

A BOA-FÉ PROCESSUAL, CONCEITO, DEVERES DE VERACIDADE, COLABORAÇÃO E REFLEXÕES

*THERE ISN'T GOOD FAITH WITHOUT INTERESTS:
GOOD FAITH IN LEGAL PROCEDURE AND THE DUTIES
OF VERACITY, AND COLLABORATION*

André Luiz Maluf de Araujo¹

RESUMO

Neste trabalho pretendemos conceituar a boa-fé processual. Falamos dos limites e garantias. Refletimos sobre os deveres, cargas (ônus) da boa-fé processual. Provocamos sobre o comportamento negativo da parte como possível indução de julgamento, Por fim falamos da questão do melhor procedimento e o recurso.

PALAVRAS-CHAVE: Boa-fé processual. Limites e garantias.

ABSTRACT

In this work we aim to conceptualize the procedural good faith. We talk about the limits and guarantees. We reflect on the duties, charges (burden) of procedural good faith. Set off on the negative behavior on the part as possible induction trial Finally we talk about the question of the best procedure and the resource

KEYWORDS: Procedural good faith. Limits and guarantees.

1 INTRODUÇÃO

Um dos institutos onde soa legítimo repensar as convicções próprias, é o da boa-fé processual, não apenas em seus aspectos configurativos (que responde a pergunta, o que é a boa-fé processual), senão também, com as derivações conexas ao estabelecimento desta máxima

¹ Mestrado na USP. Professor da ESA/MS. Advogado Membro do IBDC e da ABDPRO. malufcg@hotmail.com

de atuação (que responde às perguntas sobre as consequências para os litigantes quando o sistema judicial exige comportamento de boa-fé)².

O estudo doutrinário da boa-fé processual tem sido ignorado pelos acadêmicos e demais estudiosos do direito, mesmo quando já se encontra em vigor o novo código de processo civil, contendo expressamente esta regra³.

Neste artigo, gostaria de refletir, mesmo que superficialmente, sobre a boa-fé processual. Primeiro, verificar se a partir da cláusula geral de comportamento de boa-fé processual, é possível extrair ou fundamentar certos deveres positivos, especialmente o dever de veracidade e integridade nas alegações, e o de cooperação ou colaboração⁴. Segundo, verificar a possibilidade de substituir o conceito de boa-fé processual, pelo de proibição de atuação de má-fé.

Como hipótese preliminar, diria que o ordenamento jurídico não pode exigir dos litigantes que se conduzam de boa-fé⁵, senão, ape-

-
- 2 Vale citar inicialmente, o grande mestre Português Antônio Menezes Cordeiro, que após realizar longo estudo histórico e de direito comparado sobre o tema da boa-fé e o abuso de direito, afirma que “a aplicação geral do instituto do abuso do direito no Direito processual civil surge, hoje, indiscutível, porquanto não se pode considerar o processo como “uma ilha de irresponsabilidade” (in “*Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa “in agendo”*”, 2. ed, Coimbra: Almedina 2011, p. 127. Do mesmo modo, entende Pedro de Albuquerque, para quem é indiscutível “a aplicação do princípio da boa fé e do abuso de direito à esfera processual” (in “*Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*”, Coimbra: Almedina, 2006, p. 76. Também, Paula Costa e Silva, que, a despeito de limitar o seu estudo à atuação das partes, sublinha que essas “estão vinculadas a uma série de deveres processuais: probidade, lealdade, boa fé” in “*A litigância de má fé*”. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 691.
 - 3 Conforme ensina a processualista Brunela Vieira de Vincenzi, em seu livro ‘*A Boa Fé no Processo Civil*’, Atlas, 2003, p. 159 e ss., a boa-fé jurídica, que deriva do direito privado, deve ser utilizada pelo direito processual civil como um princípio hermenêutico objetivo. Assim, a boa-fé como princípio hermenêutico, se torna, em razão de sua positivação em lei processual, um texto autônomo que se habilita a fornecer sentidos para uma melhor compreensão dos casos concretos. Também, Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron in *Novo CPC-Fundamentos e Sistematização*, Gen/Forense, 2015, p. 154, escrevem que: “O Princípio da boa fé objetiva consiste em exigir do agente a prática do ato jurídico sempre pautado em condutas normativamente corretas e coerentes, identificados com a idéia de lealdade e lisura. Com isso, confere-se segurança às relações jurídicas, permitindo-se aos respectivos sujeitos, confiar nos seus efeitos programados e esperados”.
 - 4 O professor Arruda Alvim escreve que: É de se esperar, em um contexto ético, que os sujeitos do processo não deverão apresentar comportamento desleal uns para com os outros. Não obstante, o ambiente processual é notadamente o de um conflito de interesses; autor e réu têm, quase que invariavelmente, vontades antagônicas, e se um sagra-se vencedor, o outro sucumbirá. Entre a proibição de atitudes antiéticas e a impossibilidade de se exigir que uma parte auxilie os interesses da outra diretamente, há no CPC/2015 a exigência de que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa fé” em “*Novo Contencioso Cível no CPC/2015*”, RT, 2016, p. 57-58).
 - 5 No prólogo do clássico de Franz Wieacker, “*El Principio General de Buena Fé*”, Tradução de José Luis Carro. Madrid, Espanha, Editorial Civitas, 1977. p. 13”, Luis Díez-Picazo, também distingue a Boa-fé psicológica da Boa-fé ética. Assevera que na Boa-fé psicológica “o sujeito ignora o caráter ilícito de seu ato ou a contravenção do ordenamento jurídico”. A Boa-fé seria, desse modo, sempre uma crença ou uma ignorância. Conclui: “qualquer tipo de ignorância ou erro, qualquer que tenha sido a causa ou a situação que a motivou pode servir para fundar a Boa-fé”. Sobre a Boa-fé ética, diz que é mais exigente. Nesta, “o sujeito que opera em erro ou numa situação de ignorância não é merecedor de proteção - ou de exoneração de sanção - que se outorga ao de Boa-fé, se seu comportamento não é valorado como o mais adequado conforme a diligência socialmente exigível”. Por tal motivo, argumenta, “será necessário investigar a medida em que foi ou não culpável o erro e a ignorância”.

nas, pode proibir as condutas de má-fé e sancioná-las. Como consequência, não seria legítimo generalizar deveres positivos de atuação fundados na boa-fé, mas sim, deveres negativos ou de abstenção, elencados dentro da proscrição da má-fé processual. Assim, os deveres de veracidade e plenitude nas alegações, assim como o de colaboração, não poderiam caber num processo que se considera respeitoso dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos, como também, das garantias de que vem revestida a atividade jurisdicional⁶.

2 DIFICULDADE EM DELIMITAR O CONCEITO DE BOA-FÉ PROCESSUAL

Muitos falam do conceito de boa-fé, ora como um conceito jurídico indeterminado⁷ e ora como cláusula geral (aqui apenas mencionamos, pois que o tema é complexo). Também não difiro, quando digo que se trata de uma regra com a qual se pretenda introduzir regras morais, éticas e sociais no âmbito das relações reguladas pelo direito. Estas características colocam o princípio da boa-fé processual em uma constante tensão com a segurança jurídica. O inconveniente mais grave, pela sua enorme repercussão prática, é o que enfrenta o intérprete na necessidade de dotar a regra de um conteúdo o mais concreto e preciso possível, para

6 Vale escrever o que afirma Judith Martins-Costa: “Os modelos jurídicos também ditos ‘institutos’, constituem estruturas normativas referidas às fontes de produção jurídica. No ensinamento de Miguel Reale, há duas grandes espécies de modelos jurídicos, os prescritivos e os hermenêuticos. Os modelos prescritivos são, portanto, dotados de prescritibilidade jurídica, e, como tal, voltados a impor condutas, proibições, permissões e estímulos. Os modelos hermenêuticos, também ditos ‘doutrinários’ constituem as construções elaboradas pela doutrina, cuja função não é a de prescrever impositivamente comandos jurídicos, mas basicamente a de orientar a sua aplicação”. Continua adiante: “A boa fé configura um modelo jurídico complexo e prescritivo. Trata-se de um modelo porque o significado e as eficácias do comportamento segundo a boa-fé não resultam de uma norma isolada, mas de uma estrutura normativa que articula, finalisticamente, normas provindo de mais de uma das fontes (lei e jurisprudência; ou lei, costume e negócio jurídico; ou lei, jurisprudência e doutrina, quando a jurisprudência acolhe um modelo hermenêutico sedimentado na doutrina para suprir lacuna do sistema normativa prescritivo), ou propor determinado entendimento. E se trata de um modelo prescritivo porque, é dotado da possibilidade de impor ações, condutas, vedações, sanções e não apenas ‘recomendações’ ao aplicador do direito” (A Boa-fé no Direito Privado - Critérios para a sua aplicação, Marcial Pons, 2015, p. 265-266).

7 Importante tentarmos aqui, mesmo que superficialmente, diferenciarmos cláusula geral de conceito jurídico indeterminado. As cláusulas gerais são formulações genéricas e abertas da lei, normas orientadoras, diretrizes, dirigidas ao juiz, que, simultaneamente, vinculam-no e lhe conferem liberdade para decidir, aplicar o direito no caso concreto. Possuem a função de efetivar os princípios jurídicos em determinado caso concreto. Por outro lado, os conceitos jurídicos indeterminados, se referem sempre a valores ou realidades fáticas. São conceitos vagos, imprecisos e genéricos. Logo, os conceitos jurídicos indeterminados se referem, em todos os casos, à descrição de um fato, em sua precisão de significado pelo juiz, há apenas interpretação e não criação do direito. E aí reside a sua distinção substancial com relação às cláusulas gerais, isto é, enquanto as cláusulas gerais exigem que o juiz crie o direito no caso concreto (concorra ativamente para a formulação das normas jurídicas, numa atuação deveras complexa), os conceitos jurídicos indeterminados exigem apenas interpretação das normas por parte do magistrado. A liberdade do julgador é restrita. Temos mais afinidade com o conceito de boa-fé processual como cláusula geral.

não fazer de tal noção, um conceito juridicamente irrelevante. A difícil tarefa de delimitação do conteúdo apenas permitirá ao operador chegar a “*meras aproximaciones conceptuales*”⁸ e não a um conteúdo hermético.

