



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Guilherme Kronenberg Hartmann

**Processo colaborativo: atuação laboriosa dos sujeitos processuais**

Rio de Janeiro

2011

Guilherme Kronenberg Hartmann

**Processo colaborativo: atuação laboriosa dos sujeitos processuais**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional. Linha de pesquisa: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro

Rio de Janeiro

2011

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

H333p Hartmann, Guilherme Kronenberg.

Processo colaborativo: atuação laboriosa dos sujeitos processuais /  
Guilherme Kronenberg Hartmann. – 2011.  
117 f.

Orientador: Paulo César Pinheiro Carneiro.  
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito.

1. Direito processual – Teses. 2. Contraditório (Direito) – Teses. 3.  
Direito e ética – Teses. I. Carneiro, Paulo César Pinheiro. II. Universidade  
do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.9

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Guilherme Kronenberg Hartmann

**Processo colaborativo: atuação laboriosa dos sujeitos processuais**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional. Linha de pesquisa: Direito Processual.

Aprovado em 22 de Setembro de 2011.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (Orientador)

Faculdade de Direito da UERJ

---

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Faculdade de Direito da UERJ

---

Prof. Dr. Leandro Ribeiro da Silva

Faculdade de Direito da UFRJ

Rio de Janeiro

2011

## **AGRADECIMENTOS**

Ao professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, meu orientador, pela assistência e preciosos ensinamentos.

Aos professores do curso de mestrado da UERJ, e demais colegas de sala, pela substancial parcela de conhecimento compartilhada.

Aos meus pais e irmãos, pelo inesgotável suporte.

À Paula, meu amor e inspiração, por tanto me encorajar a produzir este trabalho, assim como sempre o faz, incondicionalmente, diante de qualquer desafio em nossa vida.

## RESUMO

HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *Processo colaborativo: atuação laboriosa dos sujeitos processuais*. 2011. 117 folhas. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

A relevância da atuação colaborativa dos sujeitos do processo para o resultado tempestivo e efetivo da prestação jurisdicional. Análise dos modelos de estruturação processual, em adequação ao Estado Constitucional. A invasão dos valores éticos e a releitura do princípio do contraditório, num viés amplo de participação democrática, em configuração dos pressupostos lógicos da colaboração processual. Os deveres das partes, e seus procuradores, potencializados pela parcialidade envolta e pela relação profissional desenvolvida. A pertinência de um juiz ativo e diligente no ideal cooperativo e os deveres extras daí decorrentes. A proibidade processual e sua proteção normativa, através das técnicas repressivas de controle social: a litigância de má-fé e os atos atentatórios à dignidade da justiça. O abuso do processo como desvio das situações legais permissivas e sua contenção, sobretudo através do mote da boa-fé objetiva na restrição do exercício de direitos. A preocupação normativa em encorajar/desencorajar comportamentos e o formato disponível para estimular o cumprimento da norma jurídica. O mote da boa-fé objetiva como caminho a ser seguido pelos operadores do Direito na exegese normativa, através da majoração da responsabilidade dos litigantes. Contextualização através do exame de situações específicas.

Palavras-chave: Processo colaborativo. Deveres éticos. Princípio do contraditório. Ilicitude e abuso processual.

## **ABSTRACT**

The relevance of the collaborative work in the procedural actions and their contribution to improve adjudication results. Analysis of the systems of structuring procedural and adequacy to our Constitution model. The invasion of ethical values and rereading of the fair hearing principle in logical setting of the assumptions of procedural collaboration. The duties of the parties and their attorneys, fueled by partisanship wrapped and professional relationship developed. The relevance of an active and diligent judge on the cooperative ideal and the extra duties resulting from this. The procedural probity and protection rules through the repressive techniques of social control: the bad-faith litigation and contempt to dignity of justice. The abuse of process as a deviation from permissive legality and the reasoning of the objective good-faith to restrict the exercise of rights. The normative concern in encouraging or discouraging behaviors and the available format to encourage compliance with the rules of law. The reasoning of the objective good-faith, additionally, as a path to be followed by operators of the law in the allocation of more responsibility to the litigants. This contextualization through examination of specific situations.

Keywords: Collaborative process. Ethical duties. Fair hearing principle. Procedural illegality and abuse.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
BACEN-JUD	Sistema para envio de ordens judiciais ao Sistema Financeiro Nacional via internet
CC	Código Civil – Lei nº 10.406, de 10/01/2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11/09/1990
CF	Constituição da República Federativa do Brasil, de 05/10/1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848, de 07/12/1940
CPC	Código de Processo Civil – Lei nº 5.869, de 11/01/1973
CPP	Código de Processo Penal – Decreto-Lei nº 3.689, de 03/10/1941
CTN	Código Tributário Nacional – Lei nº 5.172, de 25/10/1966
EC	Emenda Constitucional
FONAJE	Fórum Nacional dos Juizados Especiais
LINDB	Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei nº 4.657, de 04/09/1942 (antiga LICC), alterado pela Lei nº 12.376, de 30/12/2010
LOMAN	Lei Orgânica da Magistratura Nacional
MS	Mandado de segurança – Lei nº 12.016, de 10/08/2009
NCPC	Novo Código de Processo Civil, conforme Projeto de Lei nº 8.046 de 22/12/2010, para revogar a Lei nº 5.869/1973, em tramitação na Câmara dos Deputados, após aprovação no Senado Federal.
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ-MG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJ-RJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJ-RS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	9
1	<b>PROCESSO COLABORATIVO.....</b>	13
1.1	<b>Estruturação processual e adequação ao estado constitucional.....</b>	13
1.2	<b>Pressupostos teóricos.....</b>	19
1.2.1	<u>Preceitos éticos.....</u>	19
1.2.2	<u>Contraditório participativo.....</u>	22
2	<b>DEVER DE COLABORAÇÃO PROCESSUAL.....</b>	26
2.1	<b>Atuação das partes.....</b>	26
2.1.1	<u>Dever de lealdade.....</u>	28
2.1.2	<u>Dever de veracidade.....</u>	30
2.1.3	<u>Dever de operosidade.....</u>	33
2.2	<b>Atuação dos advogados.....</b>	36
2.3	<b>Atuação do juiz.....</b>	38
2.3.1	<u>Dever de esclarecimento.....</u>	44
2.3.2	<u>Dever de prevenção.....</u>	47
2.3.3	<u>Dever de auxílio.....</u>	50
2.3.4	<u>Dever de consulta.....</u>	51
3	<b>PROTEÇÃO NORMATIVA À PROIBIDADE PROCESSUAL.....</b>	54
3.1	<b>Violação aos preceitos éticos.....</b>	55
3.1.1	<u>Litigância de má-fé.....</u>	56
3.1.2	<u>Atos atentatórios à dignidade da justiça.....</u>	59
3.1.3	<u>Abuso do processo.....</u>	62
3.1.4	<u>Improbidade processual na advocacia.....</u>	68
3.1.5	<u>Improbidade processual na atividade jurisdicional.....</u>	72
3.2	<b>Estímulo ao cumprimento da norma jurídica.....</b>	74
3.2.1	<u>Técnica de encorajamento.....</u>	74
3.2.2	<u>Técnica de desencorajamento.....</u>	76
4	<b>MOTE DA BOA-FÉ OBJETIVA PROCESSUAL E AUMENTO DA RESPONSABILIDADE COLABORATIVA.....</b>	83
4.1	<b>Função restritiva do atuar processual.....</b>	84

4.2	<b>Cânone interpretativo da legislação processual.....</b>	91
4.2.1	<u>Comunicação processual.....</u>	92
4.2.1.1	Citação.....	93
4.2.1.2	Intimação.....	95
4.2.2	<u>Responsabilidade patrimonial.....</u>	96
4.2.2.1	Desconsideração da personalidade jurídica.....	99
4.2.3	<u>Moratória legal.....</u>	102
4.2.4	<u>Execução provisória.....</u>	103
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	108
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	111

## INTRODUÇÃO

É cediço que vários fatores endêmicos atuam para um resultado processual indesejável, necessitando por isso mesmo de ajustes. Questiona-se, nesse giro, de forma preferencial, a existência de leis processuais defasadas das atuais necessidades da sociedade, exacerbadamente formalistas; bem como o desaparelhamento ou falta de estrutura judiciária, carente de funcionários e magistrados, com o devido recrutamento e treinamento. De forma não infensa, apresentam-se outros fatores marginais, mais específicos, como o excesso de meios recursais, além do disseminado desprestígio das decisões proferidas pelo juiz de primeira instância, o que estimula impugnações.

No cotidiano das atividades processuais, uma linha, porém, merece maior desenvolvimento e conseqüente transposição: o atuar desvirtuoso dos principais atores processuais, em contribuição negativa ao sucesso da empreitada jurisdicional, causando-lhe patológico retardamento. Penetrar em tal celeuma é o objetivo central deste trabalho.

De fato, a postura processual tem saliente papel na ambição de entrega de uma tutela jurisdicional justa, além de tempestiva (art. 5, inciso LXXVIII, CF c/c art. 8, Convenção Americana sobre Direitos Humanos)<sup>1</sup>. Terminantemente, de maneira nenhuma se poderá prescindir da escorreita utilização do processo pelos agentes e cooperadores da justiça, sob pena de inteligível fracasso dos fins sociais e políticos que o informam, num “absoluto contra-senso” operacional (CARNEIRO, 2007, p. 72).

Como corolário, desponta a necessidade de um procedimento adequadamente formulado, impregnado de exigências éticas, genéricas ou específicas, para disciplinar a desordem e emprestar previsibilidade ao procedimento, trazendo equilíbrio formal aos contendores.

Pode-se dizer que a vigente legislação processual codificada faz notável vigilância sobre as condutas ímprobis. É o reconhecimento da necessidade em se escudar o processo do ímpeto dos litigantes, sujeitos parciais, de frustrar os objetivos do processo, omitindo-se de um ideal de justiça em prol da parte adversa. No entanto, a constância de comportamentos desidiosos permanece a assombrar os operadores do direito.

---

<sup>1</sup> A garantia de acesso à justiça (art. 5, inciso XXXV, CF) não se esgota com a mera obtenção de provimentos judiciais descomprometidos com a real capacidade de produzir efeitos no mundo empírico; assim, a norma programática de razoável duração do processo engloba, também, com especial relevo neste trabalho, a atividade satisfativa.

Com a consciência de que tal desajuste se intensifica quando perfilhado um sistema processual que valorize a astúcia e a competição entre os litigantes, ganha realce a investigação sobre o enquadramento dos modelos de estruturação processual <sup>2</sup>, e suas conjeturas essenciais.

Logo na estrutura inicial desta dissertação, caberá eleger aquele que melhor se ajuste ao Estado Constitucional – o processo colaborativo, como adianta o título da dissertação –, para permitir, a partir desse discernimento, o exame do grau de liberdade dos sujeitos do processo (art. 5, *caput*, CF), além das limitações impostas ao exercício de suas situações jurídicas subjetivas, em observância do devido processo legal (art. 5, inciso LIV, CF).

Intercede-se na direção de um necessário comportamento cooperativo entre os sujeitos processuais, encarnado pela moralidade e diálogo, das partes e seus advogados, além e para com o julgador, como forma de melhorar a qualidade da prestação jurisdicional, humanizando-a <sup>3</sup>.

Como sustentação teórica, vem a propósito observar o grau de comprometimento das partes – e, logo em seguida, de seus procuradores –, segundo os ditames normativos e éticos, com o resultado a ser alcançado no processo, tomando em consideração, inclusive, a pretensão incessante de lealdade, veracidade e produtividade, nos mais diversos tipos de procedimento.

Mais relevante é a constatação de que o direito processual não pode sobrar infenso à influência da boa-fé objetiva, já consolidada no direito material como um postulado inspirador da ordem jurídica. Numa releitura do dever de lealdade, em ponderação mais desenvolvida, longe de subjetivismos, pretende-se restringir o exercício de direitos, quando forçosamente abusivos.

Ao julgador também se voltam às atenções, claramente com menor intensidade ética defronte ao seu desinteresse prático com a sorte dos litigantes, uma vez imparcial e equidistante. No entanto, exige-se uma postura ativa dos magistrados, na condução e controle do processo, para reprimir condutas ilícitas ou impróprias, bem como para estimular a participação dos jurisdicionados, numa releitura de seus poderes (*rectius*: deveres).

Nesse último desígnio, torna-se indispensável analisar a renovação do princípio do contraditório (art. 5, inciso LV, CF), a pautar a comunicação e a cidadania entre os sujeitos do

---

<sup>2</sup> “Ainda que se trate de um confronto entre teses, a ser definido pelo critério da razão, as características da disciplina legal adotada influirão poderosamente no desfecho. Pode ser que se criem condições mais propícias a que saia vencedor quem sustente a melhor tese; também pode ser, no entanto, que antes se favoreça quem lute com maior vigor ou maior habilidade – para não dizer com menores escrúpulos”. (MOREIRA, 2004a, p. 213).

<sup>3</sup> “Consiste a humanização do processo na valorização do homem que nele comparece e supõe a atuação de valores éticos no sistema processual, ordenados à finalidade”. (SOUZA, 1987, p. 28).

processo, diante do cepticismo sobre a legitimidade de uma decisão jurisdicional que não tenha sido fielmente influenciada pela participação das partes <sup>4</sup>.

Também tem influxo na atividade do julgador a boa-fé objetiva, como cânone interpretativo ou critério de aplicação das normas existentes, legitimando-as. O trabalho procura assentar que a predileção, sempre, pela exegese mais adepta aos ditames morais, no fortalecimento da repressão à improbidade, termina por salientar o caráter instrumental do processo, constituindo questão fundamental no culto à laboriosidade de atuação.

Em verdade, quer se revelar o grau de utilidade do processo, indo ao encontro de uma fórmula adequada, seja no plano teórico ou prático, atendente de todos os seus propósitos norteadores, no âmbito jurídico, político e social (DINAMARCO, 2008, p. 184). De fato, bem adiante da atuação da vontade concreta do direito (escopo jurídico) – em demonstração da intercessão entre os ramos substancial e processual –, ainda se extrai a afirmação do poder jurisdicional na resolução de conflitos (escopo político) – com renovado prestígio à participação efetiva dos cidadãos no destino da sociedade que compõem –, e, sobretudo, a missão de eliminar conflitos, pacificando e educando a sociedade (escopo social).

Uma das premissas adotadas é o abandono da concepção privatista do direito processual, na afirmação de que a justa resolução das lides interessa a toda a coletividade, e não somente aos litigantes que nele discutem sua relação jurídica. Como afirmado, o processo não tem o objetivo único de eliminar os conflitos que agasalha, como se a atuação concreta da vontade da lei encerrasse sua missão constitucional.

No quadro publicista do método processual, resta fora de moda a figura do “juiz espectador”, para quem o resultado do processo está relacionado unicamente ao desempenho da parte e de seu procurador (BEDAQUE, 2011, p. 10/11). Como pano de fundo, porquanto, busca-se focar o processo em uma perspectiva teleológica, relacionando-o com a função estatal de fazer valer o ordenamento jurídico (MARINONI, 2007, p. 400) <sup>5</sup>.

Tal proposição tem suporte na estipulação da Constituição como centro gravitacional do sistema jurídico, ao infundir a necessidade de adequação do formalismo processual aos fins buscados pelo Estado através do processo. O ideal de cooperação processual reflete, então, um novo influxo sobre a relação desenvolvida entre o Estado e os litigantes, a partir do intuito magno de construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3, inciso I, CF).

---

<sup>4</sup> “[...] o monólogo pouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constringe à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado”. (OLIVEIRA, 2005, p. 14/15).

<sup>5</sup> No mesmo sentido, aduzindo que “a noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder”. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, 2006, p. 295).

Adicionalmente, são-lhes atribuídas outras tarefas e responsabilidades para favorecer a formação de um juízo mais aberto e ponderado, porquanto interessa ao próprio método processual perseguir um produto justo.

“O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, o microcosmos democrático do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade” (DINAMARCO, 2008, p. 27).

Os valores encartados na Constituição, base axiológica da qual ressaem princípios, encerram a estruturação do processo colaborativo no ordenamento infraconstitucional. Um processo dialético e responsável torna harmônica a desenvoltura processual, por influência, inclusive, da economia processual, pois tolhidas as indevidas dilações sobre temas não esclarecidos ou não corrigidos no momento limiar do processo <sup>6</sup>. Ademais, faz demonstrar a íntima relação do direito processual com o direito material, na busca de realização deste último.

Desta feita, sob tais bases e projeções, multidisciplinares e de grande relevância prática, segue-se ao seu desenvolvimento, com utilização do método bibliográfico, na análise da doutrina especializada, nacional e estrangeira, além da jurisprudência correlata ao tema. Imprescindível se faz, de nosso tempo, analisar a proposta legislativa do novo Código de Processo Civil (NCPC), em cotejo com as normas ora vigentes, o que constitui, outrossim, objeto paralelo deste trabalho <sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> “A obediência ao princípio da cooperação é comportamento que impede ou dificulta a decretação de nulidades processuais – e, principalmente, a prolação do juízo de inadmissibilidade”. (DIDIER JR., 2007, p. 56).

<sup>7</sup> Em análise, a projeção de reforma do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973), através do Projeto de Lei nº 8.046/2010. Este último submete à revisão da Câmara dos deputados o Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, já aprovado na primeira casa legislativa, após diversas consultas públicas e alterações.

## 1 PROCESSO COLABORATIVO

### 1.1 Estruturação processual e adequação ao estado constitucional

Os sujeitos processuais desempenham suas funções de acordo com o modelo de estruturação dado ao processo, em resultado das disposições normativas predispostas à solução de conflitos de dado lugar do mundo. O fundamento preponderante na determinação do papel do juiz e das partes, quando da instauração, desenvolvimento e conclusão do processo, depende, assim, do sistema adotado, em análise dos institutos positivados.

É costume fazer uma divisão dos sistemas jurídicos em famílias, em conseqüência das vertentes histórica e territorial, de tradições comuns, ou mesmo de características invariantes. Esse enquadramento, contudo, não é absoluto, sendo mais realista a apreciação do sistema processual de cada país pela soma de suas características próprias, de acordo com o plano constitucional e infraconstitucional.

No modelo entendido como adversarial, o juiz assume uma postura passiva, de espectador, na condução e instrução do processo. Há supremacia do princípio dispositivo, cuja orientação preconiza que a maior parte da atividade processual seja deixada ao alvedrio dos litigantes e seus advogados, na forma de uma competição.

“O *adversary system* presume que a verdade triunfará no fim porque tanto os acusadores quanto os advogados de defesa apresentarão seus argumentos nos mais fortes termos possíveis. A confiança na exatidão definitiva do *adversary system* nasce da crença profunda no valor do espírito competitivo – da teoria desportiva da justiça’ [...]”. (MOREIRA, 2004a, p. 215).

É a imagem tradicional retirada do sistema jurídico anglo-americano da *common law* – em visão simplista<sup>8</sup> –, uma vez centrado, não no julgador, mas na pessoa dos sujeitos parciais do processo, como reconhece a doutrina correlata.

“[...] that must be remembered is that the Anglo-American judicial system is based on the adversary model, which in many respects is lawyer-centered. This differs from systems in civil-law countries in which a judge-centered or inquisitorial model prevails. [...] The main feature of the adversary system that influences the development of particular procedures is that the parties (or their lawyers) control and shape the litigation. [...] Necessarily, then, the adversary model places enormous emphasis and responsibility on the lawyers; the court

<sup>8</sup> A ressalva da assertiva se justifica diante da tendência de convergência entre os modelos da *common law* e da *civil law*. A *Civil Procedure Rules* inglesa, por exemplo, redistribuiu as tarefas entre partes e juiz, em ampliação dos poderes deste na preparação do *trial*, afastando-se em parte da linha histórica do *adversary system*.

maintains a relatively passive role throughout the proceedings. [...]”. (FRIEDENTHAL; KANE; MILLER, 2005, p. 2).

Assim, a função do juiz é relegada ao julgamento do pleito, de forma tolhida pelas alegações de fato e provas produzidas pelas partes, sem preocupação se os acontecimentos narrados coincidem com a realidade. Notadamente, o sentimento retirado desta concepção é evitar a intromissão estatal na atuação livre dos jurisdicionados em defesa de seus interesses privados.

“Se entiende por principio de disposición aquel que deja librada a las partes la disponibilidad del proceso. [...] Este principio se apoya sobre la suposición, absolutamente natural, de que en aquellos asuntos en los cuales sólo se dilucida un interés privado, los órganos del poder público no deben ir más allá de lo que desean los propios particulares”. (COUTURE, 2005, p. 152/153).

Ao revés, o modelo inquisitorial torna protagonista o órgão jurisdicional, atribuindo-lhe maior poderio, em desmerecimento da vontade dos litigantes – apesar de lhes permanecer reservada, invariavelmente, a delimitação da *res in judicio deducta* (SOUZA, 1987, p. 43) –, como se extrai tradicionalmente do sistema europeu-continental, da *civil law*.

Nesse, há interferência judicial na busca da verdade dos fatos, independentemente de iniciativa ou da colaboração das partes, não se contentando o julgador de forma passiva com a versão trazida pelos litigantes. Além disso, velar pela igualdade processual passa a ser incumbência do magistrado, no exercício de verdadeira função supletiva e auxiliar, em mais uma faceta da preponderância do princípio da oficialidade, notadamente quando a lei não imponha desigualdades<sup>9</sup>.

Nesse entretanto, cabe alertar que qualquer radicalização nestas duas metodologias poderá ser nociva. A confiança exclusiva aos sujeitos parciais da investigação do fato jurídico, enclausurando o julgador, tornará fecunda a ocorrência de situações de injustiça, pela ineficiência do sistema judiciário. “Guardemo-nos de supor que toda e qualquer intervenção de agentes públicos seja incompatível com a preservação de liberdade. Ao contrário: ela é frequentemente indispensável para assegurar o livre desenvolvimento da pessoa humana”. (MOREIRA, 2004b, p. 40).

Por outro lado, se os poderes do juiz forem ilimitados, haverá exagerada publicização do processo e conseqüente enfraquecimento da garantia e segurança dos direitos individuais, na elevada absorção do direito civil pelo direito público.

<sup>9</sup> De fato, o tratamento igualitário é dispensado pelo legislador em situações específicas, tornando legítima a discriminação. É justamente o caso do consumidor atuante em juízo, pois vulnerável, para dispor de complacentes regras, por exemplo, sobre competência (art. 101, inciso I, lei nº 8.078/1990) e intervenção de terceiros (arts. 88 e 101, inciso II, lei nº 8.078/1990).

“[...] o excesso de poderes do órgão judicial poderia desembocar num processo substancialmente privado de formas, conduzido segundo a livre discricionariedade do juiz, com provável prejuízo à igualdade substancial das partes e violação do princípio da certeza jurídica, sem falar do eventual menosprezo ao nexo entre o direito material e o processual”. (OLIVEIRA, 2005, p. 7/8).

Alerte-se contra a polêmica que não há um sistema puramente adversarial ou inquisitorial, mas procedimentos construídos a partir de várias combinações de elementos deste ou daquele (DAMASKA, 1986, p. 3/4), sendo mais correto cogitar da preponderância de um deles em determinada temática ligada à divisão de trabalho, como na delimitação do objeto litigioso ou na instrução probatória, dentre outros.

Já se afirmou de forma categórica que, “modernamente, nenhum dos dois princípios merece mais a consagração dos Códigos, em sua pureza clássica. Hoje as legislações processuais são mistas e apresentam preceitos tanto de ordem inquisitiva como dispositiva”. (THEODORO JR., 2007a, p. 29). O direito estadunidense, em demonstração, aflui em tal direção:

“The ideal of the adversary system has come under increasing pressure in modern times. Many judges have assumed more active roles in guiding the litigation before them. This is seen in the participation of judges in the settlement process, during the pretrial-conference stage, and in the various management techniques by which courts are responding to complex modern litigation, such as massive class actions charging discrimination, securities fraud, or environmental damage, or suits involving the reorganization of entire industries, schools, or prison systems”. (FRIEDENTHAL; KANE; MILLER, 2005, p. 3).

Sobre o ordenamento jurídico brasileiro, relacionado à *civil law*, insta registrar que a Exposição de Motivos do CPC/1973 consagrou o princípio dispositivo, porém sem descuido da autoridade do Poder Judiciário, “armando-o de poderes para prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da Justiça” (item 18, no Capítulo IV, intitulado “Do Plano da Reforma”).

A ilação que se retira do explanado é de que cabem as partes o exercício dos atos de disposição do processo, relacionados ao seu direito material; mas o desenvolvimento e controle do processo, diversamente, permanecem nas mãos do juiz, diante do interesse público na justa composição do litígio.

“[...] III - O Código de 1973 acolheu o princípio dispositivo, de acordo com o qual, em sua formulação inicial, o juiz deveria julgar segundo o alegado pelas partes (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*). Mas o abrandou, tendo em vista as cada vez mais acentuadas publicização do processo e socialização do direito, que recomendam, como imperativo de justiça, a busca da verdade real. O juiz, como hoje cediço, não é mero assistente inerte da batalha judicial, ocupando posição ativa, que lhe permite, entre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade, sem

ensejar injustificado favorecimento a litigante que haja descuidado ou negligenciado em diligenciar as providências probatórias de seu interesse [...]”.<sup>10</sup>

No nosso sistema processual, o princípio dispositivo pode ser verificado na instituição da relação processual e na delimitação da prestação jurisdicional, em derivação dos princípios da demanda (art. 2, CPC) e congruência (art. 128, CPC), respectivamente, com o objetivo de preservar a imparcialidade do juiz.

Em contrapartida, o impulso processual cabe ao juiz (art. 262, CPC), inclusive na determinação *ex officio* de produção probatória (art. 130, CPC). Outros institutos processuais ainda limitam visivelmente o princípio dispositivo, como o poder-dever judicial de interrogatório (art. 342, CPC) e acareação (art. 418, CPC); a determinação pelo juiz de exibição de documento apenas alegado (art. 355, CPC); além da apreciação judicial de fatos constantes nos autos, ainda que não alegados pelas partes (art. 131, CPC)<sup>11</sup>.

“No que se refere à participação do juiz na formação do conjunto probatório, o Código de Processo Civil brasileiro adotou, sem qualquer sombra de dúvida, o modelo europeu-continental do *inquisitorial system*, repelindo o *adversarial system* do sistema anglo-saxão”. (BEDAQUE, 2011, p. 103).

De fato e como dito, não mais resiste a conformação integral do processo a um regime estatal liberal, de uma ponta, ou intervencionista, de outra. O encontro de um meio-termo, sem atribuir o predomínio absoluto da condução do processo ao juiz, tampouco às partes, somente se faz possível através do estabelecimento de uma verdadeira comunidade processual. É justamente a diretriz de configuração subjetiva e funcional do processo civil que ora se pretende defender, em nome da democracia participativa.

O atuar cooperativo enaltece a responsabilidade de todos os sujeitos processuais pela justa solução da lide, objetivo final do processo. O órgão jurisdicional deve ter papel ativo, porém sem feição autoritária; às partes deverão ser imputados deveres de colaboração, interligados à boa-fé, para influenciar no provimento jurisdicional.

“[...] a idéia de cooperação além de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo, pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes”. (OLIVEIRA, 2005, p. 13).

<sup>10</sup> BRASIL. STJ. REsp 17.591/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Julgamento: 07/06/1994.

<sup>11</sup> “Delimita-se mais ainda o princípio dispositivo, quando surge interesse público (matrimônio, filiação, interdição, editais), ou intervém o órgão do Ministério Público como fiscal da lei”. (SOUZA, 1987, p. 45).

O mesmo terreno é percorrido por Daniel Mitidiero, ao traçar três perfis de organização processual da divisão de trabalho, e correlacioná-los ao modelo processual do Estado Constitucional (2009, p. 101/103). Segundo o autor, no processo isonômico não há propriamente hierarquia entre os sujeitos do processo, de modo que o juiz deve atuar apenas para manter a regularidade do feito, sem interferir na esfera jurídica das partes e na busca da verdade processual – sendo assemelhado, portanto, ao sistema adversarial. O segundo modelo, denominado assimétrico, diversamente, traz como característica a hierarquia entre o juiz e as partes, possuindo, aquele, amplos poderes na condução do processo, inclusive na formação da prova – fazendo correlação com o sistema inquisitorial. Nestes dois modelos, a conduta das partes é apreciada tendo em conta meros esquemas intencionais de boa-fé, então meramente subjetiva.

Fundando-se em outras bases, por sua vez, encontra-se o terceiro modelo ditado pelo autor, entendido como cooperativo: evidencia-se desprezado o protagonismo processual, afinal todos devem colaborar democraticamente para o fim comum. Neste propósito, o princípio do contraditório é redimensionado, pois indispensável para o aprimoramento da decisão judicial<sup>12</sup>. O encontro da verdade processual é visto como um objetivo estatal, a demonstrar um sentido mais amplo do campo ético, notadamente da boa-fé objetiva, como um padrão de conduta moral a ser seguido. Tudo isso leva o supracitado autor a crer que este último modelo é adequado aos fins e valores constitucionais.

“Da formação do processo ao exaurimento das vias recursais a instância ganha novos matizes, tudo à luz do escopo de decidir-se com justiça o caso decidendo, desiderato que se acomete ao Estado Constitucional, no marco teórico do formalismo-valorativo, regido em todo o seu arco procedimental pela idéia de cooperação”. (MITIDIERO, 2009, p. 102).<sup>13</sup>

Na visão desse modelo normativo democrático, expressado na máxima da colaboração, consegue-se uma alternativa à contraposição entre direito-liberal/processo-garantista e direito comunitário/processo-social, que, derradeiramente, define o confronto entre sociedade e indivíduo (ZANETI JR., 2007, p. 60/61).

Outro fator relevante: ressoa como consectário do modelo colaborativo a humanização do processo, pois imprescindível à justiça. A racionalidade científica, com suas formas

---

<sup>12</sup> Esclarece-se que o chamado princípio da cooperação “informa e qualifica o contraditório”, em prestígio ao diálogo e o equilíbrio (DIDIER JR., 2007, p. 56).

<sup>13</sup> O paradigma do formalismo valorativo, nas lições de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*O Formalismo no Processo Civil*, 2003), implica basicamente em compreender o processo na perspectiva dos direitos fundamentais, na organização e delimitação de seu desenvolvimento, cunhando o conceito de cidadania processual. O autor deixa entrever duas facetas do formalismo, como garantia contra o arbítrio estatal dentro do processo e, simultaneamente, como entrave à adequada distribuição da justiça, quando excessivo.

burocráticas e conflituosas de se resolver controvérsias, e o desenvolvimento da tecnologia, podem ser alvo de maledicência devido ao distanciamento do litigante na compreensão e participação do rumo processual.

“Esta nova visão do processo, calcada na solidariedade, se acentua e cresce de importância na medida em que passamos a considerá-lo não como amontoado de páginas e documentos mas sim como algo que tem vida. Nele estão contidas angústias, sonhos, esperanças, liberdade, realizações, enfim ele tem vida. Em todo o processo há um coração que pulsa [...]”. (CARNEIRO, 2001, p. 352).

Ao significado de humanização atribui-se, em resumo, o reconhecimento do litigante como pessoa e sujeito, na consideração de suas necessidades, e não apenas como objeto da intervenção; além do aumento da interação entre o juiz e as partes, na disponibilização do acesso à informação e compartilhamento na tomada de decisões. É a articulação que dá sustentáculo ao processo colaborativo.

Pode-se ter a percepção do atual desenvolvimento do direito processual através das linhas mestras do vigente Código de Processo Civil lusitano, em elaboração de verdadeira cláusula geral de cooperação – dita em “vanguarda do pensamento contemporâneo”, inclusive com avanços em relação à legislação alemã, de onde inegavelmente retirou inspiração (DIDIER JR., 2010, p. 50) – como abaixo se transcreve:

“Art. 266, Código de Processo Civil Português. (Princípio da cooperação). 1. **Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.** 2. O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3. As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 519.º. 4. Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”<sup>14</sup>. (grifo nosso).

Igualmente, no empenho de atender aos seus objetivos sociais e políticos, o sistema brasileiro já busca encampar a necessidade de trabalho conjunto, solidário, na delimitação aos sujeitos processuais de poderes, faculdades e deveres, como se verá adiante, a partir da análise dos pressupostos teóricos do processo colaborativo.

<sup>14</sup> Na exposição justificadora da reforma legislativa do texto codificado português (Decreto-Lei n.º 329-A/1995), pregou-se a nova direção processual que se ambiciona para os regimes objetivamente estatuídos: “Consagra-se o princípio da cooperação, como princípio angular e exponencial do processo civil, de forma a propiciar que juízes e mandatários cooperem entre si, de modo a alcançar-se, de uma feição expedita e eficaz, a justiça do caso concreto”. Disponível em: < <http://www.stj.pt/nsrepo/geral/cptlp/Portugal/CodigoProcessoCivil.pdf> >. Acesso em: 12 dezembro 2010.

## 1.2 Pressupostos teóricos

### 1.2.1 Preceitos éticos

Não se deve compreender a moral e o direito como realidades isoladas, afinal ambos acabam por visar trazer alguma previsibilidade para as ações humanas – a primeira no plano do sujeito, ligada à intenção, no foro íntimo da consciência individual; e o segundo do ponto de vista social, de maneira objetiva, na mera adequação externa do ato à regra –, diante da determinação de condutas entendidas como devidas.

Sem sombra de dúvida, a moral constitui apanágio do direito, em suporte de sua legitimidade e da necessidade de garantia da coesão social. O ordenamento jurídico, manifestação de um estágio aprimorado de convivência humana, possui um substrato ético fundamental, uma espécie de moral objetivada, na idéia de limitar a atividade própria para tornar possível o exercício da atividade alheia (NALINI, 2011, p. 145). Depende da variante histórica, porém, a delimitação do conteúdo e alcance desta vinculação.

Quanto à esfera processual, se outrora fosse possível verificar certa resistência à imposição de deveres de caráter ético aos litigantes, diante da concepção individualista e liberal (*laissez-faire*) então vigorante, a situação se transformou a partir do modelo ideológico constitucional, e sua carta de princípios sistêmicos<sup>15</sup>. A evolução para um Estado de caráter eminentemente intervencionista e ativo, preocupado com a justiça social, modificou o próprio papel do Poder Judiciário, impondo fins publicísticos ao processo.

Por conseguinte, com mais força se verificou a necessidade de se impor, na condução deste processo emergente e civilizado, um freio ou limite aos comportamentos socialmente inaceitáveis, em proteção aos interesses que todos partilham por igual, no resguardo de posições jurídicas<sup>16</sup>. Disso resultou a invasão/resgate de valores éticos e axiológicos na seara

---

<sup>15</sup> Pode-se afirmar que o pós-positivismo – apresentado também como não-positivismo ou não-positivismo principiológico –, promoveu a reaproximação da discussão ética ao Direito, a partir da ascensão de valores, na leitura moral da Constituição e das leis (BARROSO, 2007, p. 7). Já se afirmou, nesse ponto, que os princípios são a porta de conexão para aproximar o direito da moral (PEREIRA; SILVA, 2006, p. 5). Do texto magno, pode ser extraída a representação do núcleo ético, na enunciação do princípio da moralidade administrativa (art. 37, CF), com relevância para outros ramos, inclusive o processual, através do diálogo de fontes. Ademais disso, a topografia reservada pelo constituinte aos direitos fundamentais guarda verdadeira identidade com os preceitos éticos, em contaminação de qualquer operação jurídica.

<sup>16</sup> “En los últimos tiempos, se ha producido un retorno a la tendencia de acentuar la efectividad de un leal y honorable debate procesal”. (COUTURE, 2005, p. 156).

do direito processual <sup>17</sup>, em busca do encerramento da normatividade, com o conseqüente alargamento dos poderes do juiz.

“[...] se o direito é encarado sob o seu aspecto teleológico, ou seja, como um meio visando a um fim que deve ser realizado no seio de uma sociedade em mutação, ele não pode ser indiferente às conseqüências de sua aplicação. Para adaptar-se a seu papel de meio, o direito deverá flexibilizar-se, introduzir em sua estrutura e em sua formulação elementos de indeterminação”. (PERELMAN, 2005, p. 424).

De fato, a colaboração dos sujeitos do processo, nesse alcance retirado do conteúdo ético, atua em prol do progresso para o acesso à verdade e para o desfecho tempestivo da demanda, em relação íntima com a justiça concreta do caso. Os princípios da concepção privatística, em que o processo é um simples negócio das partes, perdem, assim, sua força.

“La consagración del principio de moralidad constituye, sin lugar a dudas, el triunfo de la orientación publicística de la ciencia procesal, con el consiguiente abandono de las concepciones imbricadas en la tendencia privatística del liberal-individualismo permisiva del triunfo del más hábil, artero o astuto”. (MASCOTRA, 2009, p. 331).

