



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO (ESMAPE)
MESTRADO CIENTÍFICO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIDADE: PROCESSO CIVIL
ANO LETIVO: 2012/2016

**PADRÕES ÉTICOS DO PROCESSO CIVIL LUSO-BRASILEIRO E A APARENTE
TOLERÂNCIA LEGISLATIVA AO ABUSO PROCEDIMENTAL: MÁ-FÉ, EXCESSO
DE LINGUAGEM, DESCUMPRIMENTO DE COMANDOS JUDICIAIS E SUAS
CONSEQUÊNCIAS.**

Autor

Hugo Barbosa Torquato Ferreira

Orientador

Prof. Dr. Rui Gonçalves Pinto

2016

**PADRÕES ÉTICOS DO PROCESSO CIVIL LUSO-BRASILEIRO E A APARENTE
TOLERÂNCIA LEGISLATIVA AO ABUSO PROCEDIMENTAL: MÁ-FÉ, EXCESSO
DE LINGUAGEM, DESCUMPRIMENTO DE COMANDOS JUDICIAIS E SUAS
CONSEQUÊNCIAS**

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Lisboa como
requisito parcial à obtenção do título de
Mestre em Ciências Jurídicas, sob a
orientação do Prof. Dr. Rui Gonçalves Pinto.

Cruzeiro do Sul-AC, setembro de 2016

Dedico o presente trabalho aos meus pais, Ivan Torquato Ferreira e Jussara Barbosa Torquato Ferreira, que sempre incentivaram o meu progresso acadêmico; à minha esposa, Mary Julia Freitas de Oliveira, que me acompanhou pelas incursões em bibliotecas e livrarias de vários países, e ao Professor Rui Pinto, pelas prestimosas orientações que tornaram possível a conclusão de minhas investigações.

Agradeço ao Tribunal de Justiça do Estado do Acre por reconhecer a importância da qualificação permanente de seus juízes e à Escola da Magistratura de Pernambuco, por proporcionar aos magistrados brasileiros a integração com as melhores academias do mundo.

“(…) toda arte e toda investigação, assim como toda ação e toda escolha, têm em mira um bem qualquer; e por isso foi dito, com muito acerto, que o bem é aquilo a que todas as coisas tendem.”.

Aristóteles

RESUMO

O presente estudo tem por objeto a investigação dos contornos éticos impostos pelas regras de conduta processual luso-brasileiras, a partir da análise, em ambos os sistemas, dos mecanismos utilizados para a inibição da litigância de má-fé, do excesso de linguagem e do descumprimento de determinações judiciais.

Seu objetivo é formular propostas para o aprimoramento dos dois ordenamentos, vocacionadas a harmonizar a eficiência estatal com o caráter dialético do processo e com os naturais anseios humanos de liberdade e de desenvolvimento individual.

Inicialmente, com o intuito de identificar parâmetros gerais de ética aplicáveis ao comportamento processual, extrairemos da filosofia de Platão, Aristóteles, Santo Agostinho, São Tomás de Aquino, René Descartes, Baruch Spinoza, David Hume, Immanuel Kant, Friedrich Nietzsche, Jeremy Bentham, Stuart Mill, Max Weber, Sigmund Freud e Ronald Dworkin os principais preceitos atinentes à virtude e ao comportamento humano ideal.

Em seguida, será analisada a evolução histórica das regras de comportamento processual, com o fim de registrar os principais fenômenos sociológicos que contribuíram para a construção do arcabouço normativo que vivenciamos hoje.

De forma pormenorizada, investigaremos na legislação atual de Brasil e Portugal o regramento aplicável à litigância de má-fé, ao excesso de linguagem e ao descumprimento de determinações judiciais. Na mesma esteira, coletaremos os principais posicionamentos da doutrina e da jurisprudência de ambos os países acerca da matéria.

Utilizaremos o *common Law* como paradigma externo, dada a sua menor tolerância aos excessos processuais. Sob este prisma, serão abordadas as principais características do *contempt of court*, suas modalidades e amplitude, sem descuidar da investigação das críticas direcionadas ao instituto e de seus pontos de atrito com os principais tratados internacionais de direitos humanos.

Por fim, analisaremos o conflito aparente entre as regras de proteção da administração da Justiça e as principais normas humanitárias internacionais, especialmente no que toca à liberdade de expressão, ponderando acerca das principais qualidades do sistema luso-brasileiro e identificando os pontos que merecem aprimoramento.

Palavras chave: Processo civil. Ética. Boa-fé. Linguagem. Desobediência. Ordem judicial.

ABSTRACT

The current study aims at the investigation of ethical limits imposed by the rules of Luso-Brazilian procedural conduct, based on the analysis, in both systems, of the mechanisms used for the inhibition of procedural bad faith, use of inappropriate language and noncompliance with court orders.

Its goal is to formulate proposals for the improvement of the two systems, aimed at harmonizing the state efficiency with the dialectical nature of the judicial procedure and the natural human yearnings for freedom and individual development.

At first, in order to identify general parameters of ethics applicable to procedural behavior, the main principles related to virtue and the ideal human behavior will be taken up from the philosophy of Plato, Aristotle, St. Augustine, St. Thomas Aquinas, Rene Descartes, Baruch Spinoza, David Hume, Immanuel Kant, Friedrich Nietzsche, Jeremy Bentham Stuart Mill, Max Weber, Sigmund Freud and Ronald Dworkin.

Then the historical evolution of the procedural rules will be analyzed, in order to highlight the main sociological phenomena that contributed to the construction of the regulatory framework experienced today.

In a detailed manner, we will investigate the current legislation of Brazil and Portugal and the establishment of rules applicable to the abuse of procedural rights, the use of offensive language and noncompliance with court orders. In the same lines, we will collect the key insights of the doctrine and jurisprudence of both countries over this issue.

We will use common Law as an external paradigm, given to its lower tolerance to procedural violations. From this perspective, the main features of contempt of court will be addressed, without neglecting its criticism and its sticking points with the major international human rights treaties.

Finally, we will analyze the apparent conflict between the rules for protection of the administration of justice and the main international humanitarian standards, especially with regard to freedom of expression, assessing the main qualities of the Luso-Brazilian system and identifying the issues that deserve improvement.

Key words: Civil procedure. Ethics. Good faith. Language. Contempt of court.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| Introdução..... | 10 |
| 1. A função estruturante da ética no âmbito da teoria geral da relação processual | 16 |
| 2. A conduta ideal segundo a filosofia..... | 22 |
| 2.1 Platão e a preponderância da ética sobre a força: a virtude como característica inata, a relevância do autocontrole e a função expiatório-preventiva da punição. | 22 |
| 2.2 Aristóteles e a aquisição da virtude pelo exercício. A honra como finalidade última da vida política..... | 26 |
| 2.3 A leitura de Platão e Aristóteles sob a ótica da religião: Santo Agostinho e São Tomás de Aquino..... | 28 |
| 2.4 A generosidade como uso correto da liberdade em Descartes. A virtude como ímpeto de conservação em Spinoza. | 30 |
| 2.5 A dicotomia entre moralidade e razão em Hume. A moralidade como imperativo em Kant. | 34 |
| 2.6 Nietzsche e a impossibilidade de se estabelecer uma moral universal. A utilidade como critério de valoração moral na filosofia utilitarista de Bentham e Mill. | 38 |
| 2.7 A ética do resultado em Weber. A ética na concepção freudiana: a consciência vigilante como marca distintiva do homem moral..... | 41 |
| 2.8 A proteção da moralidade em contraponto à liberdade individual. A proporcionalidade como parâmetro hermenêutico em Dworkin | 48 |
| 3. A conduta ideal segundo o Direito Processual | 50 |
| 3.1 As raízes históricas da ética no processo judicial | 57 |

| | |
|--|------------|
| 3.1.1 O antigo Direito romano | 58 |
| 3.1.2 O Direito germânico, o Direito islâmico e o Direito consuetudinário..... | 63 |
| 3.1.3 O Direito português | 69 |
| 3.1.4 O Direito brasileiro..... | 76 |
| 3.2 A boa-fé processual | 80 |
| 3.2.1 A experiência brasileira | 82 |
| 3.2.2 A experiência portuguesa..... | 92 |
| 3.3 <i>Standards</i> de linguagem e descumprimento de ordem judicial..... | 99 |
| 3.3.1 <i>Standards</i> de linguagem..... | 99 |
| 3.3.1.1 A experiência brasileira | 102 |
| 3.3.1.2 A experiência portuguesa: o dever de recíproca correção | 115 |
| 3.3.2 Descumprimento de ordem judicial..... | 120 |
| 3.3.2.1 A experiência brasileira | 122 |
| 3.3.2.2 A experiência portuguesa: a sanção pecuniária compulsória | 128 |
| 3.3.3 Excesso de linguagem e descumprimento de ordem judicial no Common Law: o contempt of court..... | 134 |
| CONCLUSÕES | 152 |
| ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA | 156 |
| BIBLIOGRAFIA | 177 |

