadores quanto à aplicação de multa cumulada com a sanção indenizatória por condenação ao artigo 17, inciso VII do mesmo diploma. Inobstante, a jurisprudência atualmente aceita a aplicação cumulada, exceto em casos de mera intenção de pré-questionar a matéria infraconstitucional para interposição de recursos superiores. Também é discutível a cumulação no caso do recurso de agravo manifestamente infundado, posto que o artigo 557, § 2º, do Código de Processo Civil¹⁴⁹ trata da matéria e, nos termos do artigo 740, parágrafo único¹⁵⁰ do mesmo diploma, pune a interposição dos embargos à execução protelatório, sendo em ambos os casos a jurisprudência, de modo geral, aceita.

Outrossim, há necessidade de parcimônia na aplicação do inciso ora comentado, especialmente em eventual cumulação, porque não existe a presunção da litigância de má-fé e a utilização de maneira equivocada mostra-se prejudicial à prestação jurisdicional, e pode ferir as garantias constitucionais.

Desta forma, percebe-se que a boa-fé processual possui importância fundamental dentro da sistemática imposta pela legislação processual civil, devendo qualquer ato que desrespeite esse princípio ser punido severamente, no intuito de proteger a celeridade processual e proporcionar um julgamento isonômico, sem a interferência de atitudes, que possam alterar o resultado e efetividade da prestação jurisdicional.

¹⁴⁸ “Art. 538 - Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes.

Parágrafo único. Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo”.

¹⁴⁹ “Art. 557 - O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com a súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada ao *caput* pela Lei n. 9.756, de 17.12.1998).

§ 1º-A - Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, senão houver retratação, o relator apresentará processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível e infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor”.

¹⁵⁰ “Art. 740 - Recebidos os embargos, será o exequente ouvido no prazo de 15 (quinze) dias; a seguir, o juiz julgará imediatamente o pedido (art. 330) ou designará audiência de conciliação, instrução e julgamento, proferindo sentença no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. No caso de embargos manifestamente protelatórios, o juiz imporá, em favor do exequente, multa ao embargante em valor não superior a 20% (vinte por cento) do valor em execução”.

Por derradeiro, é certo que o litigante de má-fé, além das penalidades processuais especificadas no parágrafo único do artigo 14, também será responsabilizado nos termos dos artigos 16 e 18 do Código de Processo Civil, que estudaremos a seguir.

3.2 DA REPARAÇÃO DOS DANOS PROCESSUAIS

O estudo anterior nos proporcionou o conhecimento de conceitos como boa-fé e má-fé, que não nasceram no campo do direito processual, mas foram construídos e lapidados junto com a história da humanidade.

Assim, o legislador, em seu saber jurídico, definiu um padrão mínimo de condutas positivas exigíveis dos entes processuais no artigo 14 do Código de Processo Civil, e de forma elucidativa e didática, apresentou nos artigos 15 e 17 do mesmo diploma as condutas negativas passíveis de sanção.

É certo que impedir a procedência de comportamentos desleais vai além das esferas processuais, na medida em que pode causar diversos prejuízos (perdas e danos) às partes e/ou terceiros.

Quanto às sanções, observamos primeiramente o artigo 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que determina a aplicação de multa punitiva de caráter administrativo, indicada ao litigante de má-fé que não cumpre com exatidão os provimentos mandamentais e cria embaraços à efetivação de provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final, assemelhando-se ao *contempt of court* do direito alienígena. Ou seja, pode o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao ímprobo multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta, e não superior a vinte por cento do valor da causa, que não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado.

As sanções do *contempt*, segundo expressa disposição legal, aplicam-se a todos aqueles que participam do processo, partes, contador, perito, funcionários do cartório entre outros, com exceção dos magistrados, que estão em posição de condução do feito, e os advogados, pois o controle da advocacia se dá pelo Estatuto da Advocacia.

Nesse diapasão, estudamos o artigo 15, que estabelece ser defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las, e quando as expressões injuriosas forem proferidas em defesa oral, o juiz advertirá o advogado que não as use, sob pena de lhe ser cassada a palavra, lembrando da exceção das pessoas que gozam de imunidade judiciária, prevista no artigo 142, inciso I do Código Penal,¹⁵¹ cujas hipóteses geram apenas consequências cíveis e não se ampliam a terceiro não envolvido no processo.

Nesses casos, também deverá ocorrer a expedição de ofícios ao Tribunal de Ética e Disciplina para apurar as práticas dos advogados, por infração ao artigo 34, inciso XV, do Estatuto da Advocacia.¹⁵²

No dizer de Renata Soltanovitch,¹⁵³

Não há sanção pecuniária, mas o advogado, em ação civil própria, pode vir a ser condenado por danos morais, principalmente se o seu cliente não tiver autorizado, por escrito, o uso de tais expressões.

Já, com relação à multa entendemos que o advogado não poderá ser o responsável imediato pelo seu pagamento, uma vez que o próprio parágrafo único do artigo 14 faz a ressalva de que o advogado se sujeita exclusivamente ao estatuto da OAB – Lei Federal 8906/94.

E nem poderia ser diferente a teor do disposto no artigo 70 do próprio Estatuto da Advocacia que dispõe que “O poder de punir disciplinarmente os inscritos na OAB compete exclusivamente ao Conselho Seccional em cuja base territorial tenha ocorrido a infração, salvo se a falta for cometida perante o Conselho Federal”.

Portanto, é a OAB o órgão competente para punir o seu inscrito.

É verdade que a punição está ligada à questão disciplinar, primeiramente. Porém, chamamos a atenção para o fato de estarmos falando do comportamento daquele que intervém no processo – no caso o advogado – e

¹⁵¹ “Art. 142. Não constituem injúria ou difamação punível:

I - a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;

II - a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

III - o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício.

Parágrafo único. Nos casos dos números I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade”.

¹⁵² “Art. 34. Constitui infração disciplinar:

XV - fazer, em nome do constituinte, sem autorização escrita deste, imputação a terceiro de fato definido como crime”.

¹⁵³ SOLTANOVITCH, Renata. **Responsabilidade Processual**. São Paulo: Scortecci, 2010, p. 140.

a incidência por descumprimento está estatuída no parágrafo único do inciso V do artigo 14 do CPC.

Aqui, ressalte-se que, na qualidade solidária, se comprovada a culpa do patrono ou se este vier a ser punido disciplinarmente por sua conduta, nada impede que a parte prejudicada ingresse com ação civil de reparação de danos competente.

Assim, encontramos o artigo 16 do Código de Processo Civil, que determina que responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente, ou seja, uma forma de sanção para a litigância de má-fé e o abuso do direito processual.

Importante ressaltar que o artigo menciona a responsabilidade do autor, réu e/ou interveniente, independentemente da denominação utilizada em seus procedimentos próprios, nos quais, na definição de Pontes de Miranda,¹⁵⁴ autor pode ser denominado o indivíduo que vai até o juízo e declara o que pretende, tomando uma posição ativa no requerimento da tutela jurisdicional, enquanto réu é aquele contra quem se propõe a ação, ficando na posição passiva, sujeitando-se à relação processual iniciada pelo autor.

Entretanto, observa-se que poderá também figurar como condenado, nos termos do artigo em comento, o litisconsorte (inicial ou ulterior), que responde de forma individualizada pelos danos causados por seus atos.

É inegável, ainda, que a condenação do interveniente abrange todas as modalidades previstas no diploma processual, a saber: a assistência (artigos 50 a 55), oposição (artigos 56 a 61), nomeação à autoria (artigos 62 a 69), denunciação da lide (artigos 70 a 76), chamamento ao processo (artigos 77 a 80) e o recurso do terceiro prejudicado (artigo 499).

Quanto ao Ministério Público, este poderá ser condenado nos termos do artigo 16 do Código de Processo Civil, quando figurar como autor da ação (artigo 81, do mesmo diploma) e não poderá ser condenado quando atuar como fiscal da lei, nos termos dos artigos 82 e 83 do código citado, pois estará sujeito às penalidades do artigo 85.¹⁵⁵

¹⁵⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1947, p. 95.

¹⁵⁵ “Art. 81 - O Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que às partes.

Art. 82 - Compete ao Ministério Público intervir:

I - nas causas em que há interesses de incapazes;

Valter Ferreira Maia¹⁵⁶ comenta também sobre a condenação do substituto processual, prevista nos termos do artigo 6º do Código de Processo Civil, afirmando que o substituto não é o efetivo titular da relação jurídica material e vem a juízo, apresentando-se como titular da relação jurídica processual, requerendo direito alheio. Nisso não se vislumbra problemática alguma, visto que atua ativamente durante toda a relação jurídica, o que lhe dá azo para, de má-fé, praticar atos lesivos à parte contrária.