A doutrina em geral tem mantido certa uniformidade com os elementos básicos que conformam o conceito. Assim, Picó i Junoy já definiu como “*aquella conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta*”⁹. Por outro lado, José A. Camargo em trabalho apresentado no Mestrado da Unipar escreveu que pelo princípio da probidade, volta-se para um particular aspecto da moralidade, e pelo princípio da boa-fé, ficamos mais no item confiança.¹⁰

Todas as definições são perfeitamente válidas, e permitem verificar o claro conteúdo ético, moral e axiológico que implica invocar a boa-fé processual. Sem dúvida, em uma sociedade pluralista e democrática resulta difícil alcançar unanimidade em valores ou códigos éticos¹¹, entre um e outro indivíduo. Por conseguinte, teremos que ser cuidadosos quando empregarmos o conteúdo ou conceito, bem assim, lançarmos mão de valores subjetivos ou pessoais, diante de uma sociedade determinada, como a nossa¹².

3 A BOA-FÉ NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A boa-fé era um conceito que até antes do CPC/2015, era mais diretamente ligado ao Código Civil. Até então, eram o Direito Civil Patrimonial e o Direito Real, os campos mais fecundos para a atua-

8 Picó i Junoy, J. *El principio de la Buena fe procesal*, Bosch Editor, Barcelona, 2013, 71-74.

9 Ibid, p. 75-76. Vale citar, que o STJ entendeu que: “[...] A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova [...]” (REsp 956.943/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/08/2014, Dje 01/12/2014). Também, a Segunda Turma do STJ no REsp 1.306.463-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 4/9/2012, quando afirmou que a máxima *nemo potest venire contra factum proprium*, é aplicável no âmbito processual).

10 In “*Princípios de probidade e Boa-fé*”, artigo. Disponível em: <www4.jftrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjtrj/article/view/173/185>. Acesso em: 20 abr. 2016.

11 Lilian Pájaro de De Silvestre, classifica de “standart ético” in *El contenido del principio de la buena fe en la relación contractual del tercer adquirente en públicas subasta judicial*, Universidad del Norte, 2013, p. 13. Gian Luca Falco chama a boa fé, de “regra de conduta positiva” in *La buena fede e l’abuso del diritto, principi, fattispecie e casistica*, Giuffrè Editore, 2013, p. 23.

12 Em artigo na Revista de Processo n.253, 2016, p. 159, intitulado “A boa - fé no Processo Civil e o abuso de direitos processuais”, Rafael Wobeto Pinter adverte que: “O princípio geral da boa-fé encontra guarida constitucional no sobre princípio da igualdade, segundo o qual se deve tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da diferença, ainda mais se esta diferença resulta do rompimento de circunstâncias pré-estabelecidas ou da desconsideração das expectativas legítimas do outro”.

ção da boa-fé, tanto em sua vertente objetiva-exemplo art. 422 do CC/2002 como na vertente subjetiva – exemplo art. 490 do CC/2002.

O Código de Processo Civil 2015 acompanhou e explicitou a boa-fé processual objetiva, em seu art. 5º¹³. Assim, temos agora, um dos corolários do princípio da boa-fé objetiva, a teoria dos atos próprios, ou a proibição de *venire contra factum proprium*, que protege a parte contra aquele que pretenda exercer uma conduta em contradição com o comportamento assumido anteriormente, que é, e impede que a pessoa adote posturas contraditórias¹⁴.

4 BOA-FÉ E OS DEVERES PROCESSUAIS

Tomemos sobre o tema, a advertência de Arruda Alvim, que assim escreve:¹⁵ “é importante deixarmos claro que o comportamento da parte, que vier a violar o art. 5º. do CPC/2015 não importa, necessariamente, em litigância de má-fé” (art. 80 do CPC/2015).

13 Fredie Didier Júnior, identifica três aplicações do princípio da boa-fé processual: “O princípio da boa-fé impõe deveres de cooperação entre os sujeitos do processo...A negociação processual, seja aquela relativa ao litígio, seja aquela que tem por objeto as normas e situações jurídicas processuais (art. 190 do CPC), deve observar o princípio da boa-fé processual (aplicação ao processo do art. 422 do Código Civil). O princípio da boa-fé ainda exerce uma função hermenêutica: a decisão judicial e as postulações devem ser interpretadas de acordo com este princípio (art. 489, §3º., e art. 322, §2º., CPC, respectivamente)”. Júnior, Fredie Didier “Curso de Direito Processual Civil”, Ed. Jus Podium, v. 1, 2015, p.112-113.

14 Assim Arruda Alvim, ob. cit. p. 58-60.

15 Este festejado mestre arremata: Os expedientes processuais desonestos, desleais, para obter ganho de causa, podem ser apenados pelo rol taxativo da lei, mas isso não é uma decorrência direta da proibição de *venire contra factum proprium* no processo, por exemplo. Quer dizer, a parte pode vir a não agir conforme a boa fé objetiva art. 5º. e ainda assim não incidir em nenhuma das hipóteses descritas pelo CPC para a aplicação da multa correspondente. Em verdade, o que o texto do CPC/2015 exige é uma conduta leal, por inteiro. A lealdade e a boa-fé são princípios éticos do processo, de caráter ético, abrangentes de toda atividade dos sujeitos processuais, desde o início, durante todo o procedimento, inclusive no desdobramento recursal, como ainda no processo executório. Vale notar ainda que o princípio da boa-fé no processo tem uma dimensão hermenêutica, no sentido de exigir que tanto os pedidos como as causas de pedir (art. 322, § 2º.) quanto as decisões judiciais (art. 489, § 30.) sejam interpretados conforme a boa fé”. Autor e Ob. Citados, p. 61.

Também na mesma linha, Humberto Theodoro Júnior in “Curso de Direito Processual Civil”, 56. 2015, v. I, p. 81-92. Ainda: Daniel Amorim Assumpção Neves in “Manual de Direito Processual Civil”, 8., ed., Ed. Podium, 2016, pp. 149/150, que afirma “Também o abuso do direito configura violação ao princípio da boa-fé objetiva consagrado no art. 5º. do Novo CPC. O Agravo interno manifestamente inadmissível ou julgado improcedente em votação unânime gera as sanções previstas no art. 1.021, § 4º. do Novo CPC e os embargos de declaração manifestamente protelatórios geram as sanções previstas pelo art. 1026, §§ 2º. e 3º do Novo CPC. E considerado ato atentatório a dignidade da justiça, a produção de prova desnecessária à defesa do interesse (art. 77, III do Novo CPC). É considerado ato de litigância de má-fé a dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (art. 80, I, do Novo CPC) e a provocação de incidente ou interposição de recurso com o intuito manifestamente protelatório (art. 80, VIII do Novo CPC). A preempção extingue o direito de ação em razão do abuso em seu exercício. O art. 77 do Novo CPC descreve, em seus cinco incisos, deveres de conduta para as partes e para qualquer pessoa que de alguma forma participe do processo, o que inclui os demais sujeitos processuais (juiz, promotor, advogados, serventuários da justiça) e terceiros, que poderão praticar atos no processo (p. ex. depoimento de uma testemunha) e atos fora do processo que nele reflitam. Ainda que sejam importantes deveres dos sujeitos que participam do processo, não existe na previsão legal qualquer sanção pelo descumprimento dos deveres previstos nos incisos I ao IV.”

Temos, que o CPC 2015, trata o art. 5º¹⁶, como norma que prescreve a submissão das partes à lealdade e à boa fé processual. O problema se encontra, em determinar se a fórmula normativa de atuação conforme a boa-fé processual pode estender-se às alegações fáticas das partes, bem assim a produção das provas (art. 77, I, II, III do CPC/2015)¹⁷. Esse problema, faz parte de um problema maior, ou seja, se esta cláusula geral de boa-fé impõe deveres efetivos e positivos de atuação, e quais as sanções no caso de conduta negativa.

Fernando da Fonseca Cajardoni¹⁸, comentando este artigo e incisos citados, afirma que com relação ao art. 77, caput do CPC/2015, os advogados e outros não possuem um salvo conduto para o descumprimento do dever de probidade, apenas eventual sancionamento, será objeto de apuração e deliberação pelos respectivos órgãos correccionais e não pelo poder judiciário. Afirma ainda este autor, que o dever de veracidade do art. 77, I do CPC/2015, permite a visão parcial da realidade. A deturpação intencional dela é que é vedada. No que toca ao art. 77, II do CPC, devemos ter que somente as pretensões e defesas destituídas de fundamentos jurídicos (contrárias ao direito) é que são vedadas, e não outras. Por fim, o art. 77, III do CPC veda a não justificativa adequada do pedido de prova requerido e de outros atos processuais relevantes, devendo o juiz exercer um poder geral de cautela preventiva, e obstar estes atos.

Portanto, os incisos I, II e III do art. 77 do CPC/2015 não preveem a multa (norma sancionatória)¹⁹ por deveres, em face da boa-fé processual²⁰.

16 Art. 5º: "Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé"

17 Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito.

18 GAJARDONI. Fernando da Fonseca. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, Coordenação de Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, RT, 2015, pp. 16/17. No mesmo sentido, José de Miguel Garcia Medina. Novo Código de Processo Civil Comentado: Com remissões e notas comparativas ao CPC/1973, RT, 2015, p. 23.

19 As normas jurídicas podem ser impositivas ou sancionatórias, também chamadas de endonormas e perinormas, por Carlos Cossio. Ambas possuem a mesma estrutura estática, sendo compostas por um antecedente e um conseqüente. As primeiras têm por antecedentes fatos lícitos e jurígenos e, por conseqüente, o nascimento da obrigação. Já as segundas têm, por antecedentes, fatos ilícitos e, como conseqüente, a imposição de sanção (La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad, Editorial Losada, s.a., argentina, 1944, p. 298 e ss.)

20 Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart in Novo Código de Processo Civil Comentado, RT, 2015, p. 19, arrematam sobre a violação aos deveres: "A violação aos deveres enumerados no art. 77, CPC, podem repercutir em diferentes esferas. Podem caracterizar litigância de má-fé (arts. 80 e 81, CPC), nos casos de violação ao art. 77, I,II,III, CPC".

