

2

O DEVER DE ATUAÇÃO PROCESSUAL DISCURSIVA NO NOVO CPC: A SUBSTITUIÇÃO DA LEALDADE PELA BOA-FÉ E OUTRAS INOVAÇÕES POSITIVADAS (THE DUTY OF PROCEDURAL DISCURSIVE ACTUATION IN THE NEW CPC: REPLACEMENT OF LOYALTY FOR GOOD FAITH AND OTHER POSITIVELY VALUED INNOVATIONS)

Fabício Simão da Cunha Araújo¹

RESUMO

O processo é colocado em estatura destacada a partir do advento da Constituição de 1988, especialmente pelo extenso rol de garantias processuais que integram o repertório de direitos fundamentais da Lei Fundamental. A legitimidade e existência do processo é dependente da observância das balizas procedimentais-discursivas que lhe constituem, motivo pelo qual à Jurisdição incumbe a função precípua de assegurar às partes o exercício efetivo da ampla defesa, do contraditório e da isonomia, por meio da (dentre outros instrumentos) verificação do

¹ Mestre e doutorando em Direito Processual pela PUC/MG. Juiz de Direito em MG. Professor da Faculdade Fenord em Teófilo Otoni-MG. Foi Promotor de Justiça no Estado do Paraná e Assessor Jurídico Chefe da Secretaria de Estado de Defesa Social de Minas Gerais

cumprimento pelas partes dos deveres processuais. Para que o desempenho desta função não implique indevida restrição nem insuficiente proteção de garantias, assim como possibilite a instalação do contraditório e de efetivo discurso democrático sobre a ocorrência ou não de violação do dever, é imprescindível expurgar o conteúdo ético do dever de atuação processual discursiva (lealdade).

Palavras-chave: Dever de atuação processual discursiva; dever de processual de boa-fé objetiva; atuação em vacuidade processual; jurisdição como instrumento do processo; fundamentação não dogmática.

ABSTRACT

Since de 1988 Brazilian Constitution, the judicial process has gained constitutional status. Its very existence depends on the jurisdictions duty to guarantee to the parties the discursive cornerstones, which is done through the exigency of the parties compliancy with its procedural duties. This exigency, to be efficient and fulfill its goal, has to follow clear language parameters so that the due process is not improperly violated, either due to insufficient protection or excessive restriction.

Keywords: Duty of discursive procedural action; procedural duty of objective good faith; acting in procedural vacuity; jurisdiction to process the instrument; not dogmatic reasons.

1. INTRODUÇÃO

A partir do advento da Constituição brasileira de 1988, que constituiu a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito (artigo 1º) e colocou em lugar de destaque as garantias processuais fundamentais, como o contraditório, a ampla defesa, a isonomia e a inafastabilidade do acesso à tutela processual, o devido processo foi elevado ao patamar de paradigma linguístico-crítico-jurídico de operacionalização, interrogação e (re)construção do direito, do sistema normativo e da própria democracia.

Assim, pelo processo, deve-se franquear ao conjunto de legitimados, debate amplo de teorias, substituindo-as continuamente conforme se apresente nova teoria que expresse de melhor forma a liberdade irrestrita de construção da vida pela via teórico-linguística e a liquidez, certeza e exigibilidade imediata dos direitos fundamentais.

Diante dessa estrutural função a que fora alçado o processo na democracia, a Jurisdição também passa a desempenhar função fundamental para a existência, a instalação, o desenvolvimento e a efetividade do discurso travado no espaço processual. Nesse sentido, o próprio controle do cumprimento dos deveres processuais torna-se instrumento da efetivação e proteção de garantias fundamentais – e, por vias oblíquas e consequentes – de direitos fundamentais. Por isso, a importância do estudo sobre a lealdade processual, o princípio da boa-fé objetiva processual e o dever de atuação processual discursiva a partir do novo Código de Processo Civil.

Desde já, contudo, diante do escopo do presente trabalho, ressalva-se a impossibilidade da abordagem de todas as alterações legislativas sobre o tema ou de maior aprofundamento das especificidades que lhe são inerentes.

2. DEVER DE LEALDADE PROCESSUAL OU DEVER DE ATUAÇÃO PROCESSUAL DISCURSIVA

Deveres são regras de condutas exigidas dos sujeitos processuais, com finalidade técnico-jurídica vinculada aos objetivos do processo e, cujo descumprimento, por isso, implica via de regra em sanção ao descumpridor, na medida em que se teria, por consequência, um ato processual ilícito.²

Diversos são os deveres dos sujeitos processuais previstos no Código de Processo Civil. Os juristas, em geral, contudo, convergem para o entendimento de que o mais amplo dever das partes no processo é o da

² Sobre o conceito de deveres processuais e a distinção entre direitos, deveres e ônus processuais, confira-se: CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1ª edição. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 117. WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 18-19. BUZAID, Alfredo. Processo e verdade no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 47, p. 92-99, jul-ago, 1987, p. 94. VINCENZI, Brunela Vieira De. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 95. ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. *A Lealdade na Processualidade Democrática: escopos fundamentais do processo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, p. 8

lealdade³. Nesse sentido, a lealdade seria dever-gênero que englobaria todos os demais deveres-espécies, conforme asseveram, dentre outros, Celso Agrícola Barbi⁴ e Arruda Alvim:

(...) mercê de uma interpretação sistemática e finalística da lei, o inciso II, deveria estar colocado no *caput* do artigo 14, pois que, no inciso II se enuncia um dever genérico de proceder com lealdade e boa-fé, vale dizer, o não agir em conformidade com o nº I, III e IV levará à caracterização da lealdade e da má-fé.⁵

Na matriz instrumentalista do processo, a lealdade seria o dever de atuação processual conforme a ética e a moral.⁶ Anne Joyce Angher, por exemplo, define o dever de lealdade como a:

(...) qualidade de uma pessoa sincera, franca e honesta. Agir com lealdade é um dever de natureza processual que obriga o litigante e todos aqueles que de qualquer forma participam do processo a proceder de conformidade com a ética e a moral, em todo o curso do processo, não se utilizando de meios ardilosos, sofismas, subterfúgios na pretensão de saírem-se vitoriosos ou até mesmo de procrastinarem o feito⁷.

³ Nesse sentido, por todos, pode-se elencar, DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 2, p. 210; ALVIM, José Manuel de Arruda. Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, nº 69/7; e VINCENZI, Brunela Vieira De. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 93.

⁴ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 1, p. 173.

⁵ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Tratado de direito processual civil*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 2, p. 447-448. Vale frisar que ao tempo em que publicadas as obras de Arruda Alvim e Celso Barbi inexistia inciso V no artigo 14 do Código de Processo Civil (“V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”), visto que incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001. Nesse sentido é que é possível concluir que a lição de ambos os autores é no sentido de que todas as condutas prescritas no artigo 14 são corolários ou espécies do gênero dever de lealdade.

⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. et al. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

⁷ ANGHER, Anne Joyce. *Litigância de má-fé no Processo Civil*. São Paulo: Rideel, 2005, p. 43-44.

2.1 Lealdade como boa crença

Para a aferição da adequação ético-moral da conduta do sujeito processual seria necessário, para uma parte da literatura especializada, investigar o elemento volitivo que motivou a prática do ato ou, em outras palavras, a sua intenção e a pureza de sua convicção de que atua conforme o direito. Nesses parâmetros, a lealdade seria subjetiva, coincidindo com a boa-fé subjetiva.

Segundo Tornaghi, leal “(...) é o que procede conforme a lei, conforme a justiça”, “proceder conforme a lealdade é agir às claras, sem embustes, ciladas ou armadilhas, é o fair dealing, o *fair play*, a atuação franca, sem hipocrisia, é a honestidade na ação”.⁸ (grifo nosso).