Não obstante, é importante observar que a extensão da condenação do artigo citado não alcança o titular da relação jurídica de direito material, que não atuou na relação jurídico-processual, em proteção ao devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. E também não importa, para o sistema da condenação por dano processual, à sorte que assistiu a qualquer das partes no deslinde do feito. A condenação poderá ser imposta ao vencedor ou ao perdedor, ou até mesmo a ambos, como alude Daniel Mitidiero.¹⁵⁷

Quanto aos auxiliares da justiça, Eduardo Talamini¹⁵⁸ acrescenta que a condenação para indenização de perdas e danos em decorrência da má-fé processual gera contra o condenado título executivo judicial, bastando que o beneficiário liquide o valor do dano e inicie a execução. Caso a sentença preveja a condenação de sujeito alheio à lide, será uma afronta ao texto previsto no artigo 472, primeira parte, do Código de Processo Civil. A coisa julgada, emanada da sentença, só é capaz de operar frente às partes do processo. Portanto, não poderá fazer coisa julgada com relação ao sujeito que do feito não participou, não exercendo seus direitos constitucionais de devido processo legal, inafastabilidade da prestação jurisdicional e contraditório.

II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

Art. 83 - Intervindo como fiscal da lei, o Ministério Público:

I - terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo;

II - poderá juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade.

Art. 84 - Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo.

Art. 85 - O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude”.

¹⁵⁶ MAIA, Valter Ferreira. **Litigância de má-fé no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 82.

¹⁵⁷ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, p. 186.

¹⁵⁸ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 96.

Outrossim, questão que nos importa é a responsabilidade dos advogados, incontestável pela própria redação do artigo 14, que não vincula somente as partes ao dever de lealdade processual, mas também seus procuradores, de forma que, nas palavras de Alcides de Mendonça Lima,¹⁵⁹ têm mais obrigação do que as partes, principalmente quando a estas últimas faltarem conhecimentos teóricos e técnicos que lhe permitam controlar as atitudes daquele por elas constituído como patrono, que atuam de maneira fervorosa e comparecem aos autos.

Entretanto, muito embora esteja incluso o artigo 16 do Código de Processo Civil no Capítulo de responsabilidade das partes e seus procuradores, o presente artigo menciona apenas autor, réu e/ou interveniente, o que demonstra que não há como se cogitar a sujeição dos advogados aos seus ditames, especialmente porque não são partes e sim seus procuradores.

Márcio Louzada Carpena¹⁶⁰ explica que esta exclusão do advogado como responsável por perdas e danos do artigo 16 se dá também em prol da própria perfectibilização da justiça, pois o profissional poderia sentir-se inibido quando seu comportamento estivesse diretamente sujeito à valoração do magistrado que guia a causa. Não se pode, em um Estado Democrático de Direito, criar, entre magistrados e advogados, degraus que coloquem uns abaixo dos outros, sob pena de influenciar de maneira negativa o direito constitucional de acesso ao Judiciário, que a todos é garantido pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Isoladamente, podemos encontrar o posicionamento que permite a condenação solidária do advogado, apresentada por Agnaldo Rodrigues Pereira.¹⁶¹ Apesar de compor o artigo 32 do Estatuto da Advocacia,¹⁶² já subsidiou algumas jurisprudências neste sentido, albergando o apoio e suporte do advogado, que leva a condenação solidária desse e da parte às penas da litigância de má-fé.

¹⁵⁹ LIMA, Alcides de Mendonça. **O princípio da proibidade no Código de Processo Civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 28.

¹⁶⁰ CARPENA, Márcio Louzada. **Da (Des)Lealdade no Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38.

¹⁶¹ PEREIRA, Agnaldo Rodrigues. **Responsabilidade solidária do advogado na litigância de má-fé**. São Paulo: Síntese, 2000, p. 68.

¹⁶² “Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria”.

Destarte, em apreciação de João Batista Lopes,¹⁶³ seria interessante a parte, aferindo que o seu procurador agiu imbuído no sórdido espírito da má-fé, optar por ser ressarcida. Deverá, neste caso, propor ação regressa em desfavor daquele que outrora constituíra como seu procurador, para que dele obtenha o que lhe foi retirado, a título de perdas e danos por má-fé processual.

Ademais, Ovídio Baptista da Silva¹⁶⁴ afirma que o legislador manteve-se atrelado à responsabilidade exclusivamente patrimonial do litigante de má-fé, traduzindo-se no dever de indenizar as perdas e os danos causados àquele que sofreu com sua atitude.

Entretanto, não há que se confundir o ato ilícito com o dano, pois o prejuízo patrimonial não vincula a existência do instituto dano no campo processual para que a parte seja condenada por litigância de má-fé, evitando a continuidade de atitudes antiéticas e evitando prejudicar as partes e o próprio Estado.

Valentino Aparecido de Andrade¹⁶⁵ ressalta que um ilícito processual, por ausência de lealdade, pode levar não só à reparação de um dano ou prejuízo, quando existente, mas também acarretará a responsabilização do litigante, mesmo que não exista dano.

Inexistindo o prejuízo material, não poderá ser exigida indenização, sob pena de enriquecimento sem causa, mas poderá ser estipulada sanção diferenciada, não prevista no presente artigo, mas sim no artigo 18 do Código de Processo Civil, sob a forma de multa por atentado à dignidade da justiça. Ainda, existe a previsão normativa de cumulação com outras sanções processuais, civis e criminais, o que deixa clara a possibilidade de somar a multa por litigância de má-fé (que estudaremos pelo artigo 18 do Código de Processo Civil), *astreintes* (artigo 287 do mesmo diploma¹⁶⁶), perdas e danos (artigo 927 do Código Civil¹⁶⁷) e prisão por descumprimento de ordem judicial (artigo 330 do Código Penal¹⁶⁸).

¹⁶³ LOPES, João Batista. **O juiz e a litigância de má-fé**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 131.

¹⁶⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 111.

¹⁶⁵ ANDRADE, Valentino Aparecido. **Litigância de má-fé**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 147.

¹⁶⁶ “Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4º, e 461-A)”.

¹⁶⁷ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

¹⁶⁸ “Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa”.

O artigo 18 do Código de Processo Civil determina que o juiz ou Tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou. E ainda observa em seus parágrafos que, quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente, aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária, e 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.

Esse artigo representa a punição àquele que pratica os atos descritos no artigo 17 do mesmo diploma, além de outros atos neste condão, corroborando o artigo 16, e em seu *caput*, prevê a condenação do litigante de má-fé em multa não superior a 1% (um por cento) sobre o valor da causa, assim como também a indenizar perdas e danos suportados pela parte contrária, bem como arcar com as custas processuais e honorários advocatícios.

O legislador optou por um caráter dúplice, ao passo que busca punir o infrator e, ao mesmo tempo, ressarcir os prejuízos causados, de forma que Ruy Stoco¹⁶⁹ analisa a sistemática de punição por litigância de má-fé estabelecida no artigo 18, concluindo que o legislador optou por uma sistemática híbrida, assumindo algumas características do instituto inglês *contempt of court* e do direito norte-americano *punitive damage* (punir para exemplo, para que não se repita).

Ambas as sistemáticas têm não só o objetivo de punir aquele que se despe da ética no feito, desrespeitando a decisão ou a integridade do Poder Judiciário, mas também o de servir de exemplo aos demais, para que o ato não se torne repetitivo no meio forense, fazendo com que se indenize o prejuízo da parte contrária.

Contrariamente, João Batista Lopes¹⁷⁰ afirma que toda a disposição estabelecida no *caput* tem caráter unicamente punitivo, diante da possibilidade de condenação de ofício por parte do magistrado, sem que haja expresse requerimento da parte, pois caso fosse de natureza indenizatória, haveria a necessidade de a parte a requerer expressamente, não cabendo ao magistrado conceder de ofício a indenização.

¹⁶⁹ STOCO, Rui. **Abuso do Direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 97.

¹⁷⁰ LOPES, João Batista. **O juiz e a litigância de má-fé**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 131.

Vale lembrar que o artigo não faz referência a qualquer das partes, portanto, pode ser condenado tanto autor, quanto réu, assim como qualquer outro interveniente, bem como não importa se a parte lesada pelo litigante de má-fé é a parte contrária, nada impedindo que seja, por exemplo, o litisconsorte, independentemente do resultado da demanda.

Para Celso Agrícola Barbi,¹⁷¹ tanto vencedor quanto derrotado poderão ser enquadrados nos casos do artigo 17 do Código de Processo Civil e, conseqüentemente, contra eles haverá título executivo em favor daquele prejudicado por ato danoso.

Ainda, existe previsão expressa no texto legal para que o magistrado, de primeiro grau, dos Tribunais Estaduais ou Tribunais Superiores, possa agir *ex officio* e condenar o litigante de má-fé nas sanções previstas no artigo 18, sem que haja requerimento das partes, em respeito à ética e conforme competência de magistrado de repelir qualquer ato contrário à dignidade da justiça, nos termos do artigo 125, inciso III, do mesmo diploma.¹⁷²

É certo que a atuação *ex officio* não pode cercear o direito de defesa, por isso, se houver a condenação antes da sentença, por meio de decisão interlocutória, poderá o condenado interpor o seu agravo retido, nos termos do artigo 522, do Código de Processo Civil; caso sobrevenha em sentença, será recorrível pelo recurso de apelação; enquanto nos Tribunais, por meio do recurso subsequente cabível.

Destarte, também deverá o juiz condenar o litigante de má-fé a pagar os honorários advocatícios e as despesas havidas, ou seja, aquelas que foram realizadas em função do feito, tais como impostos, custas processuais, custas com auxiliares da justiça, entre outras.

Ademais, quanto à condenação em perdas e danos por má-fé processual, deverá, via de regra, ser proferida nos mesmos autos em que houve o ato ímprobo, em decorrência de ordem expressa do legislador que impõe ao magistrado a condenação da parte maliciosa ao ressarcimento do dano na sentença em que foi causado.