Introdução

Durante uma sessão de julgamento, insatisfeito com uma deliberação do juiz, o advogado abandona o ato processual e se retira do local. Ou, indignado com a decisão adotada pelo magistrado judicial, manifesta-se por escrito, destilando ofensas ao julgador.

Tais condutas poderiam ser tidas como gravíssimas, sob a ótica do sistema inglês¹ ou como toleráveis^{2 3}, se sujeitas aos limiares de liberdade de expressão comumente adotados por Brasil e Portugal.

¹ Aliás. Em *Robson v. Malone* (1969) (E.U.A), a Corte de Apelações do 7º Circuito manteve a condenação de duas jovens, por *contempt of court*, que deixaram de se levantar quando o Juiz adentrou a sala de julgamento. Consignou-se que, a par de se tratar de ato simbólico e puramente cerimonial, a conduta de se colocar de pé diante do julgador contribui para o funcionamento da Corte. Vale transcrever: “Whatever the case with respect to the latter two groups, we have some doubt about the power of the court to require spectators to perform purely ceremonial or symbolic acts. See *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette* (1943), 319 U. S. 624, 63 S.Ct. 1178, 87 L.Ed. 1628. But we conclude that the traditional rising in unison of persons present in a court can reasonably be thought to contribute to the functioning of the court. It is a way of marking the beginning and end of the session, and probably serves to remind all that attention must be concentrated upon the business before the court, the judge's control of the court room must be maintained with as little burden on him as possible, and there must be silence, except as the orderly conduct of business calls for speech. We think a court may require such rising, in the interest of facilitating its functions, although the functional virtue of rising at the close of a session is less readily apparent than at the beginning.”.

² DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. DESACATO. SESSÃO DO JÚRI. JUIZ QUE NEGA A FORMULAÇÃO DE QUESITO PROPOSTO PELO PACIENTE, DEFENSOR PÚBLICO. PROTESTOS CONSIGNADOS EM ATA. RETIRADA DO PLENÁRIO. **ATO QUE PODE SER TIDO COMO DESELEGANTE, MAS, NÃO, COMO PENALMENTE TÍPICO**. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O crime de desacato envolve a ofensa desferida a funcionário público, no exercício da função ou em razão dela. Na espécie, durante sessão de julgamento do Tribunal do Júri, o paciente, Defensor Público, diante da negativa do magistrado em formular quesito defensivo, após consignar em ata seu protesto, retirou-se da assentada. Não houve encaminhamento de palavras ou gestos ofensivos contra o juiz, o promotor ou jurados, a corporificar conduta tipicamente relevante.

2. Ordem concedida, confirmada a liminar e acolhido o parecer ministerial, para trancar o processo n.º 0052153-04.2012.8.08.0030, em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Superior Tribunal de Justiça. HC 290108/ES. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data do julgamento: 04 de dezembro de 2014. (grifei).

³ “(...) a conduta do senhor Advogado arguido, pese embora não tenha sido a adequada, acaba por ser compreensível devido aos motivos que alegou e provou documentalmente, não pode ser considerada violadora dos seus deveres profissionais, nomeadamente os consignados nos Arts. 76º nº 1 e 89º do E.O.A., conforme foi acusado.

Na verdade, entende-se que as expressões utilizadas e proferidas pelo Senhor Advogado arguido, não visaram ofender a honra e a dignidade da Senhora Juíza de Direito da 3ª Secção, da 10ª Vara

O presente estudo tem por objetivo a investigação das regras de conduta processual luso-brasileiras, a partir de uma análise comparativa entre os parâmetros utilizados para a punição da litigância de má-fé, do excesso de linguagem e do descumprimento de determinações judiciais, nos dois sistemas.

Será utilizado, como parâmetro externo, o sistema de *common Law*, historicamente mais rigoroso quanto aos limites comportamentais impostos às partes.

É inegável que o papel do julgador, no *civil Law* e no *common Law*, assumiu ao longo dos anos feições distintas, impactando em uma maior ou menor capacidade de imposição de regras de comportamento aos litigantes.

A atividade judicial na Inglaterra medieval decorria de uma especial delegação do monarca, para exercício de uma parcela de seu poder, de modo que qualquer desafio à autoridade do juiz tendia a ser interpretado como ofensa ao próprio rei. Não obstante a transição da monarquia absoluta para o regime constitucional, não houve uma diminuição significativa da autoridade do Poder Judiciário, até mesmo pelo desenvolvimento da noção de que uma justiça autônoma e independente é elemento fundamental para a estabilidade do ordenamento jurídico.

No sistema francês, por outro lado, a transição do sistema absolutista não se desenvolveu com a mesma palidez, mas, pelo contrário, foi fruto das drásticas alterações políticas e sociais decorrentes da Revolução Francesa, que resultaram em uma relevante redução do espectro de atuação dos juízes, de modo a garantir a separação dos poderes e a não usurpação da autoridade do legislador⁴.

Cível da Comarca de Lisboa.

Antes, consubstanciaram um desabafo do Senhor Advogado arguido perante as delongas a que o processo judicial em causa esteve sujeito, não tendo como objectivo qualquer ataque pessoal ou qualquer alusão deprimente ao comportamento da Senhora Magistrada. Deste modo, e **muito embora se admita que o Senhor Advogado arguido utilizou expressões infelizes nos requerimentos que subscreveu, conclui-se que não houve por parte do Senhor Advogado arguido qualquer falta de respeito à senhora Magistrada e nessa conformidade não se encontra violado o dever geral de urbanidade** consagrado no Art 89º do E.O.A.". Tribunal da Relação de Lisboa. Processo 666/2004-5. Relator: Pulido Garcia. Data do acórdão: 29 de junho de 2004. (grifei).

⁴ Muito pertinente a reflexão do Professor Michael Chesterman (University of New South Wales), que sustenta que o Judiciário francês "has a very diferente history, contemporary image and structure, and applies very diferente procedures in resolving legal disputes. Its association with developing royal

É sabido, também, que o enfrentamento aos excessos das partes no Direito Processual assume duas grandes formas nos ordenamentos jurídicos contemporâneos⁵.

Alguns países valorizam primordialmente os direitos subjetivos dos litigantes, garantindo-lhes ampla liberdade desde que não cometam abusos.

Outros, especialmente aqueles que abrigam o *due process of Law* como cláusula constitucional, atribuem valor especial à equidade, à boa-fé e à lealdade processual. O ponto de partida, neste caso, é a parte *ex-adversa*, que possui o direito a um julgamento justo e ao devido processo legal⁶.

E não se pode considerar um sistema melhor do que o outro do ponto de vista da repressão e prevenção ao abuso procedimental, embora seja perceptível uma maior incidência de manobras dilatórias nos sistemas de direito positivo⁷.