Batista Lopes defende que a natureza da responsabilidade por litigância de má-fé:

(...) cuida-se de responsabilidade subjetiva, decorrente de dolo processual, que não se confunde com a responsabilidade pelo manejo indevido da ação cautelar de que tratar o artigo 811 do CPC, de caráter objetivo. A má-fé caracteriza-se, essencialmente, pela intenção de prejudicar e, por isso, não se presume, isto é, incumbe à parte prejudicada o respectivo ônus da prova.⁹

Diante da indesejável insegurança inerente a esta definição, assim como de proteção insuficiente às garantias processuais das partes ou rigor excessivo na aplicação de sanções, alguns juristas¹⁰ passaram a mitigar a concepção puramente psicológica da lealdade processual para incluir, no rol de ilícitos processuais, os atos que, embora praticados sob a crença de legitimidade, revelem erro vencível (ou grosseiro) na avaliação de determinada situação.

⁸ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 1974, v. I, p. 145.

⁹ BATISTA LOPES, J. *O juiz e a litigância de má-fé*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 740, p. 128-133, jun.1997, p. 128.

¹⁰ WINTER, Vera Regina Loureiro. *A boa-fé no direito privado e no direito público: breve estudo comparativo e suas aplicações práticas*. São Paulo: Juris Síntese Millennium, 1988, p. 133. STOCO, Rui. *Abuso de direito e má-fé processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 94.

2.2 Da boa crença à boa conduta

Assim, iniciaram encaminhamento mais objetivo da análise da legitimidade da conduta praticada em juízo, já que propugnam desconsiderar a intenção de quem praticou o ato e direcionar a aferição para a conduta em si, de forma (progressivamente) independente de quem a praticou.

Deveras, este também é o sentido trilhado pelas alterações legislativas procedidas desde o Código de Processo Civil de 1939 até o Código de Processo Civil de 2015,¹¹ passando pelo Código de Processo Civil de 1973 e pela reforma processual de 1980 (Lei nº 6.771, de 1980). Em sentido progressivo, a legislação buscou, em regra, extirpar inteiramente dos dispositivos legais expressões que remetessem à análise do propósito do litigante.¹²

A própria terminologia “litigância de *má-fé*”, após as alterações legislativas mencionadas, conforme ressaltamos em outra oportunidade,¹³ tornou-se incoerente com sistema normativo pátrio relativo aos deveres processuais já que, apesar do conceito jurídico remontar a atuação que se vale de esperteza, astúcia ou ardil, a norma hoje vigente, no rol de hipóteses de configuração de ilícitos processuais passíveis de sanção, não faz qualquer exigência nesse sentido, com a restritiva exceção do artigo 17, VII, em que até o uso da expressão “manifestamente” parece apontar no sentido de objetivação da análise.

Vários juristas, portanto, especialmente a partir das alterações legislativas de 1980 sobre o Código de Processo Civil de 1973 passaram a dispensar integralmente a análise dos elementos psicológicos do sujeito processual e interpretar a lealdade de forma objetiva, pela exclusiva análise da conduta em si, cotejando-a com padrões de conduta socialmente recomendados àqueles que atuam em juízo, a partir de uma égide ética vigente no contexto social a espera de identificação pelo intérprete.

¹¹ Com pontuais exceções, como as dispostas nos artigos 100, parágrafo único e 702, §§ 10 e 11, que serão objeto de menção posteriormente no presente trabalho.

¹² Explicitamos o conteúdo dessas alterações legislativas pormenorizadamente em ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. *A Lealdade na Processualidade Democrática*: escopos fundamentais do processo. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, p. 8.

¹³ ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. Uma breve abordagem sobre a tutela antecipada pelo abuso do direito de defesa. *Revista da Amagis*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, nº 8, p. 29-48, jan./jul. 2013, p. 33.

2.3 Lealdade como boa conduta

Ovídio Batista assevera que “o preceito contido no artigo 14 do Código de Processo Civil é uma manifestação do princípio geral da boa-fé objetiva, de que já se disse constituir, mais do que um princípio, o verdadeiro oxigênio sem o qual a vida do Direito seria impossível”.¹⁴

Brunela Vieira de Vincenzi advoga expressamente que a lealdade e a boa-fé processuais seriam cláusulas gerais, positivadas no Código de Processo Civil, donde emanam diversos deveres processuais “anexos” ou “acessórios” aos sujeitos processuais, mesmo que não tipificados/positivados, identificados com uma “diligência especial” inerente ao dever de cooperação, a partir de um espírito de solidariedade que fixaria uma diretriz ético-processual-social:

No processo civil, as partes têm liberdade para agir e para definir os parâmetros do julgamento (...) em contrapartida, portanto, é que se exige a cooperação das partes, ou em outras palavras, uma corresponsabilidade das partes para a correta resolução dos conflitos e para a realização dos escopos do processo.

(...) O dever de colaboração das partes no processo civil resulta, em última análise, na aplicação da regra da boa-fé objetiva, pois esta, como criadora da deveres acessórios, impõe a cooperação das partes para o fim do processo e a realização dos resultados programados pelo direito. Em suma, não se trata de simplesmente vedar atuações abusivas ou exclusivamente resistente aos avanços do procedimento: é algo mais, trata-se de uma *diligência especial* que se deve entender expressamente compatível com a possibilidade de utilizar, de boa-fé, os meios e os instrumentos jurídicos que são oferecidos pelo sistema. O que importa dizer que condutas contrárias a essa *diligência especial*, mesmo que não tenham evidente propósito de obstruir a movimentação do processo, revelam a inegável falta de colaboração processual (...) (Grifos nossos).¹⁵

Mariana Pretel e Pretel, em trabalho destinado especificamente ao tema, asseveram que para a constatação objetiva de deslealdade processual, na modalidade de abuso de direito:

¹⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 103.

¹⁵ VINCENZI, Brunela Vieira De. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 169-170.

Não deve ser verificado o dolo ou a culpa do agente, mas sim analisado se no caso concreto houve: 1) A prática de um ato em desconformidade com a confiança depositada na contraparte ou em desrespeito a uma situação jurídica equilibrada; ou 2) A prática de um ato em descompasso com os ditames éticos exigidos no transcorrer do processo civil; ou 3) O exercício inadmissível de uma posição jurídica amparada em formalismo exacerbado.¹⁶

Deveras, analisando as referências feitas no Código de Processo Civil de 1973 (à lealdade, boa-fé e ilícitos processuais) e cotejando-as com as previsões do Código Civil (quanto à boa-fé) é possível concluir o acerto destes últimos autores, ou seja, da acepção objetiva (boa conduta) e não da subjetiva (boa crença), dispensando, portanto, a análise do elemento subjetivo (intenção, representação da realidade, culpa).

Ao que nos parece, a acepção objetiva da lealdade processual configura avanço científico na análise deste dever processual em relação a sua anterior concepção subjetivista, visto que implica abandonar a investigação de intencionalidade do sujeito processual reduzindo o solipsismo da análise e, ao menos em princípio, acentuando a precisão da argumentação.

Entretanto, apesar desses fatores favoráveis à teoria da lealdade objetiva, essa ainda mantém obscuro o referencial de aferição de correção da conduta praticada, já que busca fundar-se em preceitos éticos e extrair de uma vaga, ambígua, incerta e variável diretriz decorrente das práticas sociais e procedimentais, por raciocínio tópico-indutivista, quais seriam efetivamente as condutas exigíveis dos sujeitos processuais.

2.4 Incompatibilidade do fundamento ético da lealdade com o discurso democrático

Em obra específica sobre o tema, procuramos demonstrar como a aferição da lealdade da conduta prescinde (e na realidade é incompatível) do – fundamento ético utilizado pela teoria objetiva ou do conteúdo moralizante da teoria subjetiva da boa-fé processual.

