

A RESPONSABILIDADE PROCESSUAL AGRAVADA NO DIREITO ITALIANO

Francisco Antônio de Barros e Silva Neto *

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1. A FORMAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL ITALIANO

Na Itália, como cediço, o processo de formação do Estado nacional ocorreu tardiamente, sobretudo quando comparado às nações ibéricas.

Desse modo, não obstante as referências feitas ao Código de Processo Civil sardo, apenas se pode falar em uma legislação propriamente italiana a partir do processo de unificação legislativa, no qual se deu a substituição da codificação piemontesa pela legislação pré-unitária (**Picardi, 1989:3**).

No tocante especificamente ao processo civil, serve de marco o ordenamento judiciário de 1865, de “caráter contingente e provisório”, destinado apenas a “realizar rapidamente uma unificação legislativa” (**Picardi, 1989:5**).

Entretanto, em face das dificuldades na discussão e aprovação de textos legislativos que substituíssem o mencionado estatuto, “ao início da XI legislatura, tomou-se consciência de que, para resolver o grave problema da unificação legislativa, a única via praticável era aquela de tornar *tout court* definitivo aquele ordenamento judiciário de 1865, que foi concebido como provisório” (**Picardi, 1989:6**).

* Mestre e Doutorando em Direito Público – UFPE. Professor Honorário da Escola de Advocacia Prof. Ruy Antunes. Membro do Instituto dos Advogados de Pernambuco. Juiz Federal.

O ordenamento judiciário, portanto, passou a ser paulatinamente estendido às demais províncias, permanecendo em vigor até a década de 1940.

“Com o R. D. n. 6030, de 27 de novembro de 1870, tal ordenamento foi estendido à Província de Roma e, com a Lei n. 1.871, de 26 de março de 1871, às províncias vênetas e de Mantova. Análogamente, após a 1ª Guerra Mundial, o ordenamento judiciário de 1865 foi estendido às demais províncias, com o R. D. n. 2325, de 4 de novembro de 1928” (**Picardi, 1989:6**).

De qualquer sorte, mesmo antes de sua extensão à totalidade das províncias italianas, foram apresentadas várias propostas de alteração daquela legislação processual e, sucessivamente, diversos projetos de Código de Processo Civil.

Em 1908, por exemplo, veio ao lume o denominado “Projeto Orlando”, um esboço de lei intitulado “Novas disposições em torno da ordem e da forma dos juízos”, que o então Ministro de Graça e Justiça, Vittorio Emanuele Orlando, apresentou à Câmara em 16 de março daquele ano.

Como narra Bruno **Cavallone**, este projeto não chegou a ser discutido, em virtude da antecipação do fim da legislatura. Entretanto, o mesmo Ministro apresentou à nova Câmara, em 24 de maio de 1909, um projeto mais amplo, intitulado desta vez “Reforma do Código de Processo Civil”, cujo conteúdo, em realidade, era “obra exclusiva” de Lodovico Mortara (**1989:830-9**).

Destaca-se, então, um fator importante para a compreensão do desenvolvimento da legislação processual da Itália, qual seja o “poder de veto” exercido pelas disputas entre os grandes processualistas italianos.

No caso do Projeto Orlando, por exemplo, a doutrina aponta como importante causa de sua rejeição as considerações críticas expendidas por Giuseppe Chiovenda, “eterno adversário” de Lodovico Mortara, autor intelectual do projeto.

Em seu artigo “O estado atual do processo civil na Itália e o projeto Orlando de reformas processuais”, **Chiovenda** afirmava que o projeto em questão não resolveria os sérios problemas do processo civil italiano, defendendo o seu próprio programa de re-

formas, baseado no princípio da oralidade (1912b:111-47).

“O que é singular, por outro lado, é o modo pelo qual Chiovenda manifestou seu desfavor. O ensaio que ele aparentemente dedicou ao projeto em questão, de fato, fala quase por inteiro de outra coisa: e precisamente de como as condições do processo civil na Itália estivessem então sob certo aspecto deplorável, também à luz de uma, tanto esquemática quanto aventureira, ‘simulação’ comparada do desenvolvimento de uma mesma lide diante das cortes italianas, das alemãs, das austríacas e das inglesas” (Cavallone, 1989:836).

O ensaio de Chiovenda reservou “três páginas apenas e só para dizer que algumas das inovações por ele sugeridas [*pelo projeto Orlando*], como a abolição do juramento decisório e da oposição contumacial, bem como a extensão da faculdade de determinar o comparecimento pessoal das partes a qualquer tipo de causa, apreciáveis em si como inspiradas na grande reforma kleiniana, não poderiam, porém, vingar no diverso contexto do nosso processo e, sobretudo, possuíam o erro – como outras normas tidas por ‘excelentes’ – de não vir acompanhadas por outras reformas” (Cavallone, 1989:838).

Essas “três páginas” de críticas ao projeto Orlando, de qualquer sorte, tiveram o condão de contribuir decisivamente para a rejeição de um projeto de lei apresentado pelo Ministro da Justiça, o que demonstra o peso concedido à *communis opinio doctoris* naquele contexto histórico.

E não se trata de um exemplo isolado: além das críticas reciprocamente formuladas ao Projeto Mortara e ao Projeto Chiovenda, pelos dois grandes processualistas do período, tem-se que os projetos posteriores não lograram maior sorte.

“O projeto Redenti veio à luz em 1936, quando ainda estavam vivos Mortara e Chiovenda, mas não agradou nem a Mortara, nem a Chiovenda (...), o projeto preliminar Solmi veio à luz após o falecimento de Mortara e Chiovenda, mas não agradou nem a Carneletti, nem a Calamandrei (...)” (Cipriani, 1995:337).

Franco Cipriani chega ao ponto de definir o processo de elaboração do Código de Processo de 1940 como uma “partida entre

Dino Grandi e os processualistas italianos, que com as suas disputas impediam o regime, desde 1924, de dar à Itália um novo CPC” (1995:327).

Com efeito, ao assumir o Ministério da Justiça, Dino Grandi encontrou o referido processo paralisado, em decorrência das críticas apresentadas pela doutrina ao projeto apresentado por seu antecessor, Arrigo Solmi. Para o novo ministro, portanto, seria essencial obter “o *placet*, espontâneo ou forçado, dos processualistas”, que simplificaria bastante a aprovação do novo estatuto (Cipriani, 1995:351).

A estratégia de Grandi era “claramente inspirada no antigo dito *divide et impera*: rotura no fronte Canelutti-Calamandrei, que havia feito naufragar o projeto preliminar Solmi, e máximo favor a Calamandrei, a ‘mente’, o único capaz de fazer naufragar o seu Código”(Cipriani, 1995:360).

“Este risco e a referente preocupação foram confessados posteriormente, em março de 1940, por Calamandrei (...), cuja colaboração com Grandi representou, no conturbado pós-guerra, um espinhoso argumento pelo qual muitos a consideraram uma sua incoerência. Calamandrei se defende sustentando que sua colaboração foi meramente técnica (...), mas é de se crer que ele fosse bem consciente de que o problema não fosse apenas técnico. (...) Com o detalhe de que não seria próprio que em 1939 um professor universitário poderia impunemente se permitir declinar o convite do Ministro da Justiça de ajudá-lo a preparar um Código” (Cipriani, 1995:341-2).

Como resume Franco Cipriani, por uma dessas coincidências da vida, o atual Código de Processo Civil italiano foi promulgado na mesma data do encontro entre Mussolini e Hitler em Florença e do “traçoeiro ataque à Grécia”, “o que significa que o CPC nasceu em um dos dias mais obscuros da história da Itália” (1989:364).

Entretanto, do ponto de vista do conteúdo da nova legislação, “quis-se robustecer as garantias dos cidadãos mediante um reforço da atividade da magistratura. Tratava-se, e se trata ainda, de um objetivo plenamente divisível, feito urgente/atual pela experiência autoritária do fascismo, mas em sintonia com as transfor-

mações que interessaram, em menor ou maior medida, a todas as democracias contemporâneas” (Guarnieri, 2001:8-9).