Por outro lado, o art. 80 e incisos do CPC²¹, elencam condutas passíveis de declaração judicial de litigância de má-fé²², cuja decisão não está no rol taxativo do art. 1015 do CPC/2015 não sendo passível assim de agravo. Daniel Amorim Assumpção Neves mostra sutilmente, a diferença do art. 77 e do art. 80, ambos do CPC 2015²³, falando ainda que o STJ entende que é desnecessária a comprovação do prejuízo para que haja a condenação ao pagamento de indenização por litigância de má-fé (*EREsp 1.133.262-ES*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 3.6.2015-DJe 04.08.2015)

Picó i Junoy,²⁴ assinala que a aplicação do dever de veracidade deriva da existência da boa-fé processual como pauta de conduta que deve nortear os litigantes, isso porque, dificilmente podemos qualificar ou chamar um ato de boa fé, quando o mesmo se fun-

21 Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; e VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

22 Vale citar o que escreve Maria Carolina Silveira Beraldo em artigo contido na *Coleção Novo CPC Parte Geral*, ed. Lus Podium, 2015, sob o título "Litigância de Má-fé no Novo Código de Processo Civil". p. 721: "Importante frisar, nesta oportunidade de análise das condutas tipificadas como litigância de má-fé, que o dolo processual deve ser constatado objetivamente a partir da exteriorização do ato processual e das circunstâncias em que praticado, e não da aferição da psique do agente. A má-fé, portanto, independe de prova concreta do intuito da parte e resulta diretamente da apreciação de fatos que alei enumera, e dos quais o julgador extrai a ilicitude da conduta processual. Ocorrida qualquer das hipóteses previstas no referido art. 80, considera-se ter havido má-fé do litigante, invertendo-se em seu desfavor o ônus da prova da existência de fatos que a excluem. O efeito que se obtém dessa interpretação, sobretudo por essa inversão do ônus da prova, é próximo ao da teoria da responsabilidade objetiva. O litigante cujo comportamento, concluir o juiz a partir da apreciação objetiva dos fatos e do comportamento descrito na norma (e não da psique do agente), configure hipótese de litigância de má-fé, tem o ônus de desconstituir a tipificação e afastá-la de forma expressa na execução do ato processual"

23 Amorim, Assumpção Neves. Daniel.; Manual de Direito Processual Civil, Lus Podium. 8. ed, 2016, p. 152, escreve: "O art. 80 do Novo CPC tem um rol descritivo dos atos tipificados pelo legislador como sendo atos de má-fé (má-fé stricto sensu). Existe divergência doutrinária a respeito deste rol; para alguns se trata de rol exemplificativo e para outros de rol exaustivo, parecendo preferível o segundo entendimento em decorrência de regra de hermenêutica que determina interpretação restritiva para normas restritivas de direito. O inciso I do dispositivo ora comentado, ao mencionar a dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, deve ser interpretado como extremo cuidado, levando-se em conta as diferentes interpretações possíveis do texto legal.. Dessa forma, a litigância de má-fé só estará configurada em situações teratológicas, nas quais não haja um mínimo de seriedade nas alegações da parte. Cuidado similar se exige na interpretação do inciso II, considerando-se que também com relação aos fatos existem diferentes versões; o que a lei qualifica como litigância de má-fé é a negativa expressa de fato que a parte sabe ter existido, a afirmação de fato que sabe inexistente e a falsa versão para fatos verdadeiros. No inciso III, encontra-se prevista a conduta unilateral de uma das partes em prejuízo da parte contrária e do próprio processo; sendo o processo o instrumento estatal para a proteção do direito material, não se pode admitir a utilização de tal instrumento justamente para violar o direito material".

24 *Ibidem*, pp. 148/149. Friederich Lent também sustenta no mesmo sentido, quando fala sobre este dever de veracidade (*Wahrheitspflicht*), *Diritto processuale civile tedesco* tradução de Edoardo F. Ricci. Imprenta: Napoli, Morano, 1962, p. 106 ss.

damenta na mentira, engano, ou, a verdade é falseada. Sustenta este autor espanhol, que a defesa de uma parte não pode basear-se em prejudicar o direito de defesa da outra, ou de induzir em erro o órgão jurisdicional, impedindo ou dificultando que possa oferecer uma efetiva tutela dos interesses em conflito.

De igual forma, o dever de colaboração ou cooperação, cuja manifestação mais evidente é de fazer acompanhar o processo²⁵, de todos os meios de prova ao alcance da parte, tem um claro fundamento no dever de atuar conforme a boa fé processual. Explica a doutrina, que o dever de colaboração ou cooperação se funda na boa-fé processual e precisa de um esforço conjunto das partes para buscar com o juiz a justa e pronta solução do litígio²⁶. Assim, os litigantes ao terem que adequar as suas condutas a critérios de retidão e honradez socialmente exigíveis, possuem o dever de apontar no processo, os meios de prova necessários para cumprir com as normas que emanam da colaboração com a justiça. Nada mais distante de um comportamento leal é o de esconder, negar ou silenciar sobre um meio de prova que pode ser fundamental para um correto julgamento pelo julgador.

Não obstante as fortes disputas doutrinárias, ainda existentes, não podemos duvidar que o dever de veracidade e completitude²⁷, bem assim o de colaboração, podem ser perfeitamente demarcados dentro da amplitude do conceito da boa-fé processual. Dizer a verdade, sem omitir detalhe(s) relevante(s), é uma conduta que, em um conflito judicial, é considerada como social e eticamente correta, apesar de parecer utópica. Atua lealmente quem narra os fatos de forma verídica e completa, assim como o litigante que introduz ao processo todos os elementos de convicção necessários

25 Temos em Walter Zeiss um dos primeiros a tratar o dolo, no campo processual. Em Zeiss, Walter, *El dolo procesal*, Ejea, Buenos Aires, 1979, trad. Tomas A.Banzhaf, p. 98-121

26 Assim as lições de Lorena Miranda Santos Barreiros, in *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*, Editora jus Podium, 2013, p. 152 e ss.

27 Pontes de Miranda aduz que: “o dever de veracidade contém em si o ‘dever de completitude’ (*Pflicht zur Vollständigkeit*). As partes têm de narrar o ocorrido, expor os fatos, de modo que não omitam o que fundamentaria objeção, exceção ou réplica, ou outra exceção do adverso, salvo se os fatos de que provieram ou provêm são outros, sem ligação jurídica, ou se a exceção é independente...Por isso mesmo que a exigência de completitude apenas é parte da exigência de veracidade, somente consiste em ter a parte de manifestar o que conhece”, em *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo I, Ed. Forense, 1957, p. 411.

para a prolação de uma sentença justa, colaborando para por fim ao processo de forma correta²⁸.

Outra questão que dá margem ainda a discussão, é aceitar a conveniência de derivar ou incluir estes deveres dentro do processo civil ou de apoiar a sua compatibilidade com o direito de defesa e o princípio dispositivo. São precisamente estes extremos que deveriam fomentar a preocupação da doutrina do processo civil, por ser uma das consequências mais relevantes ao momento de adotar a boa-fé processual como noção geradora de deveres processuais. Uma teoria que pretende fundar de forma geral, deveres endoprocessuais sem considerar o processo como um fenômeno sistêmico, conexo e interdependente, correndo o risco de por em cheque as garantias constitucionalmente consagradas, deve ser questionado.

Em veras, basta precisar o conteúdo do dever de veracidade e completitude na narrativa dos fatos. Segundo a doutrina, o dever de veracidade consiste em não alegar como existentes fatos os quais se sabe serem inexistentes, e, ao mesmo tempo, não negar fatos que se sabe que são verdadeiros. Por outro lado, o dever de completitude consistiria em alegar todos os fatos relevantes para a correta resolução do conflito, sem omitir dado algum que esteja sob o domínio da parte. Este dever pode ser violado simplesmente ao se omitir de dizer qualquer fato que faça parte do patrimônio cognitivo do litigante²⁹.

28 A verdade processual pode ser subjetiva, formal e relativa. Subjetiva no sentido de a mesma se formar no intelecto do juiz. A verdade sobre os factos, portanto, forma-se num sujeito, numa pessoa. A característica mais marcante do direito probatório é constituída pela capacidade das pessoas de convencerem o juiz da verdade, relativamente ao interesse material, factual perseguido. O poder de decisão do juiz sobre a verdade resulta inevitavelmente subjetivo. É pertinente verificar que isto não significa que se trate de uma mera atividade de arbítrio ou de poder, senão que a legitimidade da decisão encontra-se diretamente relacionada com a racionalidade da mesma, isto é, a determinação da verdade a partir das provas deve seguir o método indutivo e os elementos que o corrigem ou o controlam, tais como: a lógica, a aplicação das máximas de experiência, algumas regras epistemológicas e as garantias processuais, como se verá posteriormente. A verdade processual, também, pode ser formal e relativa já que se obtém mediante regras precisas e se restringe ou reduz a meros factos ou circunstâncias perfilados como processualmente pertinentes. Esta verdade é condicionada pelos procedimentos e garantias de acesso ao processo e à defesa; não se obtém mediante indagações alheias à finalidade processual. Esta verdade reduz-se, sobretudo, a quatro sentidos: 1) circunscreve-se ao *thema probandum* de cada processo em particular;

2) deve corroborar-se com provas recolhidas através de técnicas normativamente pré-estabelecidas; 3) é sempre uma verdade somente provável e opinável; e 4) na dúvida ou falta de acusação ou de provas ritualmente formadas prevalece a presunção da não culpabilidade, ou seja, da falsidade formal ou processual das hipóteses acusatórias.

29 Vale citar aqui Scarselli, Giuliano que ao abordar o art. 88 do CPC italiano afirma: *‘L’art. 88 del c.p.c. recita <<le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità>>. Il rito impone una condotta corretta disponendo che le parti debbano mantenere un comportamento processuale leale e probato. La violazione dei doveri di lealtà e probità processuale può concretizzarsi in tutte le azioni dirette a turbare la piena e regolare applicazione del principio contraddittorio <<come il portare a conoscenza del giudice fonti di prova ed allegazioni giuridiche in condizioni tali che l’avversario non ne abbia notizia, o non l’abbia in tempo utile per rispondere, il sottrarre al proprio fascicolo un atto o documento ormai acquisito al processo che possa giovare all’avversario, impedire all’altra parte, con atto proprio>>’ (Lealtà e probità degli atti processual, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n. 1, ano LII, 1998, pp. 91 a 148)*

Do ponto de vista teórico, ambos os deveres resultam perfeitamente separáveis, não em sua virtualidade prática, como indica a doutrina, pois ao dizer a verdade, não podemos deixar de implicar um certo dever de completitude (dizer toda a verdade), ao menos quanto à reticência, à reserva mental, equivalente prático e moralmente à mentira³⁰, não em sua virtualidade prática: como o indica a doutrina³¹.

É evidente, que se um dos litigantes narrou de maneira parcial os fatos, omitindo outros que são incompatíveis com a sua posição subjetiva, falta com a verdade, mesmo sem falar mentiras, pois que gera o mesmo efeito como se efetivamente as tivesse dito³². Estes deveres de veracidade e completitude estão em estreita relação com uma pretendida socialização do processo civil.³³

5 CARGAS (ÔNUS) E OBRIGAÇÕES DECORRENTES DA BOA-FÉ PROCESSUAL

Na moderna processualística, prevalece a tese de que a boa-fé processual deve trazer explícitas, as margens de ação dos intervenientes em juízo, mediante cargas, obrigações e deveres³⁴.