Seja qual for a concepção ética utilizada, a aferição da honestidade, moral, correção e ética da conduta frustra o estabelecimento de um discurso democrático sobre este ponto específico:

¹⁶ PRETEL E PRETEL, Mariana. *A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 167.

É claro que é muito mais salutar, proveitoso, eficaz e benéfico que as partes atuem sempre de forma honesta, transparente e correta em relação à outra parte, ao juiz e, enfim, ao processo.

A questão é que, conforme se buscou demonstrar, tais advérbios de modo consubstanciam avaliação da conduta do sujeito processual situada no imaginário ou *no more* geométrico, já que extraído de deduções da razão prática *a priori* (Kant e Platão) ou da indução a partir da experiência e do contexto, considerada reveladora, pelas tradições e costumes, da razão universal (Aristóteles e Hegel). Portanto, tais avaliações acabam se colocando antes e acima da crítica, imunes de qualquer possibilidade de refutação, visto que o percurso do fato (experiência) à ideia é demasiadamente curto para qualquer questionamento crítico.

O encaminhamento da lealdade pela concepção ética suprime a teorização quanto à avaliação da legitimidade da atuação da parte no processo substituindo tal teorização pela concepção solipsista e não testificável do que seria ético ou justo para o detentor do monopólio de aferição da verdade e da justiça.

A utilização da ética como vetor hermenêutico da lealdade implica a impossibilidade de encaminhamento discursivo do processo. Vale frisar, a estabilização dos sentidos de atuação leal se dá a partir do pragma e não por uma interrenunciatividade de teorias, prevalecendo a que melhor exprima a atuação discursivo-democrático-processual da regra suprema da proibição da vedação da liberdade.

Ainda, insista-se, a aferição da correção ética da conduta, situando-se no imaginário (decurso) e uma vez induzida a partir do pragma ou do dedutivismo solipsista, é feita de forma tópica, assistemática ou dialética, variando conforme contingências não normativas extraídas da realidade social, das tradições, dos costumes ou da própria experiência de quem avalia.

Assim ficam prejudicados o contraditório, a ampla defesa e isonomia duplamente, equivale dizer, em dois diferentes momentos: no discurso que incide sobre a aferição da possível atuação em deslealdade processual e respectiva sanção, assim como pela possibilidade de que a interpretação solipsista da lealdade enseje, na condição da jurisdição de instrumento do processo, restrição demasiada ou proteção insuficiente a tais princípios institutivos. Com efeito, a garantia dos princípios institutivos do processo estará sempre condicionada e sitiada pelo maior ou menor comprometimento com valores éticos do órgão jurisdicional, do seu

maior ou menor rigor e tolerância ética, enfim ao seu contexto pessoal e personalíssima concepção ética.¹⁷

Conforme se verifica, além de não possibilitar a instalação efetiva do contraditório, prejudica-se a função instrumental da jurisdição em relação ao processo consistente na proteção das garantias fundamentais processuais dos sujeitos processuais pelo órgão jurisdicional. É que, em regra, ou o órgão jurisdicional encaminha concepção de lealdade processual demasiadamente severa que restringe indevidamente os princípios institutivos do processo ou adota concepção da lealdade demasiadamente branda ao ponto de que a ampla defesa, contraditório e isonomia acabam restringidos indevidamente pela conduta desleal do *ex adverso*, que a pratica sem qualquer espécie de inibição ou sanção por parte de quem tem o dever de fazê-lo (artigo 139, I, II, III e IV, dentre outros do Código de Processo Civil).

Nesse sentido, portanto, ao se proceder a interpretação constitucional democratizante do instituto (artigo 5º, LV), outra alternativa não resta senão remover o conteúdo ético-moral da interpretação:

É que a lealdade processual instrumentalista, em feições éticas indutivistas-pragmáticas ou racionalistas-dedutivistas, implica invariavelmente, impossibilidade de instalação de concorrência de teorias sobre a aferição da correção da conduta processual e a consequente restrição dos direitos fundamentais discursivos, processuais-institutivos, do contraditório, da ampla-defesa e isonomia, os quais são biunívocos com a vida, liberdade e dignidade.

(...)

Conforme se verifica, o devido processo, paradigma do Estado Democrático é também elemento estrutural (a teoria) da lei que cria, rege e opera o sistema jurídico-democrático e, ademais, direito fundamental. Não pode, portanto, ser informado por princípio instituído encaminhado por regras dogmáticas e pragmáticas (ética/moral), que lhe retirariam efetividade (certeza, liquidez e exigibilidade) até porque, não se poderia conceber a lealdade

¹⁷ ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. *A Lealdade na Processualidade Democrática: escopos fundamentais do processo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, p. 227 e 228.

processual em acepção que negasse ou restringisse os princípios institutivos do processo dos quais é corolário.

Caso contrário, a previsão de inafastabilidade da tutela jurisdicional acabaria ensejando promessa retórica, na medida em que, improvável assegurar ou ‘reconhecer’ isonomia e liberdade vital e teórico-linguística e, por consequência, direitos fundamentais à autoilustração àqueles que, pela história e pela tradição, nunca tiveram voz nem vez, muito menos igualdade nos espaços discursivos da sociedade, tampouco direitos individuais para serem ‘assegurados’.

Nesse diapasão, se o sentido da norma é dado a partir do pragma, a exigência de lealdade tende a homologar a realidade, concedendo liberdade argumentativa ampla a quem já a recebe na realidade social e restringindo-a daqueles desprivilegiados pela tradição. Daí, recorrentemente, partes sem maior força político-institucional-financeira são extensamente punidas por atuarem deslealmente e outras partes, como a Administração Direta do Estado, o Ministério Público, governantes, Estados estrangeiros, organismos internacionais, raramente ou mesmo nunca venham a ter sua conduta considerada desleal. É que, na conotação instrumentalista da lealdade, além de se estar submetido a raciocínio tendente à homologação irrefletida da realidade, a advertência, multa ou outra espécie de sanção implica a consequente e automática declaração de desonestidade daquele sujeito processual, o que certamente acanha o órgão jurisdicional diante do peso político da avaliação.

Permite-se que o ‘reconhecimento’ de liberdade argumentativa irrestrita, de isonomia ao se engajar no discurso e os direitos fundamentais daí advindos fiquem à mercê de livres, indemarcados e incontroláveis critérios semânticos e hermenêuticos, de lealdade, ética, moral¹⁸.

2.5 Lealdade como dever de atuação processual discursiva e deslealdade como atuação em vacuidade processual

Na teoria do processo como instrumento ético-jurídico da Jurisdição, a lealdade processual é um dos meios voltados a permitir que o órgão jurisdicional declare, sem entraves, qual a interpretação correta

¹⁸ ARAÚJO, *op. cit.*, p. 182.

e legítima do direito no caso concreto, revelando como se apresenta a justiça naquele caso específico, pela eleição de um preceito ético unificador. Já na teoria neoinstitucionalista,¹⁹ a lealdade processual é princípio instituído do processo, o qual se volta a resguardar a – e portanto, é instrumento da - máxima extensão dos princípios institutivos, quais sejam, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia e, por consequência, que a (re)construção discursiva do direito observará isonomia e liberdade vital e teórico-linguística para todo o povo (conjunto de legitimados ao processo).²⁰

Por essas razões, é que a lealdade na processualidade democrática nada mais seria do que atuação processual discursiva, visto que a atuação processual do povo deve estar amparada normativamente no direito fundamental de contribuir de forma ativa e efetiva, verdadeiramente protagonista, para a construção, interpretação e aplicação do direito e que “(...) quando não se utiliza do ambiente processual (consequentemente do direito de defesa) como garantia para participar da construção do provimento estatal pela prevalência lógico-racional do melhor argumento, a pretensão ou resistência deduzidas em juízo não se qualificam como atuação legítima da parte”.²¹

Se os princípios institutivos (ampla defesa, contraditório e isonomia) são “elementos jurídico-existenciais” do processo, só poderia ser considerada processual a atuação do sujeito que se situe como variável lógico-jurídica do contraditório, da ampla defesa ou da isonomia e, portanto, com as finalidades declinadas acima. Assim, a constatação da lealdade ou não da parte se daria não pela depuração do conteúdo ético de sua conduta, mas, sim pela aferição de seu amparo normativo-processual, ou seja, sua localização, em última análise, no âmbito dos princípios institutivos do processo.