1.2 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1865: A LITIGÂNCIA TEMERÁRIA

O Código sardo de 1859 já previa a condenação à reparação de danos decorrentes de lides “evidentemente injustas”, expressão que foi substituída pelo art. 370, do Código de Processo Civil de 1865, por “lide temerária”: “*trattandosi di lite temeraria la parte socombente può esser condannata al risarcimento dei danni*”.

Na clássica definição de **Chiovenda**, “lide temerária é a lide na qual a injustiça é mais completa, porque está no próprio ânimo do litigante: a temeridade é a consciência do injusto, do não ter direito” (2001:321).

Deste modo, não é necessário o *animus nocendi* ou o espírito vexatório para caracterizar a litigância temerária, sendo suficiente o dolo genérico, consistente na consciência do próprio erro, a ser analisada pelas circunstâncias da própria lide.

Em sentido semelhante, **Carnelutti** consignava que, “como a temeridade é atributo de uma conduta, é evidente que se refere ao elemento formal do litígio, ou seja, à pretensão ou à discussão (contestação)” (1944:129).

Entretanto, **Chiovenda** se refere a casos intermediários, nos quais a lide não é em si mesma temerária (no sentido de que a simples análise de seu conteúdo não é suficiente para demonstrar que a parte é ou não consciente do próprio erro), como por exemplo nos casos em que a temeridade “dependesse do conhecer ou não uma circunstância de fato”. Nesses casos, “seria temerário o litigante que negasse um fato próprio seu, que resultasse provado, ou um fato que ele deveria conhecer, ou afirmasse um fato que deveria conhecer como inexistente”, assimilando o dolo à culpa grave (2001:322).

Nesses casos de lide temerária, enfim, “o fundamento ordinário e puramente objetivo da condenação nas despesas, a sucum-

bência, passa a segundo plano e resta absorvido pela intervenção de tais condições subjetivas do sucumbente que o tornam responsável pela lide não pela simples inanimada relação de causalidade, mas como autor voluntário e consciente da injustiça declarada pelo magistrado” (**Chiovenda, 2001:318**).

De qualquer sorte, até bem próximo a 1930, como aponta Manlio **La Rocca**, o tema da dolo processual era analisado apenas pelas várias monografias sobre as despesas e os danos no processo, ou na vertente do dolo revocatório, disciplinado pelo art. 395, do Código de Processo Civil. Apenas pouco antes de 1930 “manifestou-se um certo fervor de estudos sobre o dolo processual em geral, como comportamento ilícito da parte no processo”, em virtude da famosa causa D’Angelo-Pecoraino (**1963:90**).

Lipari resume o referido caso, julgado em 12 de setembro de 1925 pela Corte de Cassação: “para dissolver consensualmente o matrimônio, mediante um acordo entre os cônjuges, a esposa propôs uma demanda de nulidade do matrimônio por violência, e a sustentou com afirmações e provas falsas, sem contradição do marido. (...) O tribunal acolheu a demanda e dissolveu o matrimônio, mas no ínterim a esposa, arrependida pelo grave passo cometido, que prejudicava também os filhos, recorreu em apelo contra a sentença de primeiro grau, denunciando a precedente e fraudulenta colusão. A Corte de Apelo rejeitou o incidente, afirmando que a esposa não era legitimada a impugnar a sentença, porque não era sucumbente, e a Cassação atuou no mesmo sentido” (**1926:38-9**).

A doutrina em peso criticou a decisão, passando a analisar os diversos aspectos do dolo processual, sobretudo quando bilateral, ou seja, ostentado por ambas as partes.

Lipari, por exemplo, inicia o seu estudo advertindo que, enquanto alguns ordenamentos são “severíssimos na repressão do dolo processual e pretendam ao final que as partes respondam pela simples negligência”, outros não abordam o problema, demonstrando certo “relaxamento” quanto à matéria, “que equivale praticamente à indiferença pelo problema e sua solução” (**1926:3**).

Sobre o sistema italiano, conclui que, embora não haja uma norma genérica vedando o dolo processual, tal proibição pode ser

dessumida dos vários dispositivos de repressão da má conduta processual (**Lipari, 1926:22**).

No mesmo sentido, Gino Zani considera que o modelo processual italiano veda o dolo processual em todas as suas manifestações, identificando-as mediante dois componentes.

O conceito de dolo processual seria resultante de dois elementos: “um subjetivo: o *animus decipiendi*, de um dos litigantes (dolo unilateral) ou de ambos (dolo bilateral); o outro, objetivo: a *mise en scene*, a atividade dirigida a surpreender a boa-fé do juiz e atuada por um apenas, no primeiro caso, ou por ambos os contendores no segundo” (**Zani, 1931:145**).

Umberto **Guido** igualmente assimila o dolo processual à atividade enganadora praticada pelo litigante, tendente a provocar um errôneo convencimento do juiz. E essa atividade enganadora deve possuir um duplo requisito: “elemento subjetivo, isto é, a intenção de prejudicar; elemento objetivo, isto é, a circunstância nociva” (**1933:38**).

Interessante destacar que, na mesma obra, Guido responde aos que entendem que a repressão ao dolo processual é desnecessária, em face dos poderes instrutórios do juiz, mediante os quais a farsa seria descoberta e, portanto, o seu potencial lesivo seria disperso.

Com efeito, o referido autor já verificava que tais poderes eram excessivamente limitados e que, ainda que fossem mais amplos, “com a possibilidade de seu uso não se garante a proposição de que o juiz não possa jamais ser enganado. Os mais vastos poderes tornam menos provável tal evento, mas não o excluem” (**Guido, 1933:42**).

Por outro lado, concordando com Chiovenda, defende que “a malícia provém objetivamente da análise da própria lide, e por isso o Código sardo falava em lides evidentemente injustas”, expressão que corresponderia perfeitamente à lide temerária utilizada pelo Código então vigente (**Guido, 1933:49**).

A tese, porém, não era alvo de unanimidade. Questionava-se, em alguns setores da doutrina, o âmbito a ser dado ao conceito de temeridade, afirmando-se que o conceito de má-fé, por mais am-

plo que fosse, não poderia exorbitar do “momento psicológico da ciência àquele objetivamente determinado do dever saber (e não ter sabido por negligência ou imprudência) e tanto menos ao não saber inculpável, como ainda agora se é prospectado” (**Zani, 1931:72**).

Lipari igualmente resumia o dolo processual ao “querer consciente da contrariedade ao direito”. Logo, “para que exista temeridade, não basta apenas a contrariedade objetiva da demanda ao direito, ainda que manifesta. Falta ainda a prova do elemento subjetivo do dolo e, isto é, da consciência da contrariedade da demanda ao direito” (**1926:24, 49**).

Para esses setores, “a dificuldade de reconhecimento de um fenômeno não tem nada a ver com a sua existência” (**Zani, 1931:147**), o que demonstra a consciência das sérias consequências práticas advindas da tese, que dificultaria a identificação e a punição da má conduta processual.

A polêmica tornava-se ainda mais grave quanto à interpretação do art. 935, do Código de Processo Civil, pelo qual, “quando o sequestro for declarado sem causa e, por isso, revogado, o sequestrante poderá ser condenado em uma multa de até mil liras, bem como ao ressarcimento dos danos”.

Observe-se que o Código não deixou clara a natureza dessa responsabilidade: se objetiva ou subjetiva e, nesse último caso, se era exigido o dolo ou se seria suficiente a mera identificação de culpa.

Para **Coniglio**, a responsabilidade em comento deveria ser analisada pelo prisma objetivo, dispensando a apreciação do móvel subjetivo da conduta. Em suas palavras, “o erro maior da doutrina contrária é não entender que o princípio da culpa não serve à solução do problema do dano produzido pelo processo, enquanto o processo se mantém na esfera do lícito jurídico” (**1927:372**).

Entretanto, consoante **Lipari**, a Corte de Cassação assentou precedentes admitindo a obrigação de reparar os danos não apenas nos casos de dolo, mas igualmente naqueles em que o credor sequestrante atuou de modo imprudente ou negligente. Restou, portanto, em um meio-termo entre a responsabilidade objetiva e a

responsabilidade decorrente de lide temerária.

No seu entender, porém, a referida interpretação “é contra a lei, porque o ressarcimento dos danos originados pelo processo, assim como não se admite por responsabilidade objetiva, não se admite pela simples culpa, salvo em casos excepcionais” (**Lipari, 1926:26**).