Já adentrando o cerne deste trabalho, é importante lembrar que Portugal e Brasil recentemente promulgaram novos Códigos de Processo Civil, cuja

absolutismo during the *ancien régime* might well have conferred on it the status and prestige to inflict peremptory punishment, in the style of common law contempt, on those who challenged its authority. But the prospect of continuance of such powers was rudely shattered by the French Revolution. For a variety of reasons, including the venality of the established system of sale of judicial offices and the decision of the judges generally to side with the monarch in the events immediately preceding the Revolution, the judiciary was a special target of the Revolutionary governments. They fundamentally reconstituted it as, in effect, a branch of the civil service and took special care to ensure that judges never usurped legislative power. Not merely were the Codes enacted as the supreme sources of law, but, pursuant to a strict interpretation of a principle of separation of powers, the function of judges was strictly confined to applying the relevant Code provisions to the case at hand, as opposed to laying down general for the future. Chesterman, Michael. Contempt: In the Common Law, but Not the Civil Law. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 46, no. 3, July 1997: p. 555-556.

⁵ Normand exemplifica Bélgica, Países Baixos, Luxemburgo e Itália no primeiro grupo e Alemanha, Japão, Espanha, Estados Unidos da América, Inglaterra e parte da América Latina no segundo grupo. NORMAND, Jacques. Final report: Two approaches to abuse of procedural rights. In TARUFFO, Michele. *Op. Cit.* pgs. 237-242.

⁶ Da reflexão original de Normand: "Emphasis is also put on the obligation to conduct action fairly, according to loyalty and fairness, in countries such as Germany, Japan, Spain, and Latin America for instance". NORMAND, Jacques, *op.cit.*, p. 240.

⁷ NORMAND, Jacques. Final report: Two approaches to abuse of procedural rights. In TARUFFO, Michele. *Abuse of procedure rights: comparative standards of procedural fairness.* pgs. 237-242.

vocação para imposição (ou não) de padrões éticos de conduta será objeto de detida análise no presente estudo.

É certo que, com a laicização do Estado, a ética – no lugar da religião – passou a assumir as funções de estruturação moral da sociedade.

E é sob esta ótica que o presente trabalho irá transitar, concomitantemente, pela evolução da ética filosófica e pelos padrões morais impostos pela lei processual ao longo do tempo (influenciada ou não pela religião).

Será abordada, inicialmente, a função estruturante da ética no âmbito da teoria geral da relação processual, com vistas à mensuração de sua relevância para o sucesso da atividade jurisdicional.

Em seguida, serão investigados os principais limiares éticos identificados pela reflexão filosófica e de interesse do processo judicial, como a preponderância da razão sobre a força, a relevância do autocontrole, a função expiatória da punição, a honra como finalidade da vida pública, a generosidade como uso correto da liberdade, a virtude como ímpeto de conservação, a dicotomia entre moralidade e razão, a moralidade como imperativo, o estabelecimento de uma moral universal, a utilidade como critério de valoração moral, a ética do resultado, a consciência vigilante como marca do homem moral e a proporcionalidade como paradigma hermenêutico.

Este último ponto - o parâmetro da proporcionalidade - permeará todo o desenvolvimento deste trabalho, sempre sopesando a coerência e utilidade de se impor qualquer tipo de restrição à liberdade individual, principalmente no que concerne à livre expressão do pensamento.

A investigação da evolução legislativa se iniciará pela regra prevista na *legis actio sacramento*, em vigor até o ano de 130 a.C., que determinava que o demandante perderia um valor em dinheiro caso fosse vencido, como penalidade por ter litigado por algo a que não tinha direito, analisando-se em seguida, ainda no sistema romano, a *sponsio dimidiaie partis*, a *restipulatio dimidiaie partis*, o regime de custas processuais nas leis de Zenão, Anastácio e Justiniano e o juramento de calúnia.

Será abordada, outrossim, a evolução da moralidade processual no sistema germânico, a partir da análise dos códigos Visigodos (*lex romana visigothorum*), da *lex burgundionum*, dos *pactus alamannorum* e *lex alamannorum*, das *leges langobardorum*, da *lex bajuvariorum*, da *lex frisiorum*, da *lex saxonum* e das *lex anglorum et werinorum, hoc est, thuringorum*, com ênfase ao juramento de purificação e à obrigatoriedade de o derrotado pagar uma quantia ao vencedor, pela lesão que lhe causou, e outra ao juiz, pela perturbação da ordem pública, seguida da investigação do dever de veracidade (*Wahrheitspflicht*) positivado no Código de Processo Civil (Zivilprozessordnung – ZPO) austríaco e influenciador do diploma adjetivo alemão (1933) e das normas processuais de Portugal e Brasil.

Igualmente analisaremos como uma menor influência da Revolução Francesa impactou a preservação de uma majorada autoridade do julgador no sistema inglês e como este fenômeno reflete na imposição de padrões de comportamento mais rígidos no *common Law*.

No âmbito do sistema luso-brasileiro, investigaremos o Direito instituído após a separação do Condado Portucalense, no ano de 1.139 d.C., baseado nas cartas do rei ou de outros senhores, conhecidas por cartas de foro. Serão analisadas as ordenações afonsinas, manuelinas e filipinas; o Decreto nº 24, de 16 de maio de 1832; a novíssima reforma judiciária (autorizada pela Carta de Lei de novembro de 1840) e os Códigos de Processo Civil portugueses e brasileiros, culminando com a análise dos diplomas de 2013 (Portugal) e 2015 (Brasil), com ênfase às regras que visam a repelir o abuso procedimental, destacando-se os regimes de litigância de má-fé, excesso de linguagem e descumprimento das determinações judiciais.

Será analisada, ainda, a sistemática de imposição de padrões de comportamento processual no *common Law*, sublinhando-se o consolidado entendimento de que a capacidade para garantir a eficácia das decisões judiciais - bem como a dignidade e autoridade da Justiça - é inerente à própria existência do Poder Judiciário, oriunda dos chamados *poderes inerentes*, fator que aparenta reduzir sensivelmente os abusos procedimentais e o desrespeito às decisões judiciais, especialmente em razão das severas punições previstas para as ofensas à Corte.

Noutro pórtico, investigaremos a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Europeia de Direitos Humanos acerca das normas restritivas à liberdade de expressão⁸, considerada como “pedra angular da democracia⁹”.

Por fim, retomando a reflexão de Dworkin que será abordada no início deste trabalho, analisaremos a conveniência de se utilizar o Direito para salvaguardar a moral, sugerindo parâmetros de proporcionalidade para harmonização dos interesses do processo com os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e a dignidade humana¹⁰, em busca de uma teoria geral aplicável ao comportamento processual.

⁸ Olmedo Bustos e outros versus Chile – série C nº 73 (sentença proferida em 5 de fevereiro de 2001); caso Ivcher Bronstein versus Peru – série C nº 74 (sentença proferida em 6 de fevereiro de 2001); caso Herrera Ulloa versus Costa Rica – série C nº 107 (sentença proferida em 2 de julho de 2004); caso Ricardo Canese versus Paraguai – série C nº 111 (sentença proferida em 31 de agosto de 2004); caso Palamara Iribarne versus Chile – série C nº 135 (sentença proferida em 22 de novembro de 2005); caso Claude Reyes versus Chile – série C nº 151 (sentença proferida em 19 de setembro de 2006); caso Kimel versus Argentina – série C nº 177 (sentença proferida em 2 de maio de 2008); caso Tristan Donoso versus Panamá – série C nº 193 (sentença proferida em 27 de janeiro de 2009); caso Ríos versus Venezuela – série C nº 194 (sentença proferida em 28 de janeiro de 2009); caso Perozo versus Venezuela – série C nº 195 (sentença proferida em 28 de janeiro de 2009) e caso Usón Ramírez versus Venezuela – série C nº 207 (sentença proferida em 20 de novembro de 2009).