Caso o sujeito processual proceda “deslealmente”, o que se tem é atuação no bojo do procedimento, mas fora do espaço discursivo

¹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

²⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 59.

²¹ ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. Uma breve abordagem sobre a tutela antecipada pelo abuso do direito de defesa. *Revista da Amagis*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, nº 8, p. 29-48, jan./jul. 2013, p. 36/38.

proporcionado pelo Estado a partir de metodologia normativa tendente à democratização do direito e do exercício das funções públicas (processo). Em outras palavras, a atuação se dá em juízo, mas desprovida de amparo normativo, em espaço vazio, portanto. Por isso é que denominamos a deslealdade processual, seja qual for (litigância de má-fé, abuso do direito de defesa, ato atentatório à dignidade da justiça – *contempt of court*), de atuação em vacuidade processual.²² Embora se fale nos autos e perante o juízo, a atuação em vacuidade é extraprocessual, visto que não se dá no exercício das garantias que delinham o espaço jurídico processual.

3. DEVER DE ATUAÇÃO PROCESSUAL DISCURSIVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1 Dever processual de boa-fé objetiva

O novo Código de Processo Civil trouxe significativas alterações na disciplina do dever geral de atuação processual discursiva e dos deveres processuais específicos que dele são corolários.

Neste trabalho, procuraremos abordar principalmente a primeira questão por imposição metodológico-didática, visto ser prope-dêutica à segunda, tendo em vista que o exame à análise de cada uma das condutas especificamente prescritas no Código de Processo Civil como configuradoras de descumprimento de dever dependerão sempre das matrizes teóricas firmadas quanto ao dever geral de “lealdade”.

Inicialmente, conforme diversos autores desta obra coletiva ressaltaram, o novo Código de Processo Civil se destaca pela positivação, logo em seu capítulo inaugural (“*Das Normas Fundamentais do Processo Civil*”), da principiologia que lhe atribuirá sistematicidade e unidade e que, portanto, informará a interpretação de todas as demais normas processuais.

²² No intuito de tornar mais didática a proposição, elaboramos figura que ilustra em que consistiria a atuação processual discursiva e a atuação em vacuidade processual. Ver: ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. *A Lealdade na Processualidade Democrática: escopos fundamentais do processo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, p. 234.

E este capítulo principiológico traz dispositivo significativamente inovador para o tema que ora abordamos. Com efeito, já no artigo 5º prescreve que todo “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. A redação, com altíssimo grau de abstração e reduzidíssima densidade normativa, referindo-se às hipóteses mais genéricas possíveis e até mesmo o cotejo do dispositivo com os do Código Civil que sufragam a boa-fé objetiva (artigos 113, 187, 422, 765 e 1.741) não deixam maiores dúvidas de que a interpretação dos deveres processuais no novo Código de Processo Civil orienta-se pela matriz ético-moral objetiva.²³

E o novo Código de Processo Civil vale-se da boa-fé objetiva não só em sua função de controle e integrativa, mas também como cláusula geral a orientar a interpretação do pedido (artigo 322, § 2º) e da decisão judicial (artigo 489, § 3º).

3.2 Boa-fé objetiva equivale a *fair play* e *due process of law* NÃO equivale a devido processo legal

Deveras, ao trabalhar cada vez mais com a boa-fé objetiva e outros conceitos jurídicos indeterminados, o Código de Processo Civil de 2015 revela a predileção para o encaminhamento do sistema normativo positivo concernente aos deveres processuais em direção à concepção de *fair play*. Nessa visão, a atividade de análise de cumprimento do dever processual vale-se, não da estrutura normativa constitutiva do processo, mas dos valores colhidos no mundo vivido e na tradição histórica (*law of the land*) a partir da tópica e da dialética, para se desvelar, por meio da particular compreensão do destinador do sentido e pelo encurtamento do percurso entre sentidos naturais e objeto do conhecimento, a essência do leal ou o “sentimento” de justiça (*fairness*) que informa a conduta.

²³ As previsões do Código Civil a respeito da boa-fé subjetiva são feitas em referência a situações e destinatários específicos (possuidor, credor, adquirente) e sempre se referem à crença subjetiva do mesmo de que procede conforme o direito, ou seja, a ignorância de circunstância que impediria de possuir, adquirir ou fruir a coisa ou que anularia o contrato (artigos 242, *caput* e parágrafo único; 286; 307, parágrafo único; 523; 606; 686; 856; 1.049; 1.201; 1.561 e 1.827.

O processo, nesse quadrante, na medida em que se aproxima cada vez mais do *due process of law*, fica circunscrito a instrumento de (re)ativação de valores – supostamente – vigentes na sociedade e das tradições que impregnam a realidade, restringindo as possibilidades de auto, ilustração da pessoa humana, de juridificação normativa da existência humana, de interrogação das ideologias pré-instaladas na realidade e de alforria dos grilhões das estruturas sociais insatisfatórias.

Nesse diapasão, como pudemos demonstrar de forma mais detida em outra oportunidade, a concepção de *fair play* e de *due process of law* não se compatibiliza com o devido processo legal no Estado Democrático de Direito brasileiro (artigo 1º da Constituição Brasileira):

Nesse sentido, é que é possível sufragar que, embora a tradução literal de *due process of law* seja devido processo legal, a melhor tradução, na perspectiva jurídico-científica-epistemológica é *devido processo leal* [ou devido processo da tradição ou da ética] já que a matriz que orienta o discurso e o direito a ser ativado são a ética, as tradições, enfim, as pautas axiológico-pragmáticas, e não a lei. No mesmo diapasão, tampouco seria correto defender que lealdade seria a tradução de *fair play* já que a fonte de perquirição do *fair* seria pragmática, enquanto a fonte de investigação do que seria leal não poderia ser outra senão a lei.

(...)

O espaço da discursividade então fica indemarcado, quando se admite elementos culturais e históricos (dentre os quais, a ética, a moral e a razoabilidade) na construção ou justificação do discurso de criação ou aplicação do direito e, assim, o contraditório não pode ser exercido. Não há contraditório efetivo, sequer é ele possível, quando a sustentação argumentativa situa-se em alegações de moral, ética, costume, equidade, tradição e princípios não legislados. É a lei que demarca o espaço de discursividade no direito (artigo 5º, II, da Constituição Brasileira) e, na democracia, além disso, é necessário que a lei esteja aberta à testificação incessante por meio do devido processo, sem blindar suas premissas à crítica²⁴ (Grifos nossos).

²⁴ ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. *A Lealdade na Processualidade Democrática*: escopos fundamentais do processo. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014, p. 197.

3.3 Substituição do dever processual de lealdade pelo dever de boa-fé objetiva

Deveras, importante registrar que tamanha foi a predileção pela concepção de boa-fé, que houve supressão no novo Código de Processo Civil da terminologia “lealdade”, conquanto fosse essa a denominação do princípio e dever geral reconhecida e abordada pelas construções teóricas da grande maioria dos processualistas pátrios.²⁵

É bem verdade que considerável parcela dos autores não realizava distinções significativas entre a boa-fé e a lealdade a ponto de se dizer que a alteração trazida pelo novo Código de Processo Civil invalidaria todas as construções teóricas até então desenvolvidas. Pelo contrário, possível afirmar, agora sem maiores dúvidas, que o sistema normativo processual aderiu ao que defendido por parcela significativa da literatura jurídica que atribuía contornos éticos objetivos ao princípio da lealdade processual e continuou tendência legislativa iniciada pelo Código de Processo Civil de 1973 e reforçada pela reforma processual de 1980 (Lei nº 6.771, de 1980).