A indispensabilidade de atuação com retidão das partes constitui preocupação freqüente do legislador. Existe toda uma gama de deveres morais traduzidos em normas jurídicas, além de uma correspondente série de penalidades para o seu descumprimento na esfera processual. Tudo como necessária conseqüência da proteção à probidade processual.

Tal idéia fixada não é recém-chegada, como se confirma das palavras do eminente jurista Alfredo Buzaid, na então elaboração da Exposição de Motivos do CPC/1973 (item 17, no Capítulo IV, intitulado “Do Plano da Reforma”):

“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 a atuação do direito e realização da justiça”.

Na legislação vigente, o coração da moralidade processual encontra-se no elenco, não exaustivo, de “*deveres* das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam no processo” (art. 14, CPC, potencializado pela alteração promovida pela lei nº 10.358/2001), e, em contrapartida, da listagem de comportamentos desleais, consubstanciando *deveres* em sentido negativo (art. 17, CPC), ambos assaz entrelaçados.

---

<sup>17</sup> “O processo precisa ser ético, pois, caso contrário, o seu resultado não será confiável”. (GRECO, 2011, p. 467).

Nesse desiderato, há opção freqüente por normas com corte genérico, para que o intérprete possa adaptá-las à variedade de circunstâncias que se lhe apresentam num caso concreto. Em sentido concorde, já se afirmou que “a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal” (DIDIER JR., 2010, p. 81). Daí serem utilizadas cláusulas abertas, representativas da substituição, de certa forma, da técnica legislativa pela técnica judicial<sup>18</sup>, através das máximas de experiência (art. 335, CPC).

Os deveres éticos são instituídos no interesse público da adequada realização da atividade processual. Sendo imperativos de conduta no interesse alheio, será antijurídica a conduta que os omite, por isso alcançável por sanções. “Son deberes procesales aquellos imperativos jurídicos establecidos a favor de una adecuada realización del proceso. No miran tanto el interés individual de los litigantes, como el interés de la comunidad” (COUTURE, 2005, p. 172).

É importante esclarecer que a noção de dever está associada à realização (ou inação) permanente da atividade que lhe diz respeito, afinal não há “liberação” de ninguém, para deixar de cumpri-lo, mesmo que minimamente, enquanto perdurar o processo. Ninguém pode ser ético pela metade: ou se respeita o dever ético por inteiro, e se é ético, ou, em contrário, não estamos a tratar, definitivamente, de um sujeito ético.

De seu modo, *faculdade* se diz quando a parte tem a opção, sendo indiferente o ordenamento jurídico quanto à preferência exercida, como na indicação pelo exequente dos bens do executado que pretende ver penhorados (art. 475-J, parágrafo 3º, CPC c/c art. 652, parágrafo 2º, CPC) – apesar da necessidade de respeito ao princípio da menor onerosidade (art. 620, CPC).

Já o *ônus*, sendo também estabelecido no interesse do próprio agente, quando não cumprido/desincumbido, o sujeita a um gravame ou conseqüência prejudicial, sendo justamente o que ocorre na não impugnação especificada dos fatos quando da apresentação de contestação, levando a presunção de veracidade da alegação autoral (art. 302, CPC); ou na inércia do cumprimento do mandado monitório, quedando-se inerte quanto à apresentação de defesa, quando será constituído de pleno direito o título executivo judicial (art. 1.102-C, CPC). “El demandado que no contesta la demanda no viola una obligación y queda, como

---

<sup>18</sup> Aristóteles já enunciava, outrora, uma noção de justiça relacionada à equidade e ao equitativo, em reconhecimento de que a lei não pode conter em si a realidade prática em toda a sua concreção, devendo ser adaptada aos casos particulares, afinal “quando uma situação é indefinida, a regra também é indefinida, tal qual ocorre com a régua de chumbo usada pelos construtores de Lesbos para ajustar as molduras; a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida (...)”. (ARISTÓTELES, 2001, p. 125). Tal lição remete ao pensamento contemporâneo de que a valorização da atuação do intérprete está correlacionada à equidade, em franca compatibilização com o tema da racionalidade do Direito.

consecuencia, sometido a sanciones, sino que, simplemente, se abstiene de ejercer el derecho de su defensa” (COUTURE, 2005, p. 161).

Logo, não se cogita de uma faculdade ou ônus para que os participantes do processo atuem de boa-fé, mas de um dever, cujo cumprimento não se pode dispor, como se vê diante da previsão objetiva de sanções.

“Na verdade, é difícil reclamar-se comportamento tal a alguém chamado a juízo exatamente por haver falhado no cumprimento de seus deveres. Mas no momento que a controvérsia é entregue à apreciação do Estado, conduzir-se eticamente é norma cogente, que pode acarretar sanções de várias ordens ao seu infrator”. (NALINI, 2011, p. 161).

Importa deixar claro que a moralidade tem estampa constante na legislação processual, bem além do núcleo citado. Para as partes, o dever ético é ainda demonstrado na exigência de comportamento conveniente em audiência (art. 445, inciso II, CPC); no tratamento recíproco com urbanidade (art. 446, inciso III, CPC), inclusive diante das testemunhas (art. 416, parágrafo 1º, CPC); na proibição de emprego de expressos injuriosas, inconvenientes ou ofensivas (art. 15, CPC), dentre outros.

Quando ao julgador, presta-se culto à sua imparcialidade e ausência de interesse pessoal no deslinde da causa, na previsão do dever de abstenção quando impedido ou suspeito (art. 137, *in fine*, CPC), e na responsabilização por ocorrência de fraude (art. 133, inciso I, CPC). Mais especificamente, mas no mesmo rumo, veda-se ao julgador a possibilidade de participar de hasta pública (art. 690-A, inciso III, CPC), no lugar que servir (art. 497, inciso III, CC).

Por fim, vale dizer que a vocação do processo moderno busca resguardar, também, a posição de terceiros, não participantes da relação processual estabelecida, quando verificada a violação de preceitos éticos. Isso se dá, exemplificativamente, numa hipótese de conluio entre demandante e demandado para fraudar a lei, em ato simulado no processo (art. 129, CPC), sendo admissível ação rescisória para desconstituir a coisa julgada nele formada (art. 485, inciso III, *in fine*, CPC)<sup>19</sup>.

### 1.2.2 Contraditório participativo

<sup>19</sup> Em ilustração: “Ação rescisória. Sentença rescindenda, que reconheceu união estável inexistente, reconhecimento este resultado da colusão dos ora réus, com o intuito de fraudar a lei e excluir da partilha a verdadeira ex-companheira, aqui autora. Provas dos autos que demonstram o vínculo marital do obituado com a autora desta rescisória, não contraditadas por qualquer prova dos réus. Rescisória que se julga procedente, para o fim de rescindir-se a sentença proferida [...]”. BRASIL. TJ-RJ. Ação Rescisória 0019329-86.2006.8.19.0000, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Denise Levy Tredler. Julgamento: 08/01/2008.

A garantia constitucional do contraditório (art. 5, inciso LV, CF) reflete, no fundo, a participação dos interessados no processo, conferindo legitimação social ao exercício de poder pelo Estado. Cada vez mais é buscado acentuar o caráter democrático do instrumento, como se demonstra na tendência de interação da jurisdição com a sociedade, através da intervenção do *amicus curiae* (“amigo da Corte”) como elemento de pluralização de debates (vide art. 7, parágrafo 2º, lei nº 9.896/1999; art. 14, parágrafo 7º, lei nº 10.259/2001; art. 3, parágrafo 2º, lei nº 11.417/2006; art. 543-A, parágrafo 6º, CPC; art. 322, NCPC; dentre inúmeros outros).

Além disso, arranjos diversos de participação no processo ainda são claramente vistos nas hipóteses de intervenção de terceiros (art. 50/80, CPC c/c art. 499, CPC), diante da possibilidade do processo gerar efeitos na esfera jurídica de pessoas estranhas à relação processual.

Na lógica dos sujeitos processuais parciais, o contraditório tem substrato na necessária informação do ocorrido processualmente (direito de informação, ou *recht auf information*)<sup>20</sup>, bem como na outorga da possibilidade de reação (direito de manifestação, ou *recht auf ausserung*), em prol de uma simetria bilateral entre os pólos adversos. Mas não é só isso: as partes têm o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, com atenção, capacidade e isenção de ânimo (direito de ver seus argumentos considerados, ou *recht auf berucksichtigung*)<sup>21</sup>.

Dando azo à assertiva, há grande devoção à *aparada dialética*, como se vê pelo sistema de defesa técnica de direitos, através da inserção do advogado no feito, em verdadeiro pressuposto processual de validade dos atos processuais praticados (PINHO, 2007, p. 93). No mesmo terreno, em clara função subsidiária protetiva a resguardar o real equilíbrio das partes, através da não abolição prematura do diálogo, nomeia-se curador especial, por exemplo, ao réu revel citado fictamente (art. 9, inciso II, CPC).

Decerto, a legislação processual já assegura a paridade de armas (art. 398, CPC), através da direção do processo pelo julgador (art. 125, inciso I, CPC). A despeito disso, na vertente cooperativa são ampliadas as bordas do contraditório, dando-lhe mais acentuada

---

<sup>20</sup> É corrente a importância da validade dos meios de comunicação processual (art. 247, CPC), inclusive no direito estadunidense: “The defendant can claim that the proceeding violated due process because without proper notice there was no effective opportunity to be heard”. (KANE, 2003, p. 68).

<sup>21</sup> Há ampla referência à legislação e doutrina alemã no voto do relator da jurisprudência que segue. BRASIL. STF. MS 25.787/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 08/11/2006.

autoridade democrática (art. 1º, CF), ao se perfilhar de forma intensa a visão de que as partes devem contribuir efetivamente, com vital importância, na formação do pronunciamento judicial. Evolui-se do “binômio *informação-reação* para o trinômio *informação-reação-participação*” (LOPES, 2008, p. 269).

Incontestavelmente, da troca de informações objetivada pela intensificação do diálogo, neste viés de participação na elaboração da vontade estatal <sup>22</sup>, desponta inegável pluralização do processo. Nesta concepção, o método processual resta caracterizado como um “espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo povo”, que, ao incrementar a posição jurídica das partes, constitui, de forma firme, “um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais” (MITIDIERO, 2009, p. 46).

Sem contar a humanização do instrumento, como antes esclarecido, ao torná-lo mais acessível às partes, no compartilhamento da tomada de decisões. Numa visão ampla, tudo que for levado ao processo somente se tornará humano se passar pelo diálogo entre nossos semelhantes.

Não é por outro motivo que o contraditório exsurge, assim, como “valor-fonte” do processo constitucional (ZANETI JR., 2007, p. 194). As noções de cooperação, por conseguinte, encontram-se nesta reflexão do princípio do contraditório envolvido pelas acepções magnas, a permitir um processo mais justo. “Em síntese, o contraditório do nosso tempo nada mais é do que a projeção no processo do primado da dignidade humana”. (GRECO, 2005, p. 554).

Com efeito, adquire realce a função judicial, com incremento das incumbências do juiz na condução e direção do processo, pois também submetido ao contraditório: “[...] a participação do juiz se dá em nome da participação das partes e, por decorrência, para legitimar a sua própria atuação”. (MARINONI, 2007, p. 425).

Exige-se uma postura mais ativa do julgador na promoção do diálogo entre as partes, e destas com ele, de modo construtivo e mais afinado, na formação do juízo. O contraditório deixa de ser um “simples instrumento de luta entre as partes para transformar-se num instrumento operacional do juiz” (GRECO, 2005, p. 545).

“[...] o princípio do contraditório tem abrangência dupla. A lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo, e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia resolve-se, portanto, num direito das partes e em deveres do juiz”. (BUENO, 2007a, p. 109).

<sup>22</sup> “En el proceso dialéctico [...] la demanda es tesis, la defensa antítesis y la sentencia síntesis. No puede haber síntesis sin tesis o sin antítesis”. (COUTURE, 2005, p. 398/399).

Como antes assinalado, uma das conseqüências do contraditório é justamente compensar as diversas espécies de desigualdade existentes no processo. Por isso, além de o juiz proceder de forma assistencial às partes, numa relativa intervenção equalizadora que supra as carências defensivas da parte em inferioridade; deverá agir para coibir abusos que causem desequilíbrio, no controle dos atos daqueles que atuam parcialmente no feito.

“La idea de cooperación – cabe aclarar – se encuentra vinculada estrechamente a un juez dotado de poderes para ejercer la dirección material del proceso y a partes en una situación de equilibrio entre ellas y los magistrados, pues a más facultades, en realidad deberes-poderes, debe imponerse un incremento de sus responsabilidades y un mayor control de los sujetos procesales”. (MASCIOTRA, 2009, p. 115).

Quando adequada a participação dos sujeitos do processo, o desfecho sobre o direito material levado a juízo se torna mais legítimo. Nesse ponto, como complemento necessário ao contraditório, assegurando a sua efetividade, advém a exigência de fundamentação (art. 93, inciso IX, CF), afinal a autoridade da decisão – e mesmo a imparcialidade do julgador – acaba por depender da força da argumentação, no aspecto da transparência da atividade jurisdicional.

Devem ser indicadas as razões de decidir do julgador, para que as partes possam aferir se sua participação no processo foi considerada, ainda que suas alegações não tenham sido fielmente acolhidas; caso contrário, a decisão jurisdicional estará sujeita a ataque recursal (art. 535, inciso II, CPC), visando o seu aperfeiçoamento.

Saliente-se: o NCPC inicia sua disciplina enunciando princípios e garantias fundamentais processuais, fazendo disseminar a ênfase de interpretação conforme os valores constitucionais. A serventia da previsão de uma parte geral é servir ao continente como um todo, ou além dele, não se esquecendo a novel codificação do ideal colaborativo, pelo contrário<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> NCPC: “Art. 5º. As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência”.

## 2 DEVER DE COLABORAÇÃO PROCESSUAL

### 2.1 Atuação das partes

No que concerne às partes, o dever de colaboração está fundado no dever positivo de litigância de boa-fé. “Se todos têm o dever de cooperar, é porque todos têm o dever de comportar-se de acordo com a boa-fé” (DIDIER, 2010, p. 94).

Se não há como especificar de modo preciso esta conceituação jurídica, entretanto é possível realizar aproximações teóricas a partir dos deveres éticos de lealdade e veracidade, e no dever fecundo de operosidade, a que se sujeitam os litigantes, cujas noções colaborativas se infiltram espontaneamente.

Tais compromissos constituem marcos solidários que excepcionam à plena liberdade de atuação das partes, estatuídos para adequar condutas à dignidade do instrumento, a despeito da vivenciada extremidade de interesses em juízo.

“[...] a solidariedade tem conteúdo único, pois, ela existirá mesmo entre os adversários, entre as partes e seus respectivos advogados, que, apesar de estarem em campos diversos, observarão o dever de lealdade e, portanto, o de veracidade, enfim as regras do jogo, sem que isto possa comprometer a defesa reta dos interesses dos seus clientes”. (CARNEIRO, 2001, p. 352).

Vale o alerta de que o processo colaborativo não prega um comportamento absolutamente altruísta dos litigantes adversários no desenrolar do feito. Cada qual é sujeito processual parcial e interessado na tutela jurisdicional, cujo desfecho positivo está associado à capacidade de exploração dos elementos e argumentos que lhes são favoráveis.

O nada crível comportamento contributivo do litigante para sua própria destruição – sem negar a possibilidade de disposição de direitos no processo, havendo tal interesse (por todos: art. 269, incisos II e V, CPC) –, é suplantado pela edição de normas jurídicas que despertem a colaboração dos sujeitos do processo.

Em linha de orientação para o processo/fase de conhecimento, as partes devem concorrer para que a tutela jurisdicional toque, o mais possível <sup>24</sup>, na realidade, identificando cabalmente as questões de fato e de direito.

---

<sup>24</sup> Esclareça-se que a técnica processual, atenta ao equilíbrio entre as exigências conflitantes de certeza e efetividade, num intuito de eliminação ponderada de litígios, abranda a obsessão pelo atendimento do direito material (DINAMARCO, 2008,

É prefacial exigir das partes que exponham os fatos de forma clara sem ardis com propósito de engano. “La demanda y su contestación deben exponerse en forma clara, en capítulos y puntos numerados, a fin de que el relato de los hechos no constituya una emboscada para el adversario” (COUTURE, 2005, p. 157). Tal postura constitui um dever de colaboração com o juízo (art. 339, CPC) <sup>25</sup>, afinal a verdade processual sempre se resolve num juízo de verossimilhança do julgador.

Fora da questão fática, a ordem jurídica chega a estimar também a cooperação dos litigantes para que o magistrado elabore sua conclusão sobre o direito – reconhecendo, em certo aspecto, a incompletude e falibilidade de conhecimento do julgador, comum a qualquer ser humano. Outra conclusão não poderia ser extraída das disposições legais que invocam o autor a indicar os fatos e “fundamentos jurídicos” que escoram a sua pretensão (art. 282, inciso III, CPC); e o réu a alegar na contestação toda matéria defensiva, de fato e “de direito” (art. 300, CPC). Mais ainda, permite-se que a parte revel intervenha no feito e tente persuadir o magistrado quanto às questões de direito (art. 322, parágrafo único, CPC).

Portanto, nem mesmo o aforismo *iura novit curia* <sup>26</sup> exclui a contribuição das partes, interessadas finalmente no êxito na causa, mas também na fixação do conteúdo e alcance da norma jurídica (OLIVEIRA, 2005, p. 19/20). No ideal cooperativo, aliás, deverá o julgador necessariamente, dentro do seu dever de consulta, ouvir previamente as partes, como condição de validade de sua decisão.

“Nesse quadro, o processo civil ganha contornos cooperativos na medida em que para a ótima delimitação do objeto litigioso do processo, todas as pessoas envolvidas no juízo podem oferecer a sua contribuição, constituindo um verdadeiro *actum trium personarum*”. (MITIDIERO, 2009, p. 108).

Por sua vez, o dever de colaboração das partes também encontra expressão na atuação da sanção para efetivar um direito reconhecido. Considerando que o processo/fase de execução abriga um conflito de satisfação, pois o direito já está reconhecido no título – atestado de existência do direito –, o executado passa a ter o dever de facilitar o processamento da atividade executiva para a segurança material do feito, indicando seus bens

---

p. 292). É o que ocorre no emprego, exemplificativamente, do sistema de preclusões, que simbolizam uma fonte de riscos quanto à fidelidade do resultado do processo, diante da não-efetivação do contraditório.

<sup>25</sup> NCPC: “Art. 364. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.

<sup>26</sup> A referida máxima preconiza que o juiz conhece a norma jurídica, cabendo-lhe aplicá-la por sua própria autoridade. Os eventuais defeitos nas alegações de direito realizadas pelas partes podem ser supridos pelo julgador, através da atividade de subsunção da(s) norma(s) jurídica(s) abstrata(s) à situação de fato.

existentes à penhora, havendo determinação do juiz (arts. 652, parágrafo 3º; 656, parágrafo 1º; e 600, inciso IV; CPC) <sup>27</sup>.

Ainda, ao argüir excesso de execução como matéria defensiva, o executado deverá declinar o valor que entende devido, dito incontroverso, acompanhado dos devidos cálculos, sob pena de rejeição liminar da impugnação (art. 475-L, parágrafo 2º, CPC) ou dos embargos à execução (art. 739-A, parágrafo 5º, CPC), conforme o caso, sem abertura de prazo para emenda ou retificação. Reforça-se a ética processual, preconizando a filosofia de cumprimento espontâneo das obrigações, sem manobras defensivas que afetem o desfecho tempestivo da demanda.

“[...] inexistente fundamento ou princípio (moral, ético ou jurídico) que justifique o não cumprimento de obrigações não controvertidas, enquanto tramita a ação judicial. [...] o processo não pode servir ao abuso de direito. Evidentemente, quanto mais demorar o processo, mais ele será usado por aquele que pode extrair disso vantagens econômicas, ainda que não tenha direito”. (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2007, p. 207).

Esta exposição sumária já demonstra a nítida consolidação do dever de colaboração no nosso ordenamento jurídico. A *ratio* é seguida pelo NCPC, chegando a encabeçar o primeiro capítulo ligado ao processo de execução (Capítulo I, dentro do Título I, do Livro III), sempre no intuito de intensificar a responsabilidade das partes <sup>28</sup>, em respaldo da endemia ocasionada pelo seu desmedido intento maléfico e procrastinatório, ou mesmo negligente <sup>29</sup> – enfim, não cooperativo – aos fins do processo.

### 2.1.1 Dever de lealdade

<sup>27</sup> A aspiração encontra eco na legislação lusitana: “Art. 837-A, Código de Processo Civil Português. (Averiguação oficiosa e dever de cooperação do executado). 1. Sempre que o exequente justificadamente alegue séria dificuldade na identificação ou localização de bens penhoráveis do executado, incumbe ao juiz determinar a realização das diligências adequadas. 2. Pode ainda o juiz determinar que o executado preste ao tribunal as informações que se mostrem necessárias à realização da penhora, sob cominação de ser considerado litigante de má-fé”. Disponível em: < <http://www.stj.pt/nsrepo/geral/cptlp/Portugal/CodigoProcessoCivil.pdf> >. Acesso em: 12 abril 2011.

<sup>28</sup> NCPC: “Art. 733. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que: [...] V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores, **não exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus**”. (grifo nosso).

<sup>29</sup> NCPC: “Art. 785. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz com a identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, no registro de veículos ou no registro de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade. [...] Parágrafo 2º. Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, **o exequente providenciará** o cancelamento das averbações relativas àqueles não penhorados, no prazo de dez dias”. (grifo nosso).

A intolerância com um agir desleal se dá, por óbvio, pela contribuição contrária aos fins do processo. Já se alertou que pelo menos um dos litigantes intenta tomar em mau sentido as prescrições legais, mormente para manter lento o passo do processo (MOREIRA, 2004a, p. 33), ou obstaculizar o alcance da verdade processual, beneficiando-se, por isso mesmo, de forma imoral ou ilícita. Resta acentuado, mais uma vez, o problema da demora patológica do instrumento decorrente da má-fé processual.

“Un processo che si trascina per lungo tempo diventa anche un comodo strumento di minaccia e di pressione, un'arma formidabile nelle mani del piú forte per dettare all'avversario le condizioni della resa”. (TROCKER, 1974, p. 276/277).

A compreensão dos objetivos diretos e indiretos dos sujeitos parciais, e suas táticas para atingi-los, no duelo do contraditório, justificam a preocupação com um agir processual honesto. De forma a garantir a dignidade do instrumento e em consonância com o escopo magno de pacificação social, a partir de critérios justos, são impostos limites de atuação – relacionados à preservação de outras garantias processuais, mormente a igualdade –, que merecem contínuo respeito pelas partes, por mais acirrado que estejam os ânimos da lide.

Justamente por isso a norma jurídica dita deveres éticos genéricos a informar o processo (art. 14, inciso II, CPC, sobretudo)<sup>30</sup>, o que aglomera qualquer tipo de procedimento, independente de expressa disposição legal. É a garantia ao indivíduo de que existe um instrumento idôneo para dar-lhe razão quando a tenha e não lhe negar justiça quando a mesma lhe falte.

[...] Dever de lealdade processual. Mandado de segurança. Rito especial. Aplicabilidade. 1. **A lealdade processual é dever genérico das partes que, por essa amplitude, necessita ser observado em todas as modalidades de ação judicial**, inclusive no *writ* que não contém norma específica em sentido contrário. Precedentes. [...]”.<sup>31</sup> (grifo nosso).

A exigência de boa-fé tem atuação, também, em sentido negativo, como cláusula impeditiva do dolo e da torpeza no processo, de forma a penalizar os infratores intencionais do dever de lealdade. São previstas condutas sujeitas à sanção, de modo não exaustivo, pela ocorrência da litigância de má-fé, como ocorre na provocação de incidentes manifestamente infundados (art. 17, inciso VI, CPC) e na apresentação protelatória de defesa (art. 739, inciso

<sup>30</sup> Há uníssono sentido na legislação italiana: “Art. 88. Codice di Procedura Civile Italiano. (Dovere di lealta' e di probita'). Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealta' e probita'. In caso di mancanza dei difensori a tale dovere, il giudice deve riferirne alle autorità che esercitano il potere disciplinare su di essi”. Disponível em: < <http://www.altalex.com/index.php?idnot=33726> >. Acesso em: 5 maio 2011.

<sup>31</sup> BRASIL. STJ. REsp 267.434/SP, rel. Min. Castro Meira, Julgamento: 27/09/2005. Vale notar que a legislação vigente sobre mandado de segurança fez ressalva sobre a possibilidade de aplicação das sanções no caso de litigância de má-fé (art. 25, lei nº 12.016/2009).

III, CPC c/c art. 746, parágrafo 3º, CPC) ou de recursos (art. 538, parágrafo único, CPC c/c art. 557, parágrafo 2º, CPC), o que será visto no momento adequado deste trabalho.

Nesta mesma tonalidade de repreensão a atos antiéticos, servem as disposições quanto à fraude de execução (art. 593, CPC c/c art. 600, inciso I, CPC), para tornar ineficaz determinada alienação fraudulenta, que vise excluir bens do devedor da responsabilidade patrimonial; além da imputação de responsabilidade por perdas e danos ao réu que nomeie à autoria pessoa diversa daquela em cujo nome detém a coisa demandada (art. 69, inciso II, CPC).

Vale registrar que é sistematicamente defeso o atuar processual malevolente, que possa embaraçar o desenvolvimento do feito. Em algumas situações, até mesmo outras garantias processuais deverão ceder para coibir a deslealdade. Assim é que quando verificada a suspeita de ocultação do demandado, já anteviu o legislador a possibilidade de citação ficta, por mandado com hora certa (art. 227, CPC), mitigando de tal sorte a ampla defesa e o contraditório (art. 5, inciso LV, CF).

“[...] Nas citações fictas (com hora certa ou por edital) não há a certeza de que o réu tenha, de fato, tomado ciência de que está sendo chamado a juízo para defender-se. Trata-se de uma presunção legal, criada para compatibilizar a obrigatoriedade do ato citatório, enquanto garantia do contraditório e da ampla defesa, com a efetividade da tutela jurisdicional, que ficaria prejudicada se, frustrada a citação real, o processo fosse paralisado *sine die*. [...]”<sup>32</sup>

De todo o modo, a lealdade processual encerra um atuar cooperativo, sendo um de seus pressupostos lógicos. É inconcebível pensar na colaboração de um sujeito que tenha conduta longe da ética.

### 2.1.2 Dever de veracidade

Mais adiante, numa diversa faceta elementar da lealdade, pode ser enquadrado o dever de veracidade (art. 14, inciso I, CPC), na não alegação pela parte de direitos que sabe inexistentes, e, simultaneamente, na não negação de direitos que sabe verdadeiros. Dificilmente poderá se qualificar como de boa-fé um ato processual quando fundamentado na mentira.

---

<sup>32</sup> BRASIL. STJ. REsp 1.009.293/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, Julgamento: 22/04/2010.

A deturpação da verdade pode servir como apaziguador social, sendo entendida até mesmo como um mal necessário para permitir a convivência humana, mas, no processo, por corromper a atuação do Estado, afetando a própria dignidade da justiça, não poderá ser tolerada pelo julgador – seu principal destinatário –, que deve controlá-la (art. 125, inciso III, CPC).

“[...] toda mentira processual está voltada para o juiz, a quem a parte pretende enganar, mentindo dolosa ou culposamente; e que, assim procedendo, acaba por prejudicar o adversário e ofender a Justiça”. (SOUZA, 1987, p. 52).

É indubitável que a análise de fatos alegadamente verdadeiros, e seu enrijecimento através da atividade probatória, enobrecerão a justeza da decisão, na aguçada formação da convicção do magistrado (art. 131, CPC)<sup>33</sup>. Vale asseverar que “se um juiz decidiu mal por ignorância, não age injustamente com respeito à justiça no sentido legal, e sua decisão não é injusta neste sentido, mas em outro sentido é efetivamente injusta” (ARISTÓTELES, 2001, p. 123). A reconstrução da verdade no processo constitui, assim, uma forma de regular a legitimidade do papel desempenhado pelo magistrado, na aplicação da norma jurídica, o que somente se revela possível após a adequada audiência bilateral das partes.

“Se a regra jurídica pode ser decomposta em uma hipótese fática (onde o legislador prevê uma conduta) e em uma sanção a ela atrelada, não há dúvida de que o conhecimento dos fatos ocorridos na realidade é essencial para a aplicação do direito positivo, sob pena de ficar inviabilizada a concretização da norma abstrata”. (MARINONI, 2008b, p. 252).

“O raciocínio retórico-dialético erigiu o contraditório como base da apuração da verdade, pois, por intermédio dele, o juiz adquire um saber que nenhuma mente individual poderia procurar autonomamente, o saber das partes que revela a verdade prática, inatingível pelas ciências demonstrativas”. (GRECO, 2005, p. 542).

Assim, levando os fatos a juízo, de forma oral ou escrita, demandante e demandado devem expor suas alegações de forma franca, conforme a realidade dos acontecimentos – exceto quando não haja exigência legal (art. 347, CPC)<sup>34</sup>. A mentira processual, consciente e

<sup>33</sup> O princípio do livre convencimento motivado preconiza a coerência entre os elementos dos autos e a decisão judicial (art. 131, CPC). Tome-se cautela, entretanto, para não desconsiderar que a verdade real sobre determinado acontecimento é algo inatingível, no processo, ou em qualquer outra seara de conhecimento. A prova não tem por fim a certeza dos fatos, mas a convicção do juiz sobre tal certeza. “O mais correto, mesmo, é entender a verdade buscada no processo como aquela mais próxima da real, própria da condição humana. Esta, sim, é capaz de ser alcançada no processo, porquanto há verdadeiro exercício da dialética durante o procedimento, com a tentativa das partes de comprovarem, mediante a argumentação, a veracidade de suas alegações”. (DIDIER JR., 2007, p. 22). Igualmente, há de se relevar a consciência legislativa sobre a falibilidade dos meios de prova (art. 436, CPC), em reconhecimento da dificuldade em construir a realidade pretérita.

<sup>34</sup> Registre-se que há prescrições legais que além de não obrigar a dizer a verdade, punem aquele que tiver dito a verdade. São as circunstâncias em que se impõem discricion, como na exigência de sigilo profissional (art. 5, incisos XIII e XIV, CF). Nesse sentido: “[...] 1. Não há como exigir que o advogado preste depoimento em processo no qual patrocinou a causa de uma das partes, sob pena de violação do art. 7º, XIX, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia). 2. É prerrogativa do advogado definir quais fatos devem ser protegidos pelo sigilo profissional, uma vez que deles conhece em razão do exercício

intencional, como ocorre, por exemplo, na negativa de assinatura aposta num contrato cuja autenticidade acaba por ser confirmada posteriormente em prova pericial, atua de forma contrária às finalidades institucionais (art. 339, CPC), merecendo punição por litigância de má-fé (art. 17, inciso II, CPC). A jurisprudência é farta nesta verificação:

“[...] Declaratória de inexistência de débito. Alteração da verdade dos fatos. Penas por litigância de má-fé impostas à autora mantidas, eis que evidenciado o claro intuito de alterar a verdade dos fatos, mediante manejo de ação absolutamente infundada. Negativa de contratação que restou facilmente afastada com a juntada do instrumento de contrato entabulado entre os litigantes aos autos. [...]”<sup>35</sup>.

“[...] É infundado o recurso do art. 545 do CPC dissociado das razões do agravo de instrumento anteriormente inadmitido. Litiga de má-fé a parte que, ferindo o princípio da lealdade processual, altera a verdade dos fatos, pelo que cabível a multa prevista no art. 18 do CPC. [...]”<sup>36</sup>.

É deste raciocínio que se extrai a regra do ônus da impugnação especificada dos fatos (art. 302, CPC), presumindo verídicos fatos não impugnados. A imposição de contestação especificada dos fatos, aliada ao comentado dever de veracidade (art. 14, inciso I, CPC), faz realizável o comportamento colaborativo do demandado; caso permaneça silente para não cair em inveracidade, serão impostas conseqüências negativas processuais, como afirmado<sup>37</sup>.

O dever de veracidade é imposto, do mesmo modo, à parte que não está onerada com a produção probatória (art. 333, CPC), com menor risco de um julgamento contrário. Quer se dizer que a parte adversa daquela que está incumbida pelo ônus da prova, havida a inversão ou não, está igualmente compromissada com a verdade dos fatos narrados.

Por outro lado, diga-se que as partes não estão obrigadas a “trabalhar pelo adversário”, pelo que podem omitir determinada alegação de fato, desde que não incidam em inveracidade pelo conjunto, quando estarão sujeitas à punição.

“Es evidente que si uno de los litigantes ha narrado de manera parcial los hechos omitiendo unos cuantos que son incompatibles con su posición subjetiva, falta a la verdad y sin ‘decir mentiras’ genera el mismo efecto como si fectivamente las dijera”. (AMPUERO, 2008, p. 158).

---

da advocacia. Optando por não depor, merece respeito sua decisão. [...]”. BRASIL. STJ. AgRg no HC 48.843/MS, rel. Min. Nilson Naves, Julgamento: 31/10/2007.

<sup>35</sup> BRASIL. TJ-RS. Apelação 70041319526, 11ª Câmara Cível, rel. Des. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil. Julgamento: 15/06/2011.

<sup>36</sup> BRASIL. STJ. AgRg no Ag 670.727/PE, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Julgamento: 06/12/2005.

<sup>37</sup> “A general denial puts in issue all matters set forth in the complaint, and thus typically cannot be utilized truthfully. Alternatively, the defendant can enter a specific denial, denominating those paragraphs that are in dispute. The failure to deny the other paragraphs results in their admission”. (KANE, 2003, p. 97).

Por exemplo, o demandante não é obrigado a mencionar fatos que sirvam a reconvenção do demandado (art. 315, CPC). No entanto, causa ferimento ao dever de veracidade o credor deixar no esquecimento o recebimento de parte da dívida, cobrando-a judicialmente por inteiro (art. 940, CC); ou a parte não mencionar a existência de demanda idêntica já transitada em julgado em sentido contrário (ABDO, 2007, p. 140).

Melhor dizendo, “as partes podem escolher quais as alegações de fato que hão de levar ao processo. Levando-as, contudo, devem expô-las em conformidade com a verdade e de maneira completa”. (MARINONI; MITIDIERO, 2008a, p. 112). É natural e aceitável que as partes exponham com mais força e minúcia os fatos que lhes sejam favoráveis, com simples menção aos desfavoráveis, ainda assim, isso sempre deve se dar de forma verdadeira.

A despeito disso, poderá o magistrado valorar negativamente o silêncio ou emprego de evasivas pela parte, entendendo pela confissão ficta (art. 345, CPC); inclusive se intimada a comparecer judicialmente, não o fazendo (art. 343, parágrafo 2º, CPC). Em prestígio da exclusão de subterfúgios à verdade, ainda descabe à parte instituir procurador para prestar seu depoimento, ou mesmo prestá-lo pessoalmente se valendo de escritos adrede preparados (art. 346, CPC).

Convém notar que a verdade interessa a qualquer processo, porém com contornos diferenciados na esfera penal, onde é tutelada a liberdade como bem principal. Lá, não se castiga o silêncio do acusado, que não tem qualquer obrigação de dizer a verdade (art. 5, inciso LXIII, CF) e nem mesmo corre risco de que sua recusa em falar seja interpretada como confissão (art. 186, parágrafo único, CPP), uma vez presumida a sua inocência (art. 5, inciso LVII, CF). Em resultado disso, para despertar a colaboração processual na elucidação do crime, premia-se o réu confesso com a atenuação da pena (art. 65, inciso III, alínea “d”, CP); afora o estímulo legal para a chamada delação premiada, em que um dos acusados esclarece a ocorrência dos fatos e a autoria do delito, tendo direito à diminuição da pena (art. 159, parágrafo 4º, CP).

Por fim, para engrandecimento do tema, diga-se que outros participantes do feito também devem respeitar o dever de veracidade, como o perito, que deve fornecer informações verídicas (art. 147, CPC); e as testemunhas, que prestam o compromisso de dizer a verdade durante sua inquirição (art. 415, CPC), sob pena de falso testemunho (art. 342, CP).

### 2.1.3 Dever de operosidade

Outro enfoque cooperativo que merece destaque é o aspecto da produtividade, ligado ao escorreito e eficiente exercício da função processual, no sentido de tirar-lhe maior proveito. É a real expressão do princípio magno da eficiência, retirada da concepção teórico-jurídica da Administração Pública (art. 37, CF, acrescentado pela EC nº 19/1998), com amplitude para atingir a jurisdição e a atividades daqueles que participam do processo de formação da decisão.

