

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO CIVIL I

LUIZ GERALDO DO CARMO GOMES

VALTER MOURA DO CARMO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P963

Processo Civil I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Valter Moura do Carmo; Luiz Geraldo do Carmo Gomes – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-044-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO CIVIL I

Apresentação

Apesar de toda adversidade que a pandemia impôs, o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI não mediu esforços para continuar fortalecendo a pesquisa jurídica brasileira e garantir a realização do seu encontro nacional.

O Encontro Virtual do CONPEDI aconteceu entre os dias 23 e 30 de junho, onde foi disponibilizado um conjunto de ferramentas que permitiu a realização de palestras, painéis, fóruns, assim como os tradicionais grupos de trabalhos e apresentação de pôsteres, mantendo o formato e a dinâmica já conhecidos durante os eventos presenciais.

Os artigos apresentados no Grupo de Trabalho em Processo Civil I durante o Encontro Virtual do CONPEDI guardam entre si uma importante contribuição para a pesquisa jurídica brasileira.

O grupo de trabalho teve início com a apresentação do artigo “A competência dos tribunais para regular o procedimento do julgamento de recursos repetitivos em seus regimentos internos” que analisou os pontos harmônicos e controversos existentes entre o Código de Processo Civil e o Regimento Interno do STF e do STJ no tocante ao julgamento de recursos repetitivos.

Tivemos a apresentação do texto sobre “A eficácia dos precedentes judiciais à luz do Código de Processo Civil: apontamentos sobre a busca da efetividade da prestação jurisdicional”, que teve por escopo apontar as novidades trazidas no âmbito da jurisprudência brasileira, especificamente quanto aos precedentes.

Outros trabalhos apresentados foram “A gestão processual pelo juiz na fase de execução”, “A inaplicabilidade da imutabilidade da coisa julgada às decisões vinculantes do ordenamento jurídico brasileiro”, “Agravo de instrumento: contradições da interpretação do Superior Tribunal de Justiça sobre hipóteses de cabimento”, “Comportamentos processuais – uma análise sobre a compreensão dos deveres de cooperação e lealdade”, “As medidas estruturantes como ferramenta adequada para a devida tutela jurisdicional dos Direitos Fundamentais Sociais” e “Agravo interno em face de decisão do relator que enfrenta a tutela

antecipada recursal em sede de agravo de instrumento – divergência de entendimento e segurança jurídica” que versam sobre temas controvertidos do processo civil e a realidade jurídica.

Ainda dada a relevância dos temas, tivemos a apresentação dos seguintes artigos em relação ao ‘Novo’ Ordenamento Processual Civil Brasileiro: “O livre convencimento como fundamentação da decisão judicial pós CPC/15: a filosofia da consciência ainda permeia o Poder Judiciário?”, “O sistema multiportas no Código de Processo Civil de 2015”, “Perspectivas do Novo Código de Processo Civil ao Processo Administrativo: garantias fundamentais”.

Os temas mais controversos também foram objeto de discussão e análise nesse grupo, que vão de artigos como: “Incidente de assunção de competência: reflexão sobre formação de precedentes no sentido formal e substancial”, “Os princípios processuais civis na Constituição: o devido processo legal e suas implicações” e “Possíveis limitações ao princípio da máxima efetividade do processo coletivo”.

Por fim, tivemos a apresentação dos artigos “Análise em números da desconsideração da personalidade no Tribunal de Justiça de Minas Gerais em 2019” que realizou análise quantitativa da estabilidade e homogeneidade da desconsideração da personalidade nas decisões judiciais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em 2019. E “A disparidade de armas no Direito Processual Recursal (agravo de instrumento) no juizado especial da fazenda pública”.

Desejamos uma boa leitura dos artigos e os convidamos a participar do próximo GT de Processo Civil.

#ContinuePesquisando

Prof. Dr. Luiz Geraldo do Carmo Gomes - University of Limerick (UL)

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – Universidade de Marília (UNIMAR)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Processo Civil I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**COMPORTAMENTOS PROCESSUAIS - UMA ANÁLISE SOBRE A
COMPREENSÃO DOS DEVERES DE COOPERAÇÃO E LEALDADE**

**PROCESSUAL BEHAVIORS - AN ANALYSIS OF THE UNDERSTANDING OF
THE DUTIES OF COOPERATION AND LOYALTY**

**Paulo Henrique Helene
Guilherme Carneiro de Rezende**

Resumo

O objetivo do presente trabalho é verificar os aspectos éticos da relação processual e compreender melhor qual é a eficácia normativa do princípio da boa-fé objetiva, especialmente com relação à ideia de cooperação imposta aos sujeitos processuais. O tema posto a debate centra-se na análise da tensão comportamental no contexto de exemplos práticos – como o falseamento da verdade, as atitudes procrastinatórias (temerárias) ou atos contraditórios –, já que o processo coloca frente a frente pessoas com interesses conflitantes e que, por vezes, apresentam os ânimos exaltados.