Por outro lado, não significa dizer que a alteração legislativa é desprovida de maiores repercussões teórico-científicas e, por consequência, na prática do processo jurisdicional democrático.

²⁵ Nesse sentido, LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. SOARES, Carlos Henrique; *Manual elementar de processo civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 26; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 80; DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 2, p. 210; ALVIM, José Manuel de Arruda. Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, nº 69/7; NALINI, José Renato. *A ética nas profissões jurídicas*. Lex-Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Ano 19, n. 225, set. 1997, pp. 5-23, p. 16; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 1, p. 173; ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Tratado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 2, p. 447-448; TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 1974, v. I, p. 145.

A utilização da boa-fé como gênero de deveres processuais, em lugar da lealdade não nos parece, *data venia*, salutar. Mesmo que, a rigor interpretativo, conforme salientado, não implique maiores mudanças, revela uma busca pelo sistema normativo de uniformização terminológica com o instituto de Direito Civil.

3.4 Desnecessária identificação entre instituto de direito privado e de direito processual

Ocorre que tomar por similares institutos jurídicos inseridos em regimes jurídicos antagônicos (um de direito privado e outro de direito público) desconsidera a autonomia científica do direito processual e de seus institutos e reitera o equívoco da teoria da relação processual, cujas impropriedades vêm sendo apontadas pela literatura processualista, especialmente por Aroldo Plínio Gonçalves, Rosemiro Pereira Leal, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Luiz Guilherme Marinoni.²⁶

Deveras, foi a partir da superação da teoria da relação jurídica (instrumentalista) que a teoria estruturalista do processo²⁷ foi capaz de desenvolver o conceito de contraditório para muito além da vetusta bilateralidade da audiência. Se na teoria da relação jurídica se delimitava à mera participação²⁸ (*audiatur et altera pars*), a teoria estruturalista, forte no princípio da isonomia, aperfeiçoou o conceito de contraditório como participação em simétrica paridade, algo incompatível com as relações jurídicas de direito privado que convivem tranquilamente com a desigualdade de participação das partes na formalização da relação jurídica, como ocorre, por exemplo, com o contrato de adesão.

²⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, pp. 68 a 71; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 65; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 87; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 6. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 404 a 409.

²⁷ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6ª ed. Padova: CEDAM, 1992.

²⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 64.

O espaço de diálogo criado pelo processo, não decorre de uma conexão de vontades ou de um vínculo entre sujeitos, conforme adverte Aroldo Plínio Gonçalves,²⁹ mas, sim, deriva de uma estrutura metodológica normativamente construída que viabiliza o embate discursivo-argumentativo das partes, em simétrica paridade, ou seja, em condições espaciais e temporais de proporcional isonomia.

Foi, portanto, pelo abandono da importação do instituto alheio ao direito processual (relação jurídica) que:

(...) foi possível migrar da concepção de contraditório como direito de participação dos sujeitos do processo, de dizer e contradizer, para garantia específica e exclusiva das partes, que as coloca como protagonistas da construção do provimento, em condições de igualdade sustentadas pelo arcabouço normativo-metodológico que constitui o processo e não por generosidade (ou compromisso ético, ou metajurídico, ou por adotar concepção mais ou menos severa de lealdade processual) do órgão jurisdicional.³⁰

Por isso, mesmo considerando que na linguagem natural inexistia distinção semântica entre lealdade e boa-fé e que sequer o faziam parte da literatura, era mais salutar que tivesse sido mantida a terminologia clássica (lealdade), ao menos para se preservar a distinção e autonomia científica do instituto de direito processual:

(...) desde a teoria estruturalista do processo é possível dessumir que, assim como franquear espaço e oportunidade às partes, no processo, para protagonizar a construção do provimento jurisdicional não consiste em ‘concessão generosa’ da autoridade diretora do processo; assim como a observância da garantia da isonomia não depende da integridade ética do órgão jurisdicional; assim como assegurar às partes o direito de argumentar, produzir provas, recorrer e estar assessorado por advogado não decorre da retidão moral da vontade do magistrado; enfim, assim como a condução do processo com adesão e observância integral a sua estrutura metodológica não decorre de qualquer fator extrajurídico, tampouco a exigência cumprimento de dever pelas partes, ou seja, de atuação conforme a lealdade pode ter tal fundamento.

²⁹ GONÇALVES, op. cit., p. 69.

³⁰ ARAÚJO, op. cit., p. 180.

Também os deveres das partes, especialmente, a lealdade processual, decorrem, não de uma retidão de caráter, de honestidade exemplar ou de integridade ético-moral das partes, mas, sim, exclusivamente, do arcabouço normativo-metodológico que constitui o processo.³¹

Não é que se opõe à mudança de terminologia ou à superação da terminologia outrora utilizada. Pelo contrário, propusemos em trabalho científico a superação da “lealdade processual” para passar a falar em atuação processual discursiva, conforme exposto acima. Ocorre que a mudança da nomenclatura que se deu no novo Código de Processo Civil foi sem o condão de encampar avanço teórico-científico, já que, conforme expusemos, grande parte da literatura já se inclinava para a aceção objetiva da lealdade e pelo imbricamento entre lealdade e boa-fé.

A alteração terminológica sem repercussão semântica, ao tornar homônimos institutos de direito privado e de direito processual, acaba, *data venia*, embaraçando a autonomia científica deste e de seus princípios, podendo também contribuir para a confusão entre os juristas e estudantes de direito.

Melhor que a alteração terminológica tivesse vindo para expurgar a indemarkação e a insindicabilidade do discurso inerente ao conteúdo ético que acompanha concepções de lealdade e boa-fé processuais, visto que buscam a estabilização do sentido, conforme a concepção ética adotada, no pragma (Aristóteles e Hegel) ou na razão prática *a priori* – consciência do destinador do sentido (Kant e Platão).

Ademais, não houve harmonia ou coerência teórico-sistemática dentre as alterações introduzidas no novo Código de Processo Civil no que concerne ao tema do presente artigo. Apesar de se estabelecer a boa-fé objetiva como diretriz teórica a orientar a interpretação dos deveres processuais, trouxe, em aparente descompasso com tal inovação, assim como com a evolução normativa e teórica supra, delineada, condutas que, ao menos na literalidade normativa, exigiriam a investigação do elemento subjetivo (má-fé) para a constatação da atuação em deslealdade (artigo 100, parágrafo único; artigo 702, §§ 10 e 11).

³¹ *Ibidem*.

Interpretando tais dispositivos sistematicamente, considerando a força normativa irradiante da parte geral do novo Código de Processo Civil, especialmente as normas fundamentais (artigo 5º c/c artigo 77, I), tem-se que, apesar da literalidade desses dispositivos, deve-se também interpretá-los a partir da diretriz teórica da boa-fé objetiva.

Interpretando tais dispositivos a partir de um filtro de democracia (conforme pugna a teoria neoinstitucionalista), assim como todas as demais hipóteses previstas no Código de ilícitos processuais passíveis de sanção (litigância de má-fé, abuso do direito de defesa e ato atentatório à dignidade da justiça), em observância das garantias processuais institutivas – ampla defesa, contraditório e isonomia (artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Brasileira), é mister interpretá-los como atuações em vacuidade processual, despojando-os de qualquer matiz ético-moral.