No mesmo sentido, criticava **Carnelutti**: “a jurisprudência prevalecente (dominada, como dissemos, pelo princípio da responsabilidade subjetiva peculiar do direito privado) interpreta o art. 935 como se concedesse ao juiz o poder de condenar o credor ao ressarcimento apenas quando concorram, a seu cargo, dolo ou culpa; mas este modo de pensar, que não se apoia nem no texto, nem em sua história, é contrário aos resultados da investigação lógica e sistemática” (**1944:135**).

Como se registra a seguir, a tese prevalecente na jurisprudência se consolidou no Código de 1940, pondo fim à dúvida.

2. O DEVER DE LEALDADE E PROIBIDADE PROCESSUAL

Nos vários estudos sobre o dolo processual, advindos em decorrência da causa D’Angelo-Pecoraino, já se observa a defesa de limites éticos à atividade das partes, rompendo-se com a tradição liberal que apenas lhes impunha ônus e não propriamente deveres.

Gino **Zani**, por exemplo, logo no início de sua monografia, adverte que “não se pode enfrentar isoladamente o problema, mas apenas no quanto estritamente conexo à teoria geral do processo, onde se requer para sua solução que se tenha presente, antes de tudo, o conceito e a função deste, e aqueles correlatos de atividade das partes e do juiz” (**1931:6**).

E em seguida completa: “observamos de resto que liberdade política e liberdade processual não são a mesma coisa e não se identificam em tudo, sendo escopo do direito e do processo não a liberdade dos indivíduos, mas aquela de todos, isto é, a justiça, e assim a igualdade da liberdade e das ações dos indivíduos, tal

que, sob outro entendimento, liberdade processual significaria opressão de um e vantagem do outro” (**Zani, 1931:13**).

Chiovenda, ao analisar as propostas de reforma do ordenamento processual italiano, igualmente destaca que “o processo não pode se preocupar apenas com a decisão final, não pode se limitar a sua função a preparar uma solução logicamente correta da lide, mas deve ter em conta a posição dos litigantes durante a causa, como cidadãos, ambos invocando a tutela do Estado” (**1912a:100**).

Deste modo, segundo o mesmo autor, “com a idéia de que a administração da Justiça seja uma função de soberania, vem-se formando lentamente a convicção de que o juiz, como órgão do Estado, não deva assistir passivamente à lide, para pronunciar ao final uma sentença, como a máquina induzida pelo peso da moeda depositada emite um doce ou um bilhete de ingresso; mas deva participar da lide como força viva e ativa” (**Chiovenda, 1912a:101**).

Mesmo autores menos ortodoxos, como Salvatore **Satta**, embora reconheçam no processo “indubitavelmente uma luta, que ambas as partes conduzem no seu exclusivo interesse”, aceitam a existência de limites a esta atividade, discutindo, porém, o âmbito dessa restrição (**Satta, 2000:116**).

Em todas essas obras se verifica a flagrante influência das reformas sofridas pelo processo civil austríaco em 1895, sob a regência de Klein, segundo o qual, “o direito processual não é em verdade um fim em si mesmo, mas instrumento para o fim da tutela do direito material, público e privado; está em resumo, por assim dizer, a serviço do direito material, cuja efetividade tende a garantir” (*apud* **Cappelletti, 1974:5**).

Observe-se que a tese socializante não implica supressão do princípio dispositivo, subsistindo a inércia inicial do órgão jurisdicional como forma de garantir sua imparcialidade. Apenas redimensiona os limites desse princípio, tornando-os mais condizentes com o interesse público na justa pacificação dos conflitos.

O destaque da *Zivilprozessordnung* de 1895 foi, sobretudo, o aumento dos poderes do juiz no tocante à produção e à valoração das provas, bem como a submissão das partes a deveres éticos,

exigindo-se, *verbi gratia*, que suas alegações se pautem pela verdade e pela completude da narração dos fatos.

A referida codificação almejou a “moralização” e a “socialização” da conduta das partes no processo, “não apenas formal e aparentemente, mas de modo efetivo” (Cappelletti, 1974:17-8), deslocando o “centro de gravidade” do processo novamente para a figura do magistrado, mediante a atribuição de novos e amplos poderes.

Com a recepção dessa tese pela doutrina italiana, estava aberta a trilha para positivação, no Código de 1940, dos deveres processuais das partes e dos seus procuradores, embora sem adquirir a mesma dimensão do modelo austríaco.

Mesmo a posição de Chiovenza, defensor das reformas operadas pela Ordenação austríaca de 1895, “era aquela que poderia atender ao seu liberalismo político, temperado por sua formação de estudioso do processo” (Denti, 1971:13).

De qualquer modo, o Código italiano de 1865 não impunha expressamente às partes qualquer dever de conduta, embora a doutrina, a partir dos estudos relativos ao dolo processual, induzisse de normas particulares um “dever jurídico de conduta honorável no processo” (Lipari, 1926:70).

Gino Zani, outrossim, embora não considerasse presente no ordenamento italiano um dever geral de veracidade, já reputava ilícitas as “declarações e alegações mentirosas acompanhadas por meios probatórios fraudulentos”, pois se prestariam à “verdadeira violação dos fins do processo e de seu mecanismo” e à “lesão ao interesse do Estado”. No caso, “essa conduta que sem dúvidas é imoral se tornará ilícita, e o dever ético será substituído pelo dever jurídico” (1931:156).

Como narra Zanzucchi, o dever de agir em boa-fé no processo constou, embora com redações diferentes, no projeto Chiovenza (art. 10, primeiro parágrafo), no projeto Carnelutti (art. 28), no esboço Rocco (art. 25) e depois no projeto preliminar Solmi (art. 26), “o qual, como sanção correlata a esse dever das partes, dos procuradores e dos defensores ‘de expor ao juiz os fatos segundo a verdade’, estabeleceu uma pena de notável porte, norma que foi

genericamente criticada, como não menos foi criticado esse genérico dever de dizer a verdade” (1964:370).

De fato, em 1937, o projeto preliminar Solmi já previa o dever das partes e dos procuradores de dizer a verdade, aplicando-se em desfavor da mentira uma multa não superior a dez mil liras (art. 26), o que representava expressiva soma, destinada ao “ente de previdência dos magistrados, servidores, advogados e procuradores” (art. 26, segundo parágrafo).

Na visão de Franco **Cipriani**, era “um dever que comportava a renegação do processo e da realidade deste mundo, mas que deveria aparentar um modo simples para pacificar o ambiente e para resolver de uma vez por todas o secular problema” (1995:333).

Carnelutti, em suas considerações sobre o projeto preliminar, igualmente criticou a redação do dispositivo, afirmando que “a fórmula ‘obrigação de expor ao juiz os fatos segundo a verdade’ é excessivamente ampla e deve ser substituída por outra, do art. 30, do projeto da Subcomissão Mortara: ‘obrigação de não afirmar conscientemente fatos contrários à verdade’” (1937:69).

Ademais, advertiu que o juiz não deve aplicar sanções aos defensores das partes, devendo no caso apenas remeter o caso aos órgãos profissionais “para o exercício de ação disciplinar” contra estes (**Carnelutti**, 1937:71).

E mesmo não sendo contrário à aplicação de multas às partes, ressaltou sua divergência quanto “à destinação do provento da multa ao fundo de previdência a favor dos juízes, a qual constitui um interesse, embora tênue e longínquo, do decidente quanto à aplicação da multa” (**Carnelutti**, 1937:71).

Os arts. 88, 89 e 92, do Código de 1940, enfim, restaram com a seguinte redação:

88. *Dovere di lealtà e di probità. – Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità.*

In caso di mancanza dei difensori a tale dovere, il giudice deve riferirne alle autorità che esercitano il potere disciplinare su di essi.

89. *Espressioni sconvenienti od offensive. – Negli scritti presentati e nei discorsi pronunciati davanti al giudice, le parti e i loro*

difensori non debbono usare espressioni sconvenienti od offensive.

Il giudice, in ogni stato dell'istruzione, può disporre con ordinanza che si cancellino le espressioni sconvenienti od offensive, e, con la sentenza che decide la causa, può inoltre assegnare alla persona offesa una somma a titolo di risarcimento del danno anche non patrimoniale sofferto, quando le espressioni offensive non riguardano l'oggetto della causa.

