

O PRINCÍPIO DA PROIBIDADE NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ALCIDES DE MENDONÇA LIMA

Catedrático de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas.

“Sebbene nel processo si svolga una lotta in cui ciascuno si vale liberamente delle armi disponibili, questa libertà trova un limite nell’obbligo di osservare le “regole del giuoco”: queste esigono che i contendenti si rispettino reciprocamente nella loro veste di contraditori in giudizio, secondo il principio dell’uguaglianza delle loro posizioni rispettive”.

ENRICO T. LIEBMAN

(“MÁNUALE”, t. I, p. 163, n. 82, 1ª ed.).

I - INTRODUÇÃO

1. - A origem do Direito, nos mais primitivos grupos sociais, prende-se aos preceitos religiosos e, portanto, aos morais. Confundiam-se, assim, as regras morais e jurídicas. Inexistiam disposições escritas impondo o comportamento dos indivíduos, para a prática e para a omissão de atos na convivência com seus semelhantes.

Dentro da concepção clássica de que “o homem é um animal”, houve necessidade de situá-lo em plano mais elevado na escala biológica mediante acréscimo na definição para o distinguir dos outros animais: ser dotado de razão. Estabeleceu-se, assim, uma diferença específica, considerando-se, particularmente, o lado moral. Em virtude desse atributo, inerente ao gênero humano, JULES BARNI afirmou: “Par la raison, l’homme est capable de s’élever à l’idée du **bien**, du **bien moral**, du devoir, par conséquent, ou de l’**obligation**; il devient ainsi un être **moral**”.

Apesar de algumas objeções, não se pode negar a validade ainda da idéia de **BENTHAM** quanto aos círculos concêntricos formados pela

* Trabalho escrito para “Studi in onere de ENRICO TULLIO LIEBMAN”, a convite da Faculdade de Direito da Universidade de Milão, ao ensejo do seu 45º aniversário de magistério.

moral e pelo direito, resultando a seguinte conclusão: toda regra de direito está situada dentro da área da moral, que é a maior; mas as regras da moral não se acham contidas dentro da área do direito, que é a menor. Por conseguinte, não se pode imaginar uma ordem jurídica, como criação do homem, que não tenha fundamento na moral. Mas há preceitos morais que não se revelam em normas jurídicas, concretizadas em disposições legais, não sendo, assim, impostas coercitivamente pelo Estado, para valerem, apenas, conforme a consciência de cada um. A grande diversidade, portanto, entre as normas morais e as normas jurídicas, é que aquelas não se revestem de coercibilidade externa e as últimas são impostas aos componentes da sociedade e, se violadas, podem ser aplicadas, coativamente, pelas vias jurisdicionais.

2. – Para o devido equilíbrio social, porém, as normas jurídicas, na sua quase totalidade, são respeitadas espontaneamente pelos indivíduos, no interesse recíproco de todos, sem necessidade de seu cumprimento ser exigido sistematicamente. Se assim não fosse, ocorreria aquela patética situação delineada por EDUARDO COUTURE:

“El dia en que fuera necesario demandar a todos los padres para mantener sus hijos, o demandar a todo contribuyente a pagar sus impuestos, o demandar a todos trabajadores para que fueran a trabajar, la máquina del Estado saltaría hecha pedazos”.

Se, porém, houver infringência do direito material, o Estado, que passou a vedar a defesa privada desde eras longínquas (apenas ainda admitida em casos excepcionais expressamente estipulados em lei), oferece ao lesado um instrumento para a devida reparação da ilegalidade sofrida, com o restabelecimento do império da norma desrespeitada, em nome da paz social e da própria autoridade estatal. Este instrumento é o processo, cuja finalidade suprema é a de fazer justiça, compondo a lide conforme o direito, na acepção de CARNELUTTI.

Ora, se o processo visa, exatamente, à incidência da norma primária e se é da essência dessa um resultado ético, impossível conceber-se a preservação do seu preceito se necessária a invocação coativa, sem postulados informativos também éticos. O processo não é um meio isolado, mas, junto com o direito material, forma o complexo da ordem jurídica, em

sua unidade e em seus fins. Como integrante deste conjunto, todo ele sob a égide da moral, o processo não pode permitir que os elementos que nele atuem, de qualquer modo, ajam fora dos limites da probidade, quer por atos comissivos, como omissivos.

3. – Os interesses privados são também o alvo das sentenças judiciais, nas quais colima toda a atividade normal do processo. Mas a idéia moderna da publicização do processo, com os poderes do juiz dilatados para bem desempenhar suas funções com a necessária autoridade e imparcialidade, o torna infenso a atitudes desonestas pelos que nele participam, sob pena de desvirtuar-se sua finalidade primacial: o primado do direito e o da justiça. O silogismo é muito fácil de ser armado: o direito material se funda na moral; o direito processual visa, precipuamente, a restabelecer o direito material, quando violado; logo os meios de que se serve para atingir aquele objetivo não podem utilizar-se de situações ímprobas, maculando o próprio resultado pretendido. Se assim fosse, em última análise, por via do julgamento do juiz, o Estado estaria impedido de dar uma solução justa e legal – e, portanto, moral – para o conflito de interesses revelado na lide. Daí a necessidade de os Códigos de Processo – ou leis extravagantes similares – conterem regras que, no seu entrelaçamento, tracem o comportamento do próprio magistrado, dos órgãos do Ministério Público, das partes, dos intervenientes, dos auxiliares da justiça e dos terceiros em geral, tudo em consonância com os ditames teleológicos do processo.

4. – Estas regras de sentido ético formam o “princípio da probidade”, como ínsito ao próprio desenrolar da atividade jurisdicional na sua variada gama de atos. Normalmente, esse “princípio” é invocado para a atuação das partes, segundo a exigência do chamado “dever da lealdade”, que mais se evidencia no “dever da verdade”, sendo esse variante ou modalidade daquele, que tem acepção ampla. Entretanto, aquele “princípio” não se cinge somente aos litigantes e aos intervenientes mas sim, igualmente, estende-se aos demais elementos que figuram no desenvolvimento do processo – desde os juízes até as testemunhas e os peritos. Exatamente porque, sendo o processo equiparado a um jogo entre as partes, essas é que podem ter maior interesse em falsear a verdade, agir com chicana, deturpar fatos, ou fundar-se capciosamente em texto de lei, em proveito próprio, para obter a vitória a qualquer preço. Com isso, estarão iludindo o juiz, que formará falsa convicção e, conseqüentemente, proferirá sentença que se

afaste da realidade do caso e da solução que seria a verdadeira. Quanto aos demais elementos, o interesse não será direto, embora possam favorecer qualquer das partes ou dos intervenientes, em detrimento do adversário, seja conseguindo vantagens ilícitas, seja sem qualquer benefício material, mas, num ou noutro caso, conspurcando o veredicto judicial, pelo desvio de escopo.

5. – Tradicionalmente, o comportamento ético já era exigido dos juízes, pois sempre se permitiu a “exceção de suspeição” (englobando, aliás, os atuais casos expressos de impedimento com os propriamente de suspeição), para vedar o seu exercício em determinadas causas; ou das testemunhas, excluindo as que pudessem depor com parcialidade ou sem isenção de ânimo, caindo sob a pecha da suspeição; ou dos agentes do Ministério Público e dos auxiliares de justiça, se ocorresse uma das situações acima, embora sejam casos mais raros.

6. – Mas, apenas depois que o processo foi considerado como um instituto de direito público, pelo interesse também do Estado na solução dos conflitos das partes, é que as leis começaram a inserir dispositivos regulando a atividade dos litigantes, sob o pálio do “princípio da probidade”. Matéria de difícil conceituação e formulação legal, porque, de certo modo, poderia implicar em exigir da parte tal conduta que, em decorrência, pudesse criar vantagem para o adversário e, conseqüentemente, lesividade para si própria, o que seria, sem dúvida, violar a natureza humana.

Não se trata, porém, de exigir que a parte ofereça ao adversário armas para que esse triunfe, mas, sim, obstar que, **maliciosamente**, use de meios que fraudem a função jurisdicional. Isso, evidentemente, é possível e necessário, em nome da própria ordem social, da qual o Poder Judiciário é um dos esteios e guardiães, quando reequilibra as situações jurídicas, sobretudo restaurando infringência legal e, corolariamente, atentado aos direitos subjetivos do lesado.

II – A EVOLUÇÃO DO SISTEMA BRASILEIRO: DO REG. nº 737, de 1850, ao CÓDIGO de 1973.

7. – A exemplo da diretriz que predominava nos sistemas processuais mais adiantados da época, o regime brasileiro – desde o Regulamento nº 737, de 1850 até os Códigos de Processo Civil e Comercial legislados pelos Estados-membros (durante a vigência da Constituição Federal de 1891, a primeira da República, que adotara a dualidade processual – da União e dos Estados, como nos Estados Unidos, Argentina, México e outras federações), escassamente continha normas a respeito. Havia, apenas, o intuito de obstar os atos de má-fé em suas linhas gerais, sem maiores especificações. Entretanto, os efeitos foram mingüados, como advertiu OSCAR DA CUNHA: “Se, até certo ponto, em alguns Códigos, introduzidos foram princípios sancionadores da protelação e infração da verdade, na prática, ao que eu saiba, resultaram inúteis na sua aplicação”.

8. – Sob a influência da doutrina privatística do processo, entendia-se que não era possível traçar normas legais a respeito da atividade das partes, ou, então, que, sem preceito expresso, não cabia qualquer sanção. Parece que prevalecia a incidência da tradicional regra de Direito Penal: **sem lei, não há pena**. A repressão exigiu sem dúvida, uma pena, uma sanção, ao litigante ímprobo, por faltar à verdade, servindo-se do embuste ou da mentira. Mas, como tudo tinha de ser apreciado por um intenso critério subjetivo, na realidade a punição deixava de funcionar, pela falta de certeza de que houvesse o ânimo de não ser leal.

9. – O Código de Processo Civil de 1939, em vigor desde 1º de março de 1940 – e que se manteve por 33 anos e 10 meses –, deu um passo à frente, embora tenuemente. Realmente, de modo expresso, somente se preocupava com o “dever de dizer a verdade ou o dever da veracidade”, que, como já afirmamos noutra oportunidade, “é mais restrito do que o dever da lealdade ou probidade, que abrange todas as violações de caráter ético ou moral”. O seu art. 3º tratava do abuso do direito de demandar; e o art. 63 e §§ responsabilizavam, com sanções financeiras, “a parte vencida que tiver alterado intencionalmente a verdade”; “quando, não obstante

– Lei nº 5.365, 11.1.1973, já com várias alterações em leis subseqüentes, sendo as principais a de nº 5.925, de 1.X.1973; nº 6.014, de 27.12.73, e nº 7.071, de 3.7.1974.

vencedora, a parte se tiver conduzido de modo temerário no curso da lide em qualquer incidente ou ato do processo"; ou, "quando a parte, vencedora ou vencida, tiver procedido com dolo, fraude, violência ou simulação". A punição poderia recair no procurador, "se a temeridade ou malícia for imputável" ao mesmo. De um modo geral, essas eram as prescrições básicas do regime daquele ora revogado diploma.

10. – Entretanto, o Código de 1973, em vigor desde 1º.1.1974, deu outra conotação à matéria. Refere-se a vários casos de "improbidade", não só mantendo o "dever da verdade", mas outros criando. Da mesma forma, estendeu, de modo mais concreto, o "princípio da probidade" a todos mais que intervêm no processo: juiz, Ministério Público; auxiliares da justiça e testemunhas. Alargou-se, portanto, a esfera de incidência daquele princípio, que não se circunscreve mais exclusivamente às partes.