4. INOVAÇÕES DO NOVO CPC QUANTO AO REGIME JURÍDICO DE DEVERES E ILÍCITOS PROCESSUAIS

4.1 Jurisdição como instrumento do processo

Anteriormente o processo era concebido como instrumento da Jurisdição, ou seja, cumpria a finalidade precípua de permitir que a autoridade declarasse o direito aplicável ao caso concreto (*juris dictione*). A partir da Constituição Brasileira de 1988, com a previsão dentre o rol de direitos e garantias fundamentais de uma série de balizas procedimentais-discursivas (artigo 5º, LIV, LV, XXXV, XXXVI, LIII, LVI, LVII, LX, LXVIII, LXIX, LXXI, LXXIII, LXXIV e LXXXVIII) imprescindíveis à legitimidade do exercício da função estatal processual-jurisdicional, a própria existência do processo restou condicionada à sua observância, motivo pelo qual se pode afirmar que houve com seu advento um “giro de escopos, de instrumentalidades ou de finalidades”³² no direito processual brasileiro.

³² ARAÚJO, *op. cit.*, p. 182.

É que à Jurisdição passou a incumbir, precipuamente, assegurar aos sujeitos processuais a observância irrestrita de mencionadas vigas sustentadores do espaço cognitivo-argumentativo constitutivo do processo. Nesse sentido, tivemos chance de afirmar em outra sede que “(...) na medida em que compete ao Estado-Juiz adotar as providências necessárias para a observância das garantias processuais no bojo do processo, é a Jurisdição que atua como instrumento por meio do qual o processo se realiza”.³³

4.2 Controle do cumprimento dos deveres processuais como instrumento de efetivação e proteção de garantias fundamentais

Dentre diversos outros modos de realizar este mister, à função estatal jurisdicional incumbe examinar o cumprimento do dever de atuação processual discursiva e, constatando eventual descumprimento, respeitado o contraditório assim como o dever de fundamentação não dogmática, fazer com que incidam as consequências jurídicas previstas em lei, sob pena de restrição de garantias fundamentais do sujeito processual pela atuação do *ex adverso*:

O contraditório realizado entre as partes não exclui que o juiz participe atentamente do processo, mas, ao contrário, o exige, porquanto, sendo o contraditório um princípio jurídico, é necessário que o juiz a ele se atenha, adote providências necessárias para garanti-lo, determine as medidas adequadas para assegurá-lo, para fazê-lo observar, para observá-lo, ele mesmo.³⁴

Nesse exato sentido, o novo Código de Processo Civil listou dentre os deveres do juízo, assim como fazia o código de 1973, o dever de prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias (artigo 139, III). O artigo 7º, de forma inovadora, é ainda mais evidente ao sufragar

³³ ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. O Processo constitucional como elemento de proteção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*. RBDPro, ano 20, nº 80 (out./dez. 2012). Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 71-97, p. 81.

³⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 105.

que compete “(...) ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”,³⁵ demonstrando, a imprescindível atuação do órgão estatal, diretor do processo, no sentido de garantir às partes o acesso e exercício de suas garantias fundamentais.

Dentre as alterações específicas procedidas neste regime, cumpre registrar que no presente artigo não será possível abordar todas especificamente. Não obstante explicitaremos as de maior inovação e mais relevantes.

4.3 Contraditório prévio

Dentre outras inovações trazidas, o novo Código de Processo Civil encampou os avanços teóricos alcançados na esfera acadêmica³⁶ em relação ao contraditório, especialmente, a impossibilidade de se decidir qualquer questão relevante de ofício sem a anterior contribuição das partes, considerando-se como relevante a questão de fato ou de direito necessária como premissa ou fundamento para a decisão (artigos 7º, 9º e 10).

Considerando que o contraditório é elemento jurídico-existencial do processo em sua base institutiva,³⁷ trata-se de exigência de imprescindível observância para a constatação de atuação em vacuidade processual e, principalmente, para a aplicação, se for o caso, das consequências jurídicas previstas na respectiva norma.

Dessarte, apesar de ser dever do órgão jurisdicional zelar pela observância dos deveres processuais (artigo 139, III), podendo conhecer de ofício de eventual atuação em vacuidade processual, não

³⁵ Poderia ter o legislador sido mais técnico utilizando a expressão juízo, órgão jurisdicional ou função jurisdicional ao invés de “juiz” o que contribuiria para acentuar o caráter impessoal da função exercida, assim como seu caráter público e vinculado ao cumprimento dos deveres impostos pela Constituição Brasileira e pelas leis.

³⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 226 a 230. LEAL, André Cordeiro. *A instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas – FUMEC, 2008, p. 79. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 101.

³⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 93.

poderá decidir pela violação do dever e aplicação de sanção processual, ou qualquer outra consequência jurídica prejudicial à parte, antes de permitir-lhe manifestar-se sobre a ocorrência ou não da conduta ilícita.

Nesse sentido, verificando a possibilidade de violação do dever de atuação processual discursiva e subsunção da conduta em algumas das hipóteses de litigância de má-fé, abuso do direito de defesa ou ato atentatório à dignidade da justiça, caso a questão não tenha sido suscitada pelo *ex adverso*, deverá facultar ao interessado manifestar-se sobre a possível ocorrência da vacuidade processual, indicando, de preferência, qual conduta e qual norma teriam, a princípio e em tese, sido violadas.

Não é demais consignar que, caso a parte contrária tenha alegado a violação do dever e reclamado a aplicação da sanção e a parte já acusada tenha tido oportunidade de se manifestar após tal alegação, será desnecessária a intimação do interessado, visto que a este terá sido dada oportunidade de se manifestar (artigo 10).

Também é salutar gizar que nas hipóteses de tutela da evidência concedida com base na caracterização do abuso do direito de defesa ou manifesto protelatório, será necessária a prévia manifestação, conforme supradelineado, uma vez que o artigo 9º, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015, ao excepcionar a regra do *caput* não incluiu tal hipótese.

4.3.1 Prévia advertência nos casos de ato atentatório à dignidade da justiça

Ainda releva destacar que para a aplicação de eventual sanção por ato atentatório à dignidade da justiça se deverá advertir à parte que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça (artigo 77, § 1º). Não se trata de simples corolário de norma processual fundamental de caráter irradiante (artigo 10) e, sim, de previsão que extrapola as consequências ordinárias desta norma. É que nesse caso não bastará ouvir a parte a respeito da ocorrência ou não do ilícito e sim adverti-la antes mesmo da própria prática do ato, sob pena de inaplicabilidade da sanção.

Embora se presuma o conhecimento das leis, especialmente no espaço processual-jurisdicional onde a capacidade postulatória é imprescindível para a prestação da atividade processual (artigo 133 da Constituição Brasileira) pela previsão legal será necessário lembrar as partes do conteúdo de norma legal vigente, de direito público, para que só então ela se torne cogente.

Por essa razão, considerando que o artigo 334, § 8 do novo Código de Processo Civil dispõe que caso autor ou réu deixem injustificadamente de comparecer à audiência de conciliação configura-se ato atentatório à dignidade da justiça, o Fórum Permanente de Processualistas Civis deliberou ser imprescindível a advertência nesse sentido:

Enunciado nº 273 do Fórum Permanente de Processualista Civil (art. 250, IV; art. 334, § 8º) Ao ser citado, o réu deverá ser advertido de que sua ausência injustificada à audiência de conciliação ou mediação configura ato atentatório a dignidade da justiça, punível com a multa do art. 335, § 8º, sob pena de sua inaplicabilidade. (Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento)

Vale destacar, embora não tenha constado do enunciado, que também o autor deverá ser advertido nesse sentido, seja no ato de distribuição da ação ou de designação da audiência de conciliação, sob pena de a norma não ser eficaz em relação a ele.