Palavras-chave: Comportamento processual, Boa-fé objetiva, Cooperação

Abstract/Resumen/Résumé

The objective of this paper is to verify the ethical aspects of the procedural relationship and to better understand what is the normative effectiveness of the principle of objective good faith, especially with regard to the idea of cooperation imposed on procedural subjects. The topic under discussion focuses on the analysis of behavioral tension in the context of practical examples - such as falsifying the truth, procrastinating (reckless) attitudes or contradictory acts - since the process brings people with conflicting interests face to face and who sometimes they are excited.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Procedural behavior, Objective good faith, Cooperation

1 INTRODUÇÃO

Não há dúvida que o Novo Código de Processo Civil - Lei n.º 13.105/2015 - inovou ao trazer um capítulo inicial com previsão de normas fundantes de todo o direito processual. Dentre os princípios que foram escolhidos pelo legislador, destaca-se a boa-fé que hoje, mais do que nunca, aparece como um dos eixos estruturais do processo na pós-modernidade.

Por meio de uma rápida consulta, percebemos que o diploma processual vigente deixa isso muito claro, já que o termo é mencionado em três oportunidades¹. No mínimo, nos últimos tempos, triplicou-se a força deste princípio normativo, já que no Código de Processo Civil de 1973 aparecia uma única vez a expressão boa-fé ao tratar da atuação das partes do processo².

Todavia, é preciso compreender melhor qual é a eficácia normativa deste princípio, especialmente com relação a ideia de cooperação imposta aos sujeitos processuais. Questiona-se: será que a efetividade deste dever não está associada à falsa ilusão de que as partes irão cooperar espontaneamente entre si?

Dentro desse contexto, o que se pretende nestas breves linhas é analisar a exigência de que as partes tenham comportamentos éticos, que não falseiem a verdade, que não pratiquem atitudes procrastinatórias ou temerárias, que atuem com boa-fé, deixando de praticar atos contraditórios.

2 BOA-FÉ PROCESSUAL

É bem verdade que o homem criou o processo em decorrência da necessidade de um instrumento que pudesse dar amparo ao sentimento de justiça natural inerente a sua própria condição humana. E a partir de suas criações e ao longo dos séculos, com o auxílio de teorias por variadas escolas, o processo aperfeiçoou-se.

¹ A saber: a) Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé; b) Art. 322. O pedido deve ser certo. [...] §2º A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé; e c) Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

² Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] II - proceder com lealdade e boa-fé;

Aliás, o objeto do processo, sem dúvidas, é a lide, a qual está consubstanciada num conflito de interesses, qualificado, de um lado por uma pretensão insatisfeita de uma das partes e, de outro, por uma resistência da parte *ex adversa*. (AQUINO; NALINI, 2012).

A esse propósito, importa destacar que há estreita relação entre o Direito Processual e o Direito Material. No passado, as duas bases teóricas eram estudadas em um bloco unitário. No entanto, os estudiosos reconheceram a necessidade inevitável de o processo existir como disciplina autônoma. Abandonou-se a concepção de que o processo seria um mero apêndice do Direito Material e, modernamente, sua compreensão é de que o processo é o veículo que conduzirá as partes a uma decisão rápida e efetiva.

Dentro do próprio do Direito Processual parcela considerável da doutrina já superou a dicotomia entre Processo Civil e Processo Penal. Hoje, inexistente justificativa para considerar o Processo Penal divorciado do Processo Civil. Tão desvanecidas encontram-se as barreiras entre o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal que se fala hoje em um único processo³.

Em ambas, as exteriorizações do processo se prestam a compor a lide, por meio da atuação de órgãos adequados. A aplicação da lei para a solução da controvérsia se faz a fim de pacificar a comunidade, além de educa-la para o cumprimento espontâneo dos deveres.

Nesse ponto, o legislador pátrio impõe ideia de boa-fé como regra matriz do comportamento ou “regra de conduta”⁴. Vê-se que o texto de lei, ao se referir à boa-fé, trata da boa-fé objetiva, que corresponde a um critério de comportamento, elemento normativo e instrumental, diferente da dimensão subjetiva que diz respeito a um fato, intelectual ou volitivo.

Sob essa perspectiva, a boa-fé objetiva tem prestado uma grande contribuição na construção do Direito Processual, conforme ressalta Menezes Cordeiro (2007, p. 1267):

A primeira idéia da boa fé, como é sabido, andou em torno de uma delegação expressa do legislador ao juiz para intervir nas lacunas, para suprir a inexistência de regulações particulares ou para adaptar proposições jurídicas abstractas às especialidades do caso concreto. Hoje, reconhece-se face à realidade insofismável dos últimos sessenta anos, que a boa fé foi, de facto, utilizada para a criação de uma série de institutos novos admitindo-se, ao lado de um Direito Judicial que visa concretizar a lei, outros que pretendem colmatá-la, corrigi-la e complementá-la o que, nem por isso, provocaria uma quebra na clivagem entre as funções legislativa e judicial.

