CÉSAR AUGUSTO LUIZ LEONARDO

**CONTRADITÓRIO, LEALDADE PROCESSUAL E DEVER DE
COOPERAÇÃO INTERSUBJETIVA**

Dissertação de Mestrado

Orientador: JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI

Faculdade de Direito da USP
São Paulo
2013

CÉSAR AUGUSTO LUIZ LEONARDO

**CONTRADITÓRIO, LEALDADE PROCESSUAL E DEVER DE
COOPERAÇÃO INTERSUBJETIVA**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito
Processual, pela Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo, sob orientação do
Professor Titular JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI.

São Paulo
2013

Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Leonardo, César Augusto Luiz.
L596c   Contraditório, lealdade processual e dever de cooperação intersubjetiva / César Augusto Luiz Leonardo. - - São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2013.
205 f.
Orientador: Prof. Dr. José Rogério Cruz e Tucci
Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013.

1. Processo Civil. 2. Contraditório. 3. Boa-fé . 4. Abuso do Direito. 5. Lealdade. 6. Cooperação. I. Tucci, José Rogério Cruz e. II. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.
CDU 347.9.01(043)

Nome: LEONARDO, César Augusto Luiz.

Título: Contraditório, lealdade processual e dever de cooperação intersubjetiva

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito
Processual, pela Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo, sob orientação do
Professor Titular JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI.

Aprovado em: _____.

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____. Instituição: _____.

Julgamento: _____. Assinatura: _____.

Prof. Dr. _____. Instituição: _____.

Julgamento: _____. Assinatura: _____.

Prof. Dr. _____. Instituição: _____.

Julgamento: _____. Assinatura: _____.

**À minha esposa, Heloisa, minha inspiração,
por sua *lealdade* e *cooperação* diária!**

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiro e sempre, a Deus, porque tenho sido abençoado em medida muito superior ao meu merecimento. Sem Ele, nada seria, valor algum teria qualquer conquista.

Ao meu orientador, Professor José Rogério Cruz e Tucci, por ter confiado em meu trabalho e por sempre ser solícito e compreensivo com as dificuldades surgidas no decorrer da orientação. Todas as ponderações feitas durante o desenvolvimento do trabalho foram valorosos. Muito me honra ser orientado por pessoa que tanto admiro, pois não bastasse sua respeitável e incontestável produção acadêmica, o contato como aluno e orientando me permite afirmar sem receio de errar que seus ensinamentos e sua personalidade cativante são dignos de todos os méritos que ostenta. Muito obrigado, professor!

Para a feição do trabalho que ora se apresenta, foram de incomensurável valia as percucientes considerações feitas por ocasião do Exame de Qualificação, em banca presidida pelo Professor José Rogério Cruz e Tucci, e composta pelos Professores Nestor Duarte e Heitor Vitor Mendonça Sica, que muito gentilmente se dispuseram a analisar o trabalho então apresentado, com observações deveras profícuas, que me suscitaram temas e vieses até então não vislumbrados.

Agradeço à Universidade de São Paulo e à Faculdade de Direito do Largo São Francisco pela experiência discente, quando tive a oportunidade de adquirir conhecimentos e maturidade acadêmica, pedindo vênias para que os cumprimentos sejam feitos em nome dos professores responsáveis pelas disciplinas cursadas: Flávio Luiz Yarshell, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Orestes Nestor Laspro, Cândido Rangel Dinamarco, José Roberto dos Santos Bedaque, Carlos Alberto Carmona e, novamente, José Rogério Cruz e Tucci.

Aproveito também para estender os cumprimentos aos professores auxiliares das disciplinas cursadas que tão gentilmente me acolheram e auxiliaram com as pesquisas necessárias, em especial, José Rubens de Moraes, Heitor Vitor Mendonça Sica, Bruno Freire e Silva, Suzana Henriques da Costa e Marcelo José Magalhães Bonício, bem como aos colegas que tanto contribuíram para que eu buscasse um conhecimento mais profundo de muitos institutos processuais.

Não poderia deixar de fazer distinção ao mestre e amigo Silas Silva Santos, cujo incentivo para o estudo do processo civil e à vida acadêmica veio logo nos primeiros anos de faculdade, quando fui seu aluno. Seus ensinamentos, que transcenderam a sala de aula, reverberaram em amizade que tanto prezo. Além do mais, a companhia no cumprimento dos créditos e os debates sobre inúmeros pontos do trabalho, sem contar com as incontáveis obras emprestadas, foram imprescindíveis para o resultado alcançado.

Também foi muito importante durante este período de pesquisa a amizade que se fez fortalecer com o Edinaldo César dos Santos Jr., em tempos tão agradáveis durante dias de muito estudo na capital paulista.

Ao amigo, o magistrado Samir Dancuart Omar, por sua amizade ímpar, por seu incentivo e por sempre lançar um olhar diferenciado sobre os temas que surgem em nossas conversas.

Aos colegas, funcionários e estagiários da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, sobretudo aqueles que incontáveis vezes me auxiliaram durante o cumprimento dos créditos e desenvolvimento da dissertação. Menciono nominalmente os colegas Defensores Públicos que atualmente compõem a Regional de Marília: Cássia Zanguetin Michelão, Eloísa Maximiano Goto, Fernando Rodolfo Mercês Moris, Flávio de Almeida Pontinha, e, em especial, ao amigo Lucas Pampana Basoli, nunca mediu esforços para ajudar-me sempre que preciso fosse. Também àqueles que por aqui passaram, mas que se foram, deixando fortes laços de amizade: Bruno Haddad Galvão e Felipe Estevão de Mello Gonçalves.

Também agradeço, por tudo o que me proporcionaram, aos amigos que fiz durante o tempo como aluno (da graduação e da especialização) e como professor nas Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, de Presidente Prudente, meus mestres, colegas e alunos.

Neste ano que se findou também tive o prazer de ser acolhido como membro do corpo docente da Universidade Eurípedes de Marília (Univem), colhendo o ensejo para agradecer à Reitoria, à Coordenação do Curso de Direito, aos colegas professores, funcionários e alunos pela excelente receptividade a mim deferida.

Por fim, reservei o final à minha querida família, incluindo aqui meus avós, tios, primos, sogros e cunhadas. Aos maiores exemplos que tenho nesta existência terrena, meus pais, José César Leonardo e Fátima Cristina Luiz Leonardo, por tudo o que fizeram por

mim. Por tudo o que me proporcionaram, por sua dedicação e abnegação, pelas suas orações; por nos alegrarmos e chorarmos juntos, todas as minhas conquistas são tributadas a vocês. Meus prezados irmãos, Guilherme Luiz Leonardo e Fábio Henrique Luiz Leonardo, amigos verdadeiros, que fazem com que eu sempre tente ser uma pessoa melhor, mesmo muitas vezes não conseguindo.

Àquela que é minha fiel companheira em todos os momentos, minha esposa Heloisa Lima Mendes Leonardo, a quem dedico o presente trabalho, e à minha pequena e querida filha, Raquel Mendes Leonardo, que em tão pouco tempo, cativou nossos corações e tornou-se a razão da nossa vida; tão pequena, já veio ao mundo nos dando exemplo de força e coragem para superar todas as dificuldades que a vida nos trouxe. O agradecimento a vocês duas é especial, por todos os momentos que deixei de estar presente ao lado de vocês, me privando desta companhia tão agradável. Espero que compreendam e continuem me apoiando, pois saibam que tudo o que faço é pensando em vocês. Amo muito vocês!

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo o estudo dos deveres de lealdade e cooperação intersubjetiva no direito processual civil brasileiro. Para tanto, parte-se do estudo do Processo Civil Constitucional, investigando temas como neoconstitucionalismo, neoprocessualismo e a teoria do diálogo das fontes como critério de aplicação do direito. Com esta análise, serão verificadas as opiniões de muitos teóricos acerca do conceito e do papel desempenhado pelos princípios, sobrelevando a importância do estudo dos princípios constitucionais aplicáveis ao processo, além de buscar uma breve distinção entre princípios e cláusulas gerais. Também se faz uma ponderação sobre o estudo da ideologia no processo, analisando as críticas e as respostas àqueles que entendem o dever de cooperação como traço autoritário do processo civil, além de trazer as advertências quanto ao uso excessivo dos institutos, e analisar os mecanismos de controle de aplicação. O trabalho ainda versa sobre a evolução conceitual do princípio do contraditório, e a sua correlação com o dever de cooperação, assim como sugere como premissas de aplicação adequada a boa-fé objetiva e a teoria do abuso do direito. O texto também analisa a natureza jurídica da cooperação processual, se ônus ou dever, para em seguida investigar a aplicação em relação aos sujeitos processuais, notadamente, as partes, seus procuradores e o juiz. Na última parte do seu desenvolvimento, a pesquisa passa a verificar a correlação entre os deveres de cooperação, lealdade e boa-fé processual perante o abuso do direito de ação, o abuso do direito de defesa, o dever de veracidade, a litigância de má-fé, o procedimento e a possibilidade de flexibilização, em matéria probatória (verificando, inclusive, quanto à flexibilização das regras de ônus da prova), as questões cognoscíveis de ofício (em especial, o conhecimento oficioso da prescrição), nos recursos e na fase de cumprimento de sentença e no processo execução. Por derradeiro, buscam-se algumas outras aplicações exemplificativas em searas específicas do processo civil brasileiro.

Palavras-chave: contraditório, cooperação, lealdade processual, boa-fé, abuso do processo.

ABSTRACT

The scope of the present work is to study the loyalty and intersubjective cooperation in the Brazilian civil procedural law. Therefore, it starts from the Constitutional Civil Process conception, investigating matters as neoconstitutionalism, 'neoprocessualism' and the theory of 'dialogue of sources' as law application criterion. With this analysis, will be checked the views of many theorists about the concept and role of principles, stressing the importance of the study of constitutional principles applicable to the process, in addition to seeking a brief distinction between principles and general clauses. It also considers the study of the procedural ideology, by analyzing the criticisms and the response to those who understand the duty of cooperation as an authoritarian trace of civil procedural law, besides to warn about the "overuse" of institutions and to analyze control mechanisms application. The work also deals with the conceptual evolution of the adversarial principle, and its correlation with the duty of cooperation, as well as suggests objective good faith and the abuse of rights theories as premises of its correct application. The text also examines the legal nature of cooperation procedure, if it is a burden or a duty, to then investigate the application in relation to procedural subjects, notably the parties, their attorneys and the judge. In the last part of the research's development, it shall verify the correlation between the duties of cooperation, loyalty, and procedural good faith in face to the abuse of the right to sue, abuse of the right of defense, the duty of truthfulness, litigation in bad faith, the proceedings and its flexibilization, proof matters (checking, also, the relaxation of the rules regarding the burden of proof), the issues that can be decided by the judge without requirement (especially, the prescription), appealing and phase of sentence enforcement and execution process. For the last, the survey seeks up some other exemplificative applications in specific areas of Brazilian civil procedural law.

Keywords: adversarial principle, cooperation, procedural loyalty, good faith, abuse of procedural rights.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	4
RESUMO	7
ABSTRACT	8
INTRODUÇÃO	11

CAPÍTULO I

DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

1. <i>Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo</i> e a constitucionalização do Direito	14
2. Princípios constitucionais aplicáveis ao processo civil	23
3. Princípios e cláusulas gerais	31

CAPÍTULO II

BREVE ANÁLISE DA IDEOLOGIA NO PROCESSO E O DEVER DE COOPERAÇÃO

1. Noções gerais sobre ideologia e processo	34
2. Críticas ao caráter autoritário do processo	36
3. Segue: resposta às críticas “neoprivatistas”	40

CAPÍTULO III

COOPERAÇÃO, LEALDADE E BOA-FÉ PROCESSUAL

1. Noções gerais	49
2. Princípio do contraditório como dever de cooperação	49
3. Cooperação, lealdade e boa-fé processual	53

4. Segue: cooperação e abuso do processo	64
5. Cooperação: ônus ou dever?	77
6. Segue: cooperação e os sujeitos processuais	80
(i) <i>Dever de cooperação das partes</i>	80
(ii) <i>Dever de cooperação dos procuradores</i>	89
(iii) <i>Dever de cooperação do juiz</i>	92
7. Advertências quanto à “superutilização” dos institutos, e mecanismos de controle de aplicação	97

CAPÍTULO IV

APLICAÇÕES DO DEVER DE COOPERAÇÃO, LEALDADE E BOA-FÉ PROCESSUAL

1. Abuso do direito de ação	99
2. Abuso do direito de defesa	102
3. Dever de veracidade	105
4. Litigância de má-fé	115
5. Cooperação no procedimento e a possibilidade de flexibilização	119
6. Segue: cooperação em matéria probatória	127
7. Segue: cooperação nas questões cognoscíveis de ofício	143
8. Segue: conhecimento de ofício da prescrição	151
9. Abuso do direito de recorrer	159
10. Cooperação na fase do cumprimento de sentença e no processo de execução	170
11. Outras aplicações do dever de cooperação, lealdade e boa-fé processual	181
CONCLUSÃO	184
REFERÊNCIAS	187

INTRODUÇÃO

A doutrina clássica¹ sempre cuidou do princípio do contraditório ligando-o à ideia de participação bilateral e ao binômio “informação-possibilidade de reação”, de maneira que ambas as partes litigantes deveriam se manifestar perante o Estado-Juiz antes que este decida sobre a lide posta em juízo.

Todavia, a abrangência que a doutrina moderna tem imprimido ao princípio do contraditório e seus efeitos extrapola os contornos e definições tradicionais sobre o tema.

Neste sentido, o contraditório tem sido enxergado como fator legitimador das decisões do Poder Judiciário, na medida em que possibilita que as partes se manifestem, e, assim, participem da decisão. A participação no processo efetiva-se por intermédio do contraditório e dá o viés democrático, para o fim de tornar legítimo o exercício da jurisdição.

Na mesma senda, defende-se que não mais satisfaz uma garantia meramente formal ao contraditório, pois este deve ser substancial, de modo a possibilitar um efetivo *poder de influência* na decisão, sob pena de se tornar uma garantia vazia e desprovida de qualquer utilidade.

O princípio do contraditório também tem sido apontado como pedra de toque para permitir a flexibilização procedimental e das formalidades do processo, ferramenta útil para a aplicação adequada do princípio da instrumentalidade das formas.

Mas, não é só: sob o espectro do princípio do contraditório, diversos autores inserem o dever de cooperação intersubjetiva, que vincula inclusive o Magistrado, impondo diversos deveres, tais como: dever de prevenção, de consulta e auxílio às partes, dentre outros. E, ancorando-se em tal concepção, diversos doutrinadores concluem que uma das consequências práticas seria a necessidade de manifestação das partes mesmo nas questões cognoscíveis de ofício.

E, ao se vislumbrar o dever de cooperação intersubjetiva, abre-se espaço para a incidência de cláusulas gerais (*standards* jurídicos) no direito processual civil, tais como a lealdade e a boa-fé objetiva. Com efeito, ao se reconhecer a aplicação da boa-fé objetiva no

---

¹ MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo. Saraiva. 1937, p. 104: o contraditório, constitui, em suma, “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”.

âmbito da relação jurídica processual, possibilita-se que o Magistrado tenha um novo cabedal hermenêutico na análise dos atos processuais, deixando o raciocínio simplório de subsunção dos fatos à hipótese abstrata prevista na lei, em prol de um *standard* de conduta ideal, cujo descumprimento acarreta consequências que só podem ser estabelecidas no caso concreto. Há, ainda, como consequência, a imposição de deveres laterais de conduta a todos os que intervenham no processo, tais como o dever de informação (ou esclarecimento), de lealdade, de cooperação, de sigilo e de segurança (ou proteção). Ademais, dá ensejo à aplicação das formulações que decorrem das funções da boa-fé objetiva, em especial, *venire contra factum proprium non potest* (teoria dos atos próprios ou vedação do comportamento contraditório), a *suppresio* e a *surrectio*, a *exceptio doli*, a regra *tu quoque*, além dos deveres laterais de conduta já mencionados.

Diante de todo este inextricável teórico, faz-se necessário um estudo holístico do processo civil, verificando o impacto dos atuais contornos e aplicações do princípio do contraditório.

Para tanto, faz-se necessário partir da análise da Constitucionalização do Direito, e, assim, da Constitucionalização do Processo Civil, uma vez que o tema insere-se no âmbito do Direito Processual Civil Constitucional. Por este motivo, serão trazidas à tona as discussões doutrinárias a respeito do *neoconstitucionalismo*, *neoprocessualismo* e a constitucionalização do Direito. Neste mesmo sentido, apurar-se-á a teoria do diálogo das fontes como critério de aplicação do Direito, e, após, verificar-se-á o conceito dos princípios constitucionais aplicáveis ao processo civil, além de distingui-los das cláusulas gerais.

Superada esta primeira parte, ainda em sede preliminar, será feita uma breve análise sobre a influência da ideologia nos institutos processuais, com enfoque nas críticas que parte da doutrina faz acerca do caráter autoritário do processo. Analisar-se-ão as críticas aos institutos da cooperação, lealdade e boa-fé processual, buscando verificar também as respostas às críticas correntes.

No terceiro capítulo, far-se-á breve análise histórico-evolutiva do princípio do contraditório, desde seu surgimento até chegar-se aos seus contornos atuais, questionando-se se o dever de cooperação e a lealdade processual efetivamente derivam desta “nova feição” dada ao referido princípio ou encontram outras matizes axiológicas, analisando-se a maneira como cooperação, lealdade e boa-fé processual interagem entre si, bem como com a teoria do abuso do direito.

Ainda, o capítulo abordará a natureza jurídica, inquirindo se a cooperação intersubjetiva se reveste das características de ônus ou de dever processual, além de verificar as diferentes aplicações em relação aos sujeitos processuais (notadamente, as partes, seus procuradores e o juiz), para findar com as advertências feitas quanto à superutilização dos institutos, e mecanismos de controle de sua aplicação.

Feitas estas considerações iniciais, aferir-se-ão todas as consequências e os impactos do reconhecimento do dever de cooperação, de lealdade e boa-fé processual em diversas esferas processuais, especialmente nas seguintes searas: direito de demandar, direito de defesa, dever de veracidade, litigância de má-fé, procedimento e possibilidade de flexibilização, matéria probatória, questões cognoscíveis de ofício, direito de recorrer, fase do cumprimento de sentença e processo de execução.

O objetivo do trabalho é analisar os pontos mais sensíveis do processo sob o prisma do princípio do contraditório, do dever de lealdade processual e do dever de cooperação intersubjetiva, valendo-se da teoria do abuso do direito e do princípio da boa-fé objetiva como vetores para as suas aplicabilidades.

CAPÍTULO I

DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

1. *Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo e a constitucionalização do Direito.*

O tema em debate somente faz sentido diante de uma concepção constitucional do Direito Processual Civil, de modo que, antes de ingressar na análise do objeto do trabalho, como premissa metodológica, mister se faz esclarecer o fenômeno que a doutrina vem chamando de “constitucionalização do direito”, e, mais especificamente, a “constitucionalização do processo civil”.

De há muito, FREDERICO MARQUES já destacava que o arcabouço legal do Direito Processual Civil consiste, em *ultima ratio*, na regulamentação do poder jurisdicional, uma das funções precípua do Estado moderno, razão suficiente para enquadrá-lo no âmbito do Direito Constitucional².

Mas o visionário autor foi além, cuidando de empregar a expressão “Direito Processual Constitucional”, tão difundida nos tempos atuais, atribuindo-a à condensação metodológica e sistemática dos princípios introdutórios do processo em geral, fixadas regras basilares, que promanam da Constituição e informam a ciência processual, além de preceitos que têm a Constituição como sua fonte formal e expressa³.

A doutrina aponta que, a partir da Segunda Guerra Mundial, passou a se consolidar uma crescente valorização da Constituição, que assumiu paulatinamente o lugar dos Códigos (um movimento de ‘descodificação’ e abandono do positivismo jurídico), impondo que os direitos infraconstitucionais fossem compreendidos a partir da Lei Fundamental⁴. E tal tendência também se constata no direito pátrio, sobretudo com o impacto causado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Se é certo que a importância da Constituição no estudo do Direito Processual Civil em tempos pretéritos já era ressaltada pela doutrina, não menos correto é afirmar que o

---

² MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 18.

³ Idem, p. 25.

⁴ EDUARDO CAMBI preleciona que a constitucionalização dos direitos infraconstitucionais ocasionou o alargamento do espaço constitucional, e, por consequência, ampliou-se a extensão e a intensidade da vinculação constitucional do legislador ordinário (*Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 58).

advento da Constituição de 1988 tornou ainda mais evidente a necessidade de aprofundar este estudo.

Como se sabe, durante o predomínio do positivismo jurídico, a lei tinha o papel central na aplicação do direito⁵; entretanto, hodiernamente não mais se pode cogitar a interpretação de qualquer dispositivo normativo sem um cotejamento com o disposto na ordem constitucional⁶.

Neste contexto, surge o que alguns autores chamam de *neoconstitucionalismo*, que tem como uma de suas características, a constitucionalização do Direito.

O *neopositivismo*, apresentado como consequência filosófica do *neoconstitucionalismo*, trás consigo a busca pela superação do legalismo (a partir da concepção de que a norma jurídica não se confunde com o texto da lei⁷) e do formalismo (jurídico e processual), rejeita-se o império do silogismo judicial⁸, de molde abandonar a visão de uma Constituição concebida como uma mera “carta de intenções”, passando a ser reconhecida como um sistema aberto de princípios e regras que preveem um programa positivo de valores que devem ser concretizados⁹.

Conquanto não seja pretensão deste trabalho aprofundar no estudo deste fenômeno, não se pode deixar de registrar que o termo suscita discussões.

Há quem sustente que, em verdade, sob a rubrica *neoconstitucionalismo*, a doutrina identifica fenômenos muito diversos, não sendo a expressão unívoca¹⁰.

MIGUEL CARBONELL destaca a existência de três elementos caracterizadores do

⁵ Sobre o positivismo jurídico, EDUARDO CAMBI (*Neoconstitucionalismo...*, p. 79) destaca algumas características: a) a identificação plena do direito com a lei; b) a completude do ordenamento jurídico (não admissão de lacunas); c) o não reconhecimento dos princípios como normas; d) a dificuldade para explicar os conceitos indeterminados; e) a identificação entre vigência e validade da lei; f) o formalismo jurídico; g) o não tratamento da questão da legitimidade do direito.

⁶ “Detrás de cada precepto legal se adivinha siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice” (SANCHIS, Luis Prieto. *El constitucionalismo de los derechos*. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2009, p. 216).

⁷ O texto da lei, que é o seu sinal linguístico, carece de interpretação para que se torne norma. É, portanto, da interpretação que transforma disposições (textos ou enunciados) em normas (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 79).

⁸ No âmbito do processo, o formalismo jurídica concebia a decisão judicial como fruto de um silogismo, que teria por premissa maior a hipótese normativa (onde estão descritos o fato-tipo e as consequências jurídicas no caso de ocorrência dos fatos descritos) e premissa menor os fatos que se subsumem a tal enunciado linguístico, de modo que a conclusão seria o resultado da aplicação destes fatos àquelas normas (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo...*, p. 118).

⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, *passim*.

¹⁰ Daí falar-se em “*neoconstitucionalismos*”. Neste sentido, por todos: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2006, *passim*.

neoconstitucionalismo: a incorporação de textos substantivos às Constituições (que não mais se limitam a estabelecer competências ou separar poderes, contendo normas altamente materiais ou substantivas, que condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de certos fins e objetivos – oportuno mencionar que o autor cita como exemplo a Constituição brasileira de 1988, ao lado da espanhola), práticas jurisprudenciais mais complexas, com uso de instrumentos interpretativos próprios dos princípios (tais como a ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade e a máxima eficácia dos direitos fundamentais) e, finalmente, o surgimento de novos desenvolvimentos teóricos¹¹.

Indagam-se os críticos se tais elementos constituiriam novidade que permita tratar-se de um novo (*neo*) constitucionalismo¹², bem como se as suas premissas são verdadeiras.

Sobre a primeira crítica, que aponta que os elementos mencionados já estariam bem analisados sob as vertentes teóricas tradicionais do positivismo da primeira metade do Século XX, adianta-se CARBONELL ao sustentar que a novidade está no conjunto, alcançando-se verdadeira mudança inovadora a justaposição simultânea dos três elementos acima destacados¹³.

No mesmo norte aponta LUIS PRIETO SANCHIS¹⁴, que, ao sustentar o que chamou de *constitucionalismo de los derechos*, travou intensos debates com GARCÍA AMADO¹⁵. SANCHIS asseverou que a adoção de uma Constituição material (aquela que, ao contrário da Constituição formal ou meramente procedimental, apresenta um denso conteúdo substantivo, formado por normas de diferente denominação – valores, princípios, direitos ou diretrizes) impõe ao Poder não somente como deve organizar-se e adotar suas decisões, mas também o que é que pode, inclusive, por vezes, o que deve decidir. Sua proteção ou efetividade é assegurada pela existência de normas secundárias, de organização e procedimento, destinada a apurar ou sancionar a infração das normas substantivas relativas a direitos, donde advém a importância do papel do magistrado¹⁶. O autor sustentou ainda a

¹¹ CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: _____. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2009, p. 9-12.

¹² O termo empregado aspira cuidado, pois, como adverte VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, quase sempre que se emprega o adjetivo “moderno”, busca-se um argumento de autoridade, como forma de se autolegitimar – e o raciocínio parece se aplicar, *mutatis mutandis*, ao “novo constitucionalismo” (*Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116).

¹³ CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo...*, p. 11.

¹⁴ SANCHIS, Luis Prieto. *El constitucionalismo...*, p.213-236; SANCHIS, Luis Prieto. Réplica a Juan Antonio García Amado. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2009, p. 265-288.

¹⁵ AMADO, Juan Antonio García. Derechos y pretextos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2009, p. 237-264.

¹⁶ SANCHIS, Luis Prieto. *El constitucionalismo...*, p. 213-214.

importância dos direitos fundamentais, que “exibem extraordinária força expansiva que inunda, impregna ou irradia sobre todo o conjunto do sistema”, em todos os tipos de relações jurídicas, inexistindo um problema medianamente sério que não encontre resposta ou orientação na Constituição e em seus direitos¹⁷.

Sobre a divergência, CARLOS BERNOL PULIDO manifestou-se concorde com as principais afirmações de SANCHIS, resumindo em uma frase: “direitos fundamentais na Constituição são princípios, aplicados judicialmente, mediante ponderação”¹⁸.

Também são dignas de nota as sérias divergências suscitadas por HUMBERTO ÁVILA em relação a quatro pontos destacados por alguns *neoconstitucionalistas*: o normativo (“da regra ao princípio”: ênfase excessiva aos princípios, relegando-se as regras a um segundo plano, como se fossem normas de menor importância, ressaltando ainda que a Constituição Federal de 1988 apresenta mais regras do que princípios); o metodológico (“da subsunção à ponderação”: a eleição da ponderação como critério geral de aplicação do ordenamento jurídico, que serviria para legitimar um “decisionismo”), o axiológico (“da justiça geral à justiça particular”) e o organizacional (“do Poder Legislativo ao Poder Judiciário”)¹⁹.

De fato, são críticas veementes e que merecem atenção e cuidado da doutrina. Não é, contudo, esta acepção que se busca na presente exposição, pois não se põe em dúvidas que um sistema jurídico deve conjugar de forma equilibrada regras e princípios²⁰, de modo que o sistema possa ser previsível, estável e seguro, mas que também permita certo grau de flexibilidade e capacidade de acomodar situações imprevistas²¹. Repise-se que não se trata da escolha de uma ou de outra categoria normativa, mas da necessidade de justaposição

¹⁷ Idem, p. 216.

¹⁸ PULIDO, Carlos Bernal. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2009, p. 301, tradução livre.

¹⁹ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 21 de mai. de 2012.

²⁰ “O modelo puro de regras fracassa em todas as três formas de regulação dos direitos fundamentais consideradas acima. É possível supor que esse modelo é insuficiente também para as outras formas de regulação encontradas na Constituição alemã. O modelo puro de princípios foi rejeitado porque ele não leva a sério as regulações adotadas pela Constituição. Quando duas formas puras e antagônicas não são aceitáveis, deve-se considerar a possibilidade de uma forma mista ou combinada, ou seja, de um modelo combinado. Tal modelo é o modelo de regras e princípios, que surge da ligação entre um nível de princípios e um nível de regras” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 135).

²¹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo...*, p. 89. “O neoconstitucionalismo reclama por uma nova teoria da norma, que possibilite a conjugação de regras e de princípios, bem como uma nova teoria da interpretação jurídica que não seja nem puramente mecanicista nem, tampouco, absolutamente discricionária, em que os riscos que comportam a exegese da Constituição sejam suportados por um esquema plausível de argumentação jurídica” (*Idem*, p. 90).

balanceada das duas espécies normativas. Ora, em última análise, trata-se da ponderação entre os valores da segurança e da justiça, e não se pode simplesmente optar em absoluto por um deles, sepultando o outro.

Outrossim, se não se pode negar que o método da *subsunção* – entendido como processo silogístico que entende a lei como premissa maior, e os fatos premissa menor, sendo a conclusão a sentença, onde os fatos seriam acomodados à disposição legal – não se mostra suficiente como único método de aplicação do direito, sobretudo diante da complexidade dos fatos sociais e das disposições abertas em nosso ordenamento jurídico²², tampouco se pode desprezar a sua relevância na aplicação de regras, bem como dos métodos tradicionais da hermenêutica (gramatical, histórico, sistemático e teleológico)²³.

Também não se pretende sustentar o desprezo às leis e ao papel desempenhado pelo Legislador, pois o respeito à separação e harmonia dos poderes, democraticamente guindada à ordem constitucional vigente, não diminui a independência do magistrado para interpretar a lei conforme os seus fins sociais e imperativos do bem comum²⁴. Conforme sustentam LUÍS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELLOS, ao se falar em: “[...] ‘nova interpretação constitucional’, ‘normatividade dos princípios’, ‘ponderação de valores’, ‘teoria da argumentação’, não se está renegando o conhecimento convencional, a importância das regras ou a valia das soluções subsuntivas”²⁵.

Daí dizer-se que, a par da imprecisão terminológica do vocábulo *neoconstitucionalismo* e das críticas que recebe, não se pretende atribuir ao presente trabalho este rótulo. Contudo, a análise adequada do tema em testilha não pode olvidar a mudança de paradigma normativo que norteia a aplicação do direito nos tempos atuais,

²² Neste sentido, são pertinentes e dignas de transcrição as considerações de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA: “O juiz, por sua vez, não é máquina silogística, nem o processo, como fenômeno cultural, presta a soluções de matemática exatidão. Isso vale, é bom ressaltar, não só para o equacionamento das questões fáticas e de direito, como também para a condução do processo e notadamente no recolhimento e valorização do material fático de interesse para a decisão” (O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 234).

²³ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 274.

²⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p. 133. Ademais, como adverte HUMBERTO ÁVILA, não se pode desprezar que a Constituição de 1988, a despeito de muitas vezes atribuindo-lhe caráter eminentemente principiológico, é composta basicamente de regras e atribui ao Poder Legislativo a competência para editar leis, de modo que é defeso ao aplicador simplesmente olvidar as soluções legislativas, incumbindo-lhe interpretar as regras e, ao fazê-lo, escolher qual dentre os sentidos possíveis melhor se encaixa nos ideais constitucionais, adaptando às particularidades do caso individual e concreto (Neoconstitucionalismo..., p. 18).

²⁵ O começo..., p. 275.

deixando-se de lado a primazia da lei (e das codificações) em prol da primazia da Constituição, em um cenário em que os princípios desempenham importante papel²⁶.

E é neste ponto que reside a ênfase do presente capítulo, buscando-se demonstrar a importância e o impacto da Constituição, por seu sistema de princípios e regras, no Direito Processual Civil brasileiro.

Nesta linha, explica BARROSO que a Constituição passa a ser um modo de olhar e interpretar todos os ramos do Direito, de modo que toda a ordem jurídica deve ser lida sob a lente da Constituição, visando a concretizar os valores nela estabelecidos²⁷. Assim, a constitucionalização do direito infraconstitucional “não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional”²⁸.

Desta forma, a função da Constituição não mais se limita a fornecer sustentáculo de validade para com as normas infraconstitucionais, de modo a estabelecer um diálogo na aplicação de todas as normas e institutos processuais em consonância com a Lei Maior, sobretudo em razão da força normativa que atualmente se atribui aos princípios constitucionais.

Diante disso, há quem sustente a existência de um *neoprocessualismo*²⁹, uma vez que diante do sistema atual é impensável o estudo do Processo Civil alijado dos matizes normativos erigidos à Carta Magna.

Evidente, pois, a par de conter normas (princípios e regras) aplicáveis ao processo civil, razão suficiente para se considerar como fonte material do processo, e de servir de limite e moldura para a lei ordinária, a Constituição concebe o processo como garantia de justiça³⁰, sendo, pois, instrumento para a efetivação das garantias constitucionais.

Altera-se, logo, toda a hermenêutica das normas processuais, de modo que a “constitucionalização” do direito apresenta ao estudioso do direito processual civil, métodos hermenêuticos diversos (que os constitucionalistas chamam de “filtragem constitucional”), partindo do pressuposto que o direito é valorativo e, com efeito, o

---

²⁶ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo...*, p. 57-58

²⁷ Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/redae.asp>>. Acesso em: 10 de outubro de 2010, p. 20.

²⁸ Idem.

²⁹ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo...*, *passim*.

³⁰ MARQUES, José Frederico. *Ensaio...*, p. 24

processo, como método de atuação do Estado, não tem como deixar de sê-lo, até mesmo como forma de realizar adequadamente os valores constitucionais *no e pelo* processo³¹.

Altera-se, portanto, a concepção tradicional, fundada no positivismo, de que a função do juiz seria interpretar a vontade da lei, para uma missão de assegurar e efetivar os direitos e garantias previstos na *Paramount Law*, em consonância com seus princípios, de maneira que o intérprete passa a ter papel ativo na construção do direito, complementando a atividade do legislador, na medida em que traz valores constitucionais para a exegese da norma. E, “[...] ao participar do processo de criação do Direito, o juiz deve ter em mente que o conteúdo material e axiológico das normas constitucionais irradia-se, com força normativa, por todo o sistema jurídico”³².

Daí falar-se em *neopositivismos*, que, como já se ponderou, apresenta como características a superação do legalismo (a partir da concepção de que a norma jurídica não se confunde com o texto da lei) e do formalismo (jurídico e processual), além da rejeição do império do silogismo judicial³³. Com efeito, a Constituição deixa de ser vista como uma “carta de intenções” e passa a ser reconhecida como um sistema aberto de princípios e regras que preveem um programa positivo de valores que devem ser concretizados³⁴.

O Direito não mais pode ser visto de maneira estanque e hermética, em seus ramos, mas deve haver mútua influência entre as disposições legais e os diversos ramos das Ciências Jurídicas, e todos eles devem ser lidos em conformidade com as disposições constitucionais. Neste afã, exsurge a Teoria do Diálogo das Fontes como uma das tendências modernas de aplicação do direito³⁵ e da teoria da Constituição³⁶.

O desenvolvimento e aplicação desta vertente teórica, baseada nas ideias de ERIK

³¹ BUENO, Cassio Scarpinella. O ‘modelo constitucional do direito processual civil’: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas aplicações. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222960746174217171901.pdf>> Acesso em 01 ag. 2012.

³² SANTOS, Silas Silva. O excesso de execução e os requisitos da petição que veicula essa defesa – leis 11.232/2005 e 11.382/2006: um enfoque constitucional. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 33, n. 156, fev. 2008, p. 200.

³³ “O formalismo jurídico, no campo processual, concebeu a decisão judicial como um silogismo judicial. Definiu como premissa maior a hipótese normativa, onde estão descritos o fato-tipo e as consequências jurídicas, caso os fatos descritos ocorram (*Tatbesstand*); premissa menor, os fatos que se subsumem a tal enunciado linguístico (*Sachwerhalt*); e, por fim, a conclusão, resultante da aplicação destes fatos àquelas normas” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo...*, p. 118).

³⁴ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo...*, p. 87.

³⁵ MARQUES, Claudia Lima (coord). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.

³⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte..., p. 125-157.

JAYME e disseminada no Brasil por CLAUDIA LIMA MARQUES³⁷, permite a aplicação simultânea de mais de uma fonte normativa em determinada situação jurídica, observando-se a hierarquia axiológico-normativa, a partir das normas e valores constitucionais que informam a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional³⁸.

Decorre do próprio ordenamento constitucional a necessidade de uma interação entre todos os âmbitos jurídicos, como corolário do princípio da unidade do ordenamento jurídico, razão pela qual se impõe uma existência de diálogo interativo entre as fontes normativas que integram o ordenamento jurídico³⁹.

Diante da complexidade dos fatos sociais e das fontes das normas que os regulam, não satisfazem métodos de solução de antinomias baseadas no paradigma de mera validade formal do direito, sendo mister uma interpretação da norma jurídica “que não se oriente apenas pelo critério da compatibilidade/não contrariedade entre normas, mas pelo caráter valorativo e promocional do direito”⁴⁰.

Ora, os tempos atuais (pós-modernos, segundo alguns⁴¹), nos quais impera a convivência de paradigmas e de diversas fontes, não se pode admitir o sistema da “monossolução” (a revogação diante do conflito de leis): as diversas fontes devem ser coordenadas, de modo a preservar a convivência harmônica entre elas, em genuíno diálogo, estabelecido à luz da Constituição, de seu sistema de valores e dos direitos humanos em geral⁴².

Como toda teoria que vem a lume, o diálogo das fontes não está imune a críticas. Os discordantes da teoria apontam que não se trata de um novo método de interpretação, mas de mera expressão do método sistemático. Argumentam que a possibilidade de aplicação simultânea de uma lei a um mesmo fato dá excessiva liberdade ao intérprete, ofendendo os princípios da legalidade e da segurança jurídica. Por fim, asseveram que a teoria não pode ser aplicada de maneira generalizada, mas somente às situações que

---

³⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo...*, *passim*.

³⁸ MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p. 72.

³⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte..., p. 128.

⁴⁰ MIRAGEM, Bruno. Eppur..., p. 72.

⁴¹ A expressão não é imune a críticas da doutrina, pelo seu uso ambíguo e muitas vezes pernicioso, “que, a um só tempo, tudo e nada pode significar” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 98).

⁴² MARQUES, Claudia Lima. O ‘diálogo das fontes’ como método de da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: _____. *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p. 17-66, p. 25-29.

contemplem expressa disposição legal⁴³.

Mas não são irrespondíveis as provocações, sendo possível sustentar que o diálogo das fontes não se ocupa apenas da interpretação das normas, mas especialmente do resultado de sua aplicação, divergindo dos clássicos métodos de interpretação na medida em que não observam contradição entre normas, mas sim, sua complementariedade, quando necessária para assegurar a coerência e unidade do ordenamento jurídico. Também repele a suposta ofensa ao princípio da legalidade ou da segurança, esclarecendo que a aplicação do diálogo não resulta de um mero arbítrio do juiz, mas o resultado deve refletir os direitos e garantias constitucionais. Além do mais, a interpretação jurídica não pode partir da falsa premissa de que as normas possuem um sentido unívoco e incontroverso ou de que elas devam ser tomadas individualmente (em desprestígio a uma visão sistemática): não é a aplicação da teoria que pode causar ‘surpresa’ àquele cuja decisão foi desfavorável, “mas possivelmente de uma compreensão estrita do sistema jurídico que desconsidera a eficácia dos direitos e garantias fundamentais na atividade de interpretação e aplicação das leis”⁴⁴.

Evidente que, a despeito da escassa produção doutrinária, o direito processual civil não fica alheio à teoria do diálogo das fontes, uma vez que a lei adjetiva deve manter relação dialógica com a lei substantiva, além da necessidade de coordenação entre as diversas fontes processuais, e de todas elas para com a Constituição Federal. Aliás, o Superior Tribunal de Justiça, em diversas ocasiões⁴⁵, fez expressa menção à teoria em apreço para sustentar a necessidade de aplicação coordenada das disposições do Código de Processo Civil e da Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80), bem como da legislação posterior que trata dos meios de constrição patrimonial do devedor⁴⁶.

Assim, parece vir em boa hora a aplicação da teoria do diálogo das fontes no âmbito do processo civil, uma vez que este método pode auxiliar o processualista na árdua tarefa de buscar a proteção e a promoção da utilidade e da celeridade das medidas processuais e a tutela adequada ao direito postulado, de modo a buscar uma convivência coerente e sistemática entre o Código de Processo Civil e as leis processuais especiais,

---

⁴³ MIRAGEM, Bruno. Eppur..., p. 89.

⁴⁴ Idem, p. 91-95.

⁴⁵ V. STJ, REsp 1.184.765-PA, 1ª S., rel. Min. Luiz Fux, j. 24.11.2010, DJ 02.12.2010; STJ, REsp 1.024.128-PR, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 13.05.2008, DJ 18.12.2008, e STJ, REsp 1.241.063-RJ, 2ª T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 06.12.2011, DJ 12.12.2011.

⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. Eppur..., p. 102-103.

como forma de concretização do direito fundamental de acesso à Justiça⁴⁷.

EDUARDO CAMBI sustenta que o *neoconstitucionalismo* reclama por uma nova teoria da norma, que possibilite a conjugação de regras e princípios, bem como uma nova teoria da interpretação jurídica que não seja puramente mecanicista, nem absolutamente discricionária, em que os riscos que comportam a exegese da Constituição sejam suportados por um esquema plausível de argumentação⁴⁸, a teoria do diálogo das fontes, sem que se tenha a pretensão de ser “panaceia”, parece ser um instrumental útil nesta equação.

De qualquer maneira, é incontroverso que a Constituição emerge como novo paradigma hermenêutico pairando sobre o direito infraconstitucional, de modo que as mudanças não podem ser relegadas meramente ao plano teórico: o operador do direito resistir a toda forma de retrocessos, sempre com base na Constituição, o que acaba por culminar em uma consciência constitucional e forma uma cultura democrática de proteção dos direitos e garantias fundamentais⁴⁹.

Ora, não se pode perder que vista que é a Constituição que “fixa os princípios, os contornos e as bases sobre as quais deve erguer-se o edifício normativo brasileiro”⁵⁰.

Do exposto decorre logicamente a superação da concepção do processo como instrumento técnico, em prol do conceito que o enxergue como um instrumento ético e que tem por finalidade a consecução do direito material e respeito aos valores constitucionais⁵¹.

Neste contexto, desvela-se com extrema importância o estudo do papel dos princípios constitucionais no processo civil.

2. Princípios constitucionais aplicáveis ao processo civil.

Como já se afirmou alhures, sob o império do positivismo jurídico, não se admitiam

⁴⁷ MIRAGEM, Bruno. Eppur..., p. 105.

⁴⁸ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo...*, p. 90.

⁴⁹ Idem, p. 171.

⁵⁰ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na constituição federal: processo civil, penal e administrativo*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 39.

⁵¹ “O processo não é mero instrumento técnico, nem o direito processual constitui ciência neutra, indiferente às opções lógicas do Estado. [...] Nessa concepção axiológica do processo, como instrumento de garantia de direitos, a visão puramente técnica não pode mais prevalecer, pois a ela se sobrepõem valores éticos de liberdade e de justiça” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 20).

os princípios como normas jurídicas, relegando-os à função menor e acessória de preencher eventual lacuna jurídica, e isso apenas quando esta não pudesse ser colmatada pela analogia e pelos costumes, tal qual estampada no art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e no art. 126 do Código de Processo Civil⁵².

Atualmente, não mais prevalece a vetusta concepção, de modo que os princípios efetivamente são compreendidos como espécies normativas⁵³. Para tanto, os princípios tiveram que superar a crença de que “teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata”⁵⁴.

Normas jurídicas podem ser conceituadas como prescrições, mandamentos, determinações que, idealmente, destinam-se a introduzir a ordem e a justiça na vida social, tendo como características a imperatividade e a garantia⁵⁵. Ora, princípios e regras são espécies de um mesmo gênero (normas) justamente porque têm em comum a dicção daquilo que *deve ser*, e ambos podem ser formulados por meio das “expressões deônticas básicas do dever, da proibição e da permissão, consistindo em razões para juízos concretos de dever-ser”⁵⁶.

A doutrina se debate na árdua tarefa de apontar as distinções entre princípios e regras.

A primeira distinção apontada foi uma distinção quantitativa, pois se centrava no grau de generalidade: regras teriam um relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem, ao passo que os princípios têm maior abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações⁵⁷. E o critério ainda é frequentemente apontado como principal condutor que divisa as duas espécies normativas⁵⁸.

⁵² CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo...*, p. 81.

⁵³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, *passim*. ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. São Paulo: Sergio Antonio Fabris, 2003.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo..., p. 279.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 189. Bom destacar, por oportuno, que normas não se confundem com textos legais; consistem, em verdade, no fruto da interpretação sistemática desses textos normativos (ÁVILA, Humberto. *Teoria...*, p. 30).

⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria...*, p. 87.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo..., p. 280.

⁵⁸ “As normas/regras são aquelas que mais se assemelham às normas do direito comum, em razão de conterem todos os elementos, os requisitos necessário para conferir ao seu destinatário a qualidade de titular de um direito subjetivo. Elas incidem diretamente sobre o caso concreto, posto que têm todos os elementos necessários para tanto. São normas concretas que regulam integralmente determinada situação. Os princípios, ao contrário das meras regras, em virtude do seu alto grau de abstração e generalidade, não possuem este aspecto funcional – qual seja, o de incidir diretamente sobre as situações que objetivam regular. As regras

Os princípios gerais do direito desempenham papel central no pensamento sistemático incorporado na doutrina de CLAUS WILHELM CANARIS, pois enxerga o Direito como uma ordem de princípios gerais – incumbe aos princípios trazer unidade ao sistema jurídico⁵⁹. Dentre as características dos princípios, CANARIS salienta que comportam exceção e que podem entrar em oposição ou contradição entre si; não têm pretensão de exclusividade; somente adquirem sentido próprio quando complementados e mediante restrições recíprocas; e, finalmente, se concretizam através de subprincípios e de valorações com conteúdo material próprio⁶⁰.

Com isso, CANARIS nega o caráter normativo dos princípios bem como a sua aplicabilidade direta.

Referência importante na distinção das regras e princípios é encontrada na obra de RONALD DWORKIN, que salienta as diferenças de natureza lógica, pois enquanto ambos apontam decisões da obrigação jurídica, distinguem-se quanto à natureza da orientação que fornecem: as regras são aplicáveis à maneira *all-or-nothing* (tudo ou nada) – se os fatos previstos na regra são verificados, ou ela é válida e a resposta que ela fornecesse deve ser aceita, ou ela não é válida e, portanto, não contribui para a decisão; já os princípios não apresentam consequências jurídicas automáticas para a sua aplicação, eles entram em conflito e interagem uns com os outros, têm uma dimensão de peso ou importância, e fornecem uma razão em favor de uma solução, mas não a determina⁶¹.

No mesmo sentido foram os esforços de ROBERT ALEXY ao tentar classificar as normas jurídicas em duas categorias, quais sejam, regras e princípios, distintos pelos seguintes critérios: o grau de generalidade; a determinabilidade da hipótese de aplicação; a forma de surgimento; o conteúdo axiológico explícito; a referência à ideia do direito ou a uma lei suprema; e a importância para a ordem jurídica⁶². Diante destas premissas, o autor alemão sugere a existência de três teses diversas: a tentativa de diferenciar regras e princípios em duas classes seria inexoravelmente fadada ao fracasso, uma vez que a os

---

diferenciam-se dos princípios, principalmente, em virtude do alto grau de abstração que estes últimos possuem. É dizer, os princípios têm por traço característico o fato de abarcarem um sem-número de situações. São genéricos e abstratos. Já as regras incidem diretamente sobre a matéria que regulam” (BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 152).

⁵⁹ *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 80-88.

⁶⁰ Idem, p. 88-96.

⁶¹ *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 34-46.

⁶² *Teoria...*, p. 87-89.

critérios propostos não são coerentes entre si e não permitem uma divisão útil e harmônica entre quais normas são princípios e quais têm a natureza jurídica de regra; uma segunda tese seria de que a diferenciação seria apenas em relação ao grau, meramente quantitativa (quanto maior o grau de generalidade, mais próximo está à categoria dos princípios); por fim, uma terceira tese, reputada pelo autor como correta, que sustenta uma diferença qualitativa entre as duas categorias normativas, apontando como características típicas dos princípios: são mandamentos de otimização, que podem ser satisfeitos em graus variados, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas, e da ponderação diante da colisão com outros princípios⁶³.

De modo semelhante, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO entende os princípios como “exigências de otimização”, que podem ser concretizados em vários graus, a depender das condições fáticas e jurídicas verificadas (mediante balanceamento de valores e interesses, de ponderação), ao passo que as regras prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem), asseverando que a convivência dos princípios é conflitual, enquanto a das regras é antinômica⁶⁴.

Por seu turno, LUÍS ROBERTO BARROSO sugere distinção fundada em três elementos: a) quanto ao conteúdo: princípios são normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados (conteúdo axiológico ou decisão política); b) com relação à estrutura normativa: a regra especifica os atos a serem praticados para seu cumprimento adequado – ressalta que embora a atividade do intérprete jamais possa ser qualificada como mecânica, a aplicação de uma regra não envolve processo de racionalização mais sofisticado: se ocorre o fato previsto em abstrato, produz-se o efeito concreto previsto – enquanto os princípios indicam fins, estados ideais a serem alcançados e, por não detalhar a conduta a ser seguida para a sua realização, cabe ao intérprete definir a ação a tomar, envolvendo atividade mais complexa; c) quanto ao modo ou particularidades de sua aplicação: regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo-ou-nada* – se os fatos previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, mediante subsunção, salvo se for inválida, houver outra mais específica ou se não estiver em vigor, enquanto os princípios têm maior carga valorativa, fundamento ético e decisão política relevante, razão pela qual pode entrar em colisão com outros princípios, o que se resolve pela dimensão de peso ou importância, à luz do caso

---

⁶³ Idem, p. 89-94.

⁶⁴ *Direito Constitucional: e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1161.

concreto, mediante ponderação⁶⁵.

HUMBERTO ÁVILA, embora admita a importância de muitos dos critérios de distinção entre princípios e regras, apresenta uma visão crítica a respeito de alguns deles, buscando aperfeiçoá-los⁶⁶. Ao analisar o *critério do caráter hipotético-condicional*⁶⁷, o autor afirma que, em verdade, a diferença não está na ausência da prescrição de comportamentos e de consequências, mas sim do tipo de prescrição em relação a eles; sobre o *critério do modo final de aplicação*⁶⁸, sustenta que a diferença entre as espécies normativas reside na forma como as razões que impõe a implementação das consequências da regram podem ser validamente ultrapassadas e a respectiva fundamentação, não propriamente na aplicação absoluta ou gradual de um e de outro; por fim, ao analisar o *critério do “conflito normativo”*⁶⁹, ÁVILA traz exemplos de ponderação de regras e defende que a distinção não reside na falta de ponderação das regras, mas no tipo de ponderação que é feita e o modo como deverá ser validamente fundamentada.

Estabelecidas tais premissas, ao cotejar as duas espécies normativas, conclui o autor que:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação de correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção⁷⁰.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo...*, p. 282-284.

⁶⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria...*, p. 40-64.

⁶⁷ Por este critério, entende-se que regras possuem uma hipótese e uma consequência que predetermina uma decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*; os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto.

⁶⁸ Assim, regras são aplicadas de modo absoluto, no sistema do “tudo ou nada”, enquanto os princípios, de modo gradual “mais ou menos”.

⁶⁹ Este critério aponta que a antinomia entre as regras consubstancia verdadeiro conflito, a ser solucionado com a declaração da invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, enquanto o conflito entre princípios deve ser resolvido mediante ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles.

⁷⁰ De acordo com o autor, as regras e princípios são dissonantes: a) quanto ao modo como prescrevem o comportamento: regras são imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta, enquanto os princípios são normas de caráter finalístico, ao estabelecer um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários – é dizer: os princípios determinam a realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que as regras preveem um comportamento; b) quanto à justificação que exigem: a interpretação e aplicação das regras exigem uma avaliação da correspondência entre os fatos concretos e a hipótese abstrata contemplada na norma conjugada com a finalidade que lhe dá suporte, ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios demanda uma avaliação da correlação entre o estado de

A respeito do tema, é bom sempre se atentar à advertência feita por VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA a respeito da prática usual na doutrina nacional de tentar conciliar teorias contraditórias e inconciliáveis sobre o tema, em um indesejável *sincretismo metodológico*⁷¹. Adverte o constitucionalista do risco consistente na importação de teorias desenvolvidas no exterior, sobretudo na Alemanha⁷², sem a preocupação com as especificidades brasileiras, notadamente quanto à nossa ordem constitucional. De acordo com o autor, aí reside o equívoco daqueles que tentam assimilar as teorias de HESSE e de MÜLLER⁷³ – que refutam expressamente o sopesamento como método de aplicação do direito⁷⁴ – com a teoria dos direitos fundamentais de ALEXY⁷⁵, ou daqueles que sustentam as ideias deste autor alemão ao mesmo tempo em que mantém a tradição brasileira de afirmar que os princípios são as normas fundamentais do ordenamento jurídico⁷⁶. Também não é incomum que a tipologia dos princípios não corresponda à definição dos princípios,

---

coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária; c) modo como contribuem para a decisão: princípios constituem normas primariamente complementares e preliminarmente parciais, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão, enquanto as regras consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcentes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões (*Teoria...*, p. 167-168).

⁷¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação...*, p. 115-143.

⁷² “A doutrina jurídica recebe de forma muitas vezes pouco ponderada as teorias desenvolvidas no exterior. E, nesse cenário, a doutrina alemã parece gozar de uma posição privilegiada, já que, por razões desconhecidas, tudo o que é produzido na literatura jurídica germânica parece ser encarado como revestido de uma aura de cientificidade e verdade indiscutíveis”. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação...*, p. 116). E arremata: “[n]ão se pode querer fazer direito constitucional alemão no Brasil” (idem, p. 141).

⁷³ “Hesse e – com ainda mais ênfase – Müller são críticos não só do sopesamento do Tribunal Constitucional Alemão, mas também de teorias baseadas na mesma idéia, principalmente a teoria dos direitos fundamentais de Alexy. No Brasil, contudo, não se vem fazendo a distinção necessária entre ambos os posicionamentos. Tanto os princípios de Hesse, quanto a teoria estruturante de Müller como, por fim, a idéia de princípios como mandamentos de otimização, de Alexy, ainda que em grande parte incompatíveis, vêm sendo trabalhados em conjunto”. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação...*, p. 128).

⁷⁴ “Mais do que descer a detalhes da teoria estruturante do direito, o que aqui interessa é salientar uma de suas principais consequências: a *rejeição expressa do sopesamento como método de aplicação do direito*. Segundo o próprio Müller, o sopesamento é um método irracional, uma mistura de ‘sugestionamento lingüístico’, ‘pré-compreensões mal esclarecidas’ e ‘envolvimento afetivo em problemas jurídicos concretos’, cujo resultado não passa de mera suposição” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios...*, p. 626).

⁷⁵ “Como ficou claro na exposição acima, o conceito de princípio usado por Robert Alexy, como espécie de norma contraposta à regra jurídica, é bastante diferente do conceito de princípio tradicionalmente usado na literatura jurídica brasileira. “Princípios” são, tradicionalmente, definidos como “mandamentos nucleares” ou “disposições fundamentais” de um sistema, ou ainda como “núcleos de condensações”. A nomenclatura pode variar um pouco de autor para autor - e são vários os que se dedicaram ao problema dos princípios jurídicos no Brasil - mas a ideia costuma ser a mesma: princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação...*, p. 128).

⁷⁶ “O conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que nada diz sobre a fundamentalidade da norma. Assim, um princípio pode ser um “mandamento nuclear do sistema”, mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade. [...] Muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio, deveria ser, se seguirmos a forma de distinção proposta por Alexy, chamado de regra” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios...*, p. 612-613).

inserindo sob esta rubrica normas que são, na verdade, regras⁷⁷.

O mestre constitucionalista também faz alguns apontamentos sobre as distinções geralmente disseminadas na doutrina. Assevera que princípios e regras são dois tipos de normas, e não somente dois tipos de textos normativos (estes, sejam princípios ou regras, carecem de interpretação), mas os princípios pressupõem uma interpretação prévia e podem entrar em rota de colisão com outros – o que se resolve pelo sopesamento –, ao passo que a interpretação de uma regra jurídica é subsumível⁷⁸. Assevera, ainda, que as regras expressam deveres definitivos, enquanto princípios expressam deveres *prima facie*, de modo que não é a existência de uma consequência determinada ou a vagueza que os diferencia⁷⁹. Admite que a multiplicidade de meios para atingir os efeitos pretendidos seja uma característica apenas parcial dos princípios, pois se aplica apenas ao âmbito positivo deles, e não ao aspecto negativo (“direito de defesa”)⁸⁰. Ainda, sustenta que no conflito entre regras, uma delas necessariamente deverá ser declarada inválida, mas no caso de “colisão total entre princípios”, a hipotética não aplicação de um princípio não gera a declaração de invalidade da norma, razão pela qual não deixa de pertencer ao ordenamento jurídico: o que ocorre “é uma simples impossibilidade de aplicação de um dos princípios para a solução de um problema concreto”⁸¹.

Após analisar as construções e sistematizações de ROBERT ALEXY, RONALD DOWRKIN, LUIS VIRGÍLIO DA SILVA, LENIO STRECK, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, JOSEF ESSER, dentre outros, NELSON NERY JR. não adota nenhuma das correntes de pensamento sobre a conceituação dos princípios, uma vez que “todas têm méritos e falhas, vantagens e desvantagens, coerências e incoerências”. O autor ainda alerta quanto ao “pecado mais sério da doutrina hodierna”, consistente em tratar o tema mediante *sincretismo*, isto é, misturando teorias que utilizam critérios distintos uns dos outros⁸².

Como se viu, a classificação das espécies normativas suscita inúmeras polêmicas e

---

⁷⁷ “Caso, no entanto, se prefira usar os critérios estabelecidos por Alexy, expostos no tópico anterior, é preciso cuidado ao se fazer uma ‘tipologia de princípios’ – se é que uma tal tipologia faz algum sentido quando se distinguem princípios e regras por aqueles critérios – e, mais importante, é preciso deixar de fora dessa tipologia aquelas normas tradicionalmente chamadas de princípios – legalidade etc. –, visto que elas, a despeito de sua fundamentalidade, não poderiam mais ser consideradas como princípios, devendo ser incluídas na categoria das regras” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. In: *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, 2003, p. 607-630, p. 614).

⁷⁸ Idem, p. 617.

⁷⁹ Idem, p. 619.

⁸⁰ Idem, p. 625.

⁸¹ Idem, p. 621-622.

⁸² NERY JR., Nelson. *Princípios...*, p. 35.

divergências. O objetivo deste trabalho é apresentar as diversas questões que envolvem o tema, sem a menor pretensão de exauri-lo. Sem com isso se esquivar das discussões doutrinárias sobre a posição e definição dos princípios, busca-se dar maior relevo ao cuidado pela aplicação e eficácia dos princípios constitucionais, que certamente são vetores que devem organizar e orientar todo o sistema jurídico⁸³.

No âmbito do processo civil, os princípios exercem função de excepcional importância, pois não se limitam a meras instruções para as partes do processo: “são ideias fundamentais, que determinam globalmente o termo e caráter de um processo judicial e definem o conjunto de orientações ao comportamento das partes”⁸⁴

As alterações a partir das concepções constitucionalistas quanto à aplicação do judicial do direito, sobretudo pela possibilidade de controle das leis a partir da Constituição (técnicas de interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto), foram tão significativas no método de compreender o processo de aplicação do direito, que se altera a substancialmente compreensão do papel do Magistrado, aproximando-se ao papel criativo do juiz, ao criar o direito aplicável ao caso concreto, típico da mentalidade dos países da *common law*⁸⁵.

Com a atual concepção acerca do conteúdo normativo dos princípios, há quem sustente, em *hard cases*, a possibilidade de acolhida de uma pretensão com arrimo exclusivo em princípios jurídicos, ainda que não estejam desenvolvidos por preceitos mais precisos e específicos (regras)⁸⁶.

Como já se afirmou alhures, um sistema jurídico ideal não prescinde de uma distribuição equilibrada de regras (que dão segurança jurídica, com previsibilidade e objetividade das condutas) e princípios (que dão margem à realização da justiça do caso concreto, devido à sua flexibilidade)⁸⁷, razão pela qual o estudo do processo civil deve sempre cotejar os dispositivos normativos, sejam eles regras ou princípios, com as diretrizes constitucionais. É o que se propõe a fazer, a partir de uma análise dos princípios estampados no texto constitucional que dão guarida à aplicação dos deveres de cooperação,

⁸³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 15-30, p. 15.

⁸⁴ GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 37, n. 206, abr. 2012, p. 124.

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: *Revista de Processo*. Ano 34, n. 172, p. 175-232, jun. 2009.

⁸⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios...*, p. 22.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo..., p. 282.

lealdade e boa-fé no processo civil brasileiro.

3. Princípios e cláusulas gerais

Conforme exposição elaborada no tópico precedente, adota-se a concepção normativa dos princípios. Já se afirmou a distinção entre texto e norma, sendo esta o resultado da interpretação de um texto jurídico⁸⁸. De um texto jurídico, pode-se extrair um princípio ou uma regra. E no nível textual do fenômeno normativo, alguns textos assumem a forma de cláusulas gerais. Estas, por seu turno, ao serem interpretadas, dão azo a uma norma, que pode ser um princípio ou uma regra⁸⁹.

Desta feita, princípio é norma, ao passo que cláusula geral é texto jurídico⁹⁰.

São tais cláusulas gerais que permitem a mobilidade do sistema jurídico e, ao lado de previsões rígidas, permitem o equilíbrio entre os valores da justiça e da segurança jurídica⁹¹.

Cláusulas gerais não se confundem com os termos jurídicos indeterminados (ou conceitos legais indeterminados)⁹² uma vez que, embora tenham em comum o emprego de expressões com elevado grau de abstração, os conceitos legais indeterminados, uma vez preenchidos os claros pelo julgador, já apresenta uma solução preestabelecida na lei, o que não ocorre nas cláusulas gerais, hipótese que permite ao juiz aplicar a solução mais correta,

⁸⁸ “Isso, contudo – note-se bem –, não significa que o intérprete literalmente *crie* a norma. Dizendo-o de modo diverso: o intérprete não é um criador *ex nihilo*; ele produz a norma – não porém, no sentido de fabricá-la, mas no sentido de reproduzi-la” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio...*, p. 80-81).

⁸⁹ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 66.

⁹⁰ DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 187, p. 69-83, 2010, p. 74.

⁹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento...*, p. 146.