Nesse escopo, ganha relevo especialmente o princípio da economia processual, no alcance do máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo de emprego possível de atividades processuais, donde se depreende evidente ligação ao princípio da razoável duração do processo (art. 5, inciso LXXVIII, CF, incluído pela EC nº 45/2004), com eco na legislação codificada (art. 125, inciso II, CPC).

Enfim, o instrumento elaborado especificamente para efetivação dos direitos deve se desenvolver a contento, a depender do labor adequado daqueles que o manuseiam. Voltam-se os olhos à estrutura humana, pensando o processo através de sua economicidade, diante da eficiência almejada de seus operadores.

“Este princípio significa que as pessoas, quaisquer que sejam elas, que participam direta ou indiretamente da atividade judicial ou extrajudicial, devem atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível, para assegurar o efetivo acesso à justiça”. (CARNEIRO, 2007, p. 71).

Se em referência ao julgador o estudo se volta para a gestão processual, no que concerne às partes, objeto imediato desta análise, deverá ser vista a não-movimentação da máquina judiciária em vão.

É inafastável que a atuação ética dos sujeitos parciais do processo já traz um nítido paralelo de operosidade, na contribuição para que o instrumento tenha um breve termo. Ciente disso, a legislação processual traz diversos dispositivos para punir o retardamento do processo ocasionado pelo labor impróprio, imputando variantes de responsabilidade.

Num parâmetro geral, a parte que der causa ao adiamento ou repetição de um ato processual, sem justo motivo, responderá pela sua despesa (art. 29, CPC c/c art. 453, parágrafo 3º, CPC); o que vale para aquele que promover ou praticar ato supérfluo, além do útil a duração do processo (art. 31, CPC). Vigem aqui o princípio da causalidade, segundo o qual aquele que der causa à despesa deverá responder pela mesma.

Principalmente o demandado, que mais vantagem dispõe com o tardar do processo, mereceu previdência legislativa. Assim é que o réu que deixar de argüir conhecida defesa

indireta de mérito, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios (art. 22, CPC); como também se não alegar as questões preliminares – questões lógico-processuais, como a coisa julgada (art. 301, inciso VI, CPC) – na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas advindas da demora (art. 267, parágrafo 3º, *in fine*, CPC); ainda, se deixar de nomear a autoria, quando lhe competir, responderá por perdas e danos (art. 69, inciso I, CPC).

A jurisprudência segue tal aspiração, como na hipótese de demora do devedor em noticiar nos autos a realização do pagamento da dívida, em sua comprovação, por motivos alheios, gerando, por isso mesmo, infortúnios extras ao credor. Haverá imputação de responsabilidade ao primeiro por qualquer ato processual posterior praticado sem necessidade, com ressarcimento de custas então adiantadas, por exemplo.

“[...] Eventual omissão em trazer aos autos o demonstrativo do depósito judicial ou do pagamento feito ao credor dentro do prazo legal, não impõe ao devedor o ônus do art. 475-J do CPC. [...] Contudo, conforme o caso, pode o devedor ser condenado a arcar com as despesas decorrentes de eventual movimentação desnecessária da máquina do Judiciário, conforme prevê o art. 29 do CPC; ou até mesmo ser considerado litigante de má-fé, por opor resistência injustificada ao andamento do processo, nos termos do art. 17, IV, do CPC. [...]”<sup>38</sup>

Às partes também é imposta a responsabilidade pelo acompanhamento da regularidade procedimental, evitando alegações supervenientes de nulidade<sup>39</sup> ou mesmo a ausência de movimentação do feito. No mesmo rumo antes citado, a legislação estimula a atuação não desidiosa para arguição de vícios processuais, impondo preclusões (art. 245, CPC) e cominações (art. 113, parágrafo 1º, CPC).

“[...] I - O processo não é um jogo de espertezas, mas instrumento ético da jurisdição para a efetivação dos direitos da cidadania. II - Nos termos da lei processual vigente, nos casos de intimação pela imprensa 'é indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação' (art. 236, § 1º). III - Não se tratando de nulidade absoluta, é necessário que a parte interessada a denuncie na primeira oportunidade ao juiz da causa, a fim de que seja sanada sem maiores prejuízos para o andamento do processo. IV - Se a parte toma conhecimento da nulidade, tendo havido quatro intimações, das quais, embora endereçadas à outra parte, constaram os nomes corretos da recorrente e do seu patrono, não viola o disposto no art. 245, CPC, o acórdão que afirma consumada a preclusão quando argüido o vício apenas na ocasião em que publicada intimação comum às duas partes. [...]”<sup>40</sup>

<sup>38</sup> BRASIL. STJ. REsp 1.047.510/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, Julgamento: 17/11/2009.

<sup>39</sup> A consequência extraída do dever de operosidade quanto à nulidade relativa não argüida pela parte, será a convalidação do ato processual, diante da ausência de prejuízo. No que tange a desídia na alegação de nulidade absoluta, o caminho será o sancionamento através da litigância de má-fé e o do ressarcimento de danos.

<sup>40</sup> BRASIL. STJ. REsp 65.906/DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Julgamento: 25/11/1997.

É possível, ainda, traçar um paralelo de produtividade junto à transparência das posições tomadas em juízo. Deixar conhecer as pretensões postas, sem rodeios, constitui um dever de operosidade imputado ao litigante, reconhecido juridicamente. Num exemplo da assertiva, os embargos de declaração com fito de prequestionamento deverão indicar expressamente o ponto omissis, além das normas constitucionais e/ou legais entendidas como violadas <sup>41</sup>. Com tal diligência, facilita-se o trabalho do órgão judicante; inibindo, também, recursos com descabida inovação da matéria.

Este tópico tem desfecho com a ilação de que a linhagem de operosidade das partes deve ser cultuada, em marcha a par da questão ética, para poupar energia processual e, produtivamente, possibilitar o fim almejado.

## 2.2 Atuação do advogado

Já que é o advogado quem tem aptidão de dirigir petições ao Estado-juiz (*ius postulandi*), sua atividade constitui um requisito indispensável <sup>42</sup> para a validade do processo <sup>43</sup>. A labuta advocatícia é identificada como prestação de serviço público, no exercício de uma função social, afinal projeta os escopos publicísticos da própria jurisdição, no cumprimento da ordem jurídica vigente (art. 133, CF c/c art. 2º, *caput* e parágrafo 1º, lei nº 8.906/1994).

“A advocacia não é apenas uma profissão, é também um múnus [...] é a única habilitação profissional que constitui pressuposto essencial à formação dos Poderes do Estado: o Poder Judiciário”. (SILVA, 2003, p. 580).

Sua missão está relacionada à defesa de direitos, em juízo ou fora dele, para fazer prevalecer os ideais de justiça <sup>44</sup>. Certamente, um viés importante para a colaboração

<sup>41</sup> Verbete 169, das súmulas do TJ-RJ: “Deve o embargante, sob pena de multa, indicar, precisamente, os pontos omissos e as normas constitucionais ou legais alegadamente violadas, adequando-as a hipóteses dos autos”.

<sup>42</sup> A imposição de um indivíduo legalmente habilitado para advogar sofreu acentuada mitigação com o advento da lei nº 9.099/1995, relativa aos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, na dispensa de advogado para as causas até 20 salários mínimos (art. 9), exceto na fase recursal (art. 41, parágrafo 1º); bem como na lei nº 10.259/2001, dos Juizados Especiais Cíveis Federais, na desobrigação de patrono, sem qualquer limitação valorativa (art. 10). Dando azo ao seu dever de esclarecimento, cabe ao juiz, entretanto, advertir a parte da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar (art. 9, parágrafo 2º, lei nº 9.099/1995).

<sup>43</sup> Ao verificar a incapacidade postulatória, tem o órgão jurisdicional o dever de dialogar com a parte a fim de viabilizar a sanção do vício, com conseqüências distintas, se a inércia perseverar por negligência do autor, réu ou terceiro ingressante no feito (art. 13, CPC).

<sup>44</sup> “[...] para o advogado que defende a causa alheia, o que está em jogo não é o valor econômico do pleito (coisa que diz respeito ao cliente), mas a missão de honra pela qual se sente pessoalmente vinculado a quem teve tanta confiança nele que o encarregou da tutela de seu direito”. (CALAMANDREI, 1960, p. 129).

processual perpassa pela qualificação do advogado, a permitir que este possa delimitar corretamente o direito do seu cliente, deduzindo-o de forma inteligível, através da escolha do rito adequado ou identificação do recurso cabível, para dizer o mínimo. Aventa-se como essencial, aqui, o domínio do vernáculo; o aprofundamento conceitual, notadamente na área escolhida de atuação; o estudo incessante para se manter atualizado à legislação e jurisprudência correlata – em referência aos precedentes persuasivos e, sobretudo, aos vinculantes –, sem contar uma base de formação interdisciplinar e, até, conhecimentos de informática diante do processo eletrônico que cada vez mais se avizinha (lei nº 11.419/2006).

De fato, ao apresentar com tino e clareza as alegações da parte, ainda que de forma partidária, o causídico (*rectius*: defensor de causas) pavimenta o caminho do julgador, facilitando o desfecho do conflito.

Não há qualquer desarmonia em exigir um comportamento cooperativo de um sujeito parcial; justamente por isso, aliás, as funções desempenhadas pelo advogado são rigidamente seguras pelos preceitos éticos. “El abogado es un intermediario entre la parte y el magistrado: aquélla le obliga a ser parcial; este otro le requiere que sea honesto en su parcialidad” (DE LA RÚA, 1991, p. 16).

“Na defesa judicial dos interesses do seu cliente, o advogado atua com legítima parcialidade institucional, buscando garantir não apenas os direitos da parte, mas também a total observância do devido processo legal. O encontro das parcialidades institucionais opostas permitirá um ponto de equilíbrio que serve de instrumento à imparcialidade do juiz”. (PINHO, 2007, p. 93).

Em todas as circunstâncias de sua vida profissional, estará obrigado o advogado a cumprir os deveres sintetizados no Estatuto da Advocacia (lei nº 8.906/1994) e no Código de Ética e Disciplina da OAB (publicado no Diário da Justiça da União em 01/03/1995), quando contribuirá para o prestígio da classe e da advocacia (art. 31, lei nº 8.906/1994), e, especialmente, para o apurado desenvolvimento da função jurisdicional.

Assim, como mediador dos conflitos de interesses, não pode de forma deliberada encorajar indivíduos ao ajuizamento de demandas com propósito manifestamente infundado (art. 2, parágrafo único, inciso VII, Código de Ética e Disciplina da OAB).

“La labor del abogado asume relevancia fundamental, por su carácter de ‘higienizador del proceso’, es el primer juez del proceso y debe ser consciente de que la naturaleza intrínseca de su actividad es la de solucionar los conflictos que le plantean y no la de ‘pleitear’, por ello debe agotar todas las instancias tendientes a evitar ese mal necesario que es recurrir a la justicia”. (MASCIOTRA, 2009, p. 121).

E mais exemplos: não poderá o patrono resolver por falsear a verdade nos autos, estribando-se na má-fé (art. 6, do Código de Ética e Disciplina da OAB); nem advogar contra literal disposição de lei, exceto quando fundamentado na inconstitucionalidade, injustiça ou em pronunciamento judicial anterior (art. 34, inciso VI, lei nº 8.906/1994); ou mesmo provocar conscientemente, por ato próprio, a anulação do processo em que funcione (art. 34, inciso X, lei nº 8.906/1994). Todos esses comportamentos descritos são anti-solidários aos fins jurisdicionais.

Ao advogado também são imputados deveres de operosidade, em prol da regularidade procedimental e para evitar um prejuízo à duração do processo. Com efeito, deverá restituir no prazo legal os autos retirados do Cartório (art. 195/196, CPC), sob pena de ser-lhe impedido nova vista ou carga dos autos (art. 7, parágrafo 1º, 3, lei nº 8.906/1994); além de comunicar seu endereço, e eventual mudança daquele indicado, para fins de intimação (art. 39, CPC); dentre outras atividades produtivas.

A pertinência de um correto atuar do advogado em defesa dos interesses postos na causa é também demonstrada pela exigência dele permanecer representando seu cliente por 10 dias após a renúncia do mandato, numa faceta de exigência colaborativa da legislação (art. 45, *in fine*, CPC c/c art. 5, parágrafo 3º, lei nº 8.906/1994).

Enfim, deve o advogado cooperar sempre com o Poder Judiciário, na conservação e garantia do Estado Democrático de Direito – servindo este zelo, inclusive, como fator de regulação do percentual de honorários advocatícios a ser fixado pelo juízo (art. 20, parágrafo 3º, CPC). É parceiro do juiz na realização da justiça, uma vez que ambos estão sujeitos as mesmas patologias do sistema judicial e sua prática.

“A estrutura cooperativa do processo proclama serem todos os seus protagonistas igualmente responsáveis pela concretização do justo. E postula, para que se instaure essa concepção, nova postura dos operadores jurídicos. Todos envolvidos na missão de realizar justiça, despidos de sensibilidades exacerbadas ou de melindres corporativistas”. (NALINI, 2011, p. 410).

### **2.3 Atuação do juiz**

“Costumo afirmar que nada é mais significativo para diagnosticar o grau de saúde política de um povo do que fazer uma análise realística do papel que nela desempenha a magistratura”. (PASSOS, 2008, p. 223).

A expectativa social é que as pretensões postas em juízo sejam apreciadas por alguém imparcial. Reside no âmbito jurídico a exemplaridade da imparcialidade (art. 137, CPC), pois interligada ao conceito de justiça, cabendo ao julgador se despir de preconceitos ou distorções, bem como do partidarismo ou favorecimento a qualquer das partes: “[...] Aquele que julga – quer entre hipóteses concorrentes, quer entre pretensões de determinados sujeitos – realiza uma operação cognitiva que só pode ser considerada justa se imparcial” (TRUJILLO, 2006, p. 463/464) <sup>45</sup>.

Espera-se encontrar um magistrado “preparado”, com conhecimento técnico e atualizado, naturalmente. É mais do que pertinente que o julgador tenha um cuidado ativo às especificidades do caso concreto, em adequada compreensão da subjetividade trazida a juízo: “O domínio da técnica jurídica é predicado que jamais se poderá prescindir num juiz; está longe de ser o bastante. Preparação adequada teria de incluir certa familiaridade com outros ramos do conhecimento humano, como a sociologia e a ciência política”. (MOREIRA, 2004c, p. 27).

A ética e laboriosidade dos magistrados traduzem, assim, compromisso institucional <sup>46</sup> com a excelência na prestação dos serviços jurisdicionais, fortalecendo a legitimidade do Poder Judiciário, ao torná-lo um agente público de confiança – afinal “recorrer ao juiz é recorrer à justiça, pois a natureza do juiz é ser uma espécie de justiça animada” (ARISTÓTELES, 2001, p. 111).

“Excelência passa a significar eficiência mais confiabilidade. Não o mero eficientismo desacompanhado de consistência moral. Mas uma eficiência adicionada de crédito na lisura do comportamento judicial” (NALINI, 2011, P. 444).

No exercício do seu poder-dever de direção do processo, cabe ao juiz contribuir para a celeridade do feito (art. 125, inciso II, CPC) ou seu não retardamento (art. 133, inciso II, CPC), evitando atividades processuais estéreis – deve permitir a discussão apenas sobre aquilo que for discutível – e retrocessos indesejáveis, o que traduz flagrante economia de tempo, energia e dinheiro.

<sup>45</sup> “Al interés de la parte corresponde el desinterés del juez. A la parcialidad de aquélla, la imparcialidad de éste”. (DE LA RÚA, 1991, p. 15).

<sup>46</sup> O Código de Ética da Magistratura foi aprovado pelo CNJ (art. 103-B, parágrafo 4º, incisos I e II, CF), com publicação do texto em 18/09/2008. Ainda, merece atenção a Lei Complementar Federal nº 35, de 14/03/1979 (LOMAN), sobretudo quanto aos deveres dos juízes (art. 35). Nesta, há previsão até mesmo de perda do cargo, se comprovado em procedimento administrativo o “recebimento, a qualquer título e sob qualquer pretexto, de percentagens ou custas nos processos sujeitos a seu despacho e julgamento” (art. 26, inciso II). Cabe ressaltar que ainda que não houvesse tal normatização, os juízes permaneceriam comprometidos às normas éticas básicas provenientes do texto constitucional.

O desvio de operosidade, no pouco caso ou indolência do magistrado, inclusive na falta de exigência de pontualidade de seus auxiliares (art. 193, CPC), fomenta o problema do acesso à justiça, em decorrência da falta de efetividade da tutela jurisdicional, ou mesmo na baixa velocidade de saída de decisões conclusivas <sup>47</sup>.

Em visualização não exaustiva sobre sua atuação processual, deverá o julgador zelar para que a produção probatória se restrinja ao fato probando, indeferindo qualquer diligência inútil ou protelatória (art. 130, *in fine*, CPC), que ocasione a dispersão dos meios de prova <sup>48</sup>; não designar audiências em vão, quando facultativas (art. 331, parágrafos 2º, *in fine*, e 3º, CPC), sob pena de ocorrência de forçada “suspensão do processo” até a sua realização; e laborar para tornar efetiva a sua decisão, na outorga do meio executivo apropriado à situação posta nos autos, ainda que não tipificado (art. 461, parágrafo 5º, CPC).

Neste ideal, cabe-lhe também se esforçar para depurar o processo de imperfeições, saneando-o ininterruptamente <sup>49</sup>, o que deve ser feito por etapa, diante de cada ato praticado. Um correto juízo de admissibilidade da inicial, ou “decisão” <sup>50</sup> de saneamento (art. 331, parágrafo 2º, CPC), espanca incorreções e previne a decretação de nulidades futuras. Expressa a legislação, por exemplo, que o juiz deve buscar corrigir o litisconsórcio necessário não formado, criando ao autor o ônus de fazê-lo, sob pena de extinção (art. 47, parágrafo único, CPC).

Por outro lado, concernente à atividade do julgador não se nega a ocorrência de preclusão lógica – dita preclusão *pro judicato* –, ou, ao menos, do limítrofe caso de vedação de comportamento contraditório. Cabe impedir que seja reprisada resolução sobre questão dispositiva por ele já decidida anteriormente, ou proferida outra decisão incompatível com a aquela dada anteriormente, exceto se de ordem pública (art. 267, parágrafo 3º, CPC).

---

<sup>47</sup> Nos termos da LOMAN, submete-se a controle a produtividade do julgador: “Art. 39 - Os juízes remeterão, até o dia dez de cada mês, ao órgão corregedor competente de segunda instância, informação a respeito dos feitos em seu poder, cujos prazos para despacho ou decisão hajam sido excedidos, bem como indicação do número de sentenças proferidas no mês anterior”. Por outro lado, há norma programática prevista na legislação processual codificada estabelecendo prazo para o pronunciamento judicial, de natureza decisória ou não (art. 189, CPC), o que é aperfeiçoado no NCPC: “Art. 196. O juiz proferirá: I - os despachos de expediente no prazo de cinco dias; II - as decisões no prazo de dez dias; III - as sentenças no prazo de vinte dias”.

<sup>48</sup> “Já impostado o *thema decidendum*, necessidade logicamente prévia à fixação do *thema probandum* [...] é de rigor que restem estreme de dúvida quais são as alegações de fato que devem ser provadas. O objetivo dessa delimitação justifica-se cabalmente em termos de economia processual”. (MITIDIÉRO, 2009, p. 123).

<sup>49</sup> A atividade de saneamento é realizada ao longo de todo o procedimento, inclusive para controle das questões de ordem pública, não sujeitas à preclusão: “[...] 6. O saneamento do processo, no modelo atual do CPC, pode ser feito por etapa, desde que algum vício apresente necessidade de correção, pelo prejuízo causado a uma das partes. [...] 8. Na verdade, o sistema processual atual não consagra a obrigatoriedade do despacho saneador em momento único. O saneamento do processo é feito em qualquer momento, desde que surja a necessidade de corrigir qualquer desvio prejudicial à apuração dos fatos discutidos e à aplicação das leis suscitadas”. BRASIL. STJ. EDcl no AgRg no REsp 724.059/MG, rel. Min. José Delgado, Julgamento: 21/03/2006.

<sup>50</sup> Melhor entendê-la como decisão interlocutória (em interpretação literal, vide art. 338, *in fine*, CPC), e não “despacho saneador”, diante do conteúdo decisório e possibilidade de ataque recursal (art. 504, CPC, *a contrario sensu*).

Como se pode perceber, a possibilidade de rediscussão, a todo tempo, de questões já decididas, inviabilizaria que o processo caminhasse para o fim, com prejuízo à rápida solução do litígio. Entende-se vedado, assim, o reexame pelo julgador de decisões que analisam nulidades relativas ou apreciam tutela de urgência, salvo, neste último caso, se trazidos novos elementos aos autos que alterem as circunstâncias iniciais. Exame à parte, vale dizer que se a referida decisão for atacada por meio de agravo de instrumento, impedindo sua preclusão quanto à parte, estará aberta a possibilidade de o julgador realizar um juízo de retratação (art. 529, CPC).

Identificadas algumas manifestações da notável influência da atividade do julgador no controle/descontrole do processo, são reforçadas as atenções sobre a boa gestão processual, compromissada com os interesses da jurisdição. Nada mais se ressalta, nesse aspecto, do que um flanco preliminar da cooperação do julgador, praticamente ínsito à sua atividade regular profissional.

Como dito alhures, em decorrência da compreensão do Estado Constitucional (art. 37, CF), intensificou-se a pertinência de um comportamento proativo e cooperativo do julgador, numa releitura de sua atuação, a reforçar os parâmetros acima expostos. Não se decifram meros poderes ou faculdades, que, uma vez passíveis de utilização ou não, promovem insegurança jurídica. Identificam-se poderes-deveres na função pública desempenhada, assim como estão – e como virão – na legislação processual<sup>51</sup>, ligados a carga que lhe é incumbida de obter o melhor resultado ao processo.

Na verdade, a postura contributiva do magistrado é inerente ao ordenamento jurídico existente, na normatividade constitucional e processual, “não dependendo de nova outorga legislativa, mas da profunda e humana interpretação do jurista” (SOUZA, 1987, p. 32). Não obstante, há reforço na proposição reformadora da Comissão que projetou o pretense NCPC brasileiro, com o colorido íntimo da cooperação processual, como segue:

“O novel código seguindo a trilha exegética da Constituição Federal, erigiu normas *in procedendo* destinadas aos juízes, sinalizando que toda e qualquer decisão judicial deve perpassar pelos princípios plasmados no tecido constitucional e ínsitos ao sistema processual como forma de aproximar a decisão da ética e da legitimidade. Em outras palavras, a Comissão preocupou-se em fazer do processo um instrumento de participação democrática,

<sup>51</sup> “Melhor teria agido o legislador se, com maior frequência, houvesse feito uso da linguagem imperativa, tornando obrigatória a cooperação por parte dos juízes e tribunais”. (GOUVEA, 2008, p. 185). Essa diretriz foi lembrada pelo legislador na pretensa nova codificação processual, ao expressar um dever de cooperação nacional. NCPC: “Art. 67. Ao Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, de primeiro ou segundo grau, assim como a todos os tribunais superiores, por meio de seus magistrados e servidores, cabe o **dever de recíproca cooperação**, a fim de que o processo alcance a desejada efetividade”. (grifo nosso). Ainda, reverenciou-se a noção de produtividade: NCPC: “Art. 6º. Ao aplicar a lei, o juiz **atenderá** aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e **da eficiência**”. (grifo nosso).

em que o juiz ouvindo e dialogando com partes e interessados, promova uma decisão efetivamente apaziguadora”. (FUX, 2011, p. 14).

Tal ideal cooperativo impõe ao julgador uma incansável direção do processo, através do exercício mais expedito de seus poderes, para tolher as dilações indevidas, quando velará pela rápida solução do litígio (art. 125, inciso II, CPC); como também no escopo de estimular a participação das partes, na descoberta da verdade.

“O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois, ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão”. (MITIDIERO, 2009, p. 72/73).

Numa das principais facetas dessa orientação, já com franco emprego hodierno, deverá o magistrado atuar de forma ativa em busca da verdade real dos acontecimentos. Na apreciação da prova dos fatos e circunstâncias constantes nos autos, poderá o magistrado proceder livremente, sem qualquer elemento vinculante de sua convicção, desde que motive seu juízo de valor (arts. 131 e 386, CPC c/c art. 93, inciso IX, CF). Deve ir até mais longe, ante tal princípio do livre convencimento, para determinar *ex officio* a produção probatória que lhe aprouver para elucidar o fato (*iudex potest in facto suppere*).

Reconhece-se na legislação pátria que o juiz não está vinculado à verdade formalmente produzida no processo pelas partes (art. 130, CPC c/c art. 1.107, CPC); até porque “verdade formal é sinônimo de mentira formal, pois ambas constituem as duas faces do mesmo fenômeno: o julgamento feito à luz de elementos insuficientes para verificação da realidade jurídico-material” (BEDAQUE, 2011, p. 9).

O processo, sob tal direção, demonstra-se caracterizado “por um *work in progress*, uma obra aberta, não existindo preclusões ao exercício dos poderes instrutórios pelo juiz” (TUCCI, 1997, p. 37)<sup>52</sup>. Sua atuação ativa no campo probatório para afastar as falsas ou meias verdades processuais, na formação de sua convicção, se reveste claramente no interesse público de efetividade da justiça<sup>53</sup>.

Esta percepção emite a mensagem implícita de que deve ser sempre relegada como última diretriz no deslinde da causa a aplicação do instituto da distribuição do ônus da prova

<sup>52</sup> Na mesma esteira: “O poder de ordenar de ofício a realização de provas subsiste íntegro mesmo que o juiz tenha anteriormente indeferido o requerimento da parte; não ocorre, para ele, preclusão”. (MOREIRA, 2007, p. 56).

<sup>53</sup> Verbete 186, das súmulas do TJ-RJ: “Insere-se entre os poderes instrutórios do Juiz a expedição de ofícios a Receita Federal e as instituições financeiras para exame das possibilidades do alimentante”.

(art. 333, CPC) <sup>54</sup>. A dúvida somente será suportada pela parte que tem o ônus da prova, após amplo tirocínio probatório, sob a supervisão e esforço do magistrado.

Seguramente, a imparcialidade a que está submetido o juiz não lhe priva de esclarecer tal verdade, na mira, afinal, de um pronunciamento justo (MASCOTRA, 2009, p. 15). Frise-se que o juiz inerte também acaba pendendo para o lado daquele se beneficia pela ausência de esclarecimento dos fatos. Além do mais, não há como se adivinhar o resultado da prova, que naturalmente poderá dar alento ao propósito de qualquer das partes (MOREIRA, 2008, p. 38).

Remontando a esfera de liberdade das partes, cabe acrescentar que a iniciativa probatória judicial não afronta o princípio da demanda (art. 2, CPC). As partes têm disponibilidade sobre os elementos individualizadores da demanda, especialmente na fixação dos limites da causa de pedir remota – onde é ceifada a intromissão do julgador, de modo a lhe garantir imparcialidade –, mas não naquilo que se refere ao adequado exercício da função jurisdicional (BEDAQUE, 2011, p. 102).

“[...] de modo nenhum podem ser confundidos o momento inicial, consistente na alegação dos fatos jurídicos, que dão substrato à pretensão *sub judice*, com o momento posterior, interno ao processo, concernente às demonstrações de cunho probatório. O primeiro, cumpre esclarecer, não se exaure tão somente numa declaração de caráter informativo, mas numa *declaração de vontade*, que estabelece o elemento essencial do direito ou do contradireito — o elemento constitutivo causal —, com o qual a parte age ou se opõe ao agir de outrem, vinculando o juiz e forçando-o a exercer o seu ofício. Instaurado porém o processo, o seu *modo, ritmo e impulso* escapam à disponibilidade das partes, elementos que devem ser disciplinados por normas legais cogentes, não sendo despiciendo no entanto possa o juiz em certas hipóteses levar em conta as exigências concretas do caso”. (OLIVEIRA, 2005, p. 25).

O descrito ativismo judicial contribui ainda para a participação igualitária das partes no processo – sem lugar a dúvidas, uma das principais atribuições do julgador (art. 125, inciso IV, CPC), sem a qual não há propriamente justiça. É que as insuficiências probatórias podem gerar desfechos desastrosos para aqueles que não podem, ou não sabem, efetivamente se defender.

Há situações, mormente quando verificadas *in casu* dessemelhanças sociais e econômicas, em que a intervenção do magistrado é fundamental para promover o equilíbrio processual das partes, ao compensar eventual disparidade jurídica, ou, em outras palavras, evitar que “a atuação absolutamente desastrada, sem uma base técnica razoável, de uma das partes possa levar à frustração dos fins que informam a atividade jurisdicional” (CARNEIRO, 2007, p. 76).

---

<sup>54</sup> “[...] a regra do ônus da prova se apresenta como regra destinada a viabilizar a decisão do juiz em caso de dúvida ou, em outros termos, a dar ao juiz não convencido a possibilidade de decidir”. (MARINONI, 2008b, p. 270).

“[...] A experiência mostra que a imparcialidade não resulta comprometida quando, com serenidade e consciência da necessidade de instruir-se para melhor julgar, o juiz supre com iniciativas próprias as deficiências probatórias das partes. Os males de possíveis e excepcionais comportamentos passionais de algum juiz não devem impressionar o sentido de fechar a todos os juízes, de modo absoluto, as portas de um sadio ativismo”. (DINAMARCO, 2002, p. 52/54).

Faz seguir que a legitimação da atividade decisória do magistrado é refém de um atuar precedentemente cooperativo, donde se extrai a indispensabilidade de um labor judicial técnico e diligente. Ganha realce, por conseguinte, extrair a essencialidade do dever de cooperação, que, segundo a classificação de Miguel Teixeira de Sousa (1997, p. 65), envolve a necessidade de esclarecimento, prevenção, auxílio e consulta, cuja moldura se passa a analisar.

### 2.3.1 Dever de esclarecimento

De nenhuma maneira um julgamento poderá ser pautado pela falta de informação. Para que sejam evitadas decisões açodadas, muitas vezes equivocadas, caberá ao juiz, sempre, tentar esclarecer as incertezas de alegações, pleitos e posições em juízo, ainda que isso traga prejuízo à celeridade do feito.

*Modus in rebus*, o dever de esclarecimento deriva do dever de motivação das decisões judiciais na conclusão da dialética processual (art. 93, inciso IX, CF), em contribuição para o cumprimento dos fins políticos e sociais do instrumento.

De um modo geral, ao incitar as partes para se expressar sobre os pontos necessários à solução do litígio, o julgador assume uma postura ativa na direção e controle do processo, preparando-o metodicamente. Se o magistrado pode o mais, para determinar *ex officio* a produção de provas (art. 130, CPC c/c art. 342, CPC), inclusive inspecionando pessoas e coisas (art. 440, CPC), pretendendo um melhor *esclarecimento* dos fatos controvertidos, não se deve negar-lhe o menos, que é dar um alerta às partes sobre as circunstâncias processuais pouco firmes.

A par dessa assertiva, faculta-se ao julgador designar a audiência preliminar do rito ordinário (art. 331 e parágrafos, CPC) ainda que não haja patente intuito conciliatório das partes, em vista da necessidade de deliberação sobre os pontos controvertidos, provas subsequentes, ou inversão do ônus probatório, inclusive com a manifestação oral das partes através de seus procuradores. Nada mais se cogita do que a humanização da decisão de

saneamento, mediante a participação das partes. E se deixe claro que a realização da audiência preliminar, sendo-a bem conduzida, acarretará ganho de tempo processual – ao contrário do que uma visão simplista poderia imaginar –, diante da construção e planejamento dos atos processuais subsequentes.

Noutro giro ligado às tutelas de urgência, embora a tutela antecipada (art. 273, inciso I, CPC) possa ser concedida *in limine litis*, sem ouvir a outra parte, o juiz somente deverá assim agir em situações excepcionais, quando o perigo for imediato e não puder aguardar a manifestação do réu. É recomendável ao julgador, o mais possível, prestigiar o contraditório, angularizando a relação processual, para de tal sorte iluminar a lide <sup>55</sup>.

O dever de esclarecimento também pode ser demonstrado na concessão da liminar prevista no rito especial da ação possessória com força nova (art. 924, CPC). Se o juiz não se convencer de plano da pertinência de deferimento da liminar sem ouvir o réu, segundo os argumentos trazidos pelo demandante na inicial, deverá designar audiência de justificação (art. 928, CPC), ainda que não haja pedido expresso do autor neste sentido <sup>56</sup>. Colaborará, assim, o julgador para que sejam elucidadas as alegações em juízo, através da comunidade processual.

Por sua vez, sobre a inversão (art. 6, inciso VIII, CDC) ou dinamização do ônus da prova, deverão as partes ser científicadas, antes ou durante a instrução, para que tenham oportunidade de se desincumbir do encargo que lhes vem a ser imputado. Aliás, uma vez que nos Juizados Especiais Cíveis todas as provas são produzidas até e na audiência de instrução e julgamento (art. 33, lei nº 9.099/1995), o réu, usualmente fornecedor, deverá ser advertido já no momento da citação sobre a possibilidade de reviramento da incumbência probatória <sup>57</sup>.

“[...] 3. Determinada a inversão do *onus probandi* após o momento processual de requerimento das provas, deve o magistrado possibilitar que as partes voltem a requerê-las,

<sup>55</sup> Convém evidenciar que tal decisão que determinar a citação do réu (despacho liminar positivo), visando analisar a pretensão de antecipação dos efeitos da tutela de mérito tão-somente após a contestação, ao menos reconhece a falta de substancial *periculum in mora*, pelo que estará sujeita ao recurso de agravo de instrumento, diante da possibilidade de gerar prejuízo jurídico ao autor. “[...] 3. O juízo de primeiro grau, ao deixar de apreciar pedido de tutela antecipada, optando por manifestar-se após a contestação, o que fez, em última análise, foi considerar ausente o pressuposto específico do risco de dano (*periculum in mora*), porquanto não vislumbrou prejuízo para a parte quando postergou eventual concessão da medida. Não se trata, portanto, de mero despacho, e sim de decisão interlocutória, vez que, não tendo sido concedida a antecipação da tutela, permaneceu para o autor o interesse em afastar a ocorrência de dano irreparável. Cabível, nessas circunstâncias, a interposição do agravo de instrumento, com o intuito de se obstar, de imediato, a ocorrência do dano. [...]”. BRASIL. STJ. REsp 814.100/MA, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Julgamento: 17/02/2009.

<sup>56</sup> “[...] Não estando o juiz convencido dos argumentos trazidos pelos demandantes, deve determinar a realização da Audiência de Justificação, nos termos do art. 928, do CPC. [...]”. BRASIL. TJ-RJ. Agravo de Instrumento 0028485-59.2010.8.19.0000, 9ª Câmara Cível, rel. Des. Carlos Eduardo Moreira Silva. Julgamento: 22/06/2010.

<sup>57</sup> FONAJE: “Enunciado nº 53. Deverá constar da citação a advertência, em termos claros, da possibilidade de inversão do ônus da prova”; Aviso nº 23/2008 - Enunciados dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro: “9.1.2. A inversão do ônus da prova nas relações de consumo é direito do consumidor (art. 6º, caput, CDC), não sendo necessário que o Juiz advirta o fornecedor de tal inversão, devendo este comparecer à audiência munido, desde logo, de todas as provas com que pretenda demonstrar a exclusão de sua responsabilidade objetiva”.

agora conhecendo o seu ônus, para que possa melhor se conduzir no processo, sob pena de cerceamento de defesa. [...]”.<sup>58</sup>

Outra hipótese exemplificativa pode ser retirada da adoção pelo tribunal da teoria da causa madura (art. 515, parágrafo 3º, CPC), a partir do raciocínio pela desnecessidade de requerimento da parte recorrente, como vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça<sup>59</sup>. Parece-nos que tal posicionamento, apesar de correto quanto à profundidade do efeito devolutivo, pode importar no avanço sobre o mérito da causa pelo órgão *ad quem* sem a manifestação do recorrido, caso este tenha restringido suas contra-razões à manutenção da sentença terminativa prolatada pelo juízo *a quo*. Naturalmente, se houvesse requerimento pelo recorrente neste sentido, disto teria ciência o recorrido antes de fazer suas contra-razões (art. 518, CPC), pelo que não haveria qualquer deslustre ao contraditório.