³ Nesse sentido leciona Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos de Araújo Cintra na celebrada obra “Teoria Geral do Processo”.

⁴ Nas palavras de Claudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem.

Conforme assinalado por Joan Picó I Junoy (2003, p. 28), “*el principio de la buena fe procesal es la manifestación en el ámbito jurisdiccional del principio de la buena fe*”. Em sua obra fundamental, o professor espanhol aponta que “*éste, como destaca la mejor doctrina, no sólo despliega su eficacia en el campo del derecho privado sino también en el público, en orden a preservar un mínimo de conducta ética en todas las relaciones jurídicas.*”

Com efeito, Darci Guimarães Ribeiro ainda põe em relevo a importância da boa-fé processual qualificando-a como um sobreprincípio⁵, na seguinte transcrição:

A boa-fé processual quer seja ela obrigação, dever ou ônus, quer esteja explícita ou implícita, é, indiscutivelmente, um valor que paira acima de qualquer instituição jurídica, porque, nas palavras de Couture (1979, p. 253), *el deber de decir la verdad existe, porque es un deber de conducta humana*.

O processo tem, em certa medida, uma boa dose de verdade, porque no seu conceito, em sentido social ou, como querem alguns, instrumental, ele é um instrumento de realização da justiça¹², que está colocado à disposição das partes pelo Estado, para que elas busquem a prestação da tutela jurisdiccional, e nenhum instrumento de justiça pode existir fundado em mentira.

[...]

Estas são as razões pelas quais a boa-fé processual é erigida à categoria de *sobreprincípio* processual, vale dizer, ela é um princípio que se sobrepõe aos demais, por possuir um interesse público iminente, condicionando, sempre que possível, os demais princípios, e coloca a verdade como apoio e sustento da justiça, que é a base do Direito. O *sobreprincípio* da boa-fé processual obriga a todos os intervenientes a agirem e a se comportarem no processo com probidade e honestidade, pois, segundo Klein (*apud* FAIRÉN GUILLÉN, 1955, p. 320), *es principio geral que todo cuanto obste o dificulte los objetivos del proceso debe ser evitado*.

[...]

A boa-fé processual caracteriza-se, pois, como um sobreprincípio do ordenamento jurídico, posto que paira por cima dos demais princípios jurídicos e os condiciona, determinando-os no espaço e no tempo, em suas interpretações.

Não se pode negar que os demais princípios processuais, inclusive aqueles guindados a categoria constitucional, como por exemplo: o direito de ação, o contraditório, etc., não fiquem imunes ao dever supraconstitucional de agir e de falar em juízo ou fora dele sempre com base na boa-fé, na retidão e na lealdade.

Nesse quadro, como desdobramento lógico, é perfeitamente possível exigir dos sujeitos do processo – seja Penal ou Civil –, o dever de cooperar. Isso porque é necessário que algumas regras sejam estabelecidas, aliás, como em qualquer outra atividade humana que coloque interesses em rota de colisão.

⁵ O professor Darci Guimarães Ribeiro esclarece que a expressão “sobreprincípio” é utilizada por analogia àquela consagrada por Pontes de Miranda, regras de sobredireito, que segundo Pontes significa “*Ser de sobredireito não é ser de direito ‘anterior’ o direito sobre que versa a regra de sobredireito, é ser por cima desse direito para o determinar no espaço, no tempo, ou em sua interpretação.*” PONTES DE MIRANDA, Tratado das ações. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1972, 2. ed. t. I, § 44, p. 245. Observa, também, que Galeno Lacerda utiliza essa expressão emprestada, quando qualifica as normas sobre nulidades como “*normas de sobredireito processual*”. LACERDA, Galeno. O Código e o Formalismo Processual. Revista da AJURIS. n. 28. ano 10. Porto Alegre: AJURIS. julho. 1983, p. 11.

E o alinhamento com essa diretriz, para parcela da doutrina, não se limita à atuação dos litigantes, dos representantes do Ministério Público, dos advogados ou dos defensores públicos, mas também é voltado à conduta do juiz no processo, afastando-se da imagem do julgador que funciona tão somente como um distante fiscal da observância das regras legais.

Conforme expõe Daniel Assumpção (2014), o objetivo do princípio da cooperação é exigir do juiz uma participação efetiva, entrosando-se com as partes de forma que o resultado do processo seja o resultado dessa atuação conjunta de todos os sujeitos processuais. Impõe ao magistrado⁶, portanto, uma tríplice obrigação, a saber: de esclarecimento⁷, de consulta⁸ e de prevenção⁹.