⁹² Embora seja corrente o emprego da expressão “conceitos jurídicos indeterminados”, a expressão é evitada por despertar críticas daqueles que entendem haver contradição ínsita na locução: ora, se é indeterminado, não pode ser um conceito – a indeterminação revela que, na verdade, se trata de uma “noção”, e não um “conceito” (GRAU, Eros Roberto. *O direito...*, p. 194). JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, com fundamento na incongruência da expressa “conceito indeterminado” ressaltado pela obra de MICHAEL STRECK (*Generalklausel und unbestimmter Begriff im Recht der allgemeinen Ehwirkungen*), adota a expressão “termos indeterminados” (Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no Projeto do CPC. In: *Revista dos Advogados da AASP*, ano XXXII, n. 117, out. 2012, p. 122). Outros preferem a expressão “conceitos legais indeterminados”, com o escopo de aclarar que a indeterminação está no texto legal e nas expressões que a compõem (NERY JR., Nelson. *Contratos no Código Civil: apontamentos gerais*. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003, p. 398-444, p. 402).

concretizando os princípios gerais do direito⁹³.

Atualmente se sabe da impossibilidade de prever na legislação todas as hipóteses geradas na vida social e, por outro lado, reconhece-se a necessidade de reconhecer o caráter ativo e valorativo (não apenas passivo e mecânico) de intervenção do juiz ao aplicar a lei⁹⁴, não se mostra congruente a adoção de um sistema fechado, razão pela qual a técnica legislativa moderna lança mão de “conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo”⁹⁵, em contraposição (*rectius*, em complementação) à técnica legislativa casuística (por *fattispecie*), marcada pela especificação ou determinação dos elementos que compõem o texto⁹⁶.

A característica do texto jurídico das cláusulas gerais é a sua composição por termos abertos na hipótese fática (antecedente), sem apresentar consequente determinado, isto é: não há previsão textual do seu efeito jurídico, de modo que sua aplicação ao caso não se dá pelo método da *subsunção*, mas pela *concretização*⁹⁷. As cláusulas gerais, portanto, não trazem consigo os critérios necessários para a sua concretização, carecendo de preenchimento com valorações à vista do caso concreto⁹⁸. Em sua aplicação, o juiz “seleciona fatos ou comportamento para confrontá-los com um determinado parâmetro e buscar, neste confronto, certas consequências jurídicas que não estão predeterminadas”⁹⁹.

Embora a origem das cláusulas gerais aponte ao direito privado (a exemplo da função social do contrato, da função social da propriedade e da própria boa-fé) – a própria expressão “cláusula” remete ao Direito Civil (notadamente, o contratual) –, é certo que têm proliferado no direito processual, a exemplo da cláusula geral processual do devido processo legal ou do processo equitativo¹⁰⁰.

⁹³ NERY JR., Nelson. Contratos..., p. 408-409.

⁹⁴ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 59.

⁹⁵ NERY JR., Nelson. Contratos..., p. 402-403; MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. In: *Revista de informação legislativa*, v. 28, v. 112, p. 13-32, out./dez. de 1991, disponível em: <www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/175932>, acesso em 12 dez. 2012.

⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um ‘sistema em construção’: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/513>. Acesso em: 12 dez. 2012.

⁹⁷ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos...*, p. 56 e 60-61.

⁹⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento...*, p. 142.

⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O direito..., p. 1.

¹⁰⁰ FREDIE DIDIER JR. cita, ainda, como exemplos de cláusulas gerais previstas no Código de Processo Civil brasileiro: a) cláusula geral executiva (art. 461, §5º); b) poder geral de cautela (art. 798); c) cláusula geral do abuso do direito do exequente (art. 620); d) cláusula geral da boa fé processual (art. 14, II); e) cláusula geral de publicidade do edital de hasta pública (art. 687, §2º); f) cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (art. 1.109) etc. (*Fundamentos...*, p. 68-69).

A questão terminológica, se suscitar problemas para a aplicação de “cláusulas” no âmbito processual, pode ser superada pelo abandono da expressão cláusulas gerais em favor da expressão *standards* jurídicos¹⁰¹.

Referência na doutrina brasileira sobre o estudo das cláusulas gerais, JUDITH MARTINS-COSTA preleciona que estas são o meio legislativamente hábil para:

[...] permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo.¹⁰²

Salutares as lições de NELSON NERY JR., dando conta que uma mesma expressão abstrata, dependendo de sua funcionalidade dentro do ordenamento jurídico, pode ser tomada como princípio geral do direito (acaso se apresentem como regras que norteiam o juiz na interpretação da relação jurídica discutida em juízo), como conceitos legais indeterminados (que, quando diagnosticadas pelo magistrado, deverá impor a consequência previamente estabelecida na lei) ou como cláusulas gerais (que permite ao juiz construir a solução que lhe parecer a mais adequada para o caso concreto)¹⁰³.

Da interpretação de uma cláusula geral, é possível extrair-se um princípio ou uma regra¹⁰⁴. Daí não haver problema terminológico ou conceitual em dizer “princípio da boa-fé processual” e “cláusula geral da boa-fé”, sendo o mesmo válido para a cooperação (ou colaboração) e a lealdade, que são, a um só tempo, norma (que podem funcionar como princípios ou regras, a depender da circunstância) e texto normativo consolidado na forma de cláusula geral.

¹⁰¹ O civilista português CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO trata as expressões cláusulas gerais, *standards* e “estalões” jurídicos como sinônimas (*Teoria...*, p. 63).

¹⁰² *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 274.

¹⁰³ *Contratos...*, p. 412.

¹⁰⁴ DIDIER JR., Fredie. *Cláusulas...*, p. 74.

CAPÍTULO II

BREVE ANÁLISE DA IDEOLOGIA NO PROCESSO E O DEVER DE COOPERAÇÃO

1. Noções gerais sobre ideologia e processo.

De chofre, deve-se esclarecer que o enfoque e a preocupação central do presente trabalho não é a de estabelecer rótulos processuais dicotômicos (“liberais” vs. “autoritários”), pois, como bem assevera JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, tal discussão atualmente não se reveste de grande utilidade, na medida em que não resolve os reais problemas da *praxis* forense¹⁰⁵. Antes, o processualista deve voltar seus olhos para a efetividade do processo.

Feita esta ressalva, e consciente da problemática trazida por alguns doutrinadores acerca da ideologia que faz fundo ao dever de cooperação, também não se pode desprezar nenhuma técnica jurídica é um fim em si mesmo, tampouco ideologicamente neutra, de modo que se mostra superada a crença outrora existente de que o processo seria um instrumento meramente técnico, hermético e despojado de qualquer influência ideológica¹⁰⁶.

Daí decorre a relevância de se analisar a ideologia que influencia o processo civil e de seus institutos, empreitada realizada por inúmeros autores, mas com ênfases distintas¹⁰⁷.

Preleciona MAURO CAPPELLETTI que, durante o predomínio do liberalismo, com seu lema *laissez faire, laissez passer* o processo era visto como um “negócio entre as partes” ou “assunto privado das partes” (*Privatsache der Partien*), incumbindo a elas a defesa de seus interesses, ao passo que o juiz deveria manter a sua condição de terceiro imparcial, sem se envolver na solução da demanda, limitando-se rigorosamente ao pedido e às provas apresentadas pelas partes, firme nas máximas do *narra mihi factum dabo tibi jus*

¹⁰⁵ Garantias constitucionais da publicidade..., p. 118.

¹⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. v. 1. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 364.

¹⁰⁷ DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven/London: Yale University Press, 1986. MONTERO AROCA, Juan. *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant to Blanch, 2006. CAPPELLETTI, Mauro. *Processo...*, v. 1 e 2. SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

e do *quod non est in actis non est in mundo*. Todavia, as exigências de intervenção pública na economia e na vida privada, típicas da época contemporânea, também refletem no processo, atribuindo um papel mais ativo do juiz na direção do processo¹⁰⁸.

Diante do atual paradigma constitucional, não mais parece ser possível sustentar a visão de um processo civil como uma batalha entre as partes, no qual deve vencer aquela que empregar as melhores armas na disputa, ainda que não tenha razão. Tal concepção jaz ultrapassada, pois partia da premissa da absoluta disponibilidade dos interesses em jogo e da plena igualdade entre os litigantes, de modo que caberia à parte defender, da forma como pudesse, o seu próprio interesse.

A função jurisdicional não pode, no atual cenário, manter esta ideologia absenteísta, especialmente países como o Brasil, marcados por gritantes desigualdades econômicas e sociais¹⁰⁹. A concepção de um processo civil constitucional é incompatível com esta mentalidade, distante dos valores maiores que informam o processo de um modo geral.

Precisa a colocação de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, pois “[o] processo não é um negócio, ou mesmo um jogo entre os litigantes, mas uma instituição estatal”¹¹⁰. Não se podem perder de vista os escopos da jurisdição, daí se falar em publicização do processo¹¹¹, o que traz a reboque o dever de comportamento probo dos litigantes.

Assim, diante do direito posto, no atual cenário de evolução legal, jurisprudencial e doutrinária, desnecessário esforço demasiado para se afirmar a existência de um dever de

¹⁰⁸ “[...] o clamoroso conflito que reemerge entre um sistema dispositivo contencioso (adversarial) e um sistema inquisitório de processo, não é outra coisa senão um aspecto do grande desafio da nossa época: o de conciliar a liberdade privada individual com a justiça social” (*Processo...*, v. 1, p. 367).

¹⁰⁹ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. v. I. São Paulo: RT, 2011, p. 1221-1254, p. 1239. O autor ainda ensina que o liberalismo que deve ser almejado é aquele decorrente do Estado Democrático de Direito do 2º Pós-Guerra, que “não apenas respeita o livre arbítrio dos cidadãos na tomada de decisões relativas à sua esfera privada, mas que, no momento em que estes recorrem ao Estado para a tutela dos seus direitos, este, através dos juízes, controla diligentemente se aqueles estão em condições de se autotutelarem e, em caso negativo, supre moderada e parcimoniosamente as suas insuficiências para, sem comprometer a sua imparcialidade, assegurar-lhes o acesso efetivo ao gozo dos seus direitos, tendo em vista que as posições de dominação que prevalecem na sociedade precisam ser neutralizadas, sob pena de entregarem os mais fracos ao jugo incontestável dos mais fortes, em total desrespeito às promessas de construção de uma sociedade erigida sob a égide da dignidade humana e do pleno respeito aos direitos fundamentais” (Idem, p. 1254).

¹¹⁰ O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. v. 1. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 132.

¹¹¹ “Pois bem, esta publicização pode ser pura e simplesmente a consequência da abolição do *jus privatorum* e, portanto, consequência da radial publicização ou socialização do próprio objeto do processo (como nos sistemas ‘orientais’); mas poderá igualmente ser posta de lado tal revolucionária publicização, podendo limitar-se àquela acentuação, por um lado, da função supletiva e de direção processual do Juiz e, doutra parte, dos deveres de lealdade, probidade e verdade dos quais se faz referência mencionando, a título de exemplo, o Código Austríaco de 1895, o qual posteriormente serviu de modelo às legislações de vários outros países” (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo...*, v. 2, p. 50).

lealdade processual (previsto textualmente no Código de Processo Civil), bem como de um dever de cooperação intersubjetiva, que vincula todos aqueles que participam do processo.

2. Críticas ao caráter autoritário do processo.

Ocorre que os “neoprivatistas”¹¹² advertem que o aumento exacerbado dos poderes do Magistrado pode trazer consigo o risco de criar um processo autoritário¹¹³. E neste sentido, há quem veja no dever de lealdade e boa-fé processual, uma janela de abertura ao autoritarismo judicial.

Não se desconhecem as críticas que muitos levantam à aplicação de tais institutos, por se tratarem de expressões vagas e muitas vezes utilizadas sem o devido critério. Por este motivo, proceder-se-á à análise de tais críticas.

MOACYR AMARAL DOS SANTOS há muito alertava sobre os riscos de um processo regido pelo princípio autoritário – aquele onde há “[...] ingerência e atuação do juiz na lide, quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento”¹¹⁴.

Sem dúvidas, o Poder Judiciário, embora já tenha sido definido como ‘o ramo menos perigoso’, pode revelar-se autoritário, inacessível e irresponsável, sobretudo diante do seu crescimento e da profunda modificação de sua função nos sistemas jurídicos atuais, onde o Estado-Juiz não mais se limita a julgar conflitos entre particulares, mas exerce importante papel de controle político dos outros Poderes¹¹⁵.

Uma das formas mais disseminadas sobre a índole do sistema processual é a divisão entre sistema adversarial e inquisitivo. No sistema adversarial, o procedimento tem a forma

¹¹² A expressão “neoprivatismo” foi sugerida por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. Os críticos do pensamento que ressalta o caráter público do processo chamam o produto deste pensamento como processo civil “social” (as aspas são propositais). A antítese ao processo civil “social”, segundo BARBOSA MOREIRA, poderia ser chamada de processo civil “anti-social”. Todavia, por elegância e respeito aos juristas que sustentam tal linha teórica, reputa tal rótulo como antipático, culminando por sugerir “neoprivatismo” como nomenclatura para referida teoria, em referência à vetusta ideia de que o processo era “*Sache der Parteien*” (“coisa das partes”), o que parece refletir o ideário dos opositores à publicização do processo. (El neoprivatismo en el proceso civil. In: MONTERO AROCA, Juan. *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant to Blanch, 2006, p. 215).

¹¹³ De acordo com MOACYR AMARAL DOS SANTOS, processo autoritário deve ser entendido como aquele em que predomina o princípio da autoridade: o juiz, como representante do Estado, deve ter poderes irrestritos, ser o “*Führer* do processo” (Contra o processo autoritário. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 54, fasc. II, p. 212-229, 1959, p. 217).

¹¹⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Contra...*, p. 220.

¹¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo...*, v. 1, p. 11.

de uma competição ou uma disputa: dois adversários disputam perante um terceiro relativamente passivo cujo dever é alcançar um veredicto, enquanto incumbe às partes o protagonismo das ações processuais; por outro lado, no sistema inquisitivo, o processo tem a estrutura de uma inquirição oficial, onde a maior parte das atividades processuais é incumbência do órgão julgador oficial¹¹⁶.

Dentro da estrutura processual, alguns instrumentos processuais podem conceder ao juiz poderes arbitrários, razão pela qual o tema aspira cautela.

Diversos autores estrangeiros debatem o tema, dentre os quais merece destaque MONTERO AROCA. Analisando as bases ideológicas do *Codice di procedura civile* italiano de 1940, o autor espanhol afirma que qualquer pessoa razoável e com experiência já saberia, de antemão, que um código promulgado na Itália em 1940 teria o fascismo como fundamento ideológico, colocando o interesse público sobre o interesse dos súditos, e nunca um modelo liberal, preocupado com a garantia da tutela dos direitos dos cidadãos¹¹⁷.

Assevera o autor ser característica dos Códigos autoritários (ou “sociais”) regular o processo como um instrumento de “justiça”, de modo que os poderes do juiz serão tão maiores quanto se preenche o conteúdo desta “justiça”, outorgando ao juiz poderes que deveriam pertencer exclusivamente às partes¹¹⁸.

Obtempera que não é partidário da má-fé processual, nem sustenta que as partes e seus advogados possam iniciar e desenvolver sua atividade processual com a intenção de prejudicar a parte contrária; coisa diversa é a sua desconfiança, que tem origem na constatação da realidade, diante da necessidade de convivência de que as leis processuais civis imponham expressamente às partes e seus advogados o dever de conduzir-se com boa-fé. Cita referências legais que impõe o dever de boa fé, lealdade e probidade, advindas de regimes políticos autoritários, desde a Lei de 23 de outubro de 1933 alemã, até o *Codice* italiano de 1940, passando por “todos os códigos e leis socialistas”¹¹⁹. MONTERO AROCA sustenta que a base ideológica de tais preceitos não enxerga o juiz como um terceiro imparcial entre duas partes que litigam com todas as armas que o ordenamento jurídico põe em suas mãos, mas sim uma espécie de ser superior revestido de todas as virtudes imagináveis, cuja missão é alcançar uma espécie de

¹¹⁶ DAMASKA, Mirjan. *The faces...*, p. 3.

¹¹⁷ El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria. In: _____. *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant to Blanch, 2006, p. 135.

¹¹⁸ Idem, p. 139.

¹¹⁹ Idem, p. 161.

“justiça”, e nesta busca devem colaborar ativamente as partes e seus advogados. Neste contexto, afirma que os cidadãos não têm direitos perante o Estado, mas somente deveres, e é tratado como incapaz intelectualmente, sendo artimanha toda e qualquer conduta realizada para defender seu interesse, o que remete às ideias nazistas e socialistas tendentes a reduzir o processo civil à mera jurisdição voluntária¹²⁰.

Acrescenta o autor que a ampliação dos poderes do juiz, especialmente em matéria probatória, somente tem razão de ser se admitida a premissa implícita de que o advogado da parte pode ser negligente ou ignorante. O autoritarismo também pode advir da crença de que o advogado seja um obstáculo para o fim da “justiça”, razão pela qual o juiz não pode consentir com manobras tortuosas dos causídicos¹²¹.

Neste contexto de autoritarismo, a função de advogado não é a defesa de seu cliente, mas sim, a o caráter público de sua função e de colaborar com o juiz, ainda que de maneira contrária aos interesses de seu representado¹²².

Por fim, sustenta que a regra não deveria impor a conduta de boa fé, mas sim, vedar a má-fé, impondo aos sujeitos do processo um dever negativo, de abstenção da prática de condutas de má-fé¹²³.

Em sentido semelhante, MONTELEONE critica o controle paternalístico, realizado pelo juiz a pretexto de zelar pelo cumprimento de um dever abstrato e genérico de lealdade e probidade, em relação às partes e seus advogados, como se elas fossem “seres malignos e diabólicos, que vão a juízo para enganar os magistrados e o adversário”, e não como titulares de posições jurídicas substanciais que aspiram à justiça¹²⁴.

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ identifica dois modelos de processo. Um deles é autoritário e visa a converter o juiz em um guardião do *fair play* processual, identificando condutas desproporcionais dos litigantes e seus representantes, às quais impõe um catálogo de sanções e mecanismos dissuasórios para impedi-las. Todavia, o autor não adota este

---

¹²⁰ Idem.

¹²¹ Idem, p. 162.

¹²² Idem.

¹²³ “Desde ese deber general, por ejemplo, no se impondría a la parte y a su abogado el deber de afirmar todos los hechos que conocieran, ni el de presentar los medios de prueba que le fueran perjudiciales, ni el de renunciar a aprovecharse de los errores materiales o procesales de la parte contraria, sino que se trataría de ponerles el limite, primero, del Código Penal y, luego, de actuar conscientemente de mala fe, con la consecuencia obvia de que se estaría impidiendo que el abogado de la parte mintiera conscientemente” (Idem, p. 163).

¹²⁴ MONTELEONE, Girolano. El actual debate sobre las ‘orientaciones publicistas’ del proceso civil. In: MONTERO AROCA, Juan. *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant to Blanch, 2006, p. 192.

modelo, preferindo aquele de corte mais liberal, com ampla liberdade ao cidadão no uso do sistema processual. Assevera que o processo não é “um jogo de criança, nem um exercício acadêmico”, mas sim, o instrumento para a criação de um direito, razão pela qual os verdadeiros protagonistas do litígio são os cidadãos, e não os Tribunais, sendo mister a observância das garantias processuais¹²⁵.

ADOLFO ALVARADO VELLOSO empenha-se em demonstrar que a causa inicial do processo é um conflito intersubjetivo de interesses¹²⁶, motivo pelo qual a razão da existência do processo “não pode ser outra senão a erradicação da força no grupo social, para assegurar a manutenção da paz e o respeito às normas que, ao regular a convivência, atribuem direitos às pessoas, direitos que o Estado-Juiz deve garantir a todos os seus titulares”¹²⁷. Por estes motivos, arremata o autor, a melhor intenção de fazer justiça em um caso concreto não pode vulnerar o próprio método da discussão: um julgador que privilegie a obtenção da meta sobre a legitimidade do método, remete às ideias de MAQUIAVEL (“os fins justificam os meios”), o que não pode admitir no processo¹²⁸.

Também em Portugal se suscitam críticas ao autoritarismo no âmbito do processo civil. LUIS CORREIA DE MENDONÇA, pós traçar uma evolução das concepções históricas do processo civil desde o Século XIX até o último quartel do Século XX, busca demonstrar que o Código de Processo Civil português de 1939 estabelece um papel autoritário ao juiz, fundado em ideologia fascista¹²⁹. O autor ter a absoluta harmonia de interesses como escopo social conduz a uma “perigosa utopia”, pois quando os conflitos chegam ao tribunal, estando as partes em posições já extremadas (desejosas de uma decisão eu lhe seja favorável), busca-se “rasurar ou iludir o antagonismo” e finge-se que “somos todos amigos, que o processo é um alegre passeio de jardim e que as partes dão de mãos dadas, na companhia do juiz”¹³⁰. Assevera que “lutar para perder”, em uma “espécie de ‘auto-mutilação processual’”, ou pretender transformar o processo civil numa comunidade onde se busca a pacífica discussão sobre os aspectos da controvérsia, o esclarecimento leal dos pontos obscuros e a eliminação dos erros próprios e da parte contrária, tudo em busca da

¹²⁵ MÉNDEZ, Francisco Ramos. ¿Abuso de derecho en el proceso? In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 1-6.

¹²⁶ VELLOSO, Adolfo Alvarado. La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. In: MONTERO AROCA, Juan. *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant to Blanch, 2006, p. 222.

¹²⁷ Idem, p. 225.

¹²⁸ Idem, p. 226.

¹²⁹ MENDONÇA, Luis Correia de. Vírus autoritário e processo civil. *Julgar*. Lisboa: Associação sindical dos juízes portugueses, 2007, n. 1, p. 67-98.

¹³⁰ Idem, p. 90.

verdade e da célere condução da justiça àquele que tem razão, “além de ser irrealista, é enganador, porquanto se insinua que entre os interesses do Estado, representado pelo tribunal, do autor e do réu não há antagonismos a resolver”¹³¹.

As citações acima não têm a pretensão de exaurir as críticas ao autoritarismo no processo, apenas destacar algumas das mais relevantes resistências à lealdade processual e ao dever de cooperação intersubjetiva. Feito este breve inventário, passa-se a buscar respostas para as severas críticas que são feitas.

3. Segue: resposta às críticas “neoprivatistas”

O tema recomenda uma análise serena, incompatível extremismos em qualquer orientação. Como se viu, as críticas destacadas sucintamente acima são veementes e respeitáveis, mas não irrespondíveis. Por esta razão, as críticas serão analisadas a seguir, de maneira breve, sem prejuízo dos demais desdobramentos e aprofundamentos que serão feitos durante o desenvolvimento do trabalho.

Já se afirmou que os opositores ao dever de lealdade processual buscam atrelá-lo ao ideário dos regimes nazistas, fascistas e comunistas; entretanto, a evidência não é tão clara como se faz crer. Ora, se é certo que o direito é fruto de um contexto histórico, social e político, razão pela qual não se pode ignorar a influência que o regime jurídico pode exercer sobre as leis aprovadas sob sua égide, isso por si só não importa concluir que todas as leis promulgadas por governos autoritários terão automática e inflexivelmente este mesmo caráter, violando as garantias democráticas¹³².

A correlação entre o modelo *adversarial-dispositivo* a regimes não-autoritários, politicamente liberais, e do modelo *inquisitivo* a regimes autoritários, intervencionistas, embora seja corrente na doutrina, decorre de uma ilação um tanto simplista, uma vez que não existe relação direta entre o aumento de poderes do juiz e regimes autocráticos, ou o incremento do papel das partes e regimes democráticos: “nem processo dispositivo é sinônimo de processo democrático, nem processo inquisitivo significa processo

---

¹³¹ Idem, p. 91.

¹³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. El neoprivatismo..., p. 201.

autoritário”¹³³. Também não existe uma linha divisória que separe em absoluto os dois modelos em sistemas “puros”, sem traços uns dos outros¹³⁴.

Prova desta ausência de modelos puros ou herméticos, é que na própria Inglaterra, cuja tradição sempre impôs um sistema adversarial, com “o juiz passivamente entronado entre as partes rivais”, na *Part 1* do *Civil Procedure Rules* de 1998, estabeleceu “como mais alto princípio que o juiz e as partes devem colaborar para que se alcance o objetivo de um processo justo, correto e econômico”¹³⁵. Mesmo no sistema da *common law*, nada obstante suas características adversariais (onde as partes parecem estar mais preocupadas em se digladiar do que propriamente em cooperar com o juízo), é perceptível o aumento do diálogo entre partes e órgão judicial, e este passou a falar mais e a interagir mais intensamente com os demais¹³⁶.

Ademais, sustenta DANIEL MITIDIERO a existência de três modelos processuais civis: o processo isonômico, o assimétrico e o cooperativo, onde a figura do juiz se encontra em situação paritária no diálogo processual, mas assimétrica no momento da decisão¹³⁷. Aliás, em publicação datada de 1988, em tom quase profético, BARBOSA MOREIRA já vislumbrava (ainda de forma longínqua) o advento do reinado do princípio da cooperação, que, “de acordo com a vanguarda da doutrina, está fadado a resolver, em acorde harmonioso, a tradicional contraposição entre o modelo ‘dispositivo’ e o modelo ‘inquisitivo’ do processo civil”¹³⁸.

Desta feita, a condução do processo não é determinada pela exclusiva vontade das partes (processo liberal dispositivo), tampouco há condução inquisitorial pelo órgão jurisdicional; no processo cooperativo, a condução do processo não tem protagonistas, deve haver uma condução cooperativa pelos sujeitos do processo¹³⁹. A condução oficial,

¹³³ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos...*, p. 45. Acrescenta RICARDO DE BARROS LEONEL: “Na verdade, é possível identificar maiores ou menores possibilidades de iniciativas judiciais tanto em regimes autoritários, como democráticos. O importante é que um aumento do poder judicial exercitável de ofício seja acompanhado da necessidade de incrementar, na prática, o respeito ao contraditório” (*Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 235).

¹³⁴ MIRJAN DAMASKA assera que não é claro até que ponto o processo adversarial se rende à vontade das partes (“quão passivo é o juiz?”) e quão persuasivo é o controle oficial no modelo inquisitorial (“quão ativo é o juiz?”), de modo que cada modelo adquire formas diferentes em contextos variados (*The faces...*, p. 4-5).

¹³⁵ GREGER, Reinhard. *Cooperação...*, p. 134.

¹³⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 165.

¹³⁷ *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, *passim*.

¹³⁸ Sobre a ‘participação’ do juiz no processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 380-394, p. 394.

¹³⁹ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos...*, p. 47.

orientada ao objetivo do processo, não é autoritária, mas sim cooperativa, na medida em que as partes têm certo controle sobre o processo¹⁴⁰, e devem participar do contraditório.

Não se trata, portanto, de maquiavelicamente “vulnerar o método da discussão”¹⁴¹, muito ao revés: o modelo cooperativo vem a valorizar o contraditório como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial¹⁴². Ora, é imperativo do Estado Democrático de Direito que as partes tenham possibilidade de participação na formação dos provimentos judiciais¹⁴³, razão pela qual a colaboração do processo não pode alijá-las desta necessária participação, mas somente reforçá-la.

PICO I JUNOY sustenta que o reconhecimento do princípio da boa fé processual não atribui feição fascista ou totalitária ao Código, argumentando que a recepção normativa e com caráter geral da boa fé no âmbito do processo é muito anterior aos códigos fascistas ou totalitários, destacando as previsões para os processos mercantis dos consulados do reino de Castilla dos séculos XVII e XVIII; firme nas lições de GROSSMANN, assevera que o § 138 I da ZPO já havia sido reclamada insistentemente muito antes do Terceiro Reich¹⁴⁴, de modo que não foi uma criação nacional-socialista, e subsiste até os dias de hoje, mesmo após profundas modificações legislativas; ademais, acrescenta que os códigos processuais mais avançados¹⁴⁵; por fim, cita a sintomática ausência de previsão da boa fé processual na “Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral cubana de 19 de agosto de 1977”, o que demonstra não se tratar de princípio próprio de um ideário comunista ou ditatorial¹⁴⁶.

Em nosso país, BARBOSA MOREIRA cita dois exemplos de leis com conteúdo

¹⁴⁰ GREGER, Reinhard. *Cooperação...*, p. 126.

¹⁴¹ VELLOSO, Adolfo Alvarado. *La imparcialidad...*, p. 226.

¹⁴² DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos...*, p. 46.

¹⁴³ RAATZ, Igor. Colaboração no processo civil e o projeto do novo código de processo civil. *Rev. SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 31, p. 23-36, ago. 2011, p. 27.

¹⁴⁴ “[...] este principio, si bien se recoge em § 138 párr. I de lá Zivilprozeßordnung alemana, fruto de la reforma de 27 de octubre de 1933, por parte del poder autoritário del momento, su contenido, casi literal, ya había sido reclamado insistentemente mucho antes de Tercer Reich, em concreto, como desta el excelente estudio de Grossmann, em tres ocasiones: em el Proyecto para la ‘Simplificación de la vía judicial’ de 1923, em el Proyecto para la ‘Reforma del Procedimiento Alemán’ de 1928, u em el Proyecto oficial de ‘Nuevo código de Procedimiento Civil’ de 1931” (PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho procesal entre garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*. In: MONTERO AROCA, Juan. *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant to Blanch, 2006, p. 102-125, p. 117-118).

¹⁴⁵ “[...] regla 3.4.2.b de las nuevas ‘Civil Procedure Rules’ inglesas, de 26 de abril de 1999, o em el art. 247 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000; y em los diferentes proyectos de armonización internacional del proceso como los ‘Principles and Rules of Transnational Civil Procedure’, de 12 de abril de 2001, elaboradas por el American Law Institute en cooperación con la UNIDROIT; o el ‘Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica’ de 1988, elaborado desde el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; sin que por ellos estos códigos puedan calificarse de facistas o autoritários, o sean menos perfectos” (Idem, p. 118-119).

¹⁴⁶ Idem, p. 119

fortemente democrático, sancionadas sob a Ditadura Militar: a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717, de 29.6.1965), e a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7347, de 24.7.1985)¹⁴⁷.

Sobre a inserção do dever de cooperação na ZPO alemã, esclarece que as raízes da reforma já emergiam em trabalhos preparatórios desenvolvidos sob a Constituição de Weimar, e esta orientação permaneceu inalterada mesmo depois de 1945, o que evidencia a sua perfeita compatibilidade com a redemocratização do país¹⁴⁸.

Outrossim, o aumento dos poderes do órgão judicial pode ocorrer em diversas estruturas políticas, sendo arbitrário inferir categoricamente deste fato a índole do regime, como se um fosse consequência inexorável do outro¹⁴⁹. É certo, ainda, que governos autoritários se empenham em fortalecer, geralmente, o Poder Executivo, e não do Poder Judiciário. No Brasil, com o Ato Institucional nº de 9 de abril de 1964, permitiram ao Comando Supremo da Revolução e ao Presidente da República suprimir ou dispensar, mediante investigação sumária, as garantias da vitaliciedade e estabilidade, asseverando que o controle jurisdicional desses atos se limitariam ao exame das formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que o motivaram, assim como a sua conveniência e oportunidade. E até mesmo este poder de apreciar formalmente o ato de cassação foi suprimido pelo Ato Institucional nº 3, de 5.2.1966. Daí porque aos regimes autoritários somente teriam interesse em elastecer os poderes dos juízes, se o Poder Judiciário estiver “inteiramente privado de autonomia e reduzido à mera posição de instrumento do Executivo”¹⁵⁰.

Desta forma, pode-se concluir que não existe relação direta e inflexível entre regimes políticos autoritários com o aumento dos poderes do Magistrado. É possível que regimes de jaez autoritária até mesmo restrinjam ou destituam o Poder Judiciário de seus poderes. Aliás, este incremento dos poderes do Magistrado não veio como forma de pensar o processo a partir de um modelo autoritário de Estado, mas sim, “como um instrumento de justiça social, mais rápido e eficaz”, incompatível com “um processo dominado pelas partes em contraposição a um juiz passivo e inoperante”¹⁵¹.

No campo probatório, já está bem resolvido pela doutrina que ao Juiz deve atribuir-

¹⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. El neoprivatismo..., p. 201.

¹⁴⁸ Idem.

¹⁴⁹ Idem, p. 206.

¹⁵⁰ Idem, p. 203.

¹⁵¹ RAATZ, Igor. Colaboração..., p. 27.

se poder instrutório¹⁵², o que será aprofundado oportunamente. Por ora, é suficiente afirmar que tal possibilidade não acarreta qualquer prejuízo à condição de terceiro imparcial, pois o magistrado não é adivinho e não pode saber de antemão o resultado da prova (uma perícia, por exemplo) por ele determinada. Ora, ainda que o resultado desta prova venha a beneficiar uma das partes, não se sabe, quando de sua determinação, quem será ela. Por este motivo, o entendimento de que o juiz se tornaria parcial ao ordenar a realização de uma prova de ofício, beneficiando a parte a quem a prova seja favorável, por imperativos lógicos, aqueles que desposam deste entendimento chegariam à conclusão de que a omissão em produzir a prova favoreceria àquela cujo resultado seja contrário, de modo que o juiz, em qualquer hipótese, estaria condenado à pecha de parcialidade, o que demonstra a falsidade da premissa¹⁵³.

Ora, BARBOSA MOREIRA enfatiza que um sistema que confie plenamente na confrontação dos lutadores, como em competição desportiva, com suposto fundamento na ideia de que as partes sabem melhor que ninguém cuidar dos próprios interesses, e reduz o papel do juiz ao de mero árbitro, tão somente para assegurar as regras do jogo, aceita de bom grado “sacrificar as expectativas de equanimidade no altar de uma quimera”¹⁵⁴.

Ensina JAUERNIG que no processo não pode vencer a parte mais hábil ou mais esperta, mas sim a que tem razão: “o processo não é um jogo de futebol e o tribunal nenhum árbitro, que só tem de atender à observância das regras do jogo e depois da luta entrega o prémio, a sentença”¹⁵⁵.

Observa-se que mesmo os autores que criticam o aumento *exagerado* dos poderes do juiz não compactuam com a má-fé processual, tampouco sustentam que o juiz deve ser absolutamente passivo e inerte, um “impotente expectador das astúcias das partes e seus defensores”; o que almejam é “evitar que o processo esteja permanentemente subtraído da disponibilidade dos titulares dos interesses em jogo para ser encomendado a um órgão autoritário e incontrolado, que produz resultados como os acima ilustrados”¹⁵⁶. Neste ponto, não há divergência, pois não sustentamos a total supressão do princípio do

---

¹⁵² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, *passim*.

¹⁵³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. El neoprivatismo..., p. 209-210.

¹⁵⁴ Idem, p. 214.

¹⁵⁵ JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. RAMOS, R. Silveira (Trad.). 25ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 141. Afirma ANTÓNIO MANUEL DA ROCHA E MENEZES CORDEIRO a regressão da concepção que considera o processo o processo como uma luta entre as partes (*Da boa fé no direito civil*. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011, p. 381).

¹⁵⁶ MONTELEONE, Girolano. El actual..., p. 190 (tradução livre).

dispositivo¹⁵⁷; as legislações citadas como paradigma também não chegam a suprimir a disponibilidade de qualquer interesse em juízo, tampouco subtraem em absoluto qualquer forma de controlar a atividade judicial¹⁵⁸. Ora, a atuação do juiz, tanto no processo austríaco como no suíço, no processo germânico (ocidental) como no sueco e de outros países: “caráter meramente auxiliar e não um caráter substitutivo das partes e da vontade delas no determinar o *meritum causae* e portanto na determinação do *thema decidendum*”¹⁵⁹, de modo que não há falar-se em supressão da disponibilidade dos interessados.

Daí afirmar-se que o juiz não deve conduzir o processo passiva nem autoritariamente: ele deve interagir com a atividade das partes, para o fim de se obter o propósito do processo o mais fácil, rápida e completamente possível¹⁶⁰.

Um dos maiores críticos do processo autoritário, MONTERO AROCA, admite que não é partidário da má-fé e que “ninguém se opõe ao dever de lealdade e probidade, sempre que o mesmo se estenda a todos os sujeitos do processo, dado que nada garante que somente as partes e os advogados podem atuar incorretamente ou serem indignos de confiança”¹⁶¹.

A sua objeção, portanto, não se aplica à nossa visão sobre o dever de lealdade e colaboração, nem à forma como vem sendo sustentado pela doutrina brasileira, uma vez

---

¹⁵⁷ “É evidente que seria fora de propósito preconizar, de forma geral e indiscriminada, o abandono do princípio do dispositivo ou da demanda e da congruência, renegando as máximas pelas quais *ne eat iudex ef officio, ne eat iudex sine actore, e ne eat iudex ultra petita partium*. Tal solução significaria a tomada de posição em favor da configuração de um processo autoritário, similar àquele que tem vigorado, na história recente, nos países comunistas e socialistas, particularmente na Europa Ocidental” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa...*, p. 239).

¹⁵⁸ MAURO CAPPELLETTI, ao estudar o processo civil austríaco, regulado pela *Zivilprozessordnung* de 1895, “que foi o primeiro Código de Processo Civil declarada e abertamente inspirado – como disse muitas vezes seu insigne Relator, Franz Klein – em uma concepção ‘social’”, destacou as alterações realizadas por este Código: “aumentou profundamente os poderes do juiz quanto à formação e à valorização das provas; praticamente aboliu as provas legais; impôs às partes obrigações de esclarecer, de completar, de dizer a verdade, as quais estão claramente em função de uma ‘moralização’ e ‘socialização’ da conduta das partes no processo; atribuiu ao Juiz todos os poderes e deveres considerados necessários para tornar a igualdade das partes no processo não apenas formal e aparente, mas efetiva, e válida, assim não menos para o pobre, para o ignorante, para o mal defendido, que para o rico e para o erudito”. Ressaltou, por outro lado, que aquele Código: “não desligou de modo algum o Juiz austríaco do vínculo com a demanda da parte. Se a parte menos astuta, menos preparada, pior defendida, não tiver desde o início proposto a sua demanda da maneira mais adequada, ou adequadamente apresentado a sua defesa, o juiz austríaco no curso do processo poderá vir-lhe em ajuda, e propiciar-lhe maneira de reparar, de modificar, de corrigir as lacunas e defeitos da sua demanda ou defesa. E para tal fim o juiz poderá e, mesmo, deverá, exigindo o caso, sair daquela absoluta passividade ou daquela absoluta neutralidade a que era adstrito o Juiz do processo comum e o próprio juiz austríaco até a entrada em vigor do Código de 1895” (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo...*, v. 2, p. 45).

¹⁵⁹ Idem, p. 46.

¹⁶⁰ GREGER, Reinhard. *Cooperação...*, p. 127.

¹⁶¹ MONTELEONE, Girolano. *El actual...*, p. 192 (tradução livre).

que, como já se afirmou alhures e se aprofundará oportunamente¹⁶², sustenta-se um dever de lealdade e colaboração entre todos os sujeitos do processo. Ao mesmo tempo em que se avultam os poderes do magistrado em reprimir abusos e comportamentos desleais, proporcionalmente acresce a sua responsabilidade, na medida em que também tem deveres para com as partes.

Também é oportuno ressaltar que, a despeito das críticas que se possa fazer ao sistema permeado por conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, não se pode desprezar a necessidade de tais instrumentos para permitir que a atividade hermenêutica não despreze as vicissitudes do tempo e das circunstâncias específicas do caso em concreto, concedendo ao intérprete ferramentas preciosas para a valoração da conduta dos atores que encenam no processo civil. Ora, “a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal”¹⁶³.

É dizer, partindo-se da premissa de que a concepção do processo civil e do princípio do contraditório abarcam o dever de lealdade e de cooperação entre os sujeitos do processo, o grande desafio que se tem é delinear, na medida do possível, o que é lealdade e o que é cooperação, a fim de evitar autoritarismos.

Necessário se faz um equilíbrio entre a abertura do sistema, de modo a permitir a apreciação do caso concreto, mas sem desprezar a segurança jurídica.

A afirmação a seguir pode parecer paradoxal, mas a alegação de que a imposição de dever de lealdade processual e o dever de cooperação intersubjetiva geraria margem ao autoritarismo judicial, não subsiste na medida em que tais deveres – de lealdade e de cooperação – colocam em cheque a figura do Juiz autoritário. Isto porque o próprio magistrado, como sujeito imparcial do processo, também se vincula a tais deveres. Seus poderes muitas vezes são mitigados pela aplicação do dever de cooperação, a exemplo da situação em que, a despeito da possibilidade de conhecer de ofício uma determinada questão, a cooperação e a lealdade recomendam (*rectius*, determinam, sempre que necessário) a abertura de prévio contraditório, a fim de não causar surpresa às partes.

Na direção do processo, o juiz deverá buscar o respeito à garantia da duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal), imprimindo

---

¹⁶² Vide Cap. III, n. 6.

¹⁶³ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos...*, p. 81.

“celeridade que se coadune com o desenvolvimento regular dos atos processuais, na conformidade da sua disciplina legal, pois, do contrário, do desrespeito da direção a esta disciplina, resultará prejuízo à defesa dos interessados”, de maneira que o reforço aos poderes do juiz deve ser exercido em conformidade com as normas processuais, “o que redundará na negação do poder discricionário, que caracteriza o juiz autoritário”¹⁶⁴.

Como se vê, aí reside o paradoxo: os deveres de lealdade e cooperação parecem permitir ao julgador que decida como bem entender, mas a adequada leitura do princípio do contraditório (de onde defluem aqueles) vincula o próprio magistrado e impede o autoritarismo no processo. Neste sentido, preleciona ALVARO DE OLIVEIRA, que o diálogo judicial se torna garantia de democratização do processo, que impede que o poder oficial do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* venham a se transformar em instrumento de opressão e autoritarismo¹⁶⁵.

MARIANA GOUVEIA assenta que o princípio da cooperação não é um aspecto de um processo autoritário (inquisitivo), mas sim, se trata de um novo arquétipo de processo civil, que o afasta do ‘paradigma autoritário’: a autora adita que a cooperação, vista como dever das partes, não decorre de autoritarismo, senão da aplicação do princípio da boa-fé no direito processual (este, não obriga que as partes desistam da sua pretensão ou da sua versão dos fatos em prol de uma verdade material ou verdadeira: apenas impõe um comportamento ético na defesa de seus interesses), ao passo que os deveres de cooperação do juiz, em verdade, mitiga-se o autoritarismo – quanto mais se defender a postura cooperativa do magistrado, menos autoritário ele será¹⁶⁶.

É claro que aquilo que parece fazer todo o sentido em teoria, muitas vezes não se verifica na prática. Mas isto não significa que a teoria esteja errada, mas tão somente que ela seja mal empregada, desvirtuada ou não aplicada, o que consiste na sua própria negação. É o que parece ocorrer com o dever de cooperação e de lealdade, muitas vezes mal compreendido pelos seus aplicadores.

E, por outro lado, a imposição de uma conduta conforme a boa-fé e a lealdade não se mostra avessa à natureza e à função do processo, como instrumento de resolução de

¹⁶⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Contra...*, p. 222-223.

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. In: *Revista de Processo*. São Paulo, v. 19, n. 73, p. 59-81, jan.-mar. 1994, p. 7-14, p. 12.

¹⁶⁶ GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na acção declarativa. In: *Julgar*. Lisboa: Associação sindical dos juizes portugueses, 2007, n. 1, p. 47-65, p. 56. A autora adita que: “uma magistratura obrigada pela colaboração é a concretização de uma justiça próxima do cidadão, de uma justiça ao seu serviço. Uma justiça de igualdade entre todos os homens, independentemente da sua posição concreta” (idem).

controvérsias, pois até mesmo na guerra a proteção da boa-fé jurídica se impõe, conforme dispõe o Estatuto de Roma (art. 8º, 2, b, VI e VII), prevendo condutas abusivas que ferem a “ética da guerra”¹⁶⁷, com muito mais razão devem existir limites éticos para a disputa entre as partes envolvidas em uma lide judicial.

Aliás, LEONARDO GRECO afirma que este princípio, bem aplicado, serve mais adequadamente ao processo liberal, na medida em que protege os direitos subjetivos dos litigantes, impondo ao magistrado que seja tolerante e que as partes se comportem com lealdade¹⁶⁸. Analisando-se por outra ótica, afirma-se que o modelo cooperativo parece ser o mais adequado para uma democracia¹⁶⁹. Pensando na associação dos modelos de Estado com relação às funções e dos poderes do juiz no processo, IGOR RAATZ conclui que: “o juiz passivo do Estado Liberal, o juiz ativo do Estado Social e o juiz colaborativo do Estado Democrático de Direito”¹⁷⁰.

De todo o exposto, é possível concluir que, afirmada a existência de deveres éticos entre os sujeitos do processo, necessário ter a exata noção de seus contornos, a fim de que não sejam desvirtuados ou mal empregados; enfim, negados.

A título de exemplo, a interposição de um recurso previsto em lei, tempestivo e adequado à situação, consiste em exercício regular de um direito, e daí não se pode cogitar em violação ao dever de cooperação. Aquele que contesta, recorre, pede produção de provas etc., dentro dos limites éticos e legais que norteiam a sua atuação e o seu interesse, não pode ser tido como transgressor do dever de lealdade. Todavia, é possível que em algumas hipóteses, tais condutas venham a ultrapassar as raias do ético e do legal, o que não se pode tolerar no processo civil atual.

Mas, qual seria a linha divisória? A proposta do presente trabalho está em se buscar, no âmbito teórico, um delineamento mais preciso do conteúdo abarcado pelo dever de cooperação e pelo dever de lealdade processual, de modo que a interpretação da conduta dos sujeitos processuais possa ser medida no caso em concreto, mas sem que se traga abertura à arbitrariedade e ao autoritarismo judicial.

E as principais balizas propostas são a teoria do abuso do direito e a boa-fé objetiva, com todas as suas figuras argumentativas.

---

¹⁶⁷ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos...*, p. 33.

¹⁶⁸ GRECO, Leonardo. *Publicismo...*, p. 49-52.

¹⁶⁹ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos...*, p. 48.

¹⁷⁰ RAATZ, Igor. *Colaboração...*, p. 30.

CAPÍTULO III

COOPERAÇÃO, LEALDADE E BOA-FÉ PROCESSUAL

1. Noções gerais

Diversos podem ser os fundamentos do princípio da cooperação e da lealdade processual; por outro lado, muitas podem ser suas consequências. Primeiramente, buscare-se-ão os matizes que permitem a aplicação desses vetores no sistema processual civil brasileiro. Em seguida, os esforços se voltarão para a árdua tarefa de delimitação de cada um dos institutos, bem como a investigação da forma como interagem e como se apresentam a cada um dos sujeitos do processo. Por fim, o objetivo da pesquisa será buscar a aplicação desses institutos nos âmbitos mais sensíveis do direito processual civil.

Também é oportuno consignar, desde já, que o presente trabalho adota como sinônimas as expressões *cooperação* e *colaboração*, da forma como é corrente na doutrina. Também dá ao termo *lealdade processual* concepção dilatada, que engloba, em um só tempo, a vedação do abuso dos direitos processuais e observância os deveres de cooperação e de boa-fé processual.

2. Princípio do contraditório como dever de cooperação

O princípio do contraditório, explicitado em nossa Constituição Federal (art. 5º, LV), certamente desempenha papel fundamental no estudo do Processo Civil Constitucional e é considerado imprescindível no direito processual civil moderno.

Conforme preleciona CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, nem sempre se reconheceu tamanha importância ao referido princípio; com efeito, no direito romano primitivo, as partes não eram obrigadas a comparecer em juízo, apenas o fazendo por sua própria vontade, pois se enxergava a ação como a voluntária submissão da controvérsia à decisão de uma autoridade superior, onde não havia espaço para obrigar o adversário resistente a comparecer em juízo¹⁷¹. Ainda de acordo com o mesmo autor, tal cenário não

---

¹⁷¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia..., p. 133.

era diferente no direito germânico, e apenas começou a se alterar com a adoção de medidas coercitivas pelo Pretor, tal como a *missio in bona*, apenas se firmando com o procedimento contumacial do direito romano pós-clássico, o que somente foi obtido após uma longa e penosa batalha de superação da antiga concepção¹⁷².

Como se percebe, no direito romano primitivo, a vontade do demandado era imprescindível para que a lide fosse composta pelo Juiz; entretanto, nos sistemas modernos, as partes se encontram envolvidas na relação processual pela simples existência da demanda, queira ou não o demandado¹⁷³.

Atualmente, não se concebe a existência de processo sem respeito efetivo ao contraditório¹⁷⁴.

Tamanha a importância que o princípio do contraditório assumiu em nosso atual sistema processual, que passou a ser apontado como o elemento legitimador da atividade estatal, e, assim, das decisões jurisdicionais. Neste sentido, FERNANDO GAJARDONI, partindo da “Teoria dos Sistemas” e do ideário de legitimação pelo procedimento, de NIKLAS LUHMANN¹⁷⁵, afirma que a atividade judicial, por envolver decisões acerca de negócios jurídicos alheios, pelo poder conferido pela lei (e não pela autonomia da vontade), “é exigível que o material preparatório do julgamento final seja recolhido e elaborado segundo regras conhecidas por todos. Daí por que a decisão proferida no processo só seria legítima se proferida após regular procedimento”¹⁷⁶. E conclui que o procedimento, em si, é vazio, se não oferecer a possibilidade de um contraditório útil¹⁷⁷.

Ora, em um Estado Democrático de Direito, todos os Poderes devem ser exercidos mediante participação dos interessados, e participação no processo, é assegurada pela garantia constitucional do contraditório, de modo que a participação no processo é o elemento legitimador das decisões jurisdicionais.

A par de tais discussões, é certo que o contraditório tradicionalmente foi tratado

---

¹⁷² Idem.

¹⁷³ CHIOVENDA, Jose. *Principios de derecho procesal civil*: tomo II. Traducción española de la tercera edición italiana y prólogo del Professor José Casais Y Santaló. Madrid: Reus, 2000, p. 64.

¹⁷⁴ GUERRA FILHO, Wilis Santiago. *Introdução ao estudo do direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 27.

¹⁷⁵ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição CÔRTE-REAL. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, *passim*.

¹⁷⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 95.

¹⁷⁷ Idem, p. 98.

como sinônimo de “audiência bilateral”, derivado da visão dialética do processo¹⁷⁸. Também seguindo as lições tradicionais, o contraditório por diversas vezes foi atrelado ao binômio “*informação-reação*”¹⁷⁹.

Desta possibilidade de reação, de manifestação ou de participação (conforme a terminologia adotada), decorre o que passou a se chamar de contraditório substancial, cujo núcleo é o “poder de influência”. Neste sentido, não basta franquear a participação ou a manifestação da parte no bojo do processo para que seja respeitado o princípio do contraditório, é necessário que as partes tenham oportunidade de influenciar em todos os elementos (fatos, provas e questões de direito) que tenham ligação com o objeto da causa e que, em qualquer momento do processo, tenham relevância potencial para a decisão¹⁸⁰.

De acordo com LUCON¹⁸¹, a concepção material do contraditório está ligada ao princípio do *devido processo legal substancial*¹⁸² e ao princípio da isonomia no processo.

Seguindo a evolução conceitual, o contraditório, que tradicionalmente alcançava apenas autor e réu (o que se denota até mesmo pela terminologia “bilateralidade da audiência”), diante de sua concepção material, passou a ser arrostado como um *dever* de todos os envolvidos, e, com efeito, também o Magistrado. Desta forma, não basta que a *lei* preveja o contraditório, sendo necessário que o *juiz* faça valer tais dispositivos. Neste sentido, o próprio juiz “deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. [...]. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente

¹⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. *Teoria geral do processo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 61.

¹⁷⁹ De acordo com GIL FERREIRA DE MESQUITA: “a doutrina comumente apresenta a garantia através de um binômio: *informação-reação*. Esta fórmula sobre variações dependendo do autor consultado: Vicente Greco Filho prefere falar em *informação* e *contraposição*, Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci optam por *informação* e *manifestação*, Cândido Rangel Dinamarco aponta *informação* e *participação*, enquanto Joaquim Canuto Mendes de Almeida refere-se à *informação* e *contrariedade*. Optamos por adotar a concepção de Nelson Nery Jr., baseada no magistério de Sérgio La China: *informação* e *reação*” (*Princípios do contraditório e da ampla defesa do processo civil brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 160).

¹⁸⁰ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 109.

¹⁸¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido..., passim*.

¹⁸² É certo que existem críticas a tal nomenclatura. Neste sentido HUMBERTO ÁVILA: “[...] o uso da expressão ‘devido processo legal substancial’, como variante de significado supostamente decorrente da previsão expressa do ‘devido processo legal’ é triplamente inconsistente: em primeiro lugar, porque leva ao entendimento de que o fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade é o dispositivo relativo ao ‘devido processo legal’, quando o seu fundamento reside na positivação dos princípios da liberdade e igualdade conjuntamente com as finalidades estatais; em segundo lugar, porque os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade são aplicados mesmo fora do âmbito processual, razão pela qual perde sentido o uso da expressão “devido processo legal substancial” para representá-los; em terceiro lugar, porque o ‘devido processo legal substancial’, se compreendido como os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade, dá a entender que esses deveres não estão presentes no ‘devido processo legal procedimental’, quando, como será visto, servem para a sua própria configuração como processo adequado ou justo.” (O que é ‘devido processo legal’? In: *Revista de Processo*. São Paulo, v. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008, p. 56).

como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz”¹⁸³.

E este novel entendimento é favorecido pelo conceito publicista do processo¹⁸⁴ e tem consequências em diversas áreas do processo, com destaque para os poderes instrutórios do Juiz.

Com efeito, ao se conceder poderes instrutórios ao juiz, a parte passa a ser colaboradora do órgão judicial, que passa a exercer a direção formal do processo¹⁸⁵, e, assim, a garantia do contraditório deixa de ser tão-somente um instrumento para assegurar a isonomia das partes: “[m]ais que isso, é meio pelo qual o juiz exerce sua atividade, possibilitando-lhe a formação da convicção”¹⁸⁶.

Desta forma, a adequada compreensão do contraditório remete uma ideia mais abrangente, que enxerga no contraditório um dever, do qual resulta o dever de lealdade processual e a boa-fé objetiva, como padrão de conduta que se espera das partes em litígio e de todos que, de qualquer forma, intervêm na relação processual. Neste sentido, ALVARO DE OLIVEIRA, tendo o direito fundamental de participação como base constitucional para o princípio colaboração, conclui que tanto as partes, quanto o órgão judicial, como todos aqueles que participam do processo (aqui incluídos os serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas etc.), devem nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade¹⁸⁷.

Daí falar-se em um novo modelo processual civil: o processo civil cooperativo, onde o órgão jurisdicional passa a ser visto como um dos sujeitos no diálogo processual, e não como um espectador do duelo das partes¹⁸⁸.

É certo que a inferência feita entre princípio do contraditório e cooperação processual não é unânime na doutrina. EDOARDO RICCI, à luz do direito italiano, afirma que não há falar-se em princípio da cooperação, por não consubstanciar uma regra geral aplicável aos sujeitos processuais; outrossim, entende que a garantia do contraditório não

¹⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 213-214.

¹⁸⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes...*, p. 101.

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O juiz...*, p. 8.

¹⁸⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 111.

¹⁸⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo...*, p. 236.

¹⁸⁸ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos...*, p. 46; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração...*, *passim*.

guarda relação com os dispositivos legais que exigem a participação das partes¹⁸⁹.

Todavia, negar tal correspondência não significa negar a cooperação, pois admite que o juiz que não solicita a participação das partes “não é diligente e renuncia à contribuição que o debate lhe poderia proporcionar”, sendo possível que o processo deixe de atingir certas finalidades de caráter social por ausência de provocação do juiz¹⁹⁰. Assim, pode-se dizer que RICCI não despreza a necessidade de cooperação recíproca entre partes e juiz, embora entenda que tal não deriva da aplicação do princípio do contraditório.

Feitas tais considerações, passa-se a buscar um melhor delineamento dos conceitos e limites da cooperação, da lealdade e da boa-fé processual, a fim de analisar o impacto de tais institutos nas mais diversas searas do processo civil brasileiro.

3. Cooperação, lealdade e boa-fé processual

O Código de Processo Civil impõe a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo, o dever de proceder com lealdade e boa-fé (art. 14, inciso II). Todavia, como já se afirmou, a dificuldade está em se estabelecer contornos mais claros a esses deveres, a fim de se evitar insegurança e arbitrariedades. Daí porque o dever de lealdade e de cooperação devem ser iluminados pela teoria do abuso do direito e da boa-fé.

Como já se afirmou, à míngua de diferenciação entre o emprego dos vocábulos “cooperação” e “colaboração”, ambos serão utilizados indistintamente, em sinonímia. Por outro lado, é bom destacar que em razão da ausência de limites precisos em termos conceituais do dever de lealdade, para o presente trabalho, a expressão será compreendida em uma acepção dilatada, abrangendo a vedação ao abuso do direito e a observância dos deveres de cooperação e boa-fé processual. É dizer, considera-se conduta desleal aquela abusiva, violadora dos deveres de cooperação ou despojada de boa-fé objetiva (independente do estado anímico do agente). Boa-fé e lealdade, são expressões que se complementam ou, até mesmo, se confundem¹⁹¹.

É bem verdade que MICHELE TARUFFO, ao analisar o abuso dos direitos

---

¹⁸⁹ RICCI, Edoardo Flávio. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006, p. 495-499.

¹⁹⁰ Idem, p. 489.

¹⁹¹ IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância de má-fé e lealdade processual*. Curitiba: Juruá, 2011.

processuais, conclui que a referência à cláusula geral de boa-fé pode ser interpretada em alguns países como um sintoma do desenvolvimento insuficiente de um conceito mais específico de probidade processual¹⁹². Entretanto, faz-se uso desta correlação com a finalidade de traçar limites seguros na aplicação institutos estudados, analisando-se o papel do princípio da boa-fé no âmbito do processo civil brasileiro. Ademais, por seu papel como princípio geral do direito, a interpretação em harmonia com a boa-fé é exigência para todo o ordenamento jurídico¹⁹³. Outrossim, é importante, para a adequada compreensão e aplicação do dever de cooperação, que se busque um “diálogo com o manancial teórico e jurisprudencial desenvolvido a respeito do devido processo legal (processo equitativo) e do princípio da boa fé (inclusive da cooperação na relação obrigacional, que é um de seus corolários)”¹⁹⁴. Para buscar-se tal paradigma, mister se faz uma breve incursão no estudo do princípio da boa-fé.

Inicialmente, é bom destacar que a doutrina sustenta a existência de duas vertentes da boa-fé: a subjetiva, um fato psicológico, relacionado à crença íntima que nasce de um erro escusável de que sua conduta não é contrária ao direito¹⁹⁵; e a boa-fé objetiva, chamada de concepção ética da boa-fé ou *boa-fé lealdade*, como um *standard* jurídico que impõe um padrão de comportamento probo, reto e leal daqueles envolvidos em uma relação jurídica¹⁹⁶.

Deste modo, a boa-fé objetiva é examinada externamente, prescindindo da análise de sua convicção subjetiva. Daí resulta que a conduta contrária à boa-fé subjetiva é a má-fé, ao passo que a conduta despojada de lealdade e correção (independente do estado anímico), é qualificada como carecedora de boa-fé objetiva¹⁹⁷. A boa-fé, entendida como um princípio geral, não somente limita ou veda uma conduta desonesta, mas também traz

¹⁹² “A referência à cláusula geral de boa-fé pode ser interpretada – em alguns países, pelo menos – como um sintoma do desenvolvimento ainda insuficiente de um conceito mais específico de “lealdade no processo”, que poderia ser usado para definir analiticamente abusos na administração da justiça. Claro que todos nós falamos de lealdade no contexto do processo, e pode-se dizer que ‘lealdade’ é agora um dos valores fundamentais na lei processual (também na base de previsões constitucionais existentes em diversos países) até em sistemas de *civil law*. Entretanto, deve ser dito que a conexão entre ‘lealdade processual’ e ADP [abuso de direitos processuais] ainda é vaga e conceitualmente subdesenvolvida em muitos dos sistemas processuais. Diante da necessidade de voltar para as tradicionais cláusulas gerais, como *Treu und Glaube*, ao invés de encontrar uma fundação mais firme e de ‘senso comum’ para o discurso envolvendo o ADP” (TARUFFO, Michele. *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague/London/Boston: Kluner Law International, 1999, p. 6, *tradução livre*).

¹⁹³ DíEZ-PICAZO, Luis. *La doctrina de los propios actos*. Barcelona: Bosch editor, 1962, p. 139.

¹⁹⁴ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos...*, p. 41.

¹⁹⁵ DíEZ-PICAZO, Luis. *La doctrina...*, p. 135-136.

¹⁹⁶ NEGREIROS, Tereza. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 15.

¹⁹⁷ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 80-81.

consigo uma exigência positiva, “prestando ao próximo tudo aquilo que se exige de uma fraterna convivência (por exemplo, deveres de diligência, de esmero, de cooperação etc.)”¹⁹⁸.

As noções de boa fé nos remontam à Roma Antiga, no conceito de *fides* na relação de clientela, que submetia o *cliens* a deveres de lealdade e obediência para com o *pater*, e recebia, em troca, proteção; nas relações externas, o conceito de *fides* incidia nos tratados estabelecidos entre Roma e outros povos¹⁹⁹. Com o seu desenvolvimento, passou-se a utilizar a expressão *bona fides*, entendido como o dever de comportamento em conformidade com o padrão consentido por ambas as partes da relação²⁰⁰.

Durante o período Clássico, marcado pela formalidade e pela tipicidade, o sistema jurídico processual romano se baseava na atribuição concreta de ações²⁰¹, em fórmulas típicas que se perfaziam por meio de ações. O processo se iniciava pela indicação de uma *formula* que, acaso concedida pelo *pretor*, dava início a uma segunda fase, perante o juiz privado que, caso constatasse que a *intentio* fora confirmada, julgaria o caso de acordo com as regras de direito civil (*in ius conceptae*) ou simplesmente pela existência de certos fatos (*in factum conceptae*)²⁰².

Neste contexto, surgem os *bonae fidei iudicium*, que consistiam em um procedimento no qual o demandante apresentava uma fórmula especial, “[...] na qual, não podendo demonstrar uma *intentio* baseada na *lex*, a fundava na *fides*, ordenando então o pretor que o juiz sentenciasse conforme os ditados na boa-fé”²⁰³. Deste modo, aquele que não tinha uma pretensão fundada em texto expresso de lei, poderia pedir que a demanda fosse julgada com fundamento na *bona fides*, aumentando o poder do juiz privado²⁰⁴.

No Direito Canônico, a boa-fé passou a ser entendida como a crença subjetiva de uma conduta desprovida de pecado, consagrando-se como princípio geral do Direito²⁰⁵.

Diversas legislações trouxeram previsão sobre o tema, todavia, merece destaque a codificação alemã, que positivou referido princípio no *BGB (Bürgerliches Gesetzbuch*, de 1900), fruto da jurisprudência comercial, distinguindo a boa-fé subjetiva (*guter Glauben*)

¹⁹⁸ DÍEZ-PICAZO, Luis. *La doctrina...*, p. 139.

¹⁹⁹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé...*, p. 59-64.

²⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, p. 115.