⁹ “A liberdade de expressão é uma pedra angular na existência de uma sociedade democrática. É indispensável para a formação da opinião pública. É também conditio sine qua non para que os partidos políticos, os sindicatos, as sociedades científicas e culturais e, em geral, que deseja influir sobre a coletividade possa desenvolver-se plenamente. É, enfim, condição para que a comunidade, na hora de exercer as suas opções, esteja suficientemente informada. Por fim, é possível afirmar que uma sociedade que não está bem informada não é plenamente livre”. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985, parágrafos 69 e 70.

¹⁰ CANOTILHO, JJ Gomes. MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.524.

1. A função estruturante da ética no âmbito da teoria geral da relação processual

O Direito, na antiguidade clássica, assumia contornos de fenômeno sagrado. O ato de julgar consistia em verdadeiro exercício de ética, prudência, virtude e equilíbrio¹¹. Tal índole foi absorvida pela lei de introdução às normas do Direito brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42), que dispõe que o juiz, na aplicação da lei, “atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Como bem ressalta Tércio Sampaio Ferraz Júnior, fins sociais e bem comum consistem em “sínteses éticas da vida em comunidade”¹². Tais valores se identificam com a noção de bem, que envolve, necessariamente, uma convivência harmônica entre o interesse individual e o coletivo, matriz a partir da qual se organizam os sistemas éticos¹³.

É claro que o Direito não é o único pilar da harmonia social, condicionada também pela moral, pela religião e por outras regras de convívio. Contudo, destaca-se pela coercibilidade e, portanto, por uma maior pretensão de

¹¹ Tércio Sampaio Ferraz Júnior muito bem esclarece tratar-se de “uma forma de pensar que podemos denominar de jurisprudencial. A palavra jurisprudência - (*juris*) *prudencia*, uma das expressões usadas pelos romanos, ao lado de *disciplina*, *scientia*, *ars*, *notitia*, para designar o saber jurídico - liga-se, nesse sentido, ao que a filosofia grega chamava de *fronesis* (discernimento). Tal palavra era entendida, entre os gregos, como uma virtude. *Fronesis*, uma espécie de sabedoria e capacidade de julgar, na verdade consistia numa virtude desenvolvida pelo homem prudente, capaz, então, de sopesar soluções, apreciar situações e tomar decisões. Para que a *fronesis* se exercesse, era necessário o desenvolvimento de uma arte (*ars*, *techne*) no trato e no confronto de opiniões, proposições e ideias que, contrapondo-se, permitiam uma explanação das situações. Essa arte ou disciplina corresponde aproximadamente ao que Aristóteles chamava de dialética. Dialéticos, segundo o filósofo, eram discursos somente verbais, mas suficientes para fundar um diálogo coerente - o discurso comum. Com efeito, a dialética, a arte das contradições, tinha por utilidade o exercício escolar da palavra, oferecendo um método eficiente de argumentação. Ela ensinava-nos a discutir, representando a possibilidade de chegarmos aos primeiros princípios da ciência (*scientia*, *episteme*).” FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003, p.50.

¹² *Op.cit*, p. 286.

¹³ Paulo Nader assim pondera: “Consideramos bem tudo aquilo que promove a pessoa de uma forma integral e integrada. Integral significa a plena realização da pessoa, e integrada, o condicionamento a idêntico interesse do próximo.”. NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.66 .

efetividade, acolhendo, eventualmente, algumas regras de conteúdo moral¹⁴. Neste aspecto, perspicaz o estudo do magistrado e filósofo alemão Georg Jellinek, ao identificar que qualquer sociedade tende a converter em regras jurídicas os axiomas morais essenciais à preservação de suas instituições¹⁵.

Na regulação das relações entre as pessoas, o Estado atua através de duas atividades principais, que são a produção legislativa e a jurisdição. O legislador trabalha como observador da ordem social e estudioso da natureza humana e não pode se divorciar completamente dos princípios do Direito natural, sob pena de, negando ao homem o que lhe é naturalmente devido, criar uma ordem jurídica ilegítima¹⁶. A jurisdição funciona como uma *longa manus* da legislação, realizando-a nos casos concretos, com vistas ainda a eliminar conflitos e preservar os valores da personalidade.

Nesta mesma esteira, é certo que os destinatários concretos do Direito objetivo estão interligados por uma relação jurídica, nexos que regula tanto os conflitos de interesses entre indivíduos quanto a cooperação que devem exercer em benefício de objetivo comum¹⁷.

Para a teoria dualista, defendida por Chiovenda, o ordenamento jurídico se apresenta sob a forma material ou processual, funcionando o processo como a realização prática do Direito. De outro norte, a teoria unitária, a que se filia Carnelutti, descreve o ordenamento jurídico sem uma cisão clara entre o Direito processual e o Direito material, delineando o processo como complementação dos comandos normativos.

¹⁴ *Op.cit.*, p.63

¹⁵ JELLINEK, Georg. Teoria general del estado. Traducción de la segunda edición alemana y prólogo por Fernando de Los Ríos. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954, p.112.

¹⁶ NADER, Paulo. *Op.cit.*, p. 361.

¹⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. PELLEGRINI, Ada. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 44.

Indubitável, contudo, para qualquer destas correntes, que o Estado é o titular da jurisdição¹⁸ e é a partir deste caráter de **oficialidade** do processo que desenvolveremos, neste trabalho, todo um capítulo acerca do descumprimento de decisões judiciais e de suas consequências.

Certo é que o Direito Processual se justifica, em últimas linhas, pela necessidade de se garantir a autoridade do ordenamento jurídico¹⁹, de se preservar o Estado do Direito e de se dar concretude aos objetivos maiores do Estado. É, na lição de Ada Pellegrini, “um instrumento a serviço da paz social²⁰”.

E tal estado de paz se efetiva pelo respeito aos valores humanos primordiais, que serão objeto de reflexão específica no capítulo seguinte.

Consabido também que o Direito Processual ocupa posição autônoma no âmbito da dogmática jurídica e é dotado de princípios próprios, com base estabelecida na sistemática constitucional, que delimita “aqueles princípios de ordem política e ética que substanciam o acesso à justiça (acesso à ordem jurídica justa) e a garantia do devido processo legal (*due process of Law*)²¹”.

Tais princípios podem ser classificados como **estruturantes** (diretivas básicas do processo, como os princípios da igualdade, do juiz natural, do contraditório, da imparcialidade, da razoável duração do processo); **fundamentais** (os princípios anteriormente mencionados particularmente direcionados e especificados pelas normas processuais) ou **instrumentais** (garantidores de que os

¹⁸ Não desconhecemos, é claro, a posição defendida por Rui Gonçalves Pinto, no sentido de que não se pode afirmar, a rigor, que o Estado possui o monopólio da dirimção de conflitos, uma vez que pode delega-la, pela via constitucional, ao particular, como fez no art. 202º, nº 4º, da CRP. PINTO, Rui. Notas ao Código de Processo Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 17.

¹⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. PELLEGRINI, Ada. Op. Cit., p.46.

²⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. PELLEGRINI, Ada. Op. Cit., p.47.

²¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. PELLEGRINI, Ada. Op. Cit., p.53.

princípios fundamentais sejam atingidos, como os princípios do impulso oficial, da persuasão racional e da demanda)²².

Do princípio da igualdade de todos perante a lei decorre o princípio estruturante da **igualdade processual**. Às partes deve ser dispensado tratamento igualitário e devem ser oportunizados idênticos espaços de manifestação²³.

Deste princípio se extrai o primeiro fundamento, no âmbito da teoria geral da relação processual, para a delimitação de padrões éticos de comportamento processual. Poderá haver prejuízo à igualdade substancial se uma das partes se arvorar em comportamento anormal, beligerante, desonesto, insubordinado, chicanista ou malicioso.

De caráter igualmente estruturante e tido como inerente à própria noção de processo, o princípio do **contraditório**²⁴ assegura a natureza dialética da discussão judicial e garante que as partes possam conduzir o julgador à adequada solução da lide. A tutela final deve, pois, ser produzida com a participação dos titulares da relação litigiosa²⁵.