Na conjectura acima, melhor seria a ocorrência de um prévio alerta às partes, emanado do dever de esclarecimento do julgador, sobre a possibilidade, ainda que eventual, de aplicação pelo tribunal do art. 515, parágrafo 3º, CPC. Com isso, será imputado às partes um dever de operosidade, para que façam constar suas observações quanto ao mérito da causa ao arrazoar ou contra-arrazoar um recurso contra sentença terminativa, nas hipóteses em que resta aparentemente possível a aplicação da referida ferramenta processual.

Prosseguindo e noutra banda, registre-se que a necessidade de esclarecimento restará acentuada na consideração do poder econômico/social/cultural dos litigantes em confronto, em prol da igualdade material. A referência ao litigante débil ingressa no quadro da técnica do processo em prol da justiça social.

“[...] a chamada neutralidade do juiz, no sentido de não-utilização do seu poder assistencial, longe de garantir a justiça, confirma e reflete no processo a supremacia financeira de uma parte sobre a outra e deve ser evitada num processo orientado pelo princípio da cooperação intersubjetiva que deve primar pela igualdade de armas”. (GOUVEA, 2008, p. 178).

A assertiva ganha mais vigor nas hipóteses em que resta autorizada a formulação de pleito judicial por quem não detém capacidade postulatória, podendo ser feita menção

<sup>58</sup> BRASIL. STJ. AgRg no REsp 1.095.663/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, Julgamento: 04/08/2009. No mesmo sentido é o enunciado nº 91, das súmulas do TJ-RJ: “A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença”. Ademais, resta expressado no NCPC: “Art. 358. [...]. Parágrafo 1º. Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído”.

<sup>59</sup> “[...] 3. A legislação confere ao órgão jurisdicional superior, por força da autorização contida no art. 515, § 3º do CPC, autorização para proceder à análise do mérito, independentemente de pedido da parte e, a fortiori, permite ao tribunal determinar a baixa dos autos ao juízo singular, independentemente da vontade do litigante, evidenciada a necessidade objetiva da prova. [...]”. BRASIL. STJ. REsp 819.165/ES, rel. Min. Luiz Fux, Julgamento: 19/06/2007. No sentido do texto: “Aliás, afirmar que esta norma somente pode ser aplicada se houver requerimento do recorrente é transferir para a parte o juízo de valor se o processo está ou não suficientemente instruído, em flagrante troca de posição processual com o magistrado” (HARTMANN, 2011, p. 53).

novamente à experiência dos Juizados Especiais Cíveis, nas causas até 20 salários mínimos (art. 9, lei nº 9.099/95). Por isso, diga-se, a referida legislação estimula a explicação do procedimento ao litigante eventual (arts. 9, parágrafo 2º, e 21, lei nº 9.099/1995).

Na mesma tendência, chega-se a propugnar pela concessão de tutela antecipada (art. 273, CPC), ainda que sem requerimento da parte – em conseqüente contrariedade ao princípio da congruência (art. 128, CPC) –, através de conduta flexível do julgador, ao relegar aspectos técnicos e formais visando concretizar a garantia do acesso à justiça (art. 5, XXXV, CF)<sup>60</sup>.

“Se o juiz vê, diante de si, tudo o que a lei reputou suficiente para a concessão da tutela antecipada menos o pedido, quiçá porque o advogado é ruim ou irresponsável, não será isso que o impedirá de realizar o valor efetividade, sobretudo naqueles casos em que a situação fática reclama a necessidade de tutela jurisdicional urgente (art. 273, I). Se não houver tanta pressa assim, sempre me pareceu possível e desejável que o juiz determine a emenda da inicial, dando interpretação ampla ao art. 284. Não que um não-pedido de antecipação de tutela enseje a rejeição da inicial; evidentemente que não”. (BUENO, 2007b, p. 37).

É evidente que os limites do dever judicial de esclarecimento são controvertidos, afinal a intervenção persecutória do juiz, com intromissão excessiva no pleito ou na defesa de uma parte, pode violar sua imparcialidade (art. 125, inciso I, CPC). O processo não é uma instituição filantrópica e o juiz não deve assumir o papel de mero consultor jurídico de umas das partes.

O que se prega na versão colaborativa do processo é a maior interação entre juiz e parte, cada qual com sua função, de modo que a informação enobreça a qualidade da prestação jurisdicional.

### 2.3.2 Dever de prevenção

Em essência da instrumentalidade do processo, consiste a prevenção no dever de o juiz, na análise das postulações das partes, fazer apontamento de suas deficiências, para permitir conseqüente retificação. É um convite para o aperfeiçoamento das alegações realizadas em juízo, em atendimento ao direito material.

Nessa quadra, traduz uma moderna perspectiva de condução do processo, notadamente assistencial, sem implicar em dever recíproco das partes (GOUVEA, 2008, p. 178), mormente

---

<sup>60</sup> NCPC: “Art. 277. Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício”.

para preservar a efetividade da tutela jurisdicional ao direito então ameaçado. Em tese, o uso inadequado do processo, no desatendimento inadvertido de suas regras formais, não pode servir para obstar o êxito da parte, se realizável a correção<sup>61</sup>.

O ordenamento jurídico chancela o dever de prevenção: a petição inicial poderá ser emendada, após o despacho liminar neutro que indicar a falta ou incompletude dos seus requisitos (art. 284, CPC c/c art. 616, CPC), sob pena de *error in procedendo* da decisão direta pelo indeferimento. No ideal colaborativo, caberá ao juiz, decerto, declarar especificamente os vícios da peça processual, evitando um lacônico “emende-se à inicial”, o que vale para todos os provimentos.

Numa estrutura processual regida pela colaboração, os pedidos pouco claros deverão ser apontados pelo juiz, sendo merecedores de explicitação e melhor conclusão pelas partes. O despertar colaborativo se demonstra, assim, no estímulo advindo do julgador para que as lacunas nas descrições fáticas sejam integradas pelas partes; ou no incitamento para que o demandante especifique determinado pleito indeterminado.

Além disso, quando o magistrado verificar que o requerimento de produção probatória testemunhal, realizado na inicial (art. 282, inciso VI, CPC), não se repetiu no momento de especificação de provas (art. 324, CPC), deverá buscar o esclarecimento se houve realmente desistência ou mero esquecimento.

Na esfera recursal, deveria o julgador outorgar à parte a possibilidade de juntada de peça obrigatória faltante, especialmente na interposição do recurso de agravo de instrumento (art. 525, I, CPC). Nesse ponto, o NCPC afrouxa o tema da jurisprudência defensiva, algo difundido hodiernamente como um (falso) antídoto à irrecorribilidade irrestrita<sup>62</sup>. O dever de prevenção se importa com a razão do jurisdicionado, para o que não há mau emprego de

<sup>61</sup> “Apelação Cível. Medida Cautelar de Sequestro convertida em Ação Ordinária de Manutenção de Posse. Indeferimento da inicial. Sentença cassada. Aplicação do princípio da cooperação. A autora adquiriu um terreno, através de contrato particular de compra e venda, celebrado com os herdeiros dos falecidos [...], antes da abertura dos respectivos inventários. Diante da possibilidade de ser retirada da posse do bem, pela inventariante, intentou medida cautelar que posteriormente fora convertida em ação de manutenção na posse, com pedido liminar. Entretanto, ante a aparente falta de conclusão lógica entre os fatos narrados e o pedido formulado, a inicial fora indeferida pelo Juízo. De acordo com o Princípio da Cooperação, o Magistrado deve assumir uma posição de agente colaborador do processo e não apenas um fiscal apegado ao tecnicismo. Assim, **em consonância com a moderna perspectiva de condução do processo, traduzido na colaboração entre os sujeitos envolvidos, e em busca da efetiva prestação da tutela jurisdicional, deve o Magistrado aproximar-se das partes envolvidas, esclarecendo-se a respeito das alegações de forma a evitar que um futuro e almejado êxito seja prejudicado pelo uso inadequado do processo.** Sentença cassada. Recurso provido”. BRASIL. TJ-RJ. Apelação Cível 0023777-70.2009.8.19.0203, 11ª Câmara Cível, rel. Des. Claudio de Mello Tavares. Julgamento: 03/03/2010. (grifo nosso).

<sup>62</sup> Vale a comparação entre a atual jurisprudência massificada e a mentalidade progressiva da comissão reformadora da legislação processual codificada: “[...] 1. Compete à agravante a formação completa do instrumento recursal - artigo 525, I, do CPC. 2. A ausência de procuração, peça obrigatória, enseja o não conhecimento do recurso. 3. Tardia juntada de documentos, que, ademais, não tem o condão de suprir a irregularidade, pois viola o princípio da preclusão consumativa e prestigia o equívoco. [...]”. BRASIL. TJ-RJ. Agravo de Instrumento 0015000-55.2011.8.19.0000, 12ª Câmara Cível, rel. Des. Antonio Iloizio B. Bastos. Julgamento: 02/08/2011; e, em sentido oposto, NCPC: “Art. 971. A petição inicial do agravo de instrumento será instruída: [...]. Parágrafo 3º. A falta de peça obrigatória não implicará a inadmissibilidade do recurso se o recorrente, intimado, vier a supri-la no prazo de cinco dias”.

energia processual; em verdade, o formalismo rigoroso que vise indiscriminadamente combater o excesso de trabalho concorre para uma situação pior, de injustiça.

Prosseguindo no mundo dos recursos, a normatividade permite a complementação do preparo entendido como *insuficiente* (art. 511, parágrafo 2º, CPC). Melhor seria se tal regramento fosse aplicado analogicamente aos Juizados Especiais Cíveis<sup>63</sup>, afinal o vetor da celeridade (art. 2º, lei nº 9.099/1995) não pode abafar o direito constitucional ao contraditório (art. 5, inciso LV, CF).

Ainda sobre o adiantamento das despesas recursais, há esforço interpretativo da doutrina no sentido de que também nos casos de *ausência* de preparo deveria a parte ser intimada para providenciá-lo em prazo adequado, pois “o direito material não pode vir a soçobrar em face de questões de ordem formal” (MITIDIERO, 2009, p. 154). Em contrariedade, assente na exigência legal de comprovação do recolhimento (algum) das custas judiciais no ato de interposição do recurso (art. 511, CPC), a jurisprudência é iterativa em permitir a deserção do recurso sem a prévia intimação da parte para tal retificação<sup>64</sup>.

Nesta última situação, nos parece que o entendimento pretoriano tem mais sensatez, afinal o mote de colaboração, como visto alhures, também se expressa na maior responsabilidade das partes pelo decorrer processual produtivo (dever de operosidade), sem maior tardança. Se o litigante nada recolher de preparo, acaba por descumprir um pressuposto recursal como qualquer outro (v.g., a regularidade formal), onde não terá igualmente direito à emenda. Atribui-se, portanto, ao recorrente o dever de jurídico de ao menos diligenciar para o adequado recolhimento das despesas recursais, tendo direito à complementação, quando não for o bastante.

O dever de prevenção complementa o raciocínio, através da manifestação pretérita, no corpo da decisão judicial passível de recurso, de que é necessário recolher o preparo no valor “x”, no ato de interposição do recurso. Seja dito de passagem que o apontamento do cabimento recursal, sem obstáculo quanto à imparcialidade do julgador, também procede a favor da colaboração processual deste.

Nesta direção, o magistrado tem o dever de pôr em sobreaviso às partes sobre determinadas situações processuais, dispondo-as com antecipação, em caráter preventivo. Assim é que a ordem de citação deverá constar o aviso de que, não sendo contestado o pedido,

---

<sup>63</sup> Aviso nº 23/2008 - Enunciados dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro: “Não se aplica o parágrafo 2º do art. 511 do CPC ao sistema dos Juizados Especiais”.

<sup>64</sup> BRASIL. STJ. REsp 616.062/SP, rel. Min. Laurita Vaz, Julgamento: 10/09/2009.

este se presumirá aceito pelo réu, sob pena de nulidade (art. 285, CPC c/c art. 223 e 225, CPC), em exata orientação.

Caberá ao juiz, em visão prospectiva das conseqüências que seguem aos atos processuais praticados, promover o desenvolvimento da informação prévia sobre os ditames legais, sobretudo quando pairar alguma incerteza. Contextualizando, na ação de execução por título extrajudicial, a despeito do silêncio legal, é recomendável que no mandado citatório conste que o prazo de 3 dias para efetuar o pagamento corre da data da cientificação – e não da juntada aos autos do mesmo, o que só vale para os embargos (art. 738, CPC); de outra maneira, havendo litisconsortes passivo na execução, é mais do que razoável expor no mandado que, sendo um dos executados citados, o seu prazo para embargos contará individualmente (art. 738, parágrafo 1º, CPC, alterado pela lei nº 11.382/2006); e por aí vai.

### 2.3.3 Dever de auxílio

O julgador deverá prestar auxílio às partes no exercício de seus direitos e deveres processuais, com o fito de obtenção de uma ordem jurídica justa.

Deve, assim, evitar um julgamento desfavorável por insuficiência de provas, quando verificado óbices injustificadamente criados para prejudicar a parte adversa em sua instrução probatória. Com efeito, poderá o juiz determinar que determinada parte exiba um documento ou coisa que se ache em seu poder (art. 355, CPC); ou que entregue os dados que possibilitem a elaboração de memória de cálculo pelo credor (art. 475-B, parágrafo 1º, CPC).

Igualmente, uma vez que na instrução da ação popular (art. 5, inciso LXXIII, CF), o autor deverá formar conjunto probatório a favor da postulação coletiva (art. 1º, parágrafo 4º, lei nº 4.717/1965), não o conseguindo, será admissível a propositura da demanda desacompanhada dos respectivos documentos, cabendo ao juiz requisitá-las, logo no despacho liminar (art. 7, I, “b”, lei nº 4.717/1965). O mesmo vale para ação civil pública (art. 8, *caput* e parágrafo 2º, lei nº 7.347/1985).

Diga-se que a legislação processual codificada também regula a hipótese em que se pretende a exibição de documento entendido como imprescindível pelo Poder Público (art. 399, CPC). Na verdade, constitui um “poder-dever de o juiz requisitar nas repartições

públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, provas necessárias às alegações apontadas”<sup>65</sup>.

Mais ainda no dever de auxílio, inerente à colaboração, alude-se pela possibilidade casuística de dinamização do ônus da prova, em prol da paridade de armas entre os litigantes, quando inadequada a formulação legal estática (art. 333, CPC). É a repartição do encargo probatório no caso concreto, ignorando a posição nele da parte, para atribuí-lo a quem se encontre em melhores condições de efetuar a prova, através de decisão fundamentada do magistrado<sup>66</sup>.

Não existe motivo para supor que a modificação do ônus da prova somente é viável quando prevista na legislação – como acontece nas relações de consumo (art. 6, inciso VIII, CDC) –, uma vez que o instituto decorre da busca de justiça no caso concreto (MARINONI, 2008b, p; 273). Funda-se na premissa de que quem está numa posição privilegiada para provar as alegações de fato trazidas a juízo, deverá agir solidariamente com o órgão judicial para o descobrimento da verdade (art. 339, CPC).

#### 2.3.4 Dever de consulta

Como manifestação do princípio do contraditório (art. 5, inciso LV, CF), as partes devem ser intimadas para se manifestar, emprestando suas parcelas de conhecimento, para tentar influenciar o julgador antes da solução das controvérsias (SOUZA, 1987, p. 32). A promoção do diálogo judicial, dentro dessa orientação que aparenta ter fins somente particulares, contribuirá, em verdade e adicionalmente, para tornar mais crível a percepção de justiça da decisão<sup>67</sup>.

Cabe ao magistrado, em certa medida, antecipar suas convicções, processualizando-as. Todas as questões aduzidas no processo, inclusive de direito, deverão estar sujeitas ao debate

---

<sup>65</sup> BRASIL. STJ. EDcl no REsp 208.050/SC, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Julgamento: 05/12/2010.

<sup>66</sup> NCPC: “Art. 358. 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”.

<sup>67</sup> “[...] a problemática não diz respeito apenas ao interesse das partes, mas conecta-se intimamente com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça”. (OLIVEIRA, 2005, p. 22).

processual – exceto naquilo que exigir urgência <sup>68</sup> –, em acréscimo útil e nada supérfluo para o deslinde da causa.

“E questa soluzione viene condivisa anche da gran parte della dottrina, la quale è andata ormai da tempo convincendosi che le allegazioni o deduzioni giuridiche degli interessati non sono un'aggiunta inutile o superflua, ma un'esplicazione della garanzia di azione e di difesa, e che l'individuazione e l'interpretazione delle norme da applicare non costituiscono una prerogativa itangibile ed esclusiva del magistrato”. (TROCKER, 1974, p. 647).

O juiz, ao perceber a ocorrência de questão preliminar de mérito (art. 301, CPC), sem precipitação e de forma assistencial, deverá abrir oportunidade ao autor para dissuadi-lo da idéia de extinguir o feito. Em sentido mais amplo, diz-se que todas as decisões sobre questões de ordem pública, cognoscíveis de ofício, deveriam ter igual verificação (MITIDIERO, 2009, p. 136) <sup>69</sup>.

O dever de consulta às partes e consequente debate das questões afetas ao processo, nesse mote de não surpresa quanto à opinião jurídica do julgador, se vê prestigiado na legislação estrangeira:

“Art. 3, Código de Processo Civil Português. (Necessidade de pedido e da contradição). [...] 3. O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas pronunciarem. [...]” <sup>70</sup>

“Art. 101. Codice di Procedura Civile Italiano. (Principio del contraddittorio). [...] 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 quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione. (Questo comma è stato aggiunto dall'art. 45, comma 13, della Legge 18 giugno 2009, n° 69); Art. 183, Codice di Procedura Civile Italiano. (Prima comparizione delle parti e trattazione della causa). [...] Nell'udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione” <sup>71</sup>

Um efetivo diálogo aprimora a participação dos litigantes quanto aos rumos do feito, evitando sobressaltos que possam concorrer para a redução da credibilidade judiciária. A democratização do processo promovida pela comunicação permanente entre o juiz e as partes

<sup>68</sup> NCPC: “Art. 9º. Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito”.

<sup>69</sup> NCPC: “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. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tutela de urgência e nas hipóteses do art. 307”; “Art. 474. [...] Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do parágrafo 1º do art. 307, a prescrição e a decadência não serão decretadas sem que antes seja dada às partes oportunidade de se manifestar”.

<sup>70</sup> Disponível em: < <http://www.stj.pt/nsrepo/geral/cptlp/Portugal/CodigoProcessoCivil.pdf> >. Acesso em: 12 dezembro 2010.

<sup>71</sup> Disponível em: < <http://www.altalex.com/index.php?idnot=33731> >. Acesso em: 17 maio 2011.

também atua para desestimular o uso de supetão dos instrumentos recursais, quanto mais os aclaratórios (art. 535, CPC).

### 3 PROTEÇÃO NORMATIVA À PROIBIDADE PROCESSUAL

Para evitar o desprezo aos mandamentos do Poder Judiciário, de modo a trazer efetividade às decisões judiciais e evitar atitudes procrastinatórias dos sujeitos parciais do processo, algo diametralmente oposto aos *fins colaborativos* que se defende, buscou-se elaborar um regramento capaz de reprimir ilicitudes ou abusos, inclusive com o estabelecimento forçado de sanções.

É de se ressaltar que a existência de um sistema de penalidades está vinculada ao propósito de evitar o comprometimento da eficácia da norma jurídica pela erosão de ações que a repelem. Deveras, estaria exposta a perigo a própria existência do Poder Judiciário, caso lhe fossem negados instrumentos de força (BOBBIO, 1999, p. 70)<sup>72</sup>. Criados os tribunais, devem ser lhes ofertadas condições mínimas para que mantenham sua autoridade diante da desobediência, inclusive criminalmente (art. 330, CP).

Além do caráter repressivo daquilo já praticado irregularmente, explora-se que a legislação processual sancionatória acaba por investir preventivamente contra a transgressão de condutas por aqueles que figuram no processo, diante do temor de punição.

Sucedo que a chicane processual não é combatida tão-somente através da imposição de sanções e suas implicações. Abreviações procedimentais também podem ser imputadas ao litigante ímprobo, quando permaneça inerte ou adote atividade processual inútil ou apenas tumultuária, sujeitando à parte adversa aos trâmites do feito por mais tempo que deveria. Recapitule-se, em justificativa, que a tutela jurisdicional morosa encerra por si só uma situação de injustiça, afinal quanto mais longo for o procedimento e a tardança processual, menor será a utilidade do vencedor em colher os frutos decorrentes do objeto litigioso.

Assim é que a contumácia passiva em participar do esclarecimento dos fatos trazidos à juízo (art. 319, CPC), ou em suprir pressuposto processual faltante ligado à capacidade de estar em juízo (art. 13, inciso II, CPC), poderá importar no julgamento antecipado da lide (art. 330, inciso II, CPC), encurtando a “cronometragem” processual.

Ainda, havendo abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, será possível a concessão de tutela antecipada não urgente, dita de evidência, havendo

---

<sup>72</sup> O autor examina que o Estado legislador utiliza o ordenamento jurídico como instrumento para controle social, valendo-se do exercício da força, na organização da sanção, para tornar as normas de condutas mais eficazes.

requerimento do autor (art. 273, inciso II, CPC) <sup>73</sup>. Afinal, “é evidente o direito cuja prova sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria” (FUX, 1996, p. 313). Em outros termos: o direito alegado pelo autor, antes possível, após a demonstração defensiva com fim único de criar embaraços ao feito, passa a ser evidente, abolindo-se, em parte, o contraditório; será merecedor de tutela imediata àquele que, ao menos *prima facie*, tem maior razão.

Prosseguindo e sob outro enfoque, será combatido o mal agir no processo através do estímulo ao cumprimento das decisões judiciais. Analisar-se-á o ordenamento jurídico atuante para retirar o atrativo da delonga processual, indiretamente, através das técnicas do “encorajamento”, de forma a facilitar o comportamento desejado, “recompensando” o litigante disposto a obedecer ao comando jurisdicional; ou do “desencorajamento”, atribuindo ao sujeito conseqüências desagradáveis, caso não realize um comportamento não desejado (DIDIER JR.; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 37).

### 3.1 Violação aos preceitos éticos

Interessa ao Estado que o instrumento processual, manifestação de sua soberania, não venha a ser manipulado por interesses subalternos desleais, de quem quer que seja. A violação dos preceitos éticos pode ser verificada no agir contrário ao texto legal, ou simplesmente no agir excessivo, merecendo ambos sancionamento.

“Em resumo, têm-se por contrárias ao princípio da boa-fé e lealdade (a) as condutas tipificadas como litigância de má-fé, (b) as definidas como atos atentatórios à dignidade da justiça e (c) as que, embora não tipificadas, caracterizem abuso de direito no processo”. (DINAMARCO, 2004b, p. 261).

O cenário mais comum de repreensão de atos impróprios se dá através da imposição de multa pecuniária (arts. 14, parágrafo único; 18; 538, parágrafo único; 557, parágrafo 2º; 601; 740, parágrafo único; CPC), ou na obrigação de reparar os prejuízos causados (art. 16 e 18, CPC), em indenização que abranja o dano emergente e o lucro cessante, ocasionados por efeito direto da conduta do agente (art.402/403, CC).

---

<sup>73</sup> NCPC: “Seção III. Da Tutela de Evidência. Art. 278. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando: I - ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido. [...]”.

Não é despidendo repetir que a atuação cooperativa do magistrado também se partilha na repressão de deslealdades. Caberá ao magistrado debelar as condutas das partes contrárias ao desenrolar do procedimento, evitando arbitrariedades formais, que, por consequência, violam ao princípio da igualdade.

“O juiz que não penaliza aquele que mal procede, está, na realidade, penalizando aquele que bem procede, o que não só faz desmoralizar a idéia de que o processo é um instrumento ético como, também, coloca em risco o princípio da isonomia no tratamento das partes”. (MARINONI, 2007, p. 426).

É mais adequado defender que o julgador possa reconhecer de ofício, em qualquer grau de jurisdição <sup>74</sup>, a ocorrência de atos impróprios, ilícitos. Não é outra a *ratio* legislativa (art. 18, *caput* e parágrafo 2º, CPC), ou mesmo da jurisprudência: “a condenação em litigância de má-fé é dever do juízo independe de pedido, e não configura julgamento *extra* ou *ultra petita*” <sup>75</sup>.

Tendo em vista o caráter eminentemente público do processo, o mesmo raciocínio deverá ser estendido aos atos abusivos (ABDO, 2007, p. 233). Aqui, uma vez indispensável verificar a finalidade desviada do atuar processual, com maior frequência se vê a solução repressiva, cabendo ao julgador, de igual modo, inibir ou reprimir excessos, afinal mais considerável defensor da efetividade do instrumento.

“No nos molesta el ejercicio de las atribuciones jurisdiccionales tendientes a la moralización del proceso, sino la omisión del cumplimiento de deberes inexcusables de la judicatura, fundamentalmente por su valor ejemplificador en un momento em que la ausencia de valores éticos y morales en todos los aspectos de la vida comunitaria se ha transformado en una desgraciada y lamentable constante real y cotidiana. Se deben abandonar las posturas timoratas que coadyuvan al descrédito de la justicia. El derecho de defensa em juicio no debe transformarse en un abuso que lo desnaturalice”. (MASCOTRA, 2009, p. 66).

### 3.1.1 Litigância de má-fé

Formulada originariamente pelo CPC/1939, que vigorou até 31/12/1973, a penalidade da litigância de má-fé permanece a configurar um modelo de elemento punitivo em nosso ora

<sup>74</sup> Verbete 165, das súmulas do TJ-RJ: “A pena de litigância de má-fé pode ser decretada, de ofício, nas decisões monocráticas proferidas com base no art. 557, *caput*, do CPC”.

<sup>75</sup> BRASIL. STJ. AgRg no Ag 1.108.558/SC, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Julgamento: 18/11/2010.

vigorante sistema de reprimenda às posturas processuais ímprobas (STOCO, 2002, p. 82), que nada contribuem para o plano colaborativo que se desenvolve <sup>76</sup>.

O CPC/1973 somente fez em ampliar a disciplina, por vezes com áreas de superposição entre deveres e responsabilidades dos litigantes (art. 14, CPC c/c art. 17, CPC), além de trazer outras punições esparsas, tais como àquela relativa aos embargos de declaração protelatórios (art. 538, parágrafo único, CPC).

Ao litigante de má-fé – conceito que inclui com igual ânimo o Estado ou o Ministério Público quando parte em Juízo –, é imputado o dever legal de indenizar à parte prejudicada em perdas e danos (art. 16, CPC), independente do resultado final da demanda, se perdedor ou vencedor <sup>77</sup>.

Em verdade, o conteúdo da indenização compreende os prejuízos provados da parte, os honorários advocatícios e as despesas efetuadas pelo lesado, sem contar a imposição de multa não excedente a 1% sobre o valor da causa (art. 18, CPC) <sup>78</sup>. É revertida à parte prejudicada (art. 35, CPC), que poderá promover a execução de valores nos próprios autos, por expropriação ou compensação (art. 739-B, CPC), após liquidação por arbitramento, se necessária (art. 18, parágrafo 2º, CPC c/c art. 475-D, CPC).

*Muitos dos casos de litigância de má-fé ora positivados retratam típicos casos de abuso processual*, em demonstração da intenção legislativa em fazer parar as ocorrências mais freqüentes de excesso, tornando-as ilícitas. A provocação de “incidentes manifestamente infundados” (art. 17, inciso VI, CPC) ou a interposição de “recurso com intuito manifestamente protelatório” (art. 17, inciso VII, CPC), ora tomados como exemplos iniciais, não constituem ato ilícito *in natura*, mas pormenorização legislativa de um comportamento anormal, com a chancela de ilicitude.

Percorrendo as hipóteses legais, a litigância de má-fé pode ser caracterizada pela dedução de “pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso” (art. 17, inciso I, CPC), em qualquer peça processual, inclusive recursal. Demonstra-se a tentativa do litigante de atraiçoar a tutela jurisdicional, com escuso objetivo de obter vantagens a que não faz jus, especialmente protelar o feito, quando posto em desordem raciocínios então precisos.

<sup>76</sup> Em demonstração da real conexão entre lealdade e colaboração, a legislação processual codificada portuguesa chega a imputar genericamente a noção de má-fé a quem “tiver praticado omissão grave do dever de cooperação” (Art. 456, nº 2). Disponível em: < <http://www.stj.pt/nsrepo/geral/cptlp/Portugal/CodigoProcessoCivil.pdf> >. Acesso em: 15 junho 2011.

<sup>77</sup> “Essa reparação, que decorre de ilícito processual, será devida, qualquer que seja o resultado da causa, ainda mesmo que o litigante de má-fé consiga, ao final, sentença favorável”. (THEODORO JR., 2007a, p. 98).

<sup>78</sup> “Trata-se de valor extremamente baixo e que acaba tendo apenas um valor simbólico, sem alcançar efetivamente o seu objeto punitivo” (PINHO, 2007, p. 215). Nessa rota, o NCPC busca majorar o caráter sancionador, de modo a municiar o juiz: “Art. 84. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa que **não deverá ser inferior a dois por cento**, nem superior a dez por cento, do **valor corrigido da causa** e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, além de honorários advocatícios e de todas as despesas que efetuou”. (grifo nosso).

Já se decidiu que pratica ato impróprio, assim, a parte que agrava de decisão que antecipa os efeitos da tutela de mérito, sustentando tese que é desmentida cabalmente pelos documentos pela própria juntados ao instruir o seu recurso <sup>79</sup>; ou aquela que interpõe embargos infringentes aduzindo divergência que não guarda similitude com o ponto reformado pelo acórdão vencedor, na tentativa de reabrir discussão quanto ao resultado do julgamento que não se prestigiou na segunda instância <sup>80</sup>.

Por sua vez, valer-se do instrumento para lograr “objetivo ilegal” é atitude claramente demonstrativa de má-fé (art. 17, inciso III, CPC). “Incluem-se nesta previsão as demandas de separação judicial destinadas a frustrar credores mediante a subtração dos bens de um dos cônjuges à responsabilidade patrimonial (art. 591) ou a afastar inelegibilidade” (DINAMARCO, 2004b, p. 262). Num diverso exemplo da jurisprudência, deverá ser imputada sanção àquele que, maldosamente, ajuíze demanda idêntica após o trânsito em julgado, no ensaio de quebrar a imutabilidade atribuída à situação pretérita – legado da segurança jurídica e remédio contra a eternização dos conflitos <sup>81</sup>.

A oposição de “resistência injustificada ao andamento do processo” (art. 17, inciso IV, CPC) é uma das estipulações mais genéricas de má-fé; valendo o mesmo para quem “proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo” (art. 17, inciso V, CPC). Nesse trecho, pode se fazer menção à hipótese em que a parte, não sabendo os dados das testemunhas que pretende ouvir, ou mesmo se alguma merece ser ouvida, apresenta rol com nomes e endereços fictícios, visando evitar a preclusão, para posteriormente buscar a substituição da testemunha (art. 408, inciso III, CPC).

O estudo também abarca a legislação esparsa: a parte que se utilizar do sistema de transmissão de dados e imagens por fac-símile para a prática de atos processuais, e juntar, depois, original não fidedigno, será litigante de má-fé (art. 4, parágrafo único, lei nº 9.800/1999); o ajuizamento temerário de demanda judicial nos Juizados Especiais Cíveis, na busca de ressarcimento por dano moral completamente destituído de fundamento – valendo-se o autor do custo zero para ajuizar e da ausência de sucumbência –, será punido, igualmente,

---

<sup>79</sup> BRASIL. TJ-RJ. Agravo de Instrumento 0014380-77.2010.8.19.0000, 16ª Câmara Cível, rel. Des. Miguel Angelo Barros. Julgamento: 05/04/2010.

<sup>80</sup> BRASIL. TJ-RJ. Embargos Infringentes 0096220-48.2006.8.19.0001, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Pedro Freire Raguenet. Julgamento: 20/10/2010.

<sup>81</sup> “Processual civil. Identidade de demandas. Coisa julgada. Litigância de má-fé. I - Tem-se como caracterizada a renovação de demanda definitivamente julgada, que buscou a compensação de títulos sem cotação em bolsa com créditos tributários da Fazenda Pública, quando as apólices oferecidas nas duas ações têm o mesmo fundamento e data de emissão, contando apenas com numeração diferente. II - Recurso especial improvido”. BRASIL. STJ. REsp 602.608/RS, rel. Min. Francisco Falcão, Julgamento: 04/05/2004.

pela imposição de ônus sucumbenciais pela reconhecida litigância de má-fé (art. 55, lei nº 9.099/1995).

Como se nota, as hipóteses de litigância de má-fé têm uma relação de interseção, com áreas de sobreposição, de modo a coibir e punir todas as situações de dolo, colusão ou utilização de expedientes lesivos à atividade jurisdicional.

### 3.1.2 Atos atentatórios à dignidade da justiça

Em reforço da administração disciplinar do processo, procurou o legislador munir o juiz de poderes para evitar ou reprimir os atos de desobediência, desprezo e obstrução de quem quer que dele participe <sup>82</sup>, chamando o feito à ordem (art. 125, inciso III, CPC c/c art. 599, inciso II, CPC).

A origem desta doutrina é extraída da *contempt of court*, instituto do sistema da *common law*, onde restam punidos os atos desrespeitosos dos litigantes para com o órgão jurisdicional, no descumprimento de ordem direta com caráter mandamental, ou, na prática de ato, cuja abstenção tenha sido determinada de forma inibitória.

Em adendo, vale salientar que na metodologia estadunidense, há duas modalidades de atentado à Corte, civil e criminal, com possibilidade de imposição de multa e prisão, ou mesmo as duas medidas. A distinção entre o *contempt civil* e o *contempt criminal* é encontrada no objetivo a ser alcançado com a referida medida, sendo que o primeiro guarda utilidade para *compelir* a parte a atuar em conformidade com a ordem judicial; e, o segundo, num plano diverso, para *punir* a desobediência de ordem judicial, em reivindicação da autoridade do Poder Judiciário (FRIEDENTHAL; KANE; MILLER, 2005, p. 752/753).

“Civil contempt. The failure to obey a court order that was issued for another party’s benefit. A civil-contempt proceeding is coercive or remedial in nature. The usual sanction is to confine the contemnor until he or she complies with the court order. The act (or failure to act) complained of must be within the defendant’s power to perform, and the contempt order must state how the contempt may be purged. Imprisonment for civil contempt is indefinite and for a term that lasts until the defendant complies with the decree”.

---

<sup>82</sup> “[...] 2 - Os deveres contidos no art. 14 do CPC são extensivos a quem quer que cometa o atentado ao exercício da jurisdição. Por esse motivo, a multa por desacato à atividade jurisdicional prevista pelo parágrafo único deste artigo é aplicável não somente às partes e testemunhas, mas também aos peritos e especialistas que, por qualquer motivo, deixam de apresentar nos autos parecer ou avaliação. Na hipótese julgada, a empresa que estava incumbida da entrega do laudo desempenhava função de perito. [...]”. BRASIL. STJ. REsp 1.013.777/ES, rel. Min. Nancy Andrighi, Julgamento: 13/04/2010.

“Criminal contempt. An act that obstructs justice or attacks the integrity of the court. A criminal-contempt proceeding is punitive in nature. The purpose of criminal-contempt proceedings is to punish repeated or aggravated failure to comply with a court order. All the protections of criminal law and procedure apply, and the commitment must be for a definitive period. – also termed common-law contempt”.<sup>83</sup>

Daquilo que é posto no ordenamento jurídico brasileiro, nada mais se cogita do que um tronco comum à vedação de litigância de má-fé, como é facilmente perceptível pela exigência ética do inciso V, do art. 14, CPC, introduzido pela lei 10.358/2001, ao imputar, numa *previsão genérica* da disciplina estudada, o dever de “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final” (texto praticamente repetido no art. 80, inciso V, NCPC).

[...] O art. 14, V, parágrafo único, do CPC apenas especificou o dever genérico de obediência às ordens e decisões judiciais que já existia no ordenamento jurídico, estabelecendo ainda sanção específica para a hipótese de descumprimento. Seus preceitos evidenciam a censura ao chamado *Contempt of Court*, também presente no código de processo civil alemão (*Missachtung des Gerichts*). [...]”.<sup>84</sup>

Numa visão específica, os atos atentatórios à dignidade da justiça foram especialmente retratados como preceitos oponíveis ao executado (art. 600/601, CPC, com similar previsão no art. 733, NCPC), em cumulação às regras do art. 16/18, CPC (MILMAN, 2007, p. 191), em técnica profícua de resgate do prestígio do Poder Judiciário na fase satisfativa.