92. Condanna alle spese per singoli atti. Compensazione delle spese. – Il giudice, nel pronunciare la condanna di cui all'articolo precedente, può escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice, se le ritiene eccessive o superflue; e può, indipendentemente dalla soccombenza, condannare una parte al rimborso delle spese, anche non ripetibili, che, per trasgressione al dovere di cui all'articolo 88, essa há causato all'altra parte.

Como afirma **Satta**, o art. 89 traz apenas “uma subespécie do dever de probidade, estabelecido no art. 88” (**2000:118**). E mesmo o dever de lealdade “nada mais é que um aspecto da probidade: o legislador, porém, no art. 88, CPC, quis indicar distintamente os dois conceitos, provavelmente para dar relevo àquele particular perfil de retidão constituído pela sinceridade” (**La Rocca, 1963:88**).

Com efeito, “o respeito pelos outros implica, como é óbvio, não apenas honestidade de propósitos e de ações, mas também um contínuo exame da própria conduta, a fim de que seja conforme a tais princípios: o homem probo, portanto, deve sempre se comportar de modo a não ofender também involuntariamente o semelhante. Tal aspecto característico da probidade traduz-se no dever de diligência e de prudência” (**La Rocca, 1963:89**).

Não obstante **Liebman** afirme que “o dever estabelecido no art. 88 é sancionado, por força das coisas, de modo imperfeito” (**1981:108**), tem-se que “a sanção é independente da sucumbência e se concretiza no ressarcimento das despesas, inclusive as irrepetíveis, causadas pela outra parte (art. 92 CPC), ressalvados os danos maiores, se foram configurados” (**Satta, 2000:117**).

De qualquer sorte, quebrou-se o “princípio do ônus”, pelo qual a lei de um modo geral opera os aportes de provas e de alegações

produzidos pelas partes. De fato, “este aporte beneficia apenas quando as alegações da parte sejam conformes a verdade e as provas sejam genuínas; caso contrário, a atividade das partes desvia ou ao menos retarda, em vez de facilitar, o curso do processo” **(Carnelutti, 1944:626)**.

Para evitar tais males, o sistema processual poderia igualmente se valer do “princípio do ônus”, rechaçando as petições que apresentassem comprovada mentira. Porém, essa solução “na prática, ofereceria o inconveniente de castigar o engano com uma eventual injustiça: com efeito, se não obstante a mentira a parte tivesse razão, o ônus aproveitaria, injustamente, à parte que não tinha razão” **(Carnelutti, 1944:626)**.

De fato, embora se possa falar em “inadimplemento do ônus”, nas hipóteses em que “o sujeito não respeita o vínculo instrumental, usando meios diversos daqueles previstos pela lei para a proteção jurídica do interesse”, tem-se que “as conseqüências jurídicas da inobservância do ônus são as mesmas que se verificariam se o sujeito tivesse decidido não agir para a tutela do interesse” **(La Rocca, 1963:19)**.

No caso dos deveres jurídicos, porém, “o sujeito tem um poder puramente material de escolha no quanto é posto diretamente frente à alternativa: obedecer ao comando jurídico ou violar a lei” **(La Rocca, 1963:16)**.

No caso do dever de lealdade e probidade processual, há “um dever em face do juiz, como destinatário último de cada atividade processual: o interesse da contraparte é tutelado apenas indiretamente ou de reflexo, como interesse individual coexistente” **(La Rocca, 1963:49)**.

Há autores que defendem a desnecessidade dos dispositivos em comento, considerando-os “uma visão excessivamente pessimista da realidade” **(Orsucci, 1943:46)**. Nesse sentido, diz-se que “o sentimento de honra, o sentimento religioso, as conveniências sociais, o amor pela tranqüilidade e pela paz, a exata valoração do próprio interesse são certamente mais difundidos que a má-fé e constituem freios assaz eficientes àquela força do mal que age em sentido negativo nos processos e que arrisca, como vemos, de afastar a justiça do seu curso normal” **(Orsucci, 1943:46)**.

Trata-se, entretanto, de visão excessivamente romântica da realidade processual, incompatível com o jogo de interesses que se desenvolve nas lides forenses.

Sobre a matéria, tornou-se clássico o ensaio de Calamandrei “O processo como jogo”, no qual, sob certo aspecto, revive a concepção duelística do processo.

Logo no início do ensaio, o mestre de Florença adverte para o risco do “excessivo otimismo”, avaliando que o “mais grave erro do Código vigente” teria sido justamente o “ter imaginado juízes e advogados melhores do que na realidade o são” (**Calamandrei, 1999:222**).

No decorrer de várias páginas, demonstra a existência de “regras não escritas”, “encomendadas à consciência e à sensibilidade das ordens forenses”, desconhecidas pelos iniciantes, mas importantes no *fair play*, concluindo, ao fim, que “a lealdade prescrita pelo art. 88 é a lealdade no jogo: o jogo, isto é, a competição de habilidade, é lícito, mas não se permite fazer armadilhas” (**Calamandrei, 1999:229**).

Não obstante o literal teor do art. 88, do CPC italiano, defende que “a lei não cria a cargo da parte deveres jurídicos que lhe possam ser impostos contra sua vontade, senão que coloca frente à sua vontade, no momento em que ela vá a se determinar, uma série de admonições e de estímulo psicológico em virtude dos quais pode ocorrer que a parte se convença de que é interesse seu o responder segundo a verdade ao interrogatório, se prestar voluntariamente às inspeções ordenadas pelo juiz e, mais em geral, ter no processo um comportamento submisso e leal: é dizer, que se convença de que futuramente também no processo a honestidade termina por ser um bom negócio” (**Calamandrei, 1999:246**).

Em outros termos, assimila o dever de lealdade a um mero ônus, imposto mediante “estímulos psicológicos” e não propriamente “sanções”, dependendo da voluntária aceitação pela parte processual. E não se trata de voz isolada na doutrina italiana.

Liebman também afirma que “o processo civil, com sua estrutura em contraditório, na qual é atribuída às partes a tarefa de sustentar as próprias razões, é essencialmente refratário a uma

rigorosa disciplina moralística do comportamento das partes. Se qualquer litigante pode contar para vencer apenas com sua própria capacidade de fazer valer os elementos e os argumentos favoráveis, não se pode pretender que forneça também aqueles que lhe são desfavoráveis e que poderiam ajudar o adversário. Um dever assim não teria qualquer possibilidade de ser observado e teria como único resultado por em dificuldades a parte mais honesta.” (1981:107).

Em seguida, reporta-se igualmente às “regras do jogo”, sendo flagrante a influência do ensaio de Calamandrei: “se bem que no processo se desenvolva uma luta na qual qualquer um se vale livremente das armas disponíveis, esta liberdade encontra limite no dever de observar ‘as regras do jogo’: estas exigem que os contendores se respeitem reciprocamente nas suas vestes de contraditores em juízo, segundo o princípio da igualdade de suas respectivas posições, por isso qualquer parte de evitar de recorrer a manobras ou artificios que poderiam impedir a outra de fazer valer as suas razões diante do juiz, em todos os modos e com todas as garantias estabelecidas em lei” (Liebman, 1981:108).

Mesmo **Carnelutti**, que nas considerações sobre o projeto preliminar Solmi defendia a instituição de um dever de veracidade, nos moldes constantes do Projeto da Subcomissão Mortara, posteriormente escreve em seu Sistema: “ao buscar sua solução, é preciso diferenciar bem seu lado lógico do seu lado prático. Sob o primeiro destes aspectos, a moderna concepção do processo civil elimina todos os obstáculos contra o reconhecimento da obrigação: como o processo tramita sob o interesse público e por isto tende a um resultado justo, como a parte serve ao processo e não o processo à parte, não existe a mais remota razão para subtrair a ação da parte daqueles preceitos que o interesse público reclama (...). Por outro lado, do ponto de vista da conveniência, a questão é muito delicada. Com efeito, se é verdade que também a parte, como a testemunha, é um instrumento do processo, é, sem embargos, um instrumento que opera de um modo inteiramente diverso. As vantagens que o processo dela obtém dependem, sobretudo, de sua iniciativa e, portanto, de sua liberdade. Qualquer limite imposto a esta se desenvolve por meio do contraditório, e do contraditório, que é uma forma de luta, não se pode, senão de um

modo relativo, desterrar sua força e astúcia. Em suma, quanto mais se atam as mãos das partes, tanto mais, junto com o perigo do engano e da mentira, se desvanece também o benefício de sua ação” (1944:627).