²⁰¹ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé...*, p. 71.

²⁰² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, p. 118-119.

²⁰³ Idem, p. 120.

²⁰⁴ COUTO E SILVA, Clovis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 28.

²⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, p. 131.

da objetiva (*Treu und Glauben*)²⁰⁶.

Tal codificação influenciou diversos outros diplomas, que trouxeram previsões análogas, tais como o Código Civil suíço de 1912, o Código Civil italiano de 1942 e o Código Civil português de 1966. Com a reforma do Código Civil espanhol em 1974, a boa-fé objetiva passou ao *status* de princípio geral do direito positivado, mas Díez-PICAZZO ressalta que referido dispositivo legal não introduziu inovação alguma no ordenamento jurídico espanhol, uma vez que a doutrina já havia consagrado este entendimento mesmo antes do advento da modificação legislativa²⁰⁷.

No Brasil, o art. 131, 1, do Código Comercial (Lei nº 556, de 1850), há mais de um século e meio, estatuiu a interpretação das cláusulas contratuais conforme a boa-fé.

O Código Civil de 1916, influenciado pelos modelos francês e português em vigência àquela época, limitou-se à previsão da boa-fé subjetiva, sobretudo no estudo dos direitos reais, em especial, no que tange à posse.

Entretanto, a doutrina já fazia menção ao referido princípio, mesmo à míngua de previsão expressa. O vanguardista SERPA LOPES, nos idos de 1959, asseverava: “[...] a ausência de qualquer preceito a respeito da boa-fé não lhe retira o valor intrínseco que ela possui e que domina todas as instituições, a despeito de um silêncio eventual da lei, isto resulta de sua própria natureza e da função social que lhe é reservada”²⁰⁸.

CLÓVIS DO COUTO E SILVA, em tese datada de 1976, já sustentava que: “[...] a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao § 242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta”²⁰⁹.

Como se vê, mesmo durante a vigência do superado Código Beviláqua já existiam doutrinadores que defendiam a aplicação da boa-fé objetiva, fundamentados na concepção de que se trata de princípio fundamental, e, como tal, prescinde de previsão legal expressa.

Todavia, foi com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) que a boa-fé foi consagrada como princípio norteador das regras jurídicas tuteladas por aquela lei. Embora adstrito às relações consumeristas, o artigo 4º, inciso III, dispõe como princípio da

²⁰⁶ Idem, p. 207.

²⁰⁷ Prólogo à edição espanhola. In: WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1986, p. 10.

²⁰⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 305.

²⁰⁹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação...*, p. 33.

política nacional de relações de consumo, a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na *boa-fé* e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. Ademais, o artigo 51, inciso IV, do mesmo repertório legal, preconiza que são nulas de pleno direito as cláusulas que sejam incompatíveis com a *boa-fé* ou a equidade.

Embora inserido em um microsistema que cuida exclusivamente das relações jurídicas entre consumidor e fornecedor, a edição do Código de Defesa do Consumidor “representou um corte epistemológico, pois a *boa-fé* assumiu a posição de modelo de comportamento no direito brasileiro”²¹⁰.

Outrossim, com o advento do Código Civil de 2002, não há qualquer dúvida quanto à aplicação generalizada do princípio da *boa-fé* a todas as relações jurídicas. MIGUEL REALE, coordenador do anteprojeto que resultou no Código em vigência, explica que a codificação civil tem como princípios a socialidade, a operabilidade e a eticidade, sendo que a este último tem como cerne ou matriz a *boa-fé*, qualificada pelo autor como “[...] uma das condições essenciais da atividade ética, nela incluída a jurídica, caracterizando-se pela sinceridade e probidade dos que dela participam”²¹¹.

Neste Código, existe expressa menção ao princípio da *boa-fé* objetiva nos artigos 113²¹², 187²¹³ e 422²¹⁴.

A propósito, REALE rotula o art. 113 do Código Civil em vigor como sendo “um artigo-chave do Código Civil”, que seria uma “[...] norma fundante que dá sentido às demais, sintetizando diretrizes válidas para todo o sistema”²¹⁵.

Todavia, a *boa-fé* não resume seu espectro de aplicação ao Direito Civil, mas se espalha por todos os ramos do Direito.

No âmbito do Direito Administrativo, JESÚS GONZALES PÉREZ, uma das maiores

²¹⁰ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade...*, p. 85.

²¹¹ REALE, Miguel. *Estudos preliminares do código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 77.

²¹² Art. 13. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a *boa-fé* e os usos do lugar de sua celebração.

²¹³ 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.

²¹⁴ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e *boa-fé*.

²¹⁵ REALE, Miguel. *Estudos...*, p. 75.

referências da doutrina administrativista espanhola, afirma que a boa-fé é um princípio geral do ordenamento jurídico espanhol, que rege todos os setores, consequentemente, o direito administrativo²¹⁶.

No Brasil, apesar de não estar previsto expressamente na Constituição, o princípio da boa-fé pode ser extraído implicitamente de outros princípios, especialmente do princípio da moralidade administrativa e da própria exigência de probidade administrativa que decorre de vários dispositivos constitucionais²¹⁷. Ademais, referido princípio já era aplicado no direito administrativo muito antes de sua previsão no direito positivo, o que veio a ocorrer com a Lei Federal nº 9.784/99, cujo art. 2º, parágrafo único, inciso IV, inclui entre os critérios a serem observados nos processos administrativos a “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”, enquanto o art. 4º, inciso II, insere dentre os deveres do administrado o de “proceder com lealdade, urbanidade e boa fé”²¹⁸.

Também no Direito Tributário o princípio em epígrafe encontra guarida. AMELIA GONZÁLEZ MÉNDEZ, expoente da doutrina tributarista espanhola leciona que, embora a lei somente traga referência explícita à ideia de boa-fé no âmbito do procedimento sancionador, por sua condição de princípio geral e fonte do Direito, em virtude de sua inserção no Título Preliminar do Código Civil, é indubitável o seu reconhecimento como critério informador, de interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico²¹⁹. Referido princípio aplica-se, portanto, em todos os procedimentos de aplicação do tributo, constituindo-se um critério diretivo para a atuação de ambos os sujeitos da relação jurídico-tributária²²⁰.

O tributarista brasileiro ROQUE CARRAZZA também assinala a importância do princípio em tela para este ramo do Direito, irradiando efeitos tanto para o Fisco quanto sobre o contribuinte, “exigindo que ambos respeitem as conveniências e interesses do outro e não incorram em contradição com sua própria conduta, na qual confia a outra parte (proibição de *venire contra factum proprium*)”²²¹.

Finalmente, a boa-fé também tem reconhecida aplicação no Direito Internacional

²¹⁶ PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1999, p. 40.

²¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 88.

²¹⁸ Idem, p. 88.

²¹⁹ MÉNDEZ, Amélia González. *Buena fe y derecho tributario*. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 139.

²²⁰ Idem, p. 140.

²²¹ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 396.

Público. FRANCISCO RESEK preleciona que, historicamente, o direito dos tratados apresentava uma consistência costumeira, assentada sobre princípios gerais, dentre os quais o *pacta sunt servanda* e do da boa fé²²². Aliás, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, positivou o princípio da boa-fé no âmbito do Direito Internacional Público, na medida em que seu artigo 26, estabelece que “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”; e o §1º, do art. 31, do mesmo Diploma, preconiza que “todo tratado deve ser interpretado de boa-fé, segundo o sentido comum atribuível aos seus termos, em seu contexto e à luz de seu objeto e finalidade”²²³.

Diante deste breve resumo do desenvolvimento do princípio da boa-fé, é permitido concluir que o princípio da boa-fé se reveste de caráter generalizado, subjacente ao próprio Estado Democrático de Direito e implícito em nosso sistema jurídico, estendendo seu espectro para todos os ramos do Direito, incluindo, por óbvio, o Direito Processual Civil.

Em qualquer relação jurídica, qualquer que seja a natureza do vínculo que existe entre duas pessoas, há aí o dever de não frustrar a confiança razoável do outro, impondo às partes da relação jurídica um comportamento esperado de uma pessoa de boa-fé²²⁴.

Aliás, historicamente, o processo civil foi o primeiro ramo do direito público a reconhecer a aplicação de mencionado princípio, o que certamente se deve à natureza instrumental perante o Direito Civil, bem como “uma certa tradição literária de escrita sobre a boa fé em Processo”, além do bom recebimento pela jurisprudência²²⁵.

A própria legislação não deixa dúvidas, na medida em que o art. 14 do Código de Processo Civil estabelece verdadeira cláusula geral de lealdade e boa-fé²²⁶, ao impor a todos aqueles que participam do processo o dever de conduta conforme a lealdade e a boa-fé, de modo que seriam desnecessárias quaisquer outras disposições a respeito²²⁷. A defesa deste entendimento não constitui novidade em nossa produção científica, pois em publicação que data do início da década de 1980, ELÍCIO DE CRESCI SOBRINHO já defendia a aplicação de referido princípio independente de previsão normativa, pois decorre da função ética do processo, pairando acima da lei; entretanto, dizia que no Código de

²²² RESEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 11.

²²³ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulalio do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 144.

²²⁴ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos...*, 82.

²²⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé...*, p. 375.

²²⁶ VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

²²⁷ CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: *Revista de Processo*. São Paulo, v. 30, n. 126, p. 59-81, ago. 2005, p. 69.

Processo Civil “há norma impondo o dever de boa fé. Para aplicar a lei processual, em tal estágio de positividade, não precisamos do socorro ao argumento *iusnaturalista*”²²⁸.

E a preocupação do legislador com os aspectos éticos da conduta das partes fica evidente não só no dispositivo em testilha, mas também na relação de condutas que configuram litigância de má-fé (art. 17), impondo como sanção multa e a obrigação de indenizar os prejuízos causados à parte contrária (art. 18); a possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela em caso de abuso do direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, inciso II), além de diversos dispositivos que preveem formas específicas de condutas impróprias, bem como as respectivas sanções (arts. 31; 22; 69; 161; 267, §3º; e 601)²²⁹.

Outrossim, a finalidade social a que se presta a jurisdição não se coaduna com a prática de atos desleais, uma vez que “[...] o processo não é um jogo de esperteza, mas instrumento ético da jurisdição para efetivação dos direitos de cidadania”²³⁰.

Ademais, não se pode olvidar da importância do princípio da boa-fé no Direito Civil e, em razão da instrumentalidade do processo, não pode haver descompasso entre o direito material e o direito processual. Não haveria sentido em aplicar os imperativos de conduta ética e proba apenas enquanto o relacionamento entre as partes se restringe ao direito material, cessando tais deveres com a instauração da relação jurídica de direito processual²³¹.

É dizer, os deveres laterais de conduta que decorrem da cláusula geral de boa-fé no direito civil, a fim de assegurar o justo equilíbrio dos interesses opostos na relação jurídica de direito privado, podem ressoar nas posições jurídicas das partes no processo civil, a fim

²²⁸ Função ética-social do processo civil. *Revista Forense*: Rio de Janeiro, v. 76, n. 271, p. 357-362, jul./set. 1980, p. 359.

²²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. O Código Modelo na América Latina e na Europa – relatório brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 113, p. 147-189, jan./fev. 2004, p. 147-148.

²³⁰ STJ. 4ª T. Resp. 65.906, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 25.11.1997. DJU 02.03.1998.

²³¹ PICÓ I JUNOY assevera não compreender a resistência à aplicação da boa-fé na conduta processual das partes, uma vez que desde o direito romano já se reconhecia o princípio da boa-fé como base da relação privada e do lícito exercício do direito, atualmente reconhecido no art. 1.201 dos “Princípios do Direito europeu de contratos”, de 1998 (verdadeiro fundamento da futura legislação comum europeia de direito dos contratos), não havendo sentido: “si deve negar ela sua applicazione nell’azione processuale dei litigante, vale a dire, perché ciò che è corretto e valido nell’ambito del diritto privato non lo è anche nel pubblico e più concretamente nell’azione processuale dele parti” (Il diritto processuale tra il garantismo e l’efficacia: um dibattito mal impostato. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. v. IX. São Paulo: RT, 2011, p. 1341-1356).

de manter tal isonomia das partes nas fases sucessivas, inclusive em juízo²³².

Com fundamento nas lições de FRIDRICH LENT, CRESCI SOBRINHO assevera que a ciência e a *práxis* alemãs construíram uma série de deveres para as partes que não estavam expressos na legislação, tais como o preceito geral de boa-fé (*Treu und Glaube*), que tem validade para todo o processo e impõe o *dever de cooperação* e o de *honestas conduta processual*, reconhecidos como deveres que existem pré-positivamente²³³. E segue, com o mesmo arrimo na cátedra de LENT:

Quando o direito civil determina para as pessoas, em suas relações particulares, um princípio geral básico de boa fé, não se vê porque similarmente não possa valer, quando uma pessoa se coloca frente ao Tribunal. A exigência mais rigorosa de determinado comportamento da parte, frente a um funcionário da administração, não se deduz de um endeuamento do Estado, mas por considerar que a manutenção da coletividade faz de um comportamento, um dever. Aquele que se dirige ao Tribunal e solicita tutela jurídica, pode-se dele exigir que adote honesto comportamento e tal exigência transforma-se em dever²³⁴.

O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal já fez igual inferência, ao sinalizar que, no âmbito do direito civil, a boa fé impõe deveres acessórios de conduta, tais como dever de lealdade, de esclarecimento, de colaboração e de proteção, que se aplicam tanto à posição de credor como à posição de devedor; por tais motivos, também na atuação processual “devem as partes agir de boa fé e observar os deveres de cooperação resultantes do disposto no art. 266º do CPC: a violação destes princípios traduz a litigância de má fé”²³⁵. E, o julgado segue esclarecendo que o conceito de litigância de má-fé, que pressupunha a prova do dolo (utilização maliciosa e abusiva do processo), foi alargado pela

²³² “Se, infatti, si è pervenuti, in questa prospettiva, ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del **giusto equilibrio degli opposti interessi**, a maggior ragione deve ora riconoscersi – ad avviso dele S.U. in esame – che un siffatto originário equilibrio del rapporto obbligatorio, in coerenza a quel principio, debba essere **mantenuto fermo in ogni successiva fase, anche giudiziale**, dello stesso e non possa quindi essere alterato, ad iniziativa del creditore, in danno del debitore” (FALCO, Gianluca. *La buona fede e l'abuso del diritto*: principi, fattispecie e casistica. Milano: Giuffrè, 2010, p. 510-511, grifo constante do original).

²³³ *O dever de veracidade das partes no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 81.

²³⁴ Idem, p. 82. Segue, o autor, indagando: “Quando o direito privado exige, nas relações entre as partes, fora do processo, um comportamento de boa fé, por que não exigir-se o mesmo, mais uma vez, quando se encontram frente ao Tribunal? Quando numa luta concorrencial regras jurídicas rígidas precisam ser observadas, por que, na luta que se trava no processo, tudo há de ser permitido? Com a proposição da demanda constrói-se uma relação jurídica. Seria incompreensível, diz Lent, quando para o conteúdo dessa mesma relação não fossem estabelecidos deveres para as partes, em relação à conduta processual. Sem deveres e direitos das partes entre si, a relação jurídica processual ficaria sem conteúdo” (Idem, p. 82).

²³⁵ Supremo Tribunal de Justiça – STJ 12-Jun.-2003, SJ200306120005737, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/5020dff3633756f280256db1003daa8b?OpenDocument>

reforma processual, passando a abarcar as condutas processuais gravemente negligentes, esclarecendo ainda, que a condenação por litigância de má-fé não viola o acesso aos tribunais e à tutela judicial, “pois não é limitativa do direito de acção nem do direito ao processo, não envolvendo privação ou limitação do direito de defesa do particular”, o que é perfeitamente compatível com o princípio do Estado de Direito, que “tem implicada a ideia de um processo justo e leal”²³⁶.

É imperativo, para que haja *devido processo legal* (entendido como um processo “*equo*”, justo), o instrumento deve ser cooperativo e leal²³⁷, o que também vai ao encontro da visão de muitos estudiosos sobre o princípio do contraditório, conforme já mencionado exaustivamente no tópico anterior²³⁸.

Daí porque se enxerga nos princípios constitucionais aplicáveis ao processo, notadamente os princípios do devido processo legal e do contraditório, a exigência de uma atuação em conformidade com a boa-fé²³⁹. O próprio Supremo Tribunal Federal já apontou que a cláusula do devido processo legal exige o *fair trial*, a garantir participação equânime, justa e leal, imbuída pela boa-fé e pela ética de todos os sujeitos processuais²⁴⁰.

Mas também há quem vislumbre como fundamento do princípio da boa-fé o princípio da solidariedade (art. 3º, inciso I, da Constituição Federal)²⁴¹, o princípio da isonomia²⁴² e até mesmo o princípio da dignidade humana²⁴³.

Não se pode descurar do fato de que, por se tratar de um princípio geral do direito, por sua própria natureza, prescinde de previsão legislativa²⁴⁴. A opção pela sua positivação, entretanto, se mostra adequada, para que não parem dúvidas a respeito de sua vigência; também se mostra acertada a criação de regras que servem à concretização deste princípio, como medida de “delimitar o exercício do poder e, assim, conter a arbitrariedade da

²³⁶ Idem.

²³⁷ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos...*, p. 53.

²³⁸ Vide Capítulo III, n. 2.

²³⁹ “O contraditório não pode ser exercido ilimitadamente. O estado tem, portanto, o direito de exigir das partes retidão no manuseio do processo – instrumento público, ao qual está relacionado o dever de atuação ética, de colaboração para a decisão final” (CABRAL, Antonio do Passo. *O contraditório...*, p. 63).

²⁴⁰ STF, 2ª T., RE n. 464.963-2-GO, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14.02.2006, publicado no DJ de 30.06.2006.

²⁴¹ BRUNELA DE VINCENZI sustenta que o dever fundamental de solidariedade implica no dever de não agir de maneira desleal (*A boa fé...*, p. 163).

²⁴² De acordo com MENEZES CORDEIRO, tratar a pessoa que confie, legitimamente, em um certo estado das coisas, da mesma maneira como se não tivesse confiado, seria “tratar o diferente de modo igual” (*Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa* ‘in agendo’. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 93).

²⁴³ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade...*, *passim*.

²⁴⁴ PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El principio...*, p. 22).

autoridade jurisdicional”²⁴⁵.

Entretanto, ainda que se seja inserido em diploma legal, como em nosso ordenamento, não perde a sua essência principiológica, tampouco se lhe tolhe sua tríplice função como tal: o princípio da boa fé atua como base e fundamento de todo o Ordenamento jurídico, consiste em uma das grandes direções hermenêuticas e de aplicação que deve orientar o labor interpretativo e, à míngua de outra norma, constitui fonte do Direito²⁴⁶.

Verbera DIEZ-PICAZO que a necessidade de se comportar de acordo com a boa-fé nas relações obrigacionais se aplica, de maneira generalizada, a todas as relações jurídicas e que, com efeito, surgem deveres especiais, como de esclarecer; de proceder com esmero, cuidado e diligência, evitando danos; prestar colaboração e ajuda à outra parte para a consecução não só do fim negocial comum, mas também de seu interesse particular e exclusivo²⁴⁷.

Como se vê, o princípio da boa-fé impõe deveres de conduta às partes de uma relação jurídica, cominando prestações positivas. Por outro lado, também opera como norma limitadora do exercício de direitos, vedando a prática de atos praticados em circunstâncias desleais, ao limitar o exercício de posições jurídicas, com as figuras do abuso do direito, da *exceptio doli*, do *venire contra factum proprium*, a inalegabilidade de nulidades formais, a *suppressio* e a *surrectio*, a regra *tu quoque* e o desequilíbrio no exercício jurídico²⁴⁸.

Tais funções, positiva (criadora de deveres laterais) e negativa (limitadora ao exercício inadmissível de posições jurídicas) desempenhadas pelo princípio geral da boa-fé, são aplicáveis a *todas as relações jurídicas*, qualquer que seja a sua natureza (pública ou privada) e, como tal, à relação entre os sujeitos do processo – negar tal realidade seria equivalente a negar a existência de relação jurídica entre as partes. E é evidente a proximidade entre os deveres de lealdade, de colaboração e da boa-fé processual, de modo que muitas vezes é difícil diferenciá-los em sua aplicação prática. Há quem compreenda a cooperação como um *subprincípio* emanado do *sobreprincípio* da boa fé processual²⁴⁹.

²⁴⁵ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos...*, p. 52.

²⁴⁶ Idem, p. 81.

²⁴⁷ DIEZ-PICAZO, Luis. *La doctrina...*, p. 140.

²⁴⁸ Para uma análise de cada uma dessas figuras, vide: CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé...*, p. 661-860.

²⁴⁹ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos...*, p. 52.

Ao que nos parece, isso acontece porque esses deveres estão íntima e reciprocamente imbricados: ora, a boa-fé objetiva, também é chamada de *boa-fé lealdade*, e impõe um comportamento honesto entre os sujeitos da relação jurídica, de modo que, no âmbito do processo, não parece haver diferença entre dever lealdade e de boa-fé, valendo dizer que, no nosso ordenamento jurídico, estão positivados no mesmo dispositivo legal (art. 14, inciso II, do Código de Processo Civil). Não se mostra possível uma conduta desleal que seja conforme a boa-fé, e a recíproca é verdadeira, de modo que parecem ser conceitos que se confundem.

CELSO IOCOHAMA afirma que *lealdade* se confunde com a *boa-fé objetiva*, na medida em que “ser leal significa estar de acordo com determinados padrões de conduta que independem da concepção particular do sujeito”²⁵⁰

Evidente que, se tomada em um sentido amplo, a lealdade pode englobar também o dever de cooperação, na medida em que a ausência de cooperação pode ser desleal. Mas a imposição de um dever genérico de lealdade, sem uma delimitação mais precisa, poderia constituir desserviço para a efetividade do processo, ou, por outro lado, possibilitar autoritarismos. Daí a importância de estudar o dever de lealdade processual de forma atrelada à boa-fé objetiva, ao abuso do direito e ao princípio da colaboração, balizas mais seguras para a correta aplicação daquele dever.

As questões que se colocam são: quais os limites do dever de lealdade, da boa fé e da cooperação? A cooperação se aplica de maneira uniforme a todos os sujeitos? Seria possível obrigar uma parte a colaborar com a parte *ex adversa*? Quais os mecanismos de coerção à cooperação e quais as formas de aplica-los?

A estas perguntas, buscar-se-ão respostas, nos tópicos seguintes e no restante do trabalho.

4. Segue: cooperação e abuso do processo.

Devido ao desenvolvimento teórico mais aprofundado, o princípio da boa-fé apresenta parâmetros seguros de aplicação, sem que se relegue a sua aplicação ao inseguro

---

²⁵⁰ *Litigância...*, p. 45. Afirma o autor que ninguém é honesto somente porque acredita sê-lo, pois o modelo padrão de honestidade/lealdade deve advir da visão social que se tem a este respeito (Idem).

casuismo absoluto. Ao lado da boa-fé objetiva, exsurge a teoria do abuso do direito²⁵¹ como uma das principais balizas para a adequada aplicação do princípio da cooperação.

Na tentativa de diferenciar as duas figuras, JESÚS GONZÁLES PÉREZ preleciona que os limites do exercício do direito cuja infração determina o abuso do direito, são limites derivados da consciência social de uma época (são limites objetivos às faculdades que integral o conteúdo do direito imposto pelos costumes e apreciações da época), enquanto os limites derivados do princípio geral da boa-fé são limites que provêm daquela que deve ser a conduta normal, reta e honesta a respeito das pessoas que participam da relação, de modo que a nota diferenciadora da boa-fé é o critério da reciprocidade. Assim, ainda que o exercício de um direito subjetivo não seja abusivo (por estar dentro dos limites impostos pelos critérios morais e sociais vigentes na época em que se exercita), pode infringir o princípio da boa-fé, ao traduzir-se em atos que não são aqueles que caberia esperar de uma pessoa honesta na relação jurídica que integra²⁵².

A bem da verdade, boa-fé e abuso do direito, em nosso Ordenamento Jurídico, conquanto não se confundam, constituem dois círculos secantes que se combinam no campo dos comportamentos inadmissíveis (abusivos) por violação da boa-fé, uma vez que o artigo 187, do Código Civil considera abusivo o exercício um direito contrário à boa-fé, os bons costumes ou os fins econômicos ou sociais do direito. Por esta concepção, positivada em nosso direito, o abuso do direito seria mais abrangente do que a boa-fé, pois, além desta, abarca o confronto aos bons costumes ou com o fim social e econômico do direito; por outro lado, a boa-fé não apenas impede o exercício do direito que lhe seja contrário, mas também impõe comportamentos e serve de critério hermenêutico-interpretativo nas relações jurídicas, indo além da teoria do abuso do direito²⁵³.

Com tais balizas (boa-fé e abuso do direito), o reconhecimento e aplicação deste dever de cooperação não implica na mitigação das demais garantias aplicáveis ao processo, tal qual o acesso à justiça, direito de ação, a ampla defesa, o devido processo legal e o próprio contraditório²⁵⁴; muito pelo contrário, pois deve haver mútua colaboração, entre as

²⁵¹ “‘Abuso do direito’ é, como temos repetido, uma mera designação tradicional, para o que se poderia dizer ‘exercício disfuncional de posições jurídicas. Por isso, ele pode reportar-se ao exercício de quaisquer situações, e não, apenas, ao de direitos subjetivos’ (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Litigância*..., p. 118).

²⁵² PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El principio*..., p. 30.

²⁵³ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 118-119. Idem.

²⁵⁴ TARUFFO, Michele. *Abuse*..., p. 11: “Moreover, in many cases rights are strictly connected with the enforcement of constitutional or fundamental guarantees, such as access to the court, right of action, due

partes e o juiz, justamente para que tais garantias sejam respeitadas. O que não se pode admitir é que se abusem desses direitos e garantias.

Evidente que tais direitos, inobstante sua relevância constitucional, não podem ser exercidos ilimitadamente, pois encontram limites em outras garantias fundamentais. Ora, afirma MENEZES CORDEIRO que “nenhuma posição jurídico-subjetiva está imune a uma sindicância, no momento do seu exercício, feita à luz dos valores fundamentais do ordenamento em causa”²⁵⁵.

De acordo com TARUFFO, não há contradição inerente entre garantias e abuso de direitos processuais, pois a garantia termina quando começa o abuso, e vice-versa, de maneira que a Constituição não cobre não cobre nem legitima práticas abusivas: as garantias visam a proteger direitos, e não condutas injustas ou danosas. Oportuna a transcrição dos ensinamentos do mestre italiano:

Os direitos garantidos podem ser usados de maneira incorreta com propósitos impróprios, e, por conseguinte, podem ser abusivos (vide e.g. Oteiza). Por outro lado, as garantias processuais não cobrem e não legitimam práticas abusivas. Elas são destinadas a proteger direitos, não a legitimar condutas injustas e lesivas. Em certo sentido, então, o discurso sobre a interpretação e aplicação de garantias constitucional e o discurso sobre ADP pertencem a contextos diversos e – ao menos teoricamente – não devem entrar em conflito nem se sobrepõem. Por assim dizer, a garantia termina quando o abuso começa (e vice versa). É claro, entretanto, que a relação entre ADP e garantias constitucionais, é multifacetário. Garantias devem prevenir abusos processuais, mas eles podem ser abusados por si mesmos: a afirmação de uma garantia não é suficiente, infelizmente, para prevenir abusos. Por outro lado, abusos devem ser evitados apenas com a finalidade de fazer as garantias efetivas, uma vez que a prática de abusos não corresponde com os padrões de justiça e devido processo. O assunto é muito mais complexo e lida com o grau de realização de garantias e o grau de prevenção de abusos em vários sistemas legais²⁵⁶.

---

process of law, right of defense, and so forth. Therefore one may wonder whether it is possible to figure out any instances of abuse in the context of the application of fundamental guarantees (see e.g. Hess; Hazard)”.

²⁵⁵ *Litigância...*, p. 127.

²⁵⁶ Tradução livre do texto de TARUFFO: “there is no inherent contradiction between procedural guarantees and APR [abuse of procedural rights]. Guaranteed rights may be used in incorrect ways with improper purposes, and therefore they may be abused (see e.g. Oteiza). On the other hand, procedural guarantees do not cover and do not legitimate abusive practices. They are aimed at protecting rights, not at legitimizing unfair and harmful conducts. In a sense, then, the discourse concerning the interpretation and application of constitutional guarantees and the discourse about APR belong to different contexts and – at least theoretically – should neither overlap nor conflict each other. So to say, a guarantee ends when the abuse begins (and vice versa). It is clear, however, that the relationship between APR and fundamental guarantees is multi-faceted. Guarantees should prevent procedural abuses, but they can be abused by themselves: asserting a guarantee is not enough, unfortunately, to prevent abuses. On the other hand, abuses should be prevented just in order to make the guarantees effective, since proceedings in which abuses occur do not correspond with the standards of fairness and due process. The matter is much more complex and deals with the degree of realization of guarantees and the degree of prevention of abuses in various legal systems.” (*Abuse...*, p. 13).

Do próprio princípio constitucional da isonomia se extrai a exigência elementar de se excluir a desarrazoada uniformidade de tratamento entre os sujeitos que se portam corretamente, daqueles que apresentam conduta abusiva²⁵⁷.

E a teoria do *abuso do processo* tem íntima relação com o princípio da lealdade, na medida em que a Constituição assegura a todos o direito de se dirigir ao Poder Judiciário, a fim de que este aprecie qualquer ameaça ou lesão a direito; porém, se as partes não agirem de maneira leal, “estarão abusando do direito que lhes foi conferido para uso, e não para abuso”²⁵⁸.

A noção de abuso do direito é proveniente do direito material. Em nossa atual sistematização civil, o art. 188, do Código Civil, dispõe não serem ilícitos os atos no exercício regular do direito, ao passo que o art. 187, do mesmo *codex*, disciplina expressamente o abuso do direito nos seguintes termos: “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”.

O legislador brasileiro buscou inspiração na disciplina do abuso do direito prevista no art. 334, do Código Civil português²⁵⁹.

Na relação jurídica processual, como todas as demais relações jurídicas, é possível que os sujeitos processuais, titulares que são de situações jurídicas processuais (poder, dever, ônus ou faculdades), abusem destas posições subjetivas. Neste sentido, à luz do Código de Processo Civil de 1939, CASTRO FILHO catalogou como modalidades do abuso em relação ao processo civil: o dolo (substancial e instrumental), a temeridade, a fraude (processo aparente e simulado), a emulação, o mero capricho, o erro grosseiro, a violência, a protelação do feito, a infração ao dever de dizer a verdade e o anormal uso do poder de disposição do processo²⁶⁰.

THEODORO JR. conceitua o abuso do direito processual, nos seguintes termos:

²⁵⁷ CATALANO, Elena Maria. *L'abuso del processo*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 312: “Elementari esigenze di compatibilità con il principio costituzionale di uguaglianza impongono, infatti, l'esclusione di irragionevoli uniformità di trattamento tra soggetti autori di comportamenti corretti e soggetti cui sia imputabile una condotta abusiva”.

²⁵⁸ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Sobre as multas instituídas nos arts. 14 e 18 do Código de Processo Civil. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 639-659. O autor ainda assevera que a lealdade processual deve ser havido como um princípio fundamental do processo, evidenciando a “íntima relação entre o princípio da lealdade processual e do abuso do direito” (idem, p. 654).

²⁵⁹ ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007, p. 46.

²⁶⁰ CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso do direito no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 88.

[...] consiste o abuso do direito processual nos atos de má-fé praticados por quem tenha uma finalidade de agir no curso do processo, mas que dela se utiliza não para seus fins normais, mas para protelar a solução do litígio ou para desviá-la da correta apreciação judicial, embaraçando, assim, o resultado justo da prestação jurisdicional²⁶¹.

Percebem-se, pois, diversos elementos que podem ser depreendidos (e discutidos) neste conceito.

É bom ressaltar, desde logo, que o ato abusivo não se confunde com o ato ilícito, pois, embora tenha por escopo um fim ilícito, não é um ato simplesmente violador da lei; o ato ilícito não tem sequer aparência de legalidade – é incapaz de produzir efeitos porque atrita frontalmente com a vontade legal²⁶².

Trata-se, pois, de uma conduta lícita, com um fim ilícito. Não se confunde com a prática de atos contrários à norma, o que no âmbito processual se resolve com a previsão de nulidade, preclusão, indeferimento da inicial etc.; o abuso do direito decorre do exercício do próprio direito, “realizado, porém, na busca de um objetivo ilícito – a extrapolação ou o desvirtuamento do conteúdo da norma, aliados ao ânimo de ofender a dignidade da justiça”²⁶³.

PIERO CALAMANDREI assevera que a conduta da parte que não age visando ao efeito processual que o ato produz por força de lei, mas, de maneira indireta, visa à reação que isso provoca no comportamento da contraparte, nem sempre pode ser tida como ilícita, pois não chega à figura extrema do dolo e da fraude: está em uma zona intermediária, que, em razão da semelhança com a figura do abuso do direito, se pode denominar de abuso do processo²⁶⁴.

É da teoria do abuso do direito, oriunda do direito privado, que vem a noção de que não há falar-se em abuso sem dano. No direito civil, não se concebe a existência de ato

²⁶¹ THEODORO JR., Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 113.

²⁶² Idem, p. 111.

²⁶³ GUIMARÃES, Milena de Oliveira. O abuso do direito de recorrer como ato atentatório à dignidade da justiça. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. V. 9. São Paulo: RT, 2006, p. 352.

²⁶⁴ Il processo come giuoco. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, v. 5, Parte I, p. 24-51, 1950, p. 32-33: “l’atto processuale è in sè lecito ed effettivamente volute; ma nei calcoli del litigante canta non tanto per gli effetti processuali che esso produce per legge, quanto per le prevedibili reazioni che esso provocherà nell’atteggiamento degli altri soggetti del processo. Questo uso indiretto degli atti processuali non si può dire che sai sempre e senz’altro illecito: esso rientra molte volte nella onesta abilità del patrocinio; talaltra sconfinava, prima di arrivare alle figure estreme del dolo e della frode, in una zona intermedia che, per qualche somiglianza colla figura dell’abuso del diritto, si potrebbe denominare l’abuso del processo”

ilícito ou abuso de direito, sem que se verifique um dano²⁶⁵.

Mas, em se tratando de abuso do processo, nem sempre este dano tem natureza patrimonial, e nem sempre é causado à parte contrária: basta a simples obstrução da justiça e a violação de deveres processuais²⁶⁶. Devido ao caráter publicista que se reveste a relação jurídica-processual, é imperioso que os danos à atividade jurisdicional sejam coibidos, ainda que não exista prejuízo econômico à contraparte. Por isso, é possível cogitar-se a existência de abuso do processo mesmo que as partes não tenham qualquer prejuízo, desde que haja afronta ao desempenho da jurisdição.

Neste sentido, CASTRO FILHO ensina que, enquanto no direito privado o abuso atingia tão-somente a outra parte, ou terceiros, no âmbito do processo, a conduta abusiva atinge o próprio Estado, uma vez que o indivíduo serve-se do Estado, através dos órgãos jurisdicionais, para prejudicar a outrem ou obter resultados ilícitos ou inatingíveis sem o concurso do mesmo Estado, de forma que “essa invocação injustificada ou maliciosa dos órgãos jurisdicionais que autoriza a reprimir o abuso do direito, ainda quando não haja dano à parte contrária”²⁶⁷.

Seguindo com a análise dos elementos do abuso dos direitos processuais, mister se faz destacar a necessidade de desvio da finalidade. Como já se afirmou, a conduta abusiva é lícita em si mesma, mas se volta para a obtenção de fins ilícitos.

Assim, a teoria do abuso do direito: “[...] visa à proteção da liberdade humana, defendendo o direito individual daquele contra o qual o abuso é cometido, já que procura conter, nos limites do justo e do razoável, o desvio do direito”²⁶⁸.

Não se pode admitir que o exercício desvirtuado de posições jurídicas possa atingir fins ilícitos, causando danos aos sujeitos processuais ou ao Estado.

Para ilustrar a diferença entre o ato violador de uma regra processual e a prática de abuso do processo, HELENA ABDO traz o seguinte exemplo: o simples endereçamento de

---

²⁶⁵ AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. São Paulo: Casa Vanorden, 1923, p. 48: “Esta questão em materia de direito civil é de tal modo imperiosa que se não comprehende a existencia do acto illicito sinão quando se verifica um damno, ou pelo menos a imminencia de um damno. Quer se trate do uso irregular de um direito – abuso do direito – quer se trate do exercício de um supposto direito, ou de um acto contrario a direito – acto illicito – elles só serão civilmente taes quando causarem damno”.

²⁶⁶ ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*: a responsabilidade por pedido infundado de declaração da situação de insolvência ou indevida apresentação por parte do devedor. Coimbra: Almedina, 2006, p. 92.

²⁶⁷ *Abuso...*, p. 32-33.

²⁶⁸ GUIMARÃES, Milena de Oliveira. *Abuso...*, p. 348.

recurso de agravo de instrumento para um tribunal incompetente – não é abuso, pois essa conduta acarretará o não conhecimento do recurso; todavia, se a parte se vale desse tipo de expediente para tumultuar o feito, aí reside o elemento que diferencia a sua conduta da mera violação de uma regra processual: é o desvio de finalidade²⁶⁹.

Segundo CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, o abuso do processo, embora independa de cláusula explícita em lei, pode manifestar-se pelo emprego de meios e instrumentos em si mesmos desleais (casos tipificados de litigância de má-fé ou de atentado à dignidade da justiça), como também pelo uso exagerado de meios que, em tese, nada tenham de ilícito²⁷⁰.

Daí, chega-se à indagação: é relevante o elemento subjetivo? É dizer, importa para a configuração de abuso o estado anímico do sujeito ou basta o desvio da finalidade?

No direito estrangeiro, não há uniformidade de tratamento. Ao analisar a questão a partir do Direito Comparado, TARUFFO adverte que, embora seja extremamente difícil imaginar regras exatas e uniformes neste domínio, parece haver uma tendência quase geral de se dar relevância ao estado subjetivo de mente do autor do abuso, mas este requisito pode ser mais ou menos importante de caso a caso, havendo ainda variações e incertezas na definição deste requisito subjetivo: “algumas vezes, a intenção fraudulenta é exigida, mas em outras, a culpa grave é suficiente”²⁷¹.

Embora ainda existam vozes na doutrina que se perfilham à teoria subjetiva²⁷², ganha força em nosso meio, sobretudo após o advento do Código Civil de 2003, a corrente objetivista, ou seja, aquela que dispensa o elemento subjetivo (dolo ou culpa) para a constatação do abuso.

HELENA ABDO sustenta que a dispensa do elemento subjetivo decorre de clara

²⁶⁹ ABDO, Helena Najjar. *O abuso...*, p. 88.

²⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 265.

²⁷¹ *Abuse...*, p. 21-22. Tradução livre do texto: “It should be emphasized, however, that in this domain it is extremely difficult to imagine exact and uniform rules. It seems that there is an almost general tendency to ascribe some relevancy to the subjective state of mind of the author of the abuse, but such a requirement may be more or less important from case to case. Moreover, there are uncertainties and variations in the definition of such a subjective requirement: sometimes a sort of fraudulent intention is required, but sometimes a gross negligence is deemed to be sufficient”.

²⁷² RUI STOCO sustenta a teoria subjetiva e afirma que: “se grande parte dos autores pátrios afirma que o abuso do direito encontra sustentação, ainda que *a contrario sensu*, no art. 160, I, do Código Civil de 1916, em vigor, não há como afastar a concepção subjetiva por ele abraçada, sob pena de incoerência lógica” (*Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: RT, 2002, p. 71).

opção legislativa²⁷³. No mesmo sentido, aponta MILENA GUIMARÃES, ao sustentar que a verificação do dolo não é essencial para a configuração do abuso do direito processual, não sendo necessária qualquer ‘prova’ do dolo, pois o elemento subjetivo é presumido em razão do “princípio fundamental *Nemo jus ignorare censetur* (a ninguém é permitido ignorar o direito). Basta o exercício do direito em desacordo com a sua finalidade social para que se configure uma forma de ‘responsabilidade processual objetiva’”²⁷⁴.

Ora, a teoria do abuso do direito visa, em seus vários desdobramentos, a zelar pela dignidade da justiça e pelo respeito ao devido processo legal, de maneira que seria prescindível a comprovação do dolo, isto é, “basta que o processo seja utilizado para atingir um fim não pretendido pelo legislador”²⁷⁵.

Ademais, é certo que o princípio da boa-fé objetiva veda o exercício inadmissível de posições jurídicas processuais que podem ser reunidas sob a rubrica do *abuso do direito* processual (desrespeito à boa fé objetiva), que se caracteriza independente de a atuação do sujeito processual estar fundada em má-fé²⁷⁶.

Não se pode ignorar, outrossim, que o princípio da boa-fé, positivado no Código Civil vigente, traz um novo método interpretativo dos atos jurídicos, de maneira dissociada do elemento volitivo daquele que os pratica. Com o arquétipo do *standard* de conduta esperado do cidadão probo, valoriza-se de maneira objetiva a conduta como de boa-fé ou desprovida desta – frise-se que a antonímia da conduta de boa-fé (em sua acepção objetiva) não é a má-fé, pois esta está ligada à crença de agir conforme o direito, irrelevante neste novo marco interpretativo.

Nesta seara, diversos são os mecanismos de coibição do abuso do processo.

Em um primeiro momento, por ser uma conduta potencialmente danosa, não se pode olvidar que o abuso gera a possibilidade de responsabilidade civil. De modo que, “convertido o ato legítimo no antecedente em ilegítimo no conseqüente pelo desbordamento do seu exercício, ingressa-se no campo da responsabilidade civil e, então, nasce a obrigação de reparar e o direito de obter essa reparação”²⁷⁷.

²⁷³ ABDO, Helena Najjar. *O abuso...*, p. 46.

²⁷⁴ GUIMARÃES, Milena de Oliveira. *Abuso...*, p. 355.

²⁷⁵ Idem, p. 357.

²⁷⁶ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos...*, p. 85.

²⁷⁷ STOCO, Rui. *O abuso...*, p. 65. Ressalte-se que a redação original do art. 601, do Código de Processo Civil, que previa a proibição de se manifestar nos autos àquele que, advertido pelo juiz, perseverasse na prática de atos atentatórios à dignidade da Justiça, foi revogado pela Lei nº 8.953, de 13.12.1994.

Mas como o ato abusivo não atinge somente a parte contrária, o ordenamento prevê diversos outros mecanismos de coibição, tais como: “outros impedimentos ou restrições de direitos, como a proibição de falar nos autos, de manifestar novo recurso ou de só poder assim proceder se recolher o valor correspondente à sanção aplicada”²⁷⁸. Outrossim, o abuso pode até mesmo levar à invalidade do ato, uma vez que, como já se disse, o ato abusivo ofende a sociedade e a sua própria higidez, antes mesmo de ofender o particular²⁷⁹.

Muito mais interessante do que os remédios repressivos contra o abuso do processo é a adoção de medidas preventivas que neutralizem a vantagem perseguida através do uso distorcido do instrumento processo²⁸⁰. É com tal fito que o artigo 129, do Código de Processo Civil, impõe ao juiz que, diante de ato simulado ou que vise conseguir fim proibido por lei, profira sentença que obste os objetivos das partes, anular a vantagem ilícita almejada com o ato abusivo.

E, com o escopo de reprimir os abusos e evitar que os abusadores venham a se beneficiar com suas condutas torpes, importa refletir a respeito do tempo no processo.

Ora, o problema do tempo no processo está intrinsecamente relacionado à garantia de acesso à justiça, no seu sentido mais abrangente. De fato, a garantia de acesso à ordem jurídica justa, consagrado no art. 5º, XXXV, não exprime “[...] apenas que todos podem ir a juízo, mas, também, que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional, ou melhor, ‘à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva’”²⁸¹.

Em *Acesso à Justiça*, CAPPELLETTI, afirma que a demora na prestação jurisdicional aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente mais fracos a abandonar a causa ou a aceitar um acordo por valor muito inferior àquele a que teriam direito²⁸².

Não constitui novidade a afirmação de que a prestação jurisdicional intempestiva,

²⁷⁸ Idem, p. 67. Ressalte-se que a redação original do art. 601, do Código de Processo Civil, que previa a proibição de se manifestar nos autos àquele que, advertido pelo juiz, perseverasse na prática de atos atentatórios à dignidade da Justiça, foi revogado pela Lei nº 8.953, de 13.12.1994.

²⁷⁹ Idem.

²⁸⁰ Neste sentido, ensina ELENA CATALANO: “Entro l’ambito dei rimedi general preventivi si collocano conegni ricostruibili in termini di disincentivi diretti a neutralizzare i vantaggi obliqui perseguiti attraverso la condotta abusiva. Nella medesima casella trovano spazio i meccanismi che incidono su un interesse del soggetto autore dell’abuso diverso dal vantaggio indiretto perseguito”. (*L’abuso...*, p. 310-311).

²⁸¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: _____. (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: RT, 1999, p. 237.

²⁸² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sérgio Fabris: Porto Alegre, 1988, p. 20.

de nada adianta para quem tem razão, constituindo verdadeira denegação de justiça²⁸³. Como efeito secundário, a demora do processo: “desprestigia o Poder Judiciário e desvaloriza todos os operadores do direito”, gerando, ainda, graves efeitos sociais, uma vez que as pessoas: “[...] se vêem desestimuladas a cumprir a lei, quando sabem que outras a descumprem reiteradamente e obtêm manifestas vantagens, das mais diversas naturezas”²⁸⁴.

Mas as decisões, para que sejam acertadas e justas, demandam tempo. Não bastam decisões rápidas, mas que gerem insegurança jurídica. Para o correto dimensionamento da questão, devem ser ponderados dois postulados que, em princípio são opostos:

o da segurança jurídica, exigindo, como já salientado, um lapso temporal razoável para a tramitação do processo (‘tempo fisiológico’), e o da efetividade deste, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário (‘tempo patológico’). Obtendo-se um equilíbrio desses dois regramentos – segurança/celeridade –, emergirão as melhores condições para garantir a justiça no caso concreto, sem que, assim, haja diminuição no grau de efetividade da tutela jurisdicional”²⁸⁵.

Não se pode perder de vista que, quanto maiores forem as oportunidades para o debate do *thoema decidendum* e para a dilação probatória, maior é a probabilidade de uma sentença justa ao final²⁸⁶.

Dentro desta colidência de valores, o abuso dos direitos processuais vem sendo apontado por muitos como um dos grandes motivos ensejadores da demora judicial. Diversos outros fatores, que vão desde questões culturais (de mentalidade do povo brasileiro) até problemas estruturais do Poder Judiciário (como a falta de funcionários e equipamentos) contribuem à demora da prestação jurisdicional. Dentre este sem-número de fatores determinantes, o abuso do processo se afigura uma “verdadeira gota no oceano”²⁸⁷.

²⁸³ Célebre afirmação de RUI BARBOSA, imortalizada em sua *Oração aos Moços*, p. 49: “Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

²⁸⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Abuso do exercício do direito de recorrer. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. V. 4. São Paulo: RT, 2001.

²⁸⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia...*, p. 237.

²⁸⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 308.

²⁸⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Abuso...*, p. 878-879: “Sob o enfoque processual, o problema da demora na outorga da prestação jurisdicional definitiva tem várias origens: o grande número de recursos e remédios oferecido pelo ordenamento jurídico contra os atos decisórios emanados dos órgãos jurisdicionais; a excessiva demora no julgamento desses recursos e remédios; os efeitos suspensivos dos recursos e a desvalorização das decisões de primeiro grau; a excessiva duração da instrução probatória *etc.*. Em resumo, como consequência natural e procurando refletir o efetivo interesse dos jurisdicionados, a questão reside no tempo necessário para que as decisões judiciais projetem seus efeitos no mundo exterior. A razão de ser do processo está na sua aptidão de atuar na vida das pessoas do modo mais justo e no menor espaço de tempo

E, no mais das vezes, o abuso do direito não é a causa da ausência de celeridade, mas sim, sua consequência²⁸⁸. É dizer, a parte, cônica da morosidade do Poder Judiciário, lança mão de práticas abusivas em seu próprio benefício. Ora, não fosse lenta a Justiça, não teria proveito com a prática abusiva, esvaziando o seu sentido.

Força, pois, convir que a teoria do abuso do processo não pode ser vista como um mecanismo mágico que resolverá todas as mazelas da Justiça, tornando-a instantaneamente célere. O processualista não pode ser ingênuo a este ponto!

Feita esta ressalva, que certamente não anula a importância do estudo e desenvolvimento do tema, o maior desafio está em se buscar mecanismos eficazes para extirpar o abuso do processo, sancionando e prevenindo atos abusivos, para, enfim alcançar um estágio de honestidade e lealdade nos processos judiciais, desenvolvendo uma cooperação ativa entre julgadores, partes e advogados, comungando da aspiração comum de uma justa e correta administração da justiça²⁸⁹.

A equação é difícil, pois não se pode quedar para nenhum dos dois extremos²⁹⁰: convivência com o abuso do direito no processo – um liberalismo exagerado que permite o vale-tudo processual²⁹¹ – tampouco o exagero na repressão, dando ao processo feição autoritária ao reprimir o exercício legítimo de garantias processuais.

possível. Os resultados obtidos por meio do processo devem então, cumprir o binômio justiça-utilidade. De tudo isso, percebe-se que o chamado *abuso do direito de recorrer* em relação à demora da prestação jurisdicional constitui verdadeira *gota no oceano*.”

²⁸⁸ “Aliás, é razoável pensar que, muitas vezes, ocorre justamente o contrário: o sujeito processual conta com a excessiva duração do processo para alcançar êxito no abuso que pratica. É o que ocorre com a parte que recorre buscando procrastinar por mais alguns anos o cumprimento da sentença sujeita a efeito suspensivo, diante da reconhecida demora na distribuição e julgamento dos feitos em segundo grau de jurisdição. O mesmo se pode dizer do juiz que adia o julgamento de uma causa complexa – escudando-se no argumento do acúmulo de serviço -, na esperança de ser transferido para outra comarca e furtar-se à referida decisão” (ABDO, Helena Najjar. *Abuso...*, p. 167).

²⁸⁹ TARUFFO, Michele. *Abuse...*, p. 29: “One may just say, finally, that APR is a very serious problem in all procedural systems, and therefore every possible effort should be made by any subject or agency involved. The means of prevention and sanction should be maximized in order to ensure a reasonable degree of fairness, honesty and loyalty in judicial proceedings. Then the main suggestion is to develop an active cooperation of courts and honest parties and lawyers, sharing a common aspiration for a fair and correct administration of justice.”

²⁹⁰ CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso...*, p. 215: “Na realidade, é sempre de recear – e contra isso cumpre estar prevenido – que, a pretexto de reprimir o abuso do direito, o processo se transforme em instrumento de iniquidade, de surpresas e de maldade. É esse um perigo tremendo, a que se não pode fugir porque, se, de um lado, há necessidade indeclinável de reprimir o abuso do direito no processo, de outro, há que se evitar o exagero na repressão”.

²⁹¹ A passividade do julgador, marca do Estado Liberal, dá margem à lentidão e ao abuso, na medida em que erige as partes e seus defensores à função de árbitros absolutos, razão pela qual se deve buscar um equilíbrio dos poderes do juiz e das partes no processo: “nem um juiz inoperante e passivo nos moldes do Estado Liberal, nem um reforço dos poderes do juiz em detrimento da atuação das partes no processo” (RAATZ, Igor. *Colaboração...*, p. 26-27).

Como se viu, a teoria do abuso do processo restringe o exercício de posições processuais. É possível pensar em abuso no exercício da demanda, no exercício da defesa, na produção de provas, no manejo dos recursos etc.

As partes podem ser tentadas a, antevendo um resultado desfavorável, buscar todos os meios para procrastinar o deslinde da causa, por vezes desvirtuando posições jurídicas que titularizam. É dizer: no processo, muitas vezes, o autor tem pressa, mas encontra um réu interessado em alongar ao máximo o julgamento; mas pode acontecer o inverso: o autor, sabendo estar errado, pode estender ao máximo a causa, em espírito retardatário. Em ambos os casos, ensina CALAMANDREI: “uma parte tem interesse de se servir de todos os desvios e complicações do procedimento, não para obter o efeito fisiológico ao qual a lei preordena, mas para conseguir o efeito indireto de protelar o ritmo do juízo e de procrastinar a solução”²⁹².

E, em um sistema processual fundado sobre o princípio do dispositivo, é normal que o nível de velocidade seja relegado à iniciativa da parte, sendo ainda natural que, dentro de certo limite, alguma parte se valha do poder próprio poder de impulso para acelerar ou retardar o cumprimento de uma certa atividade que dependa dela. Mas o abuso:

[...] começa quando uma parte, atingindo o ponto de exaurir a margem da lentidão lícita que era permitida pela elasticidade dos prazos, procura mandar ao longe o processo com petições infundadas e que são propostas, não para vê-las acolhidas, mas unicamente para ganhar aquele tempo que o adversário deverá gastar para contestá-las, e o juiz ao rechaçá-las; o que acontece especialmente por certos pedidos de meios de prova sobre o fato que a parte solicitante bem sabe que não são verdadeiros, mas que, todavia, atingem o escopo de impor ao juiz, para poder declará-lo inverídicos, o preço de uma longa atividade instrutória²⁹³.

Há, portanto, um limite, por vezes tênue, entre o exercício regular e o abusivo. Mas não podem figurar no mesmo plano o direito de defesa e a indevida protelação do réu que não tem razão. Quanto à deliberada intenção procrastinatória, JORGE AMERICANO esclarece

²⁹² Tradução livre do texto: “In ambedue i casi c’è una parte che há interesse a servirsi di tutte le possibili deviazioni e complicazioni del procedimento non per conseguire gli effetti fisiologici ai quali la legge preordina quella possibilità, ma per conseguire l’effetto indiretto di rallentare il ritmo del giudizio e di procrastinare la soluzione” (CALAMANDREI, Piero. *Il processo...*, p. 36).

²⁹³ “[...] comincia quando una parte, avendo ormai esaurito quel margine di lecito rallentamento che le era concesso dall’elasticità dei termini, cerca di mandare in lungo il processo con istanze che as infondate, e che sono proposte non per vederle accolte, ma unicamente per guadagnare quel tempo che l’avversario dovrà spendere nel contrastarle e il giudice nel respingerle: il che accade specialmente per certe richieste di mezzi di prova su fatti che la parte richiedente ben sa non veri, ma che tuttavia raggiungono lo scopo di imporre al giudice, per poterli dichiarare non veri, lo spreco di una lunga attività istruttoria” (CALAMANDREI, Piero. *Il processo...*, p. 36, tradução livre).

que: “Esses retardamentos não se explicam pela extensão do direito de defesa, são uma exorbitância injustificável, são meios ou recursos desabusadamente protelatórios, nos quaes existe, conseqüentemente, a obrigação iniludível de resarcir o damno”²⁹⁴.

Como já se afirmou, as garantias constitucionais não podem ser invocadas como pretexto à má-fé e à deslealdade. Contudo, DINAMARCO adverte que a teoria do abuso, por seu turno, também não se presta a reprimir condutas lícitas, que revelem astúcia ou combatividade²⁹⁵.

Por isso, salutar se ter em mente que a finalidade deste dispositivo é evitar que partes tomem providências injustificadamente inúteis à substância de seu direito ou pretensão, mas ‘úteis’ ao retardamento da prestação jurisdicional, o que configura o desvio de finalidade²⁹⁶.

Assim, a solução deve ser a aplicação da regra da proporcionalidade. A aplicação da teoria do abuso a um só tempo limita e encontra seu limite na garantia do contraditório, da ampla defesa e inafastabilidade da tutela jurisdicional, de maneira que a restrição imposta por aquele não pode tocar a essência destes, desnaturando-os. A solução só pode ser alcançada à luz do caso concreto, mediante ponderação com equilíbrio e razoabilidade.

Em regra, as garantias constitucionais devem prevalecer sobre o abuso²⁹⁷, pois:

[...] a teoria do abuso do direito processual não pode ser utilizada para coibir a liberdade individual, ofendendo assim o princípio da disponibilidade do jurisdicionado. O que se exige para a não configuração do abuso é a expressão da boa-fé nos atos praticados, com o mínimo de conhecimento das normas processuais e de seu funcionamento, para que seu conteúdo não seja desvirtuado. Exigir-se o máximo conhecimento de ciência tão complexa seria impor ao próprio sujeito processual limites ao acesso à justiça²⁹⁸.

Analisadas as balizas propostas para a adequada compreensão do princípio da cooperação, busca-se analisar como este “dever” se aplica aos diferentes sujeitos da relação processual.

²⁹⁴ AMERICANO, Jorge. *Abuso...*, 98.

²⁹⁵ *Instituições...*, v. III, p. 266. No mesmo sentido, já decidiu o STJ, 3ª T., REsp 16.285-RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 04.02.1992, RSTJ 31/463, concluindo que o simples fato de a parte utilizar-se dos recursos previstos em lei não significa que esteja opondo resistência injustificada ao andamento do processo.

²⁹⁶ ABDO, Helena Najjar. *O abuso...*, p. 161.

²⁹⁷ Idem, p. 170.

²⁹⁸ GUIMARÃES, Milena de Oliveira. *Abuso...*, p. 354.

5. Cooperação: ônus ou dever?

Há quem afirme que o “dever” de cooperação das partes para com o juiz, em verdade, trata-se de um “ônus” de cooperação, na medida em que o processo civil indiretamente ameaça as partes de desvantagens processuais em razão da falta de cooperação²⁹⁹.

De outro lado, há quem afirme que o descumprimento dos deveres de cooperação e lealdade processual tanto podem gerar obrigações, ônus e deveres: embora possa ser considerado um *ônus*, sempre que haja a ameaça indireta de desvantagens processuais, o comportamento desleal que vier a causar prejuízo traz consigo a *obrigação* de indenizar (art. 18, CPC); também pode ser um *dever*, na medida em que a ausência de um comportamento leal e cooperativo pode ensejar um ilícito processual, com a imposição de sanção para o desrespeito a tais deveres³⁰⁰.

Inicialmente, é bom salientar que não se podem confundir os conceitos de ônus e obrigações, pois são institutos heterogêneos:

No ônus, o sujeito é livre para adotar a conduta prescrita pela norma, não estando juridicamente vinculado ao seu cumprimento em favor de outro, como ocorre na obrigação. O não exercício de um ônus não configura ato ilícito e não é sancionado, enquanto a violação de uma obrigação é ilícita e sancionada. A norma estatuidora de um ônus tutela interesse do próprio onerado, ao passo que a norma portadora de uma obrigação tutela interesse do titular do direito subjetivo correspondente, que pode exigir o seu cumprimento. A obrigação é uma situação jurídica passiva, enquanto o ônus é uma situação jurídica ativa, manifestação do poder no qual se manifesta a liberdade de agir do sujeito onerado³⁰¹.

Não parece adequado tratar cooperação como ônus, diante da clássica compreensão,

²⁹⁹ O processo civil ameaça as partes que se recusem à participação, impondo desvantagens processuais, “seja através da sentença em revelia (*Versâmmisurteil*) em caso de ausência total, seja através da preclusão dos argumentos intempestivos (§296 da ZPO), seja ainda através de sentença de mérito (*Sachurteil*) por insuficiência de provas ou de comprovação. Portanto, trata-se menos de um dever de cooperação (*Kooperationspflicht*) do que de um ônus de cooperação (*Kooperationslast*), que, até certo ponto, toca às partes, como reflexo da tarefa judicial de gerenciamento do processo” (GREGER, Reinhard. *Cooperação...*, p. 129).

³⁰⁰ IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância...*, p. 57-61. Na mesma linha, preleciona LEONARDO GRECO: “Não se pode falar genericamente de um *dever de lealdade*, pois há casos em que a conduta exigida pelo *princípio da lealdade* é capitulada propriamente como *dever*, decorrendo da sua violação um ato ilícito, e há outros em que a conduta recomendada é um mero *ônus*, encargo atribuído à parte, cujo descumprimento lhe acarreta consequência processual desfavorável, sem constituir ato ilícito” (A execução e a efetividade do processo. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. v. VIII. São Paulo: RT, 2011, p. 315-364, p. 349).

³⁰¹ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 41-42.

baseada em GOLDSCHMIDT, de ônus como imperativo do próprio interesse³⁰². Ora, até mesmo a análise etimológica da palavra cooperação demonstra a necessidade de alteridade (senão altruísmo), não parecendo ser compatível com a categoria de ônus.

Conquanto se reconheça a importância de ônus processuais³⁰³, não é estranha ao processo a existência de deveres processuais, cuja violação pode acarretar sanções pecuniárias³⁰⁴. E, em se tratando de ônus, é imprescindível que o onerado tenha liberdade de cumpri-lo ou não, conforme sua própria conveniência, sendo incompatível com a imposição de coerção ou sanção³⁰⁵.

Salientando as principais distinções entre ônus e deveres, ALFREDO BUZARD anota que:

[...] se a lei confere às partes a faculdade de determinar o seu próprio comportamento, trata-se de simples ônus; se, ao contrário, quer disciplinar determinada conduta, estamos em face de um dever. As sanções legais diferem, pois, quando se trata de ônus ou de deveres. Como o ônus consiste na necessidade de realizar uma atividade, sob pena de sofrer um efeito danoso, pela ausência do ato só o litigante é atingido, podendo beneficiar-se o adversário; ocorrendo, todavia, o descumprimento de obrigação legal, nasce para a outra parte o direito de haver ressarcimento do dano que lhe foi causado³⁰⁶.

Também é possível, segundo alguma doutrina, vislumbrar, no direito processual civil, *deveres semiplenos*, que seriam deveres incompletos, cujo descumprimento, embora não configure ilícito, pode acarretar consequências jurídicas-prejudiciais (ao que se aproximam dos ônus), mas deles se distinguem quanto ao fim pretendido pela norma

³⁰² *Direito processual civil*. v. 1. Campinas: Bookseller, 2003, p. 17. Nas palavras de FAZZALARI, ônus é entendido: “[...] come atto che il soggetto può compiere oppure no, ma il cui mancato compimento si risolve in di lui danno” (*Instituzioni di diritto processuale*. 5ª ed. Padova: CEDAM, 1989).

³⁰³ A importância dos ônus no processo civil é tamanha, que se entende que não fossem os ônus atribuídos às partes e os deveres atribuídos aos juízes, o processo seria infinito, uma vez que não se pode atribuir a alguém o dever de praticar ato de seu exclusivo interesse, razão pela qual os ônus processuais “se apresentam como estímulos ao exercício de poderes processuais, ao impor consequências desfavoráveis ao seu titular para o caso de não serem exercitados tempestivamente” (DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ônus processuais: limites à aplicação das consequências previstas para o seu não-cumprimento*. 2007. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 53).

³⁰⁴ LEBRE DE FREITAS apresenta como exemplo de *deveres processuais*, o de boa fé processual (art. 266-A), o de cooperação (arts. 266 e 519), o de apresentar documentos (art. 529), o de recíproca correção (art. 266-B), asseverando que: “[...] A violação destes deveres dá lugar a sanções pecuniárias (obrigação de indenizar, condenação em multa), não confundíveis com dever e ônus que tenham a mesma conduta por objeto. Registra-se, de qualquer modo, a tendência no direito processual actual para acentuar esses deveres processuais e para os estender aos próprios magistrados” (*Introdução...*, p. 163).