30 Vid. Cappelletti, Mauro. *El testimonio de la parte en el sistema de oralidad. Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil*. Primeira parte, traducción de Tomás Banzhaf, Librería Editora Platense, p. 371.

31 Vale os dizeres de Mariana Pretel e Pretel “Se a boa-fé exigida durante todo o transcurso do processo é aquela derivada de um padrão de comportamento exigido de todos aqueles que aceitaram viver em sociedade e relacionada a uma conduta leal, pode se afirmar que a boa-fé ordenada é a boa-fé objetiva, haja vista que se consubstancia em uma regra ética, um dever de guardar fidelidade à palavra dada ou ao comportamento praticado, na idéia de não fraudar ou abusar da confiança alheia durante a resolução do litígio. A Boa-Fé Objetiva e a Lealdade no Processo Civil Brasileiro” In: *A Boa-Fé Objetiva e a Lealdade no Processo Civil Brasileiro*. Editora: Núria Fabris Editora, 2009, p. 90-97.

32 Francisco Conte, em artigo ímpar, ao escrever sobre *Contraditório como dever e a Boa-Fé Processual no livro Processo Constitucional* coordenado pelo Ministro Fux, *Gen/Forense*, 2013, pp.708/709 pontua : “15. DEVER DE NÃO OMITIR. Um dos pontos mais incandescentes da discussão está em saber se o dever de veracidade (que, atualmente, não é mais um dever moral, mas também regra jurídica, depois do § 138 da ZPO alemã) abrange o dever de não omitir. Em linha de princípio, a resposta afirmativa se impõe, quando menos no que concerne às questões fáticas e aos elementos de fato da causa. O dever de dizer a verdade (*wahrheitspflicht*) e nada omitir (*vollständigkeitspflicht*) não é mero dever moral, mas legal”. Adiante arremata “[...] O dever de veracidade pertine apenas às questões de fato (pelo que se excluem as questões de direito: v.g., de afirmar qual a regra jurídica existente, válida e eficaz aplicável a espécie), e não se coaduna com alegações falsas, omissões infiéis, o calar intencional, o ocultar deliberado de fato(s) que seria(m) proeminente(s) para o deslinde da controvérsia. No contexto da dinâmica dialética do processo civil, o dever de não omitir está essencialmente conectado com os princípios da colaboração e da cooperação intersubjetiva; justamente por tal razão é que, no campo do direito processual, não parece aceitável, no momento presente, a tese de que o dever de veracidade se instaura unicamente entre partes e Estado-juiz”.

33 Vid. Cappelletti, Mauro, “Ideologias em el proceso civil”, em *Proceso, Ideología y Sociedad*. Ediciones Jurídicas Europa-América, traducción de Santiago Sentis Melendo y Tomás Banzhaf, p. 15.

34 Assim, Larroucau Torres, J., “TRES LECTURAS DE LA BUENA FE PROCESAL” Disponível em: <mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v21n2/art07.pdf>. Acesso em: 12 maio 2016.

Copiando os ensinamentos de Couture³⁵, por “*carga procesal*” se entende a necessidade (imperativo do próprio interesse) da parte em realizar facultativamente um determinado ato para evitar que advenha um prejuízo.

Vale frisar, que foi Goldschmidt³⁶ que introduziu o conceito de “*carga processual*” para explicar sua teoria da situação jurídica: segundo este autor, o processo está constituído, mais do que por deveres e obrigações, mas por cargas, cuja realização, permite que se evitem possíveis prejuízos ao próprio interesse.

Por obrigação processual³⁷, entende-se a prestação imposta as partes quando do processo, e cuja infração comporta não apenas um prejuízo processual para o obrigado senão também, uma responsabilidade econômica a favor da parte contrária, que materializasse mediante a condenação em custas ou, em alguns ordenamentos como o nosso, em uma indenização por prejuízo (multa).

Por dever processual, entende-se aquele imperativo legal estabelecido em favor de uma adequada realização do processo, dirigido não tanto aos interesses individuais das partes, mas sim ao interesse da comunidade, cuja vulneração pode implicar, na aplicação de uma multa.

Partindo desta distinção, as diferentes regras de boa-fé processual podem englobar-se em todas as categorias jurídicas anteriormente citadas. Por exemplo:

a) Como carga processual (ônus), podemos destacar a que tem a parte de comparecer e responder as perguntas que são formuladas durante o interrogatório. A infração maliciosa desta carga poderá ser valorada como admissão tácita dos fatos litigiosos (art. 386 do CPC/2015);

b) Como obrigação processual, podemos indicar a de não formular pretensão ou exceções manifestamente infundadas, o que justificaria em caso de verificação, a correspondente condenação em custas (arts: 79; 80; e 81 do CPC/2015) e;

c) Como deveres processuais, podemos destacar a não juntada de documentos fundamentais com a inicial, e querer fazê-lo muito tempo depois (art. 320 do CPC/2015).

35 Couture, E.J., *Fundamentos del derecho procesal civil*. Aniceto López, Buenos Aires, 1942, p. 81-82.

36 Cfr. Goldschmidt, J., *Teoría general del proceso*. Barcelona: Editorial Labor, 1936, p. 100.

37 Aqui, vale a leitura do livro “A obrigação como processo” de Cóvis V. Couto e Silva, FGV, 2009.

6 A BOA-FÉ PROCESSUAL E O LIMITE DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA.

A Constituição Federal em seu art. 5º, LV consagra certas garantias fundamentais de caráter processual, assim o direito de defesa,³⁸ considerada uma emanção direta da exigência constitucional de um procedimento e uma investigação racional e justa. Não parece necessitar de maiores justificativas, quando dizemos que o direito, incluído os de caráter fundamental, não possuem pretensão de absolutividade que os deixa imunes à imposição de limites. Em consequência, o direito de defesa, por sua própria natureza de direito fundamental, admitiria a imposição de limites quando sua virtualidade possa entrar em choque com outro direito fundamental³⁹.

Se isto é efetivo, o passo seguinte consiste em determinar se a noção de boa-fé processual pode servir de limite a uma determinada posição subjetiva reconhecida em um máximo nível normativo dentro do sistema de fontes, melhor dizendo, se é possível limitar o direito de defesa para obter comportamentos éticos, leais, honestos e corretos dentro do processo ou lograr uma adequada justiça.

Como hipótese preliminar, diria que a noção de boa-fé processual não satisfaz o requerimento que exige a teoria dos direitos fundamentais para poder limitar um direito fundamental. Esta resposta, sem dúvida, deixa aberta a possibilidade de impor limites ao direito de defesa para a proteção e realização da tutela judicial efetiva ou do direito de defesa da contraparte⁴⁰.

Pergunta que algum operador jurídico poderá fazer é a seguinte. Serve a noção de boa fé processual como limite a garantia constitucional da defesa jurídica plena? Entendemos que não. Com efeito, para que um direito fundamental possa ser limitado é necessário que

38 Como explica a doutrina, o direito a um devido processo constitucional deve entender-se não apenas como uma exigência constitucional que impõe ao legislador o dever de regular a função jurisdicional através de um processo, senão também deve somar-se a consagração de uma série de garantias específicas que fazem desse processo um mecanismo racional e justo, e dentro dessas garantias deve incluir-se o direito de defesa. Vid. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. "Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito", Del Rey, 3.ed. 2015, p.164-166.

39 Sobre o processo justo e as garantias fundamentais processuais, consulte texto já clássico: GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429>. Acesso em: 9 mar. 2013.

40 Ver Denny Mendes Santiago in: "As Limitações aos Direitos Fundamentais. Os Limites dos Limites como Instrumento de Proteção ao Núcleo Essencial desses Direitos". Arraes Editores, 2014, p.94-100.

tal limitação se encontre justificada em outros direitos fundamentais, ou em outros bens ou valores constitucionalmente protegidos⁴¹. A possível introdução de limites aos direitos fundamentais somente pode ter lugar, em um marco de habilitação constitucional prévio, seja implícita ou explícita⁴². Por isto mesmo, não vale a invocação de qualquer interesse ou direito para limitar um poder subjetivo constitucional, senão, apenas, aquele interesse que encontra acomodação constitucional que o faça legítimo.

Com tais balizas, a boa-fé se encontra com dois obstáculos intransponíveis: um de caráter formal, derivada da sua categoria simplesmente legal dentro do sistema de fontes e, em consequência, de hierarquia inferior a garantia processual⁴³.

A boa-fé não tem categoria constitucional⁴⁴. Não se trata de um valor constitucionalmente protegido e nem sequer dialoga implicitamente dentro da amplitude de certas cláusulas constitucionais, como o princípio da igualdade.

Por outro lado, se sustenta que o direito fundamental, como consequência de uma característica própria, não incluiria condutas que infringissem o que resulta do princípio da boa fé. É dizer, se trataria de um limite intrinsecamente constitucionalizado, ou como afirma Moreno Garcia “*La Constitución no ha positivado las libertades com protección extendida em mal fé*”⁴⁵.

41 Vid. Entre outros: Moreno Garcia, A. “Buena fé y derechos fundamentales em la jurisprudência del Tribunal Constitucional”, p. 269 Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79489.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2016; Aguiar de Luque, L. “Los limites de los derechos fundamentales”, p. 25. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/.../1051173.pdf>>. Acesso em: 26 abr.

42 Vid. Aguiar de Luque, L. “Los limites de los derechos fundamentales”, p. 13. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/.../1051173.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

43 Vid. Moreno Garcia, A. “Buena fé y derechos fundamentales em la jurisprudência del Tribunal Constitucional”, p. 268 Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79489.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2016. E contra, Aguiar de Luque, L. para quem a principal objeção que apresenta a boa fé como limite aos direitos fundamentais, não deriva de sua categoria normativa inferior, dado que as normas que postulam a noção de boa fé desfrutam de uma presunção de conformidade constitucional, e cabe entendê-las subsumidas na própria lógica constitucional in “Los limites de los derechos fundamentales”, p. 33. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/.../1051173.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

44 Contra ainda pelo CPC Chileno anterior ao anteprojeto de 2012: Francesco Carreta Munoz, “Deberes procesales de las partes em el proceso civil chileno referencia a la buena fé procesal y al deber de coherencia”, p. 119, para quem o dever de boa fé processual encontra uma justificativa suprallegal nas regras do devido processo legal a luz do texto constitucional chileno. Disponível em: <www.scielo.cl/pdf/revider/v21n1/art05.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2016.