Projeta-se impedir a alienação fraudulenta de bens a prejudicar o credor (art. 600, inciso I, CPC c/c art. 593, CPC) e a oposição maliciosa à execução, com emprego de ardis e meios artificiosos (art. 600, inciso II, CPC). No mesmo rol, está estabelecida a imposição genérica de que o executado não resista injustamente às ordens judiciais (art. 600, inciso III, CPC), consoante o descabimento de recurso com efeito suspensivo, ou sua não obtenção pelos meios legais.

Sobra a última hipótese descrita pela legislação, que retrata uma “omissão” atentatória à dignidade da justiça, na falta de indicação pelo executado dos bens – quais são, seu valor e onde se encontram, suficientes<sup>85</sup> para a satisfação do crédito – sujeitos à execução (art. 600, inciso IV, CPC, incluído pela lei nº 11.382/2006).

O escopo é prestigiar a efetividade do processo e o respeito à autoridade do julgador através da imposição de um *dever cooperativo ao executado de informação patrimonial* (arts.

<sup>83</sup> GARNER, Brian A. *Black's Law Dictionary*, Abridged Ninth Edition, West 2010 Thompson Reuters, St. Paul.

<sup>84</sup> BRASIL. STJ. REsp 1.013.777/ES, rel. Min. Nancy Andrighi, Julgamento: 13/04/2010.

<sup>85</sup> “Em respeito ao princípio da menor onerosidade, não precisa o executado indicar todos os seus bens, devendo apenas indicar bens suficientes para a satisfação do crédito”. (DIDIER; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 321).

652, parágrafo 3º, CPC). O devedor deverá ser punido quando se manifestar no sentido de que não tem bens, os tendo; e, igualmente, quando ficar silente, em atitude não colaborativa.

“A nova redação do inc. IV do art. 600, ao tipificar como ato atentatório à dignidade da Justiça a omissão do executado que, intimado para tanto, não indica ao juiz os bens penhoráveis, deve ser vista, sob este prisma, como parte do esforço realizado pelo legislador no sentido de sedimentar o dever de cooperação processual”. (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2007, p. 70).

Sem óbice, conforme a legislação codificada, para o emprego *ex officio* desta ferramenta pelo magistrado, ainda que no limiar da demanda executiva. No entanto, sua aplicação geralmente ocorre após o exaurimento das tentativas, pelo credor, de localização do patrimônio penhorável do devedor, afinal a preferência de escolha cabe ao primeiro (arts. 475-J, parágrafo 3º; 652, parágrafo 2º; CPC).

De um modo geral, a imposição da penalidade pela ocorrência de ato atentatório à dignidade da justiça exige a prévia intimação do executado, para que passe a compactuar com a licitude, incluindo expressa advertência sobre as conseqüências negativas que poderão sobrevir (dever de esclarecimento).

Mais razoável é imputar ao executado a comprovação de que não praticou um ato ou omissão, que atentem contra à dignidade da Justiça. Não é outro o raciocínio legal, ao impor ao executado a exibição de prova de propriedade ou certidão negativa de ônus, quando investigada a existência de seu patrimônio (art. 656, parágrafo 1º; CPC)

“Os comportamentos descritos no art. 600 do CPC extravasam o princípio da boa-fé objetiva, devendo ensejar a punição firme e segura, salvo se o executado, assumindo o seu ônus de provar, demonstre que seu comportamento não foi malicioso. Só assim o direito processual civil estará em consonância com os princípios éticos que regem o direito fundamental ao processo justo, sintetizado no art. 5º., XXXV, da CF; afinal, de nada adiantaria promover o acesso à justiça se não fossem assegurados aos litigantes mecanismos capazes de coibir, com eficiência, a má-fé responsável pela morosidade e inefetividade da prestação jurisdicional”. (CAMBI, 2007, p. 732/756).

Recomenda-se, ainda, em prol da efetividade, que as disposições legais quanto ao instituto examinado, em sentido genérico (art. 14, parágrafo único, CPC) e específico (art. 600, CPC), sejam aplicadas cumulativamente <sup>86</sup>, até porque distinta a sua natureza e os beneficiários do seu valor (DIDIER; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 326). Cabe pontuar que o primeiro dispositivo abarca qualquer participante do processo, sendo o

<sup>86</sup> Ratifica o exposto a interpretação literal do art. 656, parágrafo 1º, CPC: “É dever do executado (Art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exibir 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 (art. 14, parágrafo único)”. (grifo nosso).

quantitativo da punição reversível ao Estado, em constituição de renda pública; o segundo, diferentemente, é destinado tão-somente à parte executada, sendo revertido o valor da multa ao exequente, que poderá exigí-la na própria execução, por simples requerimento nos autos (art. 601, *in fine*, CPC).

Ao revés, quanto à multa do art. 18, CPC, aparenta-se como melhor raciocínio a negativa da possibilidade de cumulação com aquela prevista no art. 601, CPC, pois, estas, têm natureza similar e mesmo beneficiário, sendo uma indicada para o processo/fase de conhecimento e a outra para o processo/fase de execução.

### 3.1.3 Abuso do processo

Prestigiar o uso adequado pelo agente de suas liberdades processuais, com finalidade normal à prática do ato, deve constituir uma das premissas de qualquer sistema jurídico que preconize a *colaboração* como pilar, em natural seguimento das outras garantias do instrumento. “Bem pensadas as coisas, as garantias para um processo devido (juiz natural, contraditório, proibição de provas ilícitas etc.), já consagradas historicamente, são rigorosamente garantias contra abuso de direitos/poderes processuais”. (DIDIER JR., 2010, p. 89).

Sem sombra de dúvida, merece pronto tolhimento a má utilização pelo sujeito de direito das faculdades que lhe foram outorgadas pela legislação, com um escopo estranho ao processo. Ao extrapolar os limites originados pela coexistência social de direitos, tal conduta ganha a clara pecha de abusividade e, conseqüente, ilegitimidade, ao comprometer os objetivos da jurisdição.

O ato abusivo pressupõe, fundamentalmente, a existência de um direito subjetivo do agente, sendo, pois, revestido de aparente legalidade. É inconfundível, portanto, com o ato ilícito, ocorrente na violação frontal da lei. Como fonte de responsabilidade, porém, ambos merecerão sanção, já que reprováveis: possuem identidade quanto ao fim ilegítimo visado, que se quer coibir.

“O abuso de direito no processo, que não é vetado nem sancionado por norma expressa, constitui uma sobrecapa do sistema ético processual, sendo ilícitas as condutas consistentes em usar de modo abusivo dos meios de defesa oferecidos pela lei, posto que em si mesmos legítimos”. (DINAMARCO, 2004a, p. 261).

O *desvio de finalidade* é o principal critério indicador da ocorrência de “abuso”, e não do simples “uso”, das ferramentas processuais, dentro das funções que lhes são próprias. Muito embora, “a ‘impropriedade’ ou o desvio refira-se à finalidade escolhida, é dos meios ou instrumentos processuais que se abusa” (ABDO, 2007, p. 91). É utilizar o processo para ganhar tempo ou desviar a atenção do juízo, como por exemplo, na dispersão dos meios de prova.

Para responsabilizar os atos anormais praticados no instrumento, quando não tipificados, negando-lhes imunidade, socorre-se da teoria civil sobre o abuso de direito, abraçando seus princípios no estudo do direito processual – um ramo autônomo, mas não isolado.

Na esfera privada foi utilizada com acerto a técnica das cláusulas abertas de modo a deixar a norma com a fluidez necessária para se adequar as vicissitudes sociais, em abrangente exegese. É o que se vê na disposição do art. 187, CC/2002: “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 reconhecimento da ocorrência de abuso processual independe de norma genérica instrumental explícita com esta disciplina, diante da amplitude de situações tais já tipificadas como ilícitas – especialmente a retratar o desvio de finalidade positivado é a utilização do processo para conseguir objetivo ilegal (art. 17, inciso III, CPC) –, e até porque infundáveis as possibilidades desta irregularidade. Se a abusividade desvia o direito, operando adiante dos limites deste, sua ocorrência naturalmente prescindirá de enquadramento normativo, mormente taxativo.

É na conduta das partes que se encontra o terreno mais fértil para a verificação do abuso processual, cuja ocorrência pode se verificar já na etapa postulatória, no ajuizamento de demandas temerárias ou despidas de qualquer fundamento, apurado o desvio de finalidade – naquilo que foi exposto, não bastará a decisão final pela carência de ação ou pela improcedência do pleito para imputar um traço de abusividade à demanda.

“El litigante que a sabiendas conoce que carece de derecho que fundamente su pretensión, excepción o defensa, e insiste en ella y utiliza el proceso para la consecución de su interés por tal ilegítimo, incurre en abuso del proceso”. (MASCOTRA, 2009, p. 58).

Nesse contexto, traz-se a luz a mobilização jurisdicional como móbil para vingança e intimidação particular <sup>87</sup>, ocasionando prejuízos processuais. Com efeito, é impossível reconhecer que a garantia de proteção judiciária (art. 5, inciso XXXV, CF) chegue a ponto de fundamentar sua própria violação, posto que, mesmo no plano dos direitos e garantias fundamentais, não há direitos que sejam absolutos.

“[...] Medida cautelar. Litígio entre vizinhos, em face de execução de sentença que reconheceu existência de servidão de passagem em favor do imóvel de um deles. Obras ornamentais realizadas por este, no curso da servidão, que foram apontadas como tendo mero caráter de provocação à outra parte, em face da anterior vitória judicial. [...] O Tribunal de origem reconheceu que o motivo da propositura da presente medida cautelar foi uma 'conduta revanchista' que representava verdadeiro 'abuso de direito'; nesses termos, **não é causa excludente da condenação por litigância de má-fé a invocação do direito de acesso à justiça, pois não há como reconhecer que a proteção a um direito chegue ao ponto de justificar seu próprio abuso.** [...]” <sup>88</sup> (grifo nosso).

Observe-se que a legislação processual já reconhece a inquietação do ajuizamento temerário de lides, ao prever a conversão em multa do depósito preliminar para ajuizamento de ação rescisória, se esta for julgada inadmissível ou improcedente (art. 488, inciso II, CPC), revertendo a favor do réu (art. 494, CPC), o que prestigia a segurança jurídica advinda da *res iudicata*.

Ainda, fez-se previsão da regra de distribuição por dependência, a partir do instituto da prevenção, para coibir a tentativa de escolha do juízo pelo litigante, através do ajuizamento de várias demandas idênticas (art. 253, inciso III, CPC, acrescentado pela lei nº 11.280/2006), afinal tal manobra ofende claramente o juízo natural (art. 5, inciso LIII, CF) e à paridade de armas (art. 5, inciso LV, CF) no processo civil.

Por sua vez, a legislação do processo coletivo faz previsão de que quando a lide for manifestamente por objetivos escusos, de luta política, ou sensacionalismo, o autor da ação popular verá desmantelada a isenção de sucumbência (art. 5, inciso LXXIII, *in fine*, CF), sendo apenado no décuplo das custas (art. 13, lei nº 4.717/1965). Há regra semelhante nas demandas coletivas consumeristas, quando temerárias (art. 87, parágrafo único, lei nº

<sup>87</sup> Faz-se referência ao episódio em que uma enxurrada de fiéis de determinada Igreja ajuizaram demandas indenizatórias em desfavor de uma jornalista, além do respectivo órgão de imprensa, por conta de reportagem negativa sobre a instituição religiosa, ao demonstrar seu vultoso patrimônio adquirido nas últimas décadas. Registre-se que a matéria classificava como obscuras as atividades da Igreja, sem fazer menção aos seguidores daquela doutrina religiosa. As ações foram propostas simultaneamente e de forma dispersa pelo país, com dizeres no mais das vezes idênticos, invariavelmente no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, decerto pela ausência da barreira das despesas processuais, bem como pela competência territorial mais branda. Como um todo, as demandas restaram fadadas ao insucesso, pela ilegitimidade ativa, com imposição, em algumas, das penas de litigância de má-fé. Isso tudo fez reconhecer que a distribuição massificada e difusa das demandas indenizatórias se deu de forma orquestrada pela instituição religiosa em face do jornal, com intuito intimidatório e desestimulante para eventuais futuras matérias desfavoráveis à Igreja – o que já se denominou “assédio judicial”. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u370903.shtml> >. Acesso em: 13 março 2011.

<sup>88</sup> BRASIL. STJ. REsp 816.453/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, Julgamento: 22/08/2006.

8.078/1990). Demais disso, para prevenir a litispendência injusta e o desperdício da atividade jurisdicional, estimula-se a instauração de inquérito civil pelo Ministério Público, na apuração de elementos de convicção que lhe forneçam suporte para a propositura prudente da ação civil pública (art. 8, lei nº 7.347/1985); se ocorrente abuso, estará de qualquer forma caracterizada a litigância de má-fé (art. 18, lei nº 7.347/1985).

Alerte-se, outra vez, para a problemática do mau uso do direito de ação quando envolvida isenção de custas judiciais, como ocorre nos Juizados Especiais Cíveis (art. 54, lei nº 9.099/1995); ou no particular do litigante necessitado, uma vez merecedor de gratuidade de justiça (art. 5, inciso LXXIV, CF). A doutrina reconhece que o peso financeiro de uma demanda constitui um freio natural para o usuário da justiça paga, inibindo-o de abusar do direito de demandar, o que faltará naturalmente àquele que estiver dele desobrigado (GRECO, 2002, p.8). Por isso mesmo, o rito sumaríssimo não os deixa livres de sancionamento por má-litigância (art. 55, lei nº 9.099/1995)<sup>89</sup>; e a afirmação falsa de pobreza para gozar dos benefícios da assistência judiciária é sujeita à multa (art. 4, parágrafo 1º, lei nº 1.060/1950)

Tomando verificação da perspicácia ética do legislador em momento ulterior do feito, na fase citatória, fez-se previsão da cominação de penalidade ao autor que requerer a citação por éditos, sabidamente presumida, sendo conhecedor do lugar em que se encontra o réu (art. 231, II, CPC c/c art. 233, CPC). Abusa, assim, do direito que lhe permite prosseguir com o processo, mitigando o contraditório, quando impossível localizar o demandado.

Do lado oposto, havendo ciência de que em grande parte dos casos o demandante pretende reverter uma situação que se estabilizou em favor do réu, torna-se fácil concluir que “o autor com razão é prejudicado pelo tempo da justiça na mesma medida em que o réu sem razão é por ela beneficiado” (MARINONI, 2007, p. 191).

Nesse particular, em que o peso do tempo ataca mais arduamente o autor, nota-se a criação de uma conjuntura favorável ao demandado para que tente diminuir a velocidade do processo, abusando do seu direito de defesa – até mesmo para que o autor se sinta obrigado a ceder a um acordo desfavorável que mine as conseqüências do retardo processual. Por isso, a previsão legislativa de tutela antecipada de evidência, reprimindo o abuso de defesa (art. 273, inciso II, CPC).

Ao se reprimir o abuso defensivo do demandado, com desvio de finalidade, sequer se arranha a garantia de ampla defesa (art. 5, inciso LV, CF), ligada à regular utilização dos instrumentos processuais, e não o contrário (ABDO, 2007, p. 197).

---

<sup>89</sup> FONAJE: “Enunciado nº 114. A gratuidade de justiça não abrange o valor devido em condenação por litigância de má-fé”.

Com parâmetro do que seja uma defesa abusiva, são ditadas situações genéricas pela legislação, no enquadramento da litigância de má-fé (art. 17, CPC), seguindo os exemplos práticos da contestação que articule apenas preliminares descompassadas da realidade dos autos; da argüição de incompetência destituída de fundamento válido a encerrar tumulto processual; da repetição de requerimentos antes indeferidos; da invocação de teses bisonhas e inconsistentes; do requerimento sem préstimo de oitiva de testemunha através de carta precatório ou rogatória, apenas para obter a suspensão do processo (art. 338, CPC).

A preocupação é tamanha na esfera executiva que os embargos tidos como protelatórios deverão ser rejeitados de plano (art. 739, inciso III, CPC, com redação determinada pela lei nº 11.382/2006), diante da fragilidade da argumentação – o que, aliás, os sujeita à multa sancionatória no valor não superior a 20% do valor em execução (art. 740, parágrafo único, CPC). Na verdade, o primeiro dispositivo citado traz hipótese assemelhada ao julgamento de improcedência *prima facie* em demandas seriadas (art. 285-A, CPC), porém com contornos mais amplos, pois não exige prévio precedente no juízo e nem mesmo que a questão seja unicamente de direito.

Mais adiante, a interposição de recursos, extensão do direito de ação, também pode demonstra aparente comportamento social inaceitável, quando tiver o fim malicioso de postergar o desfecho do processo – será, aliás, causa de litigância de má-fé (art. 17, inciso VII, CPC). Necessariamente, como se adverte, deverá ser perquirido o desvio de finalidade, sob pena de impossibilidade de reprimenda.

Esse problema do automatismo recursal é bem demonstrado pela interposição ou reiteração (excessiva) de embargos de declaração protelatórios, tendo o legislador se adiantado, prevendo cominação legal para o retardo do desfecho processual (art. 538, parágrafo único, CPC)<sup>90</sup>. É o reconhecimento de que o exercício arbitrário deste remédio recursal – quando não é apontada nenhuma omissão ou vício no julgamento anterior; ou se o recorrente renova os aclaratórios sem causa jurídica ou fundamentação adequada –, potencializado pela ausência de preparo (art. 536, *in fine*, CPC) e pelos efeitos interruptivos gerados (art. 538, *caput*, CPC), denota deslealdade processual, pela vislumbrada má-fé subjetiva<sup>91</sup>.

<sup>90</sup> Registre-se que o NCPC aumenta o percentual da multa: “Art. 980. [...] Parágrafo 3º. Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a **cinco por cento** sobre o valor da causa”. (grifo nosso).

<sup>91</sup> A jurisprudência segue atenta ao problema, mensurando hipóteses em que sanção se mostra conveniente: Verbete 170, das súmulas do TJ-RJ: “Configura intuito protelatório a reedição, nos embargos de declaração, das teses aduzidas ao longo do processo que constituam objeto de outro recurso, sem caracterizar ponto de omissão, obscuridade ou contradição da decisão embargada”. Verbete 173, das súmulas do TJ-RJ: “São protelatórios os embargos de declaração sem a prévia discussão das partes sobre a questão Federal ou Constitucional omitida na decisão embargada, salvo se contida no aresto impugnado ou

“[...] 1. Não há como acolher a irresignação, uma vez que o embargante não logra comprovar a existência de quaisquer dos vícios mencionados no art. 535 do CPC, restando evidente seu intuito meramente protelatório. 2. Frente a esse quadro, impõe-se a majoração da multa para 10% sobre o valor da causa corrigido, condicionando-se a interposição de qualquer outro recurso ao depósito da respectiva quantia, nos termos do previsto na segunda parte do parágrafo único do art. 538 do CPC [...]”.<sup>92</sup>

Há investida constante de oposição ao estorvo da interposição abusiva de recursos contra a jurisprudência firmada de forma consistente<sup>93</sup>. A atitude que se quer fazer cessar é vista, principalmente, na atuação de litigantes contumazes, como a Fazenda Pública, utilizando-se na maioria das vezes de petições padronizadas, ao se contrapor com os particulares<sup>94</sup>.

“[...] 1. O Poder Público no Brasil padece dessa deplorável cultura do recurso pelo recurso, agindo em linha de montagem, recorrendo automaticamente, mesmo sabendo que não tem direito, contra todas as decisões judiciais favoráveis aos cidadãos. E assim, procrastinando, vai retardando a eficácia da prestação da justiça, primeiro dever do Estado para com os seus cidadãos”.<sup>95</sup>

É relevante notar que o prestígio aos precedentes, mesmo persuasivos, traz grande reflexo na atuação das partes, diminuindo o quantitativo de recursos, ao inspirar uma duvidosa conveniência na adoção de uma política recursal irrestrita, em fazer uso de eventual recurso com probabilidade de êxito bem reduzida, pois contrário à decisão judicial escorada em jurisprudência consolidada.

Inclusive, esse foi um dos escopos da outorga de um maior poder aos julgadores para aplicação da orientação firmada pelas Cortes hierarquicamente superiores, quando do julgamento de causas na segunda instância, inclusive de forma monocrática (arts. 557, *caput* e parágrafo 1º-A; 120, parágrafo único; CPC)<sup>96</sup>; ou, até mesmo, na primeira instância (arts. 285-A; 475, parágrafo 3º; 518, parágrafo 1º; CPC).

Vale dizer que da decisão monocrática proferida no âmbito dos tribunais, permite-se a interposição de agravo interno para submeter à questão ao colegiado competente (art. 557,

---

configurar matéria de ordem pública”. Verbete 238, das súmulas do TJ-RJ: “Consideram-se protelatórios embargos de declaração opostos sem o recolhimento da multa prevista no art. 557, parágrafo 2º”.

<sup>92</sup> BRASIL. STJ. **EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag** 560.063/MG, rel. Min. Paulo Gallotti, Julgamento: 06/11/2008. (grifo nosso em demonstração da excessiva utilização do aparato recursal).

<sup>93</sup> Verbete 167, das súmulas do TJ-RJ: “Tem natureza protelatória a reiteração de recursos, sem novos fundamentos, contra decisão baseada em jurisprudência pacificada”.

<sup>94</sup> Contra tal mentalidade, já se advertiu que “a vitória do cidadão não representa a derrota do Estado, pois o Estado é vitorioso quando o Direito prevalece e não quando o cidadão perde” (GRECO, 2005, p. 593).

<sup>95</sup> BRASIL. STJ. REsp 28.310/SP, rel. Min. Edson Vidigal, Julgamento: 31/03/1993.

<sup>96</sup> “[...] O poder conferido ao relator, pela novel sistemática do CPC, visa desestimular o abuso do direito de recorrer, mercê de autorizar o relator a evitar que se submeta ao ritualismo do julgamento colegiado causas manifestamente insustentáveis. [...]”. BRASIL. STJ. AgRg no AgRg no REsp 1.038.446/RJ, rel. Min. Luiz Fux, Julgamento: 20/05/2010.

parágrafo 1º, CPC). Apressou-se o legislador a prever a imposição de multa quando evidenciado abuso do poder de recorrer (art. 557, parágrafo 2º, CPC), em mais uma faceta da orientação que se defende.

“[...] Ao presente agravo, que não traz argumentos consistentes para ditar eventual releitura da orientação assentada pela Corte, não sobra, pois, senão caráter só abusivo. Há aqui, além da violação específica à norma proibitiva inserta no art. 557, parágrafo 2º do CPC, desatenção séria e danosa ao dever de lealdade processual – arts. 14, II e III, e 17, VII –, até porque recursos como este roubam à Corte, já notoriamente carregada, tempo precioso para cuidar de assuntos graves. 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. [...]”<sup>97</sup>

A comissão reformadora da legislação codificada considera o problema exposto e busca retrair o ímpeto recursal, inclusive, pela vivaz diminuição do rol de recursos cabíveis: exclui-se o cabimento das espécies recursais do agravo retido, com a extinção da preclusão no primeiro grau de jurisdição<sup>98</sup>, e dos embargos infringentes (art. 948, NCPC).

#### 3.1.4 Improbidade processual na advocacia

O mal atuar técnico do advogado, nas alegações impertinentes ou utilização abusiva dos instrumentos legais, constitui causa óbvia de prejuízo processual, no retardo ao desfecho do pleito.

Isso ocorre, exemplificativamente, quando o profissional incentive indignamente a litigância (art. 2, parágrafo único, inciso VII, Código de Ética e Disciplina da OAB); proponha recurso contra matéria já sabidamente preclusa; deturpe o “teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa (art. 34, inciso XIV, lei nº 8.906/1994); ou substabeleça “os poderes *ad judicium* em um outro profissional, em relação ao qual o juiz da causa se considera impedido ou suspeito, com o objetivo de provocar-lhe o afastamento” (DINAMARCO, 2004b, p. 263).

O problema pode ter causa na parcialidade do advogado, pois atuante em defesa de um dos pólos do contencioso, e, em seguida, pelos riscos da deletéria influência do dinheiro,

<sup>97</sup> BRASIL. STF – AgRg-AI 512.339-7/MG, rel. Min Cezar Peluso, Julgamento: 27/03/08.

<sup>98</sup> NCPC: “Art. 963. [...] Parágrafo único. As questões resolvidas na fase cognitiva, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não ficam cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”.

mormente numa sociedade capitalista, numa possível sedução deste a transbordar os limites da licitude, travestindo a verdade e abusando do direito – quando atuante sem reflexão, ou mesmo no fim deliberado de obter ganho e prestígio. Passa a lhe interessar, neste propósito longe da ética, apenas a vitória e não a justiça.

“A luta entre os advogados e a verdade é tão antiga como a disputa entre o Diabo e a água benta [...] os advogados procuram a verdade de perfil, esforçando o olhar, e apenas o juiz, que está no meio do quadro, vê pacatamente de frente”. (CALAMANDREI, 1960, p. 95/96).

Cabe considerar que é dedutível a necessidade e dependência do recebimento de honorários advocatícios para sobrevivência do advogado, principalmente aqueles fixados por arbitramento e na definição de sucumbência, cujo caráter alimentar ora se reconhece<sup>99</sup>. De um modo geral, os profissionais liberais não recebem vencimentos, mas honorários, e a finalidade destes não é outra senão prover a subsistência própria e de suas respectivas famílias.

Coerentemente, o recebimento da verba honorária está atrelado ao sucesso profissional, na obtenção de resultados positivos, como espera a clientela, presente e ainda por vir; bem como seu patrão, no caso do advogado-empregado. Por conseguinte, mais uma motivo se ergue para que o advogado trabalhe e trabalhe para visualizar possibilidades de convencer o julgador a prolatar decisões favoráveis e evitar decisões desfavoráveis.

Esta última observação reforça o perigo, ou o prenúncio dele, de ocorrência de abuso processual pelo advogado, caso não haja o espírito de resguardar o primado da justiça. Acreditamos que isto é um dos fatores justificantes das várias disposições legais a exigir ética do advogado (art. 31/34, lei nº 8.906/1994)<sup>100</sup>, sobretudo através de um código representativo de imperativos de sua conduta (Código de Ética e Disciplina da OAB).

Em ressalva, cabe acrescentar que o advogado atua com independência profissional (art. 2, parágrafo único, inciso II, Código de Ética e Disciplina da OAB), tendo exatamente a função de engrandecer o debate jurídico, criando teses inovadoras, merecedoras de contrapontos da parte adversa e da síntese do julgador, o que alarga o processo hermenêutico e enriquece a jurisprudência (art. 2, parágrafo 2º, lei nº 8.906/1994). Nesse sentido, não se pode pretender inferir pelo cerceamento do direito do advogado de tentar convencer, sob pena de retirada do propósito fundamental de sua atividade.

<sup>99</sup> A Corte Suprema, ao interpretar os arts. 22 e 23 da lei nº 8.906/1994, asseverou que os honorários advocatícios incluídos na condenação pertencem ao advogado, consubstanciando prestação alimentícia. BRASIL. STF. RE 470.407/DF, rel. Min. Marco Aurélio, Julgamento: 09/05/2006.

<sup>100</sup> NCPC: Art. 80. São deveres das partes, **de seus procuradores**, e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...]”. (grifo nosso, em demarcação da inclusão textual do advogado como destinatário da norma jurídica).

Visto que esse problema merece verificação casuística, passa-se a analisar a simbiose entre a atuação das partes e de seus advogados, nas alegações e postulações em juízo, para mensurar as suas responsabilidades, de representante e representado. De fato, um dos pontos nevrálgicos da atuação ética do advogado é justamente a relação de transparência mantida com seu cliente.

Deixe-se claro que o constituído somente tem ciência dos detalhes trazidos pelo constituinte, porventura distanciados do acontecimento dos fatos. Não se nega, assim, que a interpretação jurídica do patrono poderá restar viciada, na omissão de algo que não lhe foi contado, ou na afirmação desvirtuada da realidade, segundo a particular versão do litígio contada pelo seu cliente – isentando-o, portanto, de qualquer responsabilidade.

Por outro lado, apesar de ser claro que toma para si uma obrigação de meio <sup>101</sup>, imputa-se ao advogado o dever de manter seu cliente devidamente informado quanto aos rumos (*rectius*: estratégias), e riscos, a serem tomados no processo (art. 8, Código de Ética e Disciplina da OAB).

“Problemas surgem quando o ato abusivo é praticado pelo advogado, em nome de seu constituinte, sem, contudo, a ciência e aprovação deste. Isso ocorre, especialmente, porque o advogado conta com autonomia funcional e técnica, de sorte que o cliente não pode invalidar os atos praticados pelo seu procurador, sob a alegação de haver-lhe dado instruções diversas”. (ABDO, 2007, p. 176).

A parte responde pelas condutas desleais praticadas pelo advogado constituído que tenham causado danos à parte contrária, não lhe sendo útil sustentar que o profissional contrariou suas instruções (art. 679, CC). Esclareça-se que está expressamente ressalvada contra o advogado a imposição genérica de penalidade por atos atentatórios à dignidade da justiça (art. 14, parágrafo único, CPC), ainda que este tenha sido o causador da ato mercedor de reprimenda.

Não sendo sujeito da relação jurídica processual, o mandatário resta responsável pelos danos ocorridos no processo tão-somente perante sua entidade de classe, no campo disciplinar previsto no Estatuto da OAB (arts. 32 e 70/73, lei nº 8.906/1994) – com submissão equivalente aos advogados que atuem na condição de servidores públicos, respectivamente

<sup>101</sup> “A fraqueza – ou beleza – do direito está na multiplicidade de interpretações possíveis sobre o mesmo tema. O advogado não pode garantir ao seu cliente o seu direito será reconhecido e, se o for, na plenitude pretendida”. (NALINI, 2011, p. 399).

<sup>102</sup> “[...] Impugnação ao parágrafo único do artigo 14 do CPC, na parte em que ressalva ‘os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB’ da imposição de multa por obstrução à Justiça. Discriminação em relação aos advogados vinculados a entes estatais, que estão submetidos a regime estatutário próprio da entidade. Violação ao princípio da isonomia e ao da inviolabilidade no exercício da profissão. Interpretação adequada, para afastar o injustificado discrimen. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para, sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único

“[...] 1. A pena por litigância de má-fé deve ser aplicada à parte, e não ao seu advogado, nos termos dos arts. 14 e 16 do CPC. 2. O advogado não pode ser penalizado nos autos em que supostamente atua como litigante de má-fé, ainda que incorra em falta profissional. Eventual conduta desleal do advogado deve ser apurada em processo autônomo, nos termos do art. 32 do Estatuto da Advocacia (Lei 8906/94). 3. Precedentes. [...]”.<sup>103</sup>

De fato, a punição advinda do Poder Judiciário importaria num controle funcional da advocacia por via oblíqua, tornando o advogado, de certa forma, submisso ao Poder Judiciário, o que contraria os direitos que lhe são atribuídos pela legislação especial (art. 6, lei nº 8.906/1994). Assim, no máximo, caberia ao magistrado expedir ofício à OAB, para averiguação da viabilidade de punição ao advogado; além de condenar a parte pela litigância de má-fé. Esta última, aliás, poderá acionar em regresso o seu advogado, provando o defeito na prestação de serviços (art. 32, parágrafo único, *in fine*, lei nº 8.906/1994 c/c art. 14, parágrafo 4º, CDC)<sup>104</sup>.

Não se nega, contudo, que esse parcial vácuo quanto à responsabilização do advogado por dano processual ocasionado por sua conduta desidiosa, acaba por servir como fator de encadeamento da litigância temerária – talvez pela falta de receio de uma verdadeira punição disciplinar imputada pela corporação da qual faz parte.

Na proposição do NCPC, depois de idas e vindas no texto legal, manteve-se a ressalva quanto à responsabilidade dos advogados<sup>105</sup>. Melhor se aparenta, *de lege ferenda*, torná-los sujeitos às sanções morais de um modo geral, potencializando-se as responsabilidades em juízo.

---

do artigo 14 do CPC conforme a CF e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos”. BRASIL. STF. ADI 2.652/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, Julgamento: 08/05/2003.

<sup>103</sup> BRASIL. STJ. REsp 1.247.820/AL, rel. Min. Humberto Martins, Julgamento: 28/06/2011.

<sup>104</sup> Em adendo à responsabilização em demanda autônoma do advogado perante a parte, pode-se fazer menção à teoria da “perda da chance/opportunidade”, que foi desenvolvida para aquelas situações em que a prática de um ato ilícito retira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, seja no sentido de alcançar determinado resultado, ou para evitar determinado prejuízo. Embora não seja tarefa fácil antever um vínculo claro entre a eventual negligência do advogado e a diminuição patrimonial do cliente, vem-se responsabilizando o advogado pela perda de prazo ou por deixar de deduzir a demanda judicial no prazo legal. “[...] A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato. Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de ‘uma simples esperança subjetiva’, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance. [...]”. BRASIL. STJ. REsp 1.079.185/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, Julgamento: 11/11/2008. Como se vê, a eventual indenização não deve ser calculada sobre o valor do benefício esperado, mas levando em consideração a chance em si que fora desperdiçada, para estimar quantia compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita e a gravidade do dano por ela produzido.

<sup>105</sup> NCPC: “Art. 80. [...] Parágrafo 5º. Aos advogados públicos ou privados, aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 1º a 4º, devendo sua responsabilização ser apurada pelos órgãos de classe respectivos, aos quais o juiz oficiará”.

### 3.1.5 Improbidade processual na atividade jurisdicional

Está fora de análise, neste tópico, o mero erro de julgamento ou equívoco na condução do procedimento, naturalmente não sujeitos à penalidade, sob pena de aniquilamento da independência funcional da magistratura. Em verdade, debruça-se sobre o *desvio de finalidade* na atividade judicante, que, à luz do que foi estudado, é mais convenientemente tratado pela figura do abuso de poder, ou da prática de uma arbitrariedade (ABDO, 2007, p. 185).

De fato, o julgador também está sujeito a cometer ilegalidades e/ou abusos no exercício funcional, quando mal utilize de seus poderes-deveres judiciários, mediante ação ou omissão.

Bem se demonstra o ânimo da normatividade em repelir a atuação desidiosa do magistrado, como na ocasião em que não respeite os prazos fixados (art. 198, CPC). Nesse tema, aliás, pode se encontrar interessante previsão legislativa, de quase meio século atrás, em estímulo à produtividade do julgador: na ação popular, caso a sentença não seja proferida no prazo de 15 dias do recebimento dos autos, após a audiência de instrução e julgamento, estará o magistrado privado por 2 anos da inclusão em lista de merecimento para promoção na carreira, com prejuízo, também, de perda de tantos dias quantos forem os do retardamento, quanto ao critério da antiguidade (art. 7, parágrafo único, lei nº 4.717/1965).

Idêntico sentido é retirado da LOMAN, de 1979, no capítulo ligado às penalidades disciplinares: havendo reiterada negligência no cumprimento dos deveres do cargo pelo magistrado de primeira instância, este não poderá figurar na lista promocional de carreira (art. 44, parágrafo único).

O agir sem retidão pode até mesmo sujeitá-lo à responsabilidade por perdas e danos, mediante prova da culpa e do dano, se “recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte”, após prévia intimação promovida pelo escrivão (art. 133, inciso II, e parágrafo único, CPC).

Por sua vez, a arbitrariedade se apresenta ativamente, de forma exemplificativa, quando o magistrado force acordos contra a vontade das partes, em interpretação errônea do fim de pacificação previsto na legislação processual (art. 125, inciso IV, CPC); ou, em audiência, exceda o poder de polícia (art. 445, CPC), na demasiada impaciência diante da

ignorância da parte ou da discordância/insistência do advogado sobre um ponto demasiadamente controvertido ou não esclarecido.

Ainda, exige pronta censura a insistente recusa do juiz em aplicar os posicionamentos firmados pelos tribunais que lhes são superiores, sumulados ou não, em situações idênticas<sup>106</sup>. É cediço que o acolhimento de precedente judicial de órgão superior faz demonstrar a inteligência hierárquica judiciária, em relevo da confiabilidade proveniente de um julgamento colegiado, além da experiência daqueles julgadores. Assim, tal atitude individualista do julgador, ora descrita, cria verdadeiro obstáculo ao Direito da parte, só contornável mediante a tortuosa interposição de recurso, intensificando a insegurança jurídica.

“Imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter às suas próprias decisões e às dos tribunais superiores é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça, e, mais do que isto, que este sistema não serve a ele, porém ao povo”. (MARINONI, 2009, p. 22).

Outrossim, poderá constituir abuso de poder a pregação de um respeito obsessivo à forma, sem consideração dos ditames da instrumentalidade processual (art. 244, CPC). Até por isso, num juízo de admissibilidade da inicial, havendo um rigor excessivo quanto aos seus requisitos, o despacho liminar neutro (art. 284, CPC) poderá ser considerado agravável, diante do eventual prejuízo gerado.