³⁰⁵ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ônus...*, p. 46-47.

³⁰⁶ Processo e verdade no direito brasileiro. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 47, p. 92-99, jul.-set. 1987, p. 96.

jurídica³⁰⁷.

É bem verdade que um determinado comportamento cooperativo pode vir ao encontro do interesse da parte – e neste caso, poderíamos pensar no estímulo à cooperação processual pela imposição de um ônus, cujo descumprimento afetaria somente o interesse desta parte onerada – mas tal não significa que cooperar seja um ônus. Em outras palavras, é possível manejar as regras que impõem *ônus* (probatório, por exemplo³⁰⁸) a fim de se estimular a prática de atos de cooperação, mas isso não transmuda a essência do *dever* de cooperação – ainda que se entenda que, em certas circunstância, o feixe de deveres que o compõem abranja certos *deveres semiplenos*.

Daí também é possível se concluir que o dever de cooperação não desnatura a sua essência jurídica para tornar-se uma “obrigação” em razão do resultado lesivo (danoso) da conduta não cooperativa, uma vez que é justamente *o dano* que exsurge do comportamento não cooperativo da parte que gera a obrigação de indenizar.

A existência de dano a ser reparado não é da essência da cooperação³⁰⁹. Em outras palavras, dano é elemento eventual e acidental, não se encontra ínsito ao descumprimento do dever de cooperação, e a sua existência não o transfigura em obrigação³¹⁰.

³⁰⁷ CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Dever de esclarecimento...*, p. 105. O autor aponta como exemplo de *dever semipleno* aquele estatuído no artigo 342, do Código de Processo Civil, pois o não comparecimento ou a sua falta de respostas não terá contra si pretensão por ilícito processual, conquanto a omissão *dolosa* possa configurar má-fé processual (Idem).

³⁰⁸ A dinamização do ônus da prova encontra arrimo no dever de colaboração e de lealdade (cf. Capítulo IV, n. 6), mas isso não implica em reconhecer a colaboração ou a lealdade como um ônus, pois decorrem de imperativos de interesse alheio, cujo descumprimento pode gerar, inclusive, sanções. O ônus é de *provar*, e não de *cooperar* – este se reveste da natureza de *dever*. Mas até mesmo a natureza jurídica do ônus da prova é questionável. FLÁVIO YARSHELL afirma que, uma vez que o diálogo entre as partes e juiz contribui para uma decisão mais aperfeiçoada (na medida em que favorece um juízo mais aberto e ponderável), é imperfeita a ideia de ônus probatório (*Antecipação...*, p. 166). Para ilustrar o funcionamento desta diferença entre *dever* de colaboração e *ônus* da prova, transcreve-se trecho de julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, citado por CHRISTOPH FABIAN (*O dever de informar no direito civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 103): “A parte, embora deva colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade – CPC, art. 339 – não é obrigada a requerer ou especificar provas, quando determinadas pelo Juiz, mas conscientemente corre o risco de um veredicto desfavorável” (TJRS, 1º C.C., APC 594.165.229, rel. des. Celeste Vicente Rovane, j. 02.02.1995).

³⁰⁹ Comentando as modificações operadas pela Lei n. 8.952/94 no art. 18 do Código de Processo Civil, com a possibilidade de fixação do valor da indenização em até vinte por cento do valor da causa, neste caso, dispensada liquidação ou a prova do prejuízo patrimonial da parte vítima do ato abusivo, THEODORO JR. assevera: “Confirmou-se, assim, em lei, aquilo que já se defendia na doutrina: o abuso de direito processual não se volta apenas contra a parte, mas atinge, acima de tudo, a dignidade da justiça. Daí porque merece punição, com ou sem prova de dano patrimonial da parte” (*Abuso...*, p. 128).

³¹⁰ Elucidativas as lições de PEDRO DINAMARCO: “Como visto, ao contrário da obrigação, o dever é um vínculo permanente, que não se esgota com o cumprimento – por exemplo, o dever de não-roubar. Por outro lado, com a inevitabilidade de conduta é um elemento marcante do dever, seu descumprimento é um *ilícito* passível de *sanção* – o descumprimento do dever de lealdade processual, por exemplo, gera a imposição de multas (CPC, arts. 14 e 18). A imposição de sanção, todavia, não isenta o sujeito de cumprir seu dever, bem

Conquanto não seja determinante para se aferir em definitivo a natureza jurídica da cooperação e da lealdade, não se pode olvidar que o artigo 14 impõe o *dever* de boa-fé e lealdade, em dispositivo inserido no Capítulo II – (“dos deveres das partes e dos seus procuradores”, do Título I, do Livro I, do Código de Processo Civil)³¹¹, o que se mostra sintomático da pretensão legislativa de revestir a lealdade e a boa-fé com a natureza jurídica de um *dever*.

Mas por tudo o que se expôs, respeitadas opiniões divergentes³¹², forçoso concluir que a cooperação tem natureza jurídica de *dever*.

6. Segue: cooperação e os sujeitos processuais.

O dever de cooperação deve ser respeitado por todos os sujeitos processuais e perante todos os demais, de modo que todos os intervenientes devem agir “em conformidade com um dever de correcção e de urbanidade”³¹³.

Já se afirmou, de forma enfática e talvez até mesmo repetitiva, que deve haver colaboração recíproca entre o juiz e as partes. Mas duas dúvidas permanecem sem resposta: as partes devem cooperar umas com as outras ou somente para com o juiz? Serão diferentes as aplicações da cooperação para os sujeitos parciais em comparação àquelas a que se submete o sujeito imparcial?

(i) *Dever de cooperação das partes*

No direito português atual, a imposição do dever de cooperação não se limita ao dever das partes para com o tribunal, “mas também deveres das partes entre si e do tribunal

---

como de indenizar eventuais prejuízos causados a outrem, sem que isso signifique que o dever possa ser convertido em perdas-e-danos, ao contrário do que pode ocorrer com as obrigações (art. 461, §1º)” (*Ônus...*, p. 41).

³¹¹ ITOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância...*, p. 61.

³¹² Cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação...*, p. 174: “Colaboração e cooperação, nessa perspectiva, podem e devem ser vistas como fatores de aprimoramento da decisão e, sob essa ótica, altamente desejáveis para o sistema. Contudo, não podem elas ser tecnicamente qualificadas como deveres, cuja não-observância autorizaria a imposição de sanções”.

³¹³ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos...*, p. 67.

para com as partes, com variadas manifestações ao longo do processo”³¹⁴. Todavia, tal orientação é objeto de críticas.

Analizando a codificação projetada, GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO afirmam que, diante do Estado Constitucional e da estrutura adversarial ínsita ao processo contencioso, não se pode cogitar da existência de dever de colaboração *entre as partes*, mas tão somente da colaboração do juiz para com as partes, ou destas para com o magistrado. Assevera que, ainda que a colaboração uma das partes para com o juiz, pode até ensejar que este venha a colaborar com a outra, mas tal situação é diferente da imposição de cooperação *entre as partes*³¹⁵.

Ao afirmar que o processo é “um jogo fundado no contraditório”, NELSON NERY e ROSA NERY asseveram que não se pode exigir da parte que faça afirmações que poderiam beneficiar a parte contrária em detrimento do declarante, em razão da impossibilidade de exigir que a parte produza prova contra si mesma³¹⁶.

Em sentido semelhante, REINHARD GREGER explica que referido princípio não significa que as partes devam “oferecer o seu processo (*ihren Prozess austragen*) em íntimo companheirismo (*Zweisamkeit*)”, uma vez que tal hipótese seria “uma utopia alienígena”, e arremata prelecionando que a exigência de cooperação, devidamente compreendida “ao invés de determinar apenas que as partes – cada uma para si – discutam a gestão adequada do processo pelo juiz, faz com que essas dela participem”³¹⁷.

De maneira análoga, MONTERO AROCA, partindo da visão do processo como jogo, assevera que os jogadores de qualquer jogo, incluindo o processo, devem observar todas as regras impostas, mas naturalmente não se pode pedir que todos eles, de uma equipe e de outra, colaborem em busca da determinação de qual é o melhor, ajudando o árbitro a descobrir entre todos juntos a quem deve declarar ganhador, pois, “se as coisas fossem assim, não teria sentido jogar a partida”³¹⁸. Desta forma, se é certo que nem tudo é válido,

³¹⁴ FREITAS, José Lebre de; REDINHA, João; PINTO, Rui. *Código de processo civil anotado*. v. 1, Coimbra: Coimbra, 2008, p. 514. O autor traz como manifestações o dever de agir de boa-fé, dever de urbanidade e respeito, dever de pontualidade, dever de imediata comunicação da impossibilidade de realização das diligências, dever de transparência das notificações, marcação das diligências por acordo, dever de comparecer e esclarecer, dever de remoção dos obstáculos, dever de obter informações sobre o patrimônio do executado, dever de informação etc. (Idem).

³¹⁵ *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 73.

³¹⁶ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado: e legislação extravagante*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 617.

³¹⁷ *Cooperação...*, p. 128.

³¹⁸ Sobre el mito autoritário de la “buena fe procesal”. In: _____. *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant to Blanch, 2006, p. 292-353, p. 345.

também não se pode impor às partes e aos seus advogados que contribuam para que vença a parte contrária³¹⁹.

Na mesma senda é a cátedra de JAUERNIG, ao sustentar que a adoção do princípio da cooperação entre as partes impõe renúncia ao primado da autoresponsabilização das partes (atrelado à limitação da autodeterminação das partes), pois não se pode vincular o juiz à degradante condição de “joguete das partes”. Ademais, o autor critica a expressa “grupo de trabalho”, sobretudo porque conduz à enganadora ideia de que há antagonismo entre o interesse público (representado pelo tribunal) e os interesses do autor e réu, e a aceitação dessa harmonia de interesses é característica do “processo socialista que (também) vive (vivia) da afirmação de os interesses pessoais se conjugarem com as exigências sociais [...]”, o que se mostra “estranho à nossa ordem jurídica, porque esta reconhece a existência real de interesses antagônicos e tenta resolver os antagonismos”³²⁰.

Todavia, a oposição ideológica de JAUERNIG é confessadamente sustentada pelo temor dos impactos que esta concepção do processo civil pode causar em prejuízo da disponibilidade do objeto litigioso, razão pela qual a crítica suscitada perde sentido ao se estabelecerem certos limites ao poder inquisitório do juiz³²¹.

Ponderadas tais construções, é necessário evoluir. Ainda que o conceito encontre resistências (muitas até mesmo justificáveis), ousa-se quebrar paradigmas para afirmar categoricamente a existência de um dever de cooperação entre as partes. Ora, afirmar que uma parte não pode ser obrigada a colaborar com a outra, mas somente para com o juiz e, concomitantemente, admitir que tal colaboração possa vir de encontro aos interesses da própria parte e, ainda, que o magistrado pode utilizar dos frutos desta colaboração em detrimento dela, é questão de mera semântica. O resultado prático é o mesmo, pouco importando se a colaboração foi prestada ao juízo (beneficando o adversário) ou à parte contrária (auxiliando o juízo).

No sistema da *common law* admite-se que uma parte exija do oponente o fornecimento de informações, documentos ou coisas relacionadas à prova, e, além do mais, a fase de julgamento é precedida por uma fase de instrução preliminar (*discovery* do direito Norte-Americano e *disclosure* no direito Inglês)³²². A este respeito, já decidiu, há mais de

---

³¹⁹ Idem, p. 345.

³²⁰ *Direito...*, p. 149

³²¹ CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Dever de esclarecimento e complementação no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 105.

³²² YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação...*, p. 160. Por este mecanismo, cada uma das partes pode munir-

meio século, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que o conhecimento mútuo dos fatos amealhados pelas partes é essencial para o adequado exercício do litígio, razão pela qual é possível compelir o adversário a apresentar os elementos de prova, a fim de evitar surpresas no decorrer do julgamento³²³.

Deixa-se assentado, por oportuno, que a visão acima adotada não visa a pregar o abandono do princípio do dispositivo ou o caráter dialético do processo, uma vez que a adequada compreensão do dever de cooperação não é antagônica à dialeticidade processual. Esta, acresça-se, não pode servir de escudo a práticas espúrias e contrárias aos escopos do processo. Neste sentido, BUZAID talhou na Exposição de Motivos que acompanhou o texto do Código de Processo Civil:

Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da justiça³²⁴.

A digna função do processo civil, como método de aplicação da jurisdição, não condiz com a preeminência absoluta dos interesses individuais em disputa.

GIANLUCA FALCO ressalta que o princípio da responsabilidade das partes não se presta ao objetivo de restringir a compreensão do processo como um instrumento disponível, mas voltado à realização da função constitucional que lhe é própria³²⁵.

Nem se defende o desprezo os interesses particulares dos litigantes, levando o princípio da cooperação aos limites extremos de mutilar garantias processuais (constitucionais) ou impor coercitivamente uma conduta processual contrária aos legítimos interesses da parte litigante. Tampouco o presente trabalho se presta a sustentar uma utopia

---

se de provas a que não teria acesso, principalmente documentos do adversário, o que é útil no litígio contra grandes empresas em que haja necessidade de inteirar-se de suas atividades e, por outro lado, favorece a solução consensual do litígio (MANDELLI, Alexandre Grandi; CHAVES, Christian Frau Obrador. O dever de colaboração (entre e das partes) no processo civil constitucional e a efetiva prestação da tutela jurisdicional executiva: o dever fundamental do executado de nomear bens passíveis de penhora. In: Revista da PFN. Ano 2, n. 3, 2012, p. 77-110, p. 79).

³²³ United States Supreme Court. *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947). *In verbis*: “We agree, of course, that the deposition-discovery rules are to be accorded a broad and liberal treatment. No longer can the time-honored cry of “fishing expedition” serve to preclude a party from inquiring into the facts underlying his opponent’s case. Mutual knowledge of all the relevant facts gathered by both parties is essential to proper litigation. To that end, either party may compel the other to disgorge whatever facts he has in his possession. The deposition-discovery procedure simply advances the stage at which the disclosure can be compelled from the time of trial to the period preceding it, thus reducing the possibility of surprise”.

³²⁴ BUZAID, Alfredo. Exposição de motivos do CPC. Brasília, 1972.

³²⁵ *La buona fede...*, p. 502.

de que todos devam contribuir para os auspícios superiores da busca pela Justiça, em detrimento de seus próprios interesses privados e em sacrifício de seus direitos individuais³²⁶.

Todavia, também não se pode ignorar que em algumas hipóteses é possível que condutas indesejadas sejam reclamadas dos titulares de posições jurídicas. O próprio direito material encontra diversas situações em que o titular de um direito sucumbe diante de um interesse maior, tal qual se verifica com a possibilidade de perda da propriedade que não atenda à sua função social; também é possível anular um contrato que não se amolde à mesma finalidade ou mesmo que afronte a cláusula geral da boa-fé objetiva. Na seara contratual, é possível impor deveres laterais de conduta, tais como o dever de informação, de cooperação etc., que prescindem de previsão legislativa ou contratual. No âmbito do processo também é possível que fenômeno semelhante ocorra.

Uma destas hipóteses encontra-se estampada no artigo 358, do Código de Processo Civil, que regula os motivos em que não será admitida a exibição de documento ou coisa. A parte que que faça menção a uma coisa ou documento com a finalidade de constituir prova e, num outro momento, simplesmente negue a existência de tal prova, não poderá recusar a apresentá-lo.

Se, por um lado, a recusa de apresentar documento pode ser encampada pela regra de que ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), por outro, a lei dispõe uma regra que veda esta recusa nesta hipótese específica, o que parece remeter à vedação da conduta contraditória, na medida em que o ato próprio da parte (ao fazer menção a um documento com finalidade de constituir prova), gera a expectativa legítima de que aquele documento será apresentado em juízo, e, consequentemente, poderá ser usado como meio de prova³²⁷.

De igual sorte, dispõe o inciso III do mesmo artigo, que veda a recusa à apresentação de documento que seja também de interesse da contraparte, isto é, a lei impõe à parte que apresente documento de interesse comum que esteja em sua posse. E este

---

³²⁶ Evidente que muitas vezes não há sobreposição do interesse estatal ao da parte interessada, pois não se pode, por exemplo, aplicar sanções (multa ou obrigação de indenizar), à parte que, por sua falta de colaboração, manteve-se à revelia, sofreu a “pena” de confissão ficta e teve contra si sentença desfavorável, o que seria equivalente à punição pela lesão à própria integridade (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação...*, p. 174).

³²⁷ LEONARDO, César Augusto Luiz. *A boa-fé objetiva no processo civil*. Presidente Prudente, 2006. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2006. Disponível em: <www.unitoledo.br/intertemas/arquivos.asp?area=1&ano=2006&tipo=3&gp=2>, p. 55.

dever, embora decorra de regra expressa, tem nítida inspiração cooperativa.

Pode-se vislumbrar mais uma incidência semelhante do princípio em testilha ainda no campo probatório, âmbito reconhecidamente processual³²⁸, precisamente, em sede de ação de investigação de paternidade.

É cediço que, atualmente, o exame do material genético (*DNA*) é o instrumento mais preciso para aferir o vínculo biológico existente entre pai e filho, ou afastá-lo, se for o caso. Entretanto, é possível que o demandado em uma ação de paternidade, se recuse a ceder material genético para análise. Estão em disputa dois grandes direitos reconhecidos em nosso ordenamento: de um lado, o direito do filho de conhecer sua filiação biológica, vincado no próprio princípio da dignidade da pessoa humana; do outro, o direito do demandado, firme no postulado de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, com arrimo, ainda, no direito à intimidade e no direito à inviolabilidade do próprio corpo.

A jurisprudência reiterada do Superior Tribunal de Justiça deu azo à Súmula n. 301, publicada em novembro 2004, com base em precedentes havidos desde 1998³²⁹, preconizando que: “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade”. E tal orientação, de gênese jurisprudencial, passou a ser acolhida pela legislação com o advento da Lei n. 12.004, que acrescentou à Lei n. 8.560/92 o art. 2º-A, parágrafo único, com a seguinte redação: “A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”.

Destarte, o juiz não pode mandar que o requerido forneça material genético contra a sua vontade, de modo que não é possível impor ao réu que se submeta ao exame sem a sua anuência. Todavia, também não se pode simplesmente negar ao autor o direito de conhecer seu estado de filiação. Diante desta possibilidade de recusa do demandado, a jurisprudência criou outro mecanismo, que foi posteriormente positivado, para evitar que o requerido pudesse se beneficiar com sua própria torpeza: a recusa gera a presunção de paternidade, o que, processualmente, impõe a inversão do ônus da prova.

---

³²⁸ Conquanto exista alguma controvérsia a respeito da natureza jurídica das provas (se pertencentes ao direito material ou ao direito processual), prevalece o entendimento de que as provas têm natureza processual (REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: RT, 1985, *passim*).

³²⁹ STJ, REsp n. 135361, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado, j. 15.12.1998, DJ 15.03.1999. No mesmo, sentido o REsp n. 55958, 4ª T. rel. Min. Bueno de Souza, j. 06.04.1999, DJ 14.06.1999; STJ, REsp n. 256251, 4ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.08.2000; 25.09.2000; STJ, REsp n. 141689, rel. Min. Antonio de Pádua Ribeiro, j. 08.06.2000, DJ 07.08.2000.

Como se vê, a legislação, embora não *obrigue* a prática condutas contrárias ao interesse da própria parte, não desconhece meios de estimular a parte a cooperar com a justa composição da lide. E, perceba-se, que mesmo sem a previsão de lei, a jurisprudência cuidou criar a presunção contrária ao investigado que se recusasse a ceder material genético para a perícia, daí conclui-se que a imposição de tais condutas não decorre de expressa previsão legal, mas da ponderação dos valores em choque.

CRESCI SOBRINHO faz distinção entre *prova* e *esclarecimento*, para o fim de afirmar a existência de um *dever de esclarecimento e complementação* no processo civil³³⁰, que mantém íntima relação para com o dever de cooperação e boa-fé processual.

É certo, outrossim, que a relação de direito material subjacente pode ter repercussões processuais importantes, sobretudo diante cooperação imposta pela cláusula geral de boa-fé, influenciando as posições jurídicas das partes da relação processual³³¹.

Posto que o *nemo tenetur se detegere* (estribado no direito à liberdade) e o direito ao silêncio³³² sejam relevantes em nosso sistema e, via de regra, devam ser respeitados, não se pode alça-las ao *status* de garantias absolutas, razão pela qual podem ser ponderadas com outras garantias de igual ou superior relevância e repelidas no caso concreto, diante de valor de maior peso à hipótese *sub judice*.

Ora, mesmo no âmbito do direito penal o princípio encontra mitigações: na omissão de socorro (art. 135, do Código Penal), há deveres de agir, e, portanto, de informar, o mesmo sendo válido para delitos omissivos quando alguém cria a situação de perigo para o bem jurídico de outrem (princípio da ingerência, art. 13, §2º, alínea c, do Código Penal); ademais, o art. 10, §1º, do Código de Defesa do Consumidor estatui que o fornecedor e o fabricante devem comunicar fatos sobre a periculosidade do produto, sendo irrelevante o princípio *nemo tenetur* diante de tal dever³³³.

³³⁰ CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Dever de esclarecimento...*, *passim*.

³³¹ Sobre o tema, vide CHRISTOPH FABIAN (*O dever...*, *passim*). O autor parte da formulação do direito alemão de que existe direito subjetivo à informação, como consequência do princípio da boa-fé, quando: a) o credor, sem culpa própria, não tem acesso às informações sem ajuda do devedor; b) o devedor pode dar facilmente a informação; e c) como nasce este direito de um dever anexo, deve ter uma relação jurídica entre as partes (Idem, p. 106).

³³² Sobre o direito ao silêncio, será objeto de debates oportunos (cfr. Capítulo IV, n. 3). Por ora, basta afirmar que o art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988 assegura ao preso o direito de ser informado de seus direitos, dentre eles, o direito ao silêncio, e que tal dispositivo tem nítida incidência no âmbito penal. Nada obstante, é possível aplicar-lhe interpretação extensiva para alcançar circunstâncias não-penais (neste sentido sustenta PEDRO DINAMARCO. *Ônus...*, p. 126) – o que não se pode admitir é que tal interpretação seja erigida como garantia absoluta, perante a qual todos os demais direitos sucumbiriam.

³³³ FABIAN, Christoph. *O dever...*, p. 164.

Desta feita, não se pode negar que a recusa à prática de algum ato cooperativo possa incidir em inconstitucionalidade, por ofensa à isonomia, inafastabilidade da jurisdição, acesso à Justiça, devido processo legal etc. Ora, aquele que não pode fazer prova de seu direito, por ser subjugado pela parte contrária, teria violado o seu direito de acesso à Justiça acaso não se desenvolvessem mecanismos de cooperação.

Claro que, se a cooperação pode limitar a aplicação da máxima *nemo tenetur se detegere*, também existem limites para a exigência do dever de cooperação. Podemos aventar algumas balizas que impediriam a cooperação, como quando o comportamento seja vedado pelo ordenamento jurídico (no âmbito penal, civil ou administrativo). A vedação pode ser funcional ou de carácter ético-profissional, como as vedações aos advogados, em razão da legislação que rege a conduta ética e disciplinar dos causídicos. Um bom exemplo onde se vislumbra a impossibilidade de incidência do dever de cooperação reside no dever de sigilo profissional: o advogado não pode ser obrigado a fornecer ao juízo documentos amparados por tal sigilo. O próprio dever de informação, no âmbito material, sofre limitações, tais como o próprio conhecimento da informação (resguardado o não-conhecimento por negligência, que não subsiste perante o dever de se informar), a proteção à intimidade e ao sigilo empresarial³³⁴.

Evidente que é muito difícil a elucubração, *in abstracto*, de todas as hipóteses em que o dever de cooperação pode se chocar com outras normas (princípios e regras), e impossível determinar-se de antemão qual deverá prevalecer em cada uma das hipóteses. Como é natural, neste conflito, devem-se pesar os valores em discussão, para o fim de chegar à conclusão de qual deverá prevalecer no caso em concreto, à luz de suas peculiaridades. Apenas se procura destacar alguns vetores para que a aplicação não se confunda com decisionismo do caso concreto e que seja preservada a segurança jurídica. E é firme neste propósito que se buscará a aplicação dos deveres de conduta, no próximo Capítulo.

Com relação às partes, portanto, pode-se dizer que o dever de cooperação assenta no dever de litigância de boa-fé processual, pois a “infração do *honeste procedere* pode resultar de uma má fé subjectiva, se ela é aferida pelo conhecimento ou não ignorância da parte, ou objectiva, se resulta dos padrões de comportamento exigíveis”³³⁵.

³³⁴ As balizas delimitadoras do dever de informar são propostas por CHRISTOPH FABIAN (*O dever...*, p. 157-164).

³³⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed., Lisboa: Lex, 1997, p. 62-63.

Em atenção aos valores constitucionalmente salvaguardados, é possível a imposição de um dever de cooperação processual, ainda que contrário aos interesses daquela parte a quem o dever se destina, o que decorre da aplicação da própria Constituição, filtragem constitucional que se faz necessária em todos os âmbitos, notadamente o direito processual civil (por ser o instrumento para a garantia de direitos), não se vislumbrando qualquer motivo de temor nesta afirmação.

Em relação aos meios de aplicação do dever de lealdade processual, é certo que a doutrina portuguesa tradicionalmente exige o dolo ou a negligência grave para que se cogite de má fé processual³³⁶, tema que será analisado oportunamente³³⁷. Mas a imposição de multa por litigância de má-fé não é a única, muito menos a melhor, solução para o dever de cooperação. Existem diversas maneiras de se estimular condutas cooperativas para as partes. Ora, a própria confissão ficta não deixa de ser um importante mecanismo a estimular a cooperação das partes³³⁸. Com este pensamento, podemos afirmar que a infração ao princípio da cooperação pode gerar “a invalidade do ato processual, a preclusão de um poder processual, o dever de indenizar (caso a conduta gere dano), direito à tutela inibitória, sanção disciplinar etc.”³³⁹, conforme as circunstâncias específicas do comportamento concretamente assumido pelo titular do direito³⁴⁰. É possível, ainda, a flexibilização das regras de ônus da prova³⁴¹ e do tempo no processo (com a concessão de antecipação da tutela por abuso do direito de defesa – artigo 273, inciso II, do Código de Processo Civil), a prolação de sentença que impeça o fim almejado pelos abusadores (art. 129, do Código de Processo Civil), e até mesmo a dispensa dos meios de prova requeridos pela parte, com o julgamento antecipado da lide³⁴².

Diversos aspectos da cooperação das partes serão abordados no desenvolvimento do próximo capítulo. Até aqui, cuidou-se de afirmar a existência de um dever de cooperação, para além da concepção intersubjetiva (entre juiz e partes), que vige *entre as partes*, de maneira recíproca, sem que com isso venha a se sustentar o fim da dialeticidade ou a imposição de sacrifícios inconstitucionais. Pelo contrário, a imposição de tal dever resulta efetivamente da necessidade de assegurar valores tutelados pela Constituição, em ocasiões em que a omissão do comportamento cooperativo possa lesar direitos relevantes.

---

³³⁶ Idem, p. 63.

³³⁷ Vide Capítulo VI, n. 4.

³³⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação...*, p. 174.

³³⁹ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos...*, p. 71.

³⁴⁰ Idem, p. 72.

³⁴¹ Vide Capítulo IV, n. 6.

³⁴² Vide Capítulo IV, n. 2.

(ii) *Dever de cooperação dos procuradores*

Também o advogado tem dever de cooperar com a justa composição da lide, observadas as vedações éticas e disciplinares da sua atuação. Neste sentido são os preceitos do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906/94), além das disposições do Código de Ética e de Disciplina.

De forma geral, pode-se dizer que o advogado tem deveres éticos para com o processo e com o Magistrado, mas, antes, tem importante deveres para com o seu constituinte, o que não se pode ignorar no estudo do tema em apreço. Assim, o primeiro dever de colaboração que é imposto ao advogado é o de comunicar ao juiz, em tempo oportuno e com toda a exatidão possível, os elementos favoráveis à parte que representa³⁴³.

Observados os limites impostos na relação advogado-cliente e nos regulamentos do exercício da profissão – essencial à Justiça (art. 133, da Constituição), diga-se de passagem –, pode-se afirmar sem tibieza que o advogado não se furta aos deveres de lealdade e cooperação.

Assim, ainda que não seja obrigado a comunicar ao juízo elementos capazes de beneficiar a parte contrária, “permanece incontestável que o advogado deve abster-se de falseá-los, e bem assim de impedir ou perturbar a ciência que deles possa ter o juiz por outra via”³⁴⁴.

Aliás, em Portugal, o Decreto-Lei nº 330, de 05.09.1991, previa a dispensa de justificação da falta de advogado a um ato judicial, entretanto, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUZA considera que tal dispositivo deve ser considerado revogado tacitamente pelo princípio da cooperação recíproca previsto no artº 266º-B do Código de Processo Civil, uma vez que “tal diploma de cariz manifestamente corporativo é inconciliável com a vigência dos referidos princípios” e, ademais, estabelece o artº 155º, nº 2 e 5, que “quando a marcação da diligência não tenha resultado de prévio acordo entre o juiz e os mandatários das partes, os mandatários impedidos em consequência de outro serviço judicial já marcado devem comunicar o facto ao tribunal”³⁴⁵.

BARBOSA MOREIRA pondera que, embora seja tecnicamente correta a afirmação de

³⁴³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre..., p. 392.

³⁴⁴ Idem.

³⁴⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos...*, p. 64.

que o advogado atua em nome da parte, de modo que o seu comportamento pode ser imputado a ela, não se pode desprezar que o fato de que o advogado pratica (ou deixa de praticar) inúmeros atos no processo que a parte nem sequer tem conhecimento e, mesmo que tenha, nem sempre tem condições de valorá-los de maneira adequada – assim, levando-se em consideração que erros profissionais podem repercutir com grande intensidade no resultado do processo e, conseqüentemente, vão influir na vida do litigante, que sequer participou da decisão tomada³⁴⁶.

Daí resulta a importância da adequada informação e orientação do advogado ao seu representado, sobretudo em se tratando da prática de atos que eventualmente possam ser considerados abusivos, sob pena de responder pelos danos causados ao seu cliente, ou à outra parte, em ação regressiva ou mesmo solidariamente³⁴⁷.

Embora o tema não seja pacífico, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a possibilidade de se estabelecer as sanções da litigância de má-fé aos procuradores³⁴⁸.

A respeito desta possibilidade, deve-se consignar, por oportuno, que esta não parece ser a melhor orientação, levando-se em consideração a inexistência, por força de lei, de hierarquia entre juiz e advogado, razão pela qual eventual falta profissional (inclusive aquelas condutas previstas no artigo 14, do CPC), deve ser comunicada à entidade de classe, a Ordem dos Advogados do Brasil, para que esta tome as devidas providências.

Portanto, a exceção prevista no parágrafo único do artigo 14, do CPC, visa justamente a proteger o livre exercício da advocacia, evitando que a imposição de multa sirva de instrumento de ameaça e constrangimento aos causídicos³⁴⁹.

Tal posição não se deseja fazer com que o advogado se esquive do dever de

---

³⁴⁶ *El neoprivatismo...*, p. 214.

³⁴⁷ Neste sentido dispõe o artigo 32 e seu parágrafo único, da Lei nº 8.906, de 4.7.1994 (EOAB): “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 [...]”.

³⁴⁸ Neste sentido: STJ, 2ª. T., Edcl-Edcl-AgRg-REsp n. 494021-SC, rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.06.2004, DJ 13/9/2004; STJ, 2ª. T., Edcl-Edcl-AgRg. no REsp n. 427839-RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 17/10/2002, DJU 18/11/2002.

³⁴⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Repressão ao dolo processual: o novo artigo 14 do código de processo civil. In: Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. v. I. São Paulo: RT, 2011, p. 973-990, p. 984. CRUZ E TUCCI explica que, como homens que são, advogados e juízes estão sujeitos a sentimentos pessoais, que eventualmente podem influenciar no seu desempenho processual “[...] porque infelizmente, o ideal de isenção que deveria triunfar durante todo o procedimento judicial e sobretudo no momento de o magistrado proferir julgamento, por força de inexoráveis determinantes do relacionamento humano, nem sempre é verificado” (Idem, p. 985).

lealdade processual, tampouco que seja imune aos imperativos éticos do processo. Apenas se deseja que eventual punição disciplinar seja aplicada por quem de Direito, sem prejuízo de responsabilização por danos causados com culpa na prestação dos serviços advocatícios, em ação própria, tal como impõe o art. 32, do Estatuto da Advocacia³⁵⁰. Assim, se o comportamento culposo ou doloso for imputado ao advogado, cabe à parte buscar o direito regressivamente³⁵¹.

Por outro lado, BARBOSA MOREIRA apresenta extensa lista de condutas imputáveis ao advogado que podem ser consideradas prejudiciais no âmbito do processo, tais como a juntada de petições ou documentos de modo a tumultuar o processo, ou, ainda, a adoção de tom dúbio, vago ou reticente no atendimento de algum pedido de informação pelo juiz³⁵².

Assim, é de se concluir que, respeitadas as peculiaridades do exercício do *munus* que desempenham, também os advogados se vinculam ao dever de cooperação.

Evidente que o mesmo também há de ser observado pelos membros da Advocacia Pública (membros da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias Estaduais, Municipais, Distritais e autárquicas etc.), bem como do Ministério Público e da Defensoria Pública. Vale dizer, por oportuno, existem preceitos mais específicos para os membros de tais carreiras, diversos da advocacia privada, uma vez que se soma ainda “a responsabilidade administrativa pela própria atividade, fazendo-se incidir as regras próprias estabelecidas nas respectivas normas regulamentares das profissões”³⁵³.

³⁵⁰ ICOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância...*, p. 100.

³⁵¹ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Resistência injustificada ao andamento do processo. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. v. III. São Paulo: RT, 2011, p. 1145-1160.

³⁵² Sobre..., p. 392-393: “Demorar a atender, sem justo motivo, a despacho que determina a juntada de documento ou a prestação de informação é comportamento intuitivamente prejudicial. Também o é trazer, a pretexto de cumprir o despacho, uma penca de documentos sem relação (ou de relação apenas remota) com o ponto que se queria ver esclarecido: ainda que, entre eles, venha algum relevante, menor proveito vai proporcionar, com toda a certeza, dada a dispersão que sofrerá a atenção do juiz e a repercussão negativa que terá em sua receptividade mental a maçada da leitura de um chorrilho de peças inúteis. A observação aplica-se igualmente aos arrazoados pertinentes e impertinentes, invocando dezenas de disposições legais sem importância para a hipótese, citando extensas passagens doutrinárias e torrentes de decisões judiciais sobre todos os assuntos possíveis e imagináveis (incluído, ou não, o de que se trata). Particularmente perturbador é o vexo de multiplicar petições, juntando-as a breves intervalos, uma aqui, outra ali, acompanhadas ou não de documentos. A esse tipo de atuação não seria impróprio chamar “método do conta-gotas”; e, justiça se lhe faça, poucas coisas conseguem ser tão exasperantes, seja esse ou não o propósito deliberado daquele que o emprega. Só quem, por dever de ofício, lê autos judiciais sabe quão penosa – e às vezes quão ‘despistante’ – pode mostrar-se a leitura de volumes artificialmente engrossados e convertidos em labirintos pela anexação tumultuária de papelada supérflua. Outra atitude condenável é a adoção de tom dúbio, vago, reticente, no atendimento de algum pedido de informação do juiz. Nada mais desconcertante, em determinados casos, do que uma resposta que ladeia o assunto, que evita definir-se, que confunde em vez de esclarecer”.

³⁵³ ICOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância...*, p. 96: para a Advocacia Geral da União, a Lei Complementar n. 73, de 10.02.1993, e para a Defensoria Pública a Lei Complementar n. 80, de 12.01.1994. De maneira

(iii) *Dever de cooperação do juiz*

Diferentemente de alguns outros sistemas jurídicos – como o espanhol, por exemplo –, que impõem o dever de colaboração apenas para as partes e seus advogados³⁵⁴, no sistema jurídico brasileiro, não há como negar-se a vinculação do juiz ao dever de cooperação, conforme já se afirmou repetidas vezes.

O juiz deve respeitar o dever de lealdade processual, assim como qualquer outro figurante do processo), e, ao mesmo tempo, tem o dever de exigí-la, “dignificando a sua própria função, diante do exercício da tutela jurisdicional”³⁵⁵.

Em primeiro lugar, é bom ressaltar o importante papel que o juiz deve exercer na repressão à má-fé processual e às condutas abusivas, contrárias à boa-fé e ao dever de cooperação. Todavia, neste mister, deve agir com parcimônia, evitando exagero na repressão, a fim de não transformar o processo em instrumento de iniquidade, de surpresas e de maldade³⁵⁶. Neste sentido, adverte JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO que o papel do juiz deve ser não tolerar o abuso do direito, de modo a não permitir, “com ânimo forte e sem tibieza, que o processo se converta em oportunidade para prejudicar a outrem”, fazendo reparar os prejuízos injustamente causados, com equilíbrio e bom senso; mas, por outro lado e ao mesmo tempo, deve “precaver-se contra o excesso de autoridade, a mania de enxergar em tudo e em todos uma intenção de prejudicar, ou de mentir, o vêzo de encarar cada incidente ou o conjunto dos atos como demonstração de improbidade”³⁵⁷.

O Magistrado tem diversos deveres éticos *ex vi legis*, que impõem um comportamento idôneo, conforme preceitua a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14.03.1979, notadamente no rol de deveres previsto no art. 35, e

---

semelhante, o Ministério Público dos Estados é regido pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93), ao passo que, no âmbito Federal, vige a Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar n. 75, de 20.05.1993).

³⁵⁴ MONTERO AROCA nega a existência de um princípio de boa-fé processual no ordenamento espanhol, pois a *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000, em seu artigo 247, somente impõe o dever de boa-fé a algumas das pessoas que intervêm no processo (às partes e os profissionais que os defendem), pois se limita a prever um regime de sanções econômicas (as multas) e de responsabilidade disciplinar dos profissionais, deixando de afetar os juízes e magistrados (Sobre el mito..., p. 298). Analisando o direito positivo português, LEBRE DE FREITAS esclarece que, nada obstante a influência do direito alemão, o princípio da cooperação em sentido material parece implicar deveres das partes, ao passo que ao juiz, outorga poderes. (*Introdução...*, p. 166).

³⁵⁵ ICOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância...*, p. 70.

³⁵⁶ CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso...*, p. 213.

³⁵⁷ Idem, p. 213.

nas hipóteses de responsabilidade civil, previstas no art. 49, ambos da LOMAN, sendo este último corroborado pelo disposto no artigo 133, do CPC³⁵⁸.

O dever de o órgão judiciário colaborar para com as partes constitui, segundo TEIXEIRA DE SOUZA, um poder-dever ou um dever funcional, que se desdobra em quatro deveres essenciais: o dever de esclarecimento, o dever de prevenção, o dever de consulta e o dever de auxílio. Explicando-os, em suma:

[...] um é o dever de esclarecimento, isto é, o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo (cfr. artº 266º, nº 2), de molde a evitar que a sua decisão tenha por vase a falta de informação e não a verdade apurada; - um outro é o dever de prevenção, ou seja, o dever de suas alegações ou pedidos (cfr. artºs 508º, nº 1, al. b, 508º-A, nº 1, al. c, 690º, nº 4, e 701º, nº 1); - o tribunal tem também o dever de consultar as partes, sempre que pretenda conhecer de matéria de facto ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido a possibilidade de se pronunciarem (cfr. artº 3º, nº 3), porque, por exemplo, o tribunal enquadra juridicamente a situação de forma diferente daquela que é a perspectiva das partes ou porque esse órgão pretende conhecer officiosamente certo facto relevante para a decisão da causa; - finalmente, o tribunal tem o dever de auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ónus ou deveres processuais (cfr. artº 266º, nº 4)³⁵⁹.

Sobre o *dever de esclarecimento*, preleciona TEIXEIRA DE SOUZA que há dever recíproco de esclarecimento do tribunal perante as partes, e destas perante o tribunal, de modo que o juiz pode, em qualquer momento do processo, ouvir qualquer das partes, seus representantes ou mandatários, convidando-os a fornecer esclarecimentos sobre matéria de fato ou de direito, dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência; por outro lado, às pessoas às quais o juiz solicita o esclarecimento, são obrigadas a comparecer e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, salvo tiverem recusa justificada, devidamente prevista na lei (art. 519, n. 3, Código de Processo Civil português)³⁶⁰.

Conquanto não previsto com a mesma riqueza de detalhes, a essência do dever de esclarecimento está consubstanciada em nosso estatuto processual, precisamente no art. 339, do Código de Processo Civil, segundo o qual ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Por outro lado, é importante ressaltar que o dever de o órgão jurisdicional esclarecer os seus pronunciamentos para as partes, uma das facetas do dever de

³⁵⁸ ICOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância...*, p. 71-72.

³⁵⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos...*, p. 65.

³⁶⁰ Idem, p. 65-66.

esclarecimento, embora possa ser visto como uma concretização já positivada do princípio da cooperação, não necessita buscar fundamento neste, uma vez que o dever em apreço já está muito bem delimitado na regra constitucional de que todas as decisões emanadas do Poder Judiciário devem ser fundamentadas³⁶¹.

Enquanto o dever de esclarecimento é recíproco entre as partes e o tribunal, o *dever de prevenção*, por seu turno, é unilateral, pois é imposto ao julgador, com uma finalidade assistencial, sem que implique em qualquer dever recíproco das partes perante o tribunal; consiste no convite ao aperfeiçoamento das partes de seus articulados ou das conclusões de suas razões recursais, sempre que a peça padeça de irregularidades, insuficiências ou imprecisões na matéria de fato alegada³⁶².

Ora, tal dever também não é desconhecido do direito brasileiro. Como se sabe, o artigo 284 do Código de Processo Civil garante ao demandante o direito de emendar a petição inicial, se o órgão jurisdicional considerar que lhe falta algum requisito, inclusive no caso de inépcia (obscuridade ou falta de pedido, obscuridade na causa de pedir etc.), o que permite concluir que “não é permitido o indeferimento da petição inicial sem que se dê a oportunidade de correção do defeito”³⁶³.

No direito português, o dever de prevenção é visto de forma bastante abrangente, valendo genericamente para todas as situações em que o êxito da ação em favor de qualquer das partes possa ser frustrado em razão do uso inadequado do processo³⁶⁴.

O *dever de consulta* também tem caráter assistencial do tribunal perante as partes, que visa, em última análise, a evitar a chamada “decisão-surpresa”, isto é, aquela proferida sem a prévia discussão pelas partes; desta forma, o julgador, em qualquer fase do processo ou grau de jurisdição, não pode decidir uma questão de direito ou de fato, mesmo que seja passível de conhecimento de ofício, sem que as partes tenham tido a possibilidade de se pronunciarem sobre ela, salvo no caso de manifesta desnecessidade³⁶⁵. Tal debate será

³⁶¹ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos...*, p. 16.

³⁶² SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos...*, p. 66.

³⁶³ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos...*, p. 20.

³⁶⁴ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos...*, p. 66: “São quatro as áreas fundamentais em que a chamada de atenção decorrente do dever de prevenção se justifica: a explicitação de pedidos pouco claros, o carácter lacunar da exposição dos factos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa actuação. Assim, por exemplo, o tribunal tem o dever de sugerir a especificação de um pedido indeterminado, de solicitar a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado, de referir as lacunas na descrição de um facto, de se esclarecer sobre se a parte desistiu do depoimento de uma testemunha indicada ou se apenas se esqueceu dela e de convidar a parte a provocar a intervenção de um terceiro (cfr. artº 265º, nº 2)”.

³⁶⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos...*, p. 66-67.

retomado oportunamente³⁶⁶.

Finalmente, o tribunal tem o *dever de auxílio* perante as partes, o que implica dizer que o julgador deve ajuda-las a superar eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades, ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais: sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o exercício de uma faculdade ou o cumprimento de um ônus ou dever processual, o juiz deve, sempre que possível, providenciar a remoção deste óbice³⁶⁷.

Os limites do dever judicial são controvertidos na doutrina estrangeira, “mas afirma-se que o juiz não pode assumir o papel de consultor jurídico duma das partes (não lhe é lícito, por exemplo, aconselhar a dedução da exceção de prescrição)”³⁶⁸. Ao que parece, diante desta ponderação, o dever judicial estaria adstrito ao interesse comum, de modo que ao magistrado seria vedado auxiliar de maneira a beneficiar apenas uma das partes envolvidas no litígio, o que seria uma quebra de sua imparcialidade.

Em nosso ordenamento, contudo, não faz sentido a vedação trazida a título de exemplo, uma vez que a prescrição deve ser conhecida de ofício³⁶⁹, o que não invalida a premissa estabelecida (em resguardo à imparcialidade do julgador), sobretudo diante de partes que estejam em situação de isonomia – podemos pensar na agudização de um dever do juiz para com uma parte em situação de desvantagem, a ser verificada concretamente.

Diante de tantos deveres ao juiz, quais seriam as consequências do descumprimento?

De acordo com os ensinamentos de TEIXEIRA DE SOUZA, se o dever for estabelecido por uma previsão ‘fechada’ (a situação em que ele tem de ser observado não deixar ao tribunal qualquer margem de apreciação), a sua omissão constitui uma nulidade processual, se, como em regra sucederá, essa irregularidade puder influir no exame ou decisão da causa; por outro lado, se o dever resultar de uma previsão ‘aberta’, a determinação da situação que o impõe deve ser apreciada discricionariamente pelo tribunal, do que resulta que a sua omissão não produz qualquer nulidade processual. O autor ainda adverte que esta ponderação discricionária não é sinônima de arbítrio: “o tribunal, se entender que necessita de ser esclarecido ou que deve prevenir ou consultar as partes, não tem qualquer opção

---

³⁶⁶ Vide Capítulo IV, n. 5, 6 e 7.

³⁶⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos...*, p. 67.

³⁶⁸ FREITAS, José Lebre de. *Introdução...*, p. 166.

³⁶⁹ Vide Capítulo IV, n. 8.

entre exercer ou não o dever”³⁷⁰.

A título de exemplo, HUMBERTO THEODORO JR. assevera que o magistrado pode cometer abuso processual ao deferir ou indeferir questões incidentes sem fundamentação, ou quando, por dolo ou fraude, prejudica a parte, omitindo, retardando ou decidindo de forma ilegal; outro exemplo de abuso judicial encontra-se na resistência infundada à exceção de impedimento ou suspeição, que pode gerar ao juiz a responsabilidade pelas custas do incidente (art. 314)³⁷¹.

Um último aspecto, que refoge aos deveres tradicionalmente reconhecidos na doutrina, mas que pode ser visto sob o prisma da lealdade, da cooperação e da boa-fé processual, diz respeito à proteção da confiança legítima nos atos judiciais.

Embora no Brasil ainda seja incipiente o tratamento da doutrina e da jurisprudência para “as enormes potencialidades da aplicação da boa-fé objetiva no direito processual”, não se pode desprezar que a vedação da conduta contraditória (*venire contra factum proprium non potest*) pode se dar no cenário do processo³⁷². É possível que a parte tenha criado a expectativa legítima a partir de um comportamento do Poder Judiciário e, desta feita, tenha direito à proteção da confiança legítima, não podendo ser frustrada por ulterior conduta contraditória àquela que gerou a expectativa merecedora de tutela³⁷³⁻³⁷⁴.

Advirta-se, por oportuno, que somente a expectativa legítima é agasalhada pelo princípio em tese, razão pela qual a conduta deve ser analisada no âmbito em que foi praticada. É dizer, diversos institutos processuais, por sua própria natureza, permitem uma conduta contraditória, sem que se vislumbre violação à confiança legítima (justamente porque não é possível criar uma expectativa protegida pelo direito, diante da legitimidade da possibilidade de mudança de cenário).

Como se vê, embora se encontrem peculiaridades em relação a cada um dos sujeitos

³⁷⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos...*, p. 68.

³⁷¹ THEODORO JR., Humberto. *Abuso...*, p. 119.

³⁷² É o que ensina ANDERSON SCHREIBER (*A proibição...*, p. 228).

³⁷³ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009, p. 173-175. Sobre as “guinadas jurisprudenciais”, vide também: FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2ª ed. Barueri: Manole, 2009. BARROSO, Luís Roberto. *Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais*. In: *Revista de direito do Estado*, n. 2, abr./jun. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³⁷⁴ Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu recentemente que, ao homologar a convenção pela suspensão do processo, o Poder Judiciário criou expectativa legítima dos jurisdicionais que o processo só voltaria a tramitar após o prazo convencionado, razão pela qual a publicação realizada no curso da suspensão não tem o azo de dar início ao prazo recursal (STJ, 2ª T., REsp 1.306.463/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 4.9.2012).

do processo, nenhum deles se furta ao dever de colaboração. A constatação que se faz, nesta altura, é que a aplicação diverge em relação aos sujeitos, em razão da própria diversidade de seus papéis e funções. É dizer, conquanto haja identidade ontológica e teleológica, a cooperação adquire roupagem diversa perante os diferentes atores do processo civil. Do *dever* de cooperação, decorrem inúmeros *ônus* e *deveres*, os quais variam em conformidade com o papel desempenhado pelo sujeito processual.

Frise-se que o dever de cooperação que se impõe a todos os sujeitos do processo é uno, mas dele decorrem aplicações diferentes em relação aos diferentes protagonistas do processo, justamente em razão das diferenças existentes entre as funções destes sujeitos no processo. Não há dicotomia na cooperação: as aplicações e desdobramentos divergem na medida em que divergentes são suas funções dos sujeitos na relação jurídico-processual.

7. Advertências quanto à “superutilização” dos institutos, e mecanismos de controle de aplicação.

Por fim, cabem duas advertências que devem ser observadas para o correto dimensionamento do tema e de sua aplicação.

A primeira, que não se devem enxergar os princípios da boa-fé, da cooperação e da lealdade processual como panaceia, sem observância dos critérios que os delimitam, sob pena de serem confundidos com meros apelos à moralidade, e não como instrumentos técnicos que são, possibilitando que sejam manejados como instrumentos autoritários – não é o que se deseja³⁷⁵. Os institutos devem ser bem compreendidos por seus aplicadores, para que não se solape a segurança jurídica. Por isso, desnecessário recorrer à boa-fé e à lealdade para a aplicação de normas positivadas.

---

³⁷⁵ Sobre a “supertutilização” da boa-fé objetiva, ANDERSON SCHREIBER adverte que o termo: “propõe-se designar um processo de invocação arbitrária da boa-fé como justificativa ética de uma série de decisões judiciais e arbitrais, que nada dizem tecnicamente com seu conteúdo e funções. [...] A boa-fé objetiva aparece hoje, não obstante os propósitos meritórios de sua aplicação, como fundamento de soluções a que se chegaria, de forma mais eficaz e mais adequada à luz do próprio sistema jurídico, pela aplicação direta de princípios constitucionais, ou até de regras específicas do direito privado. [...]. Outras vezes, invoca-se a boa-fé como sinônimo de equidade, o que é impróprio já que a boa-fé ocupa um *locus* particular dentro do direito positivo. Pior: a intensa força retórica da expressão tem habituado magistrados a simplesmente mencionar a boa-fé na fundamentação de suas decisões sem qualquer espécie de consideração adicional. O resultado é o alargamento do conceito a tal ponto que a sua função passa a se confundir com a do inteiro ordenamento jurídico. Em outras palavras, invocada como receptáculo de todas as esperanças, a boa-fé acaba por correr o risco de se converter em um conceito vazio, inútil mesmo na consecução daqueles fins que tecnicamente lhe são próprios” (*A proibição...*, p. 116).

Em segundo lugar, também não se busca defender que tais princípios seriam os mais importantes do direito processual, pairando sobre todos os demais (que sucumbiram à vista de suas magnitudes), sendo possível que a prática processual traga situações em que eles devem ceder para outros princípios processuais, como o da imparcialidade do juiz e da duração razoável do processo, à luz da ponderação realizada com os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, conforme as particularidades do caso em análise³⁷⁶.

Por ser uma cláusula geral³⁷⁷, sua aplicação ao caso não se dá pelo método da subsunção, mas pela concretização e, dado o aumento do poder criativo do magistrado, natural a preocupação com a insegurança jurídica que pode causar. Desta forma, uma das sugestões que se faz para dar melhor compreensão e aplicação ao dever de cooperação é a criação de “grupo de casos” (*Fallgruppenmethode*), desenvolvido pelos juristas germânicos, aplicado na arrumação das hipótese de aplicação do princípio da boa-fé processual, o que reforça a importância e a função dos precedentes judiciais³⁷⁸.

Incumbe à jurisprudência dar contornos mais precisos e seguros para os institutos, a fim de evitar o indesejável decisionismo.

---

³⁷⁶ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos...*, p. 56.

³⁷⁷ Cfr. Capítulo I, n. 3.

³⁷⁸ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos...*, p. 60-61.

CAPÍTULO IV

APLICAÇÕES DO DEVER DE COOPERAÇÃO, DE LEALDADE E DA BOA-FÉ PROCESSUAL

1. Abuso do direito de ação

Inicialmente, é salutar esclarecer que a expressão “abuso do direito de ação”, por vezes é empregado em sentido amplo, como sinônimo de “abuso do processo”, a abranger todas as hipóteses de abusos processuais, tais quais o abuso de defesa, de recursos etc.³⁷⁹. Sobre o abuso do processo em sentido amplo, já foram lançadas as bases e premissas teóricas sobre o tema, que serão constantemente revisitados no decorrer das próximas reflexões, com vistas às suas aplicações pragmáticas. Este tópico, contudo, se destina a verificar o abuso do direito de ação em sentido estrito, compreendido como abuso do direito de provocar inicialmente a jurisdição ou, como prefere HUMBERTO THEODORO JR., “abuso do direito de invocar a proteção judicial”³⁸⁰.

Como se sabe, o art. 17, do Código de Processo Civil, reputa litigante de má-fé aquele que deduz pretensão contra texto expresso de lei ou fato incontroverso ou usa do processo para conseguir objetivo ilegal, e, pelo teor do art. 18 do mesmo estatuto, o litigante de má-fé será apenado com multa de até um por cento sobre o valor da causa, sem prejuízo da indenizar da parte contrária quanto aos prejuízos que esta sofreu, além dos honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

Tais previsões, como é cediço, não são inconstitucionais, nem constituem afronta à garantia do acesso à Justiça, pois, o direito de ação é relativo (como todos os demais

---

³⁷⁹ Neste sentido, FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ (*Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1973, p. 268-274). Ora, como se sabe, atualmente o direito de ação não se esgota com a o ato de iniciativa processual, “mas se desdobra em um feixe de posições jurídicas exercitáveis ao longo de todo o processo com o objetivo de obter a tutela jurisdicional plena” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*: estudo sobre a posição do réu. São Paulo: Atlas, 2011, p. 298). Sem ignorar tal aspecto (que será levado em consideração no desenvolvimento da dissertação), neste momento do trabalho, nos ateremos à análise do ato de iniciativa processual (demanda inicial).

³⁸⁰ Abuso..., p. 113. Esta locução, contudo, não serve para divisar a atividade de autor e réu, uma vez que ambos podem invocar guarida judicial. Da mesma maneira, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA emprega a expressão “abuso do direito de demandar” para abranger não só a atividade abusiva do autor ao propor a ação, mas também o réu em defender-se (Abuso do direito de demandar. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais*: processo civil. v. VIII. São Paulo: RT, 2011, p. 501-512).

também o são), de modo que se sujeita à observância de requisitos e pressupostos legais³⁸¹. Em assim sendo, se a ninguém se recusa o direito de acesso ao Judiciário, aquele que se beneficia deste direito “deve fazê-lo regularmente, em busca da solução do litígio, e não com propósito apenas de lesar outrem, ou de fraudar a lei”³⁸². Diante de situações de abuso do direito de ação, há aparência de exercício legítimo de um direito, mas, no fundo, a intenção é de lesar terceiro, deturpando o exercício do direito: “ninguém o faz de modo visível, concreto, com desfaçatez, mas, sim, agindo sorrateiramente, mascarando o ânimo de prejudicar com toda a crosta de legalidade”³⁸³.

É dizer: o direito de acesso à Justiça é assegurado a todos, mas a ninguém é dado abusar deste direito, para fim de lesar outrem ou buscar finalidade vedada pelo ordenamento jurídico.

Uma das formas abusivas previstas pelo legislador é a lide simulada. A simulação do litígio é a situação em que ocorre a ficção de um litígio inexistente, para obter sentença que, embora aparentemente proteja direitos ou interesses legalmente protegidos, na realidade vem a proporcionar a obtenção de um resultado proibido por lei ou a enganar terceiros sobre as situações jurídicas das partes – situação que não pode ser tolerada, motivo pelo qual se faz necessária a existência de “dispositivo legal que veda o desvio da função processual por via de simulação ou fraude”³⁸⁴.

Sem prejuízo das sanções já mencionadas para o litigante de má-fé, diante de uma lide simulada, o legislador estatuiu como dever do magistrado, diante desta situação, proferir sentença que obste os objetivos das partes (art. 129, do Código de Processo Civil). Ora, evidente que tal dispositivo tem por escopo neutralizar os benefícios que os abusadores visassem com a lide fraudulenta, o que pode ser mais efetivo no combate ao abuso, do que a (muitas vezes irrisória) sanção pecuniária imposta ao *improbis litigator*.

Ademais, a simulação de litígio se reveste de tamanha perniciosidade que pode ser combatida mesmo depois de consumada e obtida coisa julgada, uma vez que se autoriza ao Ministério Público a propositura de ação rescisória se a colusão entre as partes tiver

---

³⁸¹ MENEZES CORDEIRO, em obra recente, assevera que a ideia do tudo-permitido está ancorada no espírito de muitos, corporificada na visão da exacerbação do direito de ação como legitimador de tudo: “Estamos, neste ponto, de regresso ao *dominium*: um direito com foros de soberania, *usque ad coelos et usque ad inferos*. Mal parece insistir: não há direitos sem limites. Apenas por ignorância se pode vir pretender o contrário, designadamente quando o direito de ação esteja em jogo” (*Litigância...*, p. 31).

³⁸² THEODORO JR., Humberto. *Abuso...*, p. 113.

³⁸³ LIMA, Alcides de Mendonça. *Abuso...*, p. 503.

³⁸⁴ FREITAS, José Lebre de. *Introdução...*, p. 42.

provocado fraude à lei (arts. 485, III, e 487, III, b, do Código de Processo Civil).

Mas o abuso do direito de ação não se limita à lide simulada. Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é possível coletar precedente que considerou litigante de má-fé aquele que teve a sua pretensão repelida no tribunal local, e encontrando-se a causa principal sujeita ao controle jurisdicional da Corte *ad quem*, intentou novas ações, mudando a autoridade e a via processual, o que levou a Corte a impor a condenação a reparar os danos sofridos pela parte contrária, além de honorários advocatícios³⁸⁵.

Nesta seara, via de regra, o abuso do direito de se provocar a jurisdição está relacionado à litigância de má-fé, na medida em que será abusivo o exercício do direito de ação ao deduzir pretensão contra texto expresso de lei ou fato incontroverso ou mesmo proceder de modo temerário, condutas descritas no rol do artigo 17, do Código de Processo Civil. Como se verá oportunamente, o pressuposto para a aplicação das sanções para tais abusos é a comprovação do elemento subjetivo³⁸⁶. E, mesmo diante de casos em que o elemento subjetivo possa ser irrelevante, é evidente que não basta o insucesso na demanda para considerar abusivo o exercício do direito de ação³⁸⁷.

Conquanto reconheça o papel da litigância de má-fé, MENEZES CORDEIRO considera um grave erro jurídico-científico e uma opção política equivocada a pretensão de limitar as exações processuais à censura da litigância de má-fé³⁸⁸. Assim, o mestre português, nesta recente publicação, sustenta três teses:

1ª. A litigância de má-fé surge como instituto tipicamente processual e que permite, no momento, velar por alguns valores do processo; por si, não é capaz de ressarcir os prejudicados por danos ilícitos causados pelo exercício do direito de ação.

2ª. O abuso do direito de ação obedece aos ditames gerais dos exercícios inadmissíveis, subordinando-se ao competente regime: não é absorvido ou afastado pela litigância de má-fé e permite, nos termos gerais, fixar os limites internos do direito de ação.

3ª. A responsabilidade civil por incumprimentos ou por factos ilícitos, perpetrados pelo exercício do direito de ação ou a coberto desse direito, segue as competentes regras e tem fins preventivos e reparadores gerais; tão-pouco é absorvido ou afastado pela litigância de má-fé e demarca, também nos termos gerais, os limites externos do direito de ação³⁸⁹.

³⁸⁵ STJ – 1ª T. – EDROMS – Rel. Min. José de Jesus Filho. DJU 17.06.1996, p. 21.447.

³⁸⁶ Vide Capítulo IV, n. 4.

³⁸⁷ THEODORO JR., Humberto. Abuso..., p. 113.

³⁸⁸ E arremata MENEZES CORDEIRO: “apenas uma profunda ignorância da ciência do direito subjetivo e um desconhecimento dos institutos em presença conduzem a tal resultado” (*Litigância...*, p. 32).

³⁸⁹ Idem. CORDEIRO ainda faz distinção entre abuso do direito de ação e litigância de má-fé, em termos processuais (quanto à possibilidade de conhecimento do abuso em ação autônoma) e materiais, asseverando a amplitude do abuso de defesa, a abarcar qualquer violação à boa-fé (dolosa, negligente ou, até, puramente

Evidente a insuficiência das sanções à litigância de má-fé, razão pela qual todas as construções estabelecidas nos tópicos e capítulos precedentes são aplicáveis ao direito de ação, limitando o seu exercício em desconformidade com o padrão imposto pela boa-fé.

Por fim, mister se faz salientar que a repressão ao abuso, especialmente nesta seara, deve ser feita a um só tempo com veemência – dadas as consequências malévolas que tal abuso pode causar à parte contrária, a terceiros, ao Poder Judiciário e, portanto, à coletividade³⁹⁰ – mas também com prudência, pois não se pode coibir o exercício legítimo do direito de ação, dada a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

2. Abuso do direito de defesa

Conquanto seja a inquestionável importância e dignidade constitucional do direito de defesa, tal qual o direito de ação, não pode ser compreendido como uma garantia ilimitada, pois tal “não pode equiparar-se ao direito de agir leviana e maldosamente, resistindo à pretensão do autor de maneira apenas a tumultuar e procrastinar o andamento do processo”³⁹¹.

A garantia da defesa deve ser entendida, como garantia de uma ‘justa’ defesa, e de uma defesa desenvolvida em consonância com a utilização correta da potencialidade do processo, sem que venha a se desviar da sua finalidade, em prejuízo da própria eficiência da administração da justiça³⁹².