Além desse fato, é contemplada a proporcionalidade da condenação por litigância de má-fé, quer com duas partes sem conluio, quer duas das partes juntas para lesar terceiro,

¹⁷¹ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 130.

¹⁷² “Art. 125 - O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela rápida solução do litígio;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça;

IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”.

podendo estar figurando no mesmo polo processual ou em polos distintos, visando prejudicar terceiro ou até mesmo outro que lhe acompanhe em algum dos polos.

Por iguais razões, a indenização prevista no *caput* do artigo estabelece, além de multa, a possibilidade de indenização por perdas e danos, que abrange o que efetivamente foi perdido e o que razoavelmente deixou de lucrar.

Nesse sentido, Valter Ferreira Maia¹⁷³ afirma que haverá o autor, quando da condenação, *ex officio* ou ao seu requerimento, de apresentar os elementos que possibilitem ao magistrado apurar as perdas e danos. Quando não há a possibilidade, de pronto, de se aferir o quanto foi devido, deverá o *quantum debeatur* ser apurado em sede de liquidação, ficando para o momento da decisão apenas confirmado o *an debeatur*.

Estando ou não o litigante sob o manto dos benefícios da Assistência Judiciária, este deverá arcar com os ônus gerados pelo seu ato de torpeza, caso contrário, a concessão que viabiliza o desprovido de bens a arcar com as custas processuais em favor do livre acesso ao Poder Judiciário serviria de bilhete para a litigância de má-fé, como comenta Celso Agrícola Barbi.¹⁷⁴

A condenação do litigante de má-fé a indenizar a parte contrária pressupõe demonstração do prejuízo resultante da conduta ilícita e, nos termos do artigo 35 do Código de Processo Civil,¹⁷⁵ será revertida para a parte lesada, exceto quando o litigante de má-fé for serventuário da justiça. Se forem várias as partes opostas à que praticou o ato de má-fé, a quantia será pelas mesmas dividida, na proporção do interesse na causa. Se o ato de má-fé foi praticado apenas contra um, somente este é beneficiado.

Quanto à execução destas multas, esta pode ocorrer de forma provisória (quando pendente o trânsito em julgado da sentença ou acórdão, e se proferida para a efetividade da tutela antecipada) ou definitiva, observando as normas atinentes ao processo de execução, sendo certo que constitui título executivo judicial.

¹⁷³ MAIA, Valter Ferreira. **Litigância de má-fé no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 149.

¹⁷⁴ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 130.

¹⁷⁵ “Art. 35 - As sanções impostas às partes em consequência de má-fé serão contadas como custas e reverterão em benefício da parte contrária; as impostas aos serventuários pertencerão ao Estado”.

Hélio Tornaghi¹⁷⁶ afirma que a condenação em perdas e danos por má-fé processual deverá, via de regra, ser proferida nos mesmos autos em que houve o ato ímprobo, em decorrência de ordem expressa do legislador de 1973, que ordena o magistrado a condenar a parte maliciosa ao ressarcimento do dano na sentença em que foi causado.

Neste aspecto, sabiamente explana Sérgio Shimura:¹⁷⁷

No processo de conhecimento, conquanto todas as sentenças sejam declaratórias, algumas são meramente declaratórias, outras, constitutivas, ou ainda, condenatórias.

A sentença condenatória, em regra, distingue-se das outras por conter a aplicação de uma sanção ao litigante vencido. A violação do dever de observância faz incidir a regra sancionatória, que prevê *in abstracto* tal ou qual consequência desfavorável ao infrator.

Com efeito, entende-se por sanção a consequência prefixada para a inobservância de um preceito. Está ligada ao descumprimento ou transgressão de um imperativo jurídico.

Toda vez que alguma responsabilidade couber ao vencido, originando-lhe uma obrigação a ser satisfeita, há condenação e, conseqüentemente, respectiva execução.

O valor determinado para aquele que infringir os artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil, caracterizando a litigância de má-fé, poderá ter seu débito executado, de acordo com o procedimento de cumprimento de sentença, nos mesmos autos do processo de execução principal. Nos casos em que o infrator for o devedor, o *quantum* referido neste artigo será acrescido ao crédito principal, como ocorre com os juros e custas devidos na execução.

Todavia, se a sanção for imposta ao exequente, poderá haver a compensação do valor que este teria a receber, quando possível, nos termos do artigo 739-B do Código de Ritos, que determina que a cobrança de multa ou de indenizações decorrentes de litigância de má-fé (arts. 17 e 18) será promovida no próprio processo de execução, em autos apensos, operando-se por compensação ou por execução.

¹⁷⁶ TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 150.

¹⁷⁷ SHIMURA, Sérgio Seiji. **Título Executivo**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 170-171.

Este artigo foi acrescentado pela Lei n. 11.382/2006, visando à celeridade processual com a possibilidade de se promover, no próprio processo de execução (autos em apenso), a cobrança de multa ou indenizações decorrentes de litigância de má-fé.

Por isso, Araken de Assis¹⁷⁸ diz que o art. 739-B autorizou a cobrança (*rectius*: pretensão a executar) das multas e das indenizações por dolo processual no próprio processo executivo, admitida, conforme o caso, a compensação. Todavia, se a sanção for imposta ao exequente, poderá haver a compensação do valor que este teria a receber, quando possível.

Humberto Theodoro Júnior¹⁷⁹ explica que as sanções serão executadas de forma incidental do processo em que “a condenação do litigante de má-fé se deu, tal como, modernamente, se procede em relação ao cumprimento dos títulos executivos judiciais”.

Entretanto, pode surgir certa confusão quando a multa aplicada for direcionada ao terceiro que, de qualquer forma, participou do processo de forma desleal, sendo difícil a possibilidade de execução direta, devendo ocorrer de forma diferenciada das demais, ou seja, em autos próprios, com tramitação independente do processo principal, com aplicação do contraditório e ampla defesa, por se tratar de pessoa diversa da ação principal.

Questionamento é levantado por Ovídio Baptista da Silva¹⁸⁰ quando trata a respeito da possibilidade de abertura de nova demanda, com o fito de se aferir à existência ou inexistência de má-fé processual em feito diverso do que se pretende a condenação resguardada pelo artigo 16, do CPC. A dúvida, refere o autor, já foi respondida pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que nada impede a averiguação de má-fé processual em ação autônoma àquela em que ocorreu o ato lesivo.

Por fim, ao abordarmos a litigância de má-fé e o abuso de direito em todas as suas facetas e sanções, podemos então condicionar os aspectos relevantes ao profissional do direito, o advogado, e sua responsabilidade propriamente dita.

¹⁷⁸ ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1093.

¹⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A reforma da execução do título extrajudicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 198.

¹⁸⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 112.

3.3 – DAS SANÇÕES AO ADVOGADO POR DANOS PROCESSUAIS

O advogado é o profissional apto para representar seus clientes perante a Justiça, com ofício de amparar, aconselhar, informar direitos e pleitear em juízo, exercendo função calcada em fundamentos maiores, muitas vezes imperceptíveis, porque defende também a própria ordem jurídica e o Estado Democrático de Direito.

Insta consignar que, para poder exercer a advocacia, é necessário no mínimo cinco anos de estudo numa Faculdade de Direito, após isso, o bacharel deverá fazer o Exame de Ordem, testes de notória dificuldade. Se aprovado, receberá seu número de identificação profissional e será registrado na seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, então irá atuar como advogado, constitucionalmente indispensável à administração da justiça, e será um profissional regularizado pela Lei Federal n. 8.904/96 - o Estatuto da Advocacia.

A citada lei federal dispõe sobre os direitos e deveres dos advogados, além de impor a criação do Código de Ética e Disciplina para a regulamentação da conduta ética do profissional, pois, vale registrar, quem escolhe a profissão de advogado deve ter um caráter íntegro, honesto, ser uma pessoa digna para defender seu cliente, amparada pela verdade das palavras e correta aplicação da lei.

Ser honesto é mais que um dever profissional do advogado, é uma condição essencial, inerente à sua pessoa, pois quem procura um advogado está quase sempre em situação de angústia e desespero.

Infelizmente, não raro encontramos profissionais que praticam condutas antiéticas, mas que não podem ser generalizadas, porque em qualquer profissão encontramos profissionais que não apenas violam regras, mas também proporcionam um descrédito social a sua classe.

Entretanto, caso o advogado pratique atos antiéticos e indevidos, deve responder por tais atos tanto no âmbito cível, penal e por processo ético-disciplinar, na Ordem dos Advogados do Brasil.

O advogado, quando defende interesse de seu constituinte com o objetivo de convencer o julgador da causa, tem imunidade profissional, ligada ao exercício livre da profissão.

Por isso, Renata Soltanovitch¹⁸¹ observa que “isto não significa que esta liberdade seja antônimo de responsabilidade, pois a própria Lei Federal n. 8.906/94, em seu artigo 32, indica que “o advogado é responsável pelos seus atos que, no exercício profissional, praticar em dolo ou culpa”. E a culpa aqui não está descartada nem mesmo na forma “levíssima”.