11. – Se, na verdade, como de longa data se sustenta, o comportamento que se exige das partes em suas relações regidas pelo direito material deve ser o mesmo dentro do processo, por ser esse instituto igual a qualquer outro da ordem jurídica em geral, é evidente que o Código tinha de coibir, tanto quanto possível, atitudes ímprobas de todos quantos atuem nos feitos de qualquer natureza – de jurisdição contenciosa ou de jurisdição voluntária. É claro que o mais importante é a ocorrência na jurisdição contenciosa (nos processos, propriamente ditos), pois, aí, é que há conflitos de interesses, para cujo êxito as partes podem ser tentadas a usar de todos os meios – dignos, ou não – para conseguirem seu objetivo final. Já na jurisdição voluntária (nos procedimentos) com "interessados" e, não, com partes, já é mais difícil de acontecer, pela ausência de lide e, portanto, de vitória ou de sucumbência. Mesmo assim, poderá haver falsas afirmações ou comunicações ao juiz, as quais não devem ficar imunes a sanções. Desde que o juiz tenha de intervir, tanto para solver um conflito de interesses (contenciosa), como para exercer administração pública de interesses privados (voluntária), não pode e não deve ser iludido. Evita-se que sua sentença ou seu provimento não venham a expressar a realidade jurídica do caso, formando-se uma pseudo convicção ou uma errada determinação, em face dos subsídios com que contou para seu pronunciamento, num ou noutro caso.

12. – Presentemente, o direito positivo de vários povos, sobretudo aqueles cujos ordenamentos sempre exerceram influência no processo brasileiro (austríaco, alemão, italiano e português), consagra disposições estabelecendo penas ao "improbis litigador", tomada a expressão em sentido lato. Mas, ainda que nada seja prescrito, a corrente "más numerosa sino también la más autorizada", como já admitia COUTURE, é a que assevera existir um dever de verdade – como síntese do "princípio da probidade" – com texto expreso e sem texto expreso, com sanções específicas e sem sanções específicas. O mesmo ocorre com o "princípio da probidade" com a gama, hoje extensa, de seu alcance: vale, ainda que não formulado no direito positivo. Entretanto, quanto maior o número de normas, e desde que não sejam consideradas como exaustivas, mas meramente elucidativas, melhor para o exercício da função jurisdicional – a principal, como contenciosa, ou a secundária, como a voluntária. Esta foi a orientação básica do legislador do Código de 1973, do Brasil: inserir várias normas de caráter repressivo e sancionador, principalmente para as partes e interessados, mas abrangendo, igualmente, todos quantos intervenham nos autos. Com isso, aperfeiçoou a aplicabilidade daquele princípio, como imperativo de alto sentido social, pelo que a vida forense representa como fonte do respeito, do prestígio, da autoridade e da confiança que o Poder Judiciário deve inculcar no espírito da coletividade.

13. – Por esta diretriz, o Código brasileiro de 1973 deixou de ser platônico neste tema, como foi acusada a própria Z. P. O. alemã pelo seu parágrafo 138. GOLDSCHMIDT, com ênfase, considerava "lex imperfecta" pela ausência de sanções. Em última análise, o diploma germânico, que se inspirou no austríaco (Z. P. O., § 178), acolheu verdadeiro preceito moral em ordenamento de direito positivo, pois o característico desse é prescrever penas aos infratores de seu texto. Todo o ato que tenha um fim ético, traçando às partes (ou aos interessados) uma atitude proba na busca da verdade judiciária, quer impondo como vedando um comportamento, já deve ser prescrito juntamente com a sanção correspondente.

14. – Embora as partes (ou os interessados) sejam as figuras mais visadas, exatamente pelos interesses diretos que têm na solução do processo (na acepção ampla), todos os demais elementos também têm de ser controlados, porque o resultado final se forma do conjunto das atividades de todos. Na verdade, poderá não bastar que as partes ajam

honradamente, sem nenhuma infringência legal, assim como seus procuradores, e, mesmo assim, por má atuação do juiz ou do membro do Ministério Público, ou de auxiliares da justiça, ou de testemunhas, a verdade colimada não seja atingida, prejudicando a própria prestação jurisdicional ofertada, causando, assim, ilegalidade ou injustiça. Se a presença de quem quer que seja foi necessária ou indispensável para o desenvolvimento do processo, não será possível dar-lhe livre trânsito, sem qualquer freio, não obstante que, do seu ato, haja perniciosa influência no julgamento. Daí porque o Código de 1973 procurou estender o "princípio da probidade", sem limitá-lo, apenas, às partes, como, aliás, já o fazia o diploma de 1939, mas de modo menos intenso.

III - AS PRINCIPAIS DISPOSIÇÕES VIGENTES

15. - O "princípio da probidade", pela amplitude e pela importância em relação às partes, geralmente e invocado apenas para regradar o comportamento delas, quer as originárias, como as que venham a intervir posteriormente à formação do processo, no plano daquelas, ou as que surjam secundariamente. Antes mesmo do assunto ser estudado a fundo, doutrinariamente, e ser transformado em norma legal, de maneira mais precisa, a partir do século XIX, a essência do "princípio" já se encontrava em disposições tradicionais e seculares relativas aos juízes. Entretanto, essas mesmas se apresentam, agora, mais dilatadas, configurando situações que, antes, eram ignoradas. O mesmo quanto aos órgãos do Ministério Público (ainda que não atuem como partes, pois, aí, estariam na posição própria delas) e os auxiliares da justiça. De qualquer forma, as normas relativas às partes são em maior número e a preocupação do legislador é mais acentuada neste ponto do que com referência aos outros elementos que participem de um processo (na acepção lata).

16. - Abstraindo das concepções estritamente doutrinárias ou teóricas, dada a aceitação generalizada de que o "princípio da probidade" é insito ao processo, conforme as modernas concepções que justificam a sua instituição, cingir-nos-emos a ressaltar, no texto do nosso Código de 1973, os dispositivos que concretizam o "princípio da probidade", refletindo a mentalidade brasileira contemporânea, no sentido de aperfeiçoar a busca da verdade judiciária. Quanto mais se reforçam os poderes do juiz, mais

devem ser cerceadas as atitudes de improbidade, de quem quer que seja, evitando que a atuação do magistrado pudesse tornar-se inócua, se, como o representante do Estado pudesse ser iludido, mal orientado ou burlado em sua missão de fazer justiça e de preservar a legalidade. A autoridade judiciária, portanto, encontraria óbices incompatíveis, como é óbvio, com a moderna posição a que foi erigida, em nome da própria ordem social, política e jurídica.

A - Quanto aos juízes

17. - A lei não podia ser rigorosa com as partes, ao exigir-lhes comportamento probo, e omitir-se junto aos demais participantes do processo. Se as mesmas são as maiores interessadas na solução do caso (tanto na jurisdição contenciosa, como na jurisdição voluntária, nessa com o *nomen juris* de "interessados"), nem por isso o Direito Processual poderia deixar que, ao contrário, sobre elas se refletissem atos de improbidade dos demais elementos que atuem nos autos. O primeiro a dar o exemplo tem de ser o juiz. Ainda que se tenha de presumir sua isenção de ânimo e seu zelo em favor do melhor resultado, conforme os ditames da justiça e das prescrições legais, o legislador tinha de considerar a condição humana do magistrado, sujeito, portanto, à inexorável falibilidade e, até, a influências malélicas.

18. - Por isso, acolheu o vetusto postulado "quod non est in actis non est in mundo", para a apreciação da prova. O art. 131 prescreve: "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento". Já no Código de 1939 a orientação era igual. Da oração inicial poder-se-ia deduzir que fora adotado o sistema da "livre apreciação". Entretanto, isso somente é possível quanto ao exame das provas dos autos, isso é, o que neles se contém, salvo quando é exigido forma especial para certos atos. Tudo o que o juiz possa saber por fora não deverá servir para a sua convicção expressa na sentença. O art. 130 dá ao juiz poderes para, de ofício, também "determinar as provas necessárias à instrução do processo", ou seja, trazer para os autos subsídios que ele próprio considere essenciais ao julgamento, além dos que as partes possam requerer e cuja produção seja deferida. Isso cerceia o arbítrio, pois as partes e, se for o caso, os tribunais, em grau de

recurso, podem aferir, perfeitamente, os fundamentos da convicção do juiz. É garantia de controle da atuação do magistrado. Completando a primeira parte, a segunda do mesmo dispositivo exige a "motivação", o que é ratificado no art. 438, ao tratar dos "requisitos essenciais da sentença", ou seja no inciso II: "os fundamentos em que o juiz analisará as questões de fato e de direito". Não basta, assim, que as provas estejam nos autos, não sendo fruto, portanto, de captação externa. O modo como o juiz as apreciou, as avaliou, as considerou para formar sua convicção, deverá ser exteriorizado, como meio de evitar que fatores espúrios hajam maculado o julgamento. O juiz poderá ter errado; mas ao menos revelou "os motivos que lhe formaram a convicção". Nunca haverá, assim, a dúvida sobre seu comportamento. O erro conhecido é admissível pelas contingências humanas; mas nem mesmo o acerto, se forem desconhecidos os motivos em que se fundou, deve prevalecer, pelo perigo que a omissão pode representar quando houver falha no julgamento. O relevante é a revelação dos "motivos do convencimento" - quer quando acerte, quer quando erre, não importando o resultado. Com tal regra preventiva, o juiz, que não pode ser tachado de impedido ou de suspeito, por ausência dos casos legais, fica privado de, no fundo, agir mal na realidade, lesando qualquer parte ou qualquer interessado, conforme a natureza do feito. Embora o art. 131, combinado com o art. 458, II, se cinja, normalmente, à jurisdição contenciosa, é, contudo, aplicável à jurisdição voluntária, sempre para salvaguardar a lisura do julgamento. Apenas quando se trata de sentença que extinga o processo sem julgamento do mérito (art. 267), é permitida que seja dada "em forma concisa" (art. 459). Os reflexos, nesta hipótese, são relativos, não chegando a atingir o direito do vencido, e, pois, não havendo maior prejuízo, como se houvesse o julgamento do mérito (art. 269).

A falta de motivação é caso de nulidade de sentença, mesmo que não prescrita de modo expresso (arts. 243 a 250). Mas, como é considerada como um dos "requisitos essenciais", a cominação é ínsita, sob pena de tornar-se inócua a exigência legal, se dependesse de interpretações. Assim sendo, por via do recurso próprio ou, até, de ação rescisória (art. 485, inc. V: "violar literal disposição de lei"), a sentença imotivada poderá ser anulada ou tornada ineficaz, para outra ser proferida devidamente motivada ou fundamentada, ainda que a nova venha a ser igual à primeira. Mas com isso, se salvaguarda a prevalência da regra de tanto relevo, com acentuado sentido ético.