Vale recordar que o dever de cooperação entre os sujeitos do processo nada mais é do que uma das situações jurídicas criadas a partir do princípio da boa-fé objetiva. Isso porque tal preceito tem seguido um desenvolvimento cíclico expressivo desde quando foi incorporado ao nosso ordenamento jurídico. O *tu quoque*, o *nemo potest venire contra factum proprium*, a *supressio* e a *surrectio*, são exemplos de conceitos parcelares frutos do princípio da boa-fé objetiva amplamente difundidos tanto pela doutrina como pela jurisprudência¹⁰.

Além do mais, o conceito de boa-fé possui uma dimensão bastante elástica, a partir do momento em que o sentimento ético ingressa num patamar de prioridade dentro do sistema jurídico (FACHIN, 2003).

Inclusive, Luiz Roberto Barroso (2005) utiliza o termo plasticidade, a fim de designar uma das características das cláusulas gerais, tal como ocorre com a boa-fé objetiva. O autor destaca que as denominadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um

⁶ De acordo com o enunciado n. 375 do Fórum Permanente De Processualistas Civis (FPPC): “O órgão jurisdicional também deve comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva”.

⁷ Consubstancia-se na atividade do juiz de requerer às partes esclarecimentos sobre suas alegações e pedidos, o que naturalmente evita a decretação de nulidades e a equivocada interpretação do juiz a respeito de uma conduta assumida pela parte (NEVES, 2014, p. 99).

⁸ Exige-se que o juiz sempre consulte as partes antes de proferir decisão, em tema já tratado quanto ao conhecimento de matérias e questões de ofícios (NEVES, 2014, p. 99).

⁹ Aponta-se às partes eventuais deficiências e permitindo suas devidas correções, evitando-se assim a declaração de nulidade, dando-se ênfase ao processo genuíno mecanismo técnico de proteção de direito material (NEVES, 2014, p. 99).

¹⁰ Um exemplo: o juiz deferiu o pedido de suspensão do processo formulado pelas partes e, mesmo com o processo suspenso, proferiu sentença; a parte aguardou o término da suspensão do processo para interpor o recurso de apelação, que foi julgado intempestivo pelo tribunal local; interposto o recurso especial, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que ao homologar a convenção pela suspensão do processo, o Poder Judiciário criou nos jurisdicionados a legítima expectativa de que o processo só voltaria a tramitar após o termo final do prazo convencionado. Desse modo, não mostraria razoável que, logo em seguida, fosse praticado ato processual de ofício – publicação de decisão – e ele fosse considerado termo inicial do prazo recursal, pois se caracterizaria a prática de atos contraditórios, havendo violação da máxima *nemo potest venire contra factum proprium*, reconhecidamente aplicável ao âmbito processual (STJ. (REsp 1306463/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 11/09/2012).

início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto.

Não se pode esquecer que a proteção da boa-fé na ordem jurídica também tem o objetivo de garantir a segurança jurídica. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2018) salienta que a boa-fé pode ser reconduzida à segurança jurídica, na medida em que é possível reduzi-la dogmaticamente à necessidade de proteção à confiança legítima. O professor complementa que esta “confiança” constitui um dos elementos do princípio da segurança jurídica e de prevalência da materialidade no tráfego jurídico.

3 MÁ COMPREENSÃO DOS SUJEITOS DO PROCESSO

Como visto, a dogmática processual parte da ideia de boa-fé como regra matriz do comportamento, colocando-a como cláusula geral do sistema ou, até mesmo, como *sobreprincípio*.

No entanto, até aqui não há dificuldades de compreensão. O problema está em incorporar uma mentalidade proba, leal, honesta e altruísta aos sujeitos do processo. Isso porque, como bem aponta Menezes Cordeiro (2011, p. 24), existe uma “cultura da astúcia” e esse aspecto fático não pode ser ignorado no desenvolvimento teórico.

É preciso ressaltar que, especialmente nos países latinos, o princípio da boa-fé (objetiva) é mal compreendido. Dado que, muitas vezes, nas relações interpessoais, parte-se da premissa do “levar vantagem”, do “jeitinho”, da “dialética da malandragem”¹¹. Toma-se por base o pressuposto que alguém está prestes a “passar a perna noutro”; ao que tudo indica, para que uma relação negocial tenha êxito, o outro terá que, obrigatoriamente, ter prejuízo. É mal concebida a possibilidade de que ambos possam realizar um bom negócio e, mesmo assim, ter lucro ou retorno esperado (HELENE; HOFFMANN, 2012, p. 357).