Explica Gisela Ramos¹⁸² sobre o assunto:

O advogado, pela natureza de suas funções, está sujeito a uma obrigação de meios, e não a uma obrigação de resultados, o que significa que a sua atuação deve se dirigir no sentido de envidar todos os esforços possíveis, dentro dos parâmetros éticos profissionais, para fins de defender o direito que lhe foi confiado pelo cliente, sem, contudo, obrigar-se quanto à obtenção do resultado que este mesmo cliente desejaria.

O dispositivo estatutário encerra uma responsabilidade subjetiva, já que exige a configuração do dolo ou da culpa, para que se caracterize a responsabilidade do advogado.

A origem desta responsabilidade é contratual, instrumentalizada pelo mandato outorgado pelo cliente ao advogado, a partir do qual este se obriga a defender o direito e a oferecer conselhos profissionais àquele.

O advogado deve ter prudência e diligência necessárias na prestação de serviço, observando as normas técnicas ao exercício da profissão e procedendo com lealdade e boa-fé em suas relações profissionais e em todos os atos do seu ofício.

Valendo-se da definição de Ives Gandra da Silva Martins,¹⁸³ observamos que:

O advogado, todavia, não é jurista. É um defensor que faz da lei o instrumento de defesa ou de ataque de seu constituinte, tirando da legislação suas melhores potencialidades a favor de seus clientes. Seu compromisso é menos com a doutrina e mais com a obtenção do resultado que objetiva.

Nem por isto lhe é dado transigir, na adulteração da lei ou da prova, na busca de resultados que o ordenamento jurídico não permite. Sua habilidade está em potencializá-lo a favor de seu cliente e não despedaçá-lo por busca de um resultado antiético e contrário ao ordenamento legal.

¹⁸¹ SOLTANOVITCH, Renata. **Responsabilidade Processual**. São Paulo: Scortecci, 2010, p. 131.

¹⁸² RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia**: comentários e jurisprudência selecionada. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, p. 536.

¹⁸³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. A ética do jurista e do advogado. In: **Ética**: na virada do milênio – busca do sentido da vida. Maria Luiza Marcílio (Coord.). São Paulo: LTr, 1999, p. 326.

Cumpra esclarecer que o advogado acaba sendo o primeiro julgador da causa, ao realizar estudo prévio das possibilidades de êxito e eleição da via adequada, sendo comum o despreparo profissional ou a negligência no ajuizamento de ações inviáveis e impróprias, devendo o profissional incompetente ser responsabilizado pelos prejuízos causados ao cliente e à parte contrária.

Ademais, a relação jurídica formada entre advogado e cliente é a contratual e, em detrimento disso, a espécie de sua responsabilidade também é contratual, fundando-se no conceito unitário da culpa, de forma que há disparidade de tipos de prestação advocatícias, principalmente pelas inúmeras relações que podem existir entre o cliente e o advogado, gerando por isso diferenciação na própria responsabilidade a ser atribuída ao profissional.

A advocacia consiste em uma espécie de profissão ligada ao gênero “profissão liberal”, conforme ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery.¹⁸⁴ Entretanto, não se pode tão somente considerar o advogado como profissional liberal, mero prestador de serviços, uma vez que possui função indispensável para a administração da justiça, consistindo em um *munus* público com função social, destacado que exerce ministério privado, e sua relação com o cliente é basicamente contratual.

Na verdade, quando em juízo, o advogado assiste, representa e defende o seu cliente, com relação autônoma e independente, não se subordinando a ele, nem repetindo suas ideias. Dentre as inúmeras relações possíveis de serem realizadas com o cliente, Silvia Vassilieff¹⁸⁵ comenta:

É impossível compreender em uma só figura as inúmeras relações possíveis entre o advogado e seu cliente, pois, se o advogado patrocina um cliente ou se exerce a direção de um caso, obrigando-se apenas a disponibilizar seus serviços, aproxima-se da prestação de serviços; se compromete sua atividade a um resultado, aproxima-se da realização de uma obra; e importa, em algumas hipóteses, em aceitação por sua parte de um mandato propriamente dito, independente da forma de remuneração. Em suma, a natureza jurídica da relação profissional com o cliente depende de prestação e circunstâncias estabelecidas, ora com prevalência das notas de uma determinada espécie de contrato, ora com as características que impedem a classificação entre advogado e cliente como contrato nominado.

¹⁸⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Leis Civis Comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 196.

¹⁸⁵ VASSILIEFF, Silvia. **Responsabilidade Civil do Advogado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 39.

A este respeito, há grande discussão se, por se tratar de profissional liberal, a ele se aplicaria o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/99, artigo 14, § 4º), com duas linhas de entendimento antagônicas, que questionam se o Estatuto da Advocacia revogou o Código Consumerista e se há configuração de relação de consumo nesta prestação de serviços diferenciada.

Os Tribunais possuem julgados nas duas linhas,¹⁸⁶ sendo certo que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil¹⁸⁷ já esboçou entendimento contrário à aplicação do Código de Defesa do Consumidor decorrente da função social que a prestação advocatícia representa, não podendo ser configurada como uma prestação de serviços qualquer.

Inobstante tal discussão, podemos pontuar nosso posicionamento de não aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação advogado-cliente, posto que não haveria substanciais alterações no que se refere à apuração da responsabilidade civil do advogado, principalmente quanto à necessidade de se apurar a culpa *lato sensu*.

Isso porque, na defesa dos direitos de seus clientes em juízo, o advogado cumpre obrigação de meio e não de resultado (exceto, nos casos de elaboração de contratos, escrituras e pareceres), devendo empregar seus esforços em vista do resultado, mas não podendo se comprometer a um fim certo e específico.

No entanto, elucida Gisela Ramos¹⁸⁸ que não poderá o advogado ser responsabilizado

se os meios de que fez uso podem ser jurídica e honestamente sustentados, independente de não ter obtido sucesso na causa. Há que ficar caracterizado, pois, o despreparo técnico, cultural, a inabilidade para a condução do interesse que lhe foi confiado ao patrocínio.

Várias são as situações em que o advogado pode se sujeitar a uma obrigação de ressarcimento ao cliente. Para citar apenas algumas, já que seria

¹⁸⁶ **Com aplicação do CDC:** STJ – REsp. 364168/SE – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – DJ. 20/04/2004; REsp. 651278/RS – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Brito – DJ. 28/10/2004; REsp. 645662/SP – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – DJ. 28/06/2007; **Contrários a aplicação do CDC:** STJ – REsp. 532377/RJ – Rel. Min. César Asfor Rocha – DJ. 21/08/2003; REsp. 539077/MS – Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior – DJ. 30/05/2005; REsp. 757867/RS – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – DJ. 21/09/2006; REsp. 914105/GO – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJ. 09/09/2008.

¹⁸⁷ Parecer da Ordem dos Advogados do Brasil – Conselho Federal. Consulta 0001/2004.

¹⁸⁸ RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia:** comentários e jurisprudência selecionada. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, p. 536.

impossível pretender esgotar o tema, destacamos, a perda de prazo, como uma situação quase que indesculpável.

Como podemos observar nas legislações aplicáveis à responsabilização do profissional, este pode responder diretamente ou de forma solidária, mas sempre se levando em consideração a necessidade de culpa do profissional.

Ainda, podemos identificar situações em que o advogado responde extracontratualmente, na forma de responsabilidade aquiliana, na qual a apuração torna-se mais complexa. Rui Stoco¹⁸⁹ afirma:

não tem razão os que procuram encontrar distinção ontológica entre culpa contratual e culpa aquiliana. Uma e outra apresentam pontos diferenciais no que diz respeito à matéria de prova e à extensão dos efeitos. São porém, aspectos acidentais. Numa e noutra, há de estar presente a contravenção de uma norma, ou como se exprime Pontes de Miranda: “a culpa é a mesma para a infração contratual e para a delitual”.

Nos casos de patrocínio de lide temerária, o artigo 32, parágrafo único, do Estatuto da Advocacia,¹⁹⁰ determina que o advogado seja solidariamente responsável com o seu cliente, desde que seu objetivo seja lesar a parte contrária, apurado o dolo em ação própria com respeito ao contraditório e à ampla defesa. Importante reforçar que a responsabilidade prevista em tal dispositivo equivale à responsabilidade aquiliana, advinda da lei e não da responsabilidade contratual, como bem asseverou Cândido Rangel Dinamarco:¹⁹¹

Pelo teor explícito e claro das primeiras palavras do parágrafo do art. 14, o advogado não fica sujeito à multa ali colimada, mas a lógica do razoável manda que ele fique sujeito a todos os deveres elencados no capítulo e à responsabilidade por litigância de má-fé, nos termos dos arts. 16 e 18 do Código de Processo Civil; em casos de agir com má-fé própria, não imputável com exclusividade à deslealdade do próprio cliente, ele deve responder pelos prejuízos causados, até por imposição da regra da

¹⁸⁹ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 137.

¹⁹⁰ “Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria”.

¹⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Melhoramentos, 2004, p. 68.

responsabilidade extracontratual, notoriamente inscrita no art. 159¹⁹² do Código Civil.

Quanto à lide temerária, observa Paulo Lobo¹⁹³ a necessidade de provar o dolo dizendo:

A lide temerária, no entanto, não se presume, nem pode a condenação decorrente ser decretada pelo juiz na mesma ação. Tampouco basta a prova da temeridade, que pode ser resultado da inexperiência ou da simples culpa do advogado. Para responsabilizar o advogado é imprescindível a prova do dolo. Caracterizando-se a lide temerária, pode a parte prejudicada ingressar em juízo com ação própria de responsabilidade civil contra o advogado que, coligado com o cliente, causou-lhe danos materiais ou morais, ante a evidência do dolo.