19. - Se bem que possa ser entendido como inócuo, o Código estabelece no art. 133, que "responderá por perdas e danos o juiz, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir, retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte". O parágrafo único fixa o momento em que se verifica a hipótese do inciso II: "só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de dez (10) dias". Esta norma se completa, praticamente, com o art. 198, que permite que "qualquer das partes ou órgão do Ministério Público, poderá representar ao Presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que excedeu os prazos previstos em lei". Dificilmente todos esses dispositivos têm aplicação na dinâmica forense. A prova de ausência de "justo motivo" é muito difícil, em face da pleora dos serviços judiciários, que, por enquanto, no Brasil e em vários países, impedem que tudo corra normalmente, dentro dos pretórios. Por outro lado, ainda que não haja "justo motivo", sendo evidente a desídia, a negligência ou, até, a parcialidade do juiz, em não cumprir prazos ou realizar alguma providência, lesando uma parte ou um interessado, existe natural temor ou constrangimento de ser feita a acusação, receiando o procurador (que é quem toma a iniciativa, embora em nome do cliente) possíveis represálias, no próprio feito ou em outros a seu cargo. O fim visado é louvável. Entretanto, a norma não deve funcionar nunca, sobretudo porque todos reconhecem que, de um modo geral, os atrasos são resultantes do próprio funcionamento do Poder Judiciário, como entidade, por mal aparelhado, e, não, por causas de ordem pessoal dos magistrados, salvo exceções raras, que não afetam o conceito geral da magistratura, pelo menos a brasileira.

Por sinal que, no Liv. I, Tit. IV, Cap. IV, a Seção I trata "Dos poderes, dos deveres e da **responsabilidade** do juiz" (sem grifo no original). Esta nomenclatura já revela que o magistrado pode sofrer sanções se mal exercer suas funções. Embora lhe caiba, como um de seus poderes fundamentais, "prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça" (art. 125, III), ao juiz, principalmente, compete comportar-se em nome desse próprio cânone. Apesar do termo estar no singular, como se referindo, apenas, ao titular do órgão de primeiro grau, o mesmo se aplica igualmente aos membros do tribunal, qualquer que seja o título adotado, sobretudo aos que podem agir individualmente, como os Presidentes e os

relatores de cada feito, e, não, somente, quando autem em conjunto com seus pares, nas câmaras ou turmas, isoladas, reunidas ou em grupos, ou em plenário. As "penalidades" estatuídas da seção II, Cap. III, Tit. V, do Liv. I, porém, incidem somente sobre os juízes, como órgãos de primeiro grau, pois as relativas aos membros dos tribunais são "na forma que dispuser o seu regimento interno" (art. 199).

A diferença entre o que ocorre com o juiz e as partes – que são os elementos principais num processo – é que aqueles são "policidados" pelas partes, mas as quais lhe são subordinadas, de certo modo podendo isso criar-lhes algum problema; enquanto que as partes são fiscalizadas pelo juiz, com toda a ascendência que lhe cabe sobre elas, usando dos poderes que a lei lhe concede, de modo expresso ou implicitamente.

20 – Quanto aos casos "de impedimentos e de suspeição", os mesmos apenas agora foram melhor estipulados do que anteriormente, pois é nítida a separação atual (arts. 134 e 135). Tanto o juiz pode abster-se ou declarar-se suspeito, como poderá ser recusado por qualquer das partes (art. 137). A iniciativa das partes é por via da respectiva exceção (arts. 304 a 306; 312 a 314). Enquanto a suspeição obsta a ação rescisória, o impedimento é um dos casos desse remédio extremo (art. 485, II). As duas modalidades que privam o juiz de atuar ou continuar no feito se fundam, em última análise, no mínimo, num daqueles quatro motivos clássicos das Ordenações do Reino: ódio, amor, interesse ou temor. Em essência, nunca deixaram de ser inseridos os casos atuais, para o fim de ser o juiz afastado de um processo; apenas a técnica legislativa de agora é mais apurada. Mas o legislador sempre se preocupou com o fato de o juiz ser impedido ou suspeito, e não se haver declarado espontaneamente ou ter resistido à arguição da parte para alijá-lo do processo (na acepção ampla). Tanto assim que, acolhida a exceção (de impedimento ou de suspeição), o tribunal "condenará o juiz nas custas, mandando remeter os autos ao seu substituto legal" (art. 314). Tal norma tem sido criticada, por injusta para o juiz, porque esse pode estar convencido de que não tem vínculo que obste o seu exercício, sem ter agido de má-fé para merecer a penalidade imposta. O fato de o tribunal haver decidido ao contrário não deveria ser motivo para qualquer sanção, salvo a prova manifesta de qualquer ato ímprobo do magistrado, para tentar permanecer no feito.

21. – Essas regras procuram resguardar a aplicação do chamado "princípio da imparcialidade", que, sem dúvida, é variante do "princípio de probidade", pelo seu extenso raio de alcance. Não se pode falar em atuação do juiz sem pensar-se em sua imparcialidade, que revela sua capacidade subjetiva, cuja falta – originando a imparcialidade – lesa extremamente a própria relação processual. Para cercar o juiz de condições que lhe assegurem agir com imparcialidade, é que o sistema constitucional brasileiro, desde a Constituição Imperial de 1824 até a vigente Constituição Federal de 1967, em ascendente aperfeiçoamento, resguarda os magistrados de garantias e proíbe os tribunais de exceção (arts. 113 e 114; 153, §§ 4º e 15).

B – Quanto aos Auxiliares da Justiça

22. – De certa maneira, a posição dos auxiliares é, teoricamente, sem reflexos na solução dos processos. Entretanto, não se pode deixar de reconhecer que, na prática, os mesmos têm meios de influir no seu andamento, para favorecer uma parte e prejudicar a outra exatamente por um daqueles motivos já indicados quanto aos juízes – ódio, amor, interesse ou temor. Sobretudo o escrivão (ou similar, com outra terminologia, como "oficial judicial") que é o auxiliar mais importante, sem o qual o juízo não pode funcionar – tem papel saliente. Antigo adágio enunciava: "boa demanda ou má demanda, escrivão na nossa banda", ou seja, sempre procurar ter esse serventuário a seu lado (maximè do procurador, com quem as relações são constantes no foro), ao menos para não colocar entrave, ainda que não seja para beneficiar diretamente. Não se trata da corrupção fundada em recompensas materiais; bastará o simples ato de cortesia, de amizade ou de lisonja; facilitando um prazo, propiciando uma diligência, avisando alguma ocorrência sigilosa, etc. A situação está equiparada à dos juízes, tanto que o Código estatui no art. 138: "Aplicam-se também os motivos de impedimento e de suspeição: I – ao serventuário de justiça; II – ao perito e assistente técnico; III – ao intérprete". Esse dispositivo se articula com o art. 139, que contém a relação "dos auxiliares da justiça". Estes servidores são fiscalizados pelos juízes, quando algum excedeu, sem motivo legítimo, os prazos que este Código estabelece" (arts. 193-194). O procedimento respectivo se rege pela Lei de Organização Judiciária, que é de competência dos Estados-membros. Assim sendo, o

Código, como diploma geral e aplicável em todas as unidades da federação, traça as normas de incidência uniforme, restando aos Estados apenas prescrever o que for necessário quanto ao procedimento de apuração da falta apontada pelo juiz, segundo as condições de ordem local.

23. – Não se pode deixar de reconhecer que o escopo destas regras é, sempre, o de visar à probidade no processo, tudo com o objetivo de manter a pureza da descoberta da verdade judiciária que qualquer julgamento deve conter, para o maior prestígio, autoridade e confiança de que o Poder Judiciário se deve revestir, para impor-se no meio social.

C – Quanto ao Ministério Público

24. – Embora os órgãos do Ministério Público possam agir como partes (art. 81), também atuam, imparcialmente, como “fiscal da lei” (arts. 82 e 83). Sua ausência, nos feitos em que o agente da instituição deva estar presente, gera a nulidade do processo (em acepção ampla), conforme os arts. 84 e 246. Entretanto, pela posição especial de seus membros, ainda que, aparentemente, fosse desnecessária a indicação de normas respectivas, porque sua atuação já estaria incluída entre as “partes” em geral, o Código entendeu melhor ressaltar os casos em que se exige comportamento ético dos agentes da entidade, inclusive prevendo a aplicabilidade de sanções.

25. – O art. 85 determina: “O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude”. Pelo teor do dispositivo, ficam excluídos os casos em que o agente aja com erro, embora grosseiro, para não tolher sua atividade, desde que ocorreu boa-fé. A lei exclui a responsabilidade por culpa, exigindo “dolo ou fraude”, isso é, o artifício ou a malícia. Por um dos dois fatos, o agente do Ministério Público poderá ser “civilmente responsável”: a) – por atuar de modo temerário; b) – por omitir-se não agindo ou não intervindo, quando a lei lhe impõe. Como o juiz só oferece a prestação jurisdicional quando provocado (“nō procedat iudex ex officio”), isso ocorre quando a iniciativa é das partes, propriamente ditas, ou do Ministério Público, pois sua posição processual é igual à daquelas. Ora, a omissão do Ministério Público pode ocasionar, portanto, verdadeira.

denegação de justiça, lesando o interessado que necessitava da providência do agente da instituição, desde que a lesão ao direito se possa tornar irreversível.

26. – Mesmo em relação ao Ministério Público, não se deve confundir a responsabilidade civil com a responsabilidade processual: aquela se baseia nos arts. 16 e 85; a última nos arts. 19 e 29, que tratam das despesas judiciais.

27. – As disposições do Código quanto à “responsabilidade” e às “sanções” relativas das “partes” se aplicam ao órgão do Ministério Público, quando sua atividade se equipara à daquelas; mas há regras referentes especificamente aos agentes da entidade, para maior clareza do preceito e segurança de sua incidência.

As comuns às duas situações são, como exemplo, as dos arts. 16 a 18, que tratam “da responsabilidade das partes por dano processual”, assim rezando o citado art. 16, como norma básica: “Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé, como autor, réu ou interveniente”. Articulando o mesmo com o mencionado art. 85, decorre também a responsabilidade do agente do Ministério Público, quando atua como “parte”.

Mas o Ministério Público não fica imune à obrigação de ressarcir as despesas do adversário, quando agiu como “parte”. É, pois, aplicável, no caso, o art. 20, que contém o princípio geral sobre responsabilidade por despesas e honorários do advogado do vencido com relação ao vencedor. Mas, no art. 29, há referência expressa ao Ministério Público, sem incluí-lo entre as “partes”: “As despesas dos atos que forem adiados ou tiverem de repetir-se ficarão a cargo da parte, do serventuário, do órgão do Ministério Público ou do juiz que, sem motivo justo, houver dado causa ao adiamento ou à repetição”. É norma tendente a evitar o retardamento injusto dos processos, com evidente sentido ético, punindo a procrastinação de má-fé.

28. – Os casos de impedimento e de suspeição dos juízes, para preservar, igualmente, a imparcialidade do agente do Ministério Público, quer como “parte”, quer como “fiscal da lei”, são estendidos ao órgão respectivo; “art. 138: Aplicam-se também os motivos de impedimento e de

suspeição: I – ao órgão do Ministério Público, quando não for parte e sendo parte, nos casos previstos nos ns. I a IV do art. 135”. O dispositivo tem sido censurado, porque não menciona o inciso V do mesmo art. 135, que torna suspeito o juiz quando “interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes”. Mas a hipótese pode ocorrer, igualmente, quanto ao Ministério Público, desde que o agente seja interessado no julgamento da causa em favor da parte contrária. Apesar da omissão legal, se o fato for provado (“o interesse”), é evidente que, por imperativo ético, o agente deverá ser afastado da causa.