Por outro lado, também não se pode olvidar que o polo ocupado por cada uma das partes é elemento meramente circunstancial, de modo que aquele que é demandado poderia ter sido autor da demanda (ainda que de ação declaratória negativa) acaso antes tivesse tido a iniciativa de propor a ação. É dizer: “o autor só é autor porque correu antes ao Poder

---

objetiva) e a considerar todos os danos (e, mesmo que não dê ensejo a responsabilidade civil), faz nascer a obrigação de cessar o abuso (*Litigância...*, p. 132).

³⁹⁰ De acordo com ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, o abuso do direito de ação: “é o máximo da malícia que pode ser tentado perante os órgãos judiciários. É o meio de, seja qual for o ato (ou atos) de improbidade, alguém tentar conseguir um fim ilícito, com o beneplácito da justiça. É um verdadeiro 'pecado original'. Não é mera contingência surgida no curso do processo. A ideia já nasce com o próprio exercício do direito, ainda que possa apresentar-se com outros matizes ao longo do processo. Em última análise, é falsear a verdade, para triunfar, procurando iludir, enganar, fraudar o adversário e os juízes, para conquistar um pseudo direito e uma irreal injustiça, sob o manto do comportamento regular e, até, ético” (*Abuso...*, p. 510).

³⁹¹ THEODORO JR., Humberto. *Abuso...*, p. 114. Acrescenta o autor: “não é no direito de defender-se que se localiza o abuso, mas no seu exercício de forma completamente incompatível com o princípio de probidade processual” (idem).

³⁹² FALCO, Gianluca. *La buona fede...*, p. 502-503.

Judiciário. E o réu não pode ser tratado como delinquente, apenas por ser réu”³⁹³.

O Código de Processo Civil de 1939, no art. 3º, parágrafo único, dispunha que o litigante respondia por perdas e danos, em havendo abuso do direito de demandar, verificável “no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo”, de modo que o dispositivo era omissivo em relação à parte ocupante do polo ativo do processo, ignorando da prática abusiva pela autoria, falha que não mais se observa na legislação atual³⁹⁴.

Diante dos imperativos constitucionais (do contraditório, da ampla defesa e da isonomia – refletida no processo pela paridade de armas), não se vislumbra qualquer abuso na regular conduta defensiva do réu – que é não somente legítima, como garantida constitucionalmente –, mas somente diante de “desvio acintoso do exercício de defesa para transformá-lo, intencionalmente, ou, pelo menos, com culpa grave, em injusta resistência ao normal andamento do feito e ao regular julgamento da lide”³⁹⁵.

Assim, ao abusar do direito de defesa, o réu pode incidir em alguma das condutas arroladas como ensejadoras da litigância de má-fé (se, *verbi gratia*, opuser resistência injustificada ao andamento do processo, proceder de modo temerário ou provocar incidentes manifestamente infundados). Mas o abuso do direito de defesa não se exaure neste rol previsto no artigo 17, do Código de Processo Civil.

Ademais, o dever de cooperação processual ganha um novo colorido a partir da consagração da duração razoável do processo³⁹⁶, na medida em que impõe a todos os sujeitos processuais um dever de colaboração leal e responsável em relação ao tempo

³⁹³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito...*, 305. Em sua tese, HEITOR SICA sustenta a relativização entre os meios de mera defesa e de contra-ataque do réu, partindo da leitura constitucional (e considerando que o direito e ação e de defesa foram erigidos a tal *status*) do processo civil, para o fim de compreender que o réu também é destinatário da tutela jurisdicional, e, como sujeito do contraditório – e em homenagem ao princípio da paridade de armas –, também pode apresentar demanda (Idem, *passim*), o que permite concluir a existência de profundas semelhanças entre o abuso do direito de ação e do direito de defesa.

³⁹⁴ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Resistência..., p. 1148.

³⁹⁵ THEODORO JR., Humberto. Abuso..., p. 118-119.

³⁹⁶ Embora tenha sido erigido a princípio constitucional expresso com a Emenda n. 45/04, que acrescentou o inciso LXXVIII ao rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, muitos já sustentavam a sua existência com fundamento no princípio do devido processo legal e no Pacto de San José da Costa Rica (incorporado ao ordenamento jurídico interno pelo Decreto n. 687, de 06.11.1992). Vide: CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no projeto do código de processo civil. In: Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. v. I. São Paulo: RT, 2011, p. 419-434, p. 420-423. Para um aprofundamento das repercussões do tempo no processo, vide: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual civil e penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

processual³⁹⁷. Não se deve tolerar o abuso do direito de defesa ou o intuito protelatório, que venham a malferir a garantia em tela³⁹⁸.

Como se sabe, o artigo 273, do CPC, estabelece as hipóteses em que será concedida a tutela antecipada, isto é, quando o juiz antecipa os efeitos da tutela jurisdicional que somente seria obtida ao final do processo, com a sentença de mérito. O inciso II deste dispositivo permite a antecipação da tutela quando ficar caracterizado o “abuso de direito de defesa” ou o “manifesto propósito protelatório do réu”. Têm-se que, diante do conflito entre a tempestividade e a segurança, a tutela antecipada se afigura possível quando a defesa deixar entrever a grande probabilidade de o autor resultar vitorioso e, conseqüentemente, se torna injusta a espera para a realização do direito³⁹⁹.

Semelhante abuso do direito de defesa ocorre no âmbito da execução⁴⁰⁰, pois também nesta sede vige o princípio segundo o qual o devedor não pode escusar-se de cumprir a parte incontroversa da obrigação, conduta que redundaria em exercício abusivo da defesa⁴⁰¹.

Como se vê, o abuso do direito de defesa, não se restringe à possibilidade de reparação dos danos que venham a ser causados para a outra parte: concede ao julgador a possibilidade inversão do ônus do tempo do processo, permitindo que ele antecipe o provimento jurisdicional que seria obtida ao final do processo, desde que exista verossimilhança da alegação, prescindindo da comprovação de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Não se trata, pois, de tutela de urgência, constituindo importante instrumento de coibição de abusos processuais.

Ao lado da tutela antecipada, outra arma que pode ser empregada para coibir defesas abusivas, é o julgamento antecipado: ao considerar abusiva a defesa, o magistrado pode indeferir provas eventualmente requeridas (nos termos do artigo 130, do Código de Processo Civil), e julgar antecipadamente a lide, conforme artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, de modo que o abuso do direito de defesa “pode gerar, portanto, não

³⁹⁷ FALCO, Gianluca. *La buona...*, p. 502.

³⁹⁸ E, desta maneira, ofender o direito de acesso à justiça, pois, conforme lição de MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH: “a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um ‘prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível” (*Acesso...*, p. 20-21).

³⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: RT, 2007, p. 44-45. O autor ressalta a antecipação da tutela com este fundamento depende da evidência do direito do autor e a fragilidade da defesa do réu (*Idem*).

⁴⁰⁰ Vide Capítulo IV, n. 10.

⁴⁰¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. v. 3. São Paulo: RT, 2007, p. 204.

apenas a antecipação dos efeitos da sentença, mas o julgamento antecipado”⁴⁰².

Age de forma abusiva não somente aquele imbuído de propósito protelatório, mas também aquele que tem uma conduta destinada a obstar a parte adversária obtenha acesso a informações relevantes, que apresentar defesa pífia ou insuficiente, defende tese jurídica esdrúxula (o que não se confunde com a defesa de tese minoritária), faz alegações contra fato incontroverso ou documento juntado aos autos, tenta invalidar a prova que produziu (*venire contra factum proprium*), interpõe recurso impróprio (erro grosseiro), atua (mesmo que extraprocessualmente) para evitar ou retardar a citação e intimações posteriores⁴⁰³.

Importante destacar, outrossim, que ainda que não haja má-fé da parte, mas simples despreparo de seu advogado, deve ser concedida a antecipação da tutela, uma vez que tal ato abusivo, ainda que destituído de intenção de prejudicar a parte contrária, pode causar-lhe prejuízo⁴⁰⁴.

Os exemplos concretos seriam infindáveis. Contudo, diante da necessidade de análise casuística, impossível o qualquer rol exaustivo. Apenas para se vislumbrar uma derradeira aplicação da boa-fé processual no exercício do direito de defesa, traz-se à colação precedente coletado por MENEZES CORDEIRO na jurisprudência alemã do *BGH* (20-Mai.-1968), que reconheceu o exercício abusivo da posição processual do réu que invocara a incompetência do tribunal arbitral e, diante do foro comum, deduziu exceção da cláusula de arbitragem⁴⁰⁵. Por configurar *venire* processual, em afronta à boa-fé, a exceção não pode ser acolhida.

Como se vê, o exercício do direito de defesa não pode ser exercido abusivamente, e encontra limites na boa-fé processual, com todas as figuras daí provenientes.

3. Dever de veracidade

A “verdade” é um tema polêmico no processo civil. Michelle Taruffo analisou os

⁴⁰² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 357.

⁴⁰³ AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. Abuso do direito de defesa, tutela antecipada e o sistema recursal. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação das decisões judiciais*. v. 4. p. 1.006-1.040, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1030).

⁴⁰⁴ Idem.

⁴⁰⁵ *Litigância...*, p. 129.

fundamentos teóricos, ideológicos e práticos que negam ou que sustentam a irrelevância da verdade no processo civil, apresentando o conceito de “verdade possível”⁴⁰⁶.

Contudo, de maneira proposital – com o escopo de não enveredar por campos estranhos ao propósito do presente trabalho –, passa-se ao largo das discussões filosóficas a respeito do conceito, da existência e da possibilidade de se alcançar a “verdade”⁴⁰⁷, em prol de uma abordagem estritamente técnico-jurídica a respeito do dever de veracidade no processo civil brasileiro, dada a correlação que se faz deste dever com o de lealdade e de boa-fé⁴⁰⁸, ou, ainda, com o princípio da probidade⁴⁰⁹.

ALFREDO BUZAID, referência obrigatória na doutrina nacional sobre o estudo do dever de veracidade, assevera que o dever de dizer a verdade e de não mentir remonta aos primórdios da civilização, fundamentando a sua afirmativa com passagens bíblicas do Velho Testamento⁴¹⁰, além destacar o tema na produção de grandes pensadores, como Cícero, Santo Agostinho e São Tomaz de Aquino⁴¹¹. Com origem religiosa, o dever de veracidade passou ao âmbito da moral e, finalmente, ao Direito⁴¹².

O estudo histórico do Direito também revela a preocupação constante com o dever de veracidade.

No Direito Romano, no período da *legis actiones*, existia a segurança do *sacramentum* que, no caso de sucumbência, perdia-se em benefício do Estado – bastava a

⁴⁰⁶ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 21-79.

⁴⁰⁷ Tal qual adverte ADA PELLEGRINI GRINOVER, o objetivo é que se busque a verdade processual, e não ontológica, ou seja: “como algo que se aproxime ao máximo da certeza, adquirindo um alto grau de probabilidade” (Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. v. I. São Paulo: RT, 2011, p. 963-990, p. 963). Ora, a não adoção do princípio inquisitivo em sua integralidade, deixa a verdade processual longe da verdade real (CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Dever de esclarecimento...*, p. 98).

⁴⁰⁸ BUZAID sustenta que o dever de veracidade está em conexão com todos os demais deveres das partes e dos seus procuradores (Processo e verdade no direito brasileiro. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 47, p. 92-99, jul.-set. 1987, p. 96); CRESCI SOBRINHO, por seu turno, reconhece que o dever de veracidade como um aspecto da cláusula geral de boa-fé, mas afirma a sua autonomia (*O dever de veracidade...*, p. 115).

⁴⁰⁹ “Estas regras de sentido ético formam o ‘princípio da probidade’, como insito ao próprio desenrolar da atividade jurisdicional na sua variada gama de atos. Normalmente, esse ‘princípio’ é invocado para a atuação das partes, segundo a exigência do chamado ‘dever da lealdade’, que mais se evidencia no ‘dever da verdade’, sendo esse variante ou modalidade daquele, que tem acepção ampla” (LIMA, Alcides de Mendonça. O princípio da probidade no Código de Processo Civil brasileiro. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. v. VIII. São Paulo: RT, 2011, p. 25-61, p. 31).

⁴¹⁰ Buzaid cita as seguintes passagens das Escrituras: Êxodo, XX, 16; XXIII, 7; Levítico, XIX, 11; Salmos, V, 7; Provérbios, XII, 22, Eclesiástico, XX, 26 (BUZAID, Alfredo. *Processo...*, p. 92).

⁴¹¹ Idem, p. 92-93.

⁴¹² ABDO, Helena Najjar. *O abuso...*, p. 135

sucumbência, sendo irrelevante a indagação da temeridade da ação ou da resistência⁴¹³. Com inspiração no modelo do *sacramentum*, também surgiram as *sponsiones*, que era o juramento das partes de pagar o montante de um terço do valor da ação para o caso de sucumbência⁴¹⁴. Semelhantemente, o direito romano conheceu o juramento de calúnia (*iudicium calumniae*), com pena processual no montante de um décimo do valor da ação ou da condenação⁴¹⁵.

O direito germânico conheceu institutos semelhantes, tais como o juramento de asto, no processo longobardo posterior, e o renascimento do juramento de calúnia justinianeu⁴¹⁶. No direito ibérico, diversos foros peninsulares previam a “manquadra”, espécie de juramento prévio, contendo a afirmação de que não se litiga caluniosamente ou por espírito de “chicana”⁴¹⁷.

No direito intermédio, se conheceram várias espécies de juramento, com destaque de BUZAID ao juramento *de veritae dicenda*, que não se confundia com o juramento *veritatis*, que é “verdadeiro juramento decisório”⁴¹⁸.

O direito lusitano também adotou o juramento de calúnia, oriundo do Direito anterior, desde os primeiros documentos legislativos da Monarquia⁴¹⁹.

As Ordenações do Reino, desde as Afonsinas de 1446, assentavam que em qualquer feito, logo que a lide fosse contestada, o juiz, de ofício, daria juramento de calúnia, assim ao autor como ao réu: “o autor jurará que não move a demanda com intenção maliciosa e o réu que não alegará no processo coisa alguma por malícia ou engano, mas que verdadeiramente se defenderá segundo a sua consciência”⁴²⁰.

A exigência da veracidade foi disciplinada nas Ordenações Manuelinas (Título XXIX, Livro 3º) e Filipinas (Título XLVIII do Livro 3º)⁴²¹, sendo este último, como se

⁴¹³ CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Dever de veracidade...*, p. 09-10. BUZAID, com fundamento no disposto nas Institutas de Gaio 4.13, afirma que o litigante vencido perdia o *sacramentum*, não em favor do Estado, mas ao vencedor (Processo..., p. 93).

⁴¹⁴ CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Dever de veracidade...*, Idem, p. 10-11.

⁴¹⁵ Idem, p. 11-12. Acrescenta CRESCI SOBRINHO que: “O juramento de calúnia pretendia proteger a modificação da propositura inicial da ação, evitar a defesa mentirosa, as réplicas com intuito meramente dilatório, a designação de meios inúteis [...]” (*Dever de veracidade...*, p. 15).

⁴¹⁶ Idem, p. 20-41.

⁴¹⁷ Idem, p. 42. Preleciona o autor que a manquadra, prevista nos foros, nada obstante as divergências dos estudiosos quanto à sua origem, foi a contribuição prestada pelo direito peninsular na prevenção à mentira processual (idem, p. 49).

⁴¹⁸ Processo..., p. 94.

⁴¹⁹ Idem, p. 94.

⁴²⁰ CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Dever de veracidade...*, p. 754.

⁴²¹ Idem, p. 47.

sabe, aplicado no Brasil até a promulgação do Regulamento n. 737, de 19 de novembro de 1890. A Consolidação Ribas, no Comentário CCLXXXVIII, n. 48, previa o juramento de calúnia ao autor e réu, ao passo que o Regulamento n. 737, acompanhado por diversos Códigos Estaduais, apresentou medidas de combate à mentira processual, tal qual imposição de sanções para proteladores e infratores da verdade⁴²².

Em nosso ordenamento jurídico atual, as partes têm o dever de expor os fatos em juízo conforme a verdade (inc. I), proceder com lealdade e boa-fé (inc. II) e não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento (inc. III), conforme dispõe o artigo 14, do Código de Processo Civil. Ademais, o artigo 18 do mesmo *codex* impõe a pecha de litigante de má-fé aquele que: deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (inc. I); alterar a verdade dos fatos; usar do processo para conseguir objetivo ilegal (inc. II); opuser resistência injustificada ao andamento do processo (inc. III); proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo (inc. IV); provocar incidentes manifestamente infundados ou interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório (inc. V).

Ora, tais dispositivos salientam o dever de veracidade. De acordo com BUZAID, se trata de um dever das partes entre si e das partes relativamente ao juiz, que deve ser complementado com o dever de amplitude: “as partes, na descrição do fato que constitui fundamento da ação, da exceção ou da impugnação à exceção, devem proceder honestamente, não apresentando os fatos que lhes são favoráveis e calando-se sobre os demais”⁴²³. O autor ainda explica que alterar a verdade dos fatos, se revela por: “[...] modificá-las, adulterá-las, deturpá-los, afirmando existentes os que não o são e afirmando como inexistentes os que o são. Em resumo, a alteração consiste na inadequação entre a afirmação e a realidade”⁴²⁴.

Conquanto não seja novo, como demonstrado, o tema ainda suscita divergências.

CALAMANDREI sustenta que a parte não tem o dever jurídico de dizer a verdade em seu próprio prejuízo, tampouco de confessar ou tomar qualquer atitude perante o juiz que pareça inspirado à colaboração e a submissão⁴²⁵.

FRANCO CIPRIANI critica o dever de veracidade, que alega ter surgido para alguns

---

⁴²² Idem, p. 50-52.

⁴²³ BUZAID, Alfredo. Processo..., p. 96.

⁴²⁴ Idem, p. 99.

⁴²⁵ *Il processo...*, p. 46.

como “o ovo de Colombo”, a partir da premissa de que, como as partes, no processo civil, estão quase sempre em posições contrapostas, era evidente que ao menos uma delas não dizia a verdade, culminando na conclusão de que bastaria obrigar ambas as partes (e, sobretudo, os seus defensores) a dizer a verdade, e todo o problema do processo finalmente seria resolvido. Esclarece o autor que o fato de estarem em posições contrapostas não significa necessariamente que uma delas minta, mas que cada um veja as coisas de seu ponto de vista, e porque “o mundo do Direito é o mundo da dúvida”⁴²⁶.

O autor nega que as partes e seus defensores tenham o direito de dizer falsidades, mas assevera que uma coisa é o poder de dizer e fazer o todo o possível (dentro dos limites da legalidade) para proteger os interesses do cliente, outra é poder evitar dizer a verdade (em todo caso, permanecendo revel, não comparecendo ou calando), e coisa diversa é o direito de mentir⁴²⁷.

MONTERO AROCA preleciona que em todos os processos civis reais (que se realizam na prática), um advogado narra uma história a partir da “sua verdade”, desde a perspectiva favorável aos interesses do seu cliente, ao passo que o outro advogado narra a mesma história, o fazendo a partir de “sua verdade”, destacando o que favorece aos interesses do seu cliente, concluindo que não existe o conhecimento da “verdade”, não se tratando de mentira, mas simplesmente “de algo tão velho como a utilização da dialética”⁴²⁸.

O autor assevera ser evidente que o advogado não pode afirmar um fato que saiba inexistente, e se levanta contra a mentalidade de que, como regra, os advogados se prestem a mentir e criar imbróglios processuais, pois tal pensamento é revelador da equivocada visão ideológica da função do advogado⁴²⁹.

BUZAID, no mesmo trabalho supracitado, datado de 1987, já constatava na doutrina moderna:

---

⁴²⁶ CIPRIANI, Franco. L'avvocato e la verità. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, P. 821-826, P. 821.

⁴²⁷ Idem, p. 822-823.

⁴²⁸ Sobre el mito..., p. 346.

⁴²⁹ “Parece claro que el abogado no puede afirmar como existente un hecho que le consta como inexistente, entre otras cosas porque ello, aparte de una mentira, es um error táctico, pero nada puede imponerle que ponga su trabajo y su inteligência al servicio de la defensa de los intereses de su cliente, precisamente porque esa en su función y em ella se justifica su propia existencia. [...] Dejando a un lado la patología del ejercicio de la abogacía, no creo que pueda afirmarse em general que los abogados mienten em los procesos y que en ellos se dedican a embrollar. También aqui es muy revelador de la ideología política la visión que se tiene de la función del abogado, tando de la teórica (lo que debería ser) como de la práctica (lo que es)”. MONTERO AROCA, Juan. *Sobre el mito...*, p. 346.

reminiscências da concepção liberal e individualista, afirmando alguns autores que o processo civil, dada a sua natureza dialética, em que cada uma das partes se atribui a tarefa de sustentar as suas próprias razões, é essencialmente refratário a uma rigorosa disciplina normativa do comportamento dos contendores⁴³⁰.

Todavia, ressaltava que a licitude da postulação em juízo e da defesa do réu na ação que lhe é proposta não é cerceada pela legislação: “o que se condena é a manipulação da mentira como arma processual tendente a afastar a verdade e deformar a vontade judicial”⁴³¹.

Não se pode olvidar que nosso Código de Processo Civil tem peculiaridades em relação aos modelos analisados por CIPRIANI e MONTERO AROCA (italiano⁴³² e espanhol, respectivamente), pois a legislação pátria, a par de prever expressamente o dever de veracidade, ainda o esmiúça em diversos dispositivos, deixando mais do que evidente a preocupação do legislador em coibir a mentira processual.

Todavia, mais útil e relevante do que discutir o dever de veracidade em si (uma vez positivado em nosso Ordenamento), é verificar os seus limites, bem como perquirir quais as alegações das partes estão sujeitas ao dever de veracidade e se eventual omissão da parte poderia configurar a infração a tal dever⁴³³.

Ora, a existência de texto de lei impondo o dever de veracidade não conduz à conclusão de que houve descumprimento do dever de veracidade, passível de sanção por litigância de má-fé, em todos os casos em que haja divergência entre as partes a respeito da forma como os fatos teriam se passado. Como se sabe, a percepção dos fatos pode ser diferente para cada um dos seus expectadores; outrossim, a aplicação rigorosa do princípio da eventualidade muitas vezes impõe ao demandado a necessidade de afirmar *ad cautelam* um hipotético fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do demandante, “apenas para afastar possível preclusão do direito de alegá-lo, especialmente na eventualidade de aquela hipótese (ainda que remota) se confirmar no curso do processo”⁴³⁴.

Sempre deve haver sopesamento entre o dever de veracidade e o legítimo exercício

---

⁴³⁰ Processo..., p. 97.

⁴³¹ Idem.

⁴³² O Código de Processo Civil italiano, no artigo 88, prevê os deveres de lealdade e probidade, mas não explicita o dever de veracidade, havendo divergência doutrinária quanto a este estar implícito àqueles (a mentira processual configuraria uma conduta desleal e improba, vedadas por aqueles deveres expressos no art. 88).

⁴³³ ABDO, Helena Najjar. *O abuso...*, p. 137.

⁴³⁴ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ônus...*, p. 136.

do direito de demandar (de ação e de defesa), ponderada a disponibilidade do direito em debate. E, desta maneira, só é possível pensar em violação deste dever se houver intenção dolosa com este afã.

Sobre o dever de veracidade, também deve ser ponderado o direito ao silêncio, reconhecido como direito fundamental do indivíduo, como assegura a 5ª Emenda à Constituição Norte-Americana de 1791, cujas raízes remontam a vários séculos passados, com amplo desenvolvimento no *ius comune* e no processo penal canônico, que consagrava o regramento “*nemo tenetur procedere seipsum, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam*” (“ninguém pode ser compelido a depor contra si próprio, porque ninguém é obrigado a autoincriminar-se”)⁴³⁵. Mais recentemente, o Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos, de Nova Iorque, em seu artigo 14, 3, g, assegura o direito de toda pessoa à qual imputada a prática de infração penal tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpada, ao passo que a Convenção Americana sobre os direitos humanos (Pacto de San José da Costa Rica), garante o mesmo direito em seu artigo 8º, 2, g⁴³⁶.

Foi guindado ao *status* de garantia constitucional expressa com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que assegura, no art. 5º, inciso LXIII, o direito do preso à informação de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado.

Embora a redação aponte ao “preso”, é certo que a doutrina e jurisprudência são pacíficas em reconhecer a ampliação da proteção constitucional ao investigado, ao indiciado e ao acusado, em seu interrogatório⁴³⁷.

É possível, ainda, que o dispositivo seja interpretado de maneira ainda mais ampla (não restrito ao preso ou ao acusado de crime), a compreender o direito ao silêncio como uma garantia atribuída a qualquer pessoa, em sede de processo penal, civil ou em qualquer outro ambiente, que lhe permite que deixe de responder às perguntas, acusações e demandas que lhes forem formuladas, razão pela qual ninguém pode ser compelido a fornecer documentos e informações que possam ser prejudiciais ao seu detentor, ou seja, a fornecer elementos de prova contrários ao seu interesse⁴³⁸.

Daí advém a *ratio essendi* do art. 347, do Código de Processo Civil, que preconiza

⁴³⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 299.

⁴³⁶ Idem, p. 301.

⁴³⁷ Idem, p. 303.

⁴³⁸ Neste sentido sustenta PEDRO DINAMARCO (*Ônus...*, p. 126).

que a parte não é obrigada a depor de fatos criminosos ou torpes, que lhe forem imputados, ou ainda, de fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo (observando que o parágrafo único do mesmo dispositivo faz ressalva quanto à inaplicabilidade de tal regra “às ações de filiação, de desquite e de anulação de casamento”). Neste ponto, portanto, o Código de Processo Civil vem a dar guarida à garantia constitucional.

O que se deseja demonstrar com esta sucinta digressão, é que a garantia ao silêncio e ao *nemo tenetur* têm origem e relevância dilatada no âmbito do *processo penal*. Não que isto obste a sua aplicação ao processo civil. Não!⁴³⁹ Entretanto, essas garantias não podem ser colocadas como vigas mestres intocáveis do processo civil, em um altar, a prevalecer sobre todas as demais, com ares de absolutividade. O artigo 347 do Código de Processo Civil já vem a agasalhar e dar aplicação prática à proteção em análise.

Tampouco podem ser compreendidas tais garantias como direito à mentira processual. Como bem salienta ARRUDA ALVIM, diante das hipóteses previstas no artigo 347, do Código de Processo Civil, a lei dispensa a parte de depor, garante o seu direito ao silêncio e omissão diante de tais fatos, mas não a autoriza a dizer inverdades⁴⁴⁰.

Daí conclui-se que a parte que utiliza o seu *ônus* de afirmar, passa a ter o *dever* de falar a verdade, salvo se isso puder lhe trazer implicações criminais⁴⁴¹.

O português FERNANDO AUGUSTO CUNHA DE SÁ traz exemplo eloquente, colhido da experiência jurisprudencial, de inquestionável violação do dever de veracidade: em ação de investigação de paternidade, litiga de má-fé o investigado que, contra a verdade, nega peremptoriamente ter mantido relações sexuais com a mãe do investigante⁴⁴². Comprovada a paternidade, é evidente que o demandado negou em juízo fatos que sabia serem verdadeiros, pois não é possível que o autor desconhecesse a veracidade do fato que negou de maneira veemente.

⁴³⁹ Contrariamente à aplicação da máxima no direito processual civil, ARAKEN DE ASSIS chega a afirmar que a “o velho adágio *nemo tenetur edere contra se* não tem sentido perante o art. 14, I, do CPC. Os fins sociais do processo elidiram essa visão individualista” (Dever de veracidade das partes no processo civil. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100810135544.pdf>. Acesso em 14.01.2013, p. 5).

⁴⁴⁰ Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro (a lealdade no processo). *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 69, p. 7-20, jan.-mar. 1993, p. 16.

⁴⁴¹ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ônus...*, p. 127. “Aos particulares em geral, porém, é permitido silenciar-se a respeito dos fatos que lhe prejudicam, mas jamais mentir, sendo justamente por isso que o art. 347 do Código de Processo Civil dispensa a parte de depor, por exemplo, sobre fatos criminosos ou torpes que lhe forem imputados (inc. I)” (idem, p. 138).

⁴⁴² *Abuso...*, p. 271. MENEZES CORDEIRO, analisando esta mesma questão em debate, afirma que o dever de verdade agudiza-se nas ações de estado, dados os valores em jogo (*Da boa fé...*, p. 382).

A fim de completar o exemplo e de dar aplicabilidade do artigo 347, do Código de Processo Civil, podemos incluir a seguinte ressalva: não se poderia exigir o dever de veracidade, neste caso de investigação de paternidade, acaso o réu pudesse ter implicações penais se admitisse a prática do ato sexual, como, por exemplo, se ele fosse acusado de ter cometido o crime de estupro.

Mas a doutrina aponta que o ilícito processual em análise também pode ser cometido mediante omissão de *atos essenciais*⁴⁴³. Daí resulta o “dever de completude”, que é outra face e complementa o dever de veracidade (o ângulo da omissão dolosa)⁴⁴⁴.

Neste passo, mister se faz ressaltar que o dever de veracidade também não deve ser aplicado de maneira objetiva e absoluta, sob pena de desnaturar a concepção do princípio do dispositivo⁴⁴⁵. ARRUDA ALVIM assevera que não pode haver omissão sobre um fato essencial à demanda, de modo que lhe incumbe dar uma versão completa dos fatos, compreendida como a vedação à sonegação de dados (“fatos”) de tal forma que a sua versão resulte inverídica, ponderando que tal:

não significa, todavia, que não possa, *legitimamente*, deixar de aludir a certos fatos, desde que, com isso, não comprometa a verdade emergente do conjunto dos fatos em que se estriba. Por outras palavras, é necessário interpretar-se a necessidade de versão completa dos fatos à luz do princípio do dispositivo, indicativo de que à parte é lícito escolher os fatos que embasem a sua ação, *salvo o comprometimento da verdade*⁴⁴⁶.

No mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA afirma que a omissão de fatos essenciais fere o “dever de completitude”: o litigante não deve apenas abster-se de fazer alegações cientemente falsas, mas também de silenciar sobre pontos que o juiz precise conhecer para bem julgar – são considerados fatos essenciais aqueles cujo desconhecimento torne ao juízo impossível ou extremamente difícil de decidir com justiça, não incidindo a norma sobre fatos secundários (aqueles que, mesmo que desconsiderados, não impedem o juiz de formar convicção correta)⁴⁴⁷.

ARAKEN DE ASSIS afirma que a extensão do dever de veracidade abrange o dever de

⁴⁴³ Esta era a previsão expressa do artigo 17, inciso III, do Código de Processo Civil, antes de ser alterado pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980. A reforma, contudo, não alterou a essência do dever de veracidade, que segue contemplado pelos artigos 14, inciso I, e 17, inciso II, ambos do Código de Processo Civil.

⁴⁴⁴ CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Dever de esclarecimento...*, p. 108.

⁴⁴⁵ Idem, p. 98.

⁴⁴⁶ Deveres..., p. 17.

⁴⁴⁷ Responsabilidade das partes por dano processual. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. v. III. São Paulo: RT, 2011, p. 477-499, p. 490.

alegar somente atos verdadeiros, abstendo-se de alegar fatos que saiba serem inverídicos, e o dever de alegar todos os fatos verdadeiros, abstendo-se de omitir fatos relevantes que conheça e eventualmente favoreça no todo ou em parte o adversário. Entretanto, entende que o elemento subjetivo deve ser analisado em cada caso, pois a lei não reprova a parte que acredita no que afirma, razão pela qual “a boa-fé objetiva não se localiza na raiz do dever de veracidade”⁴⁴⁸.

É possível se estabelecer graduações do dever de veracidade, à luz do caso em concreto. FLÁVIO YARSHELL faz relação entre a antecipação da prova e o dever de veracidade, sustentando que, quanto maior for a possibilidade de cognição prévia acerca da controvérsia (amplitude da atividade probatória antecipada), maior é a exigência do dever de veracidade⁴⁴⁹. A premissa é válida, mas certamente outros fatores (sobretudo a análise da relação jurídica em juízo) serão úteis para dosar a veracidade exigida para cada caso.

Por fim, deve-se acrescentar que, como regra, o dever de veracidade está relacionado à alegação de matéria fática, e não se refere “[...] às controvérsias sobre o direito, a cujo respeito podem surgir opiniões diversas e até diametralmente opostas. Por isso afirma conhecido brocardo que *error iuris non incutit mala fides*”⁴⁵⁰⁻⁴⁵¹. Nada obsta, entretanto, que algum dos litigantes possa ser responsabilizado por litigância de má-fé por

⁴⁴⁸ Dever..., p. 5.

⁴⁴⁹ Antecipação..., p. 442: “O exame sob os prismas do ônus e do poder foi complementado pelo dos deveres processuais. Procurou-se evidenciar o componente ético que norteia não apenas o exercício da jurisdição, mas especialmente o vínculo que existe entre prova e partes; e não apenas entre prova e juiz. Assim, destacou-se o relevante papel que a produção de antecipada de prova, mesmo quando desligada do requisito da urgência, desempenha em relação ao princípio de lealdade e ao dever de veracidade. Como foi dito, quanto mais o sistema está aberto a antecipar medidas de instrução, maior a amplitude dos elementos fornecidos às partes para avaliação de suas chances e riscos no futuro e eventual processo. E quanto maior a amplitude da cognição prévia acerca da controvérsia, desde que preservados critérios racionais, mais se pode exigir eticamente das partes em juízo, relativamente ao dever de veracidade. Além disso, a hipótese inicialmente fixada foi confirmada pela demonstração de que verdadeira colaboração ou cooperação dos sujeitos parciais é dada quando lhes é possível, de alguma forma, pré-constituir prova”.

⁴⁵⁰ BUZAID, Alfredo. Processo..., p. 98. Por outro lado, ARRUDA ALVIM salienta que: “Conquanto, de um modo geral, a obrigação de lealdade diga respeito aos fatos, dado que o direito deve ser conhecido pelo juiz (*iuria novit curia*), é possível cogitar-se, também, da deslealdade quanto do direito, propriamente dito. Certamente a lealdade respeitadamente ao direito não significa uma derrogação do princípio aludido, mas sim, configurar-se-ia a deslealdade quanto o litigante, ostensiva e deliberadamente, formulasse demandas que, do ponto de vista jurídico, deixariam o juiz confuso. E tal confusão adviria da circunstância de o litigante, intencionalmente, pretender confundir o juiz. No Direito alemão fala-se que tais demandas deixariam o juiz perplexo. Dependentemente da matéria e de uma conjuntura obscura e confusa, de produção legislativa, na verdade, em face de profusão legislativa, como exemplificativamente, em temas de direito financeiro e tributário, não é impossível ocorra deliberada má-fé. [...] Tais demandas, logicamente, baseiam-se em fatos que podem ser verídicos, ou não. No entanto, mesmo que hipoteticamente verídicos, a construção jurídica que se lhes dê pode evidenciar o intuito de obter, pela confusão e perplexidade geradas, algo que, em si mesmo, é ilegítimo [...] Quanto à má-fé, calcada no desfigurar o direito e não o fato, conquanto possível, a sua intensidade será muito limitada e com perigo menor” (Deveres..., p. 20).

⁴⁵¹ ARAKEN DE ASSIS, contudo, entende que o dever de veracidade incide diante da alegação de direito local (estadual e municipal), que incumbe à parte provar, conforme art. 293, do CPC (Dever..., p. 5).

conduta dolosa ao afirmar fundamentos jurídicos inverídicos, tais como falsa citação jurisprudencial ou doutrinária, invocação de legislação inexistente ou revogada, citação de voto vencido como se fosse vencedor, distorção de teses jurídicas etc. Em tais casos, não se está diante de interpretações diferentes, mas de verdadeiras fraudes processuais, que podem – e devem – ser combatidas pelos instrumentos já destacados.

4. Litigância de má-fé

De certo modo, já se abordou a aplicação da litigância de má-fé quando dos tópicos precedentes⁴⁵². Por outro lado, também se suscitará a aplicação do instituto em diversas searas abordadas nos tópicos vindouros. Contudo, deve-se destacar, mais uma vez, a preocupação do legislador em impor uma postura ética dos litigantes e seus representantes judiciais “[...] de sorte a instá-los, sob a ameaça das sanções especificadas nos subsequentes arts. 16, 17 e 18, a cooperar com a celeridade do procedimento e com a atuação do órgão jurisdicional na aplicação do direito”⁴⁵³. E a preocupação do legislador em definir atos de litigância de má-fé e suas respectivas punições, é comum a todos os códigos processuais modernos⁴⁵⁴.

É recorrente o (acertado) vínculo que a doutrina faz entre a litigância de má-fé e os deveres de lealdade, veracidade, probidade e cooperação, mas é certo que a tutela do comportamento ético dos sujeitos processuais não se exaure naquele instituto. A repressão à litigância de má-fé é apenas uma das facetas dos deveres de lealdade e boa-fé processual.

Também é muito comum a crítica em relação à sua ineficácia como meio de dissuadir a prática de atos ímprobos. A condescendência do Poder Judiciário para com o litigante de má-fé já vem de há muito destacada pela doutrina. MENEZES CORDEIRO assevera que o preceito previsto no título XXVIII, do Livro V, das Ordenações Afonsinas⁴⁵⁵, mesmo após a sua revogação, grassou a prática de condenar em multa a parte

⁴⁵² Afirma HELENA NAJJAR ABDO, com supedâneo em respeitável doutrina e em precedente do Supremo Tribunal Federal, que todas as hipóteses previstas no artigo 17, do Código de Processo Civil constituem casos de abuso do processo (*O abuso...*, p. 156), tema já debatido no curso do Capítulo III.

⁴⁵³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC*: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001. São Paulo: RT, 2002, p. 14.

⁴⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ética...*, p. 964.

⁴⁵⁵ “E se o juiz achar, que o accusador querelou maliciosamente, ou que he revoltoso, ou useiro de fazer taes querela e accusações, ainda que aja per hu corregua, e pague as custas, den-lhe de mais alguã pena arbitraria, qual merecer” (Ordenações Afonsinas, Livro V, Título XXVIII).

vencida, ainda que de boa-fé; entretanto, esta conduta passou a ser tão repudiada posteriormente pelos tribunais, que mesmo diante de litigantes de má-fé, resguardavam a decretação da condenação somente aos casos em que a má-fé fosse “evidentíssima”⁴⁵⁶.

A experiência histórica brasileira também demonstrou excesso de parcimônia na aplicação das sanções por litigância de má-fé, sobretudo diante da sistemática do Código de 1939. Neste sentido, ALCIDES DE MENDONÇA LIMA relata que os juízes sentiam dificuldade em caracterizar o ímprobo exercício do direito de demandar, resguardando a punição para casos raríssimos de evidente configuração⁴⁵⁷. A cautela com a aplicação das sanções é justificada pela Corte com alegação que não se pode reprimir o exercício regular de garantias constitucionais, razão pela qual sustenta que: “[a] aplicação de penalidades por litigância de má-fé exige dolo específico, perfeitamente identificável a olhos desarmados, sem o qual se pune indevidamente a parte que se vale de direitos constitucionalmente protegidos (ação e defesa)”⁴⁵⁸.

Como já se afirmou alhures, a doutrina e a jurisprudência portuguesa tradicionalmente exigem o dolo ou a negligência grave para que se cogite de má-fé processual⁴⁵⁹. Entretanto, atualmente, mesmo em terras lusitanas, vem ganhando força na jurisprudência uma noção mais elástica e exigente do dever de boa-fé processual⁴⁶⁰.

Embora ainda se sustente a necessidade de prova da intenção dolosa para a configuração dos atos caracterizadores da litigância de má-fé, a análise da atual redação dos incisos estampados no artigo 17, do Código de Processo Civil revela que algumas situações permitem uma análise objetiva da ocorrência, tais como a dedução de pretensão ou defesa contra texto expreso de lei ou fato incontroverso, a provocação de incidentes manifestamente infundados e a conduta temerária⁴⁶¹.

⁴⁵⁶ *Da boa fé...*, p. 380.

⁴⁵⁷ *Abuso...*, p. 504. O autor ainda assevera que, em sua experiência profissional, em quase 35 anos de vigência do Código de 1939, nunca logrou êxito na aplicação da pena, apesar de fatos de absoluta improbidade, mencionando, inclusive, caso concreto envolvendo a apresentação de recibos falsos (comprovada a falsidade por perícia), sem que tenha havido punição de qualquer natureza. Acrescenta, ainda, que: “Os juízes, dificilmente, agiam por conta própria, de ofício; e, havendo iniciativa do adversário, isso sempre era recebido com reservas, porque podia parecer que era comportamento para desviar a atenção do direito invocado, por não ter melhor suporte para seu reconhecimento” (Idem, p. 504-505).

⁴⁵⁸ STJ, 3ª T., REsp 906269/BA, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, j. 16.10.2007.

⁴⁵⁹ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos...*, p. 63.

⁴⁶⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé...*, p. 382. Vide ainda precedente do Supremo Tribunal de Justiça, de Portugal, já mencionado anteriormente neste trabalho (cf. Capítulo III, n. 3, p. 64): STJ 12-Jun.-2003, SJ200306120005737, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/5020dff3633756f280256db1003daa8b?OpenDocument>.

⁴⁶¹ THEODORO JR., Humberto. *Abuso...*, p. 115. Esclarece o autor: “Em suma: o abuso de direito processual, configurado pelo Código brasileiro, pressupõe má-fé, normalmente dolo, e às vezes culpa grave

A interpretação feita pelas Cortes portuguesas da litigância de má-fé, leva CORDEIRO a afirmar que: “[...] sem ser redutível a um misto de ilicitude e de culpa – ao estilo da ‘falta’ francesa – de que tem, no entanto, elementos, a má fé processual constitui um instituto autónomo, dotado de potencialidades que a jurisprudência tem vindo a aprofundar”⁴⁶².

Nos Tribunais brasileiros, o assunto também suscita debates. Existem julgados do Superior Tribunal de Justiça que exigem, para a imposição da pena pela litigância de má-fé, que além da subsunção da conduta a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17, do CPC, que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5º, LV), e que da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa⁴⁶³. Sem dúvida, os primeiros requisitos parecem ser indispensáveis (cumprindo assinalar que indeterminação dos termos empregados não torna difícil a tarefa subsuntiva), entretanto, não parece correto que o ato abusivo venha a atingir a parte contrária, pois, como já assentou o Supremo Tribunal Federal: “A litigância de má-fé não é ofensiva apenas à parte adversa, mas também à dignidade do Tribunal e à alta função pública do processo”⁴⁶⁴.

Ora, o abuso de direito pode ocorrer em causas sem valor econômico e, mesmo quando o litígio é patrimonial, o abuso pode apenas comprometer a lisura ética do procedimento; ademais, o litigante de má-fé pode sagrar-se vencedor ao final do processo, mas nada disso impede que ele venha a ser punido pelo atentado cometido, “que atinge, acima de tudo, a dignidade da justiça”⁴⁶⁵.

Como se afirmou, uma das condutas reputadas como ensejadoras das sanções à litigância de má-fé é a pretensão contra texto expreso de lei; entretanto, em julgado realizado em 2006, a ministra NANCY ANDRIGHI esclareceu que tal não se aplica: “[...] se a interpretação dada ao dispositivo pelo órgão julgador for diversa daquela pretendida pela parte e houver plausibilidade na tese defendida por esta”⁴⁶⁶.

A 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, entretanto, já condenou o estado do

---

equiparável ao dolo. De qualquer maneira o ato de má-fé tem de destinar-se a procrastinar o processo, dificultar a atuação da parte contrária, falsear a realidade e comprometer a justa e profícua composição da lide. Deve apresentar-se, pois, como quebra do princípio da probidade processual” (Idem).

⁴⁶² *Da boa fé...*, p. 382-383. Assinala, ainda, o autor, que a má-fé processual também é distinta do conceito de má-fé civil (Idem, p. 383).

⁴⁶³ STJ, 1ª Turma, REsp 250.781-SP, rel. Min. José Delgado, j. 23.5.2000.

⁴⁶⁴ STF, 1ª Turma, AI 538695-SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 14.06.2005.

⁴⁶⁵ THEODORO JR., Humberto. *Abuso...*, p. 115. Esclarece o autor que é por este motivo que o Código “determina ao juiz aplicar, de ofício, a sanção ao litigante de má-fé (art. 18, *caput*) e prevê um cálculo de multa que independe de levantamento in concreto do dano (§2º)” (Idem, p. 116).

⁴⁶⁶ STJ, 3ª T., REsp 764.320/PR, Rel. Min. Nancy Andrigli, j. 21.09.2006.

Maranhão ao pagamento de multa por litigância de má-fé, em razão da conduta do estado de contestar a concessão do benefício da assistência judiciária em razão de estar representada por advogado particular, e não por defensor público, mas a Corte assentou que a Lei de Assistência Judiciária condiciona a concessão do benefício à simples declaração de pobreza, de modo que pretensão do estado contribuiu para o retardamento da jurisdição almejada⁴⁶⁷.

Em julgados recentes envolvendo o abuso do direito de recorrer, o Superior Tribunal de Justiça afastou a penalidade, sob o entendimento de que a interposição de recurso legalmente previsto não pode ser considerada litigância de má-fé. Em um dos casos julgados, houve ajuizamento simultâneo de recurso de apelação e de agravo de instrumento, o primeiro contra a sentença e o segundo impugnando a decisão em exceção de suspeição, com fundamentos e objetivos parcialmente coincidentes, o que se entendeu, neste cenário, “legítimo exercício do direito de ação”⁴⁶⁸. Noutro precedente, ainda mais recente, a Corte afastou a condenação por litigância de má-fé por entender evidente o desinteresse dos recorrentes em procrastinar o processo, pois inclusive já haviam sido despejados do imóvel em razão de decisão liminar cumprida em primeira instância, razão pela qual entenderam, no caso, haver legítimo exercício do direito de recurso, não havendo cogitar-se em intuito protelatório se os embargos tinham finalidade de prequestionamento, em conformidade com a Súmula n. 98/STJ⁴⁶⁹.

Outro ponto divergente está na possibilidade de se aplicar a sanção ao advogado, mas tal questão já foi enfrentada alhures⁴⁷⁰.

Como se vê, ainda existem diversos pontos que suscitam debates na aplicação das sanções à litigância de má-fé. Deveras, pois muitas vezes não é fácil a tarefa de ponderar os limites das garantias constitucionais e coibir o seu abuso. Não se pode apenar o legítimo exercício de garantias fundamentais, ao mesmo passo que não se podem tolerar abusos. A parcimônia e a prudência da jurisprudência se mostram consentâneas com aquela que se exige ao caso, o que não se pode admitir é a omissão perante o abuso do processo, ou a chancela do Poder Judiciária às condutas arroladas como litigância de má-fé.

Também é importante repisar que as sanções da litigância de má-fé, conquanto

⁴⁶⁷ STJ, 1ª T., REsp 739.064/MA, Rel. Min. José Delgado, j. 24.05.2005.

⁴⁶⁸ STJ, 4ª T., REsp 479.876/SP Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 15.12.2009.

⁴⁶⁹ STJ, 4ª T., REsp 1.012.325/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.09.2012. Súmula n. 98/STJ: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”.

⁴⁷⁰ Vide Capítulo III, n. 6, *ii*.

possam ser importante instrumento de combate aos abusos (desde que operadas de maneira adequada), não são o único, muito menos o mais eficaz meio de coibir condutas que não se coadunam com o legítimo exercício de garantias constitucionais⁴⁷¹.

5. Cooperação no procedimento e a possibilidade de flexibilização.

Como já se explicitou alhures, diversos autores, inspirados pela “Teoria dos Sistemas”, de NIKLAS LUHMANN⁴⁷², sustentam que a legitimidade das decisões jurisdicionais decorre do procedimento marcado pelo princípio do contraditório⁴⁷³.

Não haveria qualquer sentido sustentar que o *procedimento* legitima as decisões judiciais, caso este procedimento não se pautasse na garantia de efetiva participação da elaboração da decisão. É dizer, os atos decisórios do Poder Judiciário somente se legitimam se proferidos mediante regular procedimento, onde seja assegurado o direito ao contraditório⁴⁷⁴.

De peculiar precisão é a lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

Quando se diz que o procedimento legitima o resultado do exercício do poder, tem-se em vista agora o modo de ser dos procedimentos que o direito positivo oferece e que constituem o penhor da lei à preservação dos princípios constitucionais do processo, a começar pelo contraditório. Se algum procedimento excluísse a participação dos sujeitos envolvidos no litígio, ele

⁴⁷¹ Sobre a litigância de má-fé em Portugal, MENEZES CORDEIRO diz se tratar: “de um esquema pesado, anquilosado e que não tem qualquer eficácia: nem compensatória, nem dissuasiva. No entanto e – do nosso ponto de vista – por desconhecimento da evolução e da atual essência do abuso do direito e da responsabilidade civil, a litigância de má-fé é (por vezes) apresentada como afastando, do âmbito do processo, qualquer outro instituto: preventivo ou reparador. Mal. [...] Não quer dizer que o instituto da litigância de má-fé não tenha o seu papel. Pelo contrário: trata-se de um instituto fundamental, que deve ser intensificado e que permite, ao juiz, no imediato, pôr ordem no processo. Mas não chega” (*Litigância...*, p. 31-32).

⁴⁷² *Legitimação...*, *passim*.

⁴⁷³ Neste sentido preleciona FERNANDO GAJARDONI: “Investigações de cunho sociopolítico levaram boa parte da doutrina a afirmar que o procedimento é o fator da legitimação da atividade estatal (executiva, legislativa e judicial). De modo especial no tocante à atividade judicial, aduzem que como os juízes não decidem sobre negócios jurídicos seus, mas de terceiros, valendo-se do poder estatal que lhes foi conferido pela lei, e não pela autonomia da vontade, é exigível que o material preparatório do julgamento final seja recolhido e elaborado segundo regras conhecidas por todos. Daí por que a decisão proferida no processo só seria legítima se proferida após regular procedimento” (*Flexibilização...*, p. 95).

⁴⁷⁴ “Por outro lado, só tem sentido essa preocupação pela legalidade na medida em que a observância do procedimento constitua meio para a efetividade do contraditório no processo. É assegurando às partes os caminhos para participar e os meios de exigir a devida participação do juiz em diálogo que o procedimento estabelecido em lei recebe sua própria legitimidade e, ao ser devidamente observado, transmite ao provimento final a legitimidade de que ele necessita” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria...*, p. 306).

próprio seria ilegítimo e chocar-se-ia com a ordem constitucional⁴⁷⁵.

O contraditório pode ser encarado, pois, como expressão do princípio da democracia participativa no processo, ou melhor, nos atos de Poder emanados de decisões judiciais⁴⁷⁶.

Aceita-se a decisão judicial, não simplesmente por ser ato estatal, mas sim porque ela é fruto da participação e do diálogo das partes com o órgão julgador⁴⁷⁷. Mister se faz que à parte seja assegurado o direito de participar, influenciando na decisão.

No estudo da Teoria Geral do Procedimento, ANTONIO SCARANCE FERNANDES parte de uma visão unitária do procedimento, segundo a qual os atos singulares que o compõem estão postos pelo legislador de forma sucessiva, um construindo consequência do precedente e condição necessária do sucessivo, ao passo que tais atos, apesar de permanecerem distintos, estão todos ordenados para o alcance do mesmo resultado. É dizer, a unidade do procedimento “está em que todos os seus atos visam a preparar um mesmo ato dando cada um a sua contribuição para esse fim”⁴⁷⁸.

Desta concepção unitária, SCARANCE afirma a existência de *direitos procedimentais*, ou melhor, a existência de diversos direitos que defluem do *direito à integralidade e à ordem do procedimento*⁴⁷⁹. Assim, na medida em que o legislador fixa o procedimento, prevendo o tempo gasto em cada ato ou fase processual, e fixa a ordem na qual devem ocorrer os atos, incorre em nulidade a inobservância destas imposições

⁴⁷⁵ *A instrumentalidade do processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 155.

⁴⁷⁶ “Il problema dell’applicabilità dei principi della democrazia partecipativa all’organizzazione giudiziaria costituisce parte dell’altro e più generale problema che concerne la giustificazione della legittimità dei poteri del giudice che opera nell’ambito di un regime democratico.” (PIZZORUSSO, Alessandro. *Partecipazione popolare e funzione giurisdizionale*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 24-36, p. 24).

⁴⁷⁷ Pondera-se, contudo, que a legitimidade da decisão não pode ser indiferente ao seu conteúdo: “As decisões não de ser, ainda, substancialmente devidas. Não a sua regularidade formal; é necessário que uma decisão seja substancialmente razoável e correta. Daí falar-se em um princípio do devido processo legal substantivo, aplicável a todos os tipos de processo, também. É desta garantia que surgem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, aqui tratados como manifestação de um mesmo fenômeno”. (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 9. ed., v. 1. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 33-34).

⁴⁷⁸ *Teoria geral do procedimento: e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 31-32.

⁴⁷⁹ Idem, p. 69: “Em relação à extensão do procedimento, têm as partes direito aos atos e fases que formam o conjunto procedimental. Em síntese, têm direito à integralidade do procedimento. Esse direito, contudo, só pode ser entendido e compreendido em face da função que cada ato ou fase exerce dentro da unidade procedimental, tendo-se em conta o resultado a ser obtido. Nessa ótica, a falta de um ato ou fase ocasionará nulidade do processo se o vício repercutir no todo procedimental de modo a prejudicar direito ou garantia essencial do processo justo”.

legais⁴⁸⁰, salvo se daí não se verificar prejuízo⁴⁸¹.

A observância do *devido processo legal* e da garantia do contraditório, portanto, impõe a observância das regras de procedimento previamente previstas em lei.

Se é certo que o Magistrado pode alterar o rito eleito pelo autor, não se pode desconsiderar o dever de informação, oportunizando o exercício do contraditório sempre que necessário.

Ora, ao mesmo tempo em que a jurisprudência admite a substituição do rito ordinário no lugar do sumário, sem que se cogite de nulidade (desde que não haja prejuízo), sobretudo pela maior amplitude da dilação probatória, também veda que a parte seja surpreendida pela mudança de rito, sofrendo prejuízo por não ter arrolado testemunha e apresentado quesitos para a elaboração de perícia, tal qual se exige para o rito sumário⁴⁸².

---

⁴⁸⁰ Idem, p. 70: “Outro ponto essencial do direito à integralidade do procedimento é representado pela necessidade de observância dos tempos previstos para a realização dos atos processuais. O legislador, ao fixar o procedimento, estabelece regras gerais e especiais a respeito do tempo a ser gasto na realização dos atos ou das fases processuais, as quais não podem ser desprezadas pelo juiz”. E segue SCARANCE: “Há um outro direito procedimental importante, o direito à ordem dos atos processuais estabelecidas pelo legislador. Sem o prévio estabelecimento da ordem dos atos procedimentais, haveria o caos, o tumultuo. Por outro lado, se fosse permitido ao juiz não seguir, no caso concreto a sequência preestabelecida, haveria incerteza, insegurança. Na história, a construção das diversas fases do processo, por exigências lógicas e por razões de eficiência ou de garantia, veio acompanhada uma fixação de uma ordem a ser observada na montagem sequencial dessas etapas [...]. O legislador, ao estabelecer o rito, deve, em princípio, adotar essa sequência natural das fases do processo, embora, com a aceitação atual de certa flexibilização no procedimento, admita-se, quando presentes determinados pressupostos e observados certos requisitos previamente estabelecidos, que o juiz possa alterar a sequência procedimental.” (Idem, p. 70-71).

⁴⁸¹ Idem, p. 71: “Para a validade do processo, a ordem das fases ou a ordem interna de cada fase devem ser respeitadas, não sendo aceitas inversões o que ocasionaria, em regra, a nulidade do processo. Só não ocorreria a nulidade quando ficasse evidenciada a inexistência de prejuízo, como aconteceria se houvesse inquirição de testemunha arrolada pela acusação após serem ouvidas as testemunhas arroladas pela defesa, mas o seu depoimento não tivesse influído no resultado”. Embora o exemplo utilizado seja processual penal, não se vislumbra óbice para que, *mutatis mutandis*, seja empregado o mesmo raciocínio no processo civil.

⁴⁸² “PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO CONVERTIDO EM RITO SUMÁRIO – APRESENTAÇÃO DE QUESITOS – POSSIBILIDADE DE EMENDA – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA – DECISÃO NOS LIMITES DA LIDE – INCONFORMAÇÃO COM A DECISÃO CONTRÁRIA AOS SEUS INTERESSES – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 2º, 125, I, 243, 275, I, E 276 DO CPC – INEXISTÊNCIA – POSSIBILIDADE DE EMENDAR A INICIAL ANTES DA CONVERSÃO DO RITO ORDINÁRIO EM SUMÁRIO. 1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida. 2. A controvérsia está em saber se há preclusão na apresentação do rol de testemunhas e de quesitos quando a ação foi inicialmente ajuizada no rito ordinário e, posteriormente, convertida em sumário. 3. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que não há nulidade do processo por ter sido escolhido o rito ordinário no lugar do rito sumário, a não ser que se demonstre prejuízo, mormente em razão da dilação probatória mais ampla, o que possibilita maior efetividade do princípio constitucional da ampla defesa. 4. Por lógica, se a parte pode escolher o rito ordinário no lugar do sumário sem que configure nulidade devido à maior possibilidade de ampla defesa e dilação probatória, não pode ser surpreendida pela mudança de rito com prejuízo da perda do momento de apresentação do rol de testemunha e dos quesitos da perícia. Seria absurda a escolha pelo autor de um rito que possibilite a maior dilação probatória, mas ser ceifado do direito de apresentação das testemunhas e quesitos por mudança do rito por determinação do juízo, sem que lhe seja concedida a oportunidade de

Daí porque sempre que determinar a conversão do rito ordinário em sumário, o juiz deverá abrir prazo ao autor para que emende a inicial, juntando o seu rol de testemunhas e apresentando quesitos, uma vez que no novo procedimento não terá outra oportunidade para fazê-lo⁴⁸³.

É justamente o direito de escolha do rito mais abrangente (embora criticado por muitos, vem sendo aceito na jurisprudência, com fundamento na dicção do artigo 250, do Código de Processo Civil) que torna digna de tutela a sua legítima expectativa de que, ao optar pelo rito ordinário, não necessita arrolar testemunhas e apresentar quesitos quando da exordial. E o princípio do contraditório impede o reconhecimento da preclusão consumativa nesta hipótese.

E mesmo quando a mudança no procedimento decorre de alteração legislativa, e não de decisão do magistrado, deve-se respeitar o princípio do contraditório e o dever de informação. Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça⁴⁸⁴. Na espécie, a recorrente opôs embargos do devedor sob a égide da lei antiga, iniciando um processo específico para a solução dessa ação, ao passo que sobreveio a Lei 11.232/2005, que estabeleceu que a defesa do executado passaria a ser mera questão incidente, resolvida na própria execução, razão pela qual a decisão sobre este incidente, por consubstanciar simples decisão interlocutória, *ex vi* art. 162, §2º, do Código de Processo Civil, é passível de agravo de instrumento, conforme dispõe o art. 457-M, §3º, do mesmo *codex*.

No aresto, demonstrou a relatora que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se mostrou vacilante quanto ao recurso cabível, diante deste conflito temporal de leis. Veja-se que a 4ª Turma do STJ, amparada por importante parcela da doutrina já

---

emendar a inicial. Recurso especial improvido”. (STJ, REsp 1.131.741/RJ, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, j. 27.10.2009, DJe 11.11.2009).

⁴⁸³ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I. 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 360.

⁴⁸⁴ “PROCESSO CIVIL. LEI Nº 11.232/05. APLICAÇÃO INTERTEMPORAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL OPOSTOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI NOVA, MAS JULGADOS POSTERIORMENTE. INEXISTÊNCIA DE CONVERSÃO EXPRESSA DO RITO PROCESSUAL PELO JUIZ. DECISÃO ATACADA POR APELAÇÃO. CABIMENTO. 1. Embora o direito brasileiro não reconheça a existência de direito adquirido a determinado rito processual, aplicando-se, portanto, a lei nova imediatamente ao processo em curso, segundo a máxima do *tempus regit actum*, é certo que a aplicação da regra de direito intertemporal deve ter em vista o princípio informador da segurança jurídica. 2. A razoabilidade exige que o Direito Processual não seja fonte de surpresas, sobretudo quando há amplo dissenso doutrinário sobre os efeitos da lei nova. O processo deve viabilizar, tanto quanto possível, a resolução de mérito. 3. Se não houve expressa conversão dos ritos processuais pelo juízo em primeiro grau de jurisdição, alertando as partes de que os “embargos” passaram a ser simples “impugnação”, deve-se aceitar a apelação como recurso apropriado para atacar a decisão que, sob a égide da Lei nº 11.232/05, julgou os embargos do devedor. 4. Recurso especial provido” (STJ, 3ª T., REsp 1.062.773-RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.06.2011, DJ 13.06.2011).

decidiu que o manejo de embargos do devedor, ainda sob a vigência do regramento anterior, “não faz concluir pelo cabimento de apelação só porque proferida a decisão que o resolve já quando em vigor o mencionado dispositivo”⁴⁸⁵. Por outro lado, a 3ª Turma, contudo, ao analisar processo análogo, seguiu orientação diametralmente oposta, assentando que “a sentença que julga embargos à execução de título judicial, ainda que publicada na vigência da Lei 11.232/2005, desafia apelação, não agravo de instrumento”⁴⁸⁶. Posteriormente, a controvérsia foi conduzida ao crivo da Corte Especial, tendo ficado decidido que, “processados os embargos à execução na vigência da regra anterior, a decisão monocrática, ainda que proferida após a Lei nº 11.232/2005, possui caráter de sentença e é atacável pela via da apelação”⁴⁸⁷.

A relatora do caso em estudo, em seu voto, concluiu que, após uma reflexão mais detida, a decisão da Corte Especial merece a seguinte ressalva: se o juízo de primeiro grau em nenhum momento alertou sobre a conversão de ritos em razão da nova lei em vigor, não se pode alijar a parte do direito ao recurso, por ter escolhido meio impugnativo diverso daquele que, após controvérsia jurisprudencial, fixou-se como adequado⁴⁸⁸.

De acordo com referido Acórdão, no caso, a conclusão pelo cabimento invariável do agravo de instrumento gera surpresa para a parte; de igual sorte, “não se pode descuidar que a decisão pelo cabimento da apelação, como regra absoluta, também pode surpreender as partes, em especial os que, diligentes, acompanham as alterações legislativas, passando a seguir o que determina a nova lei, objetivamente”⁴⁸⁹.

Dignas de transcrição as precisas ponderações lançadas pela Ministra NANCY ANDRIGHI, *in verbis*:

Nota-se, portanto, que a adoção de qualquer dos recursos – agravo de instrumento ou apelação – como regra absoluta e incontornável irá, conforme o caso, produzir injustiças. Em outras palavras, seja qual for a regra definida para o período de transição, sua inflexibilidade poderá acarretar prejuízo a uma das partes, surpreendida por alterações procedimentais surgidas no decorrer da ação que trazem incerteza sobre como intervir no processo.