45 Ibidem. p. 271.

Esta tese é inadmissível. Aceitar que a noção de boa-fé se constituiu como um limite intrínseco ao exercício dos direitos, representa o risco de abandonarmos o sistema constitucional e desermos a outra parte do ordenamento jurídico, que neste caso, é o direito processual, para extrair dali uma determinada instituição e convertê-la em exigência geral para o exercício de um direito fundamental. Não concordamos com isto, pois isto implicaria subtrair dos enunciados constitucionais a força vinculante. Como sustenta Joan Pico Y Junoy⁴⁶, aceitar esta tese, constituiria num alijamento definitivo dos parâmetros constitucionais, a partir dos quais, se tem de aceitar como correto as restrições que se impõem as posições subjetivas fundamentais.

Deste modo, o direito de defesa não poderia sofrer limitações emparedadas no dever de atuar, conforme a boa-fé processual, e careceria de legitimidade ou dever positivo de realizar de uma determinada atividade que, depois de alcançar a plena realização de boa-fé no processo, coloque em cheque o direito de defesa. Como consequência, podemos sustentar, a necessária supremacia que as garantias constitucionais possuem sobre quaisquer outros critérios ou pauta de atuação processual, o que impõe uma consequência obrigatória: a utilização da boa-fé processual deve ficar subordinada, sempre às exigências derivadas das garantias constitucionais do processo.

Logo, nenhuma garantia constitucional do processo pode ficar limitada pela regra da boa-fé processual⁴⁷.

46 Ibidem p.77/84.

47 Vale a advertência do professor da Universidade do Chile Francisco Alberto Ruay Sáez, que ao comentar sobre o projeto do Novo Código Processual Chileno, escreve que: “El principio de buena fe procesal se consagra rodeándose de conceptos que son igualmente indeterminados (tal vez, salvo el fraude procesal), y con ello lo único que se va a lograr es empoderar cada vez más a los jueces, y dejar de lado a los reales interesados en la solución del conflicto; los particulares. Una interpretación coherente con nuestra Constitución es aquella que entenderá por principio a la norma directriz que inunda de espíritu al conjunto de instituciones que se encuentren vinculadas a él, y que se manifieste por el legisladora través de normas completas, que si se encarguen de otorgar una atribución potestativa jurisdiccional acabada. La inclusión de conceptos jurídicos indeterminados en normas legales potestativas de la función jurisdiccional, tal como el caso de la buena fe procesal, son manifestación del espíritu activista que impregna toda la cultura jurídica interna y externa de nuestro país. El afán justiciero social lentamente ha ido (y continuará, si no se ponen frenos oportunos) poniendo límites excesivos a la libertad de los particulares. Se pone en juego uno de los elementos que estructuran el fundamento mismo del Estado de Derecho, como lo es la Seguridad y Certeza jurídica, afectando además las posibilidades de predictibilidad de las resoluciones judiciales, durante la tramitación del juicio, e incluso en aquella que pondrá término a la instancia, lo que en último término implica simplemente sujetar a la discrecionalidad judicial difusa la determinación de los límites de las esferas de libertad de los particulares, que entregan la resolución de sus conflictos a la decisión del tercero imparcial: el Estado-juez”. In “Análisis crítico sobre la inclusión del principio de buena fe procesal en el proyecto de código procesal civil chileno”, Disponível em: <www.cielolaboral.com/wp.../CV_francisco_Ruay.pdf>. Acesso em: 02 maio 2016.

Com tais balizas, podemos agora dar um passo mais adiante e identificarmos de que forma o direito de defesa pode ser limitado para dar proteção a tutela judicial efetiva e ao direito de defesa do outro litigante.

Aqui, se produzem várias situações com colisões de direitos fundamentais (direito de defesa versus direito a tutela efetiva do direito, o direito de defesa de uma parte versus o direito de defesa da outra parte) com a conseqüente necessidade de encontrarmos aquele ponto de equilíbrio que harmonize as situações.

Entendemos que não existe colisão de direitos entre a tutela judicial efetiva e o direito de defesa. Entendemos que existe colisão de direitos fundamentais quando “o efeito jurídico da proteção iusfundamental alegada por uma parte (titular do respectivo direito) é incompatível com o efeito jurídico perseguido pela outra parte, a partir de uma alegação de proteção iusfundamental⁴⁸. Certamente, tentar definir os extremos do conteúdo da tutela judicial efetiva, é um trabalho complexo e, em reiteradas ocasiões, se confunde com o direito a um devido processo. Ambos os direitos possuem uma potencialidade, de modo a não se separarem, pois que operam simultaneamente, porém podem ser delimitados na teoria. Por isso, é possível afirmar que a tutela judicial efetiva não apresenta extremos que estejam em oposição com o direito de defesa.

Com efeito, a tutela judicial efetiva possui um conteúdo preciso que, em uma ordem cronológica, se desenvolve com a pretensão de que a justiça seja atendida por um tribunal, para a obtenção breve de uma decisão, em princípio, sobre o aspecto substantivo da controvérsia e sua posterior execução. Não se assegura, portanto, um direito a uma sentença favorável, ou tampouco que a decisão que vier a adotar o tribunal seja necessariamente justa.

O direito à tutela judicial se esgota, portanto, no acesso à jurisdição e na obtenção de uma sentença motivada no direito, porém não se confunde com as garantias de que devem estar revestidas a forma em que a jurisdição se desenvolve. Por último, preocupa bas-

⁴⁸ A capacidade iusfundamental, é um conceito que distingue respeito a titularidade dos direitos fundamentais, e as hipóteses que permitem o alegado e efetivo exercício de dita titularidade (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, Madrid, Centro de Estudos Constitucionais, 1993, p. 554).

tante o devido processo legal, a parte dinâmica do desenvolvimento jurisdicional. Por conseguinte, se não existe colisão de direitos fundamentais, não pode haver justificativa de imposição de deveres processuais positivos que cerceiem o direito de defesa de uma das partes para uma pretendida proteção da tutela judicial efetiva. A plena utilização da tutela judicial efetiva prescinde por completo das garantias de que pode estar revestido o desenvolvimento da jurisdição.

Outro ponto, é saber se existe limitação do direito de defesa de uma das partes em relação ao direito de defesa de outra. Entendemos que não. Nesta situação não concorre um requisito que a teoria dos direitos fundamentais tem exigido para a legitimidade constitucional, qual seja a necessidade⁴⁹.

O princípio da necessidade, segundo Naranjo de la Cruz, “*exige que el poder público que aborda la restricción del derecho fundamental no hubiera podido elegir otra medida optativa, igualmente eficaz, pero que no requiriese la restricción del derecho fundamental o que implicase una limitación menos serena*”⁵⁰. Em outras palavras, o fim que se persegue com a limitação, da proteção do direito à defesa, não pode ser alcançado através de um meio igualmente eficaz, porém menos danoso.

Por este princípio, se existe no ordenamento jurídico, algum outro meio para a devida proteção do direito de defesa igualmente eficaz a uma limitação, devemos preferir aquele meio. Ou seja, deve existir algum outro meio para que aquela ocultação ou reticência na produção dos meios de prova, ou a infração do dever de veracidade e completitude, não lesione o direito de defesa da outra parte. Penso que dois institutos de direito processual poderiam cumprir com idêntica eficácia e adequação à função protetora do direito de defesa sem recorrer à limitação dos mesmos: a distribuição judicial do ônus da prova de acordo com os critérios de facilidade e disponibilidade da prova e, a garantia de um correto e pleno contraditório.

Com efeito, parece claro que o processo civil moderno deve abandonar ou complementar as velhas fórmulas de distribuição

49 A doutrina em geral, está fechada em afirmar que para limitar um direito fundamental, é necessário que tal limite reúna certos requisitos. Esse limite deve fundar-se no princípio da proporcionalidade que está composto, por sua vez, por três grendes subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade no sentido estrito.

50 Naranjo de la Cruz, R. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fé*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 104 -106.

do ônus da prova (escritas no art. 212 do Código Civil de 2002) introduzindo novos critérios de atribuição judicial baseadas na aproximação das partes as fontes de prova⁵¹, como a facilidade ou disponibilidade probatória (ônus dinâmico). Se uma das partes não quer colaborar com o processo, com um meio de prova que lhe é desfavorável, não resulta tolerável que o sistema lhe imponha o dever de fazê-lo, porém, de igual forma, tampouco é razoável a imposição à outra parte, do ônus de acreditar que um fato cuja prova apenas pode ser demonstrado pelo meio de prova cujo domínio, é da parte adversa. Neste caso, o estabelecimento do ônus da prova a quem não está em condições materiais de provar, poderia vulnerar o direito de defesa.

Os princípios da facilidade ou disponibilidade probatória põe de pronto a necessidade de distribuir o ônus da prova atendendo não tanto a uma série de princípios teóricos, ou a posição que cada parte ocupa no processo, senão em critérios práticos e em concreto, com a proximidade real das partes às fontes de prova⁵². A inversão do ônus da prova constitui, então, um meio para evitar uma limitação ao direito de defesa e, portanto, uma forma de descartar a imposição de um dever positivo de atuação conforme a boa-fé processual.

Parte da doutrina tem entendido que a boa-fé processual informa os critérios de facilidade e disponibilidade na atribuição do ônus da prova e, como consequência, também se encontraria presente cada vez que recorrermos à atribuição judicial do *onus probandi*⁵³. A indagação resulta, a meu juízo, errada. A regra da atuação

51 A separação entre fontes e meios de prova foi realizada por Sentis Melendo. A fonte de prova seria um conceito metajurídico, extrajurídico ou ajurídico que corresponde forçosamente a uma realidade anterior e estranha ao processo. Por outro lado, o meio de prova é um conceito jurídico e absolutamente processual. A fonte existirá com independência de que se siga ou não o processo, ainda que a sua existência careça de repercussões jurídicas. O meio de prova nascerá e se formará no processo. Cfr. Sentis Melendo, S. "Fuentes y medios de prueba", em *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, p. 151.

52 Vid., Montero Aroca, J., *La prueba en el proceso civil*, sétima edición, Civitas Thomson Reuters, 2012, p. 146-148.

53 Paula Ramos, Vitor, sustenta que "[...] não é que as partes, na vigência do Código de Processo Civil de 2015, devam passar a colaborar entre si, mas sim que o juiz, autêntico buscador da verdade no processo civil do Estado Constitucional, passa a ter o poder-dever para determinar exigir a produção das provas relevantes, tendo as partes, em geral, um correlato dever de levar a juízo as provas determinadas. Repita-se: não por força de um ônus, mas sim por força de um verdadeiro dever jurídico" (in "Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de prova", Ed. RT, 2015, pp. 97/96. No mesmo sentido Osternack Amaral, Paulo, in "Provas, Atipicidade, liberdade e instrumentalidade", RT, 2015, p. 52-53.

conforme a boa-fé processual não tem como destinatário natural o órgão jurisdicional que é, em definitivo, o que fixa e determina o ônus de provar conforme a disponibilidade e facilidade probatória. O juiz não tem o dever de distribuir cargas probatórias conforme a boa-fé processual, porque tal regra não foi promovida para regular sua conduta nem deveres judiciais, senão para regular a conduta das partes. Por outro lado, parece mais sustentável a tese de que estes critérios judiciais de atribuição do ônus da prova se sustentam com base no direito de defesa. Impor a uma das partes, o ônus de provar um fato cuja prova resulta extremamente difícil ou impossível, pode gerar indefensável à medida que impossibilita a justiça de exercer este direito de defesa.