29. – Como os prazos são estabelecidos para a devida regularidade do processo no tempo, os mesmos deverão ser normalmente obedecidos, salvo os casos de força maior ou de justo motivo. Em regra, ninguém deve infringi-los, pois isso tumultua os feitos, gera prejuízos aos interessados diretos e desorganiza os serviços forenses. O cumprimento dos prazos pelas partes lhes ocasiona um ônus, pois, se não o fizerem, decorrerá a preclusão e, até, a coisa julgada formal ou material, conforme a hipótese concreta. Mas, quanto aos juízes e serventuários, os efeitos não atingem a situação das partes, salvo os eventuais prejuízos pelo retardamento, se bem que não quanto ao litígio em si mesmo, na jurisdição contenciosa, ou aos interesses, na jurisdição voluntária. O agente do Ministério Público (e a própria Fazenda Pública) também pode ficar sujeito a penalidades ou a sanções se não cumprir determinados prazos, sem contar, naturalmente, aqueles cuja inobservância gere preclusão ou coisa julgada. São os relativos ao próprio retardamento pela não devolução dos autos no prazo legal, cuja consequência é de duas origens: a) – ser riscado tudo quanto haja sido escrito nos autos ou desentranhar as alegações e documentos que hajam sido apresentados tardiamente (art. 195); b) – perda da vista dos autos fora de cartório e aplicação de multa, correspondente à metade do salário-mínimo vigente na sede do juízo; e o juiz ainda comunicará o fato ao Conselho Superior ou ao Corregedor Geral do Ministério Público, para a punição disciplinar do agente (art. 195 e § único, aplicáveis conforme a remissão no art. 197).

30. – Para as sanções previstas pelo indevido exercício das funções do agente do Ministério Público, o Código, como é evidente, não leva em conta se a atuação é como “parte” ou como “fiscal da lei”, pois o

que interessa é o fato em si mesmo, independentemente da posição legal assumida, que somente influi quanto ao objetivo da presença do órgão: defendendo interesses de certas pessoas ou entidades (art. 81) ou defendendo a ordem legal (art. 82). Mas, com referência à maneira com que é desempenhada a função, é o comportamento em si mesmo que gera efeitos sancionatórios: portar-se como qualquer litigante de má-fé (arts. 16 e 17); exceder injustamente prazos legais. Ambas as situações infringem o fim ético do processo, que deve ser instrumento apenas da realização da justiça e da aplicação das normas jurídicas pertinentes. Devem ser obstadas, com rigor, interferências de meios escusos, que venham a deturpar aquele escopo e, máxime, obstar a plena efetividade da prestação jurisdicional, concretizada, principalmente, na sentença de mérito, para o provimento judicial poder transformar-se em coisa julgada, com o símbolo da paz social.

D – Quanto a Situações Gerais

31. – Há normas que não se referem nem aos juízes, nem aos auxiliares da justiça, nem ao Ministério Público, nem às partes: têm um alcance indeterminado, geral, abrangendo terceiros que estão fora do processo. Entretanto, por circunstâncias, de nítido caráter ético, o Código prevê vedações, preservando alguma consequência que pudesse deslustrar a integridade da própria justiça, como entidade.

32. – Duas disposições podem ser indicadas quanto a este ponto: a) – o que torna alguns atos sob segredo de justiça, como exceção ao princípio da publicidade (art. 155); b) – o que proíbe que certas pessoas lancem em praça ou leilão, seja qual for o processo em que a arrematação possa realizar-se (art. 190, § 1º, I).

33. – O art. 155 prescreve: “Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça, os processos: I – em que o exigir o interesse público; II – que dizem respeito a casamento, filiação, desquite, separação de corpos, alimentos e guarda de menores”.

Se a publicidade é um meio de democratizar a justiça, evitando os julgamentos sigilosos, que são próprios dos regimes de força ou de exceção, às vezes é mais prejudicial do que a realização de atos a “portas fechadas” (art. 444). Não há a obrigatoriedade de os atos forenses – sobretudo a

audiência – se efetivarem com as portas escancaradas, podendo estar cerradas, mas sem que o acesso ao local seja proibido. Com isto, não se pretende que a sala fique repleta, tumultuando os trabalhos. Pelo “poder de polícia” assegurado ao juiz (art. 445), cabe-lhe limitar a entrada, sem qualquer privilégio quanto a ser, ou não, vinculado à causa ou às partes, mas franqueado o lugar a pessoas indeterminadas, dentro, porém, de certo número. Se assim acontecer, o princípio da publicidade estará mantido.

34. – Mas, naquelas ações especificadas e nas que possam estar arroladas em leis extravagantes, aí, sim, a restrição é total, não dependendo do juiz ou do requerimento das partes: é automática. Ora, com tal medida, pelos reflexos na vida íntima das partes e pela revelação, em regra, de fatos por via de depoimento pessoal, de peritos ou de testemunhas que podem originar constrangimentos ou susceptibilidade, o interesse social exige que, na sede do ato, somente permaneçam os interessados diretos: juiz, o auxiliar que o assessora, e, não, qualquer outro; partes; agente do Ministério Público; e, se houver, peritos e testemunhas. Nem os parentes das partes podem ter acesso, salvo se for necessário, por motivo de doença ou incapacidade física, dependendo, assim, de auxílio.

Se “interesse público” do inciso I tem acepção deveras ampla, ficando muito a critério subjetivo do juiz, conforme a espécie, as causas do inciso II são de critério objetivo, mesmo que, no curso do ato, nada se revele de inconveniente. Tal circunstância não influi para a aplicabilidade prévia da norma: o acesso tem de ser vedado desde o início. Apesar de o dispositivo referir-se a “processos”, dando idéia de ser apenas os feitos da jurisdição contenciosa, a sua incidência atinge os “procedimentos de jurisdição voluntária”, quando, por exemplo, tratar-se de “desquite por mútuo consentimento” (art. 1.122); “interdição” (art. 1.181); etc., porquanto, pela natureza da matéria, deve ser evitada a publicidade, para imperar o “segredo de justiça”.

35. – O fundamento da proscrição da publicidade é, indiscutivelmente, fazer prevalecer a moral na realização do ato, subtraindo os fatos narrados e discutidos da curiosidade geral, violando, sobretudo, o próprio recesso do lar das partes ou outras situações que merecem ficar dentro apenas de um círculo restrito. Na discreção nota-se, sem dúvida, uma

preocupação ética, desde que a finalidade é, exatamente, a de poupar as partes ou quem esteja envolvido de prejuízos que são evitados por uma questão de probidade.

36. – O art. 690, § 1º, determina: “É admitido a lançar todo aquele que estiver na livre administração de seus bens. Excetua-se: I – os tutores, os curadores, os testamentários, os síndicos, os liquidantes, quanto aos bens confiados à sua guarda e responsabilidade; II – os mandatários, quanto aos bens, de cuja administração ou alienação estejam encarregados; III – o juiz, o escrivão, o depositário, o avaliador e o oficial de justiça”.

37. – Os dois primeiros incisos referem-se a pessoas vinculadas às partes e o último a membros da justiça, sendo que esses poderiam ser tratados nos itens respectivos – do juiz e dos auxiliares de justiça.

38. – A vedação se aplica aos processos de jurisdição contenciosa, como, v.g., na execução e inventário; e aos procedimentos de jurisdição voluntária, como, v.g., na extinção de condomínio. É óbvio o sentido de exclusão: impedir que, pela interferência nos processos das pessoas indicadas, houvesse aproveitamento ilícito lesando o dono do bem. Haveria sempre possibilidade de ser conseguida a avaliação pequena, que serviria de base ao preço oferecido; ou, por via de artimanhas, afastar eventuais pretendentes; ou, por qualquer modo, dificultar a arrematação por estranhos. É, portanto, norma de caráter preventivo contra possíveis (ainda que não prováveis) atitudes de desonestidade. Em última análise, portanto, é aplicabilidade do princípio da probidade.

E) – QUANTO ÀS PARTES E AOS PROCURADORES

38. – É, sem dúvida, o campo de maior incidência do “princípio da probidade”. Foi concebido para refrear os impulsos (de certo modo explicáveis, mas não justificáveis) dos litigantes e de seus procuradores, no sentido de obstar que transformassem o processo em meio de entrechoque de interesses escusos, com o emprego de toda a série de embustes, artifícios, atitudes maliciosas e, sobretudo, a mentira. Com isso, as partes não pleiteiam, em última análise, o reconhecimento de um “direito”, mas,

sim, de um falso "direito", que se transmudaria em injustiça e em ilegalidade, burlando o juiz, que poderia terminar sendo cúmplice inocente e involuntário da nociva solução.

39. - Nesta situação, é incontroverso o acolhimento da tese quanto a serem inseridas normas no direito positivo procurando impedir a figura do "improbus litigator" - como autor, réu ou interveniente - e impor sanções aos que infringirem as disposições legais, quer por atos comissivos, como por omissivos. As objeções doutrinárias, ao longo das primeiras décadas deste século, foram superadas, mormente pela proliferação de dispositivos em vários ordenamentos processuais de diferentes povos, embora menos completos do que o nosso (ELICIO CRESCI SOB^o). A censura de GOLDSCHMIDT ao direito alemão (item nº 13 supra) deixou de ter cabimento, sobretudo, no sistema brasileiro vigente. Há, até, quem sabe, algum exagero nas prescrições do nosso Código, mas vale a intenção nobre do legislador em formulá-las.

40. - Não trataremos, assim, do tema do ponto de vista histórico e teórico, porque o mesmo passou a dispensar qualquer fundamentação ou exposição, pela generalidade do resultado favorável ao seu incremento e a seu desenvolvimento. Vale-nos a seguinte observação em abono de nossa idéia: "benché sia da lungo tempo ritenuta superata invece dalla dottrina o addirittura apertamente sconfessata dalla legislazione di molti altri Paesi" (M CAPPELLETTI). Não se nota mais nenhuma voz inteiramente dissonante, como, nos primórdios da questão, ainda aparecia, em nome do excessivo respeito, sem sentido, aliás, pelos interesses privados das partes, antes de ser atentado para o caráter publicístico do processo. O problema tem sido resolvido de modo mais racional, não defendidas nem liberdade absoluta no comportamento, nem uma obrigação incondicional.

41. - Os arts. 14 e 15 tratam "dos deveres das partes e dos seus procuradores". O primeiro contém o cerne do "dever de lealdade", que é considerado a maior manifestação do "princípio da probidade", sendo do seguinte teor: art. 14 - "Compete às partes e aos seus procuradores: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos

inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito". Este dispositivo, portanto, abrange o comportamento das partes e dos procuradores na propositura da ação, na defesa, e no seu andamento, inclusive, expressamente, quanto à produção de prova. De certa maneira, dispensaria seu texto outras normas explícitas, pois todas as demais se acham contidas no seu conteúdo. Entretanto, houve o intuito de ressalvar toda e qualquer situação, evitando apenas que a matéria fosse estipulada de modo genérico, com os perigos de poder ser mal interpretada e mal aplicada. No Código de 1939, o art. 63, que é apontado como fonte do atual art. 14, tinha redação ampla, quanto à atitude das partes, referindo-se "a que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados". Agora, porém, a idéia é desdobrada nos vários casos que a configuram, tornando mais acessível a verificação, para a possível penalidade.

O art. 15 menciona um ato especial de improbidade processual: uso de "expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las"; ou, "proferidas em defesa oral, o juiz advertirá o advogado que não as use, sob pena de lhe ser cassada a palavra" (§ único). Visa, evidentemente, aos procuradores.