4.4 Sanções pecuniárias

Embora não seja a única forma de se zelar pelo cumprimento dos deveres processuais ou pelas garantias discursivas fundamentais, é válido abordar as alterações trazidas em relação às sanções pecuniárias, considerando que se trata de matéria significativamente alterada no novo Código de Processo Civil.

4.4.1 Litigância de má-fé e ato atentatório à dignidade da justiça

Em termos gerais, excluídos eventuais consectários acessórios (indenização, pagamento de prejuízos, despesas processuais, honorários advocatícios), a multa por litigância de má-fé que antes era prevista no percentual de 1% do valor da causa (artigo 18, *caput*) passou a incidir no patamar entre 1% e 10% do valor da causa (artigo 80).

Não é inteiramente correto, contudo, falar que houve exacerbação da sanção decorrente de litigância de má-fé. É que, o § 2º do artigo 18 prescrevia que o valor a ser pago à vítima da litigância de má-fé seria fixado “desde logo” pelo juízo, em quantia não superior a 20% do valor da causa. Diante dessa previsão normativa, o egrégio Superior Tribunal de Justiça sufraga,³⁸ desde 1997, que a indenização – além da multa – por litigância de má-fé poderia ser fixada de pronto independentemente de provas do prejuízo sofrido. Recentemente o entendimento foi confirmado pelo órgão especial do Tribunal, afastando eventuais dúvidas quanto ao posicionamento da corte:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. ARTIGO 18, CAPUT E § 2º, DO CPC. NATUREZA REPARATÓRIA. PROVA DO PREJUÍZO. DESNECESSIDADE. 1. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a indenização prevista no art. 18, *caput* e § 2º, do códex processual tem caráter reparatório (ou indenizatório), decorrendo de um ato ilícito processual. Precedente da Corte Especial, *julgado pelo rito do artigo 543-C do CPC*. 2. *É desnecessária a comprovação do prejuízo para que haja condenação ao pagamento da indenização prevista no artigo 18, caput e § 2º, do Código de Processo Civil, decorrente da litigância de má-fé*. 3. *Embargos de divergência conhecidos e providos*. (Grifos Nossos).³⁹

O artigo 81 do novo Código de Processo Civil não repete a expressão “desde logo” prevista no § 2º do artigo 18 do Código de 1973, tampouco estabelece patamar máximo da indenização. Pelo contrário, prescreve que, caso não seja possível mensurá-lo, será liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

Na prática, portanto, ao que tudo indica, apesar da elevação do percentual da multa aplicável, a litigância de má-fé passa a ser sancionada pelo novo Código de Processo Civil de forma menos severa que o sistema jurídico normativo-jurisprudencial vigente no Código de 1973.

³⁸ STJ. AgRg no Ag 138.100/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/1997, DJ 30/06/1997, p. 31157.

³⁹ STJ. EREsp 1133262/ES, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/06/2015, DJe 04/08/2015.

No que concerne às sanções por ato atentatório à **dignidade da justiça** – *contempt of court*, manteve-se o percentual de multa aplicável, qual seja, até 20% do valor da causa.

Tanto na sistemática das sanções por litigância de má-fé quanto na das sanções por ato atentatório à dignidade da justiça, houve mudança cuja explicitação não pode deixar de ser feita. Segundo dispõem os artigos 77, § 5º, e 81, § 2º, “quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo”.

Trata-se de salutar alteração legislativa, considerando que, o reduzido valor da causa tornava, muitas vezes, inócuas e ineficazes as tentativas de proteção das garantias fundamentais do *ex adverso* diante da reduzida capacidade de desestímulo da multa fixada. Ademais, vale frisar que, muitas vezes, demandas que versam sobre os mais fundamentais direitos não possuem valor da causa que reflita a grandeza do objeto em termos de dignificação da pessoa humana, o que acaba reduzindo a aptidão da Jurisdição resguardar aos litigantes as balizas procedimentais discursivas e, por consequência, a efetividade do próprio direito fundamental pleiteado.

É necessário, contudo, fazer digressões quanto à novel previsão normativa para que se evitem contradições lógicas. É que, no caso de demanda com valor da causa de R\$20.000,00 somente comportaria multa de R\$400,00 ou R\$200,00 (no caso de ato atentatório à dignidade da justiça e litigância de má-fé, respectivamente). Por outro lado, demanda com valor da causa de R\$200,00 comportaria multa de até R\$7.888,00 (10 vezes o atual salário mínimo, tanto no caso de ato atentatório à dignidade da justiça e litigância de má-fé).

Dessarte, deve-se proceder a interpretação apta a manter a coerência sistemática das previsões legais do novo Código de Processo Civil, assim como que privilegie a máxima efetividade das garantias fundamentais da parte prejudicada pela conduta em vacuidade processual, para entender-se que, sempre que o valor equivalente a 10% ou 20% do valor da causa (litigância de má-fé e *contempt of court*, respectivamente) for inferior a 10 vezes o salário mínimo vigente, será possível aplicar este último parâmetro em detrimento daquele.

Em outras palavras, em toda e qualquer demanda será possível aplicar sanção por ato atentatório à dignidade da justiça ou litigância de má-fé em valor equivalente a, pelo menos, até 10 salários mínimos.

4.4.2 Multa por descumprimento de obrigação de pagar quantia certa

Não se poderia deixar de consignar, tampouco, significativa alteração no que tange ao cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa. Pelo Código de 1973, intimada a parte devedora, caso não realize o pagamento no prazo de 15 dias, incidirá multa de 10% (artigo 475-J), acrescido de honorários advocatícios, entre 10 e 20%, ambos sobre o valor da condenação, conforme sufraga o egrégio Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso representativo de controvérsia:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. São cabíveis honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário a que alude o art. 475-J do CPC, que somente se inicia após a intimação do advogado, com a baixa dos autos e a oposição do ‘cumpra-se’ (REsp. n.º 940.274/MS). 1.2. Não são cabíveis honorários advocatícios pela rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença. 1.3. Apenas no caso de acolhimento da impugnação, ainda que parcial, serão arbitrados honorários em benefício do executado, com base no art. 20, § 4º, do CPC. 2. Recurso especial provido.⁴⁰

Já pelo novo Código de Processo Civil, intimado o devedor no cumprimento provisório ou definitivo da sentença (artigo 520, § 2º), caso não realize o pagamento no prazo de 15 dias incidirá multa de 10%, honorários advocatícios no montante fixo de 10% (artigo 523, § 1º), além de multa de até 20% do valor do débito – ou até 10 salários mínimos, conforme o caso – a título de ato atentatório à dignidade da justiça, desde que o devedor tenha sido advertido nesse sentido,

⁴⁰ STJ. REsp 1134186/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/08/2011, DJe 21/10/2011.

sendo esta última multa devida ao erário e não ao exequente (artigo 77, *caput* e parágrafos).

No código de 1973 a redação do artigo 14, V, que falava em provimentos mandamentais e “criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais”, aliada à falta de previsão da possibilidade de cumulação das sanções do artigo 475-J e do artigo 14, parágrafo único, acabou fazendo prevalecer a interpretação pela impossibilidade de cumulação.

O Código de Processo Civil de 2015, contudo, tratou de superar tais fatores pela alteração do artigo 77, IV, que não distingue entre provimentos mandamentais ou condenatórios, referindo-se apenas ao gênero “decisões jurisdicionais” e pela previsão do § 4º deste dispositivo legal que, por sua vez, expressamente dispôs quanto à possibilidade de cumulação.

Vale ressaltar, contudo, que para a configuração do “ato atentatório à dignidade da justiça”, além da prévia advertência (artigo 77, § 1º) e do prévio contraditório (artigos 9º e 10), será imprescindível a inexistência de justificativa para o descumprimento da decisão, ensejando efetiva constatação de atuação em vacuidade processual a partir de fundamentação não dogmática.