O Direito Processual não pode ser utilizado como elemento surpresa, a cercear injusta e despropositadamente uma solução de mérito. Com efeito, o Processo Civil muito comumente vem sendo distorcido de forma a prestar enorme desserviço ao Estado Democrático de Direito, deixando de ser instrumento da Justiça, para se tornar terreno incerto, repleto de arapucas e percalços, em que só

⁴⁸⁵ STJ. 4ª T., REsp 1.043.016/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe de 23.06.2008.

⁴⁸⁶ STJ, 3ª T., REsp 974.873/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 25.02.2008.

⁴⁸⁷ STJ, Corte Especial, REsp 1.044.693/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 03.12.2008, DJe 06.08.2009.

⁴⁸⁸ STJ, 3ª T., REsp 1.062.773-RS, rel. Min. Nancy Andrigli, j. 07.06.2011, DJ 13.06.2011.

⁴⁸⁹ Idem.

se aventuram aqueles que não têm mais nada a perder.

A razoabilidade deve ser aliada do Poder Judiciário nessa tarefa, de forma que se alcance efetiva distribuição de Justiça. Não se deve, portanto, impor surpresas processuais, pois essas só prejudicam a parte que tem razão no mérito da disputa. O processo civil dos óbices e das armadilhas é o processo civil dos rábulas. Mesmo os advogados mais competentes e estudiosos estão sujeitos ao esquecimento, ao lapso, e não se pode exigir que todos tenham conhecimento das mais recônditas nuances criadas pela jurisprudência. O direito das partes não pode depender de tão pouco. Nas questões controvertidas, convém que se adote, sempre que possível, a opção que aumente a viabilidade do processo e as chances de julgamento do mérito da lide.⁴⁹⁰

Ora, se ao julgador incumbe o dever de prevenir e de dialogar com as partes acerca das modificações do procedimento (em certos casos, ainda que tais alterações decorram da lei), certamente que o mesmo dever se afigura ainda mais latente nas hipóteses que em o Magistrado não se limita a aplicar um ou outro procedimento previsto em lei, tampouco em adaptar o rito procedimental a uma nova ordem legal, mas sim, de modificá-lo ao sabor das particularidades do caso em concreto.

Em obra dedicada ao estudo da flexibilização procedimental, FERNANDO GAJARDONI apresenta como requisitos para a variação ritual a finalidade, o contraditório útil e a motivação⁴⁹¹. Possibilita-se, pois, a adaptação do procedimento às particularidades da lide em julgamento (situações específicas das partes litigantes e a natureza do direito material tutelado), desde que se respeite o devido processo constitucional e haja previsibilidade das ações do Magistrado⁴⁹².

As modificações do procedimento imposto pela lei, para que sejam admitidas, não podem olvidar a necessária segurança jurídica. Ora, como se disse, para que a decisão judicial seja legítima, exige-se legalidade no processo, de modo que o material preparatório do julgamento final seja recolhido e elaborado segundo regras de conhecimento de

⁴⁹⁰ E segue na fundamentação: “Nesse contexto, entendo que a melhor solução é admitir que, não tendo havido expressa conversão dos ritos processuais pelo juízo em primeiro grau de jurisdição, alertando as partes de que os “embargos” passaram a ser simples “impugnação”, deve-se aceitar a apelação como recurso apropriado para atacar a decisão que, sob a égide da Lei 11.232/05, julgou os embargos do devedor. Outrossim, tendo havido expressa menção quanto à incidência das novas regras processuais – procedimento que, vale destacar, deveria ser praxe entre os Juízes ao se depararem com as cada vez mais frequentes alterações legislativo-processuais – deverão as partes, a partir de então, adequar suas manifestações nos autos, de modo a refletir a sistemática vigente. Trata-se, aliás, de posição por mim defendida e acolhida à unanimidade pela 3ª Turma no julgamento do REsp 963.977/RS, DJe de 05.09.2008. Não obstante o precedente seja anterior à decisão da Corte Especial, repiso que não há afronta, mas ressalva do entendimento consolidado, objetivando reduzir as incertezas do processo e do procedimento. Transpondo o quanto exposto até aqui para a hipótese específica dos autos, conclui-se, inclusive em respeito ao princípio da segurança jurídica – norma que informa a aplicação dos arts. 6º, §1º e 2º, da LICC –, ser a apelação o recurso cabível, na medida em que não houve expressa conversão, pelo Juízo em primeiro grau de jurisdição, do rito processual” (Idem).

⁴⁹¹ *Flexibilização...*, p. 87-95.

⁴⁹² *Idem*, p. 201.

todos⁴⁹³. Assim, qualquer modificação neste íterim deve ser informada e, sempre que possível e necessário, debatida previamente pelas partes, a fim de que não sejam colhidas de surpresa, bem como para se preservar a garantia do contraditório⁴⁹⁴.

Impende observar que o autor adjetiva o requisito do contraditório como aquele que seja “útil”, sendo licencioso concluir que existe a possibilidade de ser inútil o contraditório.

Sustenta GAJARDONI que o contraditório somente se afigura como imprescindível se dele puder se extrair alguma vantagem, uma vez que, se a variação ritual for benéfica à parte, sua participação pode ser excepcionalmente e licitamente tolhida. O exemplo trazido pelo autor é o de o juiz de, antes da apresentação da resposta pelo réu, designa audiência de conciliação e determina a citação, sendo que desta data designada terá início o decurso do prazo para a resposta, obviamente em caso de ser infrutífera a tentativa de acordo. Sustenta o autor não haver prejuízo para nenhuma das partes, razão pela qual a exigência da prévia manifestação seria exemplo de contraditório inútil⁴⁹⁵.

Ora, obviamente a garantia do contraditório não é absoluta e nem um fim em si mesma, de maneira que não seria racional sustentar o “participar por participar”, o que somente retardaria a prestação jurisdicional e, em última análise, embora pareça paradoxal, a insistência em uma garantia vazia de conteúdo viola o próprio dever de cooperação, na medida em que a parte não teria qualquer capacidade de influir na decisão que lhe favorece⁴⁹⁶.

A dispensa do contraditório só é permitida se modificação do rito de fato não gera nenhum prejuízo, ainda que potencial, para a parte, ou seja, o contraditório não será útil se a alteração procedimental for favorável ou indiferente em relação à parte a quem não foi franqueada a manifestação prévia. Por este motivo, a modificação do procedimento sem o contraditório prévio é medida excepcional, que somente se mostra viável nas hipóteses em que claramente não causar transtorno a nenhum dos envolvidos.

---

⁴⁹³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria...*, p. 306.

⁴⁹⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização...*, p. 94: “Logo, não se pode tomar as partes de surpresa, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório, eventual alteração procedimental não prevista no iter estabelecido legalmente depende da plena participação delas, até para que as etapas do procedimento sejam previsíveis. E isto só será possível se o julgador, antes da alteração da rígida regra legal, propiciar às partes efetiva oportunidade para se manifestarem sobre a conveniência da inovação, pois, ainda que não estejam de acordo com a flexibilização do procedimento, a participação efetiva dos litigantes na formação desta decisão é o bastante para se precaverem processualmente, inclusive valendo-se de recursos para reparar eventuais iniquidades”.

⁴⁹⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização...*, p. 94.

⁴⁹⁶ Idem.

Desde que seja assegurado o efetivo contraditório, sem causar surpresa às partes, não se vislumbra empecilho para que se flexibilize o procedimento, respeitados os demais requisitos (motivo e fundamento).

Tal possibilidade de flexibilização do procedimento ganha um realce especial com a ênfase à duração razoável do processo, que, como já referido, embora já estivesse implícito na cláusula geral do *due process of law*, constasse expressamente do Pacto de San José de Costa Rica (que foi incorporado ao nosso ordenamento jurídico pelo Decreto n. 687, de 06.11.1992) e reconhecido pela jurisprudência, veio a ser guindado expressamente ao texto constitucional por obra da Emenda Constitucional nº 45/2004, que inseriu o novo inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal de 1988⁴⁹⁷.

Neste sentido, preleciona JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, que, nada obstante imperem no âmbito do processo civil as regras da eventualidade e da estabilização da demanda após a citação, o juiz pode tomar a condução do processo orientado pelo princípio da economia processual, contexto que faz despontar a “cooperação do juiz em benefício das partes, tendente a flexibilizar o procedimento para ajustá-lo ao *thema decidendum*”⁴⁹⁸.

Por fim, analisando o texto projetado, em cotejo à proposta da Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto⁴⁹⁹, com o relatório apresentado pelo Senador Valter Pereira, Relator-Geral do PLS 166/2010⁵⁰⁰, CRUZ E TUCCI critica as alterações formuladas durante a tramitação legislativa no Senado Federal, uma vez que reduziu substancialmente o alcance da disposição anterior, suprimiu o art. 151, §1º, e trouxe “[...] a imposição da inarredável bilateralidade da audiência, com a clara consequência de as eventuais dilações de prazos e modificações da ordem da colheita da prova serem determinadas pelo juiz sem qualquer participação das partes”. Sugere, por fim, o autor, a manutenção da redação originalmente sugerida pelos autores do Anteprojeto, porém, de forma mais detalhada, a fim de especificar os limites da atuação judicial e, assim, evitar que a prerrogativa venha a ser utilizada de maneira arbitrária⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantias constitucionais da duração...*, p. 420-423.

⁴⁹⁸ Idem, p. 432.

⁴⁹⁹ O art. 107, V, do Anteprojeto, determinava que incumbia ao juiz “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa”, regra que era praticamente repetida no projetado art. 151, §1º.

⁵⁰⁰ Com as alterações, o artigo 118 recebeu a seguinte redação: “Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico”.

⁵⁰¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantias constitucionais da duração...*, p. 432.

6. Segue: cooperação em matéria probatória

A prova, como é cediço, é instituto fundamental do processo civil, pois é através dela que se reconstrói o fato objeto de apreciação judicial⁵⁰². De acordo com os ensinamentos de DINAMARCO, a prova é um dos elementos nos quais se resolve o contraditório posto à disposição das partes: “a dinâmica do pedir-alegar-provar”⁵⁰³. Como já se afirmou alhures, é por meio do contraditório que o interessado *participa* do processo, e *provar* é uma das formas de se exercer o contraditório.

De nada valeria franquear-se formal acesso à justiça, sem que se possibilitasse o direito à produção de provas. Não satisfaz o acesso formal aos Tribunais; o processo civil iluminado pelos princípios constitucionais exige que a tutela jurisdicional seja célere, adequada e efetiva. Ademais, deve haver igualdade material entre as partes litigantes.

Ora, é impossível falar em acesso à justiça, em sua acepção mais dilatada, sem que se traga, em seu bojo, o direito a “defender-se provando”⁵⁰⁴. E, muitas vezes, as dificuldades para se produzir a prova podem constituir óbice ao direito de acesso a uma ordem jurídica justa e isonômica, pois não são raros os casos em que a prova seja o grande complicador do processo: “seja por seu custo, seja pela dificuldade (ou mesmo impossibilidade de obtê-la), a atribuição da carga da prova de certo fato (ou de sua falta) a uma das partes pode, sem dúvidas, resultar em importante privilégio ou em grave fardo a esta”⁵⁰⁵.

A fim de preservar a igualdade substancial, incumbe ao magistrado compensar de modo adequado as desigualdades econômicas e culturais entre as partes, de modo a permitir a efetiva, correta e tempestiva defesa dos direitos e interesses em juízo⁵⁰⁶.

Atualmente, como obseva BARBOSA MOREIRA, não mais se justifica a divisão rígida entre fatos e fundamentos jurídicos, que sustentava que a matéria fática incumbia exclusivamente às partes, enquanto os fundamentos jurídicos se reservavam ao juiz (o que

⁵⁰² “[...] noi sappiamo che il primo compito per giudicare è quello di ricostruire il fatto; non potrebbe il giudice procedere al confronto del fatto con la fattispecie prima di averlo ricostruito” (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 94).

⁵⁰³ O princípio..., p. 127.

⁵⁰⁴ TARUFFO, Michelle. Il diritto alla prova nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, a. 39 (II série), n. 4, p. 74-120, out./dez. 1998, p. 75.

⁵⁰⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. In: *Revista Jurídica*, ano 54, mai. 2006, nº 343, p. 25-49, p. 25-26.

⁵⁰⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido..., p. 24.

se espelha nas máximas *narra mihi factum, dabo tibi jus; e jura novit curia*), de modo a se vedar, em termos absolutos, ao magistrado qualquer incursão no campo fático, notadamente na iniciativa probatória – esta, reservada ao monopólio das partes. Ora, levado tal posicionamento ao extremo, que as partes seriam proibidas de fazer qualquer menção a dispositivo de leis e expor argumentações jurídicas, pois “se o bloqueio vale para um lado, também deve valer para o outro”⁵⁰⁷. Atualmente, não se pode cogitar do total alijamento dos poderes instrutórios do juiz⁵⁰⁸.

Além de intimamente ligada ao direito de ação e de defesa⁵⁰⁹, o direito à prova tem sido apontado por autores modernos como um direito autônomo. FLÁVIO LUIZ YARSHELL, rompendo com o dogma de que a prova se destina somente ao juiz, constata que também os interessados são seus destinatários, na medida em que a prova influi no comportamento das partes em juízo, e mesmo fora. Assim, conclui pela autonomia do direito à prova e na possibilidade de antecipação da prova sem o requisito da urgência⁵¹⁰.

Desnecessário dizer que o direito à prova não é absoluto, e somente acoberta o direito à prova relevante⁵¹¹.

Firme na doutrina de TARUFFO, ainda que se admita a busca da verdade como objetivo do processo e que esta busca se realize mormente por intermédio das provas, não

⁵⁰⁷ El neoprivatismo..., p. 209. No mesmo sentido, RICARDO LEONEL afirma que, embora seja válida a aceção de que os fatos dependem das partes, e o direito é apanágio do juiz, tal não se reveste de caráter absoluto, pois o juiz não é absolutamente isento de poderes com relação aos fatos e não possui monopólio absoluto quanto ao direito, de modo que a prática adequada do contraditório afasta a separação absoluta entre fato e direito (*Causa...*, p. 236).

⁵⁰⁸ Por todos, vide: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, *passim*.

⁵⁰⁹ “La Corte [costituzionale] giunge invero a riconoscere Che il diritto alla prova è una manifestazione essenziale della garanzia dell’azione e della difesa, La cui attuazione concreta – per così dire – sta e cade in funzione della possibilità Che Le parti abbiano di fornire in giudizio la prova delle rispettive pretese”. (TARUFFO, Michele. *Il diritto...*, p. 7).

⁵¹⁰ *Antecipação...*, *passim*. *In verbis* (p. 441): “Dessa forma, procurou-se evidenciar que, embora a prova tenha o juiz como destinatário quando se pensa no julgamento estatal, o mesmo não ocorre quando se pensa na valoração que as próprias partes podem e devem fazer relativamente aos elementos da instrução constituídos ou por constituir; inclusive como forma de chegarem a soluções não-estatais e fruto de autocomposição”.

⁵¹¹ “In linea di principio, Il solo limite che si può porre alle deduzioni probatorie delle parti deriva dalla regola sulla rilevanza della prova. Essa discende de esigenze di economia processuale, espresse dal brocardo frustra probatur quod probatum non relevat, ma il punto più importante è che comunque, se correttamente applicata, tale regola non comporta alcuna restrizione del diritto alla prova. In effetti, il diritto alla prova non implica che le parti possano far assumere qualsiasi prova, ma solo le prove utili alla dimostrazione dei fatti rilevanti per la decisione. Si può anzi dire che la rilevanza della prova definisce e circoscrive esattamente l’oggetto del diritto alla prova, che quindi può configurarsi come il diritto alla prova rilevante. Esso è dunque attuato quando sai garantita l’ammissione delle sole prove rilevanti, se è garantita l’ammissione di tutte le prove rilevanti” (TARUFFO, Michele. *Il diritto...*, p. 78).

se pode olvidar que não é possível alcançá-la, ao menos não de forma absoluta⁵¹².

Os dispositivos legais que tratam do assunto evidenciam a preocupação do legislador com o comportamento ético das partes, especialmente nesta seara. Seguindo esta ideia, o artigo 14, inciso IV, do Código de Processo Civil, estabelece como dever das partes (também aplicável aos seus procuradores), o de não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

A mesma preocupação do feitor da lei está estampada no primeiro artigo do Capítulo VI, que trata sobre as provas, estabelecendo que os fatos alegados podem ser provados com qualquer meio de prova previsto em lei ou que sejam “moralmente legítimos”. Assim, se o meio escolhido para a prova de uma determinada alegação for imoral, não pode ser admitido.

Daí emanam as principais questões que envolvem o tema: estabelecer os limites para a produção de provas, sem que se afronte o direito à prova e as garantias que nele se consubstanciam. Para fins do presente trabalho, a questão central é: em que medida o exercício do direito à prova pode ser visto como uma afronta à cooperação?

Ora, a atividade probatória demanda tempo e dinheiro. Audiências, perícias, análises de documentos, inspeções judiciais etc. muitas vezes obstam a célere solução da demanda. Assim, uma parte que insista na inútil e protelatória produção de provas certamente infringe o dever de cooperação. Trata-se, mais uma vez, do conflito entre segurança e celeridade, na medida em que a maior amplitude da dilação probatória acresce a probabilidade de uma sentença justa ao final⁵¹³.

A dificuldade está em se estabelecer quando a atividade probatória é inútil e protelatória e quando não o é.

Importante baliza pode ser colhida do trabalho de YARSHELL. Em sua tese já referida, o autor sustenta que a amplitude da atividade probatória que se permite antecipar (a cognição prévia acerca da controvérsia) é diretamente proporcional à eticidade da conduta que se pode exigir das partes em juízo no que diz respeito ao dever de veracidade,

---

⁵¹² *La prueba...*, p. 87. “Ni siquiera la definición de la prueba como instrumento para buscar y establecer la verdad de los hechos en el proceso constituye por sí misma una verdadera y propia teoría completa de la prueba. Es más, en ciertos aspectos esa definición provoca más problemas de los que resuelve, de forma que quien adopta esta definición y no se conforma con la versión *naive* mencionada al inicio se ve forzado a proseguir la investigación más que a cerrarla. Sin embargo, precisamente en esto se encuentra la ventaja de esta definición respecto a las demás que han sido hasta aquí examinadas”.

⁵¹³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão...*, p. 308.

de modo que: “[...] verdadeira colaboração ou cooperação dos sujeitos parciais é dada quando lhes é possível, de alguma forma, pré-constituir prova”. Deveras, com a ressalva feita pelo autor (“desde que preservados critérios racionais”), quanto mais seja possível saber de antemão o resultado da produção da prova, tanto mais se pode exigir ao sopesar a atuação da parte no processo no que diz respeito à cooperação⁵¹⁴.

Feitas tais considerações, ao tratar do conceito de prova relevante, tão caro para que se possa aferir com segurança os contornos do dever de cooperação em matéria probatória, é oportuno o ensejo para a discussão acerca da inadmissão da prova com fundamento na formação da convicção do juiz, ou seja, a situação em que o magistrado indefere a produção de uma prova sob a alegação de que estar convencido⁵¹⁵.

Segundo PROTO PISANI, a questão é delicada, pois se está diante de conflito entre o direito à prova e caráter prático do processo. Se de um lado a prova a ser produzida pode parecer, em um primeiro momento, desnecessária, não se pode olvidar que eventual decisão poderá ser reexaminada em grau de recurso⁵¹⁶.

Na tentativa de equacionar a questão, TARUFFO divide a questão da seguinte maneira: acaso a prova que se busca produzir venha a confirmar fatos já suficientemente demonstrados segundo o entendimento do juiz, tais provas poderiam ser indeferidas;

---

⁵¹⁴ *Antecipação...*, p. 442: “O exame sob os prismas do ônus e do poder foi complementado pelo dos deveres processuais. Procurou-se evidenciar o componente ético que norteia não apenas o exercício da jurisdição, mas especialmente o vínculo que existe entre prova e partes; e não apenas entre prova e juiz. Assim, destacou-se o relevante papel que a produção de antecipada de prova, mesmo quando desligada do requisito da urgência, desempenha em relação ao princípio de lealdade e ao dever de veracidade. Como foi dito, quanto mais o sistema está aberto a antecipar medidas de instrução, maior a amplitude dos elementos fornecidos às partes para avaliação de suas chances e riscos no futuro e eventual processo. E quanto maior a amplitude da cognição prévia acerca da controvérsia, desde que preservados critérios racionais, mais se pode exigir eticamente das partes em juízo, relativamente ao dever de veracidade. Além disso, a hipótese inicialmente fixada foi confirmada pela demonstração de que verdadeira colaboração ou cooperação dos sujeitos parciais é dada quando lhes é possível, de alguma forma, pré-constituir prova”.

⁵¹⁵ DALL’ALBA, Felipe Camilo. A ampla defesa como proteção dos poderes das partes: proibição de inadmissão da prova por já estar convencido o juiz. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 93-106, p. 100.

⁵¹⁶ “Più delicata è la riflessione sulle nunciazione secondo cui i fatti già provati non hanno bisogno di prova. Questa enunciazione, a prima vista banale, trova riscontro normativo nellart. 209 là dove dispone che il giudice dichiari chiusa l’istruzione quando egli ravvisa superflua, per i risultati già raggiunti, la ulteriore assunzione. La norma, direi, è banale là dove consente al giudice di non assumere altri mezzi di prova diretti a corroborare l’opinione che egli si è già formato sulla base di quelli già assunti; diviene delicatissima, invece, là dove consente al giudice di emanare il c.d. giudice di superfluità nonostante che i mezzi di prova nacora da assumere siano diretti a contrastare l’opinione che egli si è già formato sulla base di quelli già assunti. A fronte di coloro che, sulla base del c.d. diritto alla prova, contestano radicalmente una simile (seconta) possibilità (o considerano lart. 209 in parte qua costituzionalmente illegittimo), altri ritengono che il carattere pratico del processo e l’esigenza che Esso abbia una fine giustificata l’esistenza e l’uso di una norma quale lart. 209, in parte qua faccia un uso particolarmente attento e soprattutto dia conto nella motivazione Del provvedimento delle ragioni che sono alla base del suo giudizio di superfluità (consentendo in tal modo un controllo anche in cassazione ai sensi dellart. 306 n. 5).” (*Lezioni di diritto processuale civile*. 4ª ed. Napoli: Jovene, 2002, p. 408).

todavia, caso os meios probatórios pretendidos sejam em sentido contrário ao constante do processo, não podem ser desconsiderados, pois a reconstrução pode alcançar resultado diverso do que aquele constante do processo⁵¹⁷.

Ultrapassada esta etapa de admissão da prova, algumas questões devem ser ponderadas no que diz respeito à produção da prova em si.

Conforme já se afirmou alhures, o direito à prova não é ilimitado, de modo que a lei traz limites para a dilação probatória. Com efeito, as provas documentais devem ser produzidas no momento adequado. Pela regra estampada no artigo 396, do Código de Processo Civil, o autor deve instruir a petição inicial com os documentos que comprovem suas alegações; por sua vez, a oportunidade para que o réu produza provas documentais para demonstrar suas alegações é em sua defesa.

Todavia, essa regra é temperada pelo artigo seguinte, que autoriza que o autor junte aos autos documentos relativos a fatos supervenientes ou para contrapor aos argumentos trazidos pelo réu, sendo a mesma prerrogativa conferida ao réu.

A jurisprudência cuidou do assunto, decidindo de maneira reiterada que os documentos que devem instruir a exordial (bem como aqueles que obrigatoriamente devem ser apresentados quando da defesa do réu), são aqueles estritamente necessários para comprovar sua causa de pedir, é dizer, os documentos que sejam indispensáveis à propositura da ação (ou a resposta)⁵¹⁸. Este entendimento acabou por mitigar a regra prevista no artigo 396, do Código de Processo Civil, sobrepondo o direito material em mira ao formalismo.

Se de um lado o Código permite que provas documentais sejam carreadas aos autos “em qualquer tempo”, e a jurisprudência entende possível que sejam apresentados posteriormente documentos que não sejam imprescindíveis à propositura da demanda, essas assertivas não permitem que o litigante as utilize a fim de surpreender a parte adversária ou o juízo.

Essa vedação, criada pela doutrina⁵¹⁹ e pela jurisprudência⁵²⁰, tem alto teor de

⁵¹⁷ *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970, p. 78.

⁵¹⁸ STJ, REsp 4163/RJ, 1ª T., Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 04.02.1991, p. 563.

⁵¹⁹ “Não está, pois, em conformidade com a lei ocultar documento para só apresentá-lo em outra oportunidade, causando surpresa não só ao juiz como à parte contrária. Quem assim procede age com deslealdade” (BUZAID, Alfredo. *Processo...*, p. 97).

⁵²⁰ STJ, 4ª T., REsp 431716/PB, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 19.12.2002 p. 370: “Somente os documentos tidos como indispensáveis, porque ‘substanciais’ ou ‘fundamentais’, devem acompanhar a inicial

moralidade, além de constituir homenagem ao princípio do contraditório ou audiência bilateral.

Como já se disse, o artigo 358, do Código de Processo Civil, que cuida das hipóteses de recusa à exibição de documento ou coisa, demonstra preocupação do legislador com a probidade na conduta das partes. Desnecessário esforço para compreender que tais considerações jurisprudenciais acerca da atividade probatória das partes estão intrinsecamente ligadas à concepção adequada do princípio do contraditório, consubstanciando dever de colaboração e lealdade processual.

Ainda em sede probatória, TARUFFO sustenta ser dever do juiz, mesmo à míngua de previsão legal, provocar o prévio contraditório das partes acerca de presunções simples e provas atípicas⁵²¹. Vislumbra-se, aí, um dever imposto ao magistrado, não previsto em lei, decorrente da adequada concepção do contraditório. É exemplo de dever de cooperação imposto ao julgador.

Explica o autor que, nessas situações, a decisão não deriva de um contraditório das partes sobre a prova, mas da escolha autônoma do juiz, sem qualquer discussão ou contestação das partes, se enquadrando no fenômeno da “*decisão surpresa*”, lesivo à garantia de defesa⁵²². Percebe-se que o mestre italiano infere de tal circunstância, a afronta ao contraditório na formação do convencimento judicial⁵²³, o que remete ao tema do

---

e a defesa. A juntada dos demais pode ocorrer em outras fases e até mesmo na via recursal, desde que ouvida a parte contrária e inexistentes o espírito de ocultação premeditada e de surpresa do juízo”.

⁵²¹ Il diritto..., p. 106: “[...] si è proposto di recente di interpretare l’art. 183, comma 2 in modo da derivarne l’obbligo del giudice di provocare il previo contraddittorio delle parti sulle presunzioni semplici e sulle prove atipiche, ma tale interpretazione non sembra corrispondere né alla lettera né alla ratio della norma, pur esprimendo un’esigenza di fondamentale importanza. A quanto pare, del resto, la giurisprudenza continua ad essere del tutto insensibile alla necessità dell’attuazione effettiva del contraddittorio nella formazione del convincimento del giudice”.

⁵²² Idem, p. 103: “Si tratta in altri termini di situazioni nelle quali la decisione non deriva dal contraddittorio delle parti sulle prove, ma da autonome scelte del giudice, sottratte a qualunque previa discussione o contestazione delle parti. Su situazioni di questo genere, notoriamente frequenti nella prassi, si innesta naturalmente il fenomeno della ‘terza via di decisione’ o della ‘decisione a sorpresa’, giustamente indicato come lesivo della garanzia della difesa. Al riguardo mette conto di rilevare che in realtà il vizio non sta nel fatto che il giudice scelga come più attendibile una versione dei fatti controversi che non coincide né con quella proposta dall’attore né con quella proposta dal convenuto (il che è ritenersi perfettamente lecito), bensì nel fatto che tale scelta si fondi su elementi non previamente noti alle parti (o non previamente noti come rilevanti al fini della decisione), sui quali quindi esse non hanno potuto svolgere difese e deduzioni probatorie. Ciò che rileva non è quindi, per così dire, la ‘terzietà’ della soluzione adottata dal giudice, ma il suo essere adottata ‘a sorpresa’ (il che può peraltro avvenire anche quando il giudice adotti la versione dei fatti proposta da una parte, se lo fa sulla base di elementi probatori non noti alle parti come rilevanti prima della decisione)”.

⁵²³ Idem, p. 104: “Le parti vengono infatti private non solo della possibilità di dedurre prove contrarie, ma di qualunque possibilità di conoscere e di discutere preventivamente la ricostruzione dei fatti sulla quale il giudice tende a fondare la decisione: viene a mancare, in altri termini, il contraddittorio nella formazione del convincimento del giudice”.

presente trabalho.

O contraditório, ademais, lido como dever de participação e com efetivo poder de influência na decisão⁵²⁴, não admite que o magistrado decida de maneira a surpreender as partes sem que previamente tenham se manifestado a respeito, tal qual ocorre nas questões cognoscíveis de ofício⁵²⁵.

O princípio da cooperação também é invocado como sustentáculo da dinamização das regras de ônus da prova.

Como se sabe, o Código de Processo Civil, no artigo 333, atribui o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Desta feita, o legislador processual levou em consideração a eficácia jurídica do fato a ser provado, atribuindo o ônus àquele que tem interesse em fazer prova do fato⁵²⁶. Ora, interessa ao autor provar o fato constitutivo do seu direito, tanto quanto ao réu interessa provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. É o que a doutrina denomina de ônus estático, uma vez que a distribuição é feita *ope legis*, sistema que apresenta a virtude da previsibilidade, mas a sua aplicação muitas vezes pode redundar em injustiças⁵²⁷.

É certo, outrossim, que tais ônus podem ser convencionalmente distribuídos de maneira diversa, desde que não recaiam sobre direito indisponível e não tornem excessivamente difícil o exercício do direito a uma das partes⁵²⁸.

O microssistema consumerista, por sua vez, prevê dentre os direitos básicos do consumidor, a facilitação da defesa de seus direitos, “inclusive com a inversão do ônus da

---

⁵²⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *O advogado, a jurisprudência e outros temas de processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 212: “O contraditório, ademais, deve igualmente ser observado no desenvolvimento do processo, para que ambos os protagonistas, em franca colaboração com o juiz, possam efetivamente participar e influir no provimento final”.

⁵²⁵ Vide Capítulo, n. 7.

⁵²⁶ “Parte-se da premissa, explícita ou implícita, de que o maior interessado em que o juiz se convença da veracidade de um fato é o litigante a quem aproveita o reconhecimento dele como verdadeiro, por decorrer daí a afirmação de um efeito jurídico a ele desfavorável. Semelhante interesse naturalmente estimula a parte a atuar no sentido de persuadir o órgão judicial de que o fato de veras ocorreu – numa palavra: de prová-lo” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. In: _____. *Temas de direito processual civil*, Segunda Série, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74).

⁵²⁷ MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto do novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*. Ano 37, n. 208, p. 295-316, jun. 2012, p. 301.

⁵²⁸ É a única conclusão que se pode chegar a partir de uma interpretação *a contrario sensu* do parágrafo único, do art. 333, do Código de Processo Civil.

prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” (art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90).

A doutrina adverte que a hipótese não se trata, em verdade, de “inversão” do ônus, mas de redistribuição ou de correta imputação a uma das partes, por obra do juiz, do encargo de produzir determina prova⁵²⁹.

Ao tratar sobre as regras de ônus da prova, e a sua possibilidade de flexibilização, oportuno trazer à colação a lição de DINAMARCO sobre o tema, no sentido de que a relativização do binômio direito-processo decorrente da visão instrumentalista da função jurisdicional e do sistema processual como um todo, “conduz à intensa preocupação por não fazer do processo um sistema de óbices e dificuldades ao primado do direito”⁵³⁰.

Ora, partindo da premissa de que a técnica processual não pode figurar como impedimento à fruição ou defesa de direitos, defende o autor a relativização do ônus da prova, reduzindo o seu peso. DINAMARCO faz questão de frisar que não defende a supressão do *ônus probandi* da técnica processual, mas combate os exageros no seu dimensionamento, de maneira que se busca “banir os preconceitos em prol de soluções que mais correspondam à sensibilidade do juiz”⁵³¹.

DANILO KNIJNIK sustenta que em algumas situações, a aplicação das regras sobre ônus da prova pode acarretar manifesta injustiça, a inviabilizar o acesso útil ao Poder Judiciário, em afronta ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal⁵³².

Aliás, mesmo fora da relação de consumo, existem vozes defendendo a dinamização das regras de ônus da prova, de maneira a impor o ônus da prova à parte que melhor tenha condições de produzi-la.

Daí falar-se em distribuição dinâmica dos ônus da prova, que se opera *ope judicis*, a fim de minorar as injustiças causadas pelo sistema de ônus estanque, na medida em que

⁵²⁹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Guilherme Recena. Formalismo processual e dinamização do ônus da prova. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo. (coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). *Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 373-388, p. 379.

⁵³⁰ *A instrumentalidade...*, p. 299-300.

⁵³¹ Idem, p. 300.

⁵³² Alerta KNIJNIK às situações em que: “a aplicação das regras sobre o ônus da prova flerta, perigosamente, com a impossibilidade de provar, beirando a inutilidade da ação judiciária, com a vedação oculta de acesso efetivo à justiça” (As (perigosíssimas) doutrinas do 'ônus dinâmico da prova' e da 'situação de senso comum' como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 942-951, p. 944).

permite uma análise das especificidades concretas das relações conflituosas⁵³³.

A teoria das cargas probatórias dinâmicas, em oposição às regras de ônus da prova estático, visa a impor o ônus de prova àquele que, segundo as circunstâncias do caso concreto, está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-la, seja ele autor ou réu, independente de se tratar de fatos constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos⁵³⁴.

A sua aplicação é muito mais complexa do que aquela que é feita na hipótese de distribuição estática. Nesta, basta ao magistrado identificar quem é autor, quem é réu, o que é fato constitutivo e o que é fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, de modo que se o autor não se desincumbiu da prova dos fatos constitutivos, a sentença deverá ser de improcedência, caso contrário, se o réu não conseguir comprovar as alegações referentes a fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, a sentença será de procedência. Já no ônus dinâmico, o juiz deverá aprofundar a análise na relação conflituosa, a fim de “conhecer as peculiaridades do direito material e características dos sujeitos nela envolvidos, para se concluir pela maior ou menor facilidade de uma das partes em produzir determinada prova”⁵³⁵.

A proposta para o Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010)⁵³⁶, conquanto mantenha a distribuição tradicional das regras de ônus da prova, possibilita ao magistrado que, considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, distribua de modo diverso o ônus da prova, impondo à parte que estiverem melhores condições de produzi-la⁵³⁷. Não se trata, portanto, da adoção do sistema dinâmico – em verdade, o sistema estático é mantido, possibilitando-se ao magistrado, atento às particularidades do caso concreto, a inversão do *ônus probandi*⁵³⁸.

Embora a inovação seja bem vista pela doutrina, é certo que o dispositivo pode ser

⁵³³ MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus..., p. 302.

⁵³⁴ ALVES, Maristela da Silva. Esboço sobre o significado do ônus da prova no processo civil. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007, p. 214.

⁵³⁵ MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus..., p. 303.

⁵³⁶ Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

⁵³⁷ O dispositivo foi renumerado (para o artigo 358), mas a sua redação foi preservada na íntegra, por ocasião do Relatório do Senador Valter Pereira, na Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil.

⁵³⁸ MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus..., p. 309.

aperfeiçoado, para o fim de explicitar os limites de sua incidência (e, assim, evitar que “o seu uso indiscriminado possa gerar decisões tão ou mais injustas do que as que se pretendia evitar”⁵³⁹).

O dispositivo encontra correspondência no direito comparado, especialmente, no direito espanhol. Com efeito, a *Ley de Enjuiciamiento Civil*, em seu art. 217, prevê divisão tradicional do ônus da prova, impondo, como regra, ao autor a prova dos fatos constitutivos do seu direito, e ao réu a prova dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor⁵⁴⁰. Todavia, no art. 217.7, dispõe que a aplicação das regras de distribuição do ônus da prova deve ter presente a disponibilidade e a facilidade probatória que corresponde a cada uma das partes em litígio.

Em sentido semelhante dispõe o art. 519, 2, Código de Processo Civil português, que prevê a aplicação de multa, sem prejuízo de outras medidas coercitivas e da inversão do ônus da prova, contra a parte que se recuse injustificadamente a colaborar para a descoberta da verdade. Incide, pois, às últimas consequências, o dever de colaboração, com a ressalva de que a recusa será legítima se a obediência importar em violação da integridade física ou moral; na intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações; ou na violação do sigilo profissional, de funcionários públicos ou segredo de Estado. De igual sorte, o art. 456, 1, determina que aquele que pratica omissão grave do dever de cooperação litiga de má-fé, podendo a parte ser condenada ao pagamento de multa e indenização à parte contrária⁵⁴¹.

Como se viu, dentre outras sanções previstas para o descumprimento do dever de colaborar para a descoberta da verdade, o estatuto processual português prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova.

Ao que parece, com o andamento do Projeto de novo Código de Processo Civil, nosso sistema processual caminha para a manutenção do sistema estanque, com a

---

⁵³⁹ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus...*, p. 231. O autor assevera a necessidade de enfatizar a aplicação excepcional da teoria, restrita aos casos em que a repartição do *onus probandi* acabe por onerar a parte que esteja em situação de inferioridade probatória, ao passo que a outra se encontra em melhores condições profissionais, técnicas ou fáticas para produzir a prova; também destaca ser imperioso que o juiz especifique, o fato a respeito do qual se opera a modificação do ônus, em decisão fundamentada (Idem).

⁵⁴⁰ A lei espanhola também é clara em tratar as regras de ônus da prova como critério de julgamento, uma vez que as insere no capítulo destinado à sentença, e dispõe expressamente que devem ser aplicados no momento de ditar a sentença ou resolução semelhante, quando se considerarem duvidosos fatos relevantes para a decisão (cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Direito processual civil espanhol*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: LEX, 2010, p. 71-112, p. 89).

⁵⁴¹ COELHO, Gláucia Mara. *Direito processual civil português*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: LEX, 2010, p. 285-331, p. 293-294.

possibilidade de modificação, no que se aproxima do modelo espanhol.

Todavia, mesmo diante do atual sistema processual há quem defenda a possibilidade de dinamização das regras de ônus da prova fora das hipóteses expressamente contempladas pela lei (no Código de Processo Civil e na legislação extravagante).

LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART defendem que a regra de ônus da prova decorre do direito material, razão pela qual as particularidades do direito substancial permitem a modificação das regras, independente de previsão legal. Desta forma, a inversão do ônus da prova não pode se limitar às relações de consumo. Defendem os autores que:

[...] em regra, o juiz deve procurar uma convicção de verdade e, por isso, deve julgar com base na regra do art. 333 em caso de dúvida, vale dizer, quando o autor não o convencer da existência do fato constitutivo. Porém, particulares situações de direito material exigem que o juiz reduza as exigências de prova, contentando-se com uma convicção de verossimilhança. Nesses casos, ainda que o autor possa produzir prova, o próprio direito material demonstra que o processo, para tratá-lo de maneira adequada e efetiva, não pode exigir mais do que uma convicção de verossimilhança. Ao lado disso, há situações em que ao autor é impossível, ou muito difícil, a produção da prova do fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou mais fácil, a demonstração da sua inexistência, o que justifica a inversão do ônus da prova. Ademais, há casos em que a prova é impossível, ou muito difícil, para ambas as partes, mas a impossibilidade de esclarecimento do fato constitutivo deve pesar sobre o réu, quando a inversão do ônus da prova também se impõe⁵⁴².

Há quem impute o ônus da prova, com sustentáculo no dever de colaboração, à parte com maior facilidade técnica ou econômica para produzi-la, abrindo a possibilidade, inclusive, de inversão do custeio da prova⁵⁴³.

Partindo de um modelo de processo civil cooperativo, DANIEL MITIDIERO sustenta que a possibilidade de dinamizar o ônus da prova, fundamentando a partir do caso concreto a repartição do encargo probatório, decorre da “necessidade de velar-se por uma efetiva igualdade entre as partes no processo e por uma esmerada observação dos deveres de

⁵⁴² *Prova*. São Paulo: RT, 2009, p. 188-190.

⁵⁴³ AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1500, 10 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10264>>. Acesso em: 16 out. 2012, p. 14: “É indubitável que, à luz da Teoria Dinâmica de Distribuição do ônus da Prova, ao juiz é dado uma maior discricionariedade na avaliação da distribuição das regras desse ônus colimando gerar um maior entrosamento e colaboração das partes com o órgão jurisdicional como corolário direto dos princípios da solidariedade, cooperação, boa-fé, dentre outros. Se ao analisar a lide posta ao seu crivo, o juiz identificar que pelos mandamentos da lei o ônus da prova recai sobre a parte mais desprovida, de algum modo, de condições de suportá-lo, a partir deste instante ele deverá mudar as regras do jogo, modificando a distribuição do ônus da prova em benefício daquela parte técnica ou economicamente hipossuficiente”.

cooperação nos domínios do direito processual civil, notadamente do dever de auxílio do órgão jurisdicional para com as partes”⁵⁴⁴.

FREDIE DIDIER JR. defende a aplicação da distribuição dinâmica, a partir de uma interpretação sistemática das regras de ônus da prova, iluminadas pelos princípios da cooperação, isonomia e adaptabilidade do procedimento⁵⁴⁵.

O princípio da cooperação também é invocado pela doutrina estrangeira como sustentáculo da dinamização das regras de ônus da prova. No mesmo sentido defende ROBERTO OMAR BERIZONCE, sustentando que um dos consectários do dever de colaboração das partes em matéria probatória, é a imposição do ônus da prova à parte que, segundo as circunstância do caso e da relação ou da situação jurídica que baseiam o conflito, se encontre em condições técnicas, profissionais ou fáticas para a subministrar, seja ele autor ou réu no processo. Afirma que a teoria das “cargas probatórias dinâmicas” supõe a alteração do ônus em função do dever de cooperação com o órgão judicial, sem se inquirir o interesse da parte⁵⁴⁶.

Há quem sustente a superioridade do sistema estático, mas admita que excepcionalmente seja dinamizada a distribuição do ônus, a fim de evitar a *probatio diabolica*⁵⁴⁷.

Também como decorrência do devido processo legal, sustenta-se a possibilidade de se aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova conforme as particularidades do caso concreto, “pois não seria correto falar em processo ‘devido’ nos casos em que um litigante está sujeito a *probatio diabolica*’ e o princípio da cooperação (pois a parte que se encontre numa situação privilegiada em relação à prova deve colaborar e suportar a carga

⁵⁴⁴ Colaboração..., p. 126-127.

⁵⁴⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. 2. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 62.

⁵⁴⁶ El principio de colaboracion procesal y el régimen de la prueba. In: *La Prueba: homenaje al maestro Hernando Devis Echandía*. Colômbia: Editora Universidad, 2002, p. 385-401, p. 391. Acrescenta que: “A esa finalidad tan transcendente tiende la afirmación del deber de colaboración de las partes en el tramo de la prueba, uno de cuyos consectarios se traduce en la imposición de la carga de aportación a la parte que, según las circunstancias del caso y la relación o situación jurídica base del conflicto, se encuentre en condiciones técnicas, profesionales o fáticas para suministrarla, con prescindencia de la calidad del actor o demandado en el proceso. Lo que se conoce como ‘cargas probatorias dinámicas’, que suponen el desplazamiento del ônus en función del deber de cooperación con el órgano, sin refugiarse en el interés de la parte”. Além disso, o autor defende que: “En esse esquema, la adjudicación excepcional del onus probatorio a la parte en mejores condiciones objetivas para suministrar la demostración de los hechos decisivos a fin de la mejor solución de la causa, integra el catálogo ampliado de las potestades judiciales, a condición de salvaguardar la garantía de la defensa a través de la operatividad del contradictorio, que impide la atribución sorpresiva de la carga. La conjunción armónica de unas y otras, en un equilibrio dinámico, checks and balances, nutre la justicia del caso objetivo de siempre del sistema de justicia.” (Idem, p. 400-401).

⁵⁴⁷ KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas)..., *passim*.

probatória”⁵⁴⁸.

DANILO KNIJINICK assevera, ainda, a possibilidade de redistribuir o ônus da prova em razão da vedação do *venire contra factum proprium*, visto na conduta extraprocessual de alguém que espera até o último dia do prazo prescricional para ajuizar ação e, com tal comportamento, vem a tornar inalcançáveis provas outrora disponíveis para a defesa do réu⁵⁴⁹. Conquanto somente seja possível se verificar a aplicabilidade de tal formulação à luz das peculiaridades do caso concreto, não parece ser desarrazoado o raciocínio do autor. Também parece ser um desdobramento processual⁵⁵⁰ da cláusula geral de boa-fé.

Adverte, contudo, KNIJINICK para os limites imanentes à dinamização: que o litigante dinamicamente onerado se encontre em posição privilegiada, por fato culposo da parte contrária ou por violação dos deveres de cooperação por um dos litigantes – neste caso, se a recusa vem a dificultar a produção da prova pela parte adversária, a solução a ser aplicada seria a imposição de sanções pela litigância de má-fé, ao passo que se a recusa inviabiliza a produção da prova, é o caso de dinamização, invertendo-se o ônus da prova, desde que não gere uma *probatio diabolica* reversa. Assevera, ainda, a necessidade de intimar previamente as partes a respeito da dinamização do ônus no caso concreto, fundamentando a sua decisão⁵⁵¹.

A fim de preservar a segurança e não banalizar o deslocamento do ônus da prova, PAULO LUCON e GUILHERME RECENA COSTA sustentam que aquele que assim postular, deve demonstrar não só que a outra parte está em melhores condições de produzir a contraprova: é mister que demonstre que ela própria está impedida de fazê-lo⁵⁵².

Além disso, referidos autores advertem que a transferência do encargo não diz respeito ao *thema probandum* como um todo, mas tão-somente em relação ao aspecto fático específico marcado pela desigualdade probatória, além de não poder criar prova impossível para a parte contrária⁵⁵³. Por fim, também ressaltam a necessidade de a

⁵⁴⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor como técnica de distribuição dinâmica da carga probatória. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Oliveira Rocha, vol. 75, p. 105-113, jun. 2009, p. 107.

⁵⁴⁹ As (perigosíssimas)... p. 945.

⁵⁵⁰ Mais uma vez, sobre a natureza jurídica processual das normas probatória, v. REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza...*, *passim*.

⁵⁵¹ KNIJINICK, Danilo. As (perigosíssimas)..., p. 947-948.

⁵⁵² Formalismo..., p. 382.

⁵⁵³ Idem. “Sua aplicação destina-se a contornar a *probatio diabólica*, garantindo a efetiva igualdade das partes no processo; seu limite, portanto, também é imposto pela igualdade: não se pode criar uma nova prova diabólica reversa, situação que apenas cancelaria nova desigualdade e injustiça. A igualdade é, a um só tempo, fundamento e limite para a dinamização” (p. 386).

dinamização vir acompanhada da oportunidade para desempenhar o encargo pela parte que passou a ser onerada, razão pela qual sustenta que o momento adequado para esta decisão é na audiência preliminar ou na decisão de saneamento, mas não no momento da sentença, a fim de garantir o contraditório e os deveres de colaboração do juiz no processo⁵⁵⁴.

Em sentido contrário, MARCELO PACHECO MACHADO posiciona-se frontalmente contra o dever de alerta, sustentando que este novo incidente cognitivo aumentaria a complexidade do procedimento e, por ser impassível de impugnação por agravo de instrumento (art. 969, do PCL 8.046/2010), fomentaria a utilização de sucedâneos recursais, como o mandado de segurança. Em segundo lugar, entende que a decisão quanto à distribuição dos ônus geraria posição de grande comodidade para o sujeito desonerado, que tenderia simplesmente a aguardar pela não produção de provas da parte contrária, deixando de contribuir para a instrução probatória. Em terceiro lugar, aventa problema de ordem prática, pois na fase de saneamento do processo (art. 342 do PLC 8.046/2010), em muitos casos, o juiz, analisando somente a prova documental produzida pelas partes, não teria adequadas condições de avaliar a maior facilidade de uma das partes na produção de determinada prova, de modo que tal juízo seria estabelecido de maneira mais adequada no curso da própria produção de provas⁵⁵⁵.

O autor parte da premissa que a adoção da teoria do ônus dinâmico avulta o dever de cooperação, na medida em que tal possibilidade exige a participação de todos os sujeitos processuais, sob o risco de poderem ser afetados por regra de julgamento, o que os deve estimular a contribuir, com todos os recursos disponíveis, para a produção das provas necessárias ao conhecimento da relação conflituosa trazida a julgamento. Tal circunstância, ainda em conformidade com o mesmo autor, impede que as partes ocultem ou se abstenham de produzir provas necessárias, propiciando que o processo gere resultados mais próximos da realidade, sem que se cogite de surpresas processuais (pois as partes têm prévia ciência de que, caso não apresentem toda a prova que teriam a possibilidade de produzir, passarão a correr o risco de uma sentença desfavorável em função dessa omissão)⁵⁵⁶.

Analisando-se as críticas aventadas, percebe-se que as preocupações têm sua razão de ser, mas devem ser tomadas com cautela.

---

⁵⁵⁴ Idem, p. 386.

⁵⁵⁵ Ônus..., p. 312.

⁵⁵⁶ Idem, p. 306.

Evidente que o ideal de um processo cooperativo é que todas as partes colaborem, dentro de suas possibilidades, para a obtenção de uma sentença justa. Entretanto, não se pode olvidar que na medida em que se majoram os poderes do magistrado, em igual proporção deve crescer o diálogo e os deveres do juiz para com as partes, pois este é “o maior e melhor antídoto” contra ilegalidades ou abusos⁵⁵⁷. Neste ponto, é possível vislumbrar dois deveres de cooperação aparentemente em conflito: o dever de cooperação das partes quanto à produção das provas e o dever de diálogo e alerta do juiz para com as partes, de modo que o desempenho desta última poderia mitigar (ou desestimular) o primeiro. Neste conflito, em coerência com a visão de contraditório neste trabalho e a fim de se extremar arbitrariedades e surpresas, parece ser melhor solução a imposição do prévio debate.

Outrossim, a flexibilização das regras de ônus do processo, da forma como se sustenta, só tem cabimento em se tratando da desoneração de uma parte que esteja impedida de produzir uma determinada prova, ao mesmo tempo em que a contraparte tenha condições de fazê-lo, não se vislumbrando com o aviso precedente qualquer prejuízo à cooperação probatória diante deste quadro. Ora, caso a parte desonerada pudesse contribuir a respeito daquela prova específica, não teria sentido cogitar-se em inversão!

Não se nega que tal incidente pode causar delongas no curso do procedimento em primeiro grau, mas esta aparente demora pode ser muito menos perniciosa do que resguardar a inversão ao momento da sentença, de modo a causar surpresas e eventual prejuízo ao contraditório, relegará a discussão à via recursal de impugnação, igualmente (senão mais) lesiva à duração razoável do processo.

Por outro prisma, ELÍCIO DE CRESCI SOBRINHO, baseado na tese de STÜRNER, pondera que ainda que não se rompa com o tradicionalismo da dogmática processual e com a vetusta distribuição do ônus da prova, o dever de esclarecimento (*Aufklärung*) pode impor a qualquer das partes (autor ou réu) compareçam perante o tribunal para eliminar dúvidas sobre suas alegações, distinguindo *prova* de *esclarecimento*. O autor assevera que, embora seja válida a premissa assentada na jurisprudência alemã (do *BGH*) que, em certas circunstâncias, aquele que tem o ônus da prova não pode esperar que a outra parte tenha o dever de provar por ela, tal não anula o dever de esclarecimento que as partes têm para

---

⁵⁵⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação...*, 164.

com o julgador⁵⁵⁸.

É certo que, posteriormente, o *BGH* veio a tomar posição de que não há dever geral de informar, compreendido como a obrigação de uma parte a organizar o material para que a outra parte se sagra vencedora ao final do processo, pois a necessidade de conseguir informações é questão de direito material, e a parte não está obrigada a declinar à outra parte fatos desfavoráveis a si mesma (*nemo contra se edere tenetur*)⁵⁵⁹.

O processualista português MIGUEL TEIXEIRA DE SOUZA sustenta a importância do dever de cooperação na área da prova, uma vez que todos têm o dever de prestar sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitando e praticando os atos que forem determinados (conforme art. 519, n. 1, e art. 209, n. 3, da Constituição da República Portuguesa), de modo que tal dever é independente da repartição do ônus da prova – vincula mesmo a parte que não está onerada com a prova⁵⁶⁰.

YARSHELL pondera que o temor ao dever processual geral de informações tem raízes na proteção a valores como a intimidade, a privacidade e o sigilo, fundados em razões relevantes e fundadas, mas não insuperáveis, mesmo porque tais direitos não são absolutos⁵⁶¹.

Mas ainda que venha a se negar o dever geral de informar, tal não implica em afastar o reconhecimento deste dever no âmbito do direito material⁵⁶², e tal dever pode ser invocado em juízo, influenciando a dinâmica da relação processual.

De qualquer forma, o que se buscou demonstrar foi a relação do dever de cooperação e boa-fé processual no âmbito probatório, notável na possibilidade de flexibilização das regras de ônus probatório. A visão cooperativa do processo, como se vê, deve permear o estudo das provas, com importantes consequências de ordem teórica e pragmática.

---

⁵⁵⁸ *Dever de esclarecimento...*, p. 113. O autor admite que a tese de Stürner não foi apreciada por alguns doutrinadores alemães, mas afirma que ela consubstancia notável contribuição para a compreensão do dever de esclarecimento (Idem).

⁵⁵⁹ FABIAN, Christoph. *O dever...*, p. 104-105. Vide Capítulo III, n. 6, i.

⁵⁶⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de. Estudos sobre o novo processo civil, p. 64.

⁵⁶¹ *Antecipação...*, p. 161-162.

⁵⁶² Em determinadas situações do direito civil, é possível vislumbrar um direito subjetivo à informação para realizar um direito primário. O autor apresenta dois exemplos: a) a utilização indevida de uma patente ou marca de outrem dá o direito ao titular do direito violado a saber como o outro abusou do direito patenteado, bem como qual o lucro que a outra pessoa obteve pela lesão; b) se alguém revela um sigilo empresarial para outra pessoa, tem o direito de saber a quem o sigilo foi comunicado, pois essa relação delitual gera o direito de informação para possibilitar o cálculo do prejuízo ou ainda evitar maiores prejuízos (Idem, p. 106-107).

7. Segue: cooperação nas questões cognoscíveis de ofício

Cognição, em conceito desenvolvido por KAZUO WATANABE que cognição, é a “técnica utilizada pelo juiz para, através da consideração, análise e valoração das alegações e provas produzidas pelas partes, formar juízos de valor acerca das questões suscitadas no processo, a fim de decidi-las”⁵⁶³.

A atividade cognitiva, conquanto não seja a única, é a principal desempenhada no processo de conhecimento, de modo que neste âmbito cabe ao juiz, em regra, decidir todas as questões suscitadas pelas partes. Determinadas questões, contudo, são passíveis de independente de provocação das partes (de ofício); noutras, exige-se que a parte argua.

Aí reside a diferença entre exceção e objeção. Embora seja de rara ocorrência, por vezes o direito material determina a cognoscibilidade de ofício ou *ope exceptiones* de determinada defesa; nas demais hipóteses, quando o direito substantivo não traz esta definição, ensina HEITOR SICA, que a defesa (direta ou indireta) mostra-se, como regra, dispensável para que seja considerada no julgamento do mérito, pois, salvo nos casos em que a lei textualmente exige iniciativa do interessado, as demais matérias podem ser conhecidas de ofício⁵⁶⁴.

Feitas tais considerações preliminares, o estudo adequado acerca do papel do contraditório nas questões cognoscíveis de ofício sugere uma breve incursão no direito estrangeiro.

No direito alemão, a responsabilidade do magistrado em conduzir o processo de maneira a obter uma solução justa, rápida e econômica da disputa, impõe ao juiz a função de promover o esclarecimento do caso (*Aufklärungspflicht*)⁵⁶⁵.

De acordo com o § 139, da ZPO⁵⁶⁶, o juiz tem o dever de apresentar “*hints and*

⁵⁶³ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 41.

⁵⁶⁴ *O direito...*, p. 165-166.

⁵⁶⁵ CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Direito Processual Civil Alemão. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: LEX, 2010, p. 11-54, p. 21.

⁵⁶⁶ **§ 139 Materielle Prozessleitung**

(1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen.

(2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf

feedbacks” (*Hinweispflicht*⁵⁶⁷) às partes e advogados sobre questões fáticas e jurídicas, de modo a não surpreendê-los⁵⁶⁸. Por seu turno, o item nº 3 do mesmo parágrafo é expresso ao dever de consultar as partes mesmo no que diz respeito às questões cognoscíveis de ofício.

Frise-se que referido dispositivo – o §139 da ZPO – é visto pela doutrina como um dos pilares da garantia ao processo justo⁵⁶⁹, o que bem demonstra a importância central do dever de cooperação para a garantia do processo equo.

Reforçando o dever de o juiz obter esclarecimentos, o § 193, veda que a decisão se fundamente em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou valorado de maneira diferente da que parece correta à corte, exceto se o julgador indicar esta circunstância e oportunizar a manifestação dos interessados⁵⁷⁰.

Com tais disposições, visa o legislador a uma solução completa da controvérsia nas hipóteses em que as partes não tenham invocado e produzido provas suficientes para poder atingir seus objetivos no processo, de modo que o juiz tem “[...] um papel ativo tendente a fazer com que as partes se expressem integralmente sobre os pontos necessários à solução do litígio”⁵⁷¹.

E a jurisprudência alemã cuidou de dar efetividade às disposições legais impondo o dever de consultar as partes, tutelando o direito de ser ouvido na demanda⁵⁷².

---

hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien.

(3) Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen.

(4) Hinweise nach dieser Vorschrift sind so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen. Ihre Erteilung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Gegen den Inhalt der Akten ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig.

(5) Ist einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich, so soll auf ihren Antrag das Gericht eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann.

⁵⁶⁷ “O §139 da ZPO já consagrava, em semelhante perspectiva, o chamado *Hinweispflicht*, isto é, o dever do órgão judicial de providenciar para que as partes elucidassem de modo completo todos os fatos relevantes e indicassem as provas respectivas, incumbindo-lhe, na medida da necessidade, discutir com os litigantes os aspectos fáticos e jurídicos do pleito e formular-lhes perguntas” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. In: _____. *Temas de direito processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201-202).

⁵⁶⁸ MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *German Civil Justice*. Carolina Academic Press, 2004, p. 164-165.

⁵⁶⁹ RAGONE, Álvaro J. Pérez; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. *Código Procesal Civil Alemán* (ZPO). Montevideo: Konrad-Adenauer, 2006, p. 50.

⁵⁷⁰ CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Direito...*, p. 22.

⁵⁷¹ GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética, e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p.173-187, p. 175.

⁵⁷² “En relación con ello hay que recordar que el Tribunal Constitucional Federal (BVerfGE) se pronunció claramente en favor de la tutela del derecho a ser oído y del derecho de defensa sobre la base de esta

Também no direito português existe disposição semelhante. Com efeito, a atual redação do art. 3º do Código de Processo Civil Português dispõe que o juiz deve observar e fazer cumprir o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, "decidir de questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre ela se pronunciarem".

Além disso, o art. 266, 1, determina aos magistrados, advogados e às próprias partes o dever de cooperarem entre si, com a finalidade de obterem com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

Com efeito, a doutrina aponta o desdobramento do princípio da cooperação em quatro deveres essenciais por parte dos órgãos julgadores: dever de esclarecimento; de prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das alegações ou pedidos; dever de auxiliar as partes em casos de dificuldades para o exercício de seus direitos e faculdades; e, finalmente, o dever de consultar as partes sempre que pretender conhecer de matéria sobre a qual não tenham tido a possibilidade de manifestação e dever⁵⁷³.

O direito italiano também contempla regra análoga. Desta feita, o artigo 101 do *Codice di Procedura Civile* impõe ao juiz que, salvo se a lei dispuser em sentido diverso, não decida sobre alguma demanda se a parte contra a qual foi proposta a demanda não tiver sido regularmente citada e não tiver comparecido⁵⁷⁴, e, em sua parte final, o dispositivo impõe a pecha de nulidade às decisões fundamentadas em matéria conhecida de ofício sem que o juiz tenha franqueado a manifestação das partes em contraditório⁵⁷⁵.

---

disposición en su aplicación extralimitada. El tribunal debe ejercer un debido control dentro del proceso, en relación con las afirmaciones de las partes, indicando a estas debidamente lo correspondiente a las cuestiones de hecho y de derecho discutidas. En este sentido se pronunció la jurisprudencia, sobre las sentencias defectuosas, cuando estas se alude a cuestiones de hecho determinadas en absoluta contradicción con las presentaciones escritas de las partes (así el Tribunal Superior de Colonia). En el mismo sentido, por ejemplo, en caso que el tribunal pretende fundar su punto de vista jurídico de una manera clara en argumentos que nunca fueron presentados por las partes, está obligado a discutirlo con estas, a efectos de que ellas puedan manifestarse al respecto (tribunal de Múnich). A respeito se pronunció concordante el Tribunal Constitucional Federal, como el Tribunal Superior Federal. Entendió que las cosas evidentes vinculadas a las cuestiones de hechos conocidas em tanto formen parte de la discusión deben ser aclaradas y tratadas con las partes." (RAGONE, Álvaro J. Pérez; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. *Código...*, p. 52-53).

⁵⁷³ COELHO, Gláucia Mara. *Direito...*, p. 293. Vide: Capítulo III, n. 6, *iii*.

⁵⁷⁴ Sobre a expressão "salvo se a lei dispuser de modo diverso", esclarece LUIZ EDUARDO PACÍFICO que se refere a providimentos urgentes (cautelar e/ou antecipatórios), além dos decretos relativos aos processos injuncionais, mas: "isto não quer dizer que em tais situações o contraditório seja abolido. Ele é apenas diferido" (Direito processual civil italiano. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: LEX, 2010, p. 245-284, p. 256).

⁵⁷⁵ **Art. 101. (Principio del contraddittorio).** Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a

A doutrina italiana enxerga o contraditório para além da garantia da paridade de armas do processo, mas também como técnica destinada a incitar a colaboração dos sujeitos processuais, em busca da justiça substancial: partes e juiz devem atuar em colaboração, para que os fatos sejam esclarecidos da melhor forma possível⁵⁷⁶.

No Código francês, o artigo 16.3⁵⁷⁷ dispõe de maneira similar. De igual sorte, a doutrina reconhece a existência do *principe de coopération* entre partes e o juiz, o que ensejou, de um lado, o auto dos poderes do magistrado para conduzir o processo, e, de outro, a vinculação do próprio juiz ao contraditório, inclusive quando suscita uma questão de direito de ofício⁵⁷⁸.

Na mesma senda é a proposta para o Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010), em seu artigo 10, *in verbis*: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício”⁵⁷⁹. O dispositivo em tela é corroborado por outros três, que determinam a prévia oitiva das partes a respeito das matérias que o juiz deve conhecer de ofício (art. 110), a imprescindibilidade da manifestação das partes para a decretação da prescrição e da decadência (art. 469) e também na constatação de fato novo pelo magistrado (art. 475). E a inovação vem em boa hora, e está afinada “com a moderna ótica da ciência processual, que não admite, em hipótese alguma, a supressa aos litigantes,

---

quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione.