O termo “jeitinho”, popularmente difundido, nos remete a um exame histórico-cultural do processo colonial português responsável pela construção da brasilidade. Desde o início o colonizador português, com sua “plasticidade social”, deixou-se levar caprichosamente pela natureza irrequieta do trópico. Em lugar de impor à paisagem a marca

¹¹ Expressão elaborada pelo crítico literário Antônio Candido em um ensaio sobre Memórias de um Sargento de Milícias – romance publicado em 1854 por Manuel Antônio de Almeida (1831-1861).

de sua vontade, como os espanhóis, o colonizador lusitano emaranhou-se nela (CARDOSO, 2013, p. 138).

Então, exteriorizou na sociedade brasileira nascente sua despreocupação e, como colonizadores, esculpiram em seus colonizados uma cultura de desordem geométrica e disciplinar - que naturalmente se propagou no tempo até os dias atuais. Em “Raízes do Brasil”, Sergio Buarque de Holanda (1995) reconhece a “cordialidade” como uma característica presente no modo de ser do brasileiro. Todavia, cordial vem da palavra latina *cor, cordis*, que significa coração.

Na verdade, Sergio Buarque de Holanda está fazendo uma crítica, e não um endeusamento das virtudes brasileiras, porque o homem cordial, para ele, é o homem do coração, que se opõe ao homem da razão. Desse modo, o homem cordial não é uma pessoa gentil e afável, pelo contrário, é aquele que age movido pela emoção, retém vantagens individuais, detesta formalidades e põe de lado à ética (HELENE; VASATTA, 2015, p. 682).

Tal fato que pode ser atribuído à falta de costumes cívicos – como a honestidade, a exemplaridade e a honorabilidade – e isso tem grandes reflexos dentro da relação processual.

Em termos práticos, não é à toa que ao se deparar com um pedido de tutela antecipada, o magistrado, ficando na dúvida com relação ao *fumus boni iuris* dificilmente concederá uma liminar. Não se costuma esperar que o sujeito, enquanto condição de parte no processo, tenha grandes performances alinhadas com a boa-fé.

Então, seria necessário reconstruir a consciência moral do brasileiro?

Veja que os deveres de proceder com lealdade e com boa-fé se prestam a evitar os exageros no exercício da ampla defesa, prevendo condutas que violam a boa-fé objetiva e lealdade processual, indicando quais são as sanções correspondentes. Como ensina a doutrina, ainda que por vezes não se mostre fácil no caso concreto, deve existir uma linha de equilíbrio entre os deveres éticos e a ampla atuação na defesa de interesses (NEVES, 2014, p. 99-100).

Este dever, aliás, quando da elaboração do Código de Processo Civil, expressamente em sua exposição de motivos, se fez constar 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”. O fundamento decorre do fato de que “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 justiça”.¹²

¹² Item 17 da Exposição de Motivos do CPC, elaborada por Alfredo Buzaid.

Há, assim, a consagração no Código de Processo Civil da lealdade processual. Naturalmente que a lealdade e probidade processual não tratam somente da prova, mas do processo em geral, em todos os atos processuais (demanda, defesa, recursos). É uma das bases fundamentais do direito processual a boa-fé e a lealdade processual (SANTO, 1994, p. 439-440).

Ressalte-se que a boa-fé nada mais é do que a imediata manifestação da confiança, verdadeira base da convivência social, e ainda se apresenta de modo multifuncional. Sob o ponto de vista científico, tem-se, atribuído à boa-fé objetiva uma tríplice função¹³, a saber: a) a função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos; b) a função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal; c) e a função restritiva dos exercícios de direitos (SCHREIBER, 2012, p. 86).

Com grande senso de oportunidade, esclarece Judith Martins-Costa que

(...) a boa-fé produz deveres instrumentais e ‘avoluntarista’, neologismo que emprego para indicar que não derivam necessariamente do exercício da autonomia privada nem de punctual explicitação legislativa: sua fonte reside justamente no princípio, incidindo em relação a ambos os participantes da relação obrigacional. (2002, p. 199).

A consagração do princípio da boa-fé processual, resultado de uma expansão da exigência de boa-fé do Direito Privado¹⁴ ao Direito Público, deve ser expandida para todos os ramos do Direito, mesmo os não civis - ainda que no Processo Penal, conforme reiteradamente afirmado na doutrina e jurisprudência, esteja em jogo a liberdade, terreno em que sempre deve ser preconizado os princípios da ampla defesa e do contraditório -, imprimindo além de um devido processo legal, um devido processo leal¹⁵.

Como bem assinala Fredie Didier (2011, p. 69):

Até na guerra a proteção da boa-fé objetiva se impõe. O Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, reputa crime de guerra (art. 8º, 2, “b”, vi e vii) “provocar a morte ou ferimentos a um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido e utilizar indevidamente uma bandeira de tréguas, a bandeira nacional, as insígnias militares

¹³ É amplamente aceita na doutrina a ideia da tríplice função. No mesmo sentido, Gustavo Tepedino (2015) enumera as funções da boa-fé objetiva, indicando tradicionalmente a (a) interpretativa, a (b) restritiva do exercício abusivo de direitos e a (c) criadora de deveres anexos.