4.4.3 *Multa por descumprimento de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa*

Em sentido semelhante, na vigência do Código de 1973, prevalecia a interpretação pela não cumulação das *astreintes* com responsabilização por crime de desobediência ou outras sanções processuais como a litigância de má-fé (artigo 17, IV e V) ou o ato atentatório ao exercício da jurisdição (artigo 14, V, e parágrafo único), à míngua de previsão expressa autorizando-as.

O Código de Processo Civil de 2015, ao contrário, expressamente sufragou a possibilidade de cumulação da multa por descumprimento da obrigação de fazer (artigo 536, § 1º), com a responsabilização por crime de desobediência,⁴¹ com as sanções por litigância de má-fé

⁴¹ Vale consignar que, até para fins de instalação de debate a respeito, no caso de descumprimento de obrigação de pagar, nos termos do artigo 523, § 1º,

(artigo 536, § 3º) e com a multa por ato atentatório à dignidade da justiça (artigo 77, §§ 2º e 4º).

Mister consignar que os artigos 536, § 3º, e 77, § 4º, prescrevem expressamente a possibilidade de cumulação de duas sanções (*astreintes* e litigância de má-fé ou *astreintes* e ato atentatório à dignidade de justiça). Não há previsão explícita da possibilidade de cumulação das três multas (*astreintes*, litigância e ato atentatório), embora seja até possível inferir tal interpretação do fato de que o artigo 77, § 2º, prescreve que a multa por ato atentatório incidirá independente de outras sanções processuais cabíveis e que no § 4º do artigo 77 se prevê a possibilidade de cumulação da multa do *contempt of court* com a das *astreintes*.

Entretanto, considerando que se teriam sanções cumulativas, de natureza semelhante (vacuidade processual) e pelo mesmo fato, inexistindo previsão legal explícita que permita a tríplice aplicação de multa, deve prevalecer a regra de proibição do *bis in idem* quando da inexistência de expressa autorização de cumulação, como direito fundamental incorporado ao ordenamento jurídico pátrio por construções teóricas e jurisprudenciais⁴² (artigo 5º, § 2º da Constituição Brasileira).

configurada a atuação em vacuidade processual e, por consequência, o ato atentatório à dignidade da justiça, o novo Código de Processo Civil prescreve a possibilidade inclusive de responsabilização nas esferas criminais, civis e processuais cabíveis.

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 49/50; HUNGRIA, Nelson in: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.1140. DAMASIO DE JESUS. *Direito Penal – Parte Especial – vol. 4*, p. 219, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002; SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Ne bis in idem: limites jurídico-constitucionais à persecução penal*. Natal: Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2006; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV, nº 4 e ano V, nº 5, p. 91-122, 2003-2004; STF. HC 86606, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/05/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00086 EMENT VOL-02283-04 PP-00638; STF. HC 86254, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/10/2005, DJ 10-03-2006 PP-00054 EMENT VOL-02224-02 PP-00257 RTJ VOL-00203-01 PP-00243 RT v. 95, n. 848, 2006, p. 490-494; STF. HC 80263, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO,

Além disso, cumpre novamente ressaltar que para a aplicação dessas sanções, imprescindível o prévio contraditório (artigos 9º e 10), assim como a inexistência de justificativa para o descumprimento da decisão, ensejando efetiva constatação de atuação em vacuidade processual a partir de fundamentação não dogmática.

Ainda sobre as *astreintes* vale consignar que a alteração ou exclusão da multa fixada somente será possível em relação ao valor vincendo, mas não em relação ao valor da multa que já tenha incidido em decorrência do não cumprimento pontual da obrigação de fazer (artigo 537, § 1º, do novo Código de Processo Civil).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, de forma sucinta, foi possível consignar inicialmente a estatura do processo, como paradigma linguístico-jurídico fundamental à operacionalização do Estado Democrático de Direito.

Quanto ao dever de lealdade processual, trilhou, na academia, na jurisprudência e na legislação, evolução desde uma concepção moral subjetiva até uma concepção ética objetiva. Entretanto, ao se valer da ética ou da moral, ou seja, da lealdade como boa conduta ou como boa crença, torna-se inviável o estabelecimento de discurso democrático sobre o cumprimento ou não do dever processual.

Essa impossibilidade implica dupla violação das garantias fundamentais da ampla defesa, do contraditório e da isonomia, seja porque o órgão jurisdicional ao interpretar o dever de lealdade o faz de forma excessivamente ampla a ponto de restringir tais garantias, seja porque o faz de forma excessivamente branda, hipótese em que tais garantias acabam sendo restringidas pela ilícita atuação processual do *ex adverso*.

O dever de lealdade processual nada mais seria do que de atuação em juízo de forma normativamente amparada no direito fundamental de contribuir de forma ativa e efetiva, verdadeiramente protagonista, para a construção, interpretação e aplicação do direito. A deslealdade processual seria a atuação no procedimento sem amparo em ampla

Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2003, DJ 27-06-2003 PP-00030 EMENT VOL-02116-03, PP-00515.

defesa, contraditório ou isonomia, em espaço, portanto, externo ao processo e, enfim, em vacuidade.

O novo Código de Processo Civil abandonou a terminologia “lealdade” processual, adotando, em substituição o dever de boa-fé e fazendo-o na perspectiva objetiva, de boa conduta, conforme dispõe o artigo 5º, o que é inerente ao *due process of law* mas incompatível com o devido processo legal no Estado Democrático de Direito.

Ao tornar homônimos institutos inerentes a diferentes regimes jurídicos, a alteração trazida pelo Código de Processo Civil acaba incorrendo no erro da teoria da relação jurídica processual, identificando um mesmo princípio para atuar em âmbitos manifestamente diferentes do direito e regidos por princípios, muitas vezes, antagônicos.

Considerando a função instrumental da Jurisdição em relação ao processo, no sentido de ao Estado-Juiz incumbir precipuamente assegurar aos sujeitos processuais a observância irrestrita das garantias discursivas fundamentais e que o controle quanto ao cumprimento dos deveres processuais é um dos meios pelos quais tal função se efetua, é importante que a avaliação do cumprimento ou não dos deveres processuais seja procedida com base em parâmetros jurídico-científico-processuais e por linguagem não dogmática, aberta à ampla testificação.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Tratado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 2.

ALVIM, José Manuel de Arruda. Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, nº 69/7.

ANGHER, Anne Joyce. *Litigância de má-fé no Processo Civil*. São Paulo: Rideel, 2005.

ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. O Processo constitucional como elemento de proteção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*. RBDPro, ano 20, nº 80 (out./dez. 2012). Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 71-97.

ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. Uma breve abordagem sobre a tutela antecipada pelo abuso do direito de defesa. *Revista da Amagis*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, nº 8, p. 29-48, jan./jul. 2013.

- ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. *A Lealdade na Processualidade Democrática: escopos fundamentais do processo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 1.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1.
- BATISTA LOPES, J. *O juiz e a litigância de má-fé*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 740, p. 128-133, jun.1997.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos *et al.* *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique; *Manual elementar de processo civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- BUZAID, Alfredo. Processo e verdade no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 47, p. 92-99, jul./ago. 1987.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Classic Book, 2000.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 2.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6ª ed. Padova: CEDAM, 1992.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 6. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NALINI, José Renato. *A ética nas profissões jurídicas*. Lex-Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Ano 19, n. 225, set. 1997.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2011.

PRETEL E PRETEL, Mariana. *A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

STOCO, Rui. *Abuso de direito e má-fé processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 1974, v. I.

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

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2002.

WINTER, Vera Regina Loureiro. *A boa-fé no direito privado e no direito público: breve estudo comparativo e suas aplicações práticas*. São Paulo: Juris Síntese Millenium, 1988.

Recebido em 26/2/2016

Aprovado em 20/6/2016