Há alguns casos em que o advogado é diretamente responsável, como aqueles relacionados no Código de Processo Civil, especialmente no artigo 15, em que é defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las ou, se proferidas em defesa oral, ser cassada a palavra; bem como no artigo 16, em que é defeso lançar, nos autos, cotas marginais ou interlineares, mandando o juiz riscá-las, impondo a quem as escrever multa correspondente à metade do salário mínimo vigente na sede do juízo, e até o artigo 195, em virtude do advogado não restituir os autos no prazo legal.

Nestes casos, além da expedição de ofício ao Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, por infração ao artigo 34, inciso XV, do Estatuto da Advocacia, o juiz deverá aplicar sanções diretas e imediatas contra o advogado, de proibição de retirar os autos do cartório e mandar riscar os escritos injuriosos proferidos.

Entretanto, mesmo sem sanção pecuniária por exclusão expressa do parágrafo único do artigo 14 do Código de Ritos, o advogado pode vir a ser condenado em ação própria

¹⁹² “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, artigos 1518 a 1532 e 1537 a 1553. **Correlação c/ CC 2002, art. 186 e 927.**

¹⁹³ LOBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 189.

por danos, principalmente se o seu cliente não tiver autorizado por escrito o uso de tais expressões. Ainda, se comprovada a culpa do advogado ou se este vier a ser punido disciplinarmente por sua conduta, nada impede que a parte prejudicada ingresse com ação de reparação de danos competente.

Há outros casos também em que o advogado responde por litigância de má-fé, como o fato de alegar como verdadeiro algo que não é, como na afirmação de autenticidade das peças.

Também temos que ressaltar que a responsabilidade da sociedade de advogados decorre da mesma relação contratual e de forma subjetiva deve responder (artigo 32, *caput*, do Estatuto da Advocacia), baseada numa relação jurídica de prestação de serviços realizados por uma pessoa jurídica, que consiste em uma sociedade de pessoas cuja finalidade é a exclusiva prática da advocacia. Caso haja danos a seus clientes, aduz-se que os sócios e advogados possuem responsabilidade subsidiária e ilimitada à sociedade de advogados, por qualquer ação ou omissão no exercício da advocacia, conforme dispõem o artigo 17 do Estatuto da Advocacia, podendo por isso o sócio integrar eventual lide como litisconsorte facultativo.

Renata Soltanovitch¹⁹⁴ entende que há, ainda, indiretamente, outra punição que não poderia ser aplicada ao advogado. É a indicada no artigo 22¹⁹⁵ do Código de Processo Civil, e afirma:

Sabemos, até por força da Lei Federal n. 8.906/94 – Estatuto da Advocacia – que os honorários advocatícios incluídos na sentença pertencem ao advogado do vencedor (e não ao próprio vencedor) tendo ele – advogado – direito autônomo, inclusive, de executar tais verbas em seu próprio nome. Pois bem. Quando o advogado do réu deixa de arguir, no prazo da resposta, fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, vindo a fazê-lo posteriormente, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo, mas perderá, ainda que vencedor da demanda, o direito aos honorários advocatícios. Ora, esses honorários advocatícios pertencem ao advogado e não ao seu constituinte, razão por que sua aplicação na forma estatuída no artigo 22 do Código de Processo Civil, dá a impressão de que está, ainda que disfarçadamente, sendo o advogado punido pela prática de tal ato. É como se, sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, condenasse o advogado, por falta de fundamento na defesa ou falta técnica da defesa.

¹⁹⁴ SOLTANOVITCH, Renata. **Responsabilidade Processual**. São Paulo: Scortecci, 2010, p. 135.

¹⁹⁵ “Art. 22 - O réu que, por não arguir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios. (Redação dada ao artigo pela Lei n. 5.925, de 01.10.1973)”.

Aqueles que militam na advocacia sabem que muitas informações não são necessariamente detalhadas ao advogado, ou ainda, deixam de ser arguidas por falta de prova das alegações por seus próprios clientes. Portanto, somos do entendimento de o artigo 22 do Código de Processo Civil não deve ser aplicado como forma de combater a litigância de má-fé.

Assim, podemos observar que, ressalvas feitas, o advogado se sujeita exclusivamente ao Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94), conforme estabelece o artigo 44, ao dizer que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas e promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

Da mesma forma, o Estatuto da Advocacia ressalva, no artigo 70, que o poder de punir disciplinarmente os inscritos na OAB compete exclusivamente ao Conselho Seccional em cuja base territorial tenha ocorrido a infração, salvo se a falta for cometida perante o Conselho Federal, cabendo ao Tribunal de Ética e Disciplina do Conselho Seccional competente julgar os processos disciplinares, instruídos pelas Subseções ou por relatores do próprio conselho, por meio de decisão condenatória irrecorrível, que deve ser imediatamente comunicada ao Conselho Seccional em que o representado tenha inscrição principal, para constar dos respectivos assentamentos, podendo ainda ocorrer suspensão preventiva em caso de repercussão prejudicial à dignidade da advocacia.

Outrossim, é a Ordem dos Advogados do Brasil o órgão competente para punir o seu inscrito, punição esta ligada a questão disciplinar.

Diverge a doutrina quanto à aplicabilidade solidária da multa por litigância de má-fé ao advogado, visto a natureza jurídica diversa da sanção, sendo uma disciplinar e a outra processual, de caráter punitivo e compensatório.

Como elucidado no item anterior, ainda que o ato de má-fé seja praticado exclusivamente pelo patrono, atribui-se a responsabilidade à parte ou interveniente que contratou por força da culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

Sabidamente, afirma Renata Soltanovitch¹⁹⁶ que:

Se partirmos da premissa de que a multa pela litigância de má-fé tem caráter punitivo, esta jamais poderá ser aplicada de forma solidária ao advogado, já que a competência para punir o advogado é da Ordem dos Advogados do Brasil. [...] não há como estender a interpretação do § 2º do art. 18 do CPC ao advogado, na medida em que o artigo 16 não o indica e o parágrafo único do artigo 14 excetua a figura do advogado, ressaltando que ele se sujeita aos estatutos da OAB. Ademais, como a solidariedade não se presume, decorrente, portanto, de lei, e se os dispositivos do CPC não indicam a solidariedade entre advogado e cliente, cai por terra referida argumentação.

Mas somente em ação própria é que tal responsabilidade deve ser apurada.

Entretanto, é inegável que o advogado tem o dever de alertar seu cliente quanto à possibilidade das sanções processuais e eventual indenização decorrente de condutas antiéticas pela prática da litigância de má-fé.

Nesse mesmo sentido, também se encontra a questão do abuso de direito, posto que o advogado deve informar o cliente quanto aos eventuais riscos da demanda, sob pena de ser responsabilizado pela lide temerária e, ainda, de forma solidária, se coligado com seu cliente para lesar a parte contrária, sendo responsável pelo ato que praticar com dolo ou culpa (negligência) na aventura jurídica, nos termos do artigo 32 do Estatuto da Advocacia e artigo 2º, parágrafo único, do Código de Ética e Disciplina da OAB.

O advogado pode vir a responder em ação de regresso proposta pelo cliente contra o patrono, pela parte contrária, terceiro prejudicado, ou quando for responsabilizado pela via disciplinar do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. Em nenhum momento podemos deixar de responsabilizar o advogado pela prática infracional, visto que quando comprovado em ação própria, o advogado deve responder pelos danos causados, sejam eles civis, criminais e de infração ético-disciplinar.

Assim, a litigância de má-fé somente pode ser aplicada às partes, e caso o advogado seja responsável por tal ato, ele poderá responder, por meio de ação autônoma, nos termos do Estatuto da Advocacia.

¹⁹⁶ SOLTANOVITCH, Renata. **Responsabilidade Processual**. São Paulo: Scortecci, 2010, p. 144.

Em tese, somente com uma alteração legislativa é que se poderia aplicar, no mesmo processo, a condenação do patrono juntamente com seu cliente, como se propõe no Projeto de Lei n. 4.074/2008,¹⁹⁷ que tramita perante a Câmara dos Deputados, para alteração do *caput* do artigo 18 do Código de Processo Civil.

No entanto, em virtude da ausência de modificações legislativas, ainda devemos analisar a questão da responsabilidade do advogado, sempre observando os princípios constitucionais do contraditório, como garantia ao advogado à prévia advertência de que poderá sofrer tal sanção, com possibilidade de reação; ampla defesa, com apuração em ação própria e dilação probatória; inafastabilidade do poder jurisdicional (acesso à justiça), com o devido processo legal, juiz natural, isonomia e efetividade.

Em suma, os advogados, como todos os outros profissionais, serão responsabilizados pelos atos praticados e prejuízos causados. E a advocacia, que é uma das profissões jurídicas que primeiro deveria se preocupar com a ética, pois o principal atributo do advogado é sua moral, haja vista ter que zelar pela sua conduta, não apenas perante o poder público, sua classe e seu cliente, mas também por ser imprescindível que tenha postura de bons costumes na sociedade em geral, para só assim eliminar do contexto social o estigma da profissão e proporcionar o respeito e prestígio que a nobre função de advogar merece. Por isso, estudaremos no próximo item a atuação da entidade de classe em prol desse desejo.