Aldo **Attardi**, embora afirme que as partes não devem “praticar atos que comprimam ou limitem o direito de defesa da outra parte”, nem “desenvolver atividades dilatórias ou supérfluas”, afirma que “o dever de lealdade e probidade não implica, por outro lado, uma obrigação de veracidade” (1994:370).

Calamandrei, inclusive, além de negar terminantemente o dever jurídico de dizer a verdade, que “leva diretamente à legitimação da tortura”, bem como “a obrigação jurídica de responder ou de manter perante o juiz uma conduta que pareça inspirada em colaboração ou submissão”, chega ao ponto de duvidar se existe mesmo um “dever moral” de fazê-lo (1999:243-245).

Enfim, não obstante o art. 88 aparentemente proíba qualquer conduta desleal no processo, incluindo-se as mentiras e as falsidades, a doutrina italiana restringe a sua aplicabilidade, negando a existência de um rígido controle de moralidade no processo.

3. A RESPONSABILIDADE AGRAVADA EX ART. 96, CPC

3.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

No art. 96 do Código de Processo Civil italiano se encontra outro dispositivo tendente à repressão da má conduta processual, mediante o instituto da “responsabilidade agravada”, *in verbis*:

96. Responsabilità aggravata. – Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che, liquida, anche d'ufficio, nella sentenza.

Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudizi-

ale, o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente.

Observe-se que no seu Sistema de Processo Civil, escrito ainda sob a vigência do Código de 1865, **Carnelutti** já afirmava que a responsabilidade por lide temerária representa uma “ampliação” da responsabilidade pela despesas processuais, “pelo que se pode chamar de pagamento agravado ou qualificado” (1944:129).

A expressão, porém, sofre várias críticas por parte da doutrina. **Beghini**, por exemplo, não a considera exata, pois “não se trata de um agravamento de outra preexistente hipótese de responsabilidade” (2003:8).

Massimo Bianca, por outro lado, comparando a responsabilidade ex art. 96, CPC, com a responsabilidade aquiliana genérica do art. 2.043, do Código Civil italiano, conclui que “o direito de não sofrer turbações processuais é assim tutelado menos intensivamente que outros direitos, no quanto sua lesão pode ser invocada apenas em presença de ações ou resistências dolosas ou gravemente culposas”.

Deste modo, entende que “ao contrário da qualificação de responsabilidade ‘agravada’ – referente ao maior ônus imposto à responsabilidade, com referência ao simples encargo das despesas – se trata assim de uma responsabilidade atenuada” (**Bianca, 1993:351**).

Não se estranha, portanto, que a expressão “lide temerária” permaneça em uso na doutrina e na jurisprudência, conquanto não mais encontre assento no Código de Processo Civil (**Beghini, 2003:7**).

Por outro lado, a doutrina italiana ainda se debate quanto às suas relações com a mencionada responsabilidade aquiliana ex art. 2.043, do CC.

Pajardi, embora reconheça a autonomia da responsabilidade processual agravada, concebe esse instituto como *species a ge-*

nus em relação àquela responsabilidade aquiliana genérica da Lei Civil. (1959:19).

Neste sentido, afirma que se pode falar em uma responsabilidade processual “apenas em relação ao meio com o qual se provoca o dano, assim como quando se fala em responsabilidade assecurativa ou automobilística não se entende aludir a um *quartum genus* mas à espécie de um gênero” (Pajardi, 1959:22).

Partindo da premissa pela qual “as despesas são também danos”, pois representam uma “diminuição patrimonial relativa a um sujeito” (sobretudo as despesas irrepetíveis, como por exemplo as comunicações telefônicas entre a parte e o próprio representante), ao final conclui que mesmo a responsabilidade pelas despesas processuais, ainda que não agravada pelo dolo ou culpa grave, inclui-se também como espécie da responsabilidade civil aquiliana (1959:21-5).

Enfim, as diferenças entre a responsabilidade aquiliana geral e a específica (de natureza processual) se resumiriam basicamente ao elemento subjetivo, pois a responsabilidade específica exige o dolo ou culpa grave, enquanto a geral se contenta com a culpa leve (Pajardi, 1959:27).

Embora discorde parcialmente de Pajardi, Massimo **Bianca** afirma que “a responsabilidade processual é uma das hipóteses de responsabilidade especial e, embora diferenciada no tocante ao ilícito de que cuida o art. 2.043 do CC, inclui-se na categoria dos ilícitos extracontratuais. Precisamente, esta integra uma ilícita invasão de outra esfera jurídica, mas requer os pressupostos específicos previstos na lei processual” (1993:348-58).

Não obstante aponte o “escasso interesse dos civilistas pela responsabilidade processual” como indício de que esta não se inclui no tema da responsabilidade civil, nega terminantemente a sua “exclusiva inserção no âmbito dos princípios processualísticos” (Bianca, 1993:343-347).

É a mesma tese que defende **Zanzucchi**, quando afirma que “a grandeza do dano deve ser apreciada segundo as normas contidas no direito substancial” (1964:379) e Manlio **La Rocca**, quando afirma que a responsabilidade em comento é uma “responsabi-

lidade substancial reflexa no processo” (1963:23).

Na jurisprudência italiana, em certa época histórica, chegou-se a distinguir os casos de procedimento injusto e de procedimento ilegítimo, ou seja, “incoado para tutela de direitos substantivos inexistentes” e “iniciado para a tutela de direitos existentes, mas em desprezo às *formalités* do procedimento”, respectivamente.

A responsabilidade, no primeiro caso, seria subsumida ao art. 96, do CPC, e, no segundo, ao art. 2.043, do Código Civil. Entretanto, a “incoerência da distinção, de qualquer modo não mais em auge nos nossos dias, é dada pelo fato de que a gênese da responsabilidade agravada pressupõe de um lado a inexistência do direito substancial e de outro a irritualidade do procedimento” (Cordopatri, 2000:223).

De qualquer sorte, a Corte de Cassação assentou em outubro de 1999 que “o art. 96 do CPC contém uma integral e completa disciplina da responsabilidade processual, exaurindo-se todas as hipóteses, com a conseqüente impossibilidade de se aplicar o art. 2.043 do CC”, o que põe termo à discussão (Beghini, 2003:75).

Por outro lado, também é freqüente na doutrina italiana se discutir a relação entre a responsabilidade agravada (art. 96) e a responsabilidade decorrente de violação ao dever de lealdade processual (arts. 88 e 92).

Segundo Cordopatri, a correlação da responsabilidade agravada com a ilicitude do ato processual, no sistema anterior ao Código de 1940, coordenava-se “com a arcaica conotação penalística da condenação nas despesas”. Com o retorno à tradição do direito intermédio e do direito comum, “a responsabilidade emerge da análise da modalidade do exercício de poderes e/ou faculdades e do inadimplemento (ou irrituo adimplemento) de deveres e/ou obrigações processuais”, assumindo sempre “conotações de tipo ressarcitório” (2000:57-8, 79).

Deste modo, afirma que se pode falar genericamente em um “ilícito processual”, cuja sanção é constituída ora pelo reembolso das despesas e ora pela responsabilidade agravada (Cordopatri, 2000:116). “A relação entre a responsabilidade processual e a responsabilidade agravada finda por ligar duas realidades de fato ho-

mólogas, mas nas quais o *status* subjetivo opera com diverso gradiente” (Cordopatri, 2000:568).

Em sentido contrário, Liebman afirmava que “o dever de comportamento leal não tem, por sua vez, nada a ver com a responsabilidade agravada do art. 96, que se refere ao *animus* com o qual a parte sucumbente é movida a agir ou a resistir em um processo” (1981:109).

Beghini também nega a existência de qualquer vínculo entre a responsabilidade agravada e a violação de deveres processuais. Em suas palavras: “enquanto o art. 96 do CPC exige a sucumbência da parte que cometeu o ilícito processual e dá lugar à obrigação de ressarcimento dos danos, o art. 92, parágrafo primeiro, do CPC, prevê que a violação do dever de lealdade e de probidade, a prescindir da sucumbência, dá vez apenas à condenação o reembolso das despesas não repetíveis” (2003:9).