Se, teoricamente, o "dever de lealdade" é das partes, não se pode deixar de reconhecer que, na prática ou na dinâmica forense, o mesmo é mais dos procuradores do que delas, sobretudo quando o cliente não apresenta condições sociais, profissionais e culturais suficientes para engendrar os fatos recriminados na lei. O alcance do preceito ao procurador tem sua justificativa na seguinte advertência de LIEBMAN: "Ma é certo che anche l'abilità e l'accortezza devone sentire un freno e non possono passare certi limiti, che il costume e la morale sociale stabiliscono". Para a parte prejudicada com os fatos constantes dos autos pleitear a responsabilidade, porém, o que vale é a atitude do adversário, diretamente ou por meio de seu patrono, como no caso dos arts. 45; 113, § 1º; 161; 195 e 196. Sendo difícil separar uma atividade da outra, a lei abrange o cliente e o advogado. Se, contudo, o causídico, por seu comportamento, trazer

prejuízo ao seu constituinte, porque esse ficou responsável perante o contendor, o cliente poderá entrar com ação regressiva contra seu procurador para ressarcir-se.

42. - A violação do "dever de lealdade" não gera, por si só, a derrota na demanda do infrator pois, apesar disso, poderá triunfar no julgamento final, assim como poderá sucumbir. O descumprimento daquele "dever" apenas pode ocasionar a aplicabilidade das sanções previstas, sem que a solução da lide sofra qualquer influência, salvo em caso de "processo simulado ou fraudulento", ex-vi do I29, pois, aí, "o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes".

43. - Quando as partes transgridem as regras do art. I4, tornam-se litigantes ímprobos, porque plêteiam ou defendem-se com "má-fé". Se assim é, então "respondem por perdas e danos", qualquer que seja a posição: autor, réu ou interveniente (art. I6). Como autor ou réu, estão incluídos os litisconsortes e o opoente, porque esses somente podem aparecer nurna daquelas figuras centrais.

44. - O art. I7 completa o art. I4, condensando as várias hipóteses mais comuns do exercício do direito de ação ou do direito de defesa com má-fé, algumas das quais são quase que repetidas noutros dispositivos. Eis seu teor: "Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa, cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer; II - alterar intencionalmente a verdade dos fatos; III - omitir intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa; IV - usar do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal; V - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; VI - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VII - provocar incidentes manifestamente infundados".

45. - E o art. I8, reiterando a imputação da responsabilidade pelas perdas e danos, ainda impõe ao infrator: "indenizará à parte contrária os prejuízos que sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou". Pelo sentido ético da norma, "aquele que venceu, mas infringiu os mandamentos do art. I7, no curso do processo, está sujeito às sanções do art. I8". Do contrário, ficaria sempre impune a má conduta daquele que tem, efetivamente, razão no direito que pleiteia. E

isso não é possível, porque, "mesmo quem tem o direito a seu favor, deve agir corretamente em juízo para a sua defesa" (CELSONO BARBI. No mesmo sentido: PONTES DE MIRANDA - "nem sequer o ter vencido ou perdido").

46. - Qualquer infração a um ou mais preceitos do art. 17 qualifica o litigante que a cometeu como "de má-fé". Daí a sua responsabilidade. Mas nem todos os casos são de caráter objetivo; até pelo contrário: a quase totalidade exige apreciação subjetiva, que fica na dependência do critério do juiz, que poderá ser mais tolerante ou mais rígido na aferição do comportamento da parte. Realmente, a falta de fundamento da pretensão ou defesa deve ser "razoavelmente" desconhecida (inc. I); ou a verdade dos fatos foi "intencionalmente" alterada (inc. II); ou foram omitidos "intencionalmente" fatos essenciais ao julgamento (inc. III); ou a resistência oposta foi "injustificada" (inc. V); ou foi procedido de modo "temerário" (inc. VI); ou, finalmente, que os incidentes provocados sejam "manifestamente" infundados (inc. VIII); tudo isso ficará a critério do juiz para vislumbrar, ou não, a malícia do litigante, conforme as suas condições pessoais e as circunstâncias da causa. Apenas o inc. IV trata de resultado concreto revelando má-fé: "usar do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal", quando deverá o juiz agir conforme o art. I29, ao qual já nos referimos (item nº 42 supra).

47. - Desses há incisos que se articulam, diretamente, com outros dispositivos: o V com os arts. 599-II a 60I, ou seja, quando, na execução, o devedor por praticar ato considerado atentatório à dignidade da justiça, e, se advertido, incidir na falta, será punido com a privação de "requerer, reclamar, recorrer ou praticar no processo quaisquer atos, enquanto não lhe for revelada a pena" (item n. 62 infra); o VII com o art. 31 e com o art. 130, isso é, a responsabilidade pelas "despesas dos atos manifestamente protelatórios, impertinentes ou supérfluos", os quais, aliás, poderão ser indeferidos pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte; e com o art. 22, especificamente contra o réu, "por não argüir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide", cabendo-lhe pagar as custas "a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor da causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios". Mesmo vencendo, portanto, sofrerá

sanções, pelo mau comportamento, desde, porém, que considerado incidente “manifestamente” infundado ou resistência “injustificada”, conforme entenda o julgador.

Também por omissão, pode ser infringido o “dever de lealdade”, conforme a espécie regulada no art. 267, em duas modalidades: paralização do processo, por negligência das partes, durante um ano (inc. II) ou abandono pelo autor, por “não promover os atos e diligências que lhe competir” (inc. III). Em tais circunstâncias, como sanção ao descaso das partes, emperrando, inutilmente, os serviços forenses, o juiz deverá proferir sentença extinguindo o processo, mas sem julgamento do mérito. “Pune-se, assim, a inércia dos litigantes que faltem ao seu dever de lealdade e de colaboração com o órgão jurisdicional, a fim de que o litígio seja prontamente solucionado” (LAURIA TUCCI).

48. – Na nomeação à autoria, há responsabilidade pelas perdas e danos daquele a quem incumbiu promovê-la, mas deixa de fazê-la ou indica “pessoa diversa daquela em cujo nome detém a coisa” (art. 69, I e II). Não estará a espécie enquadrada no conteúdo do citado art. 17, inc. III, VI e VII? Mesmo assim, foi melhor explicitar a sanção com os fatos que a originam do que pretender inseri-la em disposições tão genéricas, podendo tornar inócua a repressão.

49. – Pela relevância da incompetência absoluta, em face do vício macular, em qualquer tempo, todo o processo, é natural que a mesma seja levantada no momento próprio, logo que ocorrer o fato em que se funde (art. 305), se bem que, em regra, o seja na contestação (art. 297). Entretanto, deixando de ser deduzida “no prazo da contestação ou na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, a parte responderá integralmente pelas custas” (art. 113 § único). Deve entender-se que são as custas com o retardamento do processo e, não, as totais da causa (HÉLIO TORNAGHI). A pena não alcança, porém, o réu ausente, revel, pois, aí, não se lhe pode atribuir omissão, embora a incompetência deva ser declarada, de ofício, pelo juiz (CELSO BARBI). Não estará o caso inserido nos incisos III ou VI do mencionado art. 17?

50. – Até no aspecto formal do processo, o Código, a exemplo do anterior, se preocupou em resguardar a atividade ética, impedindo que,

além dos escritos normais, outros se lançassem paralelamente, por meio de “cotas marginais ou interlineares”, devendo o juiz mandar riscá-las, e impondo a quem as escreveu (em regra os procuradores) multa do valor à metade do salário-mínimo vigente na sede do juízo (art. 161). Com isso, evita-se que os autos se transformem num amontoado de borrões ou anotações espúrias, numa apresentação incompatível com a própria austeridade da justiça. Mas há juizes que têm o hábito de fazer glosas, quando estudam os autos. A quem caberá, aí, mandar riscar, mormente se forem membros dos tribunais?

51. – Dentro do que o art. 17, inc. VII, chama de “incidentes manifestamente infundados”, pode ser incluído o art. 233, que pune “a parte que réquerer a citação por edital, alegando dolosamente os requisitos do art. 231, I e II”, mediante o pagamento de cinco vezes o salário-mínimo vigente na sede do juízo. É verdade que a afirmação tem de ser “dolosa”, a ser provada pelo citando e aferida pelo juiz. É sempre a intenção de prever sanções específicas, quase que esvaziando o próprio art. 17 em vários incisos.

52. – Com relação às nulidades, pelos reflexos que sua declaração possa ter, retardando, quiçá, o andamento do processo (art. 17, III ou V), as mesmas devem ser alegadas “na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão” (art. 245). Mas isso apenas quando se trata de nulidade relativa, pois a absoluta fica imune pelo parágrafo único respectivo, pois pode ser conhecida até de ofício. Somente a parte se livrará daquela sanção, se provar legítimo impedimento. A aplicabilidade da pena de suspensão tem evidente caráter ético, “como corolário do dever de lealdade” (MONIZ DE ARAGÃO). A nulidade não pode ficar no “bolso do colete”, como acontecia no regime de antanho das Ordenações, do Regulamento n. 737, de 1850 e dos códigos estaduais, para ser usada quando conviesse ao interessado, segundo o tramitamento da causa.

53. – O autor tem o direito de ir a juízo, mesmo que, no final, sua pretensão seja rejeitada, sendo a ação julgada improcedente. O resultado contra ele, em si mesmo, não espelha sua má-fé, pois isso somente ocorre quando a falta de fundamento é “razoavelmente” conhecida (art. 17, I), ou que haja ciência de ser destituída de fundamento (art. 14, III). Entretanto, pode acontecer que a lide não seja julgada, mediante sentença de mérito,

extinguindo-se o processo por motivos anormais, mediante sentença que não julgue o mérito, sendo terminativa, nos casos do art. 267. Quando o fato ocorre, o autor é condenado a pagar honorários e custos ao réu. Se, porém, quiser renovar o pedido, para o deslinde do litígio, somente poderá fazê-lo se provar a satisfação daqueles encargos (art. 268, parte final). Mas apenas são permitidas três renovações (§ único, idem).

54. – Se a petição inicial estiver em ordem, será ordenada a citação do réu para, querendo, responder. Mas, além das formalidades tradicionais contidas no art. 223 e § único, o art. 285, na segunda parte, indica uma nova medida de alta significação: “do mandado constará que, não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor”. Tal exigência está de acordo com os efeitos drásticos (combatidos, aliás, por alguns processualistas brasileiros, que, a nosso entendimento, exageram em suas críticas) que a revelia, em regra, passou a gerar, conforme o art. 319, no qual se lê: “Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”. A inércia do réu, salvo se ocorrer uma das hipóteses do art. 320, provocará o “julgamento antecipado da lide”, ex-vi do art. 330, II, caso em que, praticamente, o autor vencerá e o réu, por ser revel, sucumbirá, ainda que possa apelar, se, mesmo sem ser intimado, tiver ciência da sentença. A revelia não suscita, obrigatoriamente, o acolhimento do pedido, com a condenação do réu; mas, na realidade forense, assim acontecerá na maioria dos processos. Um dos mais veementes opositores da diretriz do nosso Código, neste ponto, já afirmou que “o revel no direito brasileiro deixou de ser um ausente, para se tornar um delinqüente” (CALMON DE PASSOS). Por tudo isso, é que se tornou necessária aquela advertência expressa ao citando (cuja omissão anula o processo), no sentido de lhe dar conhecimento claro dos resultados lesivos que lhe poderão decorrer, se não “contestar”, ainda que “responda”, por mão de exceção ou de reconvenção.