O princípio do contraditório igualmente demanda que sejam fixados contornos éticos para a atuação processual, de modo que uma das partes não mitigue, esvazie, impeça, desprestigie, desmereça ou embarace, por qualquer

²² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. PELLEGRINI, Ada. Op. Cit., p.58.

²³ O Código de Processo Civil português enfatiza, com acerto, o caráter substancial desta igualdade (art. 4º).

²⁴ Fernando Pereira Rodrigues destaca que “o princípio do contraditório (ou da contraditoriedade) está intrinsecamente conexo com outro princípio pilar do processo civil, que é o princípio da igualdade das partes (...)”. RODRIGUES, Fernando Pereira. O novo Processo Civil. Os princípios estruturantes. Coimbra: Almedina, 2013, p.39.

²⁵ Rui Pinto acrescenta ainda que, em um sentido objetivo, “a participação dos interessados é a própria lógica da estruturação do processo e que se sintetiza numa afirmação: ‘a decisão judicial sobre uma providência requerida deve ser o resultado de um procedimento ou método que implique uma *faculdade de comparticipação, colaboração* ou *Mitwirkungsbefugnis* ou *influência* ou *Einwirkung paritárias*. Essa participação exprime-se por meio de uma relação dialéctica que corresponde terminologicamente à expressão *princípio do contraditório*: com o desenvolvimento do processo, cada parte – independentemente da sua posição originária e genética de autor e de réu – pode pronunciar-se previamente sobre cada acto que a afecte (*proibição de indefesa*). PINTO, Rui. Notas ao Código de Processo Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 21)

artifício, o livre pronunciamento de seu adversário. Se, de um lado, não se deve exigir das partes que se portem com uma sofisticação incomum, de outro não se pode permitir que se lancem belicosa ou arditosamente na defesa de seus interesses, com uma incivilidade que lhes permita, pela força, obter o que o Direito não lhes assegura.

E do contraditório deriva o princípio da **lealdade processual**. A índole dialética do processo exige, como exposto nas linhas anteriores, a estrita observância a limiares de probidade e moralidade por todos que participam do processo. Vedam-se aos litigantes, conseqüentemente, a abstenção ao dever de verdade e o emprego de artifícios fraudulentos²⁶. E não se ignora que, não raro, a situação conflitante das partes favorece o abuso de direito, pelo que a regra da lealdade processual “visa exatamente a conter os litigantes e a lhes impor uma conduta que possa levar o processo à consecução de seus objetivos²⁷”.

Na mesma esteira, atuam os princípios processuais da **cooperação** e da **boa-fé processual**, que “fazem com que o processo judicial em curso se transforme numa comunidade de trabalho²⁸”, além do **princípio do processo**

²⁶ “Sendo o processo, por sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele faltando ao dever de verdade, agindo deslealmente e empregando artifícios fraudulentos. Já vimos que o processo é instrumento posto á disposição das partes não somente para a eliminação de seus conflitos e para que possam obter resposta ás suas pretensões, mas também para a pacificação geral na sociedade e para a eliminação de seus conflitos e para que possam obter resposta ás suas pretensões, mas também para a pacificação geral na sociedade e a atuação do direito. Diante dessas suas finalidades, que lhe outorgam uma profunda inserção sócio-política, deve ele revestir-se de uma dignidade que corresponda a seus fins. O princípio que impõe esses deveres de moralidade e probidade a todos que participam do processo (partes,juízes e auxiliares da justiça;advogados e membros do Ministério Público) denomina-se princípio da lealdade processual. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. PELLEGRINI, Ada. Op. Cit., p.58. “O processo não é apenas instrumento de solução de litígios,no interesse das partes. É também meio de que o Estado se utiliza para impor a paz social. Daí não ficar o processo a critério das partes ,a ponto de lhes permitir o uso desregrado de expedientes fraudulentos, procrastinatórios e imorais, para conseguir seus objetivos. As partes se comprometem a agir com honestidade, podendo utilizar-se de todos os direitos e faculdades que o processo lhes põe à disposição, mas tudo dentro do critério de utilidade e finalístico do próprio Direito Processual, sob pena de o uso do direito transformar-se em abuso.”. SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil, volume 1. São Paulo: Saraiva, 1986, páginas 42-43.

²⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. PELLEGRINI, Ada. *Op. cit.*, p.78.

²⁸ Supremo Tribunal de Justiça (Portugal). 21-3-2012/Proc. 41/06.4TBCSC.LLS1 (Ana Paula Boularot).

equitativo²⁹, que assegura que a composição dos litígios seja feita à luz de critérios de justiça e igualdade.

²⁹ Conforme explicitado por Fernando Pereira Rodrigues, a “garantia de um processo equitativo tornou-se um pressuposto fundamental da hegemonia do direito nas sociedades democráticas hodiernas e uma exigência elementar para uma eficaz administração da justiça. Os princípios e elementos dessa garantia constituem hoje patrimônio das sociedades democráticas, proclamados nos textos de direito internacional e nas leis fundamentais de vários países, traduzindo a preocupação de salvaguardar e proteger direitos fundamentais, muitos deles ligados diretamente à pessoa humana, na sua dignidade, liberdade e segurança. RODRIGUES, Fernando Pereira. *Op. Cit.*, p.188.

2. A conduta ideal segundo a filosofia

2.1 Platão e a preponderância da ética sobre a força: a virtude como característica inata, a relevância do autocontrole e a função expiatório-preventiva da punição.

“Se, ao contrário, digo que o maior bem para um homem é justamente este, falar todos os dias sobre a virtude e os outros argumentos sobre os quais me ouvistes raciocinar, examinando a mim mesmo e aos outros, e, que uma vida sem esse exame não é digna de ser vivida, ainda menos me acreditaríeis, ouvindo-me dizer tais coisas³⁰”.

Há vinte e quatro séculos, Platão deu início à construção de um arcabouço literário que influenciaria a humanidade para sempre. Suas reflexões, usualmente voltadas para a conduta individual ou coletiva dos atenienses, especialmente do ponto de vista ético e político, serão utilizadas como paradigma inaugural deste estudo sobre a ética processual.

À exceção de “Epístolas” e “Apologia”, suas obras foram escritas em forma de diálogos, majoritariamente protagonizados por Sócrates. Sua coleção compreende treze cartas e trinta e cinco diálogos.

“Górgias”, um dos primeiros diálogos, teve como tema principal a arte do discurso. Górgias foi um sofista nascido na Sicília e um dos maiores mestres da retórica daquele tempo.

A terceira parte da obra retrata um diálogo entre Sócrates e Cálicles. Sócrates defendeu que, na gestão política, a ética deve preponderar sobre a força e enfatizou a importância do equilíbrio e do autocontrole³¹. Sustentou, ainda, a

³⁰ PLATÃO. Apologia de Sócrates. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

³¹ “XLVI - Sócrates - Não reparaste, meu excelente Cálicles, como não é a mesma coisa o que repreendes em mim e o que censuro em ti? Dizes que eu repito sempre o mesmo ponto e me repreendes por isso; mas a teu respeito é justamente do contrário que me queixo, de nunca dizeres as mesmas coisas sobre o mesmo assunto; ora declaras que os melhores e mais poderosos são os mais fortes, ora os mais sensatos; agora, porém, vens com outra novidade, pois afirmas que os

necessidade de aplicação de punição pelo mal eventualmente praticado, como forma de expiação da culpa do infrator e consequente recolocação do transgressor no caminho da felicidade, já que perdoado pela sociedade³².

corajosos é que são os melhores e mais fortes. Por isso, caro amigo, explica-me de uma vez por todas, quem consideras melhor e mais poderoso, e de que modo se manifesta essa superioridade. Cálicles - Já o disse: os que entendem dos negócios públicos e são corajosos. A esses é que compete governar as cidades, mandando a justiça que tenham mais do que os outros, os governantes mais do que os governados. Sócrates - E com relação a eles próprios, amigo: são governantes ou governados? Cálicles - Que queres dizer com isso? Sócrates - Digo que cada um deve comandar a si mesmo. Ou não haverá necessidade de ninguém comandar-se a si mesmo, mas apenas aos outros? Cálicles - Que entendes por comandar a si mesmo? Sócrates - Não se trata de nada abstruso; a esse respeito penso como todo o mundo: ser temperante e dono de si mesmo, e dominar em si próprio os prazeres e os apetites. PLATÃO. Górgias. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1989, p. 57.