[...] No presente caso, a decisão do juízo singular, que reconheceu suposta prescrição dos créditos executados pelo Fisco Municipal, bem como determinou a emenda ou substituição das CDA's para excluir os créditos pretensamente prescritos, ultrapassou os limites do mero impulso oficial, revelando o potencial de ensejar prejuízos à parte exequente, por isso, perfeitamente admissível sua impugnação pela via recursal do agravo de instrumento. [...].<sup>107</sup>

O exemplo ora citado faz notar que as arbitrariedades judiciais são corrigidas, geralmente, dentro dos mesmos autos, pela via recursal. Sem prejuízo, se ocorrido dano, restará o ajuizamento de ação autônoma de reparação pela parte ou terceiro, como dito, inclusive para responsabilizar o Estado (art. 37, parágrafo 6º, CF).

<sup>106</sup> NCPC: “Art. 882. Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte: [...] II - os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem; III - a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados; IV - a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia; [...]”.

<sup>107</sup> BRASIL. STJ. REsp 1.239.337/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Julgamento: 12/04/2011.

## 3.2 Estímulo ao cumprimento da norma jurídica

### 3.2.1 Técnica de encorajamento

A aspiração da normatividade em si deve ir além da mera repreensão da ilicitude, para, também, atuar em “proteção do lícito” (SOUZA, 1987, p. 149). Faz-se referência às medidas capazes de influenciar a *vontade particular colaborativa*, em função promocional, instigação ou encorajamento de comportamentos desejados.

Algo como ocorre num eventual incentivo fiscal ofertado pelo governo municipal para quem efetuar o pagamento antecipado do imposto sobre propriedade predial e territorial urbana (art. 156, inciso I, CF); ou na criação do chamado cadastro positivo do consumidor, para premiar os bons pagadores, conforme histórico financeiro, com baixa de juros e facilitação de obtenção de crediários (lei nº 12.414/2011, publicada em 10/06/2011).

O sentido aqui é tornar desvantajoso o agir de forma contrária aos fins colimados pelo ordenamento jurídico, pois, do contrário, estará o indivíduo privado do gozo de uma espécie de “recompensa”, como retribuição agradável.

Nesse escopo, deve ser assinalado que as disposições de direito material têm elementar influência no atuar processual. No campo civil, quando a conjuntura econômica torna mais gravoso para o devedor em mora, com o correr do tempo, o desembolso da importância devida, acaba por haver um indiscutível proveito para aquele que cumpre a decisão judicial tempestivamente (MOREIRA, 2007, p. 372). O mero aumento dos juros legais (art. 406, CC/2002 c/c art. 161, parágrafo único, CTN), assim, já representou um impulso para que devedores efetuem o pagamento de forma pontual, ilustrando a assertiva.

Tal caminho foi trilhado pela legislação processual, no estabelecimento dessa espécie de sanção de cunho positivo, em que o atendimento escorreito da norma acaba por conceder uma “vantagem” à parte. É dizer que havendo incentivos econômicos, estarão os litigantes especialmente suscetíveis, com maior ímpeto, a cumprir um mandamento judicial com nitidez condenatória.

Exemplificativamente, o Estatuto Processual vigente incita ao réu citado na ação monitória a cumprir o mandado de pagamento dentro do prazo de quinze dias, com a isenção de custas e honorários advocatícios (art. 1.102-C, parágrafo 1º, CPC).

Igualmente ocorre na execução por título extrajudicial, na redução pela metade da verba honorária, quando o executado, devidamente citado, efetuar o pagamento integral da dívida no prazo de três dias (art. 652-A, parágrafo único, CPC).

De outra forma, está impelido o executado a reconhecer o direito consubstanciado no título executivo extrajudicial, para ter direito a um pagamento parcelado do débito (art. 745-A, CPC). “É uma técnica legal de incentivo ao cumprimento espontâneo da obrigação, dispensando o Estado da realização das atividades executivas” (DIDIER JR.; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 359). Se preenchidos os seus pressupostos, esta moratória (favor) legal ocasiona a preclusão lógica da faculdade de controverter o direito estampado naquele título posteriormente (art. 745-A, parágrafo 2º, *in fine*, CPC) – atuando, ainda, em prol do menor sacrifício ao executado (art. 620, CPC).

Constitui também aplicação desta técnica de encorajamento a cumprir adequadamente a norma jurídica, a possibilidade de o juiz relevar a pena de ato atentatório à dignidade da Justiça, mediante o compromisso do requerido de não reiterar a prática ofensiva, desde que a dívida tenha sido garantida por fiador idôneo (art. 601, parágrafo único, CPC).

Ademais, em certas hipóteses da ação de despejo, uma vez citado o locatário, caso este se comprometa voluntariamente a desocupar o imóvel, e o faça dentro do prazo fixado, desfrutará de isenção da responsabilidade quanto à sucumbência (art. 61, lei nº 8.245/1991).

A temática, como um todo, merece alguma cautela, para evitar uma deliberada imposição à parte ré para que se diga culpada, pague uma dívida ou cumpra um julgado, quando não se reconheça efetivamente como tal, visando apenas obter alguma recompensa processual, pois com receio de situações mais adversas.

É fato, também, que o incentivo acaba retirando algo de alguém; porém, numa equação de custo-benefício, melhor se apresenta o cumprimento da norma jurídica perante o Poder Judiciário, ainda que sob o pretexto de obter certa vantagem sobre outrem.

A aspiração é organizar o ordenamento jurídico de forma inteligente, em estímulo ao cumprimento dos julgados, mas sem descuidar da justiça e do equilíbrio entre as posições postas em juízo <sup>108</sup>.

---

<sup>108</sup> Um exemplo interessante é extraído da possibilidade de interposição de recurso na modalidade adesiva (art. 500, CPC), nos casos de sucumbência recíproca, quando ambos os litigantes são em parte vencedores e vencidos. Reflete um recurso contraposto ao da parte adversa, por aquele que estava disposto a não impugnar a decisão, só vindo a fazê-lo diante do recurso independente do outro litigante. Tal previsão normativa levanta o ânimo das partes em não recorrer, de modo que se contentem com a decisão prolatada na 1ª instância, apesar de não lhes ser totalmente favorável.

### 3.2.2 Técnica de desencorajamento

Consiste na pressão sobre a vontade do obrigado, impondo-lhe situações tão onerosas, difíceis e inconvenientes que em algum momento seja para ele mais vantajoso cumprir do que permanecer no inadimplemento.

O objetivo é vencer a vontade do ordenado, através da ameaça de um mal. É o que ocorre na imposição de medidas de execução forçada indireta (execução por coerção), em que o Estado-Juiz procura desencorajar comportamentos não desejados, motivando o devedor a *concorrer/colaborar* ao adimplemento, sem que para tanto tenha que se valer da tortuosa expropriação de patrimônio (execução por sub-rogação).

“Tendo em vista a importância que o dever de cooperação tem assumido, contemporaneamente, as normas tendem a impor às partes uma conduta ética, por via da coerção jurídica”. (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2007, p. 68).

Tal qual ocorre na imposição de *astreinte*, multa pecuniária (art. 287, CPC), cuja origem remonta ao direito francês (MARINONI; ARENHART, 2008c, p. 73), como instrumento processual de coerção para a efetividade de decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos, sempre que neles se impor, segundo a previsão normativa, a observância de um fazer ou não-fazer (art. 461, parágrafo 4º, CPC c/c art. 84, parágrafo 3º, CDC), ou entregar coisa (art. 461-A, parágrafo 3º, CPC), possível de adimplemento. O mesmo se diga para as execuções de título extrajudicial de mesma natureza obrigacional, com fixação logo no despacho inicial (art. 621, parágrafo único, CPC c/c art. 644/645, CPC). Tem previsão, também, na legislação esparsa (art. 11, lei nº 7.347/85).

Não há dúvida de que as *astreintes* podem ser fixadas *ex officio* pelo juiz (art. 461, parágrafo 4º, CPC), através do seu poder discricionário, sem qualquer violação ao princípio da inércia (art. 2, CPC). Nesse caso, o magistrado apenas define o melhor meio executivo para o adimplemento da obrigação, inclusive diante do princípio do impulso oficial (art. 262, CPC), após julgado o pleito autoral. Não há inovação dos limites da provocação do demandado.

O magistrado poderá revisar o valor ou periodicidade da multa pecuniária também sem exigência de requerimento da parte (art. 461, parágrafo 6º, CPC), de forma a evitar o locupletamento ilícito da parte, reduzindo-a a patamares razoáveis (limitação na razoabilidade), compatíveis com a obrigação; ou mesmo, para aumentá-la (potencialização da coerção), diante do descaso e força econômica do demandado.

“[...] 3. A *astreinte* deve, em consonância com as peculiaridades de cada caso, ser elevada o suficiente a inibir o devedor – que intenciona descumprir a obrigação – e sensibilizá-lo de que é muito mais vantajoso cumpri-la do que pagar a respectiva pena pecuniária. [...] 4. Na hipótese de se dirigir a devedor de grande capacidade econômica o valor da multa cominatória há de ser naturalmente elevado, para que se torne efetiva a coerção indireta ao cumprimento sem delongas da decisão judicial. Precedentes. [...]”.<sup>109</sup>

É remansoso o entendimento de que o valor da multa, com o decurso do tempo, poderá ultrapassar aquele correspondente ao da obrigação principal. Não se aplica à *astreinte* a limitação contratual da quantificação da multa ao valor da obrigação principal (art. 412, CC), diante do seu caráter cominatório, para garantir a efetividade do processo, e não reparatório dos prejuízos causados ao credor (art. 461, parágrafo 2º, CPC).

Apesar disso, os valores obtidos com a multa cominatória não reverterem para a Fazenda Pública, e sim para o credor, maior prejudicado efetivamente com o descumprimento da decisão, afinal experimenta a perda de tempo na concretização do seu direito<sup>110</sup>. Faz-se uma analogia – meio descabida, pois as hipóteses não são semelhantes – com a multa do art. 601, CPC. Outro fundamento dá especial sustentáculo ao posicionamento: uma vez admitida a imposição de *astreinte* em face da Fazenda Pública, quando ré na demanda – afinal, “não há razão para se estabelecer exceção onde o legislador não o fez”<sup>111</sup> –, seria sem razão destinar o produto obtido com a multa para ela própria, retirando toda a finalidade da coerção.

Ao revés, são postas as críticas à destinação da multa ao particular, mormente no sentido de que o fundamento específico das técnicas coercitivas é tutelar a autoridade estatal, sendo só daí permitido ao julgador sua imposição de ofício e revisão valorativa. Já se afirmou que o entendimento prevalente na jurisprudência brasileira chancela o locupletamento ilícito da parte, afinal “o autor ganha dinheiro porque o ordenado desobedeceu a uma ordem judicial!”, concluindo-se pela entrega do valor da multa ao Estado, inclusive pela analogia do art. 13 da lei nº 7.347/1985 (ARENHART, 2008, p. 542).

Tal celeuma é dirimida em parte pelo NCPC, ponderando os argumentos tecidos<sup>112</sup>.

<sup>109</sup> BRASIL. STJ. REsp 1.185.260/GO, rel. Min. Nancy Andrighi, Julgamento: 07/10/2010.

<sup>110</sup> Segue-se tal parâmetro no *contempt of court* norte-americano, na fixação de multa pela desobediência de mandamento jurisdicional: “The amount must be reasonably calibrated to compensate the beneficiary of the court's order who was been injured by reason of the contemnor's non-compliance”. (FRIEDENTHAL; KANE; MILLER, 2005, p. 752).

<sup>111</sup> BRASIL. STJ. AgRg no REsp 1.213.061/RS, rel. Min. Gilson Dipp, Julgamento: 17/02/2011.

<sup>112</sup> Reverenciando uma visão publicista e para evitar qualquer enriquecimento ilícito da parte, assim pondera o NCPC: “Art. 522. A multa periódica imposta ao devedor independe de pedido do credor e poderá se dar em liminar, na sentença ou na execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para o cumprimento do preceito. [...] Parágrafo 5º. O valor da multa será devido ao exequente até o montante equivalente ao valor da obrigação, **destinando-se o excedente à unidade da Federação onde se situa o juízo no qual tramita o processo ou à União**, sendo inscrito como dívida ativa. [...]”. (grifo nosso). Outra solução foi levantada pelo direito português: “Art. 829-A, Código Civil. (Sanção pecuniária compulsória). 1. Nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infração, conforme for

Diverso meio coercitivo e técnica de vencer a resistência do réu é a *prisão civil* (art. 5, inciso LXVII, CF), atualmente restrita <sup>113</sup> à hipótese de prestação alimentícia não adimplida, diante das características em voga – necessidade e urgência –, que a distanciam de uma simples dívida pecuniária (art. 733, parágrafo 1º, CPC) <sup>114</sup>.

A restrição da liberdade, nessa hipótese de alimentos, não constitui uma sanção ou uma pena a ser cumprida, afinal se o preso efetuar o pagamento da dívida ficará livre, tendo a prisão desempenhado a sua finalidade (art. 733, parágrafo 3º, CPC). A coerção <sup>115</sup> também é perceptível pelo fato de que a prisão, ainda que dure o seu prazo máximo (art. 19, *in fine*, lei nº 5.478/1968), não servirá como pagamento da dívida (art. 733, parágrafo 2º, CPC).

Falando de um modo geral, o uso das medidas coercitivas não corresponderá às expectativas, porém, quando o devedor não tiver meios para cumprir a obrigação, como na impossibilidade temporária de pagamento da pensão alimentícia (art. 733, *in fine*, CPC), ou mesmo de suportar a multa pecuniária, uma vez falido ou insolvente; afinal, a ilicitude processual se dá, em regra, diante de uma conduta dolosa, tornando imprestável da técnica coercitiva nessas hipóteses.

Nesses casos, caberá ao juiz encontrar outra medida executiva, mais adequada à proteção da integridade do direito material, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, se valendo da cláusula geral de efetivação (art. 461, parágrafo 5º, CPC). O grau de severidade das medidas executivas utilizadas deve ter consonância com o grau de dificuldade, por exemplo, para obtenção da coisa, em favor do demandante.

Entretanto, apesar do comentado entendimento restritivo exarado pelo Supremo Tribunal Federal sobre a prisão civil (nota de rodapé nº 113), defende-se a sua utilização para situações específicas, em outras modalidades de dívida que não pecuniárias, quando envolto direito fundamental de grande envergadura. Resta sem coerência, por exemplo, que um

---

mais conveniente às circunstâncias do caso. 2. A sanção pecuniária compulsória prevista no número anterior será fixada segundo critérios de razoabilidade, sem prejuízo da indenização a que houver lugar. 3. **O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em parte iguais, ao credor e ao Estado.** [...]”. (grifo nosso). Disponível em: <<http://www.stj.pt/?idm=571&midm=571>>. Acesso em: 19 maio 2011.

<sup>113</sup> Verbetes nº 25, das súmulas vinculantes do STF: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”; e nº 419, das súmulas do STJ: “Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”. Estão revogadas tacitamente as disposições em sentido contrário (vide art. 666, parágrafo 3º, CPC), encontrando-se cancelado o verbebo nº 619, das súmulas do STF.

<sup>114</sup> A prestação de alimentos tem características peculiares, merecendo, no seu descumprimento, um grande arsenal de medidas executivas, como: (1) o desconto em folha de pagamento (art. 734, CPC), quando o executado contar com uma fonte de renda estável e periódica, uma vez penhorável, excepcionalmente, a sua verba salarial (art. 649, inciso IV, parágrafo 2º, CPC); (2) usufruto de bem (art. 17, lei nº 5.478/1968); (3) expropriação de bens, inclusive com a realização de penhora sobre o bem de residência do executado, o que retrata exceção à impenhorabilidade (art. 3, inciso III, lei nº 8.009/1990); e (4) prisão civil (art. 733, CPC).

<sup>115</sup> Apesar de meio coercitivo, a prisão não deve ser decretada *ex officio*, podendo ser inconveniente mesmo ao exequente: “É o credor que sempre estará em melhores condições que o juiz para avaliar sua eficácia e oportunidade”. (THEODORO, 2007b, p. 417).

indivíduo continue a desmatar vegetação protegida (art. 225, CF), ou violar seguidamente direito da personalidade (art. 3, inciso IV, CF c/c art. 5, incisos V, VI, IX, X, XII, CF), pela impossibilidade de aplicação do mais poderoso meio coercitivo, aquele relacionado à restrição de liberdade, por vezes o único capaz de tornar a decisão efetiva – basta pensar nas hipóteses já ditas, em que o causador do dano desta natureza não tenha patrimônio, sendo, portanto, anódina a imposição de *astreinte*.

“A interpretação do art. 5º, LXVII, da CF, deve ser alçada a um nível que considere os direitos fundamentais, deixando-se claro que, apesar de ser necessário vedar a prisão civil do devedor que não possui patrimônio, muitas vezes o uso do meio de prisão pode ser imprescindível à tutela de direitos fundamentais [...] Se ela constitui violência inconcebível em face de dívidas em sentido estrito, não há como deixar de perceber o seu lado positivo, diante da necessidade de observância de deveres de não fazer e deveres de fazer que não dependam de desembolso de dinheiro”. (MARINONI; ARENHART, 2008c, p. 86).

Para as outras hipóteses, resiste, de bom tom, a vedação da segregação civil. De fato, não faria sentido a legislação fazer grande restrição da responsabilidade patrimonial com as impenhorabilidades (art. 591, *in fine*, CPC), para depois autorizar a restrição de liberdade, que muito mais infringe o valor da dignidade da pessoa humana (art. 1, inciso III, CF). Outro fator para a proibição, seguramente secundário, é o aumento da sobrecarga das instituições carcerárias, já sabidamente precárias, para questões de menor envergadura.

Visto isso, que a omissão do legislador não justifica a omissão do julgador em situações outras, a partir de um juízo de razoabilidade, podemos avançar na discussão sobre a possibilidade de *imposição de astreintes no descumprimento de obrigação pecuniária*. A difundida repulsa se justifica pelo silêncio legal e pela imposição, com a multa coercitiva, de uma nova obrigação de pagar sobre uma preliminar obrigação de igual natureza, já inadimplida, sendo que o valor a ser percebido seria da mesma maneira, como antes, inexecutível (TALAMINI, 2001, p. 470)<sup>116</sup>.

“Dispositivos do CPC, na redação dada pela reformadora Lei 10.444/2002, que deixam clara a possibilidade de estatuir-se *astreinte* na prevenção do descumprimento de obrigações de dar, de fazer ou de não fazer. Nunca acerca de obrigações de pagar quantia em espécie ou assim traduzidas. **Repúdio evidente do ordenamento adjetivo pátrio à dupla compulsão que aí haveria; a de caráter patrimonial constritiva, mais a de tal sanção acumulada.** Ponderação que se faz mister, na interpretação das normas regenciais, e que é essencial à tutela da jurisdição no Estado de Direito Democrático. Cuidados que se impõem para com

<sup>116</sup> Nesse sentido: BRASIL. STJ. REsp 371.004/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, Julgamento: 07/06/2006: “[...] 1. Consoante a jurisprudência do STJ, em se tratando de obrigação de fazer (art. 461, § 4º, do CPC), bem como de entrega de coisa (art. 461-A, § 3º, do CPC), o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode fixar multa cominatória contra a Fazenda Pública para forçá-la ao cumprimento da obrigação no prazo determinado. 2. No entanto, **na hipótese de obrigação de pagar quantia certa, predomina no STJ o entendimento de que ‘a multa é meio executivo de coação, não aplicável a obrigações de pagar quantia**, que atua sobre a vontade do demandado a fim de compeli-lo a satisfazer, ele próprio, a obrigação decorrente da decisão judicial. [...]” (REsp n. 784.188/RS, relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 14/11/2005). [...]”. (grifo nosso).

certas correntes, eivadas de radicalismo e ausentes de equilíbrio. [...] **Retardo no cumprimento da obrigação de pagar, que de fato pode prejudicar a Autora, mas que encontra na correção monetária e nos juros de mora o instrumento compensatório**".<sup>117</sup> (grifo nosso).

No entanto, o melhor entendimento caminha pela necessidade de desestimular os atos protelatórios, com a imposição de *astreintes* nas sentenças condenatórias a prestações pecuniárias, sem prejuízo das regras sobre a litigância de má fé e os atos atentatórios à dignidade da justiça (GRECO, 2005, p. 17). Segue-se a tendência de alocação do magistrado de primeiro grau como centro de gravidade do processo, aumentando seu poderio, independentemente de juízo de valor a respeito da conduta da parte, o que foi seguido, com acerto, pelo NCPC<sup>118</sup>.

Além de dissuadir o inadimplemento de obrigações de pagar reconhecidas judicialmente, a imposição da multa pecuniária é mais simples e menos custosa, com vantagens de ordem prática, ao tornar desnecessária a execução por expropriação. Revela e concretiza, destarte, o valor constitucionalmente protegido da efetividade da tutela jurisdicional.

Não se pode esquecer que o ordenamento jurídico já faz previsão de diversa multa capaz de estimular o cumprimento voluntário da condenação de obrigação de pagar, no prazo legal, de forma a evitar o cumprimento da sentença (art. 475-J, *caput*, CPC); tendo esta dupla finalidade: “servir como contramotivo para o inadimplemento (coerção) e punir o inadimplemento (sanção)” (DIDIER, 2007b, p. 450).

“A cominação tem o intuitivo escopo de incentivar o executado a pagar desde logo. Se isso acontecer, haverá ainda a vantagem de poupar ao órgão judicial o trabalho de fazer prosseguir a execução, e ao exequente as despesas necessárias a esse prosseguimento”. (MOREIRA, 2007, p. 196).

Malgrado a viabilidade legislativa para aumentar o débito exequendo em até 30%<sup>119</sup> – na soma das multas de 10% no cumprimento da sentença (art. 475-J, *caput*, CPC) e de 20%

<sup>117</sup> BRASIL. TJ-RJ. Embargos Infringentes 0006823-88.2000.8.19.0000, 3ª Câmara Cível, rel. Des. Luiz Felipe Haddad. Julgamento: 15/04/2004.

<sup>118</sup> NCPC: “Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] III - determinar todas as medidas indutivas, **coercitivas**, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, **inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária**; [...]”. (grifo nosso).

<sup>119</sup> Na verdade, 40%, uma vez contabilizada a incidência da verba honorária na fase de cumprimento da sentença. “[...] O fato de se ter alterado a natureza da execução de sentença, que deixou de ser tratada como processo autônomo e passou a ser mera fase complementar do mesmo processo em que o provimento é assegurado, não traz nenhuma modificação no que tange aos honorários advocatícios. [...] O art. 475-I, do CPC, é expresso em afirmar que o cumprimento da sentença, nos casos de obrigação pecuniária, se faz por execução. Ora, se haverá arbitramento de honorários na execução (art. 20, § 4º, do CPC) e se o cumprimento da sentença se faz por execução (art. 475, I, do CPC), outra conclusão não é possível, senão a de que haverá a fixação de verba honorária na fase de cumprimento da sentença. Ademais, a verba honorária fixada na fase de cognição leva em consideração apenas o trabalho realizado pelo advogado até então. Por derradeiro, também na fase de cumprimento de sentença, há de se considerar o próprio espírito condutor das alterações pretendidas com a Lei nº 11.232/05, em especial a

pela ocorrência de ato atentatório à dignidade da justiça (art. 601, CPC) –, percentual bem qualificado para coibir infortúnios, não se vê óbice, neste desenvolvimento, à incidência adicional de *astreinte* em *situações especialíssimas* que reclamam a utilização de outras técnicas processuais.

Se não surtirem efeito as outras multas, nada impede que o juiz, nessas hipóteses, entendendo conveniente, busque desestimular o devedor ditoso recalcitrante através da imposição de outro meio executivo, ainda que não previsto na lei (art. 126, *in fine*, CPC c/c art. 4, LINDB) – afirmativamente, recorde-se que a tipicidade já desmoronou faz tempo diante da previsão do art. 461, parágrafo 5º, CPC.

“[...] sempre que a aplicação de alguma medida coercitiva, inclusive a multa diária, revelar-se capaz de superar [...] obstáculos e contribuir para uma satisfação mais pronta e efetiva do crédito objeto da execução, ela pode ser utilizada desde que, é óbvio, não se violem outros bens constitucionalmente protegidos”. (GUERRA, 1999, p.185/186).

Como se percebe, a imposição de *astreintes* nas obrigações de pagar acaba por ter um caráter subsidiário, tendo apenas relevância nas hipóteses em que o executado tenha real capacidade econômica para responder pela execução, quando servirá fielmente a multa para desencorajar a falta de pagamento. Pensamos que o ideal é impor, nessas hipóteses, uma multa de incidência única (mais uma), com valor fixo, de modo a compatibilizar os princípios opostos na execução. Contra a Fazenda Pública será a mesma inconcebível, em razão do respeito ao regime constitucional dos precatórios (art. 100, CF).

Prosseguindo, não bastassem tais exemplos, faz seguir que o NCPC também traz outras regras em sentido semelhante à técnica ora estudada de desencorajamento, o que se passa a verificar.

É o que ocorre na exacerbação “em cascata” da verba honorária, pelos recursos entendidos como protelatórios<sup>120</sup>. Impõe-se um substancial peso financeiro em contrapartida à vontade do vencido de se valer dos meios recursais: recorrer já não será mais tão vantajoso diante do risco de nova sucumbência.

---

multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC. De nada adiantaria a criação de uma multa de 10% sobre o valor da condenação para o devedor que não cumpre voluntariamente a sentença se, de outro lado, fosse eliminada a fixação de verba honorária, arbitrada no percentual de 10% a 20%, também sobre o valor da condenação. [...]”. BRASIL. STJ. REsp 978.545/MG, rel. Min. Nancy Andrigli, Julgamento: 11/03/2008.

<sup>120</sup> NCPC: “Art. 87. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. [...] Parágrafo 1º. **A verba honorária de que trata o caput será devida também** no pedido contraposto, no cumprimento de sentença, na execução resistida ou não e **nos recursos interpostos, cumulativamente**. [...] Parágrafo 7º. **A instância recursal, de ofício ou a requerimento da parte, fixará nova verba honorária advocatícia**, observando-se o disposto nos §§ 2º e 3º e o limite total de vinte e cinco por cento para a fase de conhecimento. [...]”. (grifo nosso).

Pode-se dizer que há semelhante técnica de desencorajamento no âmbito recursal dos Juizados Especiais Cíveis. Para elevar a garantia constitucional do acesso à justiça (art. 5, inciso XXXV, CF), e como forma de eliminar as barreiras econômicas, em primeiro grau de jurisdição a atuação das partes independerá de pagamento de despesas, inclusive para as diligências determinadas *ex officio* pelo juiz. Contudo, se o autor, vencido, pretender recorrer da sentença, deverá proceder ao recolhimento das custas anteriormente dispensadas, exceto se tiver sido beneficiado pela gratuidade de justiça, sob pena de não ter o seu recurso conhecido (art. 54 e parágrafo único, lei nº 9.099/1995).

“Esse sistema, ao que parece, teria sido criado como forma de inibir a interposição de recurso. Só inibe, porém, recursos da classe média. Os integrantes da classe economicamente menos favorecido [...] são beneficiários de gratuidade de justiça e, por isso, ficam isentos do ônus de preparar o recurso. Já os integrantes da classe mais alta [...] não se assustam com custos, já que dinheiro para eles não é problema [...]”. (CÂMARA, 2009, p. 196/197).

Ainda é privilegiada a decisão de primeiro grau noutra diretriz: se o recorrente for vencido, também, no julgamento pela Turma Recursal, perdendo, portanto, duas vezes, inclusive quando seu recurso não for conhecido<sup>121</sup>, ou não haja apresentação de contra-razões<sup>122</sup>, haverá imposição excepcional de sucumbência (art. 55, *in fine*, lei nº 9.099/1995). Recursos protelatórios ou com pouca força argumentativa passam a não valer tanto a pena.

O NCPC ainda pretende positivar uma prática forense em que os magistrados, no despacho liminar da execução, fixavam verba honorária com patamares distintos, havendo ou não interposição de embargos, em claro desestímulo do ajuizamento desta ação-defesa<sup>123</sup>. Tal medida é salutar para desestimular a apresentação de defesas infundadas, com nítido caráter protelatório; além de atribuir um caráter mais justo ao arbitramento de honorários advocatícios.

Merece referência que nos Juizados Especiais Cíveis também há estímulo ao não ajuizamento de embargos, diante do risco da ação-defesa ser julgada improcedente, impondo ônus sucumbenciais (art. 55, parágrafo único, inciso II, lei nº 9.099/1995). Ademais, defende-se que a sentença de extinção dos embargos sem julgamento do mérito também deve ser alcançada pelo dispositivo (CÂMARA, 2009, p. 198).

<sup>121</sup> FONAJE: “Enunciado nº 122. O não conhecimento do recurso enseja pagamento da sucumbência pelo recorrente”.

<sup>122</sup> FONAJE: “Enunciado nº 96. A condenação do recorrente vencido, em honorários advocatícios, independe da apresentação de contra-razões”.

<sup>123</sup> NCPC: “Art. 784. [...] Parágrafo 2º. Rejeitados os embargos eventualmente opostos pelo executado ou **caso estes não tenham sido opostos, ao final do procedimento executivo, o valor dos honorários poderá ser acrescido até o limite de vinte por cento**, em atenção ao trabalho realizado supervenientemente à citação”. (grifo nosso).

#### 4 MOTE DA BOA-FÉ OBJETIVA PROCESSUAL E AUMENTO DA RESPONSABILIDADE COLABORATIVA

Neste capítulo, vale-se o trabalho da evolução do pensamento jurídico brasileiro, em demonstração de que a boa-fé objetiva, em estudo importado do direito material, faz consistente o *ideal colaborativo*, podendo ser muito útil ao processo.

“Sob o ponto de vista dogmático, tem-se, por toda a parte, atribuído à boa-fé objetiva uma tríplice função no sistema jurídico, a saber: (i) a função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos; (ii) a função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação jurisdicional; e (iii) a função restritiva do exercício de direitos” (SCHREIBER, 2007, p. 86).

Analogicamente, suas linhas traçam limites éticos mais rígidos de liberdade processual aos litigantes, diante da necessidade de preservação de outras garantias de igual natureza, como a igualdade e efetividade, em busca de harmonização <sup>124</sup>. Sem qualquer paradoxo, irradia-se um componente moral no exercício de direitos processuais que, apesar de traduzir certa indeterminação, verte justamente para resgatar a segurança jurídica consumida pela latente má-fé.

“[...] aos juízes não cumpre atuar como meros homologadores de condutas dos particulares. Há situações em que a própria função jurisdicional ficaria desmerecida e desviada de seus rumos, quando o juiz fosse obrigado a conformar-se e afinal, como Pôncio Pilatos, lamentar a injustiça mas permitir que prevalecesse”. (DINAMARCO, 2002, p. 52/54).

Entrementes, a boa-fé objetiva processual faz merecer a exegese forçada do texto normativo à justiça do instrumento. O mote que ora se levanta faz interagir a explicação do texto jurídico a partir da injunção de deveres anexos de colaboração.

São concepções diametralmente uniformes que servem como premissa interpretativa: se o processo colaborativo preconiza maior participação das partes na sorte do processo, se torna mais do que natural que as responsabilidades jurídicas tenham igual progresso.

Fazer com que as parte tomem deveres positivos de atuação conforme a boa-fé objetiva não significa distorcer a disputa de interesses conflitantes em juízo, que, afinal, decorre da natureza da jurisdição contenciosa; apenas se encontra uma fórmula para enrijecer

<sup>124</sup> Em sentido diverso de raciocínio, mas chegando a um ponto que não infirma o que se pretende: “Cuando se afirma que la buena fe serviría para justificar la protección de otros derechos constitucionales en realidad no está operando como límite, sino que es el respectivo derecho protegido el que justifica la imposición de la limitación”. (AMPUERO, 2008, p. 160).

o controle ético sobre o descaro processual, acautelando, como dito, outras garantias do instrumento.

Pretende-se, em verdade, demonstrar uma reservada visão do sistema defensivo processual a partir da boa-fé objetiva, de modo a sobrepujar a incúria da parte demandada, principalmente na esfera executiva, onde vigora a chamada “crise de inadimplemento”, para que predomine a efetividade do instrumento.

Nesse escopo, amplia-se o círculo de poderes e deveres do juiz na direção do instrumento, tornando-o responsável direto pela consecução do restabelecimento da ordem jurídica em situações ameaçadoras à moralidade e à razoável duração do processo, não minudenciadas pelo legislador. Convém deixar claro que a cumplicidade inocente do magistrado com a habilidade maliciosa dos sujeitos chega a comprometer sua própria imparcialidade, prejudicando a credibilidade judiciária.

#### 4.1 Função restritiva do atuar processual

Não se olvide que padece de incerteza a investigação subjetiva da má-fé, diante da necessidade em se verificar acerca do estado de ciência ou de ignorância do sujeito processual, quando praticante de conduta permitida pela legislação, porém com excesso ou abuso. Quando dificultosa ou não provada a intenção desleal do litigante, poderá se dar ocasião à subtração da robustez do sistema processual ético <sup>125</sup>.

Sabendo disso e para dilatar a recomendação ética no processo, projeta-se erguer um mote maior, da boa-fé objetiva, como um postulado/princípio inspirador da ordem jurídica, o que, aliás, já reluz na jurisprudência pátria. O que se faz é a releitura do dever de lealdade, em ponderação mais desenvolvida, longe do subjetivismo então enraizado na cultura processual.

Em mais uma reflexão que transborda o direito privado <sup>126</sup> e se expande para o meio processual, sabidamente instrumental, são também determinados novos limites para o

<sup>125</sup> “[...] Somente se justifica a aplicação da pena por litigância de má-fé se houver o dolo da parte no entravamento do trâmite processual, manifestado por **conduta intencionalmente maliciosa e temerária**, inobservado o dever de proceder com lealdade [...]”. BRASIL. STJ. REsp 523.490/MA, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Julgamento: 29/03/2005. (grifo nosso).

<sup>126</sup> No âmbito do direito material está consagrada a cláusula geral de boa-fé contratual (arts. 113 e 422, CC), cuja orientação decorre de normatividade anterior, positivada nas relações consumeristas, no mesmo sentido (art. 4, III, CDC c/c art. 51, IV, CDC). Nada mais é do que o intervencionismo estatal nas relações privadas, a despeito da autonomia da vontade e com base no interesse social, para garantir o equilíbrio e confiança nos negócios jurídicos. Com efeito: “[...] A **boa fé objetiva**, verdadeira regra de conduta, estabelecida no art. 422 do CC/02, reveste-se da função criadora de deveres laterais ou acessórios, como o de informar e o de **cooperar**, para que a relação não seja fonte de prejuízo ou decepção para uma das

exercício de direitos no processo. Na esteira da ótica de solidariedade (art. 3, inciso I, CF), busca-se eleger um patamar comum de atuação, socialmente recomendado <sup>127</sup>, numa dimensão diretiva e prospectiva.

Todavia, merece análise cuidadosa identificar o transbordo dos mandamentos da boa-fé objetiva no processo, a caracterizar um abuso de direito (art. 187, CC); afinal, lembre-se, antes de tudo, que um litigante bem intencionado não pode ver restrita sua liberdade na utilização das faculdades outorgadas pela legislação.

“[...] as situações concretas devem ser interpretadas com sensata razoabilidade, de modo a evitar a repressão a condutas que somente revelem astúcia ou espírito de luta, sem transbordar para o campo do excesso. Com em todo combate, reprimem-se os golpes baixos, mas sem golpes não há combate. Golpes leais não são reprimidos”. (DINAMARCO, 2004b, p. 268).

O tormento aparenta ser mensurar as balizas da boa-fé, nas suas duas embrenhadas vertentes – afinal quem age intencionalmente de má-fé, no mais das vezes, também age sem boa-fé objetiva – quando verificado um atuar processual anormal. De fato, em se tratando da defesa de um padrão de conduta socialmente exigido cujo conteúdo não pode ser rígida ou aprioristicamente fixado, haverá sempre a dependência do casuísmo; mas pelo fato de constituir um valor autônomo, sem relacionamento direto com a vontade, a aplicação da boa-fé objetiva não poderá ser reduzida à verificação de boas ou más intenções, num juízo sobre o dolo do praticante, sob pena de traduzir o retorno ao espectro da boa-fé subjetiva.

“É fácil perceber que o princípio da atuação de acordo com a boa fé é a fonte normativa da proibição do 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 independentemente de a atuação do sujeito processual estar fundada em má fé”. (DIDIER JR., 2010, p. 85).