Interessante observar que, consoante precedentes da Corte de Cassação, acostados pelo mencionado autor, mesmo se verificados os pressupostos do art. 92, do CPC, “o juiz não é todavia obrigado a pronunciar a condenação, tratando-se de uma faculdade discricionária – e não de um dever – cujo não exercício não requer, nem ao menos, para o juiz, a obrigação de motivação” (Beghini, 2003:9).

3.2. PRESSUPOSTOS: SUCUMBÊNCIA, MÁ-FÉ E/OU CULPA GRAVE

De qualquer modo, vinculando-se ou não a responsabilidade agravada ao dever geral de lealdade, tem-se a necessidade de se analisar o seu vínculo com a sucumbência e com o elemento subjetivo do agente.

Nas palavras de Cordopatri, “o intérprete é constrito a navegar, nos dias de hoje, entre a Caribde da avaliação (objetiva) do erro e/ou da falta de fundamentação da pretensão, por um lado, e a Cila da apreciação da consciência que o litigante tinha sobre tal e, então, da escusabilidade, por outro lado” (2000:5).

Por um lado, a mera sucumbência não poderia configurar um fato ilícito, para fins de agravamento da responsabilidade, sob pena de violar o direito constitucional de acesso ao Judiciário, punindo o mero ingresso da demanda ao único fundamento de não ter o autor direito à providência pleiteada.

Por outro lado, é arraigada no direito italiano a tese pela qual a parte que possuía, ao menos em parte, o direito pleiteado no processo, não pode ser condenada a ressarcir os danos, ainda que tenha atuado com dolo ou culpa grave. “Tal princípio encontra sua razão de ser no fato de que, se a demanda proposta é acolhida ao menos em parte, isto significa que o direito deduzido em juízo subsistia e que a parte deveria recorrer ao juiz para fazê-lo prevalecer” (Beghini, 2003:97).

Por outro lado, não é necessário que o sucumbente seja condenado nas despesas para fins de responsabilidade agravada, pois esta é cabível mesmo nos casos de compensação. “Assim pode existir condenação aos danos sem condenação nas despesas e, porque a compensação comporta conceitualmente uma dupla condenação, em definitivo pode haver condenação aos danos e às despesas a favor da outra parte condenada apenas nas despesas” (Pajardi, 1959:20).

Convém destacar, ademais, que a jurisprudência vem ampliando o conceito de sucumbência, de modo a alcançar “todas as hipóteses em que, em um procedimento judicial (de cognição, executivo, cautelar ou de jurisdição voluntária), a demanda da parte não venha acolhida, por qualquer razão, seja esta de rito ou de mérito” (Beghini, 2003:93). E consoante precedente da Corte de Cassação, assentado em agosto de 2002, a sucumbência total é “considerada em relação ao êxito final do juízo”, que não se altera “pelo fato de ter sido considerada infundada uma exceção processual levantada pela parte vitoriosa no mérito” (Beghini, 2003:98).

Nas palavras de Cordopatri, “a pretensão de relacionar a temeridade da lide com a pronúncia sobre o direito material” findaria por “inserir a noção de responsabilidade agravada no contexto teórico de uma concessão da ação em sentido concreto”, o que não se conciliaria com a posição ostentada pela parte nos processos não contenciosos (2000:57).

Ademais, a “leitura tradicional” da sucumbência, como verdadeira e própria declaração negativa do direito, ou seja, uma verdadeira e própria declaração da inexistência do direito, findaria assimilando os elementos constantes do *caput* do art. 96 com os presentes em seu parágrafo primeiro.

Com efeito, a menção ao “acertamento da inexistência do direito”, contida no parágrafo primeiro, restaria sem sentido caso possuísse o mesmo valor semântico do vocábulo sucumbência, que deve, portanto, ser interpretado “com um sentido peculiar” (**Cordopatri, 2000:561**).

Quanto ao elemento subjetivo constante no *caput* do art. 96, preleciona **Liebman**: “a primeira hipótese é aquela do litigante temerário: este é o sucumbente que agiu ou resistiu em juízo com má-fé ou culpa grave, quando, isto é, sabia ou devia saber que estava errado (art. 96, cpc). O fundamento desta responsabilidade é assim subjetivo, mas a dificuldade de indagar diretamente o ânimo do litigante constrange a recorrer também a elementos objetivos, atos a identificar a existência da lide temerária, a qual por isso resta considerada existente quando a pretensão ou a resistência é claramente infundada” (**1981:115**).

Entretanto, dois aspectos devem ser considerados.

Em primeiro lugar, como adverte Pajardi, “a lei parifica o dolo à culpa grave, o que, ao menos sobre o plano de enquadramento teórico, complica as coisas”.

Com efeito, “a culpa grave não se afasta do conceito de culpa, a qual como fonte genérica de responsabilidade pressupõe o dever de prever (ou de saber, se o fato é atual ou passado): a culpa grave implica uma violação macroscópica de tal dever, como a culpa levíssima uma violação mínima” (**Pajardi, 1959:69**). E conclui o mencionado autor: “o problema mais delicado é em ordem ao grau particular de culpa” (**Pajardi, 1959:28**).

Por outro lado, discute-se no direito processual italiano a figura do abuso do direito, que não se enquadra com perfeição nos padrões de subjetividade impostos pelo art. 96, do CPC italiano.

Como afirma **Cordopatri**, “sob o próprio plano processual, a noção de abuso não pode ser confundida (ou feita coincidir) com a

noção de temeridade da lide. O abuso além ao (ato de) exercício do instrumento processo e/ou do ato processual singular, enquanto a fatispécie de que trata o art. 96 do CPC reclama, para a correlação imprescindível com a sucumbência, a situação jurídica substancial” (2000:139).

Em síntese, “o problema do abuso é, por assim dizer, de objetivação” (Cordopatri, 2000:144).

O fenômeno da objetivação da responsabilidade não é estranho ao direito italiano. **La Rocca** já destacava que, “em alguns casos, exigências particulares induzem o legislador a dar relevo apenas à conduta exterior de modo a eliminar as dificuldades inerentes ao acerto do elemento psicológico e tornar mais ágil a aplicação da norma”, embora considere o elemento subjetivo “sempre relevante em tema de responsabilidade por dano processual” (1963:41-4).

Pajardi, igualmente se referindo ao ordenamento jurídico em geral, aponta que “a boa-fé adquiriu um valor objetivo, pelo qual não basta que o sujeito não saiba, mas ocorre que não esteja em culpa no não saber. Opera-se em suma uma transposição: se substitui ao sujeito real um sujeito ideal médio, ou melhor, normal, encontrado pela análise estatística das personalidades humanas, e se finge que seja o segundo a operar” (1959:128).

Entretanto, em termos de responsabilidade agravada, permanece exigindo o dolo subjetivo, o dolo instrumental (“o primeiro se concreta na consciência de não ter razão ao exercitar uma ação ou ao resistir a ela; o segundo no consciente emprego de meios dirigidos a desviar o curso da justiça”) ou a culpa grave (**Pajardi, 1959:353**).

Enfim, decidiu reiteradamente a Corte de Cassação que, para fins de responsabilidade agravada, exige-se a ausência “daquele mínimo de diligência suficiente para se perceber a falta da fundamentação da própria demanda ou exceção” (**Beghini, 2003:147**). Não se acolhe a responsabilidade objetiva, nem se aplica a condenação com base na culpa leve.

3.3. RESPONSABILIDADE AGRAVADA EM SEDE DE EXECUÇÃO OU CAUTELAR

No *segundo comma* do art. 96, o Código de Processo Civil se refere à responsabilidade do requerente pela transcrição de demandas judiciais, pela inscrição de hipotecas judiciais, pela execução provisória de sentenças e pela efetivação de provimentos cautelares.

A jurisprudência acolhe “uma noção muito ampla” de provimento cautelar, aplicando o dispositivo em comento mesmo a casos de “provimento com natureza apenas vagamente cautelar” (**Beghini, 2003:163**).