³² Sócrates - E então? De dois doentes do corpo e da alma, qual é o mais infeliz: o que se submete a tratamento e se liberta da doença, ou o que não é tratado e continua com ela? Polo - A meu ver, o que não é tratado. Sócrates - Já não dissemos que receber castigo é libertar-se do maior mal, a maldade? Polo - Realmente. Sócrates - É que o castigo nos deixa mais prudentes e justos, atuando a justiça como a medicina da maldade. Polo - Sim. Sócrates - Felicíssima, por conseguinte, é a pessoa isenta de vício na alma, pois já vimos ser isso o maior dos males. Polo - É evidente. Sócrates - Em segundo lugar, vem a pessoa que ficou livre do vício. Polo - Parece que sim. Sócrates - Isto é, a pessoa que admoestamos, ou repreendemos, ou que foi punida. Polo - Sim. Sócrates - Nas piores condições, portanto, vive quem é injusto e não se libertou de sua injustiça. Polo - É o que se conclui. Sócrates - E não virá a ser, precisamente, quem, tendo cometido os maiores crimes e procedendo da maneira mais injusta, não é advertido, nem condenado, nem punido, como disseste que se dá com Arquelaus e os tiranos em geral, os oradores e potentados? Polo - Parece que sim. XXXV - Sócrates - O procedimento dessas pessoas, meu caro, pode ser comparado ao de quem sofresse das mais graves doenças e se arranjasse de modo que não pagasse a penalidade ao médico pelos vícios do corpo e se furtasse ao tratamento, por ter medo, como as crianças, dos cauterios e das incisões, visto serem dolorosos. Não te parece que seja assim? Polo - Perfeitamente. Sócrates - Por desconhecerem o valor da saúde e do vigor corpóreo. Coisa semelhante, Polo, de acordo com o que assentamos até agora, é o que talvez aconteça com os que se furtam ao castigo. Só vêem o que nele é doloroso, mas são cegos para o que tem de saudável, por ignorarem que é muito mais de lastimar a convivência com uma alma doente do que com um corpo nas mesmas condições, uma alma, digo, corrompida, injusta e ímpia. Por isso, esforçam-se por todos os meios para não virem a sofrer castigo nem ficarem livres do maior dos males, cuidando apenas de acumular riquezas, angariar amigos e falar com o maior grau possível de persuasão. Se estamos certos, Polo, no que argumentamos até aqui, percebes o que se infere de nossa conversa, ou queres tu mesmo tirar a conclusão? Polo - Se não fores de parecer diferente. Sócrates - Não ficou demonstrado que o maior mal é a injustiça e o procedimento injusto? Polo - É evidente. Sócrates - E mais: que a maneira de alguém vir a ficar livre desse mal é cumprir a pena combinada? Polo - Parece que sim. Sócrates - E que o não cumprimento da pena implica a continuação do mal? Polo - Sim. Sócrates - Logo, cometer injustiça é o segundo mal em importância; o maior de todos é cometer alguma injustiça e não ser punido. Polo - Parece que sim. Sócrates - E não era em torno desse ponto, amigo, que girava nossa discussão? Consideravas Arquelaus feliz e por haver perpetrado os maiores crimes sem sofrer penalidade alguma, enquanto eu, de minha parte, era de parecer que não só Arquelaus, mas qualquer indivíduo que não for punido pelos crimes praticados deve ser considerado em especial como o mais infeliz dos homens, e que em qualquer circunstância quem comete alguma injustiça é mais infeliz do que a vítima dessa injustiça, como também é mais infeliz quem se exime do castigo do que quem cumpre a pena combinada. Não foi isso que eu disse? Polo - Foi. Sócrates - E não ficou demonstrado que eu estava com a razão? Polo - Ficou. PLATÃO. Górgias. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1989, p. 45.

A obra “Mênon”, posterior a Górgias, retrata o diálogo entre Sócrates e o estudante Mênon, discípulo de Górgias, que desejava que o mestre lhe explicasse em que consistia a virtude. Sócrates concluiu que a virtude não pode ser ensinada, uma vez que é qualidade inata, uma “concessão divina”³³.

Em “A República”³⁴, um dos mais longos diálogos descritos por Platão, é concebido um ideal de cidade justa, em contraponto às inúmeras imperfeições identificadas em Atenas. No diálogo entre Sócrates e Glauco, apresenta-se a premissa de que os homens somente são justos e bons por temerem o castigo³⁵.

Ainda na mesma obra, Platão, explicando a natureza do bem, descreve que Sócrates o considerava como “a causa de tudo que há de reto e

³³ “Sócrates: Assim sendo, seguindo esse raciocínio, Mênon, é por concessão divina que a virtude nos aparece como advindo, àqueles a quem advenha. Mas o que é certo sobre isso saberemos quando, antes de emprendermos saber de que maneira a virtude advém dos homens, primeiro emprendermos pesquisar o que é afinal a virtude em si e por si mesma.” PLATÃO. Menon. Rio de Janeiro: Editora PUC Rio, 2001, p. 109.

³⁴ PLATÃO. A República. São Paulo: Martins Fontes, 2006

³⁵ “[359b - 360a] GLAUCO: Vamos provar que a justiça só é praticada contra a própria vontade dos indivíduos e devido à incapacidade de se fazer a injustiça, imaginando o que se segue. Vamos supor que se dê ao homem de bem e ao injusto igual poder de fazer o que quiserem, seguindo-os para ver até onde os leva a paixão. Veremos com surpresa o homem de bem tomar o mesmo caminho que o injusto, este impulsionado a querer sempre mais, impulso que se encontra em toda natureza, mas ao qual a força da lei impõe limites. O melhor meio de testá-los da maneira como digo seria dar-lhes o mesmo poder que, segundo dizem, teve Gíges, o antepassado do rei da Lídia. Gíges era um pastor a serviço do então soberano da Lídia. Devido a uma terrível tempestade e a um terremoto, abriu-se uma fenda no chão no local onde pastoreava o seu rebanho. Movido pela curiosidade, desceu pela fenda e viu, admirado, um cavalo de bronze, oco, com aberturas. E ao olhar através de uma das aberturas viu um homem de estatura gigantesca que parecia estar morto. O homem estava nu e tinha apenas um anel de ouro na mão. Gíges o pegou e foi embora. Mais tarde, tendo os pastores se reunido, como de hábito, para fazer um relatório sobre os rebanhos ao rei, Gíges compareceu à reunião usando o anel. Sentado entre os pastores, girou por acaso o anel, virando a pedra para o lado de dentro de sua mão, e imediatamente tornou-se invisível para os outros, que falavam dele como se não estivesse ali, o que o deixou muito espantado. Girou de novo o anel, rodando a pedra para fora, e tornou-se novamente visível. Perplexo, repetiu o feito para certificar-se de que o anel tinha esse poder e concluiu que ao virar a pedra para dentro tornava-se invisível e ao girá-la para fora voltava a ser visível. Tendo certeza disso, juntou-se aos pastores que iriam até o rei como representantes do grupo. Chegando ao palácio, seduziu a rainha e com a ajuda dela atacou e matou o soberano, apoderando-se do trono. Vamos supor agora que existam dois anéis como este e que seja dado um ao justo e outro ao injusto. Ao que parece não encontraremos ninguém suficientemente dotado de força de vontade para permanecer justo e resistir à tentação de tomar o que pertence a outro, já que poderia impunemente tomar o que quisesse no mercado, invadir as casas e ter relações sexuais com quem quisesse, matar e quebrar as armas dos outros. Em suma, agir como se fosse um deus. Nada o distinguiria do injusto, ambos tenderiam a fazer o mesmo e veríamos nisso a prova de que ninguém é justo porque deseja, mas por imposição. A justiça não é, portanto, uma qualidade individual, pois sempre que acreditarmos que podemos praticar atos injustos não deixaremos de fazê-lo.” PLATÃO. A República. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p.56.

belo³⁶". O homem conhecedor do bem compreende a justiça, a verdade e a beleza. A forma do bem, nos textos de Platão, é o fundamento da ética, concepção conhecida como *metafísica do bem*.