Cabe ressaltar que a invocação da boa-fé objetiva atua num sentido mais amplo do que um mero reforço lingüístico, já que é fruto de uma evolução da perspectiva do direito, na transcendência da ótica individualista do agente do processo. Por conseguinte, alude-se a uma exegese capaz de conter o abuso de direito processual, quando verificada a violação de um dever geral de confiança alheia, inclusive àquela do poder constituído, oriunda da expectativa de atuação das partes com retidão.

---

partes, e, por conseguinte, integra o contrato naquilo em que for omissivo, em decorrência de um **imperativo de eticidade**, no sentido de evitar o uso de subterfúgios ou intenções diversas daquelas expressas no instrumento formalizado. STJ. REsp 830.526/RJ, rel. Min. Nancy Andriahi, Julgamento: 03/09/2009. (grifo nosso).

<sup>127</sup> Cabe perquirir o padrão de comportamento razoável, em conformidade com o ambiente social particularizado. Vale alertar que a boa-fé objetiva é contingencial quanto às particularidades históricas da sociedade em questão.

“A teoria do abuso do direito se mostra como uma reação contra a rigidez das disposições legais e sua aplicação mecânica, alheada dos valores éticos consagrados pela moral e pelos costumes. Por seu intermédio confere -se flexibilidade ao ordenamento jurídico, adaptando-o à realidade social, política e econômica. [...] o abuso do direito ocorre quando o agente o exerce contrariando o objeto da instituição jurídica, seu espírito e finalidade, como quando descumpre necessária subordinação da ordem jurídica à ordem moral”<sup>128</sup>.

Para se ter a percepção da assertiva, cogita-se inicialmente de um exemplo sobre a aplicação das regras de *competência*, em que a jurisprudência se deslocou progressivamente em prol da boa-fé objetiva, inclusive motivando a transformação legislativa posterior, em ratificação (art. 112, parágrafo único, CPC, alterado pela lei nº 11.280/2006). É a hipótese em que contratantes elegiam um foro de eleição rotineiramente distante, num contrato de adesão, cujas cláusulas são fixadas unilateralmente pelo proponente (art. 54, CDC), visando prejudicar a defesa da parte aderente ao contrato. Como esta última, citada em seu domicílio, tinha dificuldades para se defender, ou mesmo contratar advogado que atuasse naquela afastada localidade, passou a se entender, no permeio da década passada, pela mitigação da impossibilidade de reconhecimento *ex officio* da incompetência relativa (verbetes nº 33, das súmulas do STJ), uma vez reconhecida a abusividade da cláusula contratual de ofício<sup>129</sup>.

Extrai-se daí que as partes são livres para escolher a competência territorial, cujo critério é fixado por norma dispositiva (art. 111, *in fine*, CPC), mas isso não significa legitimar situações desproporcionais ou abusivas, que de forma oblíqua beiram a violar o princípio do juiz natural (art. 5, inciso LIII, CF).

No mesmo contexto, já se interpretou restritivamente o direito subjetivo de *desistência recursal* (art. 501, CPC), quando envolvente recurso representativo da controvérsia, pois verificada tentativa de obstar que o tribunal firme uma orientação quanto à questão idêntica de direito existente em múltiplos recursos, norteados de forma isonômica (art. 543-C, parágrafo 7º, CPC)<sup>130</sup>.

O embasamento perpassa pelo interesse coletivo existente na fixação do *leading case*, diante da transcendente aplicação do julgamento por amostragem. Um paralelo, inclusive, pode ser feito com o mecanismo das ações coletivas que permite a continuidade do feito, a despeito da desistência ou abandono, diante do interesse perseguido (art. 9, lei nº 4.717/1965 c/c art. 5, parágrafo 3º, lei nº 7.347/1985).

<sup>128</sup> THEODORO JR., Humberto. *Boa-Fé e Processo: Princípios Éticos na Repressão à Litigância de Má-Fé – Papel do Juiz*. Disponível em: < [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior(3)formatado.pdf) >, p. 11. Acesso em: 20 fevereiro 2011.

<sup>129</sup> BRASIL. STJ. AgRg no Ag 470.031/DF, rel. Min. Fernando Gonçalves, **Julgamento: 06/05/2003**. (grifo nosso).

<sup>130</sup> BRASIL. STJ. QO no REsp 1.063.343/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, **Julgamento: 17/12/2008**.

Além disso, o ato dispositivo da parte é danoso ao direito à razoável duração do processo (art. 5, inciso LXXVIII, CF), afinal provavelmente será preciso selecionar diverso processo que apresente idêntica questão de direito com a chancela de recurso representativo da controvérsia. Enfim, não se pode entregar ao recorrente o poder de manipular, arbitrariamente, a atividade jurisdicional que cumpre ao tribunal superior – algo reconhecido pelo NCPC<sup>131</sup>.

Na dimensão não transcendente do recurso, restrita aos litigantes, igualmente poderá ser limitada a desistência, para evitar que tal ato possa se transmutar em um meio para a prática de iniquidades. Assim, numa hipótese de sucumbência recíproca (art. 21, CPC), se o relator do juízo *ad quem*, iniciando o julgamento no órgão fracionário, tiver exposto seu voto de forma desfavorável ao litigante que se valeu do recurso independente, este não poderá mais desistir do seu recurso, diante dos efeitos que seriam gerados no recurso adesivo, ao primeiro subordinado (HARTMANN, 2011, p. 30/31). Dentro dos parâmetros da boa-fé objetiva, não se pode permitir que a desistência sirva como manobra processual para evitar a análise do recurso adesivo (art. 500, inciso III, CPC), quando já conhecida parcialmente a conclusão (prejudicial) dos votos do órgão colegiado no que se refere ao recurso principal.

Por sua vez, voltando-se os olhos para a *execução*, a faculdade de desconstituir o advogado (art. 44, CPC) não pode servir como estratégia para dificultar o cumprimento da sentença relativo à obrigação de pagar (art. 475-J, *caput*, CPC), forçando a intimação pessoal do executado. Não se nega que a parte tem o direito de revogar os poderes do mandatário, ou vice-versa no direito de renúncia deste, mas tal prerrogativa não pode ser contraproducente ao processo, sobretudo neste estágio do feito, uma vez ciente do regramento da execução por título judicial.

Defende-se aqui que se ocorrida a desconstituição do patrono neste momento processual, não mais seria necessária intimação da parte para início dos atos executivos – de forma analógica ao que ocorre no microsistema dos Juizados Especiais Cíveis, sabidamente impregnado de informalidade (art. 2, lei nº 9.099/1995)<sup>132</sup>. Outra solução menos drástica é manter a necessidade de intimação pessoal, considerando-a válida, ainda que resultar

---

<sup>131</sup> NCPC: “Art. 952. [...] Parágrafo único. No julgamento de recurso extraordinário cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e no julgamento de recursos repetitivos afetados, a questão ou as questões jurídicas objeto do recurso representativo de controvérsia de que se desistiu serão decididas pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal”.

<sup>132</sup> Enunciado nº 105, FONAJE: “Caso o devedor não pague a quantia certa a que foi condenado em 15 dias contados do trânsito em julgado da sentença ou do acórdão, o valor da condenação será acrescido de multa de 10% (dez por cento), independentemente da nova intimação”.

negativa, por presunção, desde que dirigida ao endereço antes declinado pelo réu no momento da contestação, ou em outra peça processual (art. 238, parágrafo único, CPC).

Como demonstram os exemplos postos, a pretensão é conter o abuso do direito processual, com certa independência da enredada análise da intenção do sujeito e das cominações legais para a deslealdade. Não obstante, o suporte normativo já existe na cláusula genérica de conduta ética prevista no art. 14 da legislação processual codificada (CABRAL, 2005, p. 69). No fundo, segue-se o ideal cooperativo, para fortalecer os poderes de direção e controle do processo pelo juiz, como sensor do atuar recomendável, através da função criadora legitimada pela carga principiológica.

Diga-se que, havendo comando normativo de sanção, os ditames da boa-fé objetiva nem merecerão emprego como fundamento de decisão, sob pena de “superutilização”.

“[...] 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” (SCHREIBER, 2007, p. 122/123).

Visto isso, cabe prosseguir na identificação dos contornos da boa-fé objetiva processual. Mais factível ainda no instrumento é relacionar o princípio da boa-fé objetiva à vedação da prática de qualquer *conduta inconveniente/contraditória*. Nesse ponto, impõe-se um dever de guardar fidelidade ao comportamento processual então praticado ou omitido, sem abusar da confiança alheia.

*O nemo potest venire contra factum proprium*<sup>133</sup>, ou teoria dos atos próprios, consubstancia uma disposição geral de vedação à deslealdade, com nítido escopo social de proteção da confiança, em relação à legítima expectativa da parte adversa na continuidade e estabilidade de uma determinada situação jurídica.

São seguidas as linhas traçadas pela preclusão lógica<sup>134</sup>, em limitação do exercício abusivo pelas partes dos seus poderes processuais, para atalhar o retrocesso ocasionado pela postura incompatível àquela anteriormente praticada no processo.

É o que ocorre, à guisa de exemplos legislativos, no juízo negativo de inadmissibilidade ao recurso interposto contra a decisão que se aceitara (art. 503, CPC); ou na moratória legal da execução, não sendo permitido ao executado reconhecer o crédito

<sup>133</sup> Numa tradução livre: A ninguém é dado insurgir-se contra os próprios atos

<sup>134</sup> “A preclusão não é efeito do comportamento contraditório (ilícito); a preclusão incide sobre o comportamento contraditório, impedindo que ele produza qualquer efeito”. (DIDIER, 2007a, p. 253).

exequiando e, posteriormente, opor embargos para questionar a dívida (art. 745-A, parágrafo 2º, CPC); ainda, quem tenha confessado um fato (art. 348, CPC), perderá o direito de produzir prova sobre ele (art. 334, inciso II, CPC).

Na jurisprudência, visualizou-se tal conduta incompatível quando houve concordância expressa da parte com os cálculos do Contador e posterior impugnação por constar verbas que deveriam ser extirpadas <sup>135</sup>. Também se percebeu antinomia nociva a um mínimo de segurança jurídica, a determinar a inadmissibilidade de recurso de apelação em defesa do ato impugnado em mandado de segurança, uma vez verificado que a autoridade coatora recorrente, ao prestar informações, já havia reconhecido a ilicitude do mesmo ato <sup>136</sup>.

Noutro giro, a decretação de nulidade não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa (art. 243, CPC c/c art. 565 CPP), pois isso seria o mesmo que premiar a sua deslealdade (GRECO, 2011, p. 468): desistindo da prova em audiência não poderá a parte alegar nulidade da sentença em razão do cerceamento de defesa <sup>137</sup>; ajuizando a demanda em determinado foro, não poderá o autor depois suscitar vício de incompetência territorial, através de exceção (art. 112, CPC) – apesar da disposição do art. 304, CPC, em flagrante equívoco literal do legislador.

“[...] O Art. 243 do CPC impede que o responsável pela nulidade do processo postule sua decretação. Por isso, não é lícita – mas condenável – a atitude da parte que arguiu a nulidade do processo com base em vício na própria representação processual [...]” <sup>138</sup>.

Ainda, em demandas conexas ou não, a parte não poderá realizar a impugnação de fatos já reconhecidos em processo/fase anterior, como a legitimidade *ad causam*.

“Direito processual civil. Cobrança de quota condominial em fase de cumprimento de sentença. [...] Preclusão lógica [...] Durante todo o curso do processo o agravante admitiu ser o proprietário e possuidor da vaga de garagem correspondente ao débito condominial ora cobrado, limitando-se a impugnar o *quantum debeatur*. Assim, não cabe agora em sede de cumprimento de sentença querer negar sua qualidade de condômino. [...]” <sup>139</sup>.

Nas questões probatórias, o depoimento de uma testemunha num feito, cujas declarações foram feitas sob juramento, não poderá variar num segundo processo, para provar

<sup>135</sup> BRASIL. TJ-RJ. Agravo de Instrumento 0052735-59.2010.8.19.0000, 13ª Câmara Cível, rel. Des. Ines da Trindade. Julgamento: 01/06/2011.

<sup>136</sup> BRASIL. TJ-RS. Apelação 70039316104, 22ª Câmara Cível, rel. Des. Mara Larsen Chechi. Julgamento: 03/11/2010.

<sup>137</sup> BRASIL. TJ-RJ. Agravo de Instrumento 001247-21.2011.8.19.0000, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Nagib Slaibi Filho. Julgamento: 20/04/2011.

<sup>138</sup> BRASIL. STJ. REsp 685.744/BA, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Julgamento: 21/09/2006.

<sup>139</sup> BRASIL. TJ-RJ. Apelação 0095622-26.2008.8.19.001, 13ª Câmara Cível, rel. Des. Ademir Pimentel. Julgamento: 03/02/2010.

outra realidade – em referência à figura obstativa da *estoppel by conduct*, princípio processual anglo-saxão, com raízes sobre a vedação de comportamento contraditório.

A mesma incompatibilidade lógica ocorre quando o réu contesta o fato constitutivo aduzido pelo autor e o aceita na defesa indireta. Numa hipótese em que o réu alega que eventual mercadoria negociada possui vícios, não poderá, também, negar a sua entrega, pois a ilogicidade de fundamentos defensivos não é superada pelo princípio da eventualidade (art. 300, CPC). Outro caso de comportamento defensivo contraditório ocorre quando o indivíduo junto ao procedimento arbitral nega a cláusula compromissória havida num contrato (art. 4, lei nº 9.307/1996), e, depois, diante do juiz togado, alega a convenção de arbitragem, em preliminar de contestação (art. 301, IX, CPC).

A *supressio*, instituto assemelhado, também age como fator de aplicação da boa-fé ao processo. A ausência do exercício de determinada faculdade processual (situação processual de vantagem), quando geradora de legítima expectativa na parte adversa, fere a confiança legítima de que o poder não seria exercido, ocasionando a sua redução ou perda. Para visualização, basta citar a hipótese de imposição de *astreintes*, em que o autor permanece inerte quanto à execução – por exemplo, demorando por meses a fio a devolver os autos do processo retirados com carga, sem noticiar o descumprimento da tutela –, visando à majoração desnecessária e desproporcional da multa coercitiva (efeito perverso da multa). É importante verificar o desequilíbrio entre a relação benefício/prejuízo entre os sujeitos processuais, inclusive para eventual minoração quantitativa (art. 461, parágrafo 6º, CPC), como estudado no capítulo anterior deste trabalho.

Como se nota, a previsão de deveres jurídicos de atuação diligente, de probidade, ao credor/autor, constitui igualmente uma manifestação do princípio da lealdade. A desídia dos sujeitos parciais do processo também poderá ser vista, mais adiante, como uma conduta contraditória, por exemplo, na alegação de nulidade relativa a destempo (art. 245, CPC)<sup>140</sup>.

“[...] O agravante requereu, quando da realização da audiência de conciliação, que todas as intimações pela imprensa oficial o fossem em nome de um determinado causídico. Todavia, durante todo o trâmite do feito nenhuma intimação ocorreu no nome daquele advogado, sendo que todas as faculdades processuais de interesse do agravante foram cumpridas, não havendo qualquer nulidade a ser sanada. Prestígio aos princípios da boa-fé processual e da vedação ao *venire contra factum proprium*. [...]”<sup>141</sup>

<sup>140</sup> “[...] Alegação tardia de nulidade que não causou prejuízo constitui atitude protelatória que agride a lealdade processual. [...]”. BRASIL. STJ. REsp 759.927/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Julgamento: 22/08/2006.

<sup>141</sup> BRASIL. TJ-RJ. Agravo de Instrumento 0028449-17.2010.8.19.0000, 14ª Câmara Cível, rel. Des. Cleber Ghelfenstein. Julgamento: 21/07/2010.

Reconhece-se, em conclusão, que os procedimentos judiciais somente constituirão um instrumento de justiça substancial, acaso seja respeitado os ditames da boa-fé, em todas as suas variantes. Em consideração às concorrentes liberdades processuais e em vigília da igualdade entre as partes, justifica-se a esquematização legal de deveres éticos a todos os participantes do processo, além da punição às suas infrações, através da atuação diligente do julgador, tudo em contribuição ao desígnio colaborativo.

“Não é tarefa fácil, pois, detectar quando a atuação processual da parte aflora maliciosa. É certo que quanto mais se reforçam os poderes do juiz, mais devem ser cerceadas as atitudes de improbidade, mormente aquelas que se destinam a retardar a marcha processual”. (TUCCI, 1997, p. 124).

#### 4.2 Cânone interpretativo da legislação processual

Parte-se da idéia de que o método processual não pode servir de entrave para obtenção da tutela jurisdicional de direito. De fato, deverá o julgador agir de forma desapegada ao formalismo exacerbado e desnecessário, aproximando-se da substância, para cumprir adequadamente a atribuição que lhe foi conferida, no encerramento da prestação jurisdicional.

É digno de passagem que o próprio ordenamento jurídico designa linhas mais brandas à formalidade processual, admitindo daí, por exemplo, o reconhecimento de pedido implícito – sem formulação expressa, na imperfeição do ato processual praticado pela parte – como a correção monetária e os juros legais (art. 293, CPC), uma vez extraídos de uma interpretação lógico-sistemática daquilo que foi afirmado na petição inicial<sup>142</sup>; além da fungibilidade dos interditos possessórios (art. 920, CPC) ou das tutelas de urgência (art. 273, parágrafo 7º, CPC).

Em certos momentos, porém, será a passividade ou falta de vigor da legislação processual que imporá uma exegese esforçada do julgador, numa perspectiva axiológica e finalística do instrumento. Se ninguém ignora que o ordenamento jurídico jamais terá um acabamento perfeitamente escudado em desfavor da má-fé processual – sequer uma reforma legislativa poderá cumprir fielmente o desiderato exposto, diante da incompletude da norma

---

<sup>142</sup> Na seara dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, a preconizada informalidade chega a abrandar o princípio da congruência (art. 460, CPC). Aviso nº 23/2008 - Enunciados dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro: “3.2. Em face dos princípios constitucionais vigentes e dos que constam da Lei 9099/95, o Juiz do Juizado Especial poderá dar uma real e mais ampla abrangência ao pedido inicial que contenha expressões imprecisas, como por exemplo, perdas e danos, indenização, se a narração dos fatos na vestibular assim o permitir”.

objetiva e da infindável criatividade lesiva do ser humano –, e que tais brechas legislativas são utilizadas sem parcimônia pelos litigantes que pretendam procrastinar o feito, cabe encontrar uma *vereda de resistência aos comportamentos não colaborativos*.

A boa-fé objetiva exsurge, desta feita, como um critério hermenêutico das normas afetas ao processo, para privilegiar sempre o sentido mais conforme a lealdade entre as partes e a otimização do instrumento em voga, visando resultados mais justos. Para tanto, acrescenta deveres anexos de colaboração com a correta administração da justiça, ainda que não previstos expressamente na legislação.

Comparece, em verdade, como um recurso posto à disposição do operador jurídico no processo de aplicação das normas, na inarredável mediação entre o caráter abstrato do sistema e o ideal de exigência ética.

[...] o rigor do formalismo resulta temperado pelas necessidades da vida, agudizando-se o conflito entre o aspecto unívoco das características externas e a racionalização material que deve levar a cabo o órgão jurisdicional, entremeada de imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência ou postulados políticos, que rompem com a abstração e a generalidade”. (OLIVEIRA, 2003, p. 191).

A utilização da boa-fé objetiva como padrão de atuação já é vista em inúmeras passagens jurisprudenciais – sendo encontrados, inclusive, resquícios na legislação –, conforme abordagem seguinte, o que faz demonstrar uma tendência interpretativa já com nítida consolidação, sobretudo na atividade executiva, de concretização de decisões.

Pretende-se, na parte final deste trabalho, deixar entrever a sensatez de entendimentos, às vezes com alguma projeção ou censura, sobre a atuação e responsabilidade dos sujeitos do processo, aprimorando o processo dito colaborativo.

#### 4.2.1 Comunicação dos atos processuais

Constituindo pilar do Estado Democrático de Direito, a permitir a participação das partes no destino do feito, a comunicação processual deve respeitar as prescrições legais, sob pena de nulidade absoluta (art. 247, CPC). Sua importância é demonstrada pela possibilidade de alegação de vício ou falta de citação na fase de execução, após o trânsito em julgado, se o processo correu à revelia do demandado (art. 475-L, inciso I, CPC c/c art. 741, inciso I, CPC).

Alerte-se que os argumentos que seguirão invocados não servem para excluir algo que é inerente ao processo, mas para que as garantias processuais e o formalismo normativo não sirvam para escudar o demandado em situações limítrofes. O inveterado fascínio pelo contraditório e ampla defesa (art. 5, inciso LV, CF) também constitui patologia do instrumento.

#### 4.2.1.1 Citação

A citação pessoal é aquela realizada diretamente ao citando ou ao seu representante legal com poderes para representá-lo em juízo (art. 215, CPC). Entretanto, em se tratando de pessoa jurídica ré, admite-se a citação da sociedade na pessoa de quem, na sede ou filial, apresenta-se como gerente geral ou de administração, comportando-se como tal – e somente porque assim o permitiu a organização econômica –, a despeito de não fazer parte do quadro societário, se não ressalvou que não tem poderes para tanto.

“[...] Citação. Pessoa jurídica. Teoria da aparência. Aparente representante legal da empresa. 1. Reputa-se válida a citação da pessoa jurídica por intermédio de quem se apresenta na sede da empresa como seu representante legal e recebe a citação sem ressalva de que não possui poderes para tanto. Precedentes desta Corte [...]”.<sup>143</sup>

Nada mais se cogita do que uma interpretação temperada do requisito da citação pessoal, diante da exigência de “certa ciência” do citando (necessária informação), que, com forte presunção, tenha ocorrido<sup>144</sup>. É de se dizer que nos tempos atuais, com a difusão e aprimoramento das técnicas empresariais, nem sempre a presença do representante legal se faz constante no ambiente da empresa, admitindo-se, por isso mesmo, a prática de atos por aqueles que aparentam ser o titular do direito, mas, em verdade, são funcionários com plenos poderes para gerenciar, inclusive e sobretudo para tomar decisões, afinal “tomam conta do negócio”.<sup>145</sup>

<sup>143</sup> BRASIL. STJ. AgRg no Ag 736.583/MG, rel. Min. Luiz Fux, Julgamento: 14/08/2007.

<sup>144</sup> O mesmo raciocínio vale para as intimações (art. 234, CPC c/c art. 238, parágrafo único, CPC): “[...] considerando não se mostrar crível que a carta devidamente encaminhada ao endereço da empresa-autora constante de seu estatuto social e da petição inicial, ainda que não recebida por seus representantes legais, não tenha chegado ao conhecimento destes, tem-se por atendida a exigência prevista no artigo 267, parágrafo 1º, do CPC. [...]”. BRASIL. STJ. REsp 1.094.308/RJ, rel. Min. Massami Uyeda, Julgamento: 19/03/2009.

<sup>145</sup> O direito norte-americano também se inclina nesta direção: “In actions against corporate or other organizational defendants [...] In most cases, personal delivery to an officer or agent of corporation who is likely to inform an appropriate corporate official of the receipt and content of the process suffices as service on the corporation, inasmuch as it affords reasonable assurance that the corporation has actual notice”. (FRIEDENTHAL; KANE; MILLER, 2005, p. 183).

A adoção da teoria da aparência tem, assim, consonância com a boa-fé objetiva, reverenciando a função instrumental do processo. A legislação já a chancela (art. 215, parágrafo 1º, CPC c/c art. 223, parágrafo único, CPC), mas é exegético buscar lhe atribuir um maior significado para atender situações outras, majorando a responsabilidade social (*rectius*: deveres anexos) do demandado perante o Estado, como destinatário de um ato estatal de comunicação.

Um bom exemplo se dá quando formado um litisconsórcio passivo entre sociedade empresária e seu avalista pessoa física, que também figura como representante legal daquela, algo corriqueiro. É de bom senso entender que a citação válida de qualquer um dos dois já torne implícita a ciência do segundo, sendo conveniente que o mandado já conste tal advertência específica (dever de esclarecimento do magistrado).

Ademais, deveria se entender válida a citação na pessoa de sócio minoritário, ainda que o contrato social expresse que o mesmo não tem poder de administração da sociedade. Ao menos este deverá ter a (mínima) responsabilidade de avisar – aparentemente avisará – a sociedade de que a mesma sofre demanda judicial. O raciocínio decorre da analogia da própria legislação processual, ao admitir a citação de pessoa jurídica estrangeira pelo gerente da filial ou agência, presumindo válida a ciência da sociedade (art. 12, parágrafo 3º, CPC); ou de administrador do imóvel encarregado do recebimento de aluguéis, quando o locador se ausentar do Brasil sem cientificar o locatário de que deixou na localidade procurador com poderes para receber citação (art. 215, parágrafo 2º, CPC). Parece razoável, todavia, somente permitir a citação do sócio minoritário, subsidiariamente, se já constar prévia diligência negativa nos endereços da sociedade e do sócio majoritário; constando também, no mandado, o aviso de que o sócio minoritário está apto a receber a comunicação (dever de esclarecimento do magistrado).

Explica-se algo importante: uma das formas malevolentes de obstar o andamento do feito pelo demandado é se furtar a receber a citação, a exigir reiteração ou novas diligências do meirinho nos endereços apurados pelo demandante. E mais: nem sempre estarão bem caracterizados os requisitos da citação por hora certa (art. 227, CPC), impedindo sua aplicação; e muitas vezes a baixo valor da dívida ajuizada e as duvidosas condições de solvabilidade do demandado, deixam pouco disposto o demandante a pugnar pela continuidade do feito, recolhendo antecipadamente as despesas para a dispendiosa citação por edital (art. 19, CPC), pois improvável o seu ressarcimento. Daí a necessidade da presente ponderação, pois o caminho da citação ficta pode esbarrar na inviabilidade prática, o que não é incomum.

Nos Juizados Especiais, diante da informalidade e da menor complexidade das causas, pelo valor econômico da pretensão/matéria envolvida, chegou-se a solução com tal moldura, extremando a exigência de “certa ciência”, em prol de outros valores constitucionais igualmente tutelados, como a efetividade <sup>146</sup> – até porque vedada a citação por éditos neste microsistema (art. 18, parágrafo 2º, lei nº 9.099/1995).

#### 4.2.1.2 Intimação

Afora a citação inicial do réu, condição indispensável como meio de abertura do contraditório (art. 214, CPC), todas as outras situações de comunicação processual, naturalmente intimações, direcionadas ao endereço correto, declinado na inicial ou contestação, serão consideradas presumidamente válidas, ainda que sem “certa ciência” do intimando, mesmo pessoa física, se o mesmo não atualizou o endereço nos autos, o que constitui ônus seu (art. 238, parágrafo único, CPC, acrescentado pela lei nº 11.382/2006).

Tal regramento faz inegável contribuição para a celeridade processual (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2007, p. 32), pois antes da alteração legislativa vigorava a necessidade de intimação pessoal e, se esta restasse negativa, de intimação por edital – abrangendo várias situações processuais (arts. 267, parágrafo 1º; 343, parágrafo 1º; 687, parágrafo 5º; CPC).

Pois bem, um ponto merece análise no cumprimento da sentença, na necessidade de intimação pessoal do executado quando não possua advogado (art. 475-J, CPC): se o réu for citado pessoalmente na fase cognitiva, sendo decretada sua revelia, defende-se que não será mais necessária a sua intimação pessoal após o trânsito em julgado, na fase executiva – conforme a inteligência dos efeitos processuais da revelia (art. 322, CPC). Sobressai a necessidade de uma prestação jurisdicional efetiva, pois, do contrário, seria mais vantajoso ao devedor se “ocultar” do processo, sem gastos com advogado e sem preocupação com a incidência da multa do cumprimento da sentença.

“Agravo de Instrumento. Cumprimento da sentença. Impugnação. Réu-revel. Desnecessidade de intimação pessoal. [...] A atual jurisprudência do STJ sinaliza no sentido da desnecessidade

<sup>146</sup> FONAJE: “Enunciado nº 5. A correspondência ou contra-fé recebida no endereço da parte é eficaz para efeito de citação, desde que identificado o seu recebedor”; Aviso nº 23/2008 - Enunciados dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro: “5.1.2 - A citação postal de pessoa física considera-se perfeita com a entrega de A.R. às **pessoas que residam em companhia do réu ou seus empregados domésticos**”. (grifo nosso).

de intimação do réu revel, inclusive para fins de eficácia da sentença, interpretando de forma ampla os termos do art. 322 do CPC. Incide, por certo, a multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC, na medida em que a fluência do prazo de 15 dias para o réu revel se dá independentemente de intimação. **Eximir o devedor da multa do art. 475-J do CPC, nas hipóteses em que sua revelia for confirmada na fase de cumprimento da sentença, apenas o estimulará a se ocultar desde o início da ação, furtando-se das citações e intimações reais (por mandado ou pelo correio), pois, além de não suportar a referida sanção, também se verá livre aquelas despesas inerentes ao comparecimento em juízo para se defender. Recurso que se nega seguimento**<sup>147</sup>. (grifo nosso).

#### 4.2.2 Responsabilidade patrimonial

A boa-fé objetiva também pode servir de lição para a exegese sobre a *penhorabilidade* de bens, como critério orientador. Tem lugar na fixação de maior responsabilidade social (*rectius*: deveres anexos) do executado, de seu patrimônio, perante o Estado, quando do processo/fase de satisfação de interesses em juízo.

Parece-nos que, na proporção do dever imputado ao executado de indicar onde estão seus bens passíveis de penhora, sob pena de atentado contra o exercício da jurisdição (arts. 652, parágrafo 3º; 656, parágrafo 1º; e 600, inciso IV, CPC), deverá ser adicionada uma interpretação menos protetiva do executado quanto à penhorabilidade, compondo com mais justiça a realização da execução no interesse do credor (art. 612, CPC) e a menor onerosidade ao devedor (art. 620, CPC).

Em outros termos: quer se aumentar o espectro da suportabilidade patrimonial, ainda que em *colaboração forçada do executado*, a partir de uma mais afinada exegese legal.

Um ponto interessante é extraído da possibilidade de penhora *on line* de ativos financeiros do executado porventura existentes, através do sistema BACEN-JUD. Não se nega que a penhora eletrônica constitui medida preferencial de constrição de bens (art. 655, inciso I, CPC)<sup>148</sup>, pois confere indiscutível celeridade e efetividade ao procedimento executivo. Pode-se, inclusive, argumentar que o uso deste sistema torna a penhora menos onerosa tanto ao Estado, se considerada a desburocratização dos atos processuais, como também para o

<sup>147</sup> BRASIL. TJ-RJ. Agravo de Instrumento 0050830-19.2010.8.19.0000, 1ª Câmara Cível, rel. Des. Maldonado Carvalho. Julgamento: 22/10/2010.

<sup>148</sup> “Processual Civil. Recurso Especial. Execução Civil (...) Incidente de processo repetitivo. I – Julgamento das questões idênticas que caracterizam a multiplicidade. Orientação [...] a) A penhora on line, antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.382/2006, configura-se como medida excepcional, cuja efetivação está condicionada à comprovação de que o credor tenha tomado todas as diligências no sentido de localizar bens livres e desembaraçados de titularidade do devedor. b) **Após o advento da Lei n.º 11.382/2006, o Juiz, ao decidir acerca da realização da penhora on line, não pode mais exigir a prova, por parte do credor, de exaurimento de vias extrajudiciais na busca de bens a serem penhorados.** [...]”. BRASIL. STJ. REsp 1.112.943/MA, rel. Min. Nancy Andrichi, Julgamento: 15/09/2010. (grifo nosso).

executado, hipótese em que não terá maiores gastos com o custo de registro da penhora, publicação de editais, dentre outros.

Sem nenhum óbice para o deferimento contra pessoas jurídicas devedores, outro entendimento foi levantado, porém, quanto às *pessoas físicas*, em sentido restritivo. Decidiu-se que “em se tratando o devedor de pessoa física, tal tipo de penhora deve ser examinada com cautela, pois poderá ser atingido o seu salário, bem impenhorável” e mais que “o fato da legislação eleger o dinheiro como o primeiro bem penhorável não afasta o exame das circunstâncias de cada caso concreto, tendo presente a regra do art. 620, do CPC”<sup>149</sup>.

Tal entendimento, a nosso ver, não corresponde ao ideal da boa-fé objetiva, na (mais adequada) repartição de responsabilidades, material e processual. Vale considerar que o legislador não fez qualquer distinção, além de que é impossível saber de antemão se o bloqueio recairá sobre valores de natureza alimentar. Em acréscimo da responsabilidade do executado, a ele competirá comprovar, posteriormente e se tiver interesse, que as quantias depositadas são impenhoráveis (art. 655-A, parágrafo 2º, *in fine*, CPC c/c art. 649, inciso IV, CPC).

Registre-se que o sistema jurídico já conta com elementos suficientes para compensar a deficiência dos mais fracos, não cabendo ao magistrado simplesmente ampliar o protecionismo legal, quando contrastado com a efetividade da execução.

“[...] 1. Sendo direito do exequente a penhora preferencialmente em dinheiro (art. 655, inciso I, do CPC), a impenhorabilidade dos depósitos em contas correntes, ao argumento de tratar-se de verba salarial, consubstancia fato impeditivo do direito do autor (art. 333, inciso II, do CPC), recaindo sobre o réu o ônus de prová-lo. 2. Ademais, à luz da teoria da carga dinâmica da prova, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria. [...]”<sup>150</sup>

Em similar raciocínio, vem se admitindo o *arresto executivo ou incidental* (art. 653, CPC) na forma *on line*, quando não encontrado o devedor, esgotadas as diligências cabíveis para sua localização – o que se entende, aqui, pelas certidões frustradas do meirinho nos endereços conhecidos, firmados no contrato cuja obrigação se cobra em juízo.

“[...] II Considerando que os executados não foram encontrados, frustrando-se a citação, impõe-se o arresto de seus bens, sendo certo que nada obsta que este se proceda por meio de bloqueio *on line*, posto que o dinheiro seja o primeiro na ordem legal, como estipula o art. 655, inciso I, do CPC. III - Precedentes desta Corte e do STJ. [...]”<sup>151</sup>.

<sup>149</sup> BRASIL. TJ-RJ. Agravo de Instrumento 0011297-53.2010.8.19.0000, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Paulo Maurício Pereira. Julgamento: 23/03/2010.

<sup>150</sup> BRASIL. STJ. REsp 619.148/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Julgamento: 20/05/2010.

<sup>151</sup> BRASIL. TJ-RJ. Agravo de Instrumento 0040092-69.2010.8.19.0000, 13ª Câmara Cível, rel. Des. Ademir Pimentel. Julgamento: 27/05/2011.

A finalidade precípua, mais uma vez, é dar efetividade a medida de constrição judicial de bens em garantia do Juízo, o que está em consonância com o espírito das últimas reformas legislativas da execução (leis nº 11.232/2005 e 11.382/2006), evitando as desmedidas oportunidades antes conferidas ao executado para resguardo de seu patrimônio.

A providência de apreensão provisória de ativos financeiros do executado força o seu comparecimento espontâneo (art. 214, parágrafo 1º, CPC), ainda que para dizer que o bloqueio foi indevido. Estimula-se, à força, a cooperação do executado. Há, ainda, o caráter de reversibilidade – afinal o valor fica bloqueado numa conta judicial, não sendo disponibilizado automaticamente ao credor –, pelo que se demonstra prudente o seu deferimento para prestigiar o vestígio de efetividade que se avizinha.

Noutro giro relacionado ao tema da *impenhorabilidade*, afirma-se que limites devem ser impostos para evitar situações anti-solidárias, que exorbitem daqueles bens ditos essenciais, criando exagerada proteção ao devedor, distanciada até mesmo da realidade brasileira. Quer se dizer que não poderiam estar resguardados da responsabilidade patrimonial os bens considerados luxuosos pela grande maioria da população brasileira – como, por exemplo, aparelho de DVD, máquina de lavar louça, forno de microondas, dentre outros, aqui entendidos como bens nada indispensáveis ao uso doméstico<sup>152</sup>.

Visa-se obstar verdadeira desigualdade diante do prestígio ao mero conforto do devedor em detrimento do credor – que também deve ter sua dignidade protegida – e do próprio sistema jurídico. Ao se seguir o posicionamento atual, num exemplo radical, poderá ser legitimada uma surreal situação em que um credor que não tenha um eletrodoméstico de tal qualidade, não possa obter a expropriação deste, em virtude da proteção da “sobrevida apropriada” do devedor. Não há lógica em considerar o bem essencial somente ao devedor.