Acentuando, com ênfase, não ser “irreverente”. CALAMANDREI criou a célebre alegoria: “Il processo come giuco”. Nem por isso, os participantes devem agir no escuro, mas devem ter, ao menos, noção, ainda mesmo que pálida ou imperfeita, de suas conseqüências, pois “il processo serva alla giustizia”, como o mestre italiano completa sua original

comparação. Não basta, portanto, que, como era tradicional, o réu apenas soubesse vagamente, que, se não contestasse, “ficaria sujeito às penas da revelia”. Tal expressão era muito técnica e, segundo a média mentalidade para baixo, dificilmente seria percebido seu sentido e seu alcance tão nocivo ao citando. Presentemente, porém, está bem explícita a situação que se originará “não sendo contestada a ação”. O réu ficará alertado quanto à presunção de veracidade contra ele dos fatos articulados pelo autor. Com isso, o legislador procura proteger o réu de possível ignorância que lhe poderá ser fatal para a defesa dos direitos que tiver para alegar. Evitou fórmula da qual o autor se pudesse servir para agir com insídia, como verdadeira armadilha envolvendo o réu. A norma procurou estabelecer o equilíbrio entre as partes, segundo o “princípio da igualdade processual”, que, no fundo, revela uma faceta do “Princípio da probidade”: não serem as formalidades legais fontes de possíveis injustiças, dificultando as partes (no caso o réu) na conquista de seus direitos.

55. – O “princípio da imediatividade do juiz com a prova” e o “princípio da concentração na audiência” sofrem exceções na sua finalidade quando há expedição de carta precatória ou rogatória, porque outro juiz, que não o da causa, colherá a prova, e que, por isso mesmo, não se produzirá na própria audiência de instrução e julgamento. Em muitos processos, esta cooperação judicial é indispensável conforme os fatos a serem provados. Mas, em algumas ocasiões, tal providência pode ser requerida como medida procrastinadora, enquadrando-se no que o Código denomina de “resistência injustificada ao andamento do processo” (art. 17, V); ou de “incidentes manifestamente infundados” (art. 17, VII); ou de “diligências inúteis ou meramente protelatórias” (art. 130). Como se trata de prova cujo indeferimento poderá ser considerado como “cerceamento de defesa” (do autor ou do réu, pela amplitude do termo “defesa”), o Código, conciliando o alegado interesse da parte com a incidência do “princípio da brevidade”, permite, no art. 338, que a “carta precatória e a carta rogatória não suspendem o processo no caso de que trata o art. 265, IV, b, senão quando requeridas antes do despacho saneador”. Se for antes dessa oportunidade, ou seja da designação da audiência de instrução e julgamento (art. 331), se o juiz entender que tem fim protelatório, poderá indeferir o pedido de expedição, usando dos poderes concedidos pelo art. 130; se, porém, for depois, não haverá inconveniente em deferir, pois poderá encerrar o processo, realizando a audiência, ainda que não haja a

respectiva devolução pelo juízo deprecado ou rogado até aquele ato. Não sendo obrigatória a espera da volta da carta, o Código cortou qualquer possibilidade escusa de retardar o andamento da ação, geralmente pretendida pelo réu. A regra, que tem sua fonte no § 364, 3º item, da ZPO alemã, já era consagrada no nosso Código de 1939, nos arts. 213 a 215. Somente ocorrendo “justa causa”, invocada pelo interessado e aceita pelo juiz (art. 183), é que o retorno poderá ser aguardado até a audiência. A orientação legal tem, sem dúvida, um fim moralizador, obviando a chicana, sob o aparato de interesse na prova, quando, na realidade, é situação fictícia, sem qualquer influência normal na solução do litígio. A formulação específica, em lugar de incluí-la em dispositivos genéricos (arts. 17, V e VII; e 130), torna sua aplicação mais fácil no sentido de coarctar os atos de alicantina.

56. – É regra tradicional, em vários ordenamentos, remontando, em essência, ao próprio direito romano, que a parte intimada para prestar depoimento pessoal se sujeita à “pena de confissão”, deixando de comparecer ou, se presente, silenciar. Assim sempre foi no sistema processual brasileiro e subsiste presentemente conforme o art. 343, § 2º: “Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão”. Essa penalidade somente cabe quando o depoimento for requerido pelo adversário e, não, quando for determinado pelo juiz, de ofício, usando do poder conferido pelo art. 342. A “confissão tácita, presumida ou ficta” tem tais conseqüências para a parte, que o Código exige, a exemplo do que acontece com a citação (item n. 54 supra), conste do mandato de intimação da parte “que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor” (art. 343, § 1º). O nosso diploma não seguiu a moderna diretriz, que restringe os efeitos da ausência ou da recusa, para conferir ao juiz ou tribunal o poder de apreciar o fato e considerar, ou não, que houve confissão ficta. Na França (art. 336), na Alemanha (§ 446), na Itália (art. 232), na Espanha (arts. 586 e 593), na Argentina (art. 417), os resultados deixam de ser rigorosos como têm sido em nossos sucessivos Códigos. Realmente, no direito comparado, o juiz poderá, ou não, entender que há confissão presumida, conforme as circunstâncias. Por conseguinte, a simples ausência ou a mera negativa em depor não induzem a aplicação imediata da “pena de confesso”. No Brasil, porém, a conseqüência não fica ao arbítrio do juiz, que tem de admitir a confissão, embora, nem por isso, a

parte venha a tornar-se vencida no pleito. Apenas poderá enfraquecer sua posição quanto ao direito alegado em torno dos fatos cuja prova poderia depender do depoimento pessoal. A omissão, portanto, desde o direito romano, tem sido considerada como procedimento desleal. Realmente, “aquela litigante que, sem embargo do direito do adversário, do dever do juiz e do próprio interesse social, se recusa a depor ou a falar, apenas fundado no seu direito de permanecer inativo ou silencioso, abusa desse direito” (AMARAL SANTOS). Inquestionavelmente, existe uma das mais antigas aplicações do “princípio da probidade”, dentro do “dever de lealdade”, ainda que outras normas não configurassem a situação no direito positivo. Não sendo, propriamente, uma novidade, serve como consagração de constante tendência ínsita ao processo brasileiro.

Entretanto, ainda que haja o “dever de depor”, o mesmo sofre limitações, nos casos expressamente especificados: “Art. 347 – A parte não é obrigada a depor de fatos: I) – criminosos ou torpes, que lhe forem imputados; II) – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo. Parágrafo único – Esta disposição não se aplica às ações de filiação, de desquite e de anulação de casamento”. A norma é novidade no direito brasileiro, embora remontando às Ordenações do Reino. Serve-lhe de fonte o art. 554, n. 2, do Código de Processo Civil Português. Os casos diferem entre si: o do inc. I diz respeito à própria parte; e o do inc. II a terceiros, quando a parte sabe do fato em virtude de sua própria condição, ou seja sacerdote, médico, advogado, etc. O preceito, porém, é contra a melhor doutrina no direito comparado, com reflexos na brasileira, como base em lição de MATTIROLLO: “a imoralidade está na ação desonesta; quem, depois de praticá-la, se recusa a reconhecê-la, produz novo mal, junta à primeira uma segunda imoralidade” (apud AMARAL SANTOS). A matéria é controvertida, não cabendo ser tomado partido neste estudo, por suas limitações. Apenas ressaltamos a regra jurídica brasileira, cujo fim ético é o de preservar a intimidade da parte, para não coagi-la a revelar fatos que lhe poderiam originar o opróbrio geral. Do “dever de depor”, portanto, a parte fica isenta ocorrendo uma daquelas hipóteses, passando a ter o “direito de silenciar”.

57. – Outra norma acolhida de longo tempo em nossos diplomas processuais, que aparece também no direito comparado, é quanto à “obrigação de exigir documento”, isso é, aquele em poder de uma parte

que deverá trazê-lo para o processo por determinação judicial ou a requerimento do adversário (arts. 355 e 356). Somente em casos justificados pode ser acolhida a recusa: "Art. 358 - "O juiz não admitirá a recusa: I - se o requerido tiver obrigação legal de exhibir; II - se o requerido aludiu ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova; III - se o documento, por seu conteúdo, for comum às partes". Os casos I e III são de direito material; e o do II é de direito processual, fundado no "princípio da comunhão da prova".

Como há "obrigação de exhibir", a parte arca com ônus se não o fizer injustificadamente. A omissão pode significar desrespeito à ordem judicial ou ocasionar prejuízo ao adversário, e, conseqüentemente, obstar um julgamento mais preciso exatamente por falta de um elemento que possa ser necessário à convicção do juiz.

É meio de opor "resistência injustificada ao andamento do processo" (art. 17, V), deixando de "proceder com lealdade e boa-fé" (art. 14, II). Não haverá, propriamente, punição pelo ato em si mesmo. Mas os efeitos lesivos para a parte recalcitrante terão o dom de verdadeira sanção, se bem que, mesmo assim, ainda possa ser vencedora na ação. Se, porém, das diligências decorrerem custas, caberá à parte que se recusou a exhibir o documento a responsabilidade pelo seu pagamento, independentemente do resultado final (art. 35: "as sanções impostas às partes em conseqüência de má-fé serão contadas como custas e reverterão em benefício da parte contrária").

58. - O Código procurou coibir todos os atos de possível má-fé, realizados com o intuito não de obter um direito, mas, sim, de protelar o desfecho do processo ou de embaraçar o adversário, em detrimento, outrossim, da própria justiça. Não se limitou a traçar as linhas gerais nos dispositivos básicos como os arts. 14 a 18. A cada passo, conforme as circunstâncias e as possibilidades de uma fraude específica, foram inseridas normas de cunho preventivo, por via da cominação de pena, tentando cercear atitude ímproba de qualquer interessado. A parte, portanto, pesará na balança o que mais lhe convém: usar de medida que possa ser considerada desleal, e que, a rigor, o juiz, normalmente, não pode evitar,

em face do "princípio dispositivo", mas arcando com o risco de uma sanção; ou, temendo a penalidade, eximir-se da prática do ato, por ausência de vantagem objetiva.

Por isso, na ação rescisória, o Código criou uma inovação imposta ao autor respectivo: Art. 488, II - "depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente". O dispositivo prevê as duas situações quanto ao resultado: admissibilidade ou improcedência, que se diferenciam tecnicamente, embora, sob o ângulo prático, possam ser consideradas idênticas.