O art. 373 do CPC de 2015, trás em seus §§ e incisos, regras de distribuição judicial e convencional ao ônus da prova⁵⁴. A aplicação deste expediente permite ajustar os critérios de distribuição dinâmica do ônus da prova à situações compatíveis com o direito de defesa. É dizer, com a proximidade necessária que em concreto o litigante pode ostentar com a fonte de prova. Permite, ao mesmo tempo, prescindir de deveres que contraem as partes a colaborar, mesmo que em seu detrimento, com o processo⁵⁵.

7 A BOA-FÉ PROCESSUAL SE PRESUME

A boa-fé processual é igual a boa-fé substantiva, logo, se presume e, portanto, deverá existir uma mínima atividade probatória para sua

⁵⁴ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído; § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil; § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo

⁵⁵ É questionável que a prova possa ser equiparável a conduta processual das partes, mais ainda, quando esta conduta processual apenas permite ser utilizada em prejuízo de quem a produz e não a favor. A prova, ao contrário, pelo princípio da aquisição processual admite essa dupla valorização; pode ser favorável ou desfavorável para quem a produz. Por último, frente a omissão ou defeito da prova nos ordenamentos, em geral, apenas permitem ao juiz ordenar provas através das medidas para melhor resolver, porém não pode substituir esta essência da prova, por uma mera valoração de comportamento da parte. Falaremos mais, adiante.

credibilidade⁵⁶. Não se pode acreditar num elemento subjetivo, ou seja, não há que se provar que o litigante atuou com intenção de causar dano a um terceiro ou ao processo. Serão as circunstâncias objetivas do caso que servirão para determinar se houve má-fé na atuação concreta. De igual forma, a presunção da boa-fé processual não exclui a possibilidade de que o legislador poderá, excepcionalmente, presumir *iuris tantum* a má-fé, para os casos que devam estar rigorosamente tipificados.

Da presunção⁵⁷ de atuação conforme a boa-fé processual se deve deduzir a exigência de uma forte motivação tanto probatória como jurídica da decisão que imponha a sanção⁵⁸. A imprecisão e nebulosidade do conceito de boa-fé processual coloca a exigência da motivação num plano superior a qualquer outra decisão incidental⁵⁹. Logo, como a configuração de um ato como contrário à boa-fé processual supõe a existência da prova, a motivação deve alcançar todas as questões probatórias, em especial a determinação dos elementos objetivos dos quais o juiz extrai a má-fé processual.

56 De igual forma, contribui a boa-fé processual a existência do denominado princípio da aquisição processual em virtude da qual, as provas incorporadas ao processo pertencem ao processo e não as partes. Isto significa, por exemplo, que o juiz deve formar a sua convicção com base em todos os meios de prova legitimamente produzidos em juízo, sem que tenha relevância quem a produziu.

Como consequência, ainda, ao analisar a declaração de uma testemunha ou valorar o conteúdo de um documento poderá estabelecer conclusões contrárias a parte que a produziu, atendido que o meio de prova pertence ao processo e não a quem a quem a produziu ou prestou. Assim, Picó i Junoy, J. “*El debido proceso legal*. Reflexiones en torno al fundamento constitucional del principio de buena fe procesal”, *op. cit.*, p. 171, e Cachón, M., “*La buena fe en el proceso civil*”, en *El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2006 p. 245.

57 Barbosa Moreira explica com maestria sobre a presunção dizendo: “Ela quase nada tem em comum com os outros elementos arrolados. Não é fonte de prova, como o documento e a testemunha; nem meio de prova, no sentido em que o é a perícia. Tampouco seria exato afirmar que nela o juiz recebe a informação pelo exercício de um sentido, como sucede no caso da confissão. Decerto, a presunção ministra ao órgão judicial o conhecimento acerca de um fato; mas ela o faz de maneira absolutamente peculiar: mediante raciocínio feito a partir do indício”. Continua o mestre adiante: “A nota característica reside aqui em que a aquisição do conhecimento se opera em duas etapas: primeiro, o juiz toma conhecimento do indício, para em seguida passar deste à presunção... Na passagem do indício à presunção, conta o juízo com o auxílio das chamadas ‘regras de experiência’ [...] Dito isso, não fica excluído que o órgão judicial possa fundar-se, para decidir, num único indício, conquanto sejam provavelmente raras, na prática, as hipóteses em que tal se justifica[...]” em “*Temas de Direito Processual*”, nona série, Saraiva, 2007, p. 153-157.

58 Devis Echandía, considera como uma conquista do processo civil moderno que se “*acoja el comportamiento procesal de las partes como un indicio o como un argumento de prueba a favor o en contra*” “*Teoría General de la Prueba Judicial*”, Ed. Zavalía, Buenos Aires (1988), t 2, p. 679.

59 Sustenta Ferrer Beltrán, que embora seja verdade que a noção de verdade legal (ou judicial ou formal) é introduzido na teoria processual como uma resposta para o problema da falibilidade do juiz no conhecimento dos eventos ocorridos, também o é, que a suposição posterior da verdade jurídica como única finalidade da determinação judicial dos fatos é, por outro lado, a tese de constitutividade da decisão judicial na determinação da verdade judicial, convertendo essa decisão em uma incontrolável racionalidade (*Prueba y verdad en el derecho*, p. 22, Marcial Pons, Madrid, 2002).

Desde logo, uma boa motivação na decisão trará grandes vantagens colaterais inegáveis. Sem dúvida, a motivação ajuda a descartar a arbitrariedade na aplicação do conceito, e permitirá a formação de jurisprudência de casos típicos de má-fé processual capazes de universalizar-se, criando graus de certezas na aplicação e na noção e delineará ao menos o núcleo do conceito. Evidente que a decisão que impuser sanção processual à parte deve ser bem fundamentada.

Esta exigência de motivação deverá ser precedida da aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa, no sentido de que o juiz deve conferir as partes, a possibilidade de serem ouvidas e de se defenderem da imputação que a respeito lhe é, ou são feitas, ou ainda, de ofício pelo magistrado, conforme o art.81 do CPC/2015.

Vale frisar que, tanto o código atual (2015), quanto o anterior (1973), não previram um procedimento próprio para apuração da litigância de má-fé, o que particularmente entendemos como o mais correto⁶⁰.

Logo, o Magistrado não pode utilizar-se apenas de suas intuições e, a partir disso, constatar desde já a incidência da litigância de má-fé, e, assim, condenar a(s) parte(s), sem que antes advirta(m) a(s) mesma(s), promovendo assim, o contraditório pleno⁶¹.

Um tema importante a ser discutido também dentro deste tópico é a questão do comportamento da parte (de má-fé ou de boa-fé) como presunção ou indício a ser adotado pelo julgador, quando do julgamento a ser proferido. Correto, modernamente a ciência processual vem aceitando a possibilidade do comportamento das partes (boa-fé ou de má-fé), em juízo, produzir convencimento (in-

60 Assim, a litigância de má-fé, acaba sendo decidida nos próprios autos, sem que haja também, possibilidade de recurso contra esta decisão, visto que não existe previsão no art. 1015 do CPC/2015.

61 O festejado Alcides de Mendonça Lima já criticava vários incisos do art. 17 do CPC/73, praticamente repetidos no art. 80 do CPC/2015, afirmando que “tudo está, portanto, na apreciação subjetiva do comportamento das partes, analisado em cada processo, e no modo, também subjetivo, como o juiz aferirá os fatos” in” RP sob o título “*Abuso do Direito de Demandar*”, n. 19, jul/set/1980, p. 61 . Neste mesmo sentido do mestre, e citando-o, Fábio Milman em livro magistral intitulado “*Improbidade Processual: Comportamento das Partes*”, Gen/Forense, 2009, 2. ed. p. 49, arremata “a aplicação do texto legal em tela (aplicação que dispensaria, uma vez referida a presunção da má-fé na sua incidência, exame da intenção do agente) deixa demais a cargo do julgador a avaliação das ocorrências perturbadoras do bom comportamento processual. E descobrir a verdadeira intenção da parte é tarefa, no mais das vezes, de difícil consecução”.

dício e presunção)⁶². Quem conhece a vida judiciária não pode negar a grande influência que o comportamento das partes produz no magistrado, principalmente se for levado em consideração que o direito surge da controvérsia no processo e se cristaliza nas decisões judiciais⁶³.

Logo, o comportamento processual das partes (boa-fé ou má-fé) é um meio legal de prova (indício/presunção), porque não é ilegal, e é moralmente legítimo, a despeito de não estar especificado no CPC/2015, sendo, portanto, hábil para provar a verdade de um fato, em que se funda a ação ou a defesa⁶⁴. Sem dúvida, temos na América do Sul, como um dos grandes defensores deste pensamento, Jorge Peyrano⁶⁵.

Não é, aliás, por outra razão que Luigi Paolo Comoglio⁶⁶ considera que o controle ético e deontológico do comportamento dos sujeitos processuais, se afigura como: “matéria de ordem público processual”, sendo imperiosa, a nosso sentir, a atuação proba e res-

62 Em igual sentido, CAPPELLETTI, “Valor actual del principio de oralidade”, em *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*. (Trad. Santiago Santís Melendo), Ejea, Buenos Aires, 1972, cap. 5, n. 4, p. 151 e ss.; GORLA, “Comportamento processuale delle parti e convincimento del giudice”, em Riv. Dir. Proc., nº XII, 1935, p. 24 e ss.; FURNO, “Contributo alla teoria della prova legale”, Cedam, Padova, 1940, n. 15 a 30, p. 53 e ss.; ECHANDIA, “Teoria general de la prueba judicial”, Victor P. de Zavalia, Buenos Aires, t. II, n. 384, p. 679 e ss.; CALAMANDREI, “El Proceso como juego”, em *Estudios sobre el Proceso Civil*, Ejea, Buenos Aires, t. III, 1986, n. 9, p. 288; ISOLDE FAVARETTO, “Comportamento processual das partes”, Acadêmica, Porto Alegre, 1993, p. 52 e ss.; NEY AHRENDTS, “Comportamento processual da parte como prova”, em *AJURIS* n. 6, p. 74 e ss.