No mesmo sentido, **Cordopatri** afirma, com base na jurisprudência, que o art. 96 do CPC atinge também provimentos de instrução técnica preventiva, provimentos de urgência, provimentos de nunciação, “mas, segundo alguns, não alcança o provimento de inibitória” (**2000:601**).

Quanto aos seus elementos, o dispositivo se contenta com a simples “falta da normal prudência”, não exigindo dolo ou culpa grave. Por outro lado, faz-se menção à “declaração de inexistência de direito”, expressão que, como visto, é mais restrita que a sucumbência.

Analisando a questão pelo elemento subjetivo, **Zanzucchi** afirma que o Código “graduou” as sanções, tornando-a “menos grave no âmbito do processo de conhecimento (art. 96, princípio); mais grave no âmbito do processo cautelar e executivo (art. 96)” (**1964:369**). É, aproximadamente, a mesma visão de Salvatore Satta, que considera a responsabilidade do art. 96, segundo *comma*, “uma situação intermediária entre ação judicial infundada e ação judicial proposta com má-fé ou com culpa grave” (**Satta, 2000:118**).

Apreciando o projeto preliminar Solmi, **Carnelutti** já criticara a inovação, considerando exagerada a inclusão da culpa leve como fonte de responsabilidade, “em contraste com o princípio bem firmado, pelo qual a responsabilidade processual por danos supõe a temeridade da ação (dolo ou culpa grave)” (**1937:73**).

Satta, entretanto, responde a crítica, demonstrando que “o título possui um valor meramente instrumental, não reconhece um direito, mas confere um poder, que a parte exercita se quiser, isto é, sob sua responsabilidade (2000:118).

De resto, a Corte de Cassação desde 1973 enunciou “o princípio pelo qual a parte que pede a tutela jurisdicional assume por isto mesmo o risco que da sua atuação possa resultar, ainda que mediante intervenção da discricionariedade ou erro do juiz, que de *per si* não exclui a responsabilidade de quem a solicita” (Beghini, 2003:90).

Mesmo que a “execução do provimento” não tenha ocorrido contra a vontade do sujeito chamado a adimplir, mas se dê com a sua cooperação, permanece a responsabilidade pelos danos. Segundo a jurisprudência da Corte de Cassação, basta que “o comando do juiz venha a se traduzir em uma correspondente situação de fato que a este se adequê” quer mediante a conduta espontânea do sujeito destinatário da ordem, quer pela execução forçada própria e verdadeira (Beghini, 2003:166).

Quanto à exigência de “reconhecimento da inexistência do direito”, observe-se que a jurisprudência italiana admite também “a notável desproporção entre o *quantum* reconhecido e aquele pelo qual foram solicitadas e executadas as medidas cautelares”, consoante assentado pela Corte de Cassação em fevereiro de 1994 (Beghini, 2003:100).

Por outro lado, quanto à relação entre o *caput* do art. 96 e o seu parágrafo primeiro, Pajardi assinala que a jurisprudência se divide em quatro linhas diferentes, *in verbis*:

“a) a disposição do *caput* do art. 96 cpc constitui um *quid pluris* em relação àquela disposição geral do primeiro parágrafo, com a consequência de que esta é limitada ao elemento da subsistência do direito, enquanto para todos os outros elementos se aplica a norma geral que exige o dolo, a culpa grave, e não apenas a culpa leve (normal prudência);

b) a disposição do *caput* do art. 96 cpc é excepcional em sentido absoluto, e portanto constitui uma derrogação completa da norma geral do primeiro parágrafo. Em consequência, os provi-

mentos especiais ali previstos constituem um único caso de responsabilidade agravada, restando excluída qualquer outra referência à deficiência de elementos diversos da subsistência do direito;

c) entre as duas mencionadas soluções opostas há duas intermediárias. Segundo a primeira, a interpretação do *caput* do art. 96 cpc deve ser substancial e intensiva, a compreender, sobre a base de uma substancialidade do direito à cautela, assim quanto à execução, também as deficiências dos outros elementos diversos do direito subjetivo substancial, como o *periculum in mora*;

d) a segunda das duas soluções intermediárias é talvez a mais audaz e, no quanto não a aceite, para mim densa de interesse, porque tenta por em contato direto com a responsabilidade extracontratual genérica. De fato, partindo dos pressupostos e em fundo das mesmas conclusões da tese b), acrescenta que todos os outros casos, como o defeito de ritualidade do procedimento, são regulados diretamente pelo art. 2.043, c. c.” (**Pajardi, 1959:363-4**).

Na sua opinião, o primeiro *comma* “é aplicável a qualquer processo e assim também àquelas ações particulares elencadas no segundo parágrafo, inclusive às cautelares”, toda vez que não ocorra a declaração de inexistência do direito, mas haja sucumbência por outros motivos (como a ausência de *periculum in mora*) e se verifique dolo ou culpa grave (**Pajardi, 1959:367**).

Com efeito, prevalece na jurisprudência a tese pela qual a segunda parte do art. 96 se aplica apenas aos atos praticados “com base em um provimento revogado pela falta de direito substancial (procedimento injusto)”, enquanto aos casos de “revogação por falta de pressupostos específicos do provimento (procedimento irritado)” seria aplicável a primeira parte da norma (**Bianca, 1993:344**).

Neste sentido, **Beghini**, por exemplo refere-se a decisões da Corte de Cassação prolatadas em 1998, aplicando a primeira parte do art. 96 do CPC a transcrições ilegítimas, reservando a segunda parte do dispositivo para “casos de transcrição legítima, mas injusta” (**2003:170**).

Em síntese, “a Suprema Corte precisou, em relação às hipóteses de execução de um provimento cautelar, que os requisitos para a condenação por responsabilidade agravada [*ex art. 96, se-*

condo comma] são três: a) que o provimento mencionado seja emitido sem fundamento jurídico, sendo inexistente o direito com base em que foi requerido e executado; b) que o requerente tenha agido sem a normal prudência; c) que o dano lamentado seja consequência direta da execução do provimento” (**Pajardi, 1959:360**).

3.4. ALGUNS ASPECTOS FORMAIS: PROVOCAÇÃO, COMPE- TÊNCIA E LIQUIDAÇÃO DO DANO

Já nos primeiros estudos sobre o dolo processual discutia-se a possibilidade ou não de o juiz, *ex officio*, aplicar as sanções impostas pelo ordenamento.

De um lado, afirmava-se que o magistrado, mesmo reconhecendo a temeridade da lide, não poderia pronunciar a condenação ao ressarcimento dos danos sem a instância da parte interessada, pois “no juízo civil vige o princípio pelo qual não se pode julgar o que não é demandado” (**Guido, 1933:101**).

Outros autores já intuía que o reconhecimento da temeridade da demanda representa “uma sanção para combater a calúnia processual”, tutelando o próprio interesse público. Deste modo, poderia ser pronunciada sem a demanda expressa do interessado, sendo lícito ao magistrado proferir igualmente a “condenação, ao menos genérica, aos danos” (**Lipari, 1926:42; Zani, 1931:268**).

Atualmente, em face do literal teor do art. 96, do CPC italiano, não é possível a condenação *ex officio*. Observe-se, inclusive, que a Corte de Cassação entende que, requerida a condenação com vistas à primeira parte do art. 96, do CPC, é *extra petita* a decisão que acolhe a demanda com base na segunda parte do dispositivo, e vice-versa (**Beghini, 2003:25**).

Outro ponto importante diz respeito à competência para apreciar a demanda de ressarcimento nos danos. Gino **Zani** considera “inexata” a “tese pela qual o accertamento da temeridade apenas pode ser feito pelo juiz que conhece a causa na qual esta foi praticada” (**1931:269**). E, para **Pajardi**, “a competência para decidir sobre o *an* é funcionalmente do juiz do mérito, em sentido absolu-

to, tratando-se de um juízo sobre o 'seu' processo (...). Porém a competência sobre o *quantum* é funcional e assim em derrogação às normas comuns sobre a competência, mas em favor e não em desfavor do titular do direito, no sentido de que ele pode se beneficiar ou não da concentração processual" (1959:358).