¹⁴ A boa-fé objetiva é fonte do Direito Privado, tanto nas obrigações como nos contratos, uma vez que impõe comportamento aos contratantes, segundo regras de correção, na conformidade do agir do homem em seu meio social.

¹⁵ Para Joan Pico i Junoy (apud DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 72), o princípio da boa-fé processual compõe a cláusula do devido processo legal, limitando o exercício do direito de defesa, como forma de proteção do direito à tutela efetiva, do próprio direito de defesa da parte contrária e do direito a um processo com todas as garantias (“processo devido”). Cria, para tanto, eloquente expressão: o devido processo leal.

ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves”. São, como se vê, condutas abusivas, que ferem a ética da guerra. Hastear “bandeira branca”, incentivando o avanço das tropas adversárias direto para um emboscada, é *venire contra factum proprium*, conduta intolerável mesmo na guerra. A leitura do rol dos crimes de guerra previsto neste artigo revela, com alguma facilidade, a preocupação com a preservação e o incentivo à boa-fé e à cooperação em períodos de guerra.

Se mesmo na guerra a ética há de ser preservada, como não defender a existência de um princípio da boa-fé processual, em que, ainda apenas metafóricamente, de modo civilizado e sob supervisão do juiz, as partes “guerreiam” por seus interesses?

4 NÚCLEO DE TENSÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA

É claro que num processo o que o autor quer não é o que o réu quer.

As partes são adversárias, porém o palco da luta tem que ser bom, ou seja, propício para que a “briga” - celeuma jurídica - se estabeleça com ética e seja solucionada rápida e justamente.

Inegavelmente os litigantes atuam na defesa de seus interesses, contribuindo com o juízo na medida em que essa colaboração lhes auxilie a se consagrarem vitoriosos na causa, diga-se, na satisfação de seus interesses. Crer que os sujeitos ajam sem interesse, buscando da melhor maneira possível a tutela jurisdicional, ainda que contrária à sua cobiça é um pensamento ingênuo e muito distante da realidade da sociedade consumerista (de *risco*¹⁶).

Negar, ao processo, a característica de um jogo seria fechar os olhos a uma realidade bem evidente, vista diariamente na praxe forense. O processo, ao colocar frente a frente pessoas com interesses diametralmente opostos e no mais das vezes com ânimos exaltados, invariavelmente não se transforma em disputa pacífica e cooperativa na busca da verdade e, por consequência, da justiça, que fatalmente interessa a um dos litigantes, mas não ao outro (NEVES, 2014).

¹⁶ Ulrich Beck (2011) identificou uma profunda transformação na sociedade. Diante da crise ambiental, da queda de Muro de Berlim e da derrocada do socialismo real, bem como avanços nas tecnologias apontavam na direção da construção de uma nova forma de organização social, houve uma ruptura dentro da modernidade, a qual extirpou a sociedade industrial clássica, então nasce a sociedade (industrial) do risco.

Para assegurar o equilíbrio entre os representantes das partes em litígio subsiste a cláusula geral processual de igualdade de armas¹⁷. Todavia, é aqui que se identifica o principal núcleo de tensão da boa-fé processual.

De acordo com o princípio da paridade de armas, um não pode ter o braço mais forte do que o outro. Tanto o autor como o réu não podem se valer de mecanismos ilegítimos para postular ou exercitar o contraditório em Juízo.

Nesse sentido, leciona Nery Júnior (2012, p. 225):

Como decorrência do princípio da paridade das partes, o contraditório significa dar as mesmas oportunidades para as partes (*Chancegleichheit*) e os mesmos instrumentos processuais (*Waffengleichheit*) para que possam fazer valer os seus direitos e pretensões, ajuizando ação, deduzindo resposta, requerendo e realizando provas, recorrendo das decisões judiciais.

Segundo a concepção moderna, a igualdade de armas exige que as partes possam apresentar o caso sob condições que não impliquem nenhuma posição desvantajosa a respeito da parte contrária (AMBOS, 2008, p. 77).

Ainda, não basta garantir a paridade formal de armas, o correto enfoque leva ao reconhecimento não de uma igualdade estática, senão dinâmica, em que o Estado deve suprir desigualdades para vivificar uma igualdade real - ponto de vista substancial, efetivo e real. As oportunidades dentro do processo (de falar, de contraditar, de reperguntar, de opinar, de requerer e de participar das provas, por exemplo) devem ser exatamente simétricas, seja para quem ocupa posição idêntica dentro do processo - dois réus - seja para os que ostentam posição contrárias - autor e réu, que devem ter, em princípio, os mesmos direitos, ônus e deveres (GOMES; MAZZUOLI, 2010).