63 O Código de Processo Civil Italiano ainda é considerado um dos mais avançados nesta matéria, pois positivou a possibilidade de o juiz valorar o comportamento da parte em juízo, quando diz, no art. 116: “*Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti. Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo*”. Na América do Sul, temos a Colômbia com um artigo bem contundente a este respeito, conforme o contido no art. 241 da Lei 1564 de 2012 – Código General de Proceso, que assim afirma: “*La conducta de las partes como indicio. El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes*”.

64 O art. 369 do CPC/2015 prevê: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. O problema resulta, quando se perquire sobre a extensão do valor a ser dado pelo agir das partes em juízo.

65 PEYRANO, Walter Jorge. “Valor probatorio de la conducta procesal de las partes”. *La Ley*. Buenos Aires, 1979-B. p. 1049 y ss. O autor adverte sobre certa reticencia na jurisprudência para considerar o comportamento de parte como argumento de prova. Assinala que não são muitos os precedentes que acodem a esta ponderação, este autor afirma sem vacilação que “el comportamiento procesal de los litigantes contribuye a formar la convicción del sentenciador y se pronuncia por la conveniencia de que se reglamente de modo expreso el instituto, por dos razones: a) Nuestra generalmente prudente y conservadora judicatura no trepidaría, entonces, en aplicarlo; b) Ello se constituiría, además, en un elemento disuasorio para aquellos litigantes tentados a cometer alguna incorrección procesal”.

66 COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 385

ponsável de todos os sujeitos do processo, em permanente comunidade de trabalho⁶⁷ (Arbeitsgemeinschaft ou comunione del lavoro).

Entendemos, num primeiro momento de reflexão sobre o tema, que interessa isto sim, o comportamento processual que permite ilações racionais, de conteúdo probatório, úteis para a decisão da lide. Vale dizer, a conduta que - encarada pelo juiz como fato processual⁶⁸ - sirva de indício e propicie, mediante o emprego de critério lógico-dedutivo, uma conclusão acerca de questão importante ao equacionamento do litígio.

8 A ABORDAGEM DA BOA OU MÁ-FÉ PROCESSUAL

Vale refletir sobre os perigos que implicam abordar de maneira irresponsável a temática da boa-fé processual (apenas uma abordagem superficial do assunto). Se este tema não for abordado com a suficiente seriedade, corremos o risco de transformá-lo em nada, sem nenhuma implicação prática real. E este esforço corresponde principal e essencialmente aos juízes. Verdade, não será novidade alguma, que a boa-fé processual terá lugar comum em toda argumentação que vierem a fazer os advogados na defesa dos interesses de seus clientes.

Não será de estranhar, portanto, que todo incidente promovido, toda diligência solicitada, todo recurso interposto, etc, será qualificado por alguns dos litigantes, como contrário à boa-fé processual, visto um claro exemplo do ânimo dilatatório que tem a outra parte. Enfim, como um ato que atenta contra o princípio da boa-fé processual.

67 Termo cunhado por José Lebre de Freitas e contido em DIDIER JÚNIOR, Fredie. "Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português". Coimbra: Editora, 2010, p. 14; 90. Fredie, nesta obra, defende que o processo leal e cooperativo parece ser a nova etapa na concretização do conteúdo do devido processo leal.

68 Grossmann tem opinião de que deve ser sancionado a ocultação de fatos jurídicos cujo conhecimento resultem indispensáveis para a clareza e elucidação da lide. A seu critério, o silêncio deve ser considerado como contrário a verdade; tanto quanto a declaração incompleta, ou ambígua. Afirma este pranteado escritor alemão do século passado que *"se exige no solamente con respecto a los hechos controvertidos, sino igualmente a los hechos indiscutidos que el juez debe aceptar, en general, sin previo examen alguno"*, estableciendo solo una restricción: *La exigencia de la veracidad, con inclusión de los hechos no discutidos, deja intacto el derecho del litigante de abstenerse de la impugnación de las alegaciones hechas por la parte contraria, sea que fueran verídicos o no. La parte no es obligada a declarar, pudiéndose hacer condenar en rebeldía, si lo prefiere a la intervención activa en el juicio"* (Grossmann, Kaethe, o dever de veracidade das partes litigantes no processo civil, (aspecto doutrinário). In Revista Forense, v. 101, p. 476-483, mar. 1945. Na mesma linha Juan Carlos Vallejos em "Abuso Procesal", Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2006, p. 426-428.

O perigo vem precisamente da resposta que o órgão jurisdicional vai dar ou deixar de dar sobre o questionamento que fizer a parte. Neste sentido, creio que será um dever do juiz que for questionado por uma das partes, pronunciar-se de maneira motivada sobre um ato que for contrário ou não à boa-fé processual⁶⁹, visto uma efetiva tutela jurisdicional⁷⁰. Aqui, a coerência das partes deve ser bem observada e cobrada, com intuito de evitar e repelir processos fraudulentos, ou com fins dolosos ou abusivos.

Dinamarco⁷¹, dentro deste tema, assevera que o dever de lealdade ou probidade, é amplo e expressivo, implicando sua infração

69 Márcio Carvalho Faria em trabalho ímpar, analisando a lealdade processual no Projeto de Novo Código de Processo Civil, e tomando como base a experiência portuguesa desenvolveu assim o tema da efetividade jurisdicional sobre a boa-fé processual “Se antigamente se dizia que a função da jurisdição era aplicar a vontade concreta da lei (Giuseppe Chiovenda) ou, até mesmo, solucionar os conflitos concretos proporcionando a justa composição da lide (Francesco Carnelutti), hoje se verifica que ela visa à “tutela dos interesses particulares juridicamente relevantes”, a fim de que o processo possa ser um instrumento preocupado com a proteção dos direitos, na medida em que o juiz, no Estado constitucional, além de atribuir significado ao caso concreto, compreende a lei na dimensão dos direitos fundamentais. Afinal, se processo efetivo, como ressalta José Carlos Barbosa Moreira, é aquele ‘apto a abrir passagem mais desimpedida a interesses socialmente relevantes, quando necessitem transitar pela via judicial’, dúvidas não restam que a observância da lealdade processual está aqui umbilicalmente associada, porquanto o improbus litigator trabalha não só contra a parte adversária, como, e principalmente, contra a própria administração da justiça. Vendo também estreita ligação da efetividade do processo com a atuação das partes, Cândido Rangel Dinamarco, para quem “[...] efetividade do processo está pois bastante ligada ao modo como se dá curso à participação dos litigantes em contraditório e à participação inquisitiva do juiz, os primeiros sendo admitidos a produzir alegações, a recorrer, a comprovar os fatos de seu interesse e este sendo conclamado a ir tão longe quanto possível em sua curiosidade institucionalizada com aqueles. O grau dessa participação de todos os sujeitos constitui fator de aprimoramento da qualidade do produto final, ou seja, fator de efetividade do processo do ponto-de-vista do escopo jurídico de atuação da vontade concreta do direito... Dessa maneira, e aproveitando-se que ainda não temos lei publicada, afigura-se necessária - e porque não dizer indispensável - que a comunidade jurídico-processual se debruce acerca dessa omissão, integrando-a a fim de evitar que a norma fundamental da colaboração – e, conseqüentemente, a da boa-fé processual – seja verdadeiramente observada.” Faria, Márcio Carvalho, Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1395_1430.pdf>. Acesso em: 20 maio 2016.

70 Para a reconhecida processualista peruana Marianella Ledesma: “*La tutela jurisdiccional efectiva garantiza que bajo ningún supuesto se produzca denegación de justicia; agregando que esta, no resulta vulnerada por rechazar una demanda ante la no subsanación de ciertas omisiones; asimismo, no implica un derecho absoluto, ya que requiere del cumplimiento de determinados requisitos a través de las vías procesales establecidas por ley; sin embargo, éste derecho solo podría ser limitado en virtud de la concurrencia de otro derecho o libertad constitucionalmente protegido, que suponga incompatibilidad con el mismo*”. LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios Al Código Procesal Civil, Tomo I*, Gaceta Jurídica, 2008, p. 27.

71 “Os poucos deveres processuais das partes constituem projeção e conseqüência de sua sujeição ao Estado-juiz e correlativa autoridade exercida por este no processo. Eles são instituídos para a defesa do interesse público no correto e eficiente exercício da jurisdição, incorrendo em ilícito aquele que os descumpra. Descumprir imperativos de conduta instituídos em benefício alheio é lesar o titular desse interesse; no caso das partes, descumpri-los é comprometer o correto exercício da jurisdição, que é do interesse geral do Estado. Daí a reação da ordem jurídica à inobservância desses imperativos de conduta, sancionando-a de diversas formas. O mais amplo e expressivo dos deveres das partes é o de lealdade, cuja transgressão a lei sanciona mediante repressão à litigância de má-fé e aos atos atentatórios à dignidade da Justiça”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. V.2, p. 209-210.

em repressão mediante a litigância de má-fé e os atos atentatórios à dignidade da Justiça.

É indispensável, que o juiz quando considere que uma atuação ou conduta tenha sido executada de má-fé imponha as sanções que o ordenamento estabelece, e não deixe a noção já mencionada como um simples recurso argumentativo⁷². Este tipo de prática traz acoplado um grave problema, dado que gera uma perigosa mensagem de falar que a boa ou má-fé de uma conduta é irrelevante. Se o juiz verifica que uma das partes atuou de má-fé, deve rigorosamente impor as sanções previstas.

Por outro lado, aqui o legislador brasileiro falhou, pois que não previu nenhum recurso para o caso do juiz decidir pela má-fé ou outra conduta negativa da parte, no curso do processo, impondo as sanções legais previstas, basta ver a redação do art. 1015 do CPC/2015.

9 CONCLUSÕES

O princípio da boa-fé processual pensamos, decorre de uma cláusula geral, com o qual se pretende moralizar as condutas humanas e introduzir regras morais, éticas e sociais ao âmbito processual. Assim, a boa-fé processual é uma peça chave para uma administração da justiça moderna.

Particularmente, de tudo que escrevemos, retiramos 3(três) conceituações distintas para dotá-la de conteúdo normativo, com o propósito de elaborar um mapa ou carta de navegação (os mais modernos falam em GPS) que orienta a tomada de decisões por parte dos sujeitos processuais: 1. uma leitura mais forte (contribuir com uma solução justa ao caso concreto); 2. uma leitura mínima (não litigar com dolo) e; 3. uma concepção média (cumprir com certos deveres, obrigações e ônus processuais)..