Em qualquer das hipóteses, ou seja, se o autor não conseguir julgamento favorável, mas se for unânime, perderá o **quantum** depositado em favor do réu. A ausência de um voto sequer a favor do autor o torna passível de uma pena, em evidente presunção de que mal agiu ao provocar a atividade jurisdicional para via de um remédio extremo, que visa, justamente, à coisa julgada. Não se perquire de sua intenção, dos motivos subjetivos: o resultado é que resolve o destino do depósito - caberá ao réu ou será restituído ao autor. Se, porém, houver qualquer outro caso de infringência do "dever de lealdade", mas expresso e, não, presuntivo, o autor se sujeitará às sanções respectivas, ainda que venha a ser devolvida a importância depositada e o réu, em igual situação, poderá sofrer as mesmas penas e receber o depósito. Por outro lado, se o depósito vier a competir ao réu, a esse o autor ainda terá de pagar as despesas judiciais, como custas e honorários de advogado. Assim sendo, o **quantum** de depósito - que, em regra, é alto, porque as ações rescisórias têm valor elevado, pelos interesses em jogo, sendo dificilmente propostas contra acórdão proferido em causa pequena economicamente - objetiva, apenas, demover o autor de servir-se da ação rescisória, mormente porque foram ampliados os fundamentos para sua propositura (art. 485). É um desestímulo à multiplicação de rescisórias, de modo que o autor somente o fará se imbuído de convicção muito forte de seu direito. Mas de que adianta tal idéia arraigada, se, com ou sem boa-fé, a multa lhe será aplicada igualmente, se não contar ao menos com um voto a seu favor? Na realidade, apenas o litigante com recursos econômicos a instaurará, pois o remediado - mas que não esteja em condições de obter a assistência judiciária gratuita, a qual isenta o beneficiário do depósito - não se

arriscará a perder a causa, por unanimidade, e, conseqüentemente, a quantia depositada, além de ter de solver os encargos processuais. Preferirá conformar-se com a coisa julgada, que seria acatada, mesmo a considerando ilegal, suscetível, assim, de, possivelmente, incidir em ação rescisória. Mas o risco pode não compensar tantos ônus. Se, portanto, a norma tem alvo ético – obstar o uso abusivo da ação rescisória – por outro lado é entrave injusto aos que, mesmo honestamente, almejam a reparação de uma ilegalidade, mas lhes falta dinheiro para ir a juízo. Isso é desolador, pois a justiça não deve ficar dependendo da situação financeira dos litigantes. É algo mais sublime e mais elevado, que não pode estar sujeito às contingências secundárias, a par de outras que já marcam e diferenciam os indivíduos na ordem social. Embora haja precedentes no direito comparado – Espanha, Itália e Vaticano –, o dispositivo é de duvidoso merecimento, pelos malefícios que possa causar ao litigante de boa-fé, se bem que venha a ser vencido. Melhor seria se ao tribunal fosse dado apreciar dos propósitos do autor, para, então, aplicar-lhe a sanção normal como a qualquer “improbis litigator”. Não haverá injustiça também em evitar que, por falta de meios financeiros, alguém se encontre privado de pleitear a ineficácia de uma sentença transitada em julgado, maculada de um dos vícios graves que autorizam a ação rescisória? E, de certo modo, não estará violado o “princípio da probidade”, pela imutabilidade irreversível de uma situação ilegal, somente porque o autor não tem dinheiro? Por conseguinte, o fim de coarctar o autor ímprobo, apenas presuntivamente, pode impedir, contudo, que o autor de boa-fé se tenha de sujeitar à coisa julgada ilegal. O Código, nessa última hipótese, se tornará fonte de revolta e de desespero, e não instrumento de alento e de esperanças para os que entendem que foram tão gravemente violados em seus direitos.

59. – Situação similar à supra se delinea quanto aos embargos de declaração, **ex-vi** do art. 538: “Quando forem manifestamente protelatórios, o tribunal, declarando expressamente que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa, que não poderá exceder de 1% (um por cento) sobre o valor da causa”. O objetivo é análogo ao da multa imposta na ação rescisória, inadmissível ou improcedente, por votação unânime, mas com diferenças: a) – o acórdão não precisa ser unânime; b) – o simples não-conhecimento ou a improcedência não geram a aplicabilidade da multa, pois não é presumida a intenção de protelar do embargante, precisando que o tribunal o declare “expressamente”. Esta aferição do

comportamento do embargante – equiparado ao autor na ação rescisória, para o caso – é que entendemos devesse ocorrer, outrossim, na ação rescisória (item nº 58 supra). Aí, sim, existe fim ético da norma, pois apenas pune o ímprobo, conforme o julgamento do Tribunal, mas ampara o recorrente honesto que agiu de boa-fé. Faz a justa discriminação, impondo pena somente a quem a merece e isentando o inocente. Como os embargos declaratórios suspendem o prazo dos recursos subseqüentes cabíveis para ambas as partes, podem ser utilizados como meio procrastinador, ainda que, teoricamente, sejam julgados rapidamente (art. 537), pois, na realidade, podem levar meses desde a oposição até ser publicado o acórdão.

Enquanto isso, o vencedor ficará na expectativa de ser, ou não, ainda interposto o recurso normal contra o acórdão embargado e, conseqüentemente, perdendo tempo para a futura execução do julgado. A medida é moralizadora, mas atingindo apenas quem deva receber a sanção, conforme as circunstâncias reconhecidas, em cada caso, pelo tribunal. No Código de 1939, não havia multa; mas, se os embargos fossem considerados protelatórios, o embargante poderia perder o prazo para o eventual recurso subseqüente. Agora, pois, este risco desapareceu, surgindo a sanção econômica. Aquele efeito, porém, era mais rigoroso; porquanto, dificilmente, a parte tentaria interpor os embargos de declaração, com receio de não poder usar do recurso normal, ou, então, nem aguardaria o julgamento dos embargos, já interpondo o outro, que poderia ser afetado com a decisão naqueles. De qualquer forma, o “princípio da probidade” inspirou a regra sancionatória, nas duas modalidades. Nota-se, porém, que os embargos de declaração também podem ser interpostos contra as sentenças dos juízes e, nesta hipótese, não cabe sanção alguma, sendo, ou não, julgados protelatórios, por ausência de regra a respeito (art. 465 § único): **nulla poena, sine lege**. O preceito, contudo, ético deverá incidir em ambas as modalidades, pela similitude entre as duas.

60. – Como critério objetivo para caracterizar a violação do “dever de lealdade”, o Código estabelece: “Art. 529 – Se o agravo de instrumento não for conhecido, porque interposto fora do prazo legal, o tribunal imporá ao agravante a condenação, em benefício do agravado, no pagamento do décuplo do valor das custas respectivas”. Como o Código, no entendimento generalizado, não permite que o juiz a **quo** negue seguimento ao mesmo, “ainda que interposto fora do prazo legal” (art.

528), foi preciso uma providência para obviar a plethora desse recurso tipicamente luso-brasileiro, embora sem efeito suspensivo, na quase totalidade dos casos em que é hábil. Sendo vedado ao juiz de primeiro grau denegar o agravo, "naturalmente abre ensejo a lei à subida de agravos interpostos fora do prazo. Daí, sem dúvida, resulta um grave risco: o da multiplicação desmedida de agravos, a sobrecarregar, muitas vezes, inutilmente, o trabalho dos tribunais. O risco é tanto maior quanto são amplas, amplíssimas, no sistema do Código, as oportunidades que se têm de agravar. (Omissis). Assim, se busca atalhar as manobras protelatórias armadas sobre a interposição de agravos fora do prazo" (BARBOSA MOREIRA). A norma visa, outrossim, a que sejam "embaraçados os objetivos do Código sobre a ampla recorribilidade das interlocutórias (CARLOS NORONHA), pois "o espírito do legislador foi o de punir o litigante que não recorre, tempestivamente, acarretando transtornos para o adversário" (SÉRGIO BERMUDEZ). Tudo isso revela a infringência do "dever de lealdade", exigindo a devida penalidade ao agente. Na incerteza, porém, o tribunal deverá conhecer do recurso. Somente em casos incontroversos de intempestividade, é que não o conhecerá e aplicará a multa prescrita em lei. Como norma punitiva somente é aplicável à espécie prevista, embora devesse ser estendida, expressamente, aos agravos não preparados, tornando-se desertos, porquanto é situação análoga à de intempestividade pela objetividade dos motivos. Como o fim é não incentivar a chicana, "para embargar a cada instante a marcha do processo e relegar o julgamento da lide para as calendas gregas" (BARBOSA MOREIRA), é evidente o sentido moralizador do dispositivo.

61. - O recurso extraordinário é recebido apenas no efeito devolutivo e, portanto, permite a execução provisória do acórdão pelo mesmo atacado (arts. 497; 543, § 4º; e 587). O recorrido, até então parte vencedora, poderá executar o julgado mas com as cautelas da execução provisória (art. 588). Para isso, porém, terá de extrair "carta de sentença", pois o recurso extraordinário se processa nos próprios autos da ação, que subirão ao Supremo (art. 543 e §§), servindo aquele documento como título judicial (art. 589, 2ª parte). Por conseguinte, as despesas com a "carta" são ônus para o vencedor-recorrido decorrentes do ato do vencido-recorrente. É justo, pois, que o vencido-recorrente não impeça ou dificulte o vencedor-recorrido naquilo que tem a faculdade de fazer: a execução provisória do

acórdão sujeito a recurso extraordinário. Por isso, o Código exige que, como custas adicionais às do recurso extraordinário interposto pelo vencido, sejam incluídas as referentes à "carta de sentença" que o vencedor-recorrido requeira, para instruir a execução contra o vencido-recorrente, devendo ser por esse pagas, "sob pena de deserção" (art. 545), ou seja do recurso extraordinário interposto. Observa-se a constante de o Código prevenir "o abuso do direito" por quem tenha interesse em protelar o desfecho das causas, antes de pleitear um direito com honestidade. Sempre que haja margem para duvidar do comportamento de uma parte, mesmo exercendo um direito, o legislador estatuiu uma penalidade. Cabe ao interessado, se quiser, arcar com o ônus, desde que entenda lhe ser mais conveniente o encargo do que abster-se de um ato permitido em lei, mas com restrições. Há, pois, sinais evidentes de intentos moralizadores, balisando o desempenho dos litigantes, no último recurso que é possível na sistemática brasileira, instituído e garantido pela Constituição Federal, exatamente para o mais alto órgão do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal.

62. - A execução é campo fértil para as chicanas, por via de procrastinações e formulação de incidentes infundados. É o momento em que o vencedor deve conseguir a concretização do direito que lhe foi assegurado e, portanto, em que o vencido se encontra na situação de sofrer o peso da condenação (ou, nas ações declaratórias ou constitutivas, ao menos dos encargos processuais, desde que, nas mesmas, não há nenhuma condenação). Mais do que nunca, portanto, o juiz deverá ser armado de poderes para obstar as atitudes de improbidade do devedor, sempre o mais interessado em adiar o final da execução. Por isso, o Código inculpiu os seguintes dispositivos: "Art. 599 - O juiz pode, em qualquer momento do processo: I) - ordenar o comparecimento das partes; II) - advertir ao devedor que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça". "Art. 600 - Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que: I) - frauda a execução; II) - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; III) - resista injustificadamente às ordens judiciais; IV) - não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução". "Art. 601 - Se, advertido, o devedor perseverar na prática de atos definidos no artigo antecedente, o juiz, por decisão, lhe proibirá que daí por diante fale nos autos. Preclusa esta decisão, é defeso ao devedor requerer, reclamar, recorrer, ou praticar no processo quaisquer

atos, enquanto não lhe for relevada a pena. Parágrafo único – O juiz relevará a pena, se o devedor se comprometer a não mais praticar qualquer dos atos definidos no artigo antecedente e der fiador idôneo, que responda ao credor pelo dívida principal, juros, despesas e honorários advocatícios”.

Antes de visar ao interesse do credor-exeqüente-vencedor, a norma tem por alvo o interesse do Poder Judiciário, consubstanciando no que for “atentatório à dignidade da justiça”, cujos atos são relacionados nos incisos do art. 600, acima discriminados.