Afirma ainda que o autocontrole e o autogoverno são capacidades que expressam a essência do agir ético do homem. Por outro lado, o conhecimento do bem decorre de amadurecimento, descrito na alegoria da caverna como a "ascensão da alma". Conhecer o bem é o caminho para o homem tornar-se virtuoso.

Na passagem "A natureza humana", em diálogo com Glauco, Sócrates reafirma a importância do autocontrole para a conduta ética, enfatizando que o homem governado pela razão é mais feliz, pois decide melhor³⁷ e governa a si próprio^{38 39}.

³⁶ "Sócrates — Agora, meu caro Glauco, é preciso aplicar, ponto por ponto, esta imagem ao que dissemos atrás e comparar o mundo que nos cerca com a vida da prisão na caverna, e a luz da fogo que a ilumina com a força do Sol. Quanto à subida à região superior e à contemplação dos seus objetos, se a considerares como a ascensão da alma para a mansão inteligível, não te enganarás quanto à minha ideia, visto que também tu desejas conhecê-la. Só Deus sabe se ela é verdadeira. Quanto a mim, a minha opinião é esta: no mundo inteligível, a ideia do bem é a última a ser apreendida, e com dificuldade, mas não se pode apreendê-la sem concluir que ela é a causa de tudo o que de reto e belo existe em todas as coisas; no mundo visível, ela engendrou a luz e o soberano da luz; no mundo inteligível, é ela que é soberana e dispensa a verdade e a inteligência; e é preciso vê-la para se comportar com sabedoria na vida particular e na vida pública". PLATÃO. A República. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p.300.

³⁷ "Sócrates — Examina o caso, amigo Glauco, do seguinte modo: quais são as qualidades requeridas para julgar bem? Não são a experiência, a sabedoria e o raciocínio? Existem critérios melhores do que estes? Glauco — Não seria possível. Sócrates — Então repara. Qual destes três homens tem mais experiência de todos os prazeres que acabamos de referir? Achas que o homem interessado, se se dedicasse a conhecer a verdade em si mesma, teria mais experiência do prazer da ciência do que o filósofo teria do prazer do ganho?" PLATÃO. A República. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p.404.

³⁸ "Sócrates — Agora, contrataremos um arauto ou proclamarei eu próprio que o filho de Aríston considerou que o homem melhor e o mais justo é também o mais feliz e que é o mais monárquico e que se governa a si mesmo como rei, ao passo que o pior e o mais injusto é também o mais infeliz e sucede que é o homem que, sendo o mais tirânico, exerce sobre si mesmo e sobre a cidade a tirania mais absoluta?" PLATÃO. A República. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p.401.

³⁹ "Sócrates — Assim, os indivíduos que não têm a experiência da sabedoria e da virtude, que estão sempre nas festas e nos prazeres afins, são, ao que me parece, transportados para a região baixa, depois de novo para a média, e erram assim durante toda a vida. Não sobem mais alto; nunca viram as verdadeiras alturas, nunca para lá foram transportados, nunca foram realmente cheios do Ser e não experimentaram prazer sólido e puro. A semelhança dos animais, de olhos sempre voltados para baixo, de cabeça inclinada para a terra e para a mesa, pastam na pastagem gorda e acasalam-se; e, para satisfazerem ainda mais seus apetites, escoiceiam, batem-se com seus chifres e matam-se uns aos outros no furor do seu apetite insaciável, porque não encheram de coisas reais a parte real e

Nossa opção por inaugurar este capítulo com as reflexões da filosofia socrática decorre da sua extensa compatibilidade com a principiologia do Processo Civil contemporâneo, especialmente quanto à materialização dos princípios da isonomia, do contraditório, da motivação das decisões judiciais e da publicidade, que impedem que a força, a influência política e o poder econômico determinem o resultado da demanda. Outrossim, a lógica do temor ao castigo enfatiza a conveniência da existência de um sistema punitivo próprio do Direito Processual, vocacionado a conduzir as partes a se adequarem aos padrões comportamentais necessários à boa condução do julgamento.

2.2 Aristóteles e a aquisição da virtude pelo exercício. A honra como finalidade última da vida política.

Também buscando definir a conduta ideal, Aristóteles, discípulo de Platão, já nos ensina que a virtude, diferentemente da potência, que é possuída antes de ser usada, é adquirida pelo exercício⁴⁰.

E, para Aristóteles, não deve ser outro o propósito dos legisladores, senão o de tornar bons os cidadãos a partir do incutimento de hábitos que os conduzam a uma vida mais virtuosa⁴¹. O estudo da virtude, acima de todas as coisas, deve guiar a rotina do homem verdadeiramente político, de modo a torna-lo apto a influenciar em seus concidadãos a exercitarem a bondade e a obediência às leis. Refletindo sobre a natureza do bem, Aristóteles destaca as suas diversas

estaque de si mesmos. Glauco — Tu pareces um autêntico oráculo, Sócrates, ao descreveres a vida da maior parte dos homens.” PLATÃO. A República. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p.412.

⁴⁰ “Isso é evidente no caso dos sentidos, pois não foi por ver ou ouvir frequentemente que adquirimos a visão e a audição, mas, pelo contrário, nós as possuíamos antes de usá-las, e não entramos na posse delas pelo uso. Com as virtudes dá-se exatamente o oposto: adquirimo-las pelo exercício, como também sucede com as artes. Com efeito, as coisas que temos de aprender antes de poder fazê-las, aprendemo-las fazendo; por exemplo, os homens tornam-se arquitetos construindo e tocadores de lira tangendo esse instrumento. Da mesma forma, tornamo-nos justos praticando atos justos, e assim com a temperança, a bravura, etc.” ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p.29.

⁴¹ “Esse é o propósito de todo legislador, e quem não logra tal desiderato falha no desempenho da sua missão. Nisso, precisamente, reside a diferença entre as boas e as más constituições”. Ética a Nicômaco. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p.30.

aparências, a depender da atividade desempenhada, sendo, pois, a causa de tudo o que se faz⁴².

A criação ou destruição de qualquer virtude deriva das mesmas causas e dos mesmos meios, assim como “de tocar a lira surgem os bons e os maus músicos”. Referindo-se aos momentos de ira, Aristóteles pontua que alguns homens se tornam temperantes e calmos, ao passo que outros são irascíveis e sem qualquer limite, ainda que em igualdade de circunstâncias.

Na reflexão de Aristóteles, o homem jovem – em idade ou no caráter – tende a se deixar levar por suas paixões e visa à ação e não ao conhecimento, ao passo que o de maior refinamento identifica a felicidade com a honra, finalidade última da vida política. E tal felicidade o afasta de praticar atos odiosos e vis, enquanto a sabedoria leva o homem a suportar com dignidade todas as intempéries da vida, tirando delas o melhor proveito possível.

Aristóteles sustenta que algumas virtudes seriam morais – como a compreensão, a sabedoria prática ou a sabedoria filosófica. Não surgiriam por natureza, mas seriam adquiridas pelo hábito, desde que este hábito não fosse contrário à natureza. Outras virtudes seriam intelectuais, a exemplo da temperança e da liberalidade, e se desenvolveriam pelo ensino.