Em sentido contrário, consoante Manlio **La Rocca**, "a aplicação da sanção no mesmo processo em que foi cometido o ilícito não é um puro aspecto exterior do fenômeno: esse vale para caracterizar um inteiro sistema de normas baseado sobre exigências particulares de imediatidade da sanção e de utilização (...) do conhecimento direto dos fatos por parte do titular do poder de ordem processual. Sobre tais exigências se funda o princípio da competência exclusiva do juiz do processo no qual foi cometido o ilícito, para aplicação das respectivas sanções" (1963:63).

De qualquer forma, a Corte de Cassação acolhe o "princípio da concentração necessária dos dois juízos" (Beghini, 2003:22). Deste modo, consoante assentado pela mencionada Corte em novembro de 1992, a competência para o art. 96 é "exclusiva e inderrogável do juiz investido na causa principal", pois, "a valoração do pressuposto da responsabilidade processual é assim estritamente ligada à decisão de mérito, de modo que comporta a possibilidade, caso fosse separadamente proposta, de um contraste entre os julgados" (Beghini, 2003:15).

Este princípio, levado à risca, gera dificuldades, por exemplo, quando o requerente da medida cautelar não ajuíza o feito principal, no qual seria apreciada a existência ou não do direito material que embasou a concessão do provimento. Voluntariamente ou não, o requerente estaria impedindo o requerido de ajuizar a demanda ex art. 96, CPC, subtraindo-lhe o substrato necessário à proposição da sua ação.

Nesses casos a Corte de Cassação permite excepcionalmente o ajuizamento da demanda de mérito pelo próprio requerido, para nela propor a demanda pelos danos. Porém, torna-se atribuição do requerido, agora investido na qualidade de autor da demanda principal, demonstrar a inexistência do direito pelo qual foi concedido o provimento cautelar (Beghini, 2003:49). A atuação do requerente, de qualquer modo, traz-lhe um grande bônus, desincum-

bindo-o do ônus da prova e facilitando sua defesa na demanda de ressarcimento dos danos.

De um modo geral, também assiste ao autor da demanda de ressarcimento o ônus de provar a existência do dano, discutindo-se a possibilidade ou não de liquidação por equidade.

Para **Cordopatri**, “o *an* deve ser provado, enquanto o *quantum*, diante da liquidação oficiosa *a parte iudicis*, pode ser provado de todos os modos e inclusive subordinado à valoração eqüitativa” (2000:599).

Beghini sintetiza os dois entendimentos contrastantes: “segundo o entendimento mais rigoroso, a parte requerente deve fornecer a prova do montante do dano sofrido. Portanto, onde dos atos do processo não resultem elementos objetivos pelos quais se deduz a existência concreta do dano, nada pode ser liquidado, nem mesmo recorrendo a critérios eqüitativos. (...) Segundo o entendimento majoritário, por outro lado, a expressa previsão por parte de ambos os parágrafos do art. 96 do CPC ao poder de o juiz liquidar o dano inclusive de ofício, baseia-se na consideração de que tal dano – em norma – não pode ser provado no seu exato montante e que assim deve poder ser liquidado eqüitativamente pelo juiz” (2003:200).

Como decidiu a Corte de Cassação em 2002, “o juiz da admissibilidade tem a faculdade de deduzir o mencionado dano da noção de experiência comum e pode assim fazer referência também ao prejuízo que a parte sofreu em si, por estar constrangida a rebater uma iniciativa judiciária injustificada, não compensada, no plano estritamente econômico, pelo reembolso das despesas e dos honorários do procedimento, liquidáveis segundo tarifas que não concernem à relação entre a parte e o seu defensor” (**Beghini, 2003:201**).

Como resume **Liebman**, “a condenação ao ressarcimento dos danos é condicionada à análoga demanda e não pode ser pedida em juízo diverso e o acerto da temeridade da lide não é apreciável em cassação” (1981:115).

Por fim, a discussão teórica se mostra relativamente inócua, pois, como aponta **Redenti** em seus “perfis práticos do processo

civil”, teoricamente o litigante de má-fé deveria ser condenado a reparar os males causados. “Mas este dispositivo, escrito no Código, permanece praticamente estéril” (1989:143).

BIBLIOGRAFIA

ATTARDI, Aldo (1994). **Diritto processuale civile**, v. 1. Padova : CEDAM.

BEGHINI, Roberto (2003). **Comportamento processuale e risarcimento del danno**. Padova : CEDAM.

BIANCA, C. Massimo (1993). “Responsabilità processuale e illecito civile” *in* **Scritti in onore di Elio Fazzalari**, v. 1. Milano : Giuffrè, 343-358.

CALAMANDREI, Piero (1999). “O processo como jogo” *in* **Direito processual civil**, v. 3, trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas : Bookseller, 221-250.

CAPPELLETTI, Mauro (1974). “Ideologías en el derecho procesal” *in* **Proceso, ideologías, sociedad**, trad. Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJEJA, 3-31.

CARNELUTTI, Francesco (1944). **Sistema de derecho procesal civil**, v. 2, trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires : UTET.

CARNELUTTI, Francesco (1937). **Intorno al progetto preliminare del Codice di Procedura Civile**. Milano : Giuffrè.

CASTELLARI, Antonio (1927). “Volontà ed attività nel rapporto processuale civile” *in* **Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda**. Padova : CEDAM, 343-362.

CAVALLONE, Bruno (1989). “Il progetto Orlando” *in* TARZIA, Giuseppe; CAVALLONE, Bruno (org.). **I progetti di riforma del processo civile (1866-1935)**, t. 2. Milano : Giuffrè, 829-846.

CHIOVENDA, Giuseppe (2001). **La condanna nelle spese giudiziali**. Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane.

CHIOVENDA, Giuseppe (1912a). "Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno" *in* **Nuovi saggi di diritto processuale civile**. Napoli : Jovene, 95-110.

CHIOVENDA, Giuseppe (1912b). "Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto Orlando di riforme processuali" *in* **Nuovi saggi di diritto processuale civile**. Napoli : Jovene, 111-147.

CIPRIANI, Franco (1995). "Nel centenario del regolamento di Klein (il processo civile tra libertà e autorità)" *in* **Rivista di diritto processuale**, segunda série, a. 50, n. 4, out./dez. Padova : CEDAM, 969-1004.

CONIGLIO, Antonino (1927). "In tema di responsabilità per danni nel sequestro" *in* **Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda**. Padova : CEDAM, 363-376.

CORDOPATRI, Francesco (2000). **L'abuso del processo**. Padova : CEDAM.

DENTI, Vittorio (1971). **Processo civile e giustizia sociale**. Milano : Edizioni di Comunità.

GUARNIERI, Carlo (2001). **La giustizia in Italia**. Bologna : Il Mulino.

GUIDO, Umberto (1933). **Il dolo processuale civile**. Roma : Formiggini.

LA ROCCA, Manlio [1963]. **Profili di un sistema di responsabilità processuale**. Napoli : Morano.

LIEBMAN, Enrico Tullio (1940). "Os trabalhos para a reforma do processo civil na Itália" *in* **Revista forense**, v. 81, n. 439/441, jan./mar. Rio de Janeiro : Forense, 78-82.

LIEBMAN, Enrico Tullio (1981). **Manuale di diritto processuale civile**, v. 1. 4ª ed. Milano : Giuffrè.

LIPARI, F. G. (1926). **Il dolo processuale**. Palermo : Orazio Fiorenza.

ORSUCCI, Pier Luigi Pollera (1943). **Limiti alla attività processuale delle parti**. Padova : CEDAM.

PAJARDI, Piero (1959). **La responsabilità per le spese e i**

danni del processo. Milano : Giuffrè.

PICARDI, Nicola (1989). "La riforma giudiziaria fra il XIX ed il XX secolo" *in* TARZIA, Giuseppe; CAVALLONE, Bruno (org.). **I progetti di riforma del processo civile.** Milano : Giuffrè, 3-17.

REDENTI, Enrico (1989). **Profili pratici del diritto processuale civile.** 2^a ed. Milano : Giuffrè.

SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine (2000). **Diritto processuale civile.** 13^a ed. Padova : CEDAM.

ZANI, Gino (1931). **La mala fede nel processo civile.** Roma: Foro Italiano.

ZANZUCCHI, Marco Tullio (1964). **Diritto processuale civile,** v. 1. 6^a ed., atual. Corrado Vocino. Milano : Giuffrè.