Para que a disputa se desenvolva lealmente é necessária a perfeita igualdade entre as partes. Em primeiro lugar, que o demandado seja dotado das mesmas capacidades e dos mesmos poderes do postulante; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias, das perícias dos testemunhos.

Entretanto, alguns pontos são dignos de nota.

Não se pretende aqui afirmar que a cooperação e lealdade devem sobrepor a garantia do princípio *nemo tenetur se detegere*. No caso de ocultação de provas e documentos que deveriam ser exibidos, por exemplo, é preciso ter muito cuidado, pois, o novo Código de

¹⁷ Conforme dispõe o artigo 7º do Novo Código de Processo Civil: É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Processo Civil estabelece no artigo 379 que fica o agente fica “preservado o direito de não produzir prova contra si”.

Por outro lado, a preocupação é com o sentimento de desqualificação profissional e disparidade de recursos no seio do processo, que vem a nutrir um sentimento de ódio e de aversão à parte contrária. E é este cenário desarrazoado que fomenta manobras processuais defensivas temerárias. Cria-se um álibi falso. Combinam-se versões fantasiosas ou mesmo contatam ou implantam testemunhas para suprir provas visando, unicamente, atrapalhar a solução da lide.

Exemplo disso é o arrolamento de testemunhas fictas em outros estados da federação e no exterior ou solicitam diligências inúteis com o único intuito de procrastinar a prestação jurisdicional, de tal modo que uma eventual sentença seja prejudicada pela prestação tardia.

Além da enxurrada de recursos - agravo, apelação, embargos de declaração, recurso especial e extraordinário - confeccionados sem qualquer fundamento legal, visando - por vezes sorrateiramente - garantir mais alguns anos de impunidade ou inadimplemento até a solução final, diante da imensa fila de processos existente em todos os tribunais.

Isto é, mecanismos aparentemente legítimos - autorizados pela lei -, mas que, na verdade, são utilizados para ocultar a má-fé do litigante.

A esse propósito, não pode o Poder Judiciário, metaforicamente, “cruzar os braços”, diante de comportamentos ou manobras processuais temerárias, destituídas de qualquer fundamento fático-jurídico e confeccionadas com nítida má-fé. Já que tais condutas correspondem à claríssima afronta ao princípio da boa-fé objetiva, visto que evidenciam um completo desprezo pelo dever anexo de cooperação.

Cabe reiterar que a boa-fé e a lealdade alicerçam o Direito Processual contemporâneo, podendo ser traduzidas em regras específicas ou servirem como cláusulas gerais, usadas para preencher lacunas no sistema processual.

Dessa maneira, tanto uma como a outra, influenciam no comportamento dos sujeitos da relação quanto às provas, à defesa, aos recursos, aos atos processuais, à execução, por exemplo, impondo-se o respeito aos ditames da ética processual, seja em relação à parte contrária, seja em relação ao juiz ou quaisquer outras pessoas que venham a intervir ou a participar do processo judicial.

O litigante tem o dever de agir com lealdade e boa-fé, não podendo provocar incidentes inúteis ou infundados. A ele é vedada a utilização de expedientes de chicana

processual, procrastinatórios, desleais, desonestos, com o objetivo de ganhar a demanda a qualquer custo (NERY, 2014)¹⁸.

Os advogados, assim como os defensores públicos e os membros do Ministério Público - sobretudo como fiscais da ordem jurídica -, têm a missão de defender os direitos dos jurisdicionados e materializar a cidadania. Não podem ser tolerados esses tipos de condutas, afinal, estará se prejudicando toda a coletividade, na medida em que consome tempo e dinheiro público desnecessariamente, procrastinando o efetivo atendimento daqueles que realmente carecem de Justiça.

É importante frisar que o tempo que o magistrado - seja ele juiz, desembargador ou ministro - gasta lendo páginas sem qualquer préstimo sacrifica a tramitação de outras ações e, via de consequência, a produtividade do próprio Poder Judiciário. Ou seja, sem a colaboração dos litigantes é impossível assegurar a razoável duração do processo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Direito Romano, Ulpiano já apontava três preceitos jurídicos fundamentais: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (viver honestamente, não prejudicar o outro, dar a cada um aquilo que é seu). E, nesse sentido, salienta Juan Iglesias (2011, p. 156) que os três preceitos dizem respeito a todo tipo de normas sociais e que adquirem máxima importância quando de referem ao Direito.

Como visto, a boa-fé objetiva no âmbito do processual possui, em si, um interesse público iminente e condiciona tanto as relações entre autor e réu, quanto as relações entre poder judiciário e os jurisdicionados. Não há dúvida que ela, ao obrigar a todos um comportamento probo e honesto, possibilita promover a concretização do *fair play*, isto é, das regras do jogo processual limpo, leal e cooperativo.