Deve ser recordado ainda que a penhorabilidade constitui a regra (art. 591, CPC), cabendo interpretar as exceções restritivamente (art. 649/650, CPC c/c lei nº 8.009/1990). Numa iniciativa digna de aplausos, o NCPC amplia a responsabilidade patrimonial, passando a permitir a penhora do salário de alta monta, desde que relativos às importâncias recebidas superiores a cinquenta salários mínimos mensais, quando a verba salarial perderá seu caráter

---

<sup>152</sup> O pensamento exposto não reflete a jurisprudência atual prevalente: “[...] São impenhoráveis os móveis guarnecedores de um imóvel de família, recaindo a proteção do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.009/90, não só aqueles indispensáveis à habitabilidade de uma residência, mas também os usualmente mantidos em um lar comum. [...]”. BRASIL. STJ. AgRg no Ag 822.465/RJ, rel. Min. José Delgado, Julgamento: 17/04/2007; “Agravo de Instrumento. Penhora de DVD e computador pessoal. Impossibilidade. Bens que, quando encontrados em única unidade na residência do executado, adquirem caráter de essencialidade, mormente à luz do cotidiano atual da sociedade moderna, cuja inobservância pelo juízo da execução coloca em xeque, obliquamente, o princípio da dignidade da pessoa humana. [...]”. BRASIL. TJ-RJ. Agravo de Instrumento 0014858-56.2008.8.19.0000, 12ª Câmara Cível, rel. Des. Mario Guimarães Neto. Julgamento: 10/11/2008.

alimentar <sup>153</sup>. Tal dispositivo revive um dispositivo vetado <sup>154</sup> da lei nº 11.382/2006, que admitia a penhorabilidade de parcela de salário de alta monta, no percentual de 40% do total recebido (art. 649, parágrafo 3º, CPC).

Por conseguinte, fez-se nota neste tópico de mais um fator de aumento de responsabilidade das partes, em colaboração ainda que involuntária, mas relevantíssima, para o êxito da empreitada jurisdicional.

#### 4.2.2.1 Desconsideração da personalidade jurídica

A *disregard of legal entity* constitui medida excepcional ao princípio da personificação societária, momentânea e para o caso concreto – eficácia episódica da separação patrimonial –, de penetração no patrimônio particular dos sócios para que respondam subsidiariamente pelas obrigações da sociedade (art. 592, inciso II, CPC), uma vez cientificados processualmente, nos mesmos autos da ação em curso. É instituto do direito material, portanto, com reflexo no processo.

Funda-se tal teoria no fato de que sendo a pessoa jurídica criação da lei (art. 44/45, CC), não pode ela ser utilizada como meio de se obter resultado repellido pelo direito, como se fosse um manto a acobertar condutas abusivas. “A desconsideração da personalidade jurídica é artifício destinado à profilaxia e terapêutica da fraude à lei” <sup>155</sup>.

“[...] A responsabilidade dos sócios não se limita à proporção de suas cotas na participação do capital social, mas, sim, em virtude de prejuízo perpetrado pela pessoa jurídica a terceiro de boa-fé, orientação que se consagra com o advento do novo Código Civil que se consolidou o princípio da boa-fé objetiva. [...]” <sup>156</sup>.

<sup>153</sup> NCPC: “Art. 790. São absolutamente impenhoráveis: [...] IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal; [...] Parágrafo 2º. O disposto no inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia, **bem como relativamente às importâncias excedentes a cinquenta salários mínimos mensais**”. (grifo nosso).

<sup>154</sup> A mensagem de veto nº 1.047, de 06/12/2006, reconhecia a razoabilidade da medida, seguindo caminho diverso, porém, através de justificativa remota e superficial: “[...] A proposta parece razoável porque é difícil defender que um rendimento líquido de 20 vezes o salário mínimo vigente no País seja considerado como integralmente de natureza alimentar. Contudo, pode ser contraposto que a tradição jurídica brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração [...]”.

<sup>155</sup> BRASIL. STJ. REsp 401.081/TO, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Julgamento: 06/04/2006.

<sup>156</sup> BRASIL. TJ-RJ. Apelação 0126572-67.1998.8.19.0001, 1ª Câmara Cível, rel. Des. Maldonado de Carvalho. Julgamento: 01/09/2010.

Havendo desvio de finalidade – quando a sociedade tenha sido utilizada para fraudar terceiros –, ou confusão patrimonial – na inexistência fática de separação patrimonial entre os bens da pessoa jurídica e de seus sócios –, poderá ser atribuída responsabilidade pessoal aos sócios. É a teoria maior da desconsideração da pessoa jurídica, regra geral do sistema pátrio (art. 50, CC) <sup>157</sup>, de modo que o mero descumprimento de uma obrigação ou falta de patrimônio da sociedade não se demonstram suficientes, em princípio, para gerar a desconsideração.

Contudo, diversa situação ocorre no *fechamento da sociedade devedora, sem dar baixa nos respectivos registros, omitindo pagamento aos credores*. Nesta hipótese, outros contornos foram dados pela jurisprudência, bem assemelhados à criação de deveres anexos que ora se defende, de modo a permitir a desconsideração da personalidade jurídica. Sumulou-se que a não localização da sociedade devedora em endereço cadastrado junto ao Fisco representa indício caracterizador de dissolução irregular, o que possibilita e legitima o redirecionamento da execução fiscal ao sócio-gerente <sup>158</sup>.

Decerto, uma sociedade empresária não cumpre a finalidade para o qual foi criada quando, imotivadamente, desonra suas obrigações perante seus credores e, também de forma indefinida e sorrateira, deixa de existir de fato – mas não de direito –, como se simplesmente “evaporasse”, sem qualquer responsabilidade pelos acontecimentos.

Desse modo, havendo irregular extinção da atividade empresarial e comprovada insolvência e inatividade, restará configurado de forma latente o abuso de direito, tornando-se cabível a adoção da desconsideração da personalidade jurídica, para incluir seus representantes legais no pólo passivo da presente demanda.

“[...] Dissolução irregular da empresa executada. Indisponibilidade dos bens dos sócios. Possibilidade. O sócio de sociedade por cotas de responsabilidade limitada responde com seus bens particulares por dívida da sociedade quando dissolvida esta de modo irregular. Desconsideração da personalidade jurídica que é corolário do princípio da efetividade da tutela jurisdicional, não representando ofensa aos princípios constitucionais. [...]” <sup>159</sup>

“[...] Demonstrada à sociedade o estado de insolvência da empresa, caracterizado pelo encerramento irregular de suas atividades comerciais, pela existência de inúmeros títulos protestados e ações judiciais, bem como pela insuficiência de bens para honrar o pagamento

<sup>157</sup> NCCP: “Art. 77. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado na forma da lei, o juiz pode, em qualquer processo ou procedimento, decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica ou aos bens de empresa do mesmo grupo econômico”.

<sup>158</sup> Verbete nº 435, das súmulas do STJ: “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio gerente”.

<sup>159</sup> BRASIL. TJ-RJ. Agravo de Instrumento 0057913-86.2010.8.19.0000, 10ª Câmara Cível, rel. Des. Marília de Castro Neves. Julgamento: 13/04/2011.

de suas dívidas, impõe-se a desconsideração da personalidade jurídica da mesma, para que os bens particulares dos seus sócios proprietários respondam pelo débito exequendo. [...]”<sup>160</sup>

Não há razão para não estender o entendimento sumulado para as execuções entre particulares, aprimorando o mote da boa-fé objetiva na interpretação da norma jurídica. Responsabiliza-se a sociedade pelos atos negligentes que praticar, abonando a segurança jurídica dos atos negociais.

Cabe ponderar que depois de deferida a desconsideração da personalidade jurídica ainda terão oportunidade os representantes legais da executada para reclamar o benefício de ordem (art. 596, CPC), na indicação dos “ocultos” bens da sociedade, que até o momento se entendem como inexistentes.

Há inevitável aproximação à teoria menor da desconsideração, a qual para incidir independe da existência do desvio de finalidade ou confusão patrimonial, bastando a prova da insolvência, como se vê em nosso ordenamento no direito ambiental (art. 4, lei nº 9.605/1998) e consumerista (art. 28, parágrafo 5º, CPC); porém, no exemplo estudado da dissolução irregular, faz-se interpretação ampla do que seja abuso de direito, sem o dispensar.

Cabe acrescentar que a qualidade de minoritário não exime o sócio de responder com seu patrimônio pessoal, excepcionalmente, perante terceiros. A inscrição no contrato social lhe bonifica quando verificado lucro empresarial, devendo simetricamente lhe trazer algum ônus, mormente nesta hipótese geral de dissolução irregular da sociedade, em que se vê menos relevante qualquer alegação de ausência do poder de administrar a sociedade. É mais razoável imputar qualquer prejuízo financeiro ao sócio minoritário do que ao credor de boa-fé, sem contar que o primeiro poderá agir regressivamente depois em face dos outros sócios, a quem se uniu com certa afeição na constituição social.

“[...] A condição de sócio minoritário não torna, em tese, a parte imune de ser alcançada pelos efeitos da decisão que desconsidera a personalidade jurídica da sociedade da qual participa. [...]”<sup>161</sup>.

O regramento expresso do Código Civil não afeta a evolução jurídica da matéria, merecendo uma interpretação teleológica. É o que se dá, igualmente, na aplicação inversa da teoria da *disregard doctrine* – algo como a desconsideração da personalidade “física” –

<sup>160</sup> BRASIL. TJ-MG. Agravo de Instrumento 133637/2008, 1ª Câmara Cível, rel. Des. Vandymara G. R. P. Zanolo. Julgamento: 20/07/2010.

<sup>161</sup> BRASIL. TJ-RJ. Agravo de Instrumento 0067439-77.2010.8.19.0000, 1ª Câmara Cível, rel. Des. Maldonado de Carvalho. Julgamento: 13/01/2011.

quando há evidência de que o devedor, pessoa física, se valeu da sociedade à qual pertence para blindar/ocultar seus bens particulares

“[...] Desconsideração da personalidade jurídica inversa. [...] III – A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. IV – Considerando-se que a finalidade da disregard doctrine é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que pode ocorrer também nos casos em que o sócio controlador esvazia o seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica, conclui-se, de uma **interpretação teleológica do art. 50 do CC/02**, ser possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica, de modo a atingir bens da sociedade em razão de dívidas contraídas pelo sócio controlador, conquanto preenchidos os requisitos previstos na norma. [...]”.<sup>162</sup> (grifo nosso).

#### 4.2.3 Moratória legal

A legislação processual instituiu uma espécie de moratória (favor) legal a favor do executado. Logo citado, poderá este reconhecer expressamente a dívida – técnica de encorajamento –, no prazo para embargos (art. 738, CPC), requerendo seja admitido um pagamento parcelado da dívida, em seis vezes, desde que haja um depósito imediato de no mínimo 30% do valor em execução (art. 745-A, CPC, e repetido no art. 872, NCPC). Por conseguinte, admitida a moratória, haverá a suspensão dos atos executivos até o integral pagamento, em nova hipótese atrelada ao art. 791, CPC.

Como se desenhou o dispositivo, uma vez preenchidas as condições legais, será cogitado de um direito do executado ao parcelamento, não podendo o juiz indeferir o parcelamento, nem mesmo o exequente dele se opor (DIDIER JR.; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 359).

Ocorre que não há previsão legislativa direta de *aplicação da moratória legal ao cumprimento da sentença*, o que levanta controvérsias. Em sentido afirmativo, pela utilização subsidiária do regramento do processo de execução de título extrajudicial (art. 475-R, CPC), segue a argumentação de que o parcelamento atua “equilibrando o direito do credor de receber o que lhe é devido e o do devedor de pagar da forma que lhe traga menor prejuízo” (art. 620, CPC), sem contar, ainda, que “beneficia o exercício da função jurisdicional ao promover a celeridade e a economia processual”<sup>163</sup>. Costuma-se dizer também que a

<sup>162</sup> BRASIL. STJ. REsp 948.117/MS, rel. Min. Nancy Andrighi, Julgamento: 22/06/2010.

<sup>163</sup> BRASIL. TJ-RJ. Agravo de Instrumento 0038158-47.2008.8.19.0000, 2ª Câmara Cível, rel. Des. Elisabete Filizzola. Julgamento: 26/11/2008.

execução e seus meios expropriatórios tendem a demorar mais do que o prazo da moratória prevista em lei (HARTMANN, 2010, p. 75), o que constitui uma verdade prática.

Porém, o raciocínio que se quer defender é em sentido discordante, na busca de uma exegese da norma jurídica mais afinada com a proposição de aumento da responsabilidade dos sujeitos processuais pela efetividade do instrumento. Deve-se negar a imposição obrigatória de tal moratória no cumprimento da sentença, devendo o juiz instar o credor para se manifestar se tem interesse no parcelamento, ou prosseguir com a execução forçada. Fugiria do bom senso entender que um devedor que tenha aparentes meios de efetuar o pagamento imediato da soma total devida pudesse livremente postergar (não colaborar com) o cumprimento da condenação judicial.

“Seria um novo e pesado ônus para o credor, que teve de percorrer a longa e penosa via crucis do processo condenatório, ter ainda de suportar por mais seis meses para tomar as medidas judiciais executivas contra o devedor renitente [...] O cumprimento da sentença desenvolve-se sumariamente e pode atingir, em breve espaço de tempo, a expropriação do bem penhorado e a satisfação do valor da condenação”. (THEODORO JR., 2007b, p. 464).

Do contrário, como dito, haveria inversão dos valores perseguidos, afinal o cumprimento da sentença vem a requerer sempre o pagamento integral da dívida, incitado pela possibilidade de incidência da multa (art. 475-J, CPC). Aliás, o depósito parcial de 30% não livraria o devedor da incidência da multa quanto ao restante (art. 475-J, parágrafo 4º, CPC). Concluindo, considera-se que houve omissão intencional do legislador, em estímulo à efetividade do cumprimento da sentença.

“[...] O instituto do parcelamento previsto no art. 745-A do CPC pretende viabilizar de forma mais célere o pagamento do débito, nas execuções de título extrajudicial. Porém, **o referido dispositivo não se aplica ao cumprimento de sentença, eis que já há condenação, transitada em julgado, sendo certo que o executado tem a obrigação de dar cumprimento ao julgado e não obter estímulos para cumpri-la.** Ademais, o Juízo deveria ter determinado que a parte credora se manifestasse sobre o pleito do devedor, o que não ocorreu, uma vez que o autor já havia pleiteado a penhora *on line*. [...]”<sup>164</sup> (grifo nosso).

#### 4.2.4 Execução provisória

No estudo das espécies de execução, faz-se uma divisão ligada a sua definitividade. Quando o direito estiver acertado, será o caso de execução definitiva, o que ocorre no mais

<sup>164</sup> BRASIL. TJ-RJ. Agravo de Instrumento 0031696-06.2010.8.19.0000, 15ª Câmara Cível, rel. Des. Helda Lima Meireles. Julgamento: 13/07/2010.

das vezes quando transitada em julgado a sentença condenatória (art. 475-I, parágrafo 1º, primeira parte, CPC). Nesse caso, o título é realmente terminante, por isso com eficácia plena, realizando-se os atos executivos sem qualquer limitação, dentro dos autos principais.

Já a execução provisória é lastreada em título executivo interino. Seu exemplo clássico se dá quando a sentença for atacada por recurso recebido meramente no efeito devolutivo (art. 475-I, parágrafo 1º, segunda parte, CPC c/c art. 520, segunda parte, CPC). Não sendo obstada a eficácia do título judicial – não tendo o recurso efeito suspensivo <sup>165</sup> –, poderá ser iniciada a execução provisória, ganhando tempo o então credor – com a realização antecipada de busca de bens, efetivação da penhora, avaliação de bens, processamento da impugnação do devedor, etc. –, enquanto pendente o julgamento do recurso (art. 521, CPC) <sup>166</sup>.

Em linhas gerais sobre a execução provisória, cabe esclarecer que o adiantamento ou antecipação da eficácia executiva se desenvolve de forma limitada, diante do risco de reversão da decisão pelo provimento do recurso (art. 475-O, inciso II, CPC). Assim é que o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem em alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea a ser prestada pelo exequente, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos (art. 475-O, inciso III, CPC) – admitindo sua dispensa em casos excepcionais (art. 475-O, parágrafo 2º, CPC)

Com efeito, se for dado ao final provimento ao recurso, revertendo a decisão que se executava provisoriamente, será atribuída responsabilidade ao exequente de reparar os danos que o executado tenha sofrido (art. 475-O, inciso I, CPC c/c art. 574, CPC); se o recurso for improvido por decisão transitada em julgado, mantendo-se o título que se executava provisoriamente, naturalmente haverá a transformação da execução provisória em definitiva.

O primeiro ponto deste tópico que toca o processo colaborativo é a *aplicabilidade da multa prevista no art. 475-J no “cumprimento provisório da sentença condenatória”*, pela atitude do condenado em não obedecer pontualmente o comando jurisdicional, recorrendo da decisão.

A Corte Especial do STJ buscou pacificar a controvérsia, entendendo pela inocorrência da multa, em decisão relativamente recente <sup>167</sup>. O descabimento foi embasado

---

<sup>165</sup> A não suspensividade constitui a máxima do NCPC, favorável ao vencedor da demanda de conhecimento “Art. 949. Os recursos, salvo disposição legal em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão. [...]”. Corrige-se uma contradição do sistema processual vigente, em admitir a obtenção de antecipação de tutela no curso do procedimento de 1º grau e bloquear a execução de sentença na pendência de apelação. (MARINONI; ARENHART, 2008c, p. 355).

<sup>166</sup> Outra hipótese corriqueira de execução provisória se dá na efetivação de decisão concessiva de tutela antecipada (art. 273, parágrafo 3º, CPC), já que o título judicial ainda não se formou de forma definitiva (art. 273, parágrafo 4º, CPC).

<sup>167</sup> BRASIL. STJ. REsp 1.59.478/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Julgamento: 15/12/2010.

pela exigência da definitividade como requisito de sua incidência, decorrente do trânsito em julgado, sendo notável que o supracitado dispositivo da legislação processual se utiliza dos termos “condenado” e “condenação”. Apresentam-se outros argumentos: a própria lei faculta ao vencido recorrer da decisão, garantindo-lhe, ainda que implicitamente, o duplo grau de jurisdição; além do que a referida multa visa estimular o pagamento definitivo, e na execução provisória o devedor apenas garantiria o juízo.

“[...] Ora, não há razoabilidade em forçar, sob pena de multa, o cumprimento voluntário por parte do devedor que lançou mão de recurso sem efeito suspensivo e nutre a esperança de que o título venha a ser reformado ou anulado, por mais remota que seja a chance. O pagamento do valor correspondente ao crédito caracteriza, sim, aceitação tácita da decisão, por ser ato incompatível com a vontade de recorrer (art. 503, parágrafo único, do CPC), acarretando a inadmissibilidade do recurso manejado. É uma nítida hipótese de preclusão lógica [...]”. (DIDIER, 2006, p. 205).

Faz-se oposição neste trabalho a tal juízo interpretativo da legislação, pelo amansamento da completude do direito de o credor executar a decisão judicial eficaz de imediato (sem efeito suspensivo). É justamente o contrário que se pretende no mote da boa-fé objetiva: não permitir que os litigantes se sirvam do instrumento com destino a procrastinação, algo que seria anti-solidário aos fins do processo.

Mais ponderado é admitir a incidência da multa, tornando prestigiosa a efetividade da prestação jurisdicional interina – recomendando-se que haja prévia advertência do juízo (dever de esclarecimento do julgador). Do contrário, seria como outorgar certo efeito suspensivo da decisão a qualquer recurso interposto (TARZIA, 1998, p. 69/71), com franco estímulo a delonga, passando o recado de que o condenado deve mesmo obstruir o cumprimento da decisão, até que seja julgado o recurso.

A exegese defendida leva em conta que se houver razoável probabilidade de que o recurso seja provido, provavelmente incidirá o efeito suspensivo à decisão (art. 475-M, CPC), obstruindo qualquer atividade executiva, inclusive a multa; se tal não ocorreu, mais provável se demonstrará que o executado não tenha direito, sendo este um dever anexo que o mesmo deverá suportar.

Seguindo o desiderato de desencorajamento do não cumprimento de condenação, o NCPC tem a aspiração de permitir a incidência da multa na execução provisória, sem incompatibilidade (preclusão lógica) com a simultânea possibilidade de interposição de recurso; contudo, o depósito para afastar a multa importará na renúncia ao direito de

apresentar impugnação ao cumprimento da sentença <sup>168</sup> – o que constitui novo reflexo da boa-fé objetiva processual.

Avançando para um segundo ponto deste tópico que se pode aproximar ao trabalho ora desenvolvido, cabe verificar a viabilidade de *exigência de caução na execução provisória de título executivo extrajudicial*, caso esta seja entendida como possível.

Em referência aos títulos extrajudiciais, vale dizer que a regra é a definitividade da execução. No entanto, inovou a lei nº 11.382/2006, ao dispor que, em certa ocasião processual, a execução de título extrajudicial, iniciada de forma definitiva, poderá se tornar posteriormente provisória (art. 587, segunda parte, CPC).

Cogita-se da hipótese concreta em que o executado, devidamente citado, tenha apresentado embargos, sendo estes recebidos com efeito suspensivo – paralisando, portanto, a execução, o que já retrata uma exceção (art. 739-A, parágrafo 1º, CPC) –, e, posteriormente julgados improcedentes. Esta sentença é impugnada pelo executado/embargante via recurso de apelação. Como tal apelo somente é recebido no efeito devolutivo (art. 520, inciso V, CPC), conclui-se que a referida sentença possui aplicabilidade imediata – de modo a retirar a suspensividade da execução que lhe foi atribuída inicialmente pelos embargos, afinal julgada a ação-defesa, ao final, improcedente –, tornando a execução apta a produzir efeitos, provisoriamente, pois o recurso ainda será julgado.

Segundo o dispositivo comentado, em se tratando de nova hipótese de execução provisória, será exigida caução a ser prestada pelo exequente para o levantamento de depósito em dinheiro e práticas de atos que importem em alienação de propriedade (art. 475-O, inciso III, CPC).

“Parece, assim, que, ao considerar que a execução passa a prosseguir como provisória, na pendência de apelação interposta contra sentença que tenha rejeitado os embargos, o legislador quis, com a prestação de caução pelo exequente amenizar o maior rigor dos atos executivos que, com a reforma, lei nº 11.382/2006, passarão a pesar sobre o patrimônio do devedor”. (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2007, p. 61).

Porém, a inteligência legal vai de encontro ao ideal de efetividade da prestação jurisdicional e não partilha o ônus da demora processual, impondo uma situação desvantajosa ao credor, que já detém um título executivo extrajudicial, bem como já foi vencedor nos embargos ajuizados pela parte diversa. Desta feita, a interpretação da norma legal deve

---

<sup>168</sup> NCPC: “Art. 506. [...] Parágrafo 1º. A multa a que se refere o §1º do art. 509 é devida no cumprimento provisório de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa. Parágrafo 2º. Se o executado comparecer tempestivamente e depositar o valor, com a finalidade de isentar-se da multa, o ato não será havido como incompatível com o recurso por ele interposto na fase de conhecimento. Parágrafo 3º. O depósito a que se refere o §2º, importa renúncia ao direito de impugnar o pedido de cumprimento de sentença; todavia, o levantamento do depósito dependerá da prestação de caução na forma do inciso IV”.

caminhar no sentido da inexigência de o credor prestar qualquer garantia, sem que haja limitação para a prática de atos executivos. Aqui, não se deve mais exigir qualquer colaboração do exequente, caucionando um feito que se desenvolve a seu favor.

Antes mesmo do famigerado art. 587, CPC, já havia se consolidado tal entendimento nas súmulas do STJ <sup>169</sup>. Após a vigência da lei nº 11.382/2006, a despeito de uma interpretação literal do dispositivo, voltou o mesmo órgão julgante a defender a posição sumulada, em demonstração da força interpretativa da jurisprudência. Defende-se ocorrente a execução definitiva *in casu*, pois não se está executando a sentença dos embargos senão o título mesmo que foi impugnado por aquela oposição do devedor.

“Embargos de Divergência. Processo Civil. Execução. Título extrajudicial. Embargos. Apelação. Caráter definitivo da execução. 1. É definitiva a execução fundada em título extrajudicial, ainda que pendente de julgamento a apelação contra sentença de improcedência dos embargos do devedor. Inteligência do art. 587 do CPC. Súmula n.º 317 do STJ. 2. Embargos de divergência acolhidos”. <sup>170</sup>

Melhor impor eventual risco ao devedor, que originou a contenda judicial ao descumprir a obrigação originariamente, do que ao credor cujo comportamento em nada se pode dizer mal. Explica-se: se, por hipótese, o recurso do embargante ao final for provido, não ficará o exequente livre de responsabilidade, cabendo à parte adversa buscar seu ressarcimento, por certo de uma forma mais dificultosa, afinal não houve prévio caucionamento em garantia.

“[...] 4. Deveras, **a lei prevê indenização para a hipótese de execução provisória, com muito mais razão deve conceber esta responsabilidade gerada pela execução definitiva, cuja obrigação vem a ser declarada inexistente.** Desta sorte, pendendo o recurso de decisão que julgou os embargos improcedentes, o exequente poderá optar entre seguir com a execução definitiva, tal como procedia antes da interposição dos embargos, sujeitando-se ao disposto no artigo 574, do CPC, ou aguardar solução definitiva do juízo *ad quem*. [...]”. <sup>171</sup> (grifo nosso)

Vale anotar que a execução provisória ligada à execução por título extrajudicial, ora prevista no art. 587, CPC/1973, não subsiste no NCPC.

<sup>169</sup> Verbetes nº 317, das súmulas do STJ: “É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos”.

<sup>170</sup> BRASIL. STJ. EREsp 243.245/SP, rel. Min. Laurita Vaz, Julgamento: 06/08/2008.

<sup>171</sup> BRASIL. STJ. AgRg no REsp 723.522/SP, rel. Min. Luiz Fux, Julgamento: 08/08/2006.

## CONCLUSÃO

Se as relações sociais evoluem no sentido de uma crescente solidariedade, outro não poderá ser o caminho do processo, sob pena de vê-lo como uma estrutura isolada do mundo em que está inserido. É dizer que cabe organizar a realidade processual através da conscientização das premissas magnas (art. 3, inciso I, CF), no desejo de um processo pluralista e participativo, e nos moldes do modelo político da democracia.

Nessa esteira, dando ocasião à evolução da técnica processual, sobressai a elevação de um comportamento colaborativo – necessariamente leal, veraz e laborioso – entre os protagonistas da cena judiciária, em contribuição para uma decisão mais justa e efetiva.

O resgate dos valores éticos, mormente a partir da abertura principiológica proveniente do contexto constitucional, constitui um compromisso do processo colaborativo; e ir ao seu encontro não é menos do que próprio objetivo estatal, decorrente dos fins publicísticos ora ditados ao instrumento.

Valorizam-se, no fundo, as boas condutas, sem as quais, aliás, não haveria de marchar um instrumento com mutualidade de interesses e deveres.

Em seu turno, resta manifesta a necessidade de aprimorar o diálogo processual. Defender o contraditório participativo é humanizar o processo, aumentando a interação entre os personagens que ali atuam. Assegura-se que as partes tenham o direito de aportar elementos para formação do convencimento judicial (art. 93, inciso IX, CF); e, ao mesmo tempo, realiza-se um processo inspirado no critério da igualdade substancial (art. 5, *caput*, CF), devendo o juiz remover os obstáculos que comprometem a paritária participação no feito (art. 5, inciso LV, CF).

Flagrante, portanto, a afeição do modelo processual colaborativo aos fins constitucionais.

A partir daí, pôde se desenvolver um raciocínio de que todos aqueles que atuam processualmente devem ser (mais) responsáveis pela empreitada judicial. A leitura correta do aumento de deveres e obrigações das partes, em restrição óbvia e necessária à sua liberdade, concorre para o equilibrado dimensionamento das posições e oportunidades dos pólos adversos no processo.

O preconizado ativismo judicial na direção e coordenação do processo, por sua vez, exhibe-se perfeitamente conciliável com o ativismo das partes, conscientes e cooperantes. Acresça-se que o recíproco controle de atividades desenvolvidas no processo, uma vez

estimulada a escurta participação (deveres de esclarecimento, prevenção, auxílio e consulta), não deixa margem para a supremacia indefinida do julgador, ou de quem quer que seja.

No que toca à normatividade, deixe estar a injunção de que o ordenamento jurídico fique sempre atento para coibir condutas desleais e o escárnio ao tribunal, retirando as raízes de um comportamento anti-solidário; é atalhar a concepção de que as normas instrumentais possam ser utilizadas como um refúgio da impunidade, constituindo fonte de instabilidade social. Por tudo, são deveres de colaboração em sentido negativo, para que não haja prejuízo à gama de deveres morais traduzida em normas jurídicas.

Em contraponto, o atuar cooperativo que realize a norma jurídica deve ser estimulado, mediante as técnicas de encorajamento – caminho agradável do prêmio ou da vantagem –, bem como de desencorajamento – caminho desagradável da coerção ou oneração –, em organização hábil e contrabalançada do regramento processual, capaz de vencer a vontade do litigante.

Enfim, reconhece-se que o método processual deve constituir um veículo apto a permitir que a jornada para efetivação de direitos seja curta e segura. Cabe censurar as brechas intermináveis do instrumento que prenunciam e consomem injustiças, não condizendo, decerto, com um Estado que se brada constitucional.

Seguindo tais tendências, o NCPC adota uma postura em favor da contenção desse fenômeno unitário de má-utilização do processo, e também da colaboração entre os sujeitos processuais, como amplamente demonstrado.

De qualquer forma, o penoso não é o espaço na legislação processual vigente para combater e punir a má-fé, uma vez aceito como razoável e com a vastidão necessária, mormente diante da previsão de cláusulas genéricas. A senda para melhorar o instrumento, ampliando o cenário de vigilância, com ou sem reformas legislativas, é recorrer a uma melhor exegese dos institutos existentes.

Diz-se isso porque as condutas impostas pelo princípio da lealdade, e a decorrente proteção normativa contra sua violação – ainda que *de lege ferenda*, em nossa visão – estão muito longe de criar um autêntico interesse da parte em agir conforme a lei (GRECO, 2011, p. 469).

O cenário da boa-fé objetiva se delineia, por conseguinte, como técnica adequada para alinhar o exercício da atividade processual ao ideal colaborativo. Como se buscou provar, o formalismo normativo não pode servir como estribo ao litigante sem probidade, na elaboração

de reveses ao desenrolar do procedimento, que criem entraves à adequada distribuição de justiça.

Em visão mais aberta daquilo que pode ser chamado de um processo colaborativo, tomou-se o rumo de ponderar os deveres e garantias inerentes ao processo, em várias situações postas, a partir desta objetividade da boa-fé, sem qualquer absolutismo, nem aplicação mecânica/impensada da legislação. A serventia foi quebrar qualquer dissintonia, reveladora de crise, entre a atividade jurisdicional e a realização contígua de diversas liberdades processuais pelos litigantes, que possam, mesmo que indiretamente, ferir o ideal solidário.

De modo adequado aos novos tempos, clama o processo colaborativo por mais participação, ampliação de responsabilidades quanto ao labor desempenhado, além de um maior rigor legal e/ou interpretativo, para retirar qualquer engodo na atuação processual, blindando o ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

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

AMPUERO, Ivan Hunter. *No hay buena fe sin interés: la buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración*. Revista de Derecho (Valdivia, Chile), v. XXI, nº 2, Diciembre 2008, p. 151-182. Disponível em: <  
<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v21n2/art07.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2011.

ARENHART, A *doutrina brasileira da multa coercitiva – três questões ainda polêmicas*. In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais / coordenação José Miguel Garcia Medida et al. São Paulo: RT, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*; trad. Pietro Nassetti. 4 ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: RT, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*; trad. Maria Celeste C. J. Santos. 10 ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007a.

\_\_\_\_\_. *Tutela antecipada*, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007b.

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

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 6 ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1960.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados especiais cíveis estaduais e federais*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAMBI, Eduardo. *Apontamentos sobre a reforma da execução de títulos extrajudiciais (lei 11.382, de 06/12/2006)*. In: SANTOS, Ernani Fidélis dos (coord.). *Execução Civil: Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 732-756.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. *A ética e os personagens do processo*. Revista Forense, v. 358, 2001, p. 347-353.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4 ed. Montevideo: B de F, 2005.

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DE LA RÚA, Fernando. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1991.

DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual Português*. 1 ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

\_\_\_\_\_; *Curso de direito processual civil*, vol. 1. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2007a.

\_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2007b.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*, vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2009.

DIDIER JR., Fredie; ANDRADE, Daniele. *Execução provisória e a multa do art. 475-J*. In: Aspectos polêmicos da nova execução. São Paulo: RT, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*, vol. I. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004a.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*, vol. II. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004b.

\_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. 4 ed., Thomson – West, St. Paul, 2005.

FUX, Luiz. *O novo processo civil*. In: O novo processo civil brasileiro – direito em expectativa (reflexões acerca do projeto do novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. *Tutela de segurança e tutela de evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GARNER, Brian A. *Black's law dictionary*, Abridged Ninth Edition, West 2010 Thompson Reuters, St. Paul.

GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real*. In: Leituras complementares de processo civil. 6 ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: O processo justo*. Publicado em: 18 março 2002. Disponível em: < [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=429](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429) >. Acesso em: 06 Jan 2011.

GRECO, Leonardo. *A crise no processo de execução*. In: Estudos de direito processual. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 07-88.

\_\_\_\_\_. *A reforma do poder judiciário e o acesso à justiça*. In: Estudos de Direito Processual. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 583-621.

\_\_\_\_\_. *O princípio do contraditório*. In: Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 541-556.

\_\_\_\_\_. *Instituições de processo civil – introdução ao direito processual civil*, vol. 1. 3 ed. Forense, 2011.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1999.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *A execução civil*. Niterói: Impetus, 2010.

\_\_\_\_\_. *Recursos cíveis & outros temas*. Niterói: Impetus, 2011.

KANE, Mary Kay, *Civil procedure in a nut shell*. 5 ed., Thompson – West, St. Paulo, 2003.

LOPES, João Batista. *Contraditório, paridade de armas e motivação da sentença*. In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais / coordenação José Miguel Garcia Medida et al. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, v. 17, n. 68. Publicado em: 01 outubro 2009. Disponível em: < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/31725> >. Acesso em: 10 ago 2010.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*, São Paulo: RT, 2008a.

\_\_\_\_\_. *Processo de conhecimento*, vol. 2. 7 ed. São Paulo: RT, 2008b.

\_\_\_\_\_. ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*, vol. 3. 2 ed. São Paulo: RT, 2008c.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do processo*, vol. 1. 2 ed. São Paulo: RT, 2007.

MASCIOTRA, Mario. *La conducta procesal de las partes*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

MILMAN, Fabio. *Improbidade processual – o comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Duelo e processo*. In: Temas de direito processual, série 8. São Paulo: Saraiva, 2004a, p. 211-221.

\_\_\_\_\_. *O processo, as partes e a sociedade*. In: Temas de direito processual, série 8. São Paulo: Saraiva, 2004b, p. 29-40.

\_\_\_\_\_. *Por um processo socialmente efetivo*. In: Temas de direito processual, série 8. São Paulo: Saraiva, 2004c, p. 15-27.

\_\_\_\_\_. *O neoprivatismo no processo civil*. In: Leituras complementares de processo civil. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

\_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 8 ed. São Paulo: RT, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Publicado em: 3 setembro 2005. Disponível em: < [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=215](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=215) >. Acesso em: 20 abr 2011.

PASSOS, J. J. Calmon de. *O magistrado, protagonista do processo jurisdicional?*. In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais / coordenação José Miguel Garcia Medida et al. São Paulo: RT, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *A estrutura normativa das normas constitucionais – notas sobre a distinção entre princípios e regras*. In: Os Princípios da Constituição de 1988. 2 ed., Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: Tutela da Confiança e Venire Contra Factum Proprium*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2 ed. Lisboa: Lex, 1997.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz: A Igualdade das Partes e a Repressão ao Abuso no Processo*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: RT, 2002.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos direitos de fazer e de não fazer*. São Paulo: RT, 2001.

TARZIA, Giuseppe. Problemas atuais da execução forçada. *Revista de Processo*, n. 90, São Paulo: RT, 1998.

THEODORO JR., Humberto. *Boa-fé e processo: princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz*. Disponível em: <  
[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior(3)formatado.pdf)>. Acesso em: 20 fev 2011.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*, vol. I. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007a.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*, vol. II. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007b.

TROCKER, Nicolás. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974.

TRUJILLO, Isabel. *Imparcialidade*. In: Dicionário de filosofia do direito. Vicente de Paulo Barreto (coord.). Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 463-467.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Saraiva, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: RT, 2007.

ZANETI JR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.