É regra sem precedente no direito comparado, pois não pode ser equiparada nem ao art. 485 do Código de Processo Civil Italiano, porquanto, nesse, o objetivo não é propriamente ético, como no brasileiro, e, sim, de ordem prática, acertando o melhor modo de ser levada a cabo a execução. Em outra oportunidade, comentando o Código, já afirmamos: “Normalmente, é o devedor que tem interesse em procrastinar a execução ou colocar embaraço ao seu andamento e a seu término. Mas o credor também poderá prejudicar o processo, tanto que o art. 620 previne a hipótese de o credor escolher modo mais gravoso, o que deverá ser evitado pelo juiz. O dispositivo, portanto, procurou configurar a hipótese mais comum e mais normal, porque seria difícil conciliar regras que abrangessem as duas partes: credor e devedor, pela posição antagônica de cada um” (ALCIDES M. LIMA). Enquanto, porém, subsistir o texto, nenhuma pena pode ser aplicada ao credor, com base no art. 601, mas, apenas, como “improbis litigator”, *ex-vi* dos arts. 14 a 17. A regra lembra dispositivo do Projeto do Código de Processo Civil do Uruguai elaborado em 1943, por EDUARDO COUTURE, e que, até hoje, não foi transformado em texto definitivo (HENRIQUE VESCOVI), no item 7 sobre “Princípio de la Probidad”, no qual aparece a mesma expressão “cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia”. Não confiamos muito na aplicabilidade da sanção do art. 601, conforme antes pessimistamente externamos nosso ponto de vista: “Temos a impressão de que, na realidade, o dispositivo se tornará letra morta, porque muito exigiu (omissis). Por ser tão rigoroso, é que terminará por não incidir. Quis atingir tanto o devedor, que, paradoxalmente, o deixará livre...” (ALCIDES M. LIMA).

O problema é para os juízes, pois a norma existe e, se for preciso, deverá ser aplicada. O legislador a prescreveu nimbada de propósitos

éticos, embora de difícil verificação do ato desonesto pelo devedor e de difícil aferição pelos juízes. Por isso, alhures, advertimos: “Não temos, assim, muita fé no êxito pretendido pelo legislador, no sentido de coibir o abuso do direito de defesa na execução por parte do devedor. De qualquer maneira, valerá como a espada de Dâmoques sobre a cabeça do devedor. O legislador cumpriu sua missão; cumprem, agora, os juízes a sua, se puderem” (ALCIDES M. LIMA).

63. – Ainda dentro da execução, o Código acolheu, de modo preciso, a medida que corresponde às “astreintes”; “Art. 644 – Se a obrigação consistir em fazer ou não fazer, o credor poderá pedir que o devedor seja condenado a pagar uma pena pecuniária, por dia de atraso no cumprimento, contado o prazo da data estabelecida pelo juiz. Art. 645 – A condenação da pena pecuniária deverá constar na sentença que julgou a lide”. É evidente o alcance: impedir que, nas obrigações infungíveis, por contrato ou por lei, o devedor não a satisfaça, no tempo e no modo adequados. A multa prevista não se confunde com as perdas e danos, pois essas não podem exceder o valor da obrigação não prestada, e a coação que emana das **astreintes** é “casi siempre arbitraria en su monto y desproporcionada con la obligación misma” (COUTURE). O legislador apenas errou em exigir que a condenação na pena deva constar da sentença exequenda. Ora, as futuras atitudes do devedor podem não ser previstas no processo de conhecimento e, sim, surgirem na execução. Por conseguinte, melhor fora estatuir aquele momento apenas como regra geral, mas dando possibilidade de, se não estiver fixada sanção, cominada na execução, conforme seja o comportamento dele. O “bom” réu pode tornar-se um “mau” devedor na execução, ao aproximar-se o instante fatal em que terá de cumprir a obrigação a que foi condenado. Se bem que as “astreintes” tenham caráter econômico, o seu alvo é ético, por ser meio coativo contra os atos de protelação do devedor, burlando a finalidade da justiça antes de atentar contra os direitos do credor-exeqüente, como adversário. É o prestígio da justiça que está em jogo, pois se trata de assegurar aquilo que seus órgãos julgaram a favor do credor-exeqüente. O sentido, assim, é duplamente moral: resguarda a autoridade do Estado e protege os direitos subjetivos do credor.

64. – Ainda podemos apontar alguns casos em que é nítida a preocupação do legislador em colocar óbices a atitudes incorretas das

partes, para prejudicar ou dificultar os direitos do adversário e, igualmente, desrespeitar o próprio Poder Judiciário, envolvido por manobras espúrias do "improbis litigador". Entre esses, embora outros haja em leis extravagantes, que refogem ao tema específico deste estudo, servem de exemplos dentro do Código os seguintes:

Processo cautelar – A medida cessa "se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no art. 806", isso é, em 30 dias de sua efetivação; ou "se não for executada dentro de trinta (30) dias" (art. 808, I e II), e, conseqüentemente, o requerente "responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida", e cuja "indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar" (art. 811 e § único). Com tal precaução e ameaça ao requerente, esse não poderá simplesmente promover a medida cautelar e, apenas para complicar o requerido, não propor a ação principal à qual aquela se acha vinculada, sem nenhuma vantagem legal, portanto, para ele próprio, de vez que o conflito de interesses permanecerá em aberto, por falta da propositura da ação principal respectiva.

Atentado – Trata-se de violação, a rigor, contra ato judicial, ou seja "inovação ilegal no estado de fato" (art. 879 e incisos). É o desrespeito a uma ordem judicial em outro processo, procurando burlá-la, modificá-la, contrariá-la, e, com isso, lesar os direitos do adversário que fora beneficiado. É, sem dúvida, de suma gravidade, pois não é tanto o direito individual do outro contendor que está em jogo, mas, máxime, o prestígio e a autoridade do Estado, representado pelo órgão do Poder Judiciário atingido em seu provimento. É medida tradicional, de origem remota, e que subsiste no Código, que ainda estabelece: "Art. 881 – A sentença, que julgar procedente a ação, ordenará o restabelecimento do estado anterior, a suspensão da causa principal e a proibição de o réu falar nos autos até a purgação do atentado" (afora esta vedação, poderá haver condenação também a perdas e danos que a parte lesada "sofreu em conseqüência do atentado" (idem, § único). As sanções são de duas ordens: as processuais e a de direito material.

Ação de Consignação em Pagamento – Se o devedor se sente compelido a ir a juízo para satisfazer ao credor, quando esse não quer receber, não seria justo que o autor ainda tivesse de arcar com o ônus dos

encargos processuais (custas e honorários), se o réu resolvesse aceitar o pagamento, sem discutir. Tal fato revela que a recusa fora sem motivos, apenas para causar dano ao devedor, pois, em caso contrário, o credor não receberia e contestaria, alegando porque se opusera ao pagamento espontâneo.

Como pena à atitude de capricho ou de emulação do réu-credor, demonstrando a inutilidade da ação proposta pelo autor-devedor, é imposta àquele o ressarcimento das despesas com a ação, pois o juiz "declarará extinta a obrigação e condenará o réu no pagamento das custas e honorários advocatícios (art. 897). Embora a doutrina e a jurisprudência, no regime do Código de 1939, fossem preponderantes conforme a diretriz atual, inexistia norma expressa a respeito, mas que passou a ser consagrada presentemente. É sanção, assim, pela falta de cumprimento do "dever de lealdade", revelado pela recusa sem motivo.

IV – CONSIDERAÇÕES FINAIS

65. – O "princípio dispositivo", na sua configuração tradicional e clássica, pode dificultar o devido cumprimento do "princípio da probidade", conforme haja interesse preponderante das partes, na salvaguarda daquilo que possam revelar ou praticar, mas que lhes seja lesivo. Nos regimes socialistas, entretanto, "le parti **debbono dedurre in giudizio la fattispecie integrale e reale**, senza omissioni e senza reticence oltreché senza falsificazioni, nemmeno espressamente o tacitamente concordate" (M. CAPPELLETTI). Seus prosélitos, assim, censuram o "processo burguês", considerando que nesse "l'obbligo di verità sarebbe qual cosa di "incerto, artificioso e assolutamente inconciliabile colla costruzione" sistematica di esso stesso processo" (M. CAPPELLETTI).

66. – Se, verdadeiramente, chega um momento em que é difícil regular e comprovar a atitude necessária e honesta na defesa do direito, diferenciando-a da que for ociosa e ímproba, a experiência forense tem fornecido subsídios valiosos ao legislador, que procura formular, no ordenamento positivo, regras – algumas gerais e outras particulares – abrangendo os casos mais comuns praticados pelo "improbis litigador". A principal fonte, portanto, para essa criação legal, é a jurisprudência, com

sua observação direta sobre a vida. Sempre escapam situações para estarem contidas na lei, máxime porque, infelizmente, o mal é fértil em sua exteriorização, sendo praticamente impossível prever todas as hipóteses. Como se trata de aplicação de pena, o intérprete pode esbarrar no velho axioma: **nulla poena sine lege...**

67. – Em outra oportunidade, já sustentamos: “Por conseguinte, é necessário que os juízes tenham a agudeza de espírito, a perspicácia, o senso, para discernir entre aquilo que a parte faz, em sua defesa, por estar convencida de que é certo, e aquilo que faz por espírito de maldade e de improbidade” (ALCIDES M. LIMA). Neste assunto, dentro do processo, não se pode abstrair do elemento humano, que se torna muito importante para a solução do problema, quer quanto às partes, como, outrossim, quer quanto aos próprios juízes ou quanto aos que também venham atuar no processo, cujo resultado, legal e justo, dependerá da atuação em conjunto de todos. Na dúvida, em relação aos litigantes, preservar a defesa, para prevenir eventual injustiça, por excessivo rigor na aferição do comportamento deles, levado por exagerado escrúpulo ou susceptibilidade.

68. – O fato de nosso processo reger-se pelo “princípio dispositivo”, em suas linhas gerais, mesmo com as atenuações que nele têm sido inseridas, em consonância com as hodiernas diretrizes, não importa em diminuir ou, até, evitar a atividade repressiva dos juízes. Bem cabe, aqui, invocar o ensinamento de E. VESCOVI: “En cuanto a las formas de represión nos parece que, sin abandonar los principios fundamentales del proceso dispositivo que también sufre importante transformación y siguiendo la tendencia moderna, debemos aumentar los poderes del juez para reprimir y sancionar las manifestaciones de conducta dolosa dentro del proceso, ya sea de las partes o sus representantes o abogados, y establecer ciertas normas generales – amenudo traduciendo jurídicamente preceptos morales – que impogam los deberes de decir verdad, de lealtad y probidad, de buena fe, y, en general, obliguen a todos os los participantes del drama procesal a actuar de acuerdo a la regla moral en el proceso”.

Somente assim, quando o direito é alcançado em juízo, lisa e limpidamente, como expressão da vontade do Estado e como emanção da justiça (em que pese, ainda, à inevitável falibilidade humana), é que o

processo atinge o clímax de seu alvo. Para ser alcançado este objetivo, tão necessário à própria estabilidade social, é imprescindível que o “princípio da probidade”, em suas várias imprevisíveis modalidades, envolva todos quantos atuem em juízo, sem desvirtuar ou macular o julgamento. E isso porque “el proceso debe servir para discutir lo discutible, pero no para negar la evidencia, ni para rendir por censacio al adversario que tenga razón; há de representar un camino breve y seguro para obtener una setencia justa y no un vericuetto interminable y peligroso para consumir al atropello” (ALCALÁ-ZAMORA).

Com esta diretriz ética, os pretórios, antes de se metamorfosearem em palco de desesperos e de angústias dos vencidos em face da conquista ímproba dos que lograram triunfar, se tornarão o refúgio sagrado das esperanças e da confiança de todos que batam às suas portas, como um dos meios perenes gerados pela civilização, que asseguram o ideal de confraternização individual e o fortalecimento das instituições fundamentais da sociedade.

11 de agosto de 1977

150º aniversário da “Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil”, em Olinda e São Paulo.