⁵⁷⁶ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Direito..., p. 256. No mais, vide Capítulo IV, n. 6, que trata do dever de cooperação em matéria probatória, onde se encontram transcritas lições de MICHELLE TARUFFO sobre decisões do juiz sem observância do contraditório, causando surpresa às partes (Il diritto..., p. 104-106).

⁵⁷⁷ Article 16. In all circumstances, the judge must supervise the respect of, and he must himself respect, the adversarial principle. In his decision, the judge may take into consideration grounds, explanations and documents relied upon or produced by the parties only if the parties had an opportunity to discuss them in an adversarial manner. He shall not base his decision on legal arguments that he has raised sua sponte without having first invited the parties to comment thereon.

⁵⁷⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. Direito processual civil francês. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: LEX, 2010, p. 113-140, p. 126.

⁵⁷⁹ Em trâmite no Senado quando da elaboração do presente trabalho, o Relatório-Geral elaborado pelo Sen. Valter Piva propõe a inclusão de um parágrafo único, com o seguinte teor: “Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tutela de urgência e nas hipóteses do art. 307”. O artigo 307, por seu turno, refere-se à improcedência liminar, que, na proposta, conta com hipóteses de incidência diversas da do estatuto processual em vigor, vazado nos seguintes termos: “Art. 307. O juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente da citação do réu, se este: I - contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência a decadência ou a prescrição. § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença. § 3º Aplica-se a este artigo, no que couber, o disposto no art. 306”.

decorrente de decisão escudada em ponto jurídico fundamental por eles não alvitado”⁵⁸⁰.

Ocorre que, em nosso ordenamento jurídico atual, não existe disposição legal expressa. À míngua de norma expressa que proíba as decisões-surpresa, há quem sustente elas são possíveis em matéria de apreciação oficiosa pelo juiz ou tribunal, sem que se cogite de nulidade⁵⁸¹.

Contudo, se é certo que o projeto de lei ainda não está em vigor, também não se pode olvidar que, *de lege lata*, é possível reconhecer o dever de consulta às partes, mesmo diante de questões suscetíveis de conhecimento pelo juiz de *sponte propria*, como decorrência do dever de colaboração.

Com efeito, o artigo 267, §3º, do Código de Processo Civil, possibilita ao juiz conhecer, de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, a carência da ação, a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, bem como a perempção, litispendência e a coisa julgada.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE sustenta que o exame de ofício de questões de ordem pública, especialmente aquelas de natureza processual, deve ser precedido de plena participação das partes, de maneira que o juiz, embora possa conhecer destas matérias independentemente de provocação das partes, deve, antes de proferir decisão a respeito, submetê-las à manifestação das partes⁵⁸².

A ampliação dos poderes conferidos ao juiz – ativismo judicial – deve ser acompanhada, como forma de equilíbrio, de uma maior incidência do contraditório (como colaboração entre juiz e partes), “que se acha positivada em alguns ordenamentos estrangeiros e está implícita em nosso sistema à luz da Constituição Federal”⁵⁸³.

A interpretação decorre da conclusão de que qualquer decisão judicial “fundamentada em convicções decorrentes de elementos não submetidos ao debate frustra a efetividade do contraditório, reduzindo injustificadamente o conteúdo da regra

⁵⁸⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC (análise e proposta). Disponível em <www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-3545.pdf>. Acesso em 10.11.2012.

⁵⁸¹ LÚCIO GRASSI DE GOUVÊA conclui desta forma, mas ressalta que, devido o caráter dialético do processo, por força dos princípios do contraditório e da ampla defesa, sempre que possível deve ser garantida às partes a possibilidade de interferirem decisivamente no destino do processo (Cognição..., p. 186).

⁵⁸² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 39.

⁵⁸³ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito...*, p. 164.

constitucional”⁵⁸⁴.

CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, com fundamento em moderna doutrina estrangeira, conclui que o contraditório deve englobar a oportunidade de as partes se manifestarem sobre todas as questões de fato e de direito essenciais para a decisão da causa, pouco importando se o seu conhecimento decorra de decisão voluntária do órgão judicial, ou por imposição da regra do *iura novit curia*⁵⁸⁵.

Com efeito:

[...] a liberdade outorgada ao órgão jurisdicional de eleger a norma a ser aplicada, até mesmo independentemente de sua invocação pelo interessado, não dispensa a colheita de prévia manifestação das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos à solução do litígio, em homenagem à regra do contraditório⁵⁸⁶.

Ainda que a questão seja de ordem pública ou mesmo que o direito material autorize a apreciação de uma determinada questão sem a provocação das partes, a garantia do contraditório impõe ao magistrado que consulte as partes antes de decidir acerca de uma questão sobre a qual não tenham se manifestado as partes, evitando-se que o juiz surpreenda os litigantes⁵⁸⁷.

Daí falar-se em *dever de consultar* como decorrente da garantia do contraditório, na medida em que assegura aos litigantes o poder de tentar influenciar na solução da controvérsia⁵⁸⁸.

Dessa forma, evitam-se as decisões-surpresa – aquela proferidas sem a prévia discussão das partes – ainda que se trate de matéria suscetível de conhecimento oficioso. Não se trata de um debate inútil ou desnecessário, e sim do exercício da garantia de ação e

⁵⁸⁴ Idem, p. 40.

⁵⁸⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O juiz..., p. 12. É neste sentido a previsão legal do sistema processual alemão: “El § 139 ZPO obliga al tribunal, en colaboración con las partes, a la aclaración de la litis. Este deber, que pesa en cabeza del juez, es necesario en tanto y en cuanto las partes y con las partes puedan discutirse las cuestiones de hecho y de derecho”. (RAGONE, Álvaro J. Pérez; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. *Código...*, p. 50).

⁵⁸⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 211.

⁵⁸⁷ PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 164: “Tendo em vista que é defeso ao juiz tomar qualquer medida que represente surpresa aos litigantes, mesmo as questões de ordem pública merecem prévia introdução na demanda. O mero fato do direito material autorizar que o juiz conheça de certas matérias sem a provocação das partes não o dispensa de previamente alertar os demandantes destes pontos. E se mostraria bastante salutar este comportamento por parte do magistrado.”.

⁵⁸⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos..., p. 39-42.

de defesa⁵⁸⁹, que acarreta uma mitigação do corolário do *iura novit curia*, partindo da premissa de que a individualização e a interpretação da norma a aplicar não mais podem ser enxergados como uma prerrogativa intangível e exclusiva do magistrado⁵⁹⁰.

E, de acordo com os ensinamentos de COMOGLIO, o contraditório preventivo não se revela como uma mera faculdade, relegada ao arbítrio do magistrado, mas se impõe como um poder-dever do julgador, na medida em que está atrelado à garantia de acesso a um processo justo, bem como se afigura condição essencial de validade da decisão⁵⁹¹.

Como se vê, ao lado da preocupação dos processualistas modernos com o prazo da entrega da prestação jurisdicional de forma rápida e eficiente, há também a preocupação de que os procedimentos tenham caráter eminentemente dialético, com ampla participação das partes na cooperação com o juiz na busca de uma decisão justa, bem como a participação ativa deste no deslinde do processo.

Por isso, é necessário esclarecer que o conhecimento de ofício é aquele que é possível sem a provocação das partes, mas tal não implica em reconhecer a abstenção do dever de contraditório, aqui entendido como a necessidade de diálogo entre as partes. Ora, o juiz pode agir de ofício, mesmo sem provocação das partes, mas ele é quem deve provocá-las para que se manifestem⁵⁹². Daí divisar-se o conhecimento de ofício (independente de *provocação* das partes) e a decisão-surpresa, como aquela lançada sem a observância do dever de consultar as partes⁵⁹³.

Conhecer de ofício significa que o juiz decide uma determinada questão independentemente de ter sido previamente instado a tanto pelas partes; não significa que possa fazê-lo sem antes dar a oportunidade às partes que se manifestem. Ele, *sponte*

⁵⁸⁹ GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil*, p. 180.

⁵⁹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O juiz...*, p. 12.

⁵⁹¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Acesso alle corti e garanzie costituzionali*, In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanóide de (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 259-280, p. 276: “Oggi, la portata imperativa e l’inderogabilità di quelle garanzie minime, sulle quali si fonda il giusto processo (ai sensi dell’art. 111, 1-2 comma, cost.), sono tali, da esigere che qualsiasi questione, di fatto o di diritto, da cui possa dipendere la decisione finale della causa, sia posta ad oggetto del preventivo contraddittorio fra le parti, anche (e soprattutto) laddove essa sia rilevabile d’ufficio dallo stesso giudice. Quest’ultimo, dunque, non ha il mero potere discrezionale, ma ha un vero e proprio potere-dovere ufficioso di rilevare ed, in quanto abbia rilevato, di indicare (contestualmente) all’attenzione delle parti tali questioni, poiché la loro preventiva trattazione in contraddittorio non può essere soltanto valutata dal giudice come processualmente opportuna (oppure no, in base alle circostanze, per quel che sembra desumersi dal 3 comma dell’art. 183), ma è sempre costituzionalmente necessaria, quale condizione essenziale di validità della susseguente pronunzia decisoria”.

⁵⁹² DIDIER JR., Fredie. *Curso...*, p. 48. Em outras palavras, a autorização para decidir *sem a provocação das partes*, não se confunde com autorização para agir *sem provocar as partes*.

⁵⁹³ “Las conductas contrarias al deber de discusión conducen por regla a las denominadas sentencias sorpresivas” (RAGONE, Álvaro J. Pérez; PRADILLO, Juan Carlos Ortíz. *Código...*, p. 53).

propria, apercebendo-se da possibilidade de reconhecimento de uma questão passível de conhecimento oficioso, deve dar a oportunidade aos litigantes de se manifestarem acerca da questão, chamando-os ao diálogo. Após tal providência, poderá reconhecer ou não a matéria discutida. O diálogo para com as partes pode confirmar a suspeita que levantou o magistrado, ou refutá-la. De qualquer maneira, salutar o debate prévio, assegurada a efetiva possibilidade de influenciar esta decisão.

E nem se alegue – pois já afastado pela moderna doutrina – o “irracional dogma” segundo o qual o juiz que expressa seus pensamentos e sentimentos sobre a causa, durante o processo, estaria prejudgando a demanda e, portanto, ferindo a sua imparcialidade, pois DINAMARCO ensina que a experiência mostra que:

[...] ele não perde a equidistância entre as partes quando tenta *conciliá-las*, avançando prudentemente em considerações sobre a pretensão mesma ou a prova, quando *esclarece* sobre a distribuição do ônus da prova ou quando *adverte* da necessidade de provar melhor. [...] Nem decai o juiz de sua dignidade quando, sentindo a existência de motivos para emitir de-ofício uma decisão particularmente gravosa, antes chama as partes à manifestação sobre esse ponto⁵⁹⁴.

O mestre aponta ainda o conteúdo do artigo 16 do *nouveau code de procédure civile* francês como um dispositivo de tamanha riqueza que foi erigido pela doutrina em mandamento universal, inerente à garantia constitucional do contraditório e ao correto exercício da jurisdição⁵⁹⁵.

Frise-se que o contraditório postecipado somente se admite nas estritas hipóteses de emergência. Ora, se o contraditório é garantia de índole constitucional, padece de inconstitucionalidade a decisão que o olvide, razão pela qual somente se pode admitir que seja ele postergado nas hipóteses em que o conflito do direito em risco e a garantia do contraditório, à luz da ponderação e em atenção às peculiaridades do caso concreto, recomende que este ceda aplicação temporariamente em favor daquele, sempre se possibilitando que a parte exerça o contraditório na primeira oportunidade possível. É por esta razão que ALVARO DE OLIVEIRA é enfático ao afirmar que o contraditório somente poderá ser adiado para um momento posterior na justa medida em que o provimento

⁵⁹⁴ O princípio..., p. 135.

⁵⁹⁵ Idem: “O juiz, p. ex. que ouve as partes antes de extinguir o processo por uma ilegitimidade *ad causam* não alegada pelo réu, e portanto não posta em contraditório entre as partes, não está manifestando uma suposta predisposição contra o autor, ou prejudgando: ao contrário, ele está oferecendo ao próprio autor uma oportunidade para, alegando, dissuadi-lo daquela impressão inicial”.

judicial, emitido *inaudita altera parte* seja necessário para atingir a finalidade proposta pela lei e em atenção à proporcionalidade entre o prejuízo processual causado pela inobservância do contraditório, e o provável prejuízo que a contraparte poderá sofrer sem o deferimento da tutela emergencial almejada, desde que seja provável o direito afirmado⁵⁹⁶.

Nesta contraposição entre os princípios da efetividade do processo e do contraditório, como em todo conflito entre princípios, prevalece o critério da proporcionalidade, conforme o valor que deva prevalecer diante da urgência do caso específico submetido em juízo.

Fora das hipóteses de urgência, não se pode admitir que o julgador decida sobre de material fático ou jurídico que não tenha sido objeto de debate pelas partes interessadas na lide.

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar no sentido de que viola a garantia constitucional do contraditório a providência jurisdicional determinada de ofício que surpreende a parte⁵⁹⁷, pois o conhecimento de ofício de determinada matéria, sem suporte em pedido expresso da parte interessada e sem o devido contraditório assegurado ao titular do direito, tolhe o interessado dessa garantia constitucional.

Firmadas essas premissas, impende fazer algumas breves considerações sobre o reconhecimento *ex officio* da prescrição.

8. Segue: conhecimento de ofício da prescrição

O juiz deve pronunciar, de ofício, a prescrição. É o que determina o artigo 219, §5º, do Código de Processo Civil, desde o advento da Lei 11.280/2006. Referida lei alterou a antiga redação do dispositivo em tela (que somente permitia ao Magistrado o conhecimento oficioso da prescrição para direitos não patrimoniais), ao mesmo tempo em que revogou passo que o artigo 194, do Código Civil, que preconizava que: “o juiz não

---

⁵⁹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia..., p. 146.

⁵⁹⁷ STJ, 1ª T., REsp 153.828/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, j. 01.12.1998, DJ 01/03/1999. No julgado, decidiu-se que: “nega vigência ao art. 252 da Lei nº 6.015/73, a decisão jurisdicional que determina, 'de ofício' (no âmbito de expropriação indireta), o cancelamento de registro imobiliário, sem suporte em pedido expresso da parte interessada e sem o devido asseguramento ao titular do domínio, o contraditório e a ampla defesa, apanhando-o de surpresa”.

pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz”.

Referida alteração legislativa, teve como escopo declarado⁵⁹⁸ o de implementar maior celeridade e efetividade na prestação jurisdicional, de modo a evitar o desnecessário prolongamento de feitos debatendo pretensões fulminadas pela prescrição, visando à razoável duração do processo no âmbito judicial (art. 5º, LXXVIII, da Constituição).

Entretanto, a novidade despertou fervorosas críticas no âmbito doutrinário.

Analizando a redação anterior, que permitia ao juiz reconhecer de ofício da “prescrição para direitos não patrimoniais”, DINAMARCO questionava: “[...] quem seria capaz de apontar um direito sem caráter patrimonial, que fosse suscetível de prescrição?”⁵⁹⁹. Tal indagação impunha-se porque direitos não patrimoniais (como nas ações de estado e de direito de família), na verdade, não se sujeitavam à prescrição, mas à decadência, de modo que, pela sistemática anterior à reforma, as verdadeiras prescrições (as de direitos patrimoniais) dependiam de iniciativa do devedor, exercitável sempre por meio de uma exceção substancial⁶⁰⁰, com exceção da prescrição em favor de incapazes, ressalva feita pela própria lei substancial (conforme preconizava o revogado art. 194, do Código Civil).

Percebe-se pela redação dos artigos supracitados, que até a entrada em vigor da Lei nº 11.280/06, o reconhecimento da prescrição, de ofício pelo juiz, só era aplicado para favorecer aos absolutamente incapazes. Nos demais casos, a prescrição deveria ser invocada pela parte interessada. Caso não fosse arguida, o magistrado não poderia supri-la de ofício, dando prosseguimento ao processo.

Atualmente, diante da “guinada de cento-e-oitenta graus”, DINAMARCO admite que a discussão tornou-se irrelevante, merecendo registro meramente histórico⁶⁰¹.

Mas há quem não se conforme com a alteração legislativa.

ALEXANDRE CÂMARA, alcinhou a reforma de “descabeçada e inócua”⁶⁰², asseverando que nunca se admitiu o reconhecimento de ofício da prescrição no Brasil, e o

⁵⁹⁸ Conforme consta da própria Exposição de Motivos da lei em comento (BASTOS, Márcio Thomaz. EM nº 00184 – MJ, de 19 de novembro de 2004).

⁵⁹⁹ *Instituições...*, v. III, p. 411.

⁶⁰⁰ THEODORO JR., Humberto. A exceção de prescrição: aspectos substanciais e processuais. In: _____. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 47-75, p. 48.

⁶⁰¹ *Instituições...*, v. III, p. 411.

mesmo acontece em outros ordenamentos, tal qual preveem os artigos 2.938 do Código Civil italiano, 2.223, do Código Civil Francês, 142 do Código de Obrigações da Suíça, 3.964, Código Civil argentino e 303º Código Civil Português⁶⁰³.

Outro ferrenho crítico da inovação legal é HUMBERTO THEODORO JR., com lastro na tradição milenar (porque remonta ao direito romano), de conceituar “a prescrição como uma *defesa* que o devedor tem a *faculdade* de opor ao credor, para se furtar à pretensão deste a uma prestação cuja exigência permaneceu inexercida por longo tempo”⁶⁰⁴. Sustenta o autor que a vedação ao conhecimento oficioso a respeito do tema – para além da noção advinda do direito substancial de que a prescrição gera a extinção da pretensão (*actio*), ao passo que a decadência extingue o direito (*ius*)⁶⁰⁵ – deve-se ao fato de que a lei sempre estatuiu uma série numerosa de situações que permitiam a interrupção ou a suspensão da prescrição, de modo que não seria possível ao juiz decretar *ex officio*, antes da manifestação do titular da pretensão⁶⁰⁶.

Segundo o raciocínio do mestre mineiro, como a simples consumação do prazo prescricional não faz desaparecer o direito subjetivo, tampouco anula a pretensão dela emergente, uma vez que a lei prevê a possibilidade de renúncia à prescrição (art. 191, do Código Civil) e considera irrepetíveis os pagamentos feitos com base em obrigação atingida pela prescrição (art. 882, do mesmo *codex*), impossível reconhecer a prescrição sem a exceção do devedor⁶⁰⁷.

E conclui que seria melhor, de lege ferenda, a revogação da “infeliz” inovação, mas, enquanto estiver vigente, o intérprete e o aplicador da lei deverão “buscar minimizar as impropriedades contidas em sua literalidade, e reduzir sua aplicação apenas às hipóteses compatíveis com a natureza, finalidade e sistema de prescrição dentro do direito material”⁶⁰⁸.

Realmente, a tradição brasileira jamais admitiu o reconhecimento de ofício da

---

⁶⁰² CÂMARA, Alexandre Freitas. Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 389-399.

⁶⁰³ Idem, p. 389-390.

⁶⁰⁴ A exceção..., p. 50.

⁶⁰⁵ Prescrição atinge a pretensão (ação em sentido material, e não processual), a decadência provoca diretamente a extinção do próprio direito material da parte e, por via reflexa, atinge a ação de direito material que o instrumentalizava (Idem).

⁶⁰⁶ Idem, p. 51.

⁶⁰⁷ Idem, p. 55. Assevera que, como a renúncia pode ser expressa ou tácita, basta o silêncio do devedor (sua inércia no manejo da exceção de que dispõe) para que a prescrição não opere no processo em que o credor está exercendo a pretensão (Idem, p. 56).

⁶⁰⁸ Idem, p. 75.

prescrição, razão pela qual sempre se defendeu a sua natureza jurídica de exceção. No mesmo sentido, já se afirmou outrora⁶⁰⁹ que, em Portugal, o *dever de auxílio* do magistrado para com as partes não permite que o juiz venha a aconselhar a dedução da exceção de prescrição, uma vez que se entende que, caso assim o fizesse, estaria ferindo a sua imparcialidade, assumindo o papel de consultor jurídico de uma das partes⁶¹⁰.

Entretanto, como sustenta HEITOR SICA, os limites da cognição oficiosa são matéria de política legislativa, não vislumbrando qualquer proveito em se questionar as razões que levam o legislador a optar por uma ou outra solução – ora, não há dúvidas quanto ao descabimento de conhecimento oficioso de circunstâncias que a lei estabelece a exclusiva iniciativa da parte, como na anulabilidade do negócio jurídico (art. 177, do Código Civil), da mesma forma que não há que se questionar a possibilidade do reconhecimento independente de provocação para as hipóteses que a lei expressamente determina a atuação oficiosa do magistrado, como ocorre em relação à prescrição, à decadência e à nulidade do negócio jurídico⁶¹¹.

Se é certo que a prescrição sempre foi reconhecida como *exceção em sentido estrito*, nada obsta que o legislador, tal como fez⁶¹², passe a tratá-la como *objeção*.

É possível criticar a escolha do legislador, e até mesmo questionar a sua constitucionalidade – CÂMARA sustenta a inconstitucionalidade da lei em tela, por afronta à isonomia, à adequação, à segurança jurídica, ao princípio da liberdade e à autonomia da vontade⁶¹³. Entretanto, a adequada compreensão do princípio do contraditório e do dever de cooperação podem resolver os entraves práticos à aplicação do dispositivo legal.

Deveras, é possível renunciar à prescrição, desde que já esteja consumada, conforme autoriza o artigo 191, do Código Civil. Também é verdade inescandível que a prescrição se submete a causas interruptivas e suspensivas, previstas nos artigos 197 a 204 do Código Civil, muitas delas ocorridas extraprocessualmente.

Desta forma, não há divergência quanto à insuficiência do simples transcurso do prazo prescricional para que se conclua ter havido a prescrição. Todavia, tais dificuldades não resultam na inaplicabilidade do reconhecimento de ofício da prescrição, pois são superadas pela adequada compreensão do princípio do contraditório, conforme vem se

⁶⁰⁹ Vide Capítulo III, n. 6, *iii*.

⁶¹⁰ FREITAS, José Lebre de. Introdução..., p. 166.

⁶¹¹ *O direito...*, p. 115-118.

⁶¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, v. III, p. 411.

⁶¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. Reconhecimento..., p. 394-395.

sustentando neste trabalho, notadamente no tópico precedente⁶¹⁴.

Ora, se o contraditório deve ser exercido para a cognição de matérias suscetíveis de apreciação oficiosa – lembrando mais uma vez a diferença entre decidir independente da provocação das partes, e decidir sem a observância do contraditório prévio⁶¹⁵ – tais peculiaridades da prescrição (possibilidade de renúncia, causas interruptivas e suspensivas) vêm apenas a reforçar a utilidade do diálogo entre os sujeitos processuais nesta seara, ainda que as partes não tenham aventado a matéria.

Concomitante e proporcionalmente ao acréscimo dos poderes do juiz, majora-se a necessidade de se proporcionar o diálogo entre os sujeitos do processo⁶¹⁶.

É por esta razão que afirmamos, com HEITOR SICA, que não se vê na norma em comento motivos para escândalos, pois a sua leitura conjugada com a adequada aplicação do princípio do contraditório, além de superar os problemas suscitados pelos críticos, ainda trará benefícios em relação à celeridade processual⁶¹⁷.

Repise-se, por oportuno, que o escopo confessado do projeto que deu origem à Lei nº 11.280/06, conforme estabelecido na Exposição de Motivos subscrita pelo Ministro Marcio Thomaz Bastos, foi o “de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa”⁶¹⁸. Com efeito, ao possibilitar que o juiz monocrático reconheça de plano, a prescrição, impede que a demanda tramite indevidamente, até as vias jurisdicionais superiores, para somente nesta ocasião ser alegada, conforme permite o artigo 193 do Código Civil⁶¹⁹.

Ademais, a inovação legislativa não reside na possibilidade de reconhecimento oficioso da prescrição, mas apenas em sua generalização, uma vez que o sistema já admitia esta possibilidade em favor de incapazes (antiga redação do revogado artigo 194, do Código Civil); outrossim, a Lei nº. 11.051/2004, que acrescentou o §4º ao artigo 40, da Lei nº 6.830/1980, já possibilitava, em sede de execução fiscal, o pronunciamento de ofício da prescrição intercorrente, após a oitiva da Fazenda Pública. É dizer, a legislação não só

⁶¹⁴ Capítulo IV, n. 7,

⁶¹⁵ A declaração de ofício da prescrição decorre da desnecessidade de iniciativa do interessado ao seu reconhecimento, e não à privação da manifestação das partes a seu respeito, pois tal medida seria inconstitucional por afronta ao princípio do contraditório.

⁶¹⁶ Neste sentido: SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito...*, p. 165.

⁶¹⁷ O autor salienta que as críticas não convencem e demonstram um apego injustificável a tradições históricas e dogmas ultrapassados, ao passo que o propósito do legislador foi, efetivamente “alterar um verdadeiro dogma que está encrustado na nossa legislação há séculos” (Idem, p. 165).

⁶¹⁸ BASTOS, Márcio Thomaz. EM nº 00184 – MJ, de 19 de novembro de 2004.

⁶¹⁹ Art. 193. A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.

reconhecia a possibilidade de reconhecimento da prescrição no âmbito das execuções fiscais sem provocação dos interessados, como também estabelecia expressamente a necessidade de observar o contraditório antes desta decisão.

Sobre este ponto, GUSTAVO FELIPE BARBOSA GARCIA sustenta a possibilidade de conferir ao dispositivo da Lei de Execuções Fiscais interpretação extensiva, para além da execução fiscal⁶²⁰. Conquanto se concorde com o ponto de chegada, se mostra desnecessária a exegese extensiva sugerida, pois tal decorre do Modelo Constitucional do Processo Civil, com a observância do princípio do contraditório, iluminado pelo dever de cooperação.

De qualquer forma, como já se afirmou, há de se compatibilizar o conhecimento de ofício da prescrição com a possibilidade da renúncia garantida ao devedor, como reconhece o Enunciado nº 295 do Conselho da Justiça Federal⁶²¹.

Ora, a renúncia é ato exclusivo do devedor, de acordo com os seus interesses particulares, não sendo possível ao magistrado aferi-la sem que ela seja expressa ou que se revele de alguma conduta do devedor incompatível com o reconhecimento da prescrição (renúncia tácita), conforme estatui o artigo 191, do Código Civil⁶²². A renúncia pode ocorrer em razão do desejo do devedor de reconhecer a inexistência da dívida (livrando-se da pecha de mau pagador), ou mesmo porque almeja ter certeza sobre a existência e o limite de sua obrigação, ou porque a reconhece e deseja pagar. Contudo, a simples omissão sobre esta matéria em sua contestação não parece ser suficiente para concluir pela renúncia tácita, mesmo porque ela pode ser reconhecida de ofício (cf. artigo 193, do Código Civil).

Ademais, como já se afirmou, é possível que existam causas suspensivas ou interruptivas da prescrição que somente possam ser reveladas pelas partes, razão pela qual se mostra imprescindível o contraditório prévio ao reconhecimento da prescrição.

É justamente a imperiosidade do debate preventivo que induz ALEXANDRE CÂMARA a verberar a completa inutilidade prática da reforma legislativa operada, pois, uma vez provocado pelo magistrado, caso o devedor venha a deixar transcorrer *in albis* o prazo para sua manifestação, sua conduta omissiva importaria em renúncia tácita, de modo

---

⁶²⁰ *Terceira fase da reforma do Código de Processo Civil*. v. 2, São Paulo: Método, 2006, p. 64.

⁶²¹ Enunciado 295 CJF. Art. 191. A revogação do art. 194 do Código Civil pela Lei n. 11.280/2006, que determina ao juiz o reconhecimento de ofício da prescrição, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida no art. 191 do texto codificado.

⁶²² Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

que não se vislumbra nenhuma hipótese em que o magistrado poderia reconhecer a aplicação da prescrição sem a provocação do devedor⁶²³. O raciocínio do mestre carioca parece ser o seguinte – diante da provocação do magistrado para que as partes se manifestem sobre a ocorrência da prescrição, necessariamente ocorrerá uma das três hipóteses: a) ou o devedor pede o reconhecimento da prescrição – e então, o seu reconhecimento não se dá *de ofício*, pois houve pedido expresso; b) ou o devedor renúncia expressamente – e então, o Magistrado não poderá reconhecer a prescrição; c) ou, finalmente, o réu deixa de se manifestar, e sua omissão seria interpretada como uma renúncia tácita, que também obstará o juiz de reconhecer a prescrição.

Todavia, o raciocínio também não parece acertado, porque parte da premissa de que a omissão geraria a renúncia tácita, o que não pode admitir. Ora, a autorização legal ao conhecimento oficioso, cumulada com a possibilidade de reconhecimento da matéria em qualquer tempo durante o processo, faz com que a inação do demandado não implique em renúncia.

Na esteira deste entendimento, VILSON RODRIGUES ALVES sustenta que o objetivo é de conferir racionalidade e celeridade na prestação da tutela jurisdicional, sem qualquer infringência aos princípios do contraditório e da ampla, de modo que o juiz passa a ter o dever de declarar de ofício a exigibilidade da pretensão de direito material deduzida em juízo, sem qualquer necessidade de pedido pelo prescribente⁶²⁴.

Ora, sendo prescindível o seu pedido, ao ser provocado ao debate e manter-se omissor, não se vislumbra nesta conduta um fato “incompatível com a prescrição”, conforme redação empregada pelo artigo 191, do Código Civil.

Frise-se que o artigo 193, do Código Civil permite que a prescrição seja alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita. Logo, ainda que o devedor não a tenha agitado em sua defesa, ou mesmo que tenha permanecido inerte após ser instado a se manifestar-se a respeito do tema, não há cogitar-se em preclusão, muito menos em renúncia tácita. Rememore-se que, a teor do que preconiza o artigo 111, do Código

---

⁶²³ “Neste caso, não tenho dúvida em afirmar que terá havido uma renúncia tácita à prescrição. Disto se conclui, forçosamente, que a inovação é inócua, uma vez que o juiz não poderá reconhecer, de qualquer maneira, a prescrição que não tenha sido invocada pelo demandado. A única novidade (a se admitir a constitucionalidade dessa absurda norma, o que aqui se faz *ad argumentandum*) está na possibilidade de o juiz ‘lembrar’ as partes dessa matéria de defesa quando a mesma não tenha sido invocada desde logo. Aliás, isto suscita outra questão: não estaria quebrada a imparcialidade do juiz que suscita de ofício uma matéria que certamente só poderá beneficiar uma das partes? Penso que não, mas este é um outro ponto sobre o qual se deve refletir” (Reconhecimento..., p. 397).

⁶²⁴ *Da prescrição e da decadência no novo Código Civil*. 3ª Ed. Bookseller: Campinas. 2006, p. 527.

Civil, o silêncio importa anuência quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. No caso, desnecessária vontade expressa, pois a própria lei possibilita ao juiz o reconhecimento de ofício. Assim, o silêncio do devedor perante a provocação do juiz para que as partes se manifestem a respeito da prescrição importa *anuência*. Anuência, evidente, para com o reconhecimento da prescrição, não para a renúncia.

Sem prejuízo, nada obsta que seja condenado nas custas de retardamento, conforme permite o artigo 22, do Código de Processo Civil.

YUSSEF SAID CAHALI afirma que não mais se justifica a vetusta jurisprudência que “invocando a lição de Pontes de Miranda, pretendia que quem não alegasse a prescrição, se já tivesse a exceção ao contestar, seria porque não a queria opor, e, deixando então de exercer o seu direito, estaria renunciando tacitamente”⁶²⁵.

Se o direito material permite a alegação em qualquer momento do processo, o simples silêncio não pode ser interpretado como renúncia, máxime porque ao juiz é dado conhecer da prescrição *ex officio*.

Por fim, ressalte-se que, apenas para que não se parem dúvidas, a prescrição aqui discutida se limita à modalidade extintiva, uma vez que a *prescrição aquisitiva* (usucapião) tem peculiaridades que impedem o seu conhecimento oficioso. Com efeito, o STJ, mesmo antes da Lei 11.280/06, limitava a alegação ao momento da contestação, porque, além do transcurso do tempo, exige comprovação de outros requisitos (posse mansa e com ânimo de dono em todos os casos de usucapião, além do justo título na usucapião ordinária, da metragem do imóvel e a finalidade de sua destinação e a inexistência de outros bens de titularidade do beneficiário da usucapião especial urbana e rural)⁶²⁶, de modo que o seu conhecimento demanda ampla investigação, o que poderia inviabilizar o andamento do processo ao abrir ampla cognição em momento inoportuno do processo⁶²⁷.

⁶²⁵ *Prescrição e decadência*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 54. Assevera, portanto, que a prescrição pode ser reconhecida se suscitada em contestação apresentada fora do prazo, não havendo falar-se em preclusão nas alegações finais, pois é possível ainda reconhecer no julgamento de apelação, mesmo que somente agitada em razões ou contrarrazões de apelação – desde que, neste caso, abrir-se nova vista à parte contrária, para que não haja ofensa ao princípio do contraditório; ora, mesmo nas instâncias excepcionais é possível reconhecer a prescrição (haja vista que o art. 219, §5º, do Código de Processo Civil não faz distinção), desde que o recurso tenha superado o juízo de admissibilidade, com a observância de seus próprios requisitos, notadamente, o prequestionamento (Idem, p. 54-57).

⁶²⁶ STJ, 4ª T., REsp 35145/MG, Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, j. 12.8.1996; STJ, 3ª T., REsp 761.911/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 14.11.2006.

⁶²⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito...*, p. 158-159.

9. Abuso do direito de recorrer

Os recursos já foram compreendidos como viés autoritário da jurisdição, na medida em que neles se identifica expressão de uma ideologia centralizadora e autoritária, sustentado pela desconfiança no julgador, ao mesmo tempo em que se deposita esta confiança “nos estratos mais elevados da burocracia judicial”⁶²⁸.

Por outro lado, também são diuturnamente apontados como responsáveis pela demora excessiva dos julgamentos, comumente associados a práticas abusivas com o propósito procrastinatório.

O abuso dos recursos há muito desperta a preocupação dos legisladores e estudiosos do Direito. Também no Brasil há muito tempo a doutrina volta seus olhos para o problema. JORGE AMERICANO, em 1923, escreveu:

A protelação da lide incide na sanção do abuso do direito, quanto á modalidade do seu exercício. Advogados há, cuja reputação se formou á custa desse expediente, empregando em detrimento da justiça quantos recursos a lei creou para assegurar a sua boa distribuição, divorciando assim o direito processual da sua finalidade. Esses recursos injustificados constituem mesmo uma especialização muito rendosa⁶²⁹.

CASTRO FILHO enxergava nos recursos, uma seara fértil para o estudo do abuso do processo, sustentando que a omissão ou transgressão aos requisitos e pressupostos recursais indica a caracterização de forma muito imprecisa⁶³⁰. Tratando das condições subjetivas como sendo a capacidade processual e interesse de recorrer, e das objetivas como a tempestividade, o pagamento de custas e a motivação, conclui o autor que: “toda vez que o recorrente não preenche nem satisfaz tais requisitos, conduzido por dolo, fraude, simulação, erro grosseiro, etc. (vide cap. V), o recurso, além de incabível, é abusivo”⁶³¹.

HUMBERTO THEODORO JR. preleciona que, assim como se abusa do direito de demandar ou defender-se antes da sentença, pode-se abusar do direito de recorrer após a decisão final do juiz da causa; a conduta com intuito protelatório, dolo, fraude ou temeridade pode ocorrer em qualquer ato processual, inclusive no recurso, sujeitando-se o ímprobo recorrente às penas e sanções comuns aplicáveis segundo os arts. 17 e 18 do

⁶²⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo...*, p. 239.

⁶²⁹ *Abuso...*, p. 95.

⁶³⁰ *Abuso...*, p. 157.

⁶³¹ *Idem*, p. 157-158.

CPC⁶³².

Também na doutrina estrangeira se aponta a frequência dos abusos na recursos são uma área de frequentes abusos e, segundo TARUFFO, recursos sem fundamentos, repetitivos, frívolos e dilatórios devem ser considerados abusivos⁶³³.

BARBOSA MOREIRA, embora não veja com bons olhos algumas alterações legislativas nesta seara, concorda que a utilização imoderada de recursos é campo fértil o abuso, com o propósito de alongar ao máximo a duração do processo⁶³⁴.

Segundo o autor, a história da processualística revela que o desenvolvimento dos meios de impugnação às decisões judiciais oscilam de uma ampla recorribilidade até a sua limitação, inclusive mediante redução, por lei, das suas hipóteses ensejadoras. A própria abolição de recursos previstos também é meio comumente empregado com o mesmo escopo⁶³⁵, embora nem sempre logre êxito⁶³⁶.

Conforme perspicaz constatação de VICENTE GRECO FILHO, a restrição aos recursos na experiência brasileira, seja pela inibição ou pela exclusão de algumas espécies, “[...] tem sido, e certamente será, frustrante no Brasil, porque, excluído ou inibido um recurso, imediatamente a criatividade dos advogados descobre um sucedâneo, as vezes muito complexo. E os Tribunais acabam aceitando!”⁶³⁷.

Desde logo, é importante salientar que é falacioso o argumento daqueles que

---

⁶³² Abuso..., p. 122.

⁶³³ Abuse..., p. 18.

⁶³⁴ Prefácio. In: _____. *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. X: o autor afirma que algumas sanções são de rigor draconiano, citando como exemplo a alteração promovida pela Lei n. 9.756/98, ao cominar multa para o caso se recurso manifestamente inadmissível ou infundado contra decisões do relator e impedir a interposição de qualquer outro recurso cabível sem o prévio depósito da multa. Todavia, admite que: “Não há como negar a gravidade do problema, por menor simpatia que nos mereça tal ou qual opção legislativa ordenada a dar-lhe solução”.

⁶³⁵ RICCARDO ORESTANO adverte que, no direito romano, algumas sentenças eram inapeláveis, seja pela qualidade do juiz, em razão do objeto, pelo valor ou pela contumácia do sucumbente (Apello: diritto romano. In: *Enciclopedia del Diritto*. v. II. Milano: Giuffrè, 1958, p. 711).

⁶³⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 261 “Desde tempos remotos têm-se preocupado as legislações em criar expedientes para a correção dos possíveis erros contidos nas decisões judiciais. A convivência da rápida composição dos litígios, para o pronto restabelecimento da ordem social, contrapõe-se o anseio de garantir, na medida do possível, a conformidade da solução ao direito. Entre essas duas solicitações, até certo ponto antagônicas, procuram os ordenamentos uma via média que não sacrifique, além do limite razoável, a segurança à justiça, ou esta àquela. Fazer inimpugnáveis quaisquer decisões, desde que proferidas, atenderia ao primeiro interesse, mas com insuportável detrimento do segundo; multiplicar *ad infinitum* os meios de impugnação produziria efeito diametralmente oposto e igualmente danoso. Ante a inafastável possibilidade de erro judicial, adotam as leis posição intermediária: propiciam remédios, mas limitam-lhes os casos e as oportunidades de uso”

⁶³⁷ GRECO FILHO, Vicente. Questões sobre a Lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999, p. 599.

apontam o problema da duração excessiva das demandas como decorrente exclusivamente do abuso do manejo recursal. Deveras, atribuir ao abuso do processo (e especificamente, ao abuso do direito de recorrer) o protagonismo no cenário da morosidade judicial é superdimensionar o problema. Não se quer aqui sustentar a sua inexistência ou irrelevância para o travancamento do curso dos processos – tal seria leviano –, mas tão somente colocar um contexto mais amplo, que minora a sua relevância como óbice à celeridade⁶³⁸.

Daí se percebe outro motivo para ver com *grano salis* a busca desenfreada para enquadrar qualquer conduta indesejada no curso do processo como abusiva.

Em nosso sistema, há dúvidas quanto à existência de uma garantia ao duplo grau de jurisdição⁶³⁹. Sem prejuízo, não se discute que o ordenamento outorga às partes direito ao recurso, em determinadas hipóteses, presentes os seus requisitos. Mas este direito, como qualquer outro, não é absoluto ou ilimitado⁶⁴⁰. E, com o escopo de desestimular a interposição de recursos, muitas técnicas foram desenvolvidas ao longo da história.

A apelação, recurso por excelência, tem sua história marcada por oscilações. Em sua gênese mais remota – limitando a observação ao direito romano –, a apelação se prestava como amplo meio impugnativo. Posteriormente, passou a sofrer restrições progressivas⁶⁴¹. Como o apelo passou a ser manejado de forma abusiva, decorrência da sua falta de limitação, o Imperador Constantino desautorizou a interposição da *appellatio ante causam examinatam et determinatam* ou *ante definitivam sententiam* (C. Th. 11.36.1-a 341, 11.30.2 – a. 314)⁶⁴², ao passo que Justiniano impediu que se apelasse mais de duas vezes⁶⁴³. Com o declarado objetivo de imprimir economia e celeridade aos processos, Justiniano “leva a orientação às últimas conseqüências, chegando a impor multa de 50 libras de prata a quem recorresse no curso da demanda (C. 7.62.36 – a. 527)⁶⁴⁴”.

⁶³⁸ Remete-se o leitor para as considerações feitas no Capítulo III, n. 4.

⁶³⁹ MARCATO, Ana Cândida Menezes. *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2006, *passim*. Não se pode, por outro lado, desprezar a relevância dada à possibilidade de se obter o reexame da decisão judicial, sobretudo a partir da Revolução Francesa, cf. SERGES, Giovanni. *Il principio del doppio grado di diurisdizione nel sistema costituzionale italiano*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 19-20.

⁶⁴⁰ Neste contexto, AMERICANO afirma que: “A existencia de direitos illimitados é uma ficção. O direito sem limite só seria exercitavel fóra da existencia social, o que vale dizer, fóra do unico terreno que lhe dá vida. Em sociedade, porém, a liberdade do agente no exercício de seu direito cessa quando encontra outro direito com o qual se choca” (*Abuso...*, p. 44).

⁶⁴¹ SERGES, Giovanni. *Il principio...*, p. 28.

⁶⁴² CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: RT, 2009, p. 245.

⁶⁴³ LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 9.

⁶⁴⁴ Idem.

De modo similar, ampla recorribilidade também se mostrava presente nos primórdios do desenvolvimento do direito canônico, prevendo e regulamentando o recurso de apelação contra as “sentenças injustas”, fossem elas ao final ou no curso do juízo, antes da sentença definitiva⁶⁴⁵. Diante do uso generalizado da apelação, cabível contra qualquer decisão, as sucessivas multiplicações retardavam, em anos, o desfecho da causa⁶⁴⁶. Assim, no afã de coibir os abusos e a injusta procrastinação dos feitos, a orientação foi alterada a partir do Concílio de Trento, proibindo a apelação contra as decisões interlocutórias, salvo no caso de ter força de sentença definitiva⁶⁴⁷.

O direito lusitano⁶⁴⁸ não destoa desta diretriz e também reflete em seu desenvolvimento as vicissitudes entre o prestígio da celeridade e da justiça da decisão, servindo de exemplo para o desenvolvimento do direito brasileiro.

Feitas tais considerações, passa-se à análise das hipóteses que a doutrina e jurisprudência atual vem reconhecendo a abusividade do exercício do recurso.

Primeiramente, para que seja autor do abuso do direito de recorrer, é pressuposto que o sujeito tenha legitimidade recursal. Ou seja, só pode interpor recurso de maneira abusiva aqueles legitimados ao recurso: aquele que sucumbiu, o terceiro prejudicado e o Ministério Público (CPC, art. 499). Quem carece de legitimidade para recorrer também não a tem para cometer abuso em sede recursal, pois só se pode admitir abuso quando o sujeito (núcleo da situação subjetiva) é titular de uma posição processual (poder, dever, ônus ou faculdade): apenas a titularidade de uma posição subjetiva, decorrente de uma situação legitimante (legitimidade para recorrer), permite que dela se abuse⁶⁴⁹. Como se percebe, o

⁶⁴⁵ COSTA, Moacyr Lobo da. *A revogação da sentença*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 137. Sobre o tema, preleciona BARBOSA MOREIRA: “O direito canônico, desde os primeiros tempos, consagrou a apelabilidade das decisões dos bispos para os Concílios Diocesanos e Provinciais; mais tarde, para o próprio Papa ou seus delegados. A apelação canônica regia-se por princípios semelhantes aos da romana: era interponível pelas partes ou por terceiros prejudicados, oralmente (na audiência) ou por escrito, e tinha em regra efeito suspensivo. Com o correr dos anos, ampliou-se-lhe o cabimento às decisões interlocutórias, mas tal prática ensejou abusos, com grave detrimento para a celeridade processual, e o Concílio de Trento reagiu através de medidas restritivas” (*Comentários...*, p. 463).

⁶⁴⁶ LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução...*, p. 14.

⁶⁴⁷ Cf. COSTA, Moacyr Lobo da. *A revogação...*, p. 139/140: “Por ocasião do memorável conclave do XIX Concílio Ecumênico, celebrado em Trento entre os anos de 1545 a 1563, na XIII sessão realizada em setembro-outubro de 1551, o ilustre jurisconsulto e teólogo Giovanni Groppero levantou o problema da apelação contra as interlocutórias, demonstrando o inconveniente que representava para a pronta decisão da causa e os males causados à justiça e às partes pelas delongas e despesas que acarretava”.

⁶⁴⁸ Inúmeros foram os mecanismos ao longo da história do direito lusitano a desestimular o manejo de recursos, inclusive com a imposição de sanções para aquele que resiste injustificadamente. Cf. COSTA, Moacyr Lobo da. *A revogação...*, p. 188.

⁶⁴⁹ ABDO, Helena Najjar. *O abuso...*, p. 203-204.

objeto do âmbito recursal só pode ser o *ônus* ou o *poder* de recorrer⁶⁵⁰.

Nosso Código de Processo Civil, no artigo 17, inciso VII, prevê ser litigante de má-fé aquele que interpõe recurso “manifestamente protelatório”. Daí, a indagação que emerge é: há necessidade de comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para a configuração desta *fattispecie*?

PAULO LUCON, ao analisar a expressão empregada pelo legislador (“manifestamente”), conclui que a lei: “deixou clara a possibilidade de configuração tanto na situação em que se evidencia o dolo (intenção de prejudicar a parte contrária), quanto naquela em que se verifica a culpa grave”⁶⁵¹.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que a multa prevista no art. 557, §2º, do CPC, possui função inibitória, pois “visa impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses”⁶⁵².

São usualmente invocados pela doutrina e pela jurisprudência como exemplos de prática abusiva do direito de recorrer, o recurso contra decisão já transitada em julgado, atacando matéria preclusa ou sustentando entendimento há muito pacificado pela jurisprudência; HUMBERTO THEODORO JR. acrescenta ao rol a tentativa de se ampliar ou alterar o objeto da lide em grau recursal, trazendo novas questões que não foram objetos da litiscontestação⁶⁵³. Passar-se-á, na sequência, à análise de cada uma destas hipóteses.

Quanto a esta última hipótese, trazida pelo professor mineiro, realmente parece indicar uma prática abusiva. Com efeito, o STJ, estribando-se no teor dos artigos 515, 516 e 517, do Código de Processo Civil, já decidiu ser inadmissível a alteração, em sede

⁶⁵⁰ Idem, p. 73: adverte a autora que aquilo que comumente se entende por *direito subjetivo processual* está sempre traduzido em alguma das mencionadas situações jurídicas subjetivas (ônus, deveres, poderes e sujeição).

⁶⁵¹ Abuso..., p. 884-885.

⁶⁵² “Abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes” (STF – 2ª T., AI-AgR-ED-ED 586710/RJ –Rel. Min. Celso de Mello, j. 21.11.2006).

⁶⁵³ Abuso..., p. 122. O autor ainda aponta que: “um abuso muito freqüente comete-se quando se intenta alterar o objeto do processo, incluindo na apelação o que não fora argüido na litiscontestação (ofensa aos arts. 515 e 517 do CPC), ou reabrindo discussão sobre questões decididas e preclusas, anteriormente à sentença (ofensa ao art. 516)” (Idem).

recursal, da causa de pedir da demanda inicial⁶⁵⁴.

Para a configuração deste abuso, bastaria o cotejo entre a exordial e as razões de apelação, restando comprovado o abuso se esta última inovar, rompendo com a correlação necessária. Mas é evidente que esta lógica não impera diante de causa superveniente que venha a alterar a causa de pedir⁶⁵⁵. Neste caso, deve imperar o respeito ao contraditório como pressuposto indispensável para a modificação da *causa petendi*⁶⁵⁶.

As outras hipóteses colhidas na jurisprudência também merecem ressalvas.

A existência de preclusão, por si só, não se mostra suficiente para configurar o abuso. Ora, a preclusão temporal – recurso interposto intempestivamente – mormente não basta para afirmar a abusividade, devendo ser qualificada pela consciência e intenção de interposição do recurso com finalidade procrastinatória. É possível vislumbrar, ainda, discussões relevantes na contagem do prazo e regularidade de intimação, que desnaturam o intuito protelatório. Tampouco a preclusão consumativa, de difícil ocorrência, é suficiente para configurar o abuso. A preclusão lógica é a que mais evidencia o abuso do direito de recorrer, mas mesmo assim não prescinde de uma análise do caso concreto⁶⁵⁷.

A conformação com a sentença constitui aceitação tácita, a teor do disposto no artigo 503, parágrafo único, do Código de Processo Civil, havendo incidência, neste particular, da tutela da confiança legítima e da vedação do comportamento contraditório, derivados do princípio da boa-fé objetiva⁶⁵⁸. Contudo, é evidente que não há falar-se em abuso se o ato de conformação foi fruto de vício do consentimento⁶⁵⁹.

A preclusão, seja ela temporal, lógica ou consumativa, não permite afirmar, *ipso facto*, abusividade. Ademais, é importante ressaltar que a interposição de recurso impugnando matéria já preclusa tem como consequência o não conhecimento do recurso, de modo que, via de regra, não há falar-se em prejuízo⁶⁶⁰.

Há, ainda, quem aponte o recurso sustentando tese contrária ao entendimento

⁶⁵⁴ STJ, 4ª T., REsp 276092/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 05.11.2009, DJe 16/11/2009.

⁶⁵⁵ Sobre o tema, vide: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa...*, p. 202-207.

⁶⁵⁶ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos..., p. 43-50; LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa...*, p. 259-263.

⁶⁵⁷ As críticas são de PAULO LUCON (Abuso..., p. 887).

⁶⁵⁸ DIEZ-PICAZO, do princípio geral da boa-fé deriva imediatamente a exigência de coerência do comportamento, vedando conduta contraditória que venha a frustrar a confiança legítima (*La doctrina...*, p. 91-93). MENEZES CORDEIRO, que tributa boa parte da fama da máxima latina à musicalidade de sua forma, afirma que sua origem é controvertida, e sustenta a prevalência das doutrinas da confiança como pressupostos de sua aplicação (*Litigância...*, p. 91-93).

⁶⁵⁹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Abuso..., p. 887.

⁶⁶⁰ ABDO, Helena Najjar. *O abuso...*, p. 206.

pacificado na jurisprudência. Todavia, esta conduta não pode ser objetivamente considerada abusiva, uma vez que não se pode olvidar que o recurso é meio de aperfeiçoamento do sistema, contra o engessamento de paradigmas superados⁶⁶¹.

No campo da fungibilidade recursal, é relevante o estudo do abuso processual, uma vez que, a má-fé e o erro grosseiro impedem a aplicação da fungibilidade. Todavia, a má-fé depende necessariamente de uma análise subjetiva do caso, ao passo que o erro grosseiro, há de ser necessariamente acompanhado da intenção deliberada de prejudicar, já que na maior parte dos casos, decorre de mero atecnicismo, despojado de interesse de dano à outra parte⁶⁶².

O recurso sem fundamentação (ou sem fundamentação idônea ao fim almejado com a sua interposição) pode configurar abuso de um direito processual, desde que inadequado, *in statu assercionis*, à consecução do fim aspirado: o reexame da matéria. Se o arrazoadado é inidôneo, com o escopo procrastinatório, há abusividade⁶⁶³.

Também há indício de abuso no caso de interposição de recurso especial ou extraordinário visando somente o revolvimento de matéria fática. Ora, os chamados recursos de direito estrito, não pode ser manejado com o escopo de provocar o reexame de fatos, em arrepio à técnica. Entretanto, LUCON pondera que deve haver distinção entre a falta de técnica do advogado e a intenção de lesar a outra parte⁶⁶⁴.

O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu que a repetição de recursos sabidamente improcedentes, caracteriza a litigância de má-fé⁶⁶⁵. Neste sentido, a jurisprudência indica que os embargos de declaração manejados em desvio de sua real finalidade (esclarecer o sentido de decisão em que se encontre obscuridade, contradição ou omissão), com a reiteração dos argumentos que pretendiam modificar a decisão, denota o caráter protelatório dos embargos, dando ensejo à aplicação do disposto no artigo 548,

---

⁶⁶¹ Idem, p. 208.

⁶⁶² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Abuso..., p. 889.

⁶⁶³ Idem: “A ausência de fundamentação ou motivação deficiente não configura, *prima facie*, o abuso de um direito processual. No entanto, não há dúvida de que as razões de um recurso devem ser adequadas, *in statu assercionis*, à consecução de um fim: reexame da matéria, com a anulação ou reforma da decisão impugnada. Mas a ausência de razões suficientes não é causa para aplicação de uma sanção processual. É preciso que o julgador verifique, com clareza, a intenção deliberada do litigante de prejudicar a parte contrária, procrastinando o processo. Sem um arrazoadado idôneo, o recorrente interpõe o meio de impugnação com o objetivo exclusivo de ganhar tempo. Não basta, portanto, que o recorrente tenha sido displicente ou demonstre pouco conhecimento jurídico para configurar o *abuso do direito de recorrer*; torna-se indispensável a intenção de prejudicar”.

⁶⁶⁴ Abuso..., p. 889.

⁶⁶⁵ STJ, 1ª T., AgRg-Ag 740181/MG, rel. Min. Denise Arruda, j. 21.09.2006, DJ 23/10/2006.

parágrafo único do Código de Processo Civil⁶⁶⁶⁻⁶⁶⁷.

Aliás, ao aplicar o artigo em tela, referida Corte recentemente aplicou a multa máxima 10% (dez) por cento em razão da mera repetição de argumentos já apresentados anteriormente⁶⁶⁸, além de ter considerado que a multa em tela, por ter caráter eminentemente administrativo – com o fito de punir a conduta ofensiva à dignidade do tribunal e à função pública do processo –, pode ser aplicada cumulativamente à sanção prevista no artigo 18, §2º, do Código de Processo Civil, que tem natureza reparatória⁶⁶⁹.

Por outro lado, é pacífica a orientação do STJ no sentido de que não há abuso do direito de recorrer no caso de embargos com o intuito de prequestionamento, bem como a interposição no caso de agravo regimental interposto para viabilizar o recurso especial⁶⁷⁰.

No tópico que abordou a litigância de má-fé⁶⁷¹, foi apresentado julgado, oriundo da mesma Corte, afastando a penalidade em caso em que houve ajuizamento simultâneo de recurso de apelação e de agravo de instrumento, o primeiro contra a sentença e o segundo impugnando a decisão em exceção de suspeição, com fundamentos e objetivos parcialmente coincidentes, o que se entendeu, neste cenário, “legítimo exercício do direito de ação”⁶⁷². DINAMARCO analisou caso análogo, em que houve pedido interposição de

⁶⁶⁶ STJ, 3ª T., EDcl-EDcl-EDcl-AgRg-EDcl-Ag 784.244/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 27.11.2012.

⁶⁶⁷ Art. 538. [...] 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.

⁶⁶⁸ STJ, 3ª T., EDcl-EDcl-EDcl-REsp Nº 1.203.727/PR, Rel. Min. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 04.09.2012.

⁶⁶⁹ “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO POR APLICAÇÃO DA SÚMULA 182. PRETENSÃO DE REAPRECIÇÃO DA LIIDE. EMBARGOS REJEITADOS. APLICAÇÃO DA MULTA DO ARTIGO 538, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. LITIGÂNCIA DA MÁ-FÉ CONFIGURADA. 1. O acórdão ora embargado apresentou os fundamentos nos quais apoiou a conclusão assumida, no sentido de ser aplicável a Súmula 182/STJ, não podendo ser acoimado de omissão. O ora embargante, efetivamente, não impugnou os fundamentos da decisão de admissibilidade do Tribunal de origem. Assim, não há se falar em omissão acerca do mérito do recurso especial, uma vez que o agravo de instrumento sequer ultrapassou o juízo de admissibilidade feito nesta Corte Superior. 2. A multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil tem caráter eminentemente administrativo, tendo o fito de punir conduta que ofende a dignidade do Tribunal e a função pública do processo, que sobreleva aos interesses da parte. 3. A sanção prevista no artigo 18, § 2º, do Código de Processo Civil tem natureza reparatória, eis que fica a parte privada da efetiva prestação jurisdicional. 4. Portanto, há possibilidade de cumulação das sanções, em virtude da natureza nitidamente distinta que ostentam. 5. Embargos de declaração rejeitados, com majoração da multa anteriormente aplicada e condenação da embargante por litigância de má-fé” (STJ, 4ª T., EDcl-EDcl-AgRg-AgI 1.267.606/PE, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 07.08.2012).

⁶⁷⁰ Súmula n. 98/STJ: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”.

⁶⁷¹ Capítulo IV, n. 4.

⁶⁷² STJ, 4ª T., REsp 479.876/SP Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 15.12.2009.

agravo de instrumento na pendência de pedido de reconsideração, e o Relator – que havia concedido a efeito ativo ao recurso – reconsiderou sua decisão e aplicou pena pela litigância de má-fé. Nesta hipótese, o mestre asseverou: “Não vejo outra conduta que pudesse ser exigida ao ilustre Colega. [...] A jurisprudência é pacífica e iterativa no sentido de que pedidos de reconsideração não suspendem nem interrompem prazos. Sua inércia, nesse momento, seria fator de fatal preclusão – pela qual, aí, sim, poderia o advogado ser responsabilizado perante o cliente”⁶⁷³. Deveras, no caso, não há cogitar-se de abuso.

Quando do debate da possibilidade de flexibilização do procedimento⁶⁷⁴, também já se trouxe à colação precedente do mesmo Tribunal, assentando que o direito da parte ao recurso não pode ser aliado diante da conversão de ritos em razão do advento de nova lei, pelo fato de ter escolhido meio impugnativo diverso daquele fixado como adequado após intensa divergência jurisprudencial⁶⁷⁵. Evidente que, em tais casos, não há exercício abusivo.

De todo modo, a configuração do abuso não se subsume a hipóteses abstratas, de maneira que se afigura imprescindível uma análise casuística, levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto, sempre com a necessária dose de razoabilidade⁶⁷⁶.

Para auxiliar a análise casuística, podem ser considerados como elementos

---

⁶⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A verdadeira dimensão do dever de lealdade processual*. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. v. 2. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 937: com base nos ensinamentos de LIEBMAN, DINAMARCO assevera que deve haver muita prudência na afirmação de uma deslealdade processual, na medida em que a realidade dialética do contraditório comporta certas medidas de inteligência e astúcia que lhe são essenciais e não podem ser reprimidas, “sob pena de, a título de reprimir uma suposta má-fé processual, reprimir-se o próprio contraditório”, razão pela qual não se pode prodigalizar reprimendas ou sanções sem o respeito aos legítimos expedientes defensivos.

⁶⁷⁴ Cf. Capítulo IV, n. 5.

⁶⁷⁵ STJ, 3ª T., REsp 1.062.773-RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.06.2011, DJ 13.06.2011.

⁶⁷⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Abuso...*, p. 888: “Essas observações apenas têm por escopo demonstrar que não é possível, na maior parte dos casos, definir situações processuais estanques destinadas a permitir considerar de má-fé o litigante. As variáveis são tantas (e tão igualmente relevantes), que se mostra indispensável a análise detalhada do caso concreto. Questões controvertidas e novas teses surgem na doutrina e na jurisprudência e é preciso respeitá-las, sob pena de transformar o processo em verdadeiro instrumento destinado a satisfazer déspotas pouco ou nada esclarecidos. A livre manifestação de pensamento é garantia fundamental do Estado democrático de direito e o processo deve observá-la. Todavia, não há como negar que existem certas teses jurídicas um tanto mirabolantes, que não podem ser propostas a não ser que o litigante esteja imbuído no espírito máximo da chicana e da má-fé processual. A resposta objetiva reside, portanto, na viabilidade das razões apresentadas pelo recorrente, segundo o que se sustenta na doutrina e na jurisprudência, independentemente de o posicionamento ser majoritário ou não. Nesse caso, é certo que não se configura o abuso do direito de recorrer. Como o leitor pode perceber, também aqui é extremamente difícil estabelecer com exatidão a aplicação do art. 17, VI, do Código de Processo Civil. Mas não há dúvida de que, uma vez consolidado o entendimento dos Tribunais Superiores por meio de súmula, eventual recurso deve ser havido como abusivo, pois atenta contra a própria administração da justiça. Petições padronizadas dirigidas aos Tribunais Superiores, tentando renovar de forma genérica outros recursos já apreciados nos próprios Tribunais Superiores, devem também ser consideradas como demonstrações inequívocas de má-fé, principalmente quando já existe forte orientação jurisprudencial em sentido contrário.”

complementares ao desvio de finalidade: “a falta de seriedade (a *frivolousness* do direito anglo-saxão), o espírito de chicana, o mero capricho, a vulneração à eficiência da administração da justiça, a ilicitude ou a ilegitimidade dos escopos pretendidos com a interposição do recurso etc.”⁶⁷⁷.

Analizadas as hipóteses que podem configurar abuso no manejo de recursos, resta verificar as sanções a tal abuso. Além das medidas já citadas, outra forma bastante eficaz diante de um recurso meramente protelatório, é a concessão da tutela antecipada por abuso do direito de defesa, afastando-se o efeito suspensivo do recurso que o tenha. Neste contexto, a medida visa à inversão do ônus do tempo do processo.

De igual sorte, conforme entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça, o recurso meramente procrastinatório, interposto de má-fé, não tem o condão de postergar o início do prazo para a ação rescisória. Desta feita, nada obstante o teor da Súmula n. 401, do STJ⁶⁷⁸, faz-se ressalva quanto às situações de má-fé ou erro grosseiro⁶⁷⁹. Assim, o termo *a quo* do prazo decadencial de dois anos, é o dia subsequente ao trânsito em julgado da última decisão proferida na causa, ainda que tal decisão seja de reconhecimento da intempestividade do recurso interposto⁶⁸⁰, salvo se verificada a má-fé do litigante ou erro

⁶⁷⁷ ABDO, Helena Najjar. *O abuso...*, p. 209.