72 Resta saber, portanto, até que ponto o magistrado pode convencer-se, sem serem utilizados os meios legais de prova?. O que mais importa é o instrumento utilizado para convencer o magistrado ou o seu convencimento? Creio que as respostas a essas questões só podem ser suficientemente respondidas, se a prova for compreendida na sua verdadeira acepção, isto é, nas palavras de Alessandro Giuliani: "*sull'esistenza di una concezione classica della prova come argumentum, e sulla esistenza di una logica del probabile e del verosimile, legata alle tecniche di una ratio dialectica, ed. all'idea di una verità probabile, costruita in relazione alle tecniche ed. alla problematica del processo*" em "*Il concetto di prova - contributo alla logica giuridica*", Giuffrè, Milano, 1961, p. 253.

Uma leitura mais forte ou contundente impõe a todos que intervêm em juízo (litigantes, terceiros, juiz e auxiliares) um compromisso robusto com os interesses que atende a administração de uma boa justiça. Isto justifica que a posição da parte (seja interessada ou não interessada) está sujeita a deveres de colaboração com respeito aos fatos, colaborar com as provas e dizer a verdade no debate jurídico e não contradizer os próprios atos-*venire contra acto próprio*.

Uma leitura mínima deste princípio seria aquela que retiráramos apenas as atuações dolosas ou abusivas, garantindo a livre disputa entre os litigantes. Melhor dizendo, seria neutralizado o dolo processual, porém abriria a porta para a discricionariedade judicial, por duas razões: prescinde de um marco regulatório amplo que permita identificar as condutas que devam ser consideradas e não fornece regras interpretativas necessárias para saber quando o sujeito atua com dolo.

Uma leitura média (ponderada), que é aquela que mais ou menos temos no nosso ordenamento atual na minha visão, pois trás explícitas as margens de ação dos intervenientes em juízo, mediante deveres e ônus processuais, como o de colaborar com o acesso e produção das provas, o de fundamentar veridicamente a inicial proposta, e a defesa ofertada, e o de sentenciar e decidir de boa fé, enfrentando todos os argumentos essenciais postos.

As sanções por infringir a boa-fé processual devem ser proporcionais à conduta que se avalie. A aplicação destas medidas dá lugar a certos desafios (tipicidade, indeterminação, procedimento) dos quais a legislação processual tem que fazer frente e ser bem compreendida.

O direito à tutela judicial efetiva e ao direito de defesa dos litigantes devem ser bem compreendidos, para que, ao mesmo tempo, que a boa-fé processual deva ser o norte, não prejudique ou limite este direito. Por outro lado, o comportamento negativo da parte no curso do feito (agindo de má-fé processual), e desde que advertido neste sentido, poderá ser usado como indício ou presunção pelo julgador no julgamento da causa. Correto, as condutas processuais das partes podem estar dirigidas à vulneração de normas de conteúdo ético ou moral, estabelecidas pelo legislador, porém, igualmente, podem tra-

zer como consequência a falta de colaboração no processo e com isso afetar a obtenção de alguns elementos probatórios necessários para a melhor solução do litígio. Assim, a conduta processual assumida pelas partes pode contribuir para a fixação de elementos axiológicos para a pretensão ou para a contestação do mérito, ao configurar-se como um elemento probatório ao lado das demais provas, pois a partir desta se pode construir uma prova indiciária. Neste sentido, a conduta processual pode considerar-se como elemento de prova, constituindo-se em uma forma de controle jurídico sobre o debate probatório.

Enfim, neste pequeno artigo, apenas abordamos, *en passant*, a questão da litigância da má-fé na narrativa dos fatos. No mesmo sentido, a questão da interpretação da boa-fé na sentença. Por fim, merece um estudo a parte, a questão dos deveres das partes decorrentes da boa-fé processual e a cooperação com o juiz (uma mão de via dupla).

REFERÊNCIAS

- AGUIAR DE LUQUE, L. *Los límites de los derechos fundamentales*. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/.../1051173.pdf>>. Acesso em: 26 abr.2016.
- AHRENDTS, Ney. Comportamento processual da parte como prova. **AJURIS**, n. 6, 1993.
- ALBUQUERQUE, Pedro de. **Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo**. Almedina, 2006.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Madrid, Centro de Estudos Constitucionais, 1993.
- ALVIM, Arruda. **Novo Contencioso Cível no CPC/2015**, RT, 2016.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Editora jus Podium, 2013.
- BELTRÁN, Ferrer. **Prueba y verdad en el derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- BERALDO, Maria Carolina Silveira. **Litigância de Má-fé no Novo Código de Processo Civil**. Novo CPC Parte Geral, 2015.
- CALAMANDREI, Piero. *El Proceso como juego*. **Estudios sobre el Proceso Civil**, Ejea, Buenos Aires, t. III, 1986.
- CAPPELLETTI, Mauro. *El testimonio de la parte en el sistema de oralidad*. *Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil*. Primeira parte, traducción de Tomás Banzhaf, Librería Editora Platense, 2009.

- _____. *Valor actual del principio de oralidade*, em *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*. (Trad. Santiago Santís Melendo). Buenos Aires: EJA, 1972.
- CAMARGO, José A. **Princípios de probidade e Boa-fé**. Disponível em: <www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/173/185>. Acesso em: 20 abr. 2016.
- CARRETA MUNOZ, F. *Deberes procesales de las partes em el proceso civil chileno referencia a la buena fe procesal y al deber de coherencia*. Disponível em: <www.scielo.cl/pdf/revider/v21n1/art05.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2016..
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del giusto processo*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.
- CONTE, Francisco. **Contraditório como dever e a Boa-Fé Processual**. Processo Constitucional coordenado pelo Ministro Fux, Gen/Forense, 2013.
- COSTA E SILVA, Paula. **A litigância de má fé**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- COUTURE, E.J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Aniceto López, 1942.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3.ed. Del Rey, 2015.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- _____. **Curso de Direito Processual Civil**. Ed. jus Podium, 2015, v. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.v.2.
- ECHANDÍA, Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Zavalía, 1988, T 2.
- FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual, o projeto de novo código de processo civil brasileiro e a experiência portuguesa*. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1395_1430.pdf>. Acesso em: 20 maio 2016.
- FAVARETTO, Isolde. **Comportamento processual das partes**. Porto Alegre: Acadêmica, 1993.
- FURNO, Carlo. *Contributo alla teoria della prova legale*. Padova: Cedam, 1940.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. RT, 2015.
- GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Giuffrè, Milano, 1961.
- GOLDSCHMIDT, J. *Teoria general del proceso*. Barcelona: BarEditorial Labor, 1936.
- GORLA, G. *Comportamento processuale delle parti e convincimento del giudice*. em Riv. Dir. Proc., n. 12, 1935.

- GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429>. Acesso em: 9 mar. 2016.
- GROSSMANN, Kaethe. O dever de veracidade das partes litigantes no processo civil, (aspecto doutrinário). **Revista Forense**, v. 101, mar. 1945.
- JOAN, Picó I Junoy. **El principio de la Buena fé procesal**. Barcelona: Bosch Editor, 2013.
- LARROUCAU, Juan Torres. **Tres Lecturas de La Buena Fe Procesal**. Disponível em: <mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v21n2/art07.pdf>. Acesso em: 12 maio 2016.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. **Comentarios al código procesal civil**. Gaceta Jurídica, 2008.v.1
- LENT, Friederich. **Diritto processuale civile tedesco**. Imprenta: Napoli, Morano, 1962.
- LIMA, Alcides de Mendonça. Abuso do Direito de Demandar. **RP**, n. 19, jul-set 1980.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado-Critérios para a sua aplicação**. Marcial Pons, 2015.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Litigância de má-fé , abuso do direito de ação e culpa** “in agendo”. 2. ed, Coimbra: Almeidina, 2011.
- MEDINA, José de Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado: Com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**, RT, 2015.
- MILMAN, Fábio. **Improbidade Processual: Comportamento das Partes**. 2.ed. Gen/Forense, 2009.
- MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2.ed. Forense, Tomo I, 1957.
- MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Novo Código de Processo Civil Comentado**, RT, 2015.
- MONTERO AROCA, J. **La prueba en el proceso civil**. 7.ed. Thomson Reuters, 2012.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MORENO GARCIA, A. **Buena fé y derechos fundamentales em la jurisprudência del Tribunal Constitucional**. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79489.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2016.
- OSTERNACK; Paulo Amaral, Paulo. **Provas, Atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. RT, 2015.

- PAULA RAMOS, Vitor. **Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de prova**. RT, 2015.
- PEYRANO, Walter Jorge. *Valor probatorio de la conducta procesal de las partes*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 1979-B.
- PINTER, Rafael Wobeto. A boa-fé no Processo Civil e o abuso de direitos processuais. **RP** n. 253, 2016.
- PRETEL, Mariana Pretel e. **Boa-Fé Objetiva e a Lealdade no Processo Civil Brasileiro**. Núria Fabris Editora, 2009.
- SÁEZ, Francisco Alberto Ruay. *Análisis crítico sobre la inclusión del principio de buena fe procesal en el proyecto de código procesal civil chileno*. Disponível em: <www.cielolaboral.com/wp.../CV_francisco_Ruay.pdf>. Acesso em: 02 maio 2016.
- SANTIAGO, Denny Mendes. **As Limitações aos Direitos Fundamentais**. Os Limites dos Limites como Instrumento de Proteção ao Núcleo Essencial desses Direitos. Arraes Editores, 2014.
- SCARSELLI, Giuliano. *Lelatà e probità degli atti processua*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, n. 1, ano 52, 1998.
- SENTIS MELENDO, S. *Fuentes y medidos de prueba*. em *La prueba*. Los grandes temas del derecho probatório, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979.
- SILVA, Clóvis V. Couto. **A obrigação como processo**. FGV, 2009.
- SILVESTRE, Lilian Pájaro De. *La buena fede e L'abuso del diritto , principi, fattispecie e casistica*. Giufre Editore, 2013.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON Flávio Quinaud. **Novo CPC-Fundamentos e Sistematização**. Gen/Forense, 2015.
- _____. **Curso de Direito Processual Civil**. 2015, v. I.
- VALLEJOS, Juan Carlos. **Abuso Procesal**. Aregentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.
- VIEIRA DE VINCENZI , Brunela. **A Boa Fé no Processo Civil**. Atlas, 2003.
- WIEACKER, Franz. *El Principio General de Buena Fé*. Madrid, Espanha: Civitas, 1977.
- ZEISS, Walter. *El dolo procesal*. Buenos Aires: Ejea, 1979.