¹⁹⁷ “Projeto de Lei n. 4.074/2008:

Art. 1º Esta Lei altera o *caput* do art. 18 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, para permitir que recaia também sobre o advogado a multa decorrente da litigância de má-fé e para majorar o *quantum* desta pena pecuniária.

Art. 2º O *caput* do art. 18 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé e seu advogado a pagar multa não excedente a 5% (um por cento) sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§ 1º

§ 2º (NR)’

Art. 3º Esta Lei entra em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após a data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO: O presente projeto de lei cuida de alterar a redação do *caput* do art. 18 do Código de Processo Civil (Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973) com vistas a permitir que recaia também sobre o advogado a multa decorrente da litigância de má-fé e para majorar o *quantum* desta pena pecuniária. Busca-se, com a medida legislativa ora proposta, compelir as partes e seus advogados a não praticar atos atentatórios à dignidade da justiça e a agir com lealdade aos fins do processo. É necessária a previsão de punição para o advogado, caso atue em desconformidade ao que se espera da sua elevada função. Aliás, sabemos que muitas vezes a parte interessada, que não possui conhecimentos técnicos e jurídicos, não é diretamente responsável pelas más condutas ocorridas no processo judicial. Estas são obras de seus procuradores. Por isto, propomos que o máximo da multa prevista no art. 18 do Código de Processo Civil passe de 1% (um por cento) para 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa e que o advogado seja, junto com a parte que praticou litigância de má-fé, condenado a esta multa. Diante do avanço que este projeto de lei pode produzir na matriz legal acerca do processo civil, esperamos contar com o necessário apoio dos nobres Pares para a sua aprovação.
Deputado JUVENIL - Líder do PRTB”.

3.4 - O ADVOGADO E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

A circunstância da infração ético-disciplinar imputada ao advogado ser suscetível de repercutir negativamente sobre a classe, atingindo-lhe o conceito e o prestígio, é fator determinante de pronta atuação da Ordem dos Advogados do Brasil, no exercício do poder disciplinar que lhe é atribuído, e que emana da polícia das profissões exercida por aquela instituição, por força da Lei Federal n. 8.906/94, o Estatuto da Advocacia.

Assim, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) é a entidade de classe dos advogados, dotada de personalidade jurídica, forma federativa, e exerce serviço público com finalidade de defender a Constituição Federal, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas; além de promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

A disciplina das condutas praticadas pelos advogados é averiguada em um processo ético-disciplinar, como o processo administrativo em geral, que obedece ao princípio da simplicidade, pois a instauração do processo, seja mediante representação, seja por ato de ofício, não requer enquadramento da falta apontada na legislação pertinente, bastando a exposição do fato suscetível de ser subsumido a uma das figuras típicas do ordenamento disciplinar, conforme determina o Manual de Procedimentos do Processo Ético-Disciplinar,¹⁹⁸ aprovado pela Segunda Câmara do Conselho Federal da OAB.

Indispensável é que o contraditório se forme em torno de fatos especificados no curso do processo, e que sobre esses fatos possa o indiciado exercer amplamente a defesa, bem como que se faça o enquadramento legal no julgamento do processo ético-disciplinar, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos advogados. Trata-se da responsabilidade ética do advogado e das infrações que, em função dela, poderão ser imputadas àquele profissional.

Em verdade, as infrações disciplinares são também administrativas, apenas no sentido lato, mas se regem pelos princípios básicos que animam o Direito Administrativo,

¹⁹⁸ **Manual de procedimentos do processo ético-disciplinar.** Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 1999, *Dos Procedimentos*, nº 1, “b”, p. 22.

como a legalidade, tipicidade, *non bis in idem* (em medidas distintas), irretroatividade das normas sancionadoras, culpabilidade, presunção de inocência e devido processo legal.

As infrações disciplinares dos advogados estão definidas no artigo 34 da Lei n. 8.906/1994, Estatuto da Advocacia. Tal lei elucida minuciosamente as condutas peculiaridades que precisam ser punidas, encontrando sua razão de ser, justificativa e fundamento na teoria da instituição, pois que comprometem as finalidades desta, na medida em que violam o regime disciplinar estabelecido.

Assim, exemplificadamente, constitui infração disciplinar, nos termos do artigo 34, exercer a profissão quando impedido de fazê-lo, ou facilitar, por qualquer meio, o seu exercício aos não inscritos, proibidos ou impedidos; manter sociedade profissional fora das normas e preceitos estabelecidos nesta lei; valer-se de agenciador de causas, mediante participação nos honorários a receber; angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros; assinar qualquer escrito destinado a processo judicial ou para fim extrajudicial que não tenha feito, ou em que não tenha colaborado; advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior; violar, sem justa causa, sigilo profissional; estabelecer entendimento com a parte adversa sem autorização do cliente ou ciência do advogado contrário; acarretar, conscientemente, por ato próprio, a anulação ou a nulidade do processo em que funcione; abandonar a causa sem justo motivo ou antes de decorridos dez dias da comunicação da renúncia; deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa; fazer, em nome do constituinte, sem autorização escrita deste, imputação a terceiro de fato definido como crime; locupletar-se, por qualquer forma, à custa do cliente ou da parte adversa, por si ou interposta pessoa; reter, abusivamente, ou extraviar autos recebidos com vista ou em confiança; incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional; manter conduta incompatível com a advocacia; tornar-se moralmente inidôneo para o exercício da advocacia; entre outros.

O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia, conforme estabelece o artigo 31 do Estatuto da Advocacia, de forma que condutas eticamente censuráveis ao advogado refletem na Ética Profissional.

O escopo moral com que é exercido o poder disciplinar pela OAB torna imperioso que a sua ação se faça tão logo a entidade tome conhecimento oficial de qualquer infração ética imputada a advogado, mediante a instauração do competente processo, como descreve Diogo de Figueiredo Moreira Neto:¹⁹⁹

As profissões liberais e técnico-científicas são atividades particulares que se submetem a especiais condições legais de exercício, entre as quais, o preparo reconhecidamente suficiente e o desempenho segundo deontologia própria. Cada vez em maior número, tornam-se objeto de sistemas de normas disciplinadoras, voltadas à segurança e à confiabilidade públicas.

A fiscalização profissional, espécie de poder de polícia outorgado aos Conselhos de Representação Profissional, em face à eficácia positiva da Constituição Federal, submete a legitimidade de seus atos e procedimentos à plena harmonização com as disposições constitucionais.

Assim, as sanções e restrições ao livre exercício da profissão devem atender aos princípios da legalidade e da reserva legal, derivar de procedimentos administrativos praticados por órgãos competentes, legítimos e em absoluta conformidade com os ditames constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal.

As infrações tipificadas no artigo 34 do Estatuto da Advocacia, uma vez conhecidas, requerem da OAB resposta pronta e categórica, por meio da instauração de processo ético-disciplinar com auto-executoriedade, sem dependência à manifestação judicial. O Tribunal de Ética e Disciplina é órgão destinado a orientar e aconselhar a respeito da ética profissional, competindo-lhe, também, por força do que dispõe a Lei n. 8.906/94, instruir e julgar processos disciplinares, observando as regras do Estatuto e do Regulamento Geral, aplicando, nos casos omissos, princípios expostos na legislação processual penal.

Na sua função ética, além de outras, expedirá “resoluções” visando a fazer com que o advogado se torne merecedor de respeito, contribuindo para o prestígio da classe e mantendo, por outro lado, no exercício da profissão, independência absoluta.

¹⁹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996, p. 309.

O Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil do Estado de São Paulo é dividido em dezesseis Turmas, sendo que a primeira Turma tem caráter deontológico, destinando-se a responder a consultas que lhe forem formuladas e, também, zelar pela dignidade da profissão e procurar conciliar questão sobre ética, envolvendo advogados, promulgando o fiel cumprimento e observação do Código de Ética e Disciplina.

Da segunda a décima sétima turma compete instaurar procedimentos disciplinares, de forma a instruir e julgar os inscritos nos quadros da OAB, aplicando, quando for o caso, as penas previstas no artigo 35 da Lei n. 8.906/94, com exceção da “exclusão”, cabendo-lhes, também, instruir os respectivos processos e ficar a cargo de apreciar e julgar pedidos de revisão, reabilitação e tornar efetiva a medida cautelar consistente em “suspensão preventiva”.

As sanções disciplinares estão descritas no artigo 35 do Estatuto da Advocacia e consistem em censura; suspensão; exclusão; e multa, que irão constar dos assentamentos do inscrito, após o trânsito em julgado da decisão, não podendo ser objeto de publicidade a de censura.

Quando aplicada à suspensão, ocorre a interdição do exercício profissional, em todo o território nacional, pelo prazo de trinta dias a doze meses, de acordo com os critérios de individualização, ou nas hipóteses dos incisos XXI (recusar-se, injustificadamente, a prestar contas ao cliente de quantias recebidas dele ou de terceiros por conta dele) e XXIII (deixar de pagar as contribuições, multas e preços de serviços devidos à OAB, depois de regularmente notificado a fazê-lo) do artigo 34, a suspensão perdurará até que satisfaça integralmente a dívida, inclusive com correção monetária, ou ainda na hipótese do inciso XXIV (incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional) do mesmo artigo, até que preste novas provas de habilitação.