⁶⁷⁸ Súmula n. 401/STJ: “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”

⁶⁷⁹ “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO DECADENCIAL. TERMO A QUO. 1. O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial (Súmula 401/STJ). Deve-se tomar como marco inaugural para a contagem do prazo bienal a última decisão proferida nos autos, ainda que essa decisão negue seguimento a recurso pela ausência de algum dos requisitos formais, aí incluída a tempestividade” (EDAgEAg 1.218.222/MA, Corte Especial, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe 15.2.12). No caso, o recurso fora inicialmente admitido. Somente veio a ser inadmitido depois da oposição de aclaratórios pela parte contrária. 2. Excepcionam-se situações nas quais é patente a má-fé do litigante, nos casos em que o inconformismo deu-se exclusivamente com o intuito malicioso de protrair o termo inicial para o ajuizamento da demanda rescisória, fraudando o prazo peremptório estabelecido na lei processual, quando ficar configurado erro grosseiro (equivoco procedimental que contraria previsão legal explícita e carente de dubiedade, como, por exemplo, a interposição de recurso manifestamente inadmissível). 3. A Corte de origem vislumbrou má-fé no fato de que, paralelamente à interposição do recurso extraordinário que seria inadmitido, o Fisco ajuizou ação rescisória em face do aresto que confirmou a intempestividade dos embargos de declaração. 4. Não se confunde equivoco técnico com má-fé, quando notória a oscilação doutrinária e jurisprudencial sobre a matéria. Nessa linha, a atuação do Fisco denota nada mais do que a tentativa – ainda que malsucedida – de salvaguardar e antecipar os eventuais prejuízos que sofreria pela indefinição do entendimento pretoriano quanto ao marco inicial do prazo decadencial da ação rescisória. 5. Mesmo que a conduta adotada pela recorrente não seja a mais racional e coerente do ponto de vista processual, o ajuizamento atrapalhado da primeira rescisória em momento inadequado não é suficiente para demonstrar má-fé na oposição dos intempestivos embargos de declaração e, em última instância, antecipar o dies a quo da segunda demanda rescisória, proposta depois do efetivo trânsito em julgado do feito originário. 6. Recurso especial provido”. (STJ, 2ª T., REsp n. 740.530/TJ, rel. Min. Castro Meira, j. 06.09.2012).

⁶⁸⁰ STJ, 2ª S., AR 3.931/MG, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 09.03.2012.

grosseiro⁶⁸¹. Evidente que tal entendimento visa refrear o intuito daqueles que porventura queiram se valer de recurso meramente procrastinatório para obter maior prazo para a ação revisional.

RICARDO LEONEL A revisão legislativa e dogmática da suspensividade dos recursos, a fim de repartir de maneira justa os ônus do tempo e o dano marginal do processo, de modo a garantir àquele que teve sentença de mérito reconhecendo o seu direito, deve tê-lo imediatamente satisfeito⁶⁸².

Outro mecanismo eficaz contra abusos é a retenção dos recursos, a exemplo do que dispõe o art. 542, §3º, do CPC: o recurso especial ou extraordinário contra decisão interlocutória ficará retido nos autos, evitando discussões inúteis, futuramente prejudicadas pelo julgamento favorável do mérito. Mas, obviamente, o princípio da proporcionalidade impõe exceções a essa regra, como nos casos de questões de competência e antecipação da tutela (em razão da possibilidade de lesão grave ao recorrente)⁶⁸³.

Muitas vezes, tais métodos são muito mais efetivos do que a mera imposição de sanções pecuniárias, frequentemente despidas de poder de dissuasão.

De forma correlata ao tema do abuso do direito de recorrer, não se pode negar que a adoção de técnicas de valorização dos precedentes, com inspiração nos ordenamentos da *common Law*⁶⁸⁴, muitas vezes têm por finalidade justamente restringir o direito ao recurso e seus respectivos abusos. Assim, os mecanismos de valorização dos precedentes atualmente contemplados em nosso Ordenamento (ampliação dos poderes do relator⁶⁸⁵, súmulas vinculantes⁶⁸⁶, súmulas impeditivas de recurso⁶⁸⁷ etc.) têm inegável escopo limitador do manejo (sobretudo do manejo abusivo) dos meios impugnativos recursais.

⁶⁸¹ STJ, 3ª T., AgA 1.218.222/MA, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 01.07.2010. No mesmo sentido, considerando como erro grosseiro a apresentação de pedido de reconsideração com o fim de alcançar a suspensão ou a interrupção de prazos recursais: STJ, 5ª T., AgRg-Ag 1147332/BA rel. Min. Laurita Vaz, DJe 25.06.2012.

⁶⁸² Revisitando a teoria geral dos recursos: o efeito suspensivo. In: NERY JR., Nelson ; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 466-526.

⁶⁸³ BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 134-137.

⁶⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação...*, *passim*.

⁶⁸⁵ O art. 557, CPC, outorga ao relator o poder de negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, ao passo que os §§ 1º e 2º, permitem o agravo contra esta decisão, o qual, considerado manifestamente inadmissível ou infundado, ensejará condenação do agravante ao pagamento de multa entre 1% e 10% do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao recolhimento da respectiva multa.

⁶⁸⁶ Art. 103-A, da Constituição da República Federativa do Brasil, incluída pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004.

⁶⁸⁷ O art. 518, §1º, CPC veda o conhecimento de recursos que contrariem súmula do STJ ou STF.

A crítica que se faz, e aqui reside a proporcionalidade necessária para a evolução do sistema, é que muitas vezes estes mecanismos não vêm acompanhados de seu contrapeso, as técnicas do *distinguishing* (confronto entre o caso concreto e a *ratio decidendi* – e não o *obiter dictum*) e do *overruling* (superação do precedente). Esta é a válvula de escape que permite que o recurso cumpra a sua função de aperfeiçoamento do sistema, impedindo o engessamento da jurisprudência através de mecanismos que permitem rever decisões.

A previsão de que os recursos contrários às súmulas não podem ser conhecidos é bastante perigosa, por não permitir a oxigenação e a reconsideração de posicionamentos ultrapassados pela realidade social.

Como já se afirmou, é muito difícil encontrar o ponto de equilíbrio entre os valores em jogo. De um lado, não se pode ser complacente com a prática abusiva das posições processuais (especialmente do manejo do recurso); por outro lado, a coibição não pode ser excessiva, devendo observar, e não sacrificar as garantias constitucionais aplicáveis ao processo.

Somente neste balanceamento será possível evitar que o processo se torne “instrumento de quem não tem razão”⁶⁸⁸.

10. Cooperação na fase do cumprimento de sentença e no processo de execução

Tal qual no âmbito dos recursos, a execução também se mostra como “[...] campo fértil para as chicanas, por via de procrastinações e formulações de incidentes infundados”⁶⁸⁹. Atento a essa realidade, já na exposição de motivos do Código de Processo Civil, ALFREDO BUZAID ressalta a necessidade de armar o Poder Judiciário de poderes para prevenir e reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça, segundo o autor, fenômeno mais frequente no processo de execução do que no processo de conhecimento.

Explica o mestre:

É que o processo de conhecimento se desenvolve num sistema de igualdade entre as partes, segundo o qual ambas procuram alcançar uma sentença de mérito. Na execução, ao contrário, há desigualdade entre o exequente e o executado. O exequente tem posição de preeminência; o executado, estado de sujeição. Graças

⁶⁸⁸ CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso...*, p. 111.

⁶⁸⁹ LIMA, Alcides de Mendonça. *O princípio...*, p. 54.

a essa situação de primado que a lei atribui ao exequente, realizam-se atos de execução forçada contra o devedor, que não pode impedi-los, nem subtrair-se a seus efeitos. A execução se presta, contudo a manobras protelatórias, que arrastam os processos por anos, sem que o Poder Judiciário possa adimplir a prestação jurisdicional⁶⁹⁰.

Embora as luzes do dever de cooperação em sede do processo executivo sempre se voltem à conduta do devedor, não se pode desprender da importância da lealdade que se exige por parte do credor: levando-se em consideração que a execução envolve a prática de atos de invasão na esfera patrimonial, o exequente (sabe, ou deveria saber que) deve agir “com elevados padrões de diligência de modo a não determinar a prática de atos de agressão patrimonial que venham a considerar-se injustificados”⁶⁹¹, o que demonstra íntima relação entre o *princípio da lealdade* e o *princípio da menor onerosidade*.

Diante das dificuldades de efetivação da tutela jurisdicional executiva, a cooperação das partes é imprescindível.

O Código de Processo Civil português, com as recentes reformas, buscou uma “desjudicialização” do processo de execução⁶⁹², mas isso não implica em negar o dever de cooperação nesta seara, na medida em que seu art. 837-A, n. 2, permite que, em caso de o exequente encontrar dificuldade em identificar ou localizar bens penhoráveis do executado, o tribunal determine ao executado que preste todas as informações indispensáveis à realização da penhora, sob pena de ser considerado litigante de má-fé⁶⁹³.

De maneira semelhante, no ordenamento pátrio, o art. 656, § 1º, do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 11.382, de 2006, impõe ao executado o *dever* de, no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exhibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora, fazendo referência ao artigo 600 e ao art. 14, parágrafo único, todos do Código de Processo Civil.

---

⁶⁹⁰ *Exposição...*

⁶⁹¹ COSTA E SILVA, Paula. *A litigância de má fé*. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 458.

⁶⁹² COELHO, Gláucia Mara. *Direito...*, p. 325.

⁶⁹³ SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos...*, p. 64. LEBRE DE FREITAS chama cooperação formal “[...] o dever de providenciar pelo suprimento de obstáculos com que as partes se defrontem na obtenção de informação ou documento necessário ao exercício duma faculdade, à observância dum ônus ou ao cumprimento dum dever processual [...] Por sua vez, na acção executiva, quando o agente de execução não encontre bens penhoráveis e o exequente não os indique, é solicitado ao executado que o faça, ficando sujeito a sanção pecuniária compulsória se não indicar bens existentes ou fizer indicação falsa (art. 833, n.ºs 5 e 7). Manifestação do princípio da cooperação em sentido formal, tal como ele resulta do art. 266-1, constituem ainda o art. 155-1 (marcação de diligências por acordo com os mandatários judiciais), os n.ºs 2, 4 e 5 do art. 155 (comunicação imediata de impedimento de mandatário ou juiz para a diligência) e o art. 266-B-3 (comunicação pelo juiz de atraso no início da diligência)” (Introdução..., p. 167).

Por seu turno, o art. 600 traz um rol de condutas que considera como ato atentatório à dignidade da Justiça, dentre os quais se encontram a fraude à execução, a oposição maliciosa à execução (mediante emprego de ardis e meios artificiosos), resistência injustificada às ordens judiciais, a falta de indicação de bens sujeitos à penhora (devendo indicar quais são, onde se encontram e os seus respectivos valores), apenados com multa fixada em até 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material (art. 601, CPC).

A redação originária do Código Buzaid impunha a sanção de perda do direito de se manifestar no processo (“requerer, reclamar, recorrer ou praticar no processo quaisquer atos”) àquele que, advertido pelo juiz, perseverasse na prática de qualquer dos atos atentatórios à dignidade da Justiça (art. 601, da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973). O objetivo declarado na Exposição de Motivos era reforçar a autoridade do Poder Judiciário, para prevenir ou reprimir tais atos, coibindo abusos⁶⁹⁴. Tal dispositivo foi alterado pela Lei nº 8.953, de 13.12.1994, que passou a prever a sanção de multa de até 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, mas a finalidade segue sendo a mesma.

Conquanto a solução dada pelo legislador suscite algumas críticas⁶⁹⁵, é certo que tais preceitos tornam inquestionável a preocupação do feitor da lei com o dever de lealdade processual no âmbito do processo de execução⁶⁹⁶, visando oferecer uma tutela jurisdicional efetiva.

Daí a importância dos meios de repressão da conduta do executado que não colabora para com o bom andamento do processo.

O legislador romano do período clássico impunha àquele que ousasse desafiar o julgado condenatório mediante imposição de resistência à pretensão executiva, por intermédio de uma *infinitio*, que, em caso sucumbência, por incabível ou infundada a sua

⁶⁹⁴ Ponto 18 (BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do Código de Processo Civil*).

⁶⁹⁵ Cf. BRUNELA DE VICENZI: “O complicado rito para a incidência da sanção pecuniária para aquele que atentasse contra a dignidade da justiça e o fato de a multa ser revertida em favor da parte prejudicada fizeram com que as sanções aos atos atentatórios quase nunca fossem aplicadas no processo civil brasileiro. Destarte, a preocupação foi tanta em proteger o executado e sua liberdade no processo, que se acabou por impor tantas formalidades para a aplicação das sanções, conferindo ao executado tamanha liberdade, que o processo de execução é visto hoje como o menos eficaz e lento dos procedimentos do código, não alcançando os resultados programados pelo direito, nem atendendo aos postulados contemporâneos do acesso à justiça, do contraditório e do devido processo legal. Ademais, com a imposição de multas pecuniárias que se revertem em benefício da parte prejudicada, não se restabelece a dignidade da justiça”. (*A boa-fé...*, p. 119-120).

⁶⁹⁶ Como se viu, tal objetivo é declarado expressamente por BUZAID na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, pois considerava que o processo de execução era mais propício a condutas procrastinatórias por parte do devedor.

defesa, sofria uma condição adicional: o dobro do valor original (*lis infitiando crescit in duplum*)⁶⁹⁷.

Resguardadas as proporções, nosso ordenamento jurídico também busca incentivar o adimplemento pontual e voluntário na execução por quantia certa, concedendo o prazo de 15 dias para cumprimento “espontâneo” da obrigação, sob pena de agravar-lhe a situação anterior, com o acréscimo de 10% sobre o valor do débito. Desta forma, com as reformas do Código de Processo Civil, o legislador buscou inibir a interposição de defesas procrastinatórias ou infundadas, como forma de agilizar a execução, além de retirar, como regra, o efeito suspensivo que antigamente dotavam os embargos do devedor, de modo que a interposição de impugnação não necessariamente suspende a execução e, portanto, o devedor não ganhará tempo adicional com a sua resistência; por derradeiro, acaso seja improcedente ou inadmitida a sua resistência, o montante obrigacional ainda será majorado em um décimo⁶⁹⁸.

A par de sancionar um comportamento que pode ser entendido como não cooperativo, a atual redação do Código de Processo Civil ainda concede favor legal ao devedor que reconhece seu crédito e deposita 30% (trinta por cento) do valor da execução, inclusive custas e honorários de advogado, pois ele poderá pagar o restante em até seis parcelas mensais acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês, conforme preconiza o artigo 745-A, do Código de Processo Civil, incluído pela Lei n. 11.382, de 2006. Neste ponto, DIDIER JR. diz que aquele que opta pelo exercício do direito oriundo deste dispositivo não pode ajuizar futuros embargos à execução, vedação esta com profundo conteúdo ético, relacionada à proteção da boa-fé objetiva e da confiança, que não admite o *venire contra factum proprium*⁶⁹⁹.

Como se vê, o legislador cria mecanismos para sancionar condutas contrárias à cooperação, e, ao mesmo tempo, estabelece vantagens àquele que colabora para com a atividade jurisdicional. A um só tempo, o legislador retirou o efeito suspensivo da impugnação (mitigando o móvel procrastinatório e neutralizando os benefícios almejados por meios abusivos), concedeu situações de vantagens e benefícios a quem não impugna e

⁶⁹⁷ MORAES, José Rubens de. Princípios da execução de sentença e reformas do código de processo civil. In: Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. v. VIII. São Paulo: RT, 2011, p. 529-562, p. 536.

⁶⁹⁸ Idem, p. 536.

⁶⁹⁹ Lei Federal n. 11.382/2006. Favor legal ao executado previsto no art. 745-A, CPC. Proibição do venire contra factum proprium. Disponível em: <www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-04/>. Acesso em 19.12.2012.

paga parcela considerável da dívida (a chamada, por alguns, de *moratória legal* ou *moratória judicial*)⁷⁰⁰, e, ainda, impõe sanção pecuniária àquele que impugna e vem a sucumbir em sua defesa.

Aliás, a respeito do parcelamento, a doutrina diverge se, presentes os requisitos, se está diante de um direito subjetivo do devedor, sobretudo pelo cotejo com o que estatui o artigo 314, do Código Civil⁷⁰¹. Desta leitura conjugada de direito material e direito processual, e atento aos princípios que regem a execução (efetividade e menor onerosidade), a fim de preservar o equilíbrio da execução, é possível concluir que o exequente poderia se opor ao parcelamento, desde que apresente fundamento idôneo, como por exemplo, no caso de haver penhora sobre dinheiro suficiente para saldar a dívida, o exequente pode se opor ao pedido de parcelamento do executado e dar seguimento à execução, uma vez demonstrado que o devedor tem patrimônio hábil a dar imediato cabo da execução e optou por causar morosidade em desfavor do credor⁷⁰². Este entendimento também parece o mais consentâneo com os imperativos éticos aplicáveis ao processo civil.

No sentido de refrear intuits protelatórios e coibir abusos do direito de defesa no processo executivo, deve-se buscar a efetividade da execução em detrimento da revelha “cultura da procrastinação”⁷⁰³, de modo que os meios de defesa do executado devem ser vistos com cautela. Não se está aqui a defender a supressão ou mesmo mitigação do direito ao contraditório e à ampla defesa no âmbito da execução, mas tão somente a alertar que não se devem tolerar abusos também – e principalmente – na via executiva. Deste modo:

[...] a exceção de pré-executividade só deverá ser admitida se tiver como objeto matéria de ordem pública ou prova documental da extinção do débito; a chamada defesa heterotópica não poderá acarretar a suspensão da execução, salvo situações excepcionais (v.g., títulos forjados, execuções simuladas etc.); as medidas de urgência não poderão desconsiderar os princípios da efetividade da

⁷⁰⁰ Há quem diga não se tratar de verdadeira moratória, pois esta “pressupõe apenas o alargamento do prazo para o pagamento, sem que o débito seja amortizado com o parcelamento da obrigação” (CIANCI, Mirna. Art. 475-A. In: ARMELIN, Donaldo; *et al.* *Comentários à execução civil*: título judicial e extrajudicial (artigo por artigo). 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 424-431, p. 424).

⁷⁰¹ Art. 314. Ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou.

⁷⁰² CIANCI, Mirna. Art. 475-A, p. 426. Em sentido semelhante, LUIZ GUILHERME WAGNER DA COSTA cita o exemplo de uma sólida instituição financeira na condição de executada, que tenha plenas condições de quitar prontamente a dívida, mas opte pelo parcelamento, em detrimento do credor (Sou obrigado a receber parceladamente o meu crédito em execução? In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais*: processo civil. v. VIII. São Paulo: RT, 2011, p. 1369-1390).

⁷⁰³ Cf. LOPES, João Batista. Contraditório e abuso do direito de defesa na execução. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006, p. 346-350.

execução e do juiz natural⁷⁰⁴.

Nota-se, na prática, muitas vezes, um desvirtuamento dos meios defensivos do executado. A suspensividade das defesas heterotópicas, por exemplo, se não pode ser negada de forma absoluta⁷⁰⁵, deve ser resguardada a casos de absoluta imperiosidade, sob pena de atentar contra a efetividade do processo executivo. Aliás, a reforma da disciplina legislativa do processo de execução de título extrajudicial, realizada por intermédio da Lei nº 11.382, de 2006, na medida em que retira o efeito suspensivo automático dos embargos à execução, buscou inverter o ônus da demora no processo de execução, atribuindo ao executado as mazelas da procrastinação do procedimento executivo⁷⁰⁶, razão que reforça a excepcionalidade da suspensão em razão de ação autônoma.

Ainda em sede de defesa do executado, também é possível vislumbrar desdobramento da boa-fé objetiva e do dever de cooperação no artigo 739-A, §5º, do Código de Processo Civil: ao apresentar embargos à execução com fundamento em excesso de execução (art. 745, inciso III, primeira parte, do Código de Processo Civil) ou impugnação ao cumprimento de sentença com o mesmo fundamento (art. 475-L, inciso V, do mesmo *codex*), o executado deve apresentar o valor que considera correto, com memorial de cálculo. Na impugnação ao cumprimento de sentença fundamentada no excesso de execução (art. 475-L, inciso V, do Código de Processo Civil), a mesma exigência é feita no artigo 475-L, §2º, do Código instrumental.

Ora, o devedor tem o direito de manejar embargos para discutir parte de sua dívida ou cláusulas contratuais em juízo, entretanto, ao fazê-lo, esta via não deve ser utilizada como pretexto para que o devedor deixe de cumprir suas obrigações, em exercício abusivo

⁷⁰⁴ Idem, p. 349.

⁷⁰⁵ De acordo com LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, a interpretação que inicialmente prevaleceu a respeito do art. 585, §1º, do Código de Processo Civil, era a impossibilidade de atribuir efeito suspensivo às ações autônomas de impugnação à execução, fundada, paralelamente à literalidade do dispositivo, na intangibilidade da coisa julgada, partindo do paradigma das ações rescisórias (com a antiga redação do artigo 489, do Código de Processo Civil) e do pressuposto de que o juízo de probabilidade sobre eventual êxito da ação ajuizada, não poderia, de plano, suspender a execução de uma sentença de mérito (fundada em cognição exauriente) já acobertada pelo manto da coisa julgada (Suspensão da execução. In: _____.; LOPES, João Batista (coord.). *Execução civil: aspectos polêmicos*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 267-304, p. 291).

⁷⁰⁶ “É o acusado quem deve suportar os riscos da eventual morosidade processual, demonstrando a necessidade de se conferir efeito suspensivo aos embargos ou à impugnação” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Suspensão...*, p. 270). Elucida a respeito dos valores a serem sopesados SANDRO GILBERT MARTINS: “Tal suspensão prejudicial se apresenta como facultativa ou eventual. Ou, como preferem alguns, o efeito se prende a juízo de conveniência. [...] deve se fundar em motivos idôneos e consistentes – juízo de probabilidade – que existam na ação de cognição em curso, como também na valoração comparativa entre o dano que suportaria o executado e o eventual prejuízo que o exequente estaria sujeito com o atraso do prosseguimento do feito.” (*A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2005, p. 219).

de sua posição jurídica⁷⁰⁷.

Tal qual ocorre no artigo 461, do Código de Processo Civil, o artigo 739-A, §5º, do mesmo Código, é exemplo de aproximação entre o direito material e o direito processual, de modo que os princípios do direito civil, notadamente, a boa-fé objetiva ressoa em técnicas processuais que reprimem o inadimplemento desmotivado⁷⁰⁸.

Por outro lado, os mesmos valores que impõem ao exequente o ônus de indicar o valor que entende correto da dívida, também permitem que, à luz do caso concreto, o juiz deixe de exigir a indicação da parcela incontroversa do débito. Neste sentido, considerando que a prática forense revela a existência de inúmeros casos em que a definição do valor do débito depende de perícia complexa, tal exigência poderia se erguer como uma barreira intransponível, sobretudo àqueles beneficiários de assistência judiciária gratuita, que não conseguiriam “com a lealdade necessária e no prazo preclusivo de 15 dias”⁷⁰⁹.

Ora, cooperação é uma via de mão dupla (é imprescindível que haja reciprocidade, exigida na medida da possibilidade de cada um dos sujeitos processuais), e ao mesmo tempo em que impõe deveres e ônus para as partes, também pode desonerá-las se, à luz do caso concreto, aquele comportamento não puder ser exigido. A aplicação da boa-fé objetiva e do dever de cooperação não pode verter em inconstitucionalidades.

Inúmeros outros desdobramentos podem ser mencionados. Impossível esgotar o tema, devido à necessidade de análise do substrato fático para se verificar a conduta imposta pelos deveres de lealdade, cooperação e boa-fé.

Merece menção a vedação do comportamento contraditório na indicação de bens à penhora.

Inicialmente, com base no modelo constitucional do processo civil e no dever de cooperação daí decorrente, há quem sustente um dever fundamental do executado em nomear bens passíveis de penhora, conforme leitura que se faz dos artigos 652, §3º e 656, §1º, do CPC, e, em caso de inadimplemento deste dever, incide em *contempt of court*,

⁷⁰⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves...*, p. 209.

⁷⁰⁸ Idem.

⁷⁰⁹ SANTOS, Silas Silva. O excesso..., p. 196. Conclui o autor: “Haverá situações complexas envolvendo devedores hipossuficientes (técnica e economicamente) que poderão comprometer o perfil constitucional do processo civil brasileiro caso se exija, de maneira irrestrita, a indicação do valor incontroverso da dívida sob pena de não-conhecimento da argumentação relativa ao excesso de execução. [...] A técnica da *interpretação conforme a Constituição* poderá ser utilizada para afastar, em casos específicos, o rigorismo que se extrai do texto dos artigos 475-L, § 2º, e 739-A, § 5º, do Código de Processo Civil, mantendo-se a harmonia do sistema com a utilização dos paradigmas extraídos da boa-fé objetiva” (O excesso..., p. 203).

sancionado mediante multa por afronta à dignidade da justiça (art. 600, IV, combinado com artigo 601, ambos do CPC), e multa por ato atentatório à dignidade da jurisdição (art. 14, parágrafo único, do mesmo Código)⁷¹⁰.

Mas o enfoque desejado é outro. Como se sabe, o artigo 668, do Código de Processo Civil, permite que o devedor indique bens em substituição àqueles que tenham sido penhorados. E, ao fazê-lo, indicando bens disponíveis em seu patrimônio, evidentemente, não poderá arguir a impenhorabilidade (649, do Código de Processo Civil), tampouco a preterição na ordem de preferência estabelecida no artigo 655, do Código de Processo Civil, porque tal comportamento constitui *venire contra factum proprium*⁷¹¹.

Ora, a conduta do devedor que indica à penhora bens impenhoráveis *ex vi legis*, ou mesmo daquele que é intimado desta penhora e mantém-se inerte no prazo legal, equivale à renúncia, ainda que tácita, à proteção que a lei dá para aqueles bens arrolados no artigo.

Por se tratar de nulidade relativa, caberia somente ao devedor arguir a eiva, na primeira oportunidade em que se manifestar nos autos (cf. art. 245, caput, do Código de Processo Civil). Neste sentido, apontava abundantemente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ressalva feita ao bem de família, entendido como bem fora de comércio (inalienável, e não somente impenhorável)⁷¹².

Contudo, parece ganhar força a corrente jurisprudencial que considera nulidade absoluta a penhora de bens que se encontrem nas situações abarcadas pelo referido artigo 649, do Código de Processo Civil, razão pela qual o vício poderia ser reconhecido de ofício e em qualquer grau de jurisdição⁷¹³.

Tal corrente jurisprudencial se fundamenta em respeitável fundamento, que sustenta ser o dispositivo legal em tela norma cogente e questão de ordem pública, que não se sujeita a preclusão, pois: “[a] *ratio essendi* do artigo 649 do CPC decorre da necessidade de proteção a certos valores universais considerados de maior importância”, tais como

⁷¹⁰ MANDELLI, Alexandre Grandi; CHAVES, Christian Frau Obrador. O dever..., p. 94.

⁷¹¹ Alguns aspectos da proibição do *venire contra factum proprium no processo civil*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/alguns-aspectos-da-aplicacao-da-proibicao-do-venire-contra-factum-proprrium-no-processo-civil/>>. Acesso em: 19.12.2012, p. 4.

⁷¹² STJ, 3ª T., REsp 351.932/SP, rel. Min. Castro Filho, DJ de 9.12.2003; STJ, 2ª S. REsp 470.935/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 01.3.2004; STJ, 3ª T., REsp 591.390/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 04.11.2004, DJ 07.03.2005; STJ, 4ª T. AgRg-EDcl-REsp 787.707/RS. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 14.11.2006, DJ 04.12.2006.

⁷¹³ STJ, 4ª T., REsp 192133/MS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 04.05.1999, DJ 21.06.1999. STJ, REsp 864.962/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 18.2.2010; STJ, 2ª T., AgRg-AREsp 223.196/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 16.10.2012, DJe 24.10.2012.

vida, trabalho, sobrevivência e proteção à família, razão pela qual constitui norma infraconstitucional que consubstancia direito fundamental da pessoa humana⁷¹⁴.

Ressalta, ainda, que a inércia do executado não implica em renúncia à proteção, mas pode gerar condenação ao pagamento das despesas em razão do retardamento desnecessário⁷¹⁵.

Com o devido respeito, a questão merece algumas ponderações. Primeiramente, é bom consignar que não parece ser razoável entender como um benefício irrenunciável a proteção aos bens impenhoráveis, “[t]ampouco blindar o patrimônio do obrigado, *tout court*, à realização dos créditos se harmoniza com a economia de mercado”⁷¹⁶.

Importante levar em consideração a diferença entre bens inalienáveis (restrição de maior monta, que retira do próprio titular o direito de dispor da coisa) e dos impenhoráveis (bens colocados a salvo da constrição judicial)⁷¹⁷. Ora, em se tratando de bens impenhoráveis, desde que não sejam também inalienáveis, são bens disponíveis, razão pela qual o seu titular pode deles dispor como bem lhe convier.

Ora, um bem impenhorável pode ser alienado por seu titular, e o saldo pode ser empregado para saldar a dívida exequenda, ou mesmo dá-lo em pagamento⁷¹⁸, sem que com isso se cogite de ofensa à sua dignidade humana ou ao mínimo existencial.

Daí não compreender a posição que sustenta o caráter de nulidade absoluta diante de um bem impenhorável. Sem dúvidas, a impenhorabilidade visa tutelar valores e garantias fundamentais, colocando a salvo da constrição judicial determinados objetos que compõem o patrimônio do executado. Conquanto haja inescindível interesse público em garantir o patrimônio mínimo para uma vida digna, prepondera o caráter individual desta proteção.

⁷¹⁴ STJ, REsp 864.962/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 18.2.2010.

⁷¹⁵ “PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. BEM ABSOLUTAMENTE IMPENHORÁVEL. CPC, ART. 649-VI, CPC. NULIDADE ABSOLUTA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA. RENÚNCIA DO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Em se tratando de nulidade absoluta, a exemplo do que se dá com os bens absolutamente impenhoráveis (CPC, art. 649), prevalece o interesse de ordem pública, podendo ser ela argüida em qualquer fase ou momento, devendo inclusive ser apreciada de ofício. II - O executado pode alegar a impenhorabilidade de bem constrito mesmo quando já designada a praça e não tenha ele suscitado o tema em outra oportunidade, inclusive em sede de embargos do devedor, pois tal omissão não significa renúncia a qualquer direito, ressalvada a possibilidade de condenação do devedor nas despesas pelo retardamento injustificado, sem prejuízo de eventual acréscimo na verba honorária, a final.” (REsp 192.133/MS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 21.06.1999).

⁷¹⁶ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 240.

⁷¹⁷ NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código...*, p. 1025.

⁷¹⁸ Artigos 356 a 359, do Código Civil.

Todavia, tal benesse não é irrenunciável. É dizer, visa proteger o patrimônio mínimo do devedor e, com isso a sua dignidade humana, razão pela qual são franqueados meios que o possibilitam subtrair tais bens do processo de execução, e resistir em caso de inobservância desses preceitos. Mas a garantia não o impede de dispor de tal patrimônio, tornando-o bem fora de comércio.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, ao admitir a possibilidade de penhora do bem de família ao fiador de contrato de locação, firmou o entendimento de que tal não configura afronta ao direito de moradia, demonstrando não se tratar de uma garantia absoluta⁷¹⁹.

LEONARDO GRECO, em estudo sobre os atos de disposição processual, assevera que o caráter público do processo não pode se desprender do fato que o processo civil é um instrumento de tutela efetiva das situações de vantagem que a ordem jurídica confere aos particulares, razão pela qual não se pode olvidar que as partes têm poder de disposição em relação ao próprio processo e a muitos dos seus atos. Para tanto, o autor apresenta que os limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes estão vinculados a três fatores: a) à disponibilidade do direito material em debate; b) respeito ao equilíbrio entre as partes (paridade de armas); c) preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito⁷²⁰.

Diante de tais ponderações e critérios, não se justifica a compreensão absoluta e indisponível decorrente da impenhorabilidade, razão pela qual a posição que vê nela uma nulidade relativa, a ser alegada somente pelo interessado, sob pena de preclusão.

Outrossim, a par de tais questões e mesmo que prevaleça a compreensão do caráter público desta nulidade, ao observarmos a partir do prisma da lealdade e da cooperação, dúvida não resta quanto à inadmissibilidade de comportamento contraditório do devedor que indica à penhora bens (disponíveis) que se amoldem às situações do artigo 649, do Código de Processo Civil, e, em outro momento, argui a nulidade da penhora.

Ora, ao oferecer bens à penhora, o devedor tem uma conduta que cria a expectativa legítima de que aquele bem poderá ser alienado para saldar o crédito exigido na via executiva. E esta conduta não é compatível com a impugnação desta penhora. Tal

---

⁷¹⁹ STF, Pleno, RE 407.688-SP, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU 06.10.2006.

⁷²⁰ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro. 1ª ed. Out.-dez. 2007. Disponível em: <www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2012.

contradição ofende a boa-fé, a lealdade e a cooperação, e pode até mesmo gerar preclusão lógica, pela incompatibilidade entre a conduta de oferecer bem a penhora e impugnar a escolha feita por ele próprio.

Raciocínio semelhante pode ser traçado quanto à conduta daquele que, conquanto não tenha oferecido o bem à penhora, foi cientificado da constrição judicial de um bem sob os auspícios da impenhorabilidade, mas permanece inerte, e não a impugna no prazo. Reconhece-se que as situações têm suas peculiaridades, bem como que, como já mencionado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se inclinado pelo reconhecimento do caráter absoluto desta nulidade, razão pela qual não se sujeitaria à preclusão e poderia ser reconhecido a qualquer tempo nas instâncias ordinárias. Contudo, o escopo da presente provocação é trazer a reflexão sobre o tema, diante da visão de um processo civil cooperativo, o que poderia alcançar conclusão diversa_ da que tem prevalecido em algumas respeitáveis decisões.

Mas não é só.

Em sede de execução, é possível, ainda, a aplicação da teoria do adimplemento substancial (*substantial performance doctrine*), derivada do princípio da boa-fé. Ora, o inadimplemento é um dos pressupostos para a instauração do processo executivo (art. 580, CPC), entretanto, é possível que o magistrado recuse a tomada de medidas executivas mais drásticas no caso de inadimplemento mínimo⁷²¹. FREDIE DIDIER JR. traz como exemplo julgado do STJ onde se assentou que não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora⁷²².

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já havia decidido que diante do inadimplemento apenas da última prestação do contrato de financiamento, o credor não tem direito de manejar ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela restante, pois tal atitude do devedor não atende à exigência da boa-fé objetiva⁷²³.

⁷²¹ DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a aplicação do adimplemento substancial no direito processual. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, 4º v. jun-dez 2009. Disponível em: http://www.redp.com.br/arquivos/redp_4a_edicao.pdf. Acesso em: 15 out. 2012, p. 56-57.

⁷²² STJ, 4ª T., REsp n. 469.577/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25.03.2003, DJ 05.05.2003.

⁷²³ “ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude

De modo semelhante, é possível deixar de aplicar o disposto no artigo 694, §1º, inciso II, do Código de Processo Civil⁷²⁴, por força da teoria do adimplemento substancial: se o inadimplemento for mínimo, em vez de resolver a alienação judicial, o arrematante segue obrigado a exibir o restante do preço ou a prestar caução, inclusive com a possibilidade de fixação de multa a ser fixada pelo juiz⁷²⁵.

Em suma, seja no processo de conhecimento, seja no processo de execução, enfim, em toda e qualquer relação jurídica, as partes devem ter conduta pautada pela probidade e lealdade.

11. Outras aplicações do dever de cooperação, lealdade e boa-fé processual

Ora, como já se repetiu enfadonhamente, o tema não comporta exaurimento nesta sede, sobretudo dada a necessidade de análise casuística necessária para a delimitação dos deveres de cooperação, lealdade e boa-fé processual.

Pode-se citar, à guisa de exemplificação e já galgando ao desfecho do presente trabalho, algumas outras aplicações práticas do tema, sempre visando coerência com o desenvolvimento teórico até aqui alcançado.

Desta forma, se é certo que o Código de Processo Civil prevê que, após a citação do réu, o autor não pode desistir da ação proposta sem o consentimento do demandado (art. 267, §4º, do CPC), podemos afirmar que o dever de lealdade (aqui adjacentes a boa-fé e a cooperação) impõe que a resistência ao pedido de desistência da ação deva ser motivado, demonstrando qual o interesse do réu em prosseguir com a demanda.

Ora, se o réu tem o direito de ver a sua demanda apreciada pelo Poder Judiciário, é certo que deve demonstrar o seu interesse processual em seguir com este processo. Caso seja por mero capricho ou intuito protelatório, estará abusando de seu direito. Não se pode conceber o prosseguimento de um processo nesses termos.

---

do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido.” (STJ, 4ª T., REsp 272.739/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 01.03.2001)

⁷²⁴ Art. 694. Assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irrevogável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado. § 1º A arrematação poderá, no entanto, ser tornada sem efeito: [...] II - se não for pago o preço ou se não for prestada a caução; [...].

⁷²⁵ DIDIER JR., Fredie. Notas..., p. 57.

É possível vislumbrar desdobramento análogo na nomeação à autoria, intervenção de terceiros que é imposta como um verdadeiro dever ao fâmulos da posse que venha a ser demandado como se possuidor ou proprietário fosse. Em tal situação, para que seja sanada a ilegitimidade do réu mediante extromissão, o legislador determina ao demandado que nomeie à autoria, impondo-lhe reponsabilidade por perdas e danos caso deixe de fazê-lo ou venha a nomear pessoa diversa daquela em cujo nome detém a coisa (artigo 69, do Código de Processo Civil).

A imposição de tais deveres se reveste de preocupação ética, de elevado teor de lealdade e cooperação.

Analizando o mesmo instituto sob o prisma do nomeado, também é possível vislumbrar desdobramentos do dever de lealdade, boa-fé e cooperação. Ora, se a ele é dado negar a qualidade que lhe é atribuída (artigo 66, do Código de Processo Civil), não parece crível que tal possa ser feito sem um mínimo de fundamentação e, se for o caso, de alguma prova que possa refutar as alegações do nomeante. A simples negativa, talvez inverossímil ou mesmo contrária a eventual material probatório amealhado aos autos, não basta para fazer com que o processo siga contra parte manifestamente ilegítima.

Ainda, a observância do princípio do contraditório, com a feição que se destacou no curso do presente trabalho, e dos deveres de cooperação impostos ao Magistrado, são imprescindíveis para que se cogite da possibilidade de modificação da causa de pedir, diante de direito superveniente⁷²⁶.

O autor, ao optar por propor a ação perante juízo relativamente incompetente, não terá direito de propor exceção de incompetência, pois tal configuraria conduta manifestamente contraditória. Ora, sua conduta inicial (propositura da demanda perante juízo relativamente incompetente) faz nascer a confiança legítima de que não virá a arguir tal nulidade relativa⁷²⁷.

O mesmo instituto (*venire contra factum proprium non potest*) também serve para o não conhecimento de contradita contra testemunha arrolada pela própria parte, ainda que tenha desistido de sua oitiva, desde que não haja fato superveniente a embasar o impedimento alegado. Tal ocorreria na seguinte situação: uma pessoa é arrolada em

---

⁷²⁶ Sobre o tema: LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa...*, p. 244-246.

⁷²⁷ DIDIER JR., Fredie. Alguns aspectos da proibição do *venire contra factum proprium no processo civil*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/alguns-aspectos-da-aplicacao-da-proibicao-do-venire-contra-factum-proprrium-no-processo-civil/>>. Acesso em: 19.12.2012.

comum, pelo autor e pelo réu, mas posteriormente uma das partes vem a desistir de sua oitiva. Se não houver fato novo, posterior ao arrolamento daquela pessoa como testemunha, consubstanciaria comportamento contraditório, violador da boa-fé processual, a contradita desta testemunha. Ora, se a própria parte a arrolou com o intuito de produzir prova em seu favor, não há sentido em opor-se à sua oitiva, sem que demonstre fato ulterior que fundamente a sua objeção.

Resta salientar que nem toda expectativa gerada pela conduta de uma parte é legítima, devendo ser analisada a natureza jurídica do ato processual praticado. Para se esclarecer o raciocínio, é válido um exemplo: ciente da sentença de parcial procedência, uma das partes se silencia, ao passo que a outra vem a interpor recurso de apelação. A primeira, contudo, interpõe recurso adesivo. Nada obsta que a parte que interpôs o recurso principal venha a desistir de sua impugnação, tornando prejudicada a irresignação adesiva, sem que com isso venha a se cogitar de qualquer ilícito processual.

Ora, a interposição de recurso adesivo não gera ao recorrente que optou por esta modalidade recursal a expectativa legítima de que seu inconformismo venha a ser apreciado pelo Tribunal *ad quem*. Isso porque é da própria natureza jurídica acessória do recurso adesivo a dependência em relação ao recurso principal, razão pela qual é possível (e legítimo) que o recorrente principal venha a desistir de seu recurso, tornando prejudicado o acessório.

São infinitas as possibilidades de constatação na casuística, mas para o escopo do presente trabalho, e a fim de abster a pesquisa acadêmica de elucubrações e de hipóteses cerebrinas, cessam por aqui os exemplos. Todavia, com o cabedal teórico objeto de investigação no presente trabalho, deseja-se que os institutos sejam bem aplicados na *práxis forenses*.

CONCLUSÃO

O processo civil deve seguir o Modelo Constitucional, de modo que não é dado ao processualista enxergar nenhum instituto processual, senão através das lentes da Constituição Federal, quer se chame este fenômeno de *neoconstitucionalismo* ou não. Daí falar-se em Direito Processual Constitucional, onde o tema do presente estudo está inserto. Neste contexto, a imposição de um novo modelo hermenêutico, revela a teoria do diálogo das fontes como instrumental relevante a ser empregado no direito processual civil.

Dada a relevância dos princípios constitucionais, é salutar o estudo da evolução conceitual das normas jurídicas. Neste âmbito, não há mais como negar a natureza normativa dos princípios, ao lado e distinto das regras, conforme revela a produção acadêmica de inúmeros estudiosos. Neste terreno, todas as vertentes doutrinárias apresentam virtudes e desvantagens, sendo mais importante manter a coerência e evitar o sincretismo.

Princípios também não se confundem com cláusulas gerais, na medida em que estes são textos jurídicos (carentes de interpretação para que se tornem norma), que exercem a função de abertura do sistema, com a elementos indeterminados no antecedente (hipótese) e no consequente (efeito jurídico), aplicado mediante concretização (e não subsunção).

Várias são as cláusulas gerais (ou *standards* jurídicos) aplicáveis ao processo, merecendo destaque a lealdade e a boa-fé.

Embora a dicotômica rotulação ideológica dos modelos processuais em liberais e autoritários não mais tenha relevância na atualidade, a análise da ideologia subjacente aos institutos processuais é imprescindível para a sua adequada compreensão. O paradigma constitucional desvela a importante função do processo civil como método de exercício da jurisdição, a exigir comportamento ético dos seus participantes.

As críticas feitas em relação ao excesso de poderes outorgados ao magistrado devem ser respeitadas e ponderadas. Contudo, não obstam o reconhecimento de um novo modelo processual, de índole cooperativa, consentâneo com o Estado Democrático de Direito.

Longe de suprimir a dialeticidade, o dever de cooperação vem a reforçar o princípio do contraditório, como dever de diálogo entre os sujeitos processuais.

A boa-fé processual não obriga que as partes desistam das suas demandas legítimas, apenas impõe um comportamento ético e proba na defesa de seus interesses. A cooperação no processo não implica em negar o seu caráter dialético, pois este dever não significa crer ingênua ou autoritariamente que as partes terão, em qualquer hipótese, uma conduta altruísta, refletida nos altaneiros escopos processuais, ainda que em detrimento de seus interesses e garantias. A cooperação tem graduações, a serem estabelecidas em conformidade com as particularidades da relação jurídica processual, muitas vezes com a ponderação do direito material em debate.

A evolução do princípio do contraditório é consentânea com o modelo cooperativo do processo civil, e a cooperação que se exige do sujeito imparcial do processo não se coaduna com o autoritarismo que lhe é atribuído por aqueles que resistem ao modelo cooperativo.

Inobstante, os institutos devem ser manejados adequadamente, razão pela qual é necessário que se desenvolvam técnicas de aplicação para resguardar a segurança jurídica, evitando o autoritarismo e o casuísmo, o que faz sobrelevar a importância do estudo da boa-fé objetiva e do abuso processual.

Diversos são os fundamentos, todos eles válidos, para o reconhecimento do princípio da boa-fé e para o dever de cooperação no processo civil; igualmente, diversas são as consequências que traz para a aplicação prática.

Nada obstante a importância dos ônus no processo civil, não se deve duvidar que a cooperação intersubjetiva tem a natureza jurídica de dever, dada a finalidade a que se destina: não visa atender um interesse próprio do sujeito. É certo, também, que deste dever fundamental decorrem inúmeros outros deveres, ônus e obrigações, sem com isso desnaturar-lhe a natureza jurídica.

A boa-fé objetiva, como princípio geral, espraia-se por todas as áreas do Direito, impondo uma conduta ética e proba para os participantes de relações jurídicas de qualquer natureza (privada ou pública), inclusive na relação jurídica processual.

As partes devem colaborar para com o juiz, e a recíproca é verdadeira. Mas isso também não significa que devam ser transigentes com o seu direito de ação ou de defesa em prol dos interesses da contraparte. Tampouco que somente efetivos titulares dos direitos materiais invocados que seriam destinatário das garantias processuais guindadas à Constituição.

É dizer, cooperação não desnatura a essência do processo civil. Pelo contrário, apenas o engrandece como importante instrumento de pacificação social.

Por outro lado, dada a necessidade de aproximação do direito processual ao direito substancial, bem como o novo paradigma comportamental imposto pela consagração definitiva da boa-fé em nosso ordenamento jurídico, é certo que o direito de cooperação daí decorrente pode gerar efeitos em relação às posições jurídicas das partes no litígio, em relação de instrumentalidade.

Ora, em uma relação contratual, *verbi gratia*, uma das partes pode ser compelida a realizar conduta contrária ao seu próprio interesse – vide os direitos laterais de conduta que decorrem da cláusula geral em apreço – e isso, a toda evidência, pode ter desdobramentos processuais, por exemplo, no âmbito probatório.

Mas é preciso ter cautela na aplicação dessas figuras argumentativas decorrentes da boa-fé objetiva em terreno processual, para não desprender-se da natureza jurídica de cada instituto processual. Ora, a contradição é ínsita a determinados institutos do processo civil, de modo que não permitem a formação da expectativa legítima.

Por isso a importância de verificar os diversos institutos e fases do processo, atento às suas vicissitudes, a fim de dar a correta dimensão e aplicação do dever de lealdade, cooperação e boa-fé. Foi com este afã que se investigou a aplicação dos institutos perante o direito de demandar (ação e defesa), o dever de veracidade, a litigância de má-fé, o âmbito probatório, o procedimento, a cognição oficiosa (inclusive da prescrição), os recursos e a execução (e a fase de cumprimento da sentença). Sem prejuízo, também se alertou para diversas outras aplicações, dada a absoluta impossibilidade de exaurir o tema, que não prescinde de avaliação casuística, em razão da proposital abertura do sistema permitida pela técnica legislativa das cláusulas abertas e termos jurídicos indeterminados.

Advém desta observação a expectativa e o convite para que o estudo do tema se aprofunde, de modo que a aplicação os institutos possa ser útil na busca de um processo justo.

REFERÊNCIAS

- ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007.
- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulalio do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo: a responsabilidade por pedido infundado de declaração da situação de insolvência ou indevida apresentação por parte do devedor*. Coimbra: Almedina, 2006.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALVES, Maristela da Silva. Esboço sobre o significado do ônus da prova no processo civil. In: KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007
- ALVES, Vilson Rodrigues. *Da prescrição e da decadência no novo Código Civil*. 3ª Ed. Bookseller: Campinas. 2006.
- AMADO, Juan Antonio Garcia. Derechos y pretextos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2009, p. 237-264.
- AMENDOEIRA JR., Sidnei. Abuso do direito de defesa, tutela antecipada e o sistema recursal. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação das decisões judiciais*. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1.006-1.040.
- AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. São Paulo: Casa Vanorden, 1923.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. In: *Revista Jurídica*, ano 54, mai. 2006, nº 343, p. 25-49.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro (a lealdade no processo). *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 69, p. 7-20, jan.-mar. 1993.

_____. Sobre as multas instituídas nos arts. 14 e 18 do Código de Processo Civil. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. Resistência injustificada ao andamento do processo. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. v. III. São Paulo: RT, 2011, p. 1145-1160.

ASSIS, Araken de. Dever de veracidade das partes no processo civil. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100810135544.pdf>. Acesso em 14.01.2013.

_____. *Manual da execução*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 21 de maio de 2012.

_____. O que é ‘devido processo legal’? In: *Revista de Processo*. São Paulo, v. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1500, 10 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10264>>. Acesso em: 16 out. 2012

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. In: _____. *Temas de direito processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. El neoprivatismo en el proceso civil. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant to Blanch, 2006, p. 199-215.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. In: _____. *Temas de direito processual civil*, Segunda Série, São Paulo: Saraiva, 1988

_____. Prefácio. In: _____. *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Responsabilidade das partes por dano processual. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. v. III. São Paulo: RT, 2011, p. 477-499.

_____. Sobre a ‘participação’ do juiz no processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 380-394.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*: edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5ª ed. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. In: *Revista de direito do Estado*, n. 2, abr./jun. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/redae.asp>>. Acesso em: 10 de outubro de 2010.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 271-356.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 145-164.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. O Código Modelo na América Latina e na Europa – relatório brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 29, n. 113, p. 147-189, jan./fev. 2004.

_____. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Poderes instrutórios do Juiz*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BERIZONCE, Roberto Omar. El principio de colaboracion procesal y el régimen de la prueba. In: *La Prueba: homenaje al maestro Hernando Devis Echandía*. Colômbia: Editora Universidad, 2002, p. 385-401.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo*. São Paulo: Atlas, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. Disponível em:

<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222960746174218181901.pdf>>.

Acesso em 01 ago. 2012.

BUZAID, Alfredo. *Exposição de motivos do Código de Processo Civil*. Brasília, 1972.

_____. Processo e verdade no direito brasileiro. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 47, p. 92-99, jul.-set. 1987.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: *Revista de Processo*. São Paulo, v. 30, n. 126, p. 59-81, ago. 2005.

CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, v. 5, Parte I, p. 24-51, 1950.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 389-399.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional: e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. v. 1. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____. *Processo, ideologia e sociedade*. v. 2. Trad. Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sérgio Fabris: Porto Alegre, 1988.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2006.

_____. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: _____. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2009, p. 9-12.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

CASTRO FILHO, José Olímpio. *Abuso do direito no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CATALANO, Elena Maria. *L'abuso del processo*. Milano: Giuffrè, 2004.

CIANCI, Mirna. Art. 475-A. In: ARMELIN, Donaldo; et al. *Comentários à execução civil: título judicial e extrajudicial (artigo por artigo)*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 424-431.

CIPRIANI, Franco. L'avvocato e la verità. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

CHIOVENDA, Jose. *Principios de derecho procesal civil*: tomo II. Traducción española de la tercera edición italiana y prólogo del Professor José Casais Y Santaló. Madrid: Reus, 2000.

COELHO, Gláucia Mara. Direito processual civil português. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: LEX, 2010, p. 285-331.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Acesso alle corti e garanzie costituzionali, In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 259-280.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa 'in agendo'*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Direito Processual Civil Alemão. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: LEX, 2010, p. 11-54.

COSTA, Luiz Guilherme Wagner da. Sou obrigado a receber parceladamente o meu crédito em execução? In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. v. VIII. São Paulo: RT, 2011, p. 1369-1390.

COSTA E SILVA, Paula. *A litigância de má fé*. Coimbra: Coimbra, 2008.

COSTA, Moacyr Lobo da. *A revogação da sentença*. São Paulo: Ícone, 1995.

COUTO E SILVA, Clovis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Dever de esclarecimento e complementação no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. *Dever de veracidade das partes no processo civil*. Porto Alegre: Sergio_ Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. Função ética-social do processo civil. *Revista Forense*: Rio de Janeiro, v. 76, n.

271, jul./set. 1980, p. 357-362.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC (análise e proposta). Disponível em <www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-3545.pdf>. Acesso em 10.11.2012.

_____. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: _____. (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: RT, 1999.

_____. Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no projeto do código de processo civil. In: Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. v. I. São Paulo: RT, 2011, p. 419-434.

_____. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no Projeto do CPC. In: Revista do Advogado da AASP, ano XXXII, n. 117, out. 2012, p. 116-123.

_____. *Lineamentos da nova reforma do CPC: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001*. São Paulo: RT, 2002.

_____. *O advogado, a jurisprudência e outros temas de processo civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. Repressão ao dolo processual: o novo artigo 14 do código de processo civil. In: Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. v. I. São Paulo: RT, 2011, p. 973-990.

_____. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual civil e penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: RT, 2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Suspensão da execução. In: _____.; LOPES, João Batista (coord.). *Execução civil: aspectos polêmicos*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 267-304.

DALL'ALBA, Felipe Camilo. A ampla defesa como proteção dos poderes das partes: proibição de inadmissão da prova por já estar convencido o juiz. In: KNIJNIK, Danilo

(Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 93-106.

DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven/London: Yale University Press, 1986.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *La doctrina de los propios actos*. Barcelona: Bosch, 1962.

_____. Prólogo à edição espanhola. In: WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1986.

DIDIER JR., Fredie. Alguns aspectos da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/alguns-aspectos-da-aplicacao-da-proibicao-do-venire-contra-factum-proprium-no-processo-civil/>>. Acesso em: 19.12.2012.

_____. Cláusulas gerais processuais. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 187, p. 69-83, 2010.

_____. *Curso de direito processual civil*. 9. ed., v. 1. Salvador: JusPODIVM, 2008.

_____. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010.

_____. Lei Federal n. 11.382/2006. Favor legal ao executado previsto no art. 745-A, CPC. Proibição do *venire contra factum proprium*. Disponível em: <www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-04/>. Acesso em 19.12.2012.

_____. Notas sobre a aplicação do adimplemento substancial no direito processual. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 3, 4º v. jun-dez 2009. Disponível em: http://www.redp.com.br/arquivos/redp_4a_edicao.pdf. Acesso em: 15 out. 2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. v. 2. Salvador: JusPODIVM, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. A verdadeira dimensão do dever de lealdade processual. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. v. 2. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, 926-928.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. I, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. v. 1. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 124-135.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. *Teoria Geral do Processo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ônus processuais: limites à aplicação das consequências previstas para o seu não-cumprimento*. 2007. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da constituição. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p. 125-157.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: RT, 2002.

FALCO, Gianluca. *La buona fede e l'abuso del diritto: principi, fattispecie e casistica*. Milano: Giuffrè, 2010.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. 5ª ed. Padova: CEDAM, 1989.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento: e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio; CARRAZA, Roque Antonio; NERY JR., Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2ª ed. Barueri: Manole, 2009.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceitos e princípios gerais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

FREITAS, José Lebre de; REDINHA, João; PINTO, Rui. *Código de processo civil anotado*. v. 1. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Terceira fase da reforma do Código de Processo Civil*. v. 2, São Paulo: Método, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. v. 2. Campinas: Bookseller, 2003.

GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética, e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p.173-187.

GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na acção declarativa. In: *Julgar*. Lisboa: Associação sindical dos juizes portugueses, 2007, n. 1, p. 47-65

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. v. VIII. São Paulo: RT, 2011, p. 315-364.

_____. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro. 1ª ed. Out.-dez. 2007. Disponível em: <www.redp.com.br/arquivos/redp_1a_edicao_rj.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2012.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. v. I. São Paulo: RT, 2011, p. 1221-1254.

GRECO FILHO, Vicente. Questões sobre a Lei 9.756, de 17 de dezembro de 1998. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999.

GREGGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 37, n. 206, abr. 2012, p. 123-134.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. v. I. São Paulo: RT, 2011, p. 963-990.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.

GUERRA FILHO, Wilis Santiago. *Introdução ao estudo do direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

GUIMARÃES, Milena de Oliveira. O abuso do direito de recorrer como ato atentatório à dignidade da justiça. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. V. 9. São Paulo: RT, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância de má-fé e lealdade processual*. Curitiba: Juruá, 2011.

JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. RAMOS, R. Silveira (Trad.). 25ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do 'ônus dinâmico da prova' e da 'situação de senso comum' como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 942-951.

LEONARDO, César Augusto Luiz. *A boa-fé objetiva no processo civil*. Presidente Prudente, 2006. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2006. Disponível em: <www.unitoledo.br/intertemas/arquivos.asp?area=1&ano=2006&tipo=3&gp=2>.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.

_____. Direito processual civil francês. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: LEX, 2010, p. 113-140.

_____. Revisitando a teoria geral dos recursos: o efeito suspensivo. In: NERY JR., Nelson ; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 466-526.

LIMA, Alcides de Mendonça. Abuso do direito de demandar. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. v. VIII. São Paulo: RT, 2011, p. 501-512.

_____. *Introdução aos recursos cíveis*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

LIMA, Alcides de Mendonça. O princípio da probidade no Código de Processo Civil brasileiro. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. v. VIII. São Paulo: RT, 2011, p. 25-61.

LOPES, João Batista. Contraditório e abuso do direito de defesa na execução. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 346-350.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Abuso do exercício do direito de recorrer. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. V. 4. São Paulo: RT, 2001.

_____. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 15-30.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Guilherme Recena. Formalismo processual e dinamização do ônus da prova. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo. (coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). *Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 373-388.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição CÔRTE-REAL. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do projeto do novo Código de Processo Civil. In: *Revista de Processo*. Ano 37, n. 208, p. 295-316, jun. 2012.

MANDELLI, Alexandre Grandi; CHAVES, Christian Frau Obrador. O dever de colaboração (entre e das partes) no processo civil constitucional e a efetiva prestação da tutela jurisdicional executiva: o dever fundamental do executado de nomear bens passíveis de penhora. In: *Revista da PFN*. Ano 2, n. 3, 2012, p. 77-110.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: *Revista de Processo*. Ano 34, n. 172, p. 175-232, jun. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.

_____. O ‘diálogo das fontes’ como método de da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: _____. *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p. 17-66.

MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1959.

MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. In: *Revista de informação legislativa*, v. 28, v. 112, p. 13-32, out./dez. de 1991, disponível em: <www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/175932>. Acesso em: 12 dez. 2012.

_____. O direito privado como um ‘sistema em construção’: as clausulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/513>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *A contrariedade na instrução criminal*. São Paulo. Saraiva, 1937.

MÉNDEZ, Amélia González. *Buena fe y derecho tributario*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

MÉNDEZ, Francisco Ramos. ¿Abuso de derecho en el proceso? In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 1-6.

MENDONÇA, Luis Correia de. Vírus autoritário e processo civil. *Julgar*. Lisboa: Associação sindical dos juízes portugueses, 2007, n. 1, p. 67-98.

MESQUITA, Gil Ferreira de. *Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p. 67-109.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MONTELEONE, Girolano. El actual debate sobre las ‘orientaciones publicistas’ del proceso civil. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant to Blanch, 2006, p. 173-197.

MONTERO AROCA, Juan. El processo civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritária. In: _____. *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant to Blanch, 2006, p. 129-165.

_____. Sobre el mito autoritário de la “buena fe procesal”. In: _____. *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant to Blanch, 2006, p. 292-353.

MORAES, José Rubens de. Princípios da execução de sentença e reformas do código de processo civil. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. v. VIII. São Paulo: RT, 2011, p. 529-562.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 1999.

MURRAY, Peter L.; STÜRNER, Rolf. *German Civil Justice*. Carolina Academic Press, 2004.

NEGREIROS, Tereza. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY JR., Nelson. Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao prof. Miguel Reale*. São Paulo:

LTr, 2003, p. 398-444.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 9ª ed., São Paulo: RT, 2009.

NERY JR., Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado: e legislação extravagante*. 10ª ed. São Paulo: RT, 2007.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor como técnica de distribuição dinâmica da carga probatória. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Oliveira Rocha, vol. 75, p. 105-113, jun. 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. A garantia do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 132-150.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. In: *Revista de Processo*. São Paulo, v. 19, n. 73, p. 59-81, jan.-mar. 1994, p. 7-14.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 229-240.

ORESTANO, Riccardo. Appello: diritto romano. In: *Enciclopedia del Diritto*. Vol II. Milano: Giuffrè, 1958.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Direito processual civil italiano. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: LEX, 2010, p. 245-284.

_____. *O ônus da prova*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

PÉREZ, Jesús Gonzáles. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1999.

PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant to Blanch, 2006, p. 102-125.

_____. Il diritto processuale tra il garantismo e l'efficacia: um dibattito mal impostato. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (org.). *Doutrinas essenciais: processo civil*. v. IX. São Paulo: RT, 2011, p. 1341-1356.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIZZORUSSO, Alessandro. Partecipazione popolare e funzione giurisdizionale. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 24-36.

PROTO PISANI, Andréa. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 4ª ed. Napoli: Jovene, 2002.

PULIDO, Carlos Bernal. Refutación y defensa del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2009, p. 265-325.

RAATZ, Igor. Colaboração no processo civil e o projeto do novo código de processo civil. *Rev. SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 31, p. 23-36, ago. 2011.

RAGONE, Álvaro J. Pérez; PRADILLO, Juan Carlos Ortiz. *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2006

REALE, Miguel. *Estudos preliminares do código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: RT, 1985.

RESEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RICCI, Edoardo Flávio. Princípio do contraditório e questões que o juiz pode propor de ofício. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 495-499.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. São Paulo: Sergio Antonio Fabris, 2003.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1973.

SANCHIS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2009, p. 213-12.

SANCHIS, Luis Prieto. Réplica a Juan Antonio Garcia Amado. In: CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2009, p. 265-288.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. Contra o processo autoritário. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 54, fasc. II, p. 212-229, 1959.

SANTOS, Silas Silva. O excesso de execução e os requisitos da petição que veicula essa defesa – leis 11.232/2005 e 11.382/2006: um enfoque constitucional. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 33, n. 156, fev. 2008.

SERGES, Giovanni. *Il principio del doppio grado di diurisdizione nel sistema costituzionale italiano*. Milano: Giuffrè, 1993.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Direito processual civil espanhol. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord). *Direito processual civil europeu contemporâneo*. São Paulo: LEX, 2010, p. 71-112.

_____. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. (org.) *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, 2003, p. 607-630.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed., Lisboa: Lex, 1997.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: RT, 2002.

TARUFFO, Michele. *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague/London/Boston: Kluner Law International, 1999.

TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, a. 39 (II série), n. 4, p. 74-120, out./dez. 1998.

_____. *La prueba de los hechos*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2011.

_____. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: Cedam, 1970.

THEODORO JR., Humberto. A exceção de prescrição: aspectos substanciais e processuais. In: _____. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 47-75.

_____. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Curso de direito processual civil*. v. I. 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2009.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. La imparcialidade judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant to Blanch, 2006, p. 217-247.

VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. v. 3. São Paulo: RT, 2007.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Bookseller, 2000.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.