Todavia, denunciou-se aqui uma tensão comportamental no contexto de exemplos práticos, não só pela má compreensão latina deste princípio, mas também pelo fato do

¹⁸ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2014) cogitam como outros exemplos de atitudes desleais: a) indicar endereço errado de testemunhas; b) ingressar com seguidas petições desnecessárias provocando tumulto processual. Desde os comentários ao Código de Processo Civil de 1973, os autores defendem que a probidade e a lealdade processual não são ônus, e sim deveres a serem observados pelas partes. Observam que a probidade processual consiste em a parte sustentar suas razões dentre da ética e da moral, não utilizando mecanismos de chicana e fraude processual. Salientam, ainda, que as partes não podem utilizar-se do processo para obter resultado que prejudique terceiro (processo simulado), nem para alcançar fim proibido pela lei (processo fraudulento).

processo colocar frente a frente pessoas com interesses conflitantes e que, por vezes, apresentam os ânimos exaltados.

No estudo foram analisadas algumas situações jurídicas processuais que representam o modo de agir dos sujeitos processuais, mediante a prática de atos procrastinatórios, temerários e, até mesmo, contraditórios. Além disso, observou-se que o abuso do processo pode ser configurado ainda que as partes exerçam posições jurídicas aparentemente legais, mas que tornam ilícitas diante do desvio de finalidade.

Do exposto, o ponto em comum, é que todas as condutas processuais citadas estão desvinculadas dos parâmetros da boa-fé¹⁹, razão pela qual não podem ser permitidas. Aliás, a boa-fé objetiva emerge como importante ferramenta à proteção do processo e, principalmente, de combate dessas situações processuais abusivas, que rompem as barreiras da ética.

Vale dizer que, na linha de raciocínio do professor Darci Guimarães Ribeiro (2018, p. 30), o processo não tolera o agir que incida na *exceptio doli, venire contra factum proprium, inalegabilidade de nulidades formais, suppressio, surrectio, tu quoque* ou *desequilíbrio no exercício jurídico*.

¹⁹ Seja ela identificada com *status* de “regra de conduta” ou de “cláusula geral” ou, até mesmo, de “*sobreprincípio*” do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. *Processo penal europeu*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

AQUINO, José Carlos Xavier de. NALINI, José Renato. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. 2005. Disponível em:

<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> 10 abri. 2020.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo, Editora 34, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1306463/RS. Recorrente: Vivo S/A. Recorrido: Município de Porto Alegre. Relator: Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Brasília, julgado em 04/09/2012, DJe 09/04/2015. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=23978421&num_registro=201102271996&data=20120911&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 29 mar. 2020.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Pensadores que inventaram o Brasil*. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina. 2007.

_____. *Litigância de má-fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa "In Agendo"*. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. Volume 1. 13. Ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil à luz do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IGLESIAS, Juan. *Direito romano*; Coleção direito europeu; v. 2. atualizada por Juan Iglesias Redondo; tradução de Cláudia de Miranda Avena. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NALINI, José Renato. *Direito que a cidade esqueceu*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Ética geral e profissional*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Ética para um judiciário transformador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal: Processo Civil, Penal e Administrativo*. 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e Legislação Extravagante*. 14. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único. 6. Ed. São Paulo: Editora Método/Forense, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

HELENE, Paulo Henrique; HOFFMANN, Eduardo. *Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar sua própria perda*. Direito Civil / Organização CONPEDI/UFF / Coordenadores: Célia Barbosa Abreu, Elcio Nacur Rezende, Roberto Senise Lisboa. Florianópolis: Editora FUNJAB, 2012, p. 354-367. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=de3f712d1a02c5fb>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

HELENE, Paulo Henrique; VASATTA, Laiana. *Sistema de repulsa à má-fé*. Direito civil contemporâneo / Organização CONPEDI/ UFS: Elcio Nacur Rezende; Otávio Luiz Rodrigues Junior; José Sebastião de Oliveira. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 680-700. Disponível em: <<http://conpedi.danilojr.info/publicacoes/c178h0tg/aynm5hh3/17Eq4tBkTWSTN2et.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de processo civil comentado*. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman de V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2003.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *A boa-fé como norma fundamental do processo civil*. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado. [ebook] Nº 14 / Orgs. Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha, Wilson Engelmann. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2018.

SANTO, Victor de. *La prueba judicial teoria y práctica*. 2ª edición atualizada. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.

SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre os princípios contratuais e a teoria dos contratos*. 2015. Disponível em:

<https://www.academia.edu/36120524/Notas_sobre_os_princ%C3%ADpios_contratuais_e_a_relatividade_dos_contratos>. Acesso em: 30 mar. 2020.