A pena mais severa, que é a de exclusão, deverá observar o disposto no artigo 38 do Estatuto da Advocacia, ocorrendo nos casos de aplicação, por três vezes, de suspensão ou infrações definidas nos incisos XXVI a XXVIII do artigo 34, com a ressalva do parágrafo único, que para a aplicação da sanção disciplinar de exclusão, é necessária a manifestação favorável de dois terços dos membros do Conselho Seccional competente.

A multa, variável entre o mínimo correspondente ao valor de uma anuidade e o máximo de seu décuplo, é aplicável cumulativamente com a censura ou suspensão, em

havendo circunstâncias agravantes, sendo sempre revertida em favor da Ordem dos Advogados do Brasil e não da parte.

Podemos também encontrar atenuantes na aplicação das sanções disciplinares, como a falta cometida na defesa de prerrogativa profissional; ausência de punição disciplinar anterior; exercício assíduo e proficiente de mandato ou cargo em qualquer órgão da OAB; prestação de relevantes serviços à advocacia ou à causa pública.

Para o julgamento, os antecedentes profissionais do inscrito, as atenuantes, o grau de culpa por ele revelada, as circunstâncias e as consequências da infração são consideradas para o fim de decidir sobre a conveniência da aplicação cumulativa da multa e de outra sanção disciplinar e sobre o tempo de suspensão e o valor da multa aplicável, nos termos do artigo 40 do Estatuto.

A pretensão à punibilidade das infrações disciplinares prescreve em cinco anos, contados da data da constatação oficial do fato, de acordo com artigo 43 do Estatuto da Advocacia, combinado com a Súmula n. 01/2011 do Conselho Pleno da Ordem dos Advogados do Brasil.²⁰⁰

Bem por isso, o Estatuto da Advocacia autoriza expressamente a suspensão provisória do profissional quando a falta disciplinar que lhe seja imputada possa acarretar repercussão prejudicial à dignidade da advocacia, nos termos do artigo 70, § 3º do referido diploma. Este determina que o poder de punir disciplinarmente os inscritos na OAB compete exclusivamente ao Conselho Seccional e cabe ao Tribunal de Ética e Disciplina do Conselho no qual o acusado tenha inscrição principal o poder de suspendê-lo preventivamente, em caso

²⁰⁰ **CONSELHO PLENO - SÚMULA Nº 01/2011** (DOU Seção 1, 14.04.2010, p. 142) - O CONSELHO PLENO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas nos arts. 75, parágrafo único, e 86 do Regulamento Geral da Lei nº 8.906/94, considerando o julgamento da Consulta n. 2010.27.02480-01, decidiu, na Sessão Ordinária realizada no dia 11 de abril de 2011, editar a Súmula n. 01/2011/COP, com o seguinte enunciado: “PRESCRIÇÃO. I - O termo inicial para contagem do prazo prescricional, na hipótese de processo disciplinar decorrente de representação, a que se refere o *caput* do art. 43 do EAOAB, é a data da constatação oficial do fato pela OAB, considerada a data do protocolo da representação ou a data das declarações do interessado tomadas por termo perante órgão da OAB, a partir de quando começa a fluir o prazo de cinco (5) anos, o qual será interrompido nas hipóteses dos incisos I e II do § 2º do art. 43 do EAOAB, voltando a correr por inteiro a partir do fato interruptivo. II – Quando a instauração do processo disciplinar se der *ex officio*, o termo *a quo* coincidirá com a data em que o órgão competente da OAB tomar conhecimento do fato, seja por documento constante dos autos, seja pela sua notoriedade. III - A prescrição intercorrente de que trata o §1º do art. 43 do EAOAB, verificada pela paralisação do processo por mais de três (3) anos sem qualquer despacho ou julgamento, é interrompida e recomeça a fluir pelo mesmo prazo, a cada despacho de movimentação do processo. OPHIR CAVALCANTE JUNIOR Presidente ANGELA SERRA SALES Conselheira Federal – Relatora.

de repercussão prejudicial à dignidade da advocacia, depois de ouvi-lo em sessão especial para a qual deve ser notificado a comparecer, salvo se não atender à notificação.

A suspensão de que trata o citado dispositivo estatutário tem caráter cautelar e atende à especial gravidade da falta disciplinar, suscetível de repercutir além da esfera em que foi cometida, de forma que o prejuízo que dela decorre transcende os limites das relações profissionais, comprometendo diretamente o conceito da classe junto à sociedade em situações notórias e públicas, suscetíveis, em geral, de duplo enquadramento como infração dessa natureza e como crime.

Isso significa que os advogados que cometem deslealdade processual são administrativamente punidos com rigor pela instituição de classe por decisão emanada pelo Tribunal de Ética e Disciplina, e seus atos também podem ser analisados a qualquer momento, em sede de controle de legalidade, pelo Poder Judiciário, em ação própria movida pela parte lesionada, ao ressarcimento das perdas e danos.

CONCLUSÃO

A constatação das necessidades humanas e sociais, com suas falhas, demonstramos o direito atuante e necessário para inovar, recuperar e implementar positivamente a dignidade humana, combatendo as desigualdades e indiferenças sempre existentes.

Fazer uma reflexão sobre a indispensabilidade do advogado como função essencial à administração da justiça é refletir sobre o próprio homem, um ser inacabado, que está em constante evolução e buscando cada vez mais conhecimentos; é analisar a intercessão do homem a favor do homem, o exercício de interceder a favor de alguém, com defesa de razões e argumentos.

O que nos leva a concluir que o advogado desempenha um direito fundamental, sendo indispensável a sua participação, porquanto cabe a ele servir de elo entre a parte desprotegida e o próprio direito. É o profissional apto para representar seus clientes perante a Justiça, com a função de amparar, aconselhar, informar direitos e pleitear em juízo.

O advogado desempenha uma função que vai além do defender o próprio homem. Exerce uma profissão calcada em fundamentos maiores, muitas vezes imperceptíveis, porque ao defender um direito particular, o advogado defende também a própria ordem jurídica e o Estado Democrático de Direito.

Por isso, a profissão de advogado foi contemplada no artigo 133 da Constituição Federal como indispensável à administração da justiça, sendo o advogado inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, norma esta de direito fundamental, que traz dispositivos máximos de proteção, cláusulas pétreas e elemento da ordem jurídica.

Nesse sentido, a Constituição Federal preceitua que a indispensabilidade do advogado independe de qualquer norma infralegal para lhe dar consistência e eficácia, posto que exerce a defesa dos direitos constitucionais, com limites estabelecidos em lei, dos atos e manifestações do exercício da profissão, sendo certo que esta prerrogativa de defesa plena da cidadania foi explicada e relativizada pela norma infraconstitucional, a Lei n. 8.906/1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

De igual forma, o Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94), corroborando o norte apresentado pela Carta Magna, desenvolve em seu texto os direitos e prerrogativas dos advogados, trazendo a realidade prática às características fundamentais asseguradas, de independência, inviolabilidade e indispensabilidade à realização da justiça, garantindo direitos que passam da qualidade de privilégios para um dever/responsabilidade, que exprimem condutas e situações que têm o escopo de resguardar o livre e regular exercício da advocacia.

Esses direitos e prerrogativas estabelecem segurança social, destacando-se o direito à liberdade de exercício da profissão, liberdade de defesa e sigilo, e imunidade profissional, visto que interessante se faz ao tema da responsabilidade do advogado por danos processuais.

Outrossim, a relação existente entre o advogado e o cliente deriva de um liame interpessoal, público profissional, pautado em mútua confiança, com tratamento digno, ético e moral ao cidadão. Desta relação decorre o interesse público coletivo, sujeitando os advogados às mais variadas responsabilidades cíveis, penais e perante o Estatuto da Advocacia, independentemente de dolo ou culpa, porque o que se visa resguardar é o legítimo direito do cidadão.

Assim, os direitos fundamentais, que representam verdadeiros princípios do ordenamento jurídico, além de seu poder de regulação e eficácia imediata, emanam direitos subjetivos privados aos indivíduos que dependem de seu respeito, como os direitos e prerrogativas dos advogados. Em contrapartida, o advogado de ter uma postura ética, relacionada ao Estatuto da Advocacia e Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, de forma a eliminar conflitos e especialmente evitar que se macule o bom nome e o conceito social de uma classe.

Atualmente, o Poder Judiciário convive com uma grande demanda de processos, o que leva a morosidade do deslinde, ora decorrente da falta de estrutura dos órgãos julgadores, ora do comportamento malicioso de parte dos entes processuais, que muitas vezes buscam atrasar o trâmite do feito e/ou alterar o resultado da prestação jurisdicional. Daí por que a boa-fé processual é de suma importância para o regular andamento do feito e a própria efetividade processual, ocupando lugar de destaque, ao passo que o Código de Processo Civil se preocupa em disciplinar a matéria e trazer diversos dispositivos relacionados ao tema.

Ao propor uma demanda, é inevitável que as partes não meçam esforços para conseguir êxito e fazer valer os direitos em que acreditam, no entanto, é fundamental o respeito aos padrões mínimos de urbanidade, de condições leais e isonômicas, visando conservar os princípios éticos que levam à boa-fé processual, especialmente no papel do advogado.

Nesse sentido, o dever de lealdade e probidade processual condizente com os regramentos éticos, nos traduz os conceitos de litigante de boa-fé, de má-fé e abuso do direito. Com isso, podemos verificar que o Código de Processo Civil possui vários dispositivos que traçam padrões ideais de comportamento, que deverão ser respeitados e, ainda, punições específicas para eventuais infrações a tais padrões preestabelecidos, que se aplicam a todos aqueles que participam do processo, com exceção dos advogados, pois o controle da advocacia se dá por seu Estatuto.

É certo que o litigante de má-fé, além das penalidades processuais especificadas no parágrafo único do artigo 14, também será responsabilizado nos termos dos artigos 16 e 18 do Código de Processo Civil.

Verificando a litigância de má-fé e o abuso de direito em todas as suas facetas e sanções, podemos então condicionar os aspectos relevantes ao profissional do direito, o advogado e sua responsabilidade propriamente dita, caso pratique atos antiéticos e indevidos, devendo responder no âmbito cível, penal e administrativo, na Ordem dos Advogados do Brasil, por meio das sanções disciplinares.

O advogado deve ter prudência e diligência necessárias na prestação de serviço, observando as normas técnicas ao exercício da profissão e procedendo com lealdade e boa-fé em suas relações profissionais e em todos os atos do seu ofício, especialmente porque exerce função essencial à administração da justiça, um direito fundamental.

No patrocínio de lide temerária, o Estatuto da Advocacia determina que o advogado seja solidariamente responsável com o seu cliente, desde que seu objetivo seja lesar a parte contrária, apurado o dolo em ação própria, com respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Entretanto, se comprovada a culpa do advogado ou se este vier a ser punido disciplinarmente por sua conduta, nada impede que a parte prejudicada ingresse com ação civil de reparação de danos competente.

Assim, podemos observar que, ressalvas feitas, o advogado se sujeita exclusivamente ao Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94), sendo, entretanto, inegável que tem o dever de alertar seu cliente quanto à possibilidade das sanções processuais e eventual indenização decorrente de condutas antiéticas pela prática da litigância de má-fé, sob pena de regresso. Em nenhum momento podemos deixar de responsabilizar o advogado pela prática infracional, visto que quando comprovada em ação própria, o advogado deve responder pelos danos causados à parte prejudicada ou reembolsar as despesas de seu cliente.

Realmente, é a Ordem dos Advogados do Brasil o órgão competente para punir o seu inscrito, punição esta ligada a questão disciplinar e, no exercício do poder de polícia que lhe é atribuído, por força da Lei Federal n. 8.906/94, em face à eficácia positiva da Constituição Federal, que submete a legitimidade de seus atos e procedimentos à plena harmonização com as disposições constitucionais.

As sanções e restrições ao livre exercício da profissão devem atender aos princípios da legalidade e da reserva legal, derivar de procedimentos administrativos praticados por órgãos competentes, legítimos e em absoluta conformidade com os ditames constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, sendo certo que as infrações tipificadas requerem da OAB resposta pronta e categórica, por meio da instauração de processo ético-disciplinar com auto-executoriedade, sem dependência à manifestação judicial, perante o Tribunal de Ética e Disciplina.

Isso significa que os advogados que cometem deslealdade processual são administrativamente punidos com rigor pela instituição de classe, e seus atos também podem ser analisados a qualquer momento, em sede de controle de legalidade, pelo Poder Judiciário, em ação própria, movida pela parte lesionada, ao ressarcimento das perdas e danos.

Como se nota, diversos são os instrumentos para atuação e aplicabilidade dos direitos fundamentais, todavia, a produção dos efeitos próprios e plenos destas normas dependem de esclarecimento e integração de todo o sistema jurídico, além da mudança comportamental do ser humano.

As crescentes dificuldades enfrentadas pelos operadores do direito em compreender e enfrentar a evolução da complexidade social, econômica, política e cultural, além do vazio intelectual às realidades emergentes, não podem ser obstáculo a esta mudança necessária.

Entretanto, não há como colocar em prática estes instrumentos se não houver uma revitalização da cidadania, o exercício pleno dos direitos pelos cidadãos e a busca pelo seu cumprimento, efetivação.

O desenvolvimento industrial, a busca desenfreada por lucros, a corrupção deslavada na política, a falta de interesses diante da miserabilidade do ser humano, da degradação dos recursos naturais, da perda da família, dos valores morais e éticos, a falta de respeito ao pluralismo, o descaso com a democracia e a ineficácia dos direitos humanos, só levam ao fim dos tempos.

Com base nestes fenômenos e das configurações histórico-sociais e jurídico-institucionais por eles produzidas, o caráter da necessidade da eficácia plena dos direitos fundamentais surge como luz ao fim do túnel, como esperança de retomada dos direitos básicos dos seres humanos para uma vida digna e completa.

Portanto, os advogados, como todos os outros profissionais, serão responsabilizados pelos atos praticados e prejuízos causados, porém o direito fundamental de indispensabilidade deste profissional, como função essencial à administração da justiça, é atingido irremediavelmente se não houver seu real exercício. Assim, agressões com responsabilidades além do apurado devem ser tolhidas e expurgadas de todo o sistema jurídico, superando as condições históricas experimentadas e almejando um futuro próspero ao Direito, à Justiça e à própria existência do ser humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso Prático de Processo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. **Tratado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ARBEX, Sergei Cobra (org.). **Cartilha de Prerrogativas**: Comissão de Direitos e Prerrogativas. São Paulo: Lex Editora, 2009.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **O contempt of court no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARBOSA, Rui. Novos Discursos e Conferências. *Apud* SODRÉ, Ruy de Azevedo. **Ética Profissional e Estatuto do Advogado**, LTr.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Editora Universidade de Brasília, 1996.

CALMOS DE PASSOS, José Joaquim. **Advocacia – o direito de recorrer à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Apud* MASCHIETTO, Leonel. **A Litigância de Má-Fé na Justiça do Trabalho**: princípios, evolução histórica, preceitos legais e análise da responsabilidade do advogado. São Paulo: LTr Editora, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido de Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Malheiros, 1995 e 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **Função social do advogado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2000.

DALLARI, Dalmo. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Melhoramentos, 2004.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Anotações sobre o controle de constitucionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. In: **Revista do Mestrado em Direito**, n. 4, UNIFIEO, 2004.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

JORGE, Cláudia. **Ética Profissional**. Disponível em www.webartigos.com. Acesso em 09.03.2011.

KESTENER, Beatriz M. A. Camargo. As vantagens do Comportamento Ético – Uma Reflexão. In: **Ética Aplicada à Advocacia**: Tribunal de Ética Profissional. Fábio Kalil Vilela Leite (Coord.). São Paulo: FVLACJ, 2009.

LAROUSSE. Grande Enciclopédia Larousse Cultural. São Paulo: Plural Editora, 1998.

LEITE, Gisele. **A legitimidade e as capacidades exigidas e o conceito de parte no direito processual**. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinasepecas/ver/482>. Acesso em 05.10.2010.

LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 1995.

LOBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Normas processuais civis interpretadas artigo por artigo, parágrafo por parágrafo da Constituição Federal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MACHADO, Rubens Approbato. **Advocacia e Democracia**. São Paulo: OAB Editora, 2003.

_____. **Constituição Federal de 1988 – Artigo 133**. Disponível em www.oab.org.br. Acesso em 09.03.2011.

MAIA, Valter Ferreira. **Litigância de Má-Fé no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

Manual de procedimentos do processo ético-disciplinar. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A ética do jurista e do advogado. In: **Ética: na virada do milênio – busca do sentido da vida**. Maria Luiza Marcílio (Coord.). São Paulo: LTr, 1999.

MELLO, Celso Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social**. Publicado na Revista Direito Social, n. 07.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1987.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Elementos do Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1973.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Leis Civis Comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 196.

PARANAGUÁ, Ricardo. **Advogado: função essencial à justiça**. Disponível em www.viajus.com.br. Acesso em 12.02.2011.

PUGLIESE, Roberto J. **A Constituição, a Advocacia e o Advogado**. Artigo publicado na RT/713, de março de 1995.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia: comentários e jurisprudência selecionada**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003.

SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SEVERI, Fabiana Cristina. **Breves considerações sobre a função sócio-política do advogado**. Disponível em www.jusnavigandi.com.br. Acesso em 09.03.2011.

SHIMURA, Sérgio Seiji. **Título Executivo**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Arresto Cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

_____. **Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SODRÉ, Ruy de Azevedo. **Ética Profissional e Estatuto do Advogado**. São Paulo: LTr.

SOLLBERG, Rafael Gondim D'Halvor. **O Advogado e a Busca pela Justiça**. Disponível em www.artigos.netsaber.com.br. Acesso em 12.02.2011.

SOLTANOVITCH, Renata. **Responsabilidade Processual**. São Paulo: Scortecci, 2010.

STOCO, Rui. **Abuso do Direito e Má-Fé Processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A reforma da execução do título extrajudicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

VASSILIEFF, Silvia. **Responsabilidade Civil do Advogado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Elementos de Direito Processual do Trabalho**. Porto Alegre: Síntese, 2001.

_____. **Consequências dos atos de (alguns) juízes que permitem apenas um advogado por parte nas audiências**. Disponível em www.zainaghi.adv.br. Acesso em 08.06.2011.