A filosofia aristotélica, além de reafirmar a importância das normas de conteúdo punitivo, enfatiza o papel do legislador como protagonista da preservação dos valores éticos da sociedade.

Para Aristóteles, portanto, as virtudes não surgem naturalmente (ao contrário do que sustentava Platão, em *Mênon*), ou se contrariando a natureza. O homem é naturalmente inclinado a receber virtudes e se torna perfeito pelo hábito.

⁴² “Voltemos novamente ao bem que estamos procurando e indaguemos o que é ele, pois não se afigura igual nas distintas ações e artes; é diferente na medicina, na estratégia, e em todas às demais artes do mesmo modo. Que é, pois, o bem de cada uma delas? Evidentemente, aquilo em cujo interesse se fazem todas as outras coisas. Na medicina é a saúde, na estratégia a vitória, na arquitetura uma casa, em qualquer outra esfera uma coisa diferente, e em todas as ações e propósitos é ele a finalidade; pois é tendo-o em vista que os homens realizam o resto. Por conseguinte, se existe uma finalidade para tudo que fazemos, essa será o bem realizável mediante a ação; e, se há mais de uma, serão os bens realizáveis através dela”. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p.13.

Para Aristóteles, a excelência moral é relacionada a dores e prazeres: em razão dos prazeres são praticadas as más ações e, por medo da dor, as pessoas se abstêm da prática de ações nobres. Tal qual concluiu Sócrates, Aristóteles entendia que o castigo infligido pela dor é meio de cura.

2.3 A leitura de Platão e Aristóteles sob a ótica da religião: Santo Agostinho e São Tomás de Aquino.

Quase setecentos anos após a morte de Aristóteles, Santo Agostinho revisita as principais questões éticas da filosofia greco-romana, especialmente as lançadas por Platão, passando a aborda-las sob a ótica do cristianismo. Em sua obra “O livre arbítrio”, defende que a vontade do homem é livre e que o pecado decorre da sucumbência da razão à paixão^{43 44}.

⁴³ “Ag. Dize-me, primeiro, por que consideras o adultério como má ação? Não será porque a lei o proíbe de ser cometido? Ev. Por certo que não. Ele não é um mal precisamente por ser proibido pela lei, mas, ao contrário, é proibido pela lei por ser mal. (...) Ag. Reflete, pois, o quanto puderes, e dize-me por quais motivos crês que o adultério é um mal. Ev. Sei que é um mal porque não quisera ser eu mesmo vítima dele, na pessoa de minha esposa. Ora, quem quer que faça um mal o qual não quer que lhe façam, procede mal. Ag. Então! E se a paixão inspirasse a alguém de entregar sua própria esposa a outro, e de aceitar voluntariamente que ela fosse violentada, desejando ele, por sua vez, obter a mesma permissão em relação à esposa do outro? Conforme tua opinião, não faria ele mal nenhum? Ev. Ao contrário, ele agiria muito mal. (...) Ag. **Talvez seja na paixão que esteja a malícia do adultério.** Pois ao procurares o mal num ato exterior visível, caíste em impasse. Para te fazer compreender que a paixão é bem aquilo que é mal no adultério, considera um homem que está impossibilitado de abusar da mulher de seu próximo. Todavia, se for demonstrado, de um modo ou de outro, qual o seu intento e que o teria realizado se o pudesse, segue-se que ele não é menos culpado por aí do que se tivesse sido apanhado em flagrante delito (Mt 5,28).” HIPONA, Agostinho de. O livre arbítrio. São Paulo: Paulus, 1995, pgs 31/32.

⁴⁴ Ag. Pois bem! Se um homem matar a outro, não pelo desejo de conseguir alguma coisa, mas pelo temor de que lhe suceda algum mal? Não seria esse homem homicida? Ev. Certamente, o seria. Mas nem por isso sua ação deixaria de ser dominada pela concupiscência. Pois aquele que mata um homem levado pelo medo, deseja, sem dúvida, viver sem medo. Ag. E parece-te que viver sem medo é algum bem de somenos? Ev. Ao contrário, parece-me ser um bem muito grande. Mas de modo algum esse bem deve chegar ao homicida por meio de crime. Ag. Não pergunto o que pode chegar a esse homem, mas o que deseja. Pois, por certo, visa a um bem quem deseja uma vida isenta de medo. Por isso, não podemos condenar tal desejo. Caso contrário, deveríamos declarar culposos todos aqueles que desejam algum bem. Logo, somos forçados a reconhecer que há uma espécie de homicídio no qual não se pode encontrar a primazia de mau desejo. Portanto, não será exato dizer que todo pecado, para que seja mal, nele a paixão deve dominar. Ou em outras palavras, haveria uma espécie de homicídio que poderia não ser pecado. **Ev. De fato. Se o homicídio consiste no ato de matar um homem, pode acontecer que isso seja, por vezes, sem pecado.** Pois o soldado mata o inimigo; o juiz ou seu mandante executa o criminoso; e também, talvez, o lançador de flechas, quando uma delas escapa de suas mãos, sem o querer ou por inadvertência. Todas essas pessoas não me parecem pecar ao matar um homem.”. HIPONA, Agostinho de. O livre arbítrio. São Paulo: Paulus, 1995, p. 33.

Da mesma forma procedeu São Tomás de Aquino, mais de oitocentos anos após a morte de Santo Agostinho, em relação à filosofia aristotélica.

São Tomás de Aquino refuta a ideia de que o homem é um ser imperfeito, condenado pelo pecado original. Assim como Aristóteles, sustenta que a virtude é qualidade que pode ser desenvolvida e aperfeiçoada⁴⁵ e elenca a fé, a esperança e a caridade (virtudes teologais) como virtudes.

⁴⁵ “O primeiro discute-se assim. — Parece que a virtude humana não é um hábito. 1. — Pois, a virtude é o que, na potência, é último, como disse o Aristóteles. Ora, o que é último reduz-se ao gênero a que pertence; assim, o ponto, ao gênero da linha. Logo, a virtude reduz-se ao gênero da potência e não ao do hábito. 2. — Demais. — Agostinho diz que a virtude é o bom uso do livre arbítrio. Ora, este uso é um ato. Logo, a virtude não é um hábito, mas um ato. 3. — Demais. — Merecemos, não pelos hábitos, mas pelos atos; do contrário mereceríamos continuamente, mesmo dormindo. Ora, merecemos pelas virtudes. Logo, elas não são hábitos, mas atos. 4. — Demais. — Agostinho diz, que a virtude é a ordem do amor; e que a ordenação chamada virtude leva-nos a fruir o que deve ser fruído, e usar o que deve ser usado. Ora, a ordem ou ordenação denomina um ato ou uma relação. Logo, a virtude não é um hábito, mas um ato ou relação. 5. — Demais. — Como há virtudes humanas também as há naturais. Ora, estas não são hábitos, mas potências. Logo, também não o são as virtudes humanas. Mas *em contrário*, o Filósofo ensina que a ciência e a virtude são hábitos. SOLUÇÃO. — A virtude designa uma certa perfeição da potência. Ora, a perfeição de um ser é principalmente considerada em relação ao seu fim. Ora, o fim da potência é o ato. Por onde, consideramos perfeita a potência na medida em que é determinada para o seu ato. Ora, há certas potências que, em si mesmas, se determinam para os seus atos; tais as potências naturais ativas; e por isso, estas se chamam em si mesmas virtudes. Porém as potências racionais, próprias do homem, não são determinadas a uma só operação, mas, são indeterminadas e relativas a muitas. Ora, elas determinam-se aos atos pelos hábitos, como do sobredito resulta; logo, as virtudes humanas são hábitos. RESPOSTA À PRIMEIRA OBJEÇÃO. — Às vezes chama-se virtude aquilo a que ela é relativa, como o seu objeto ou seu ato; assim como chamamos umas vezes fé àquilo em que acreditamos; outras, à crença mesma, e outras, ainda, o hábito pelo qual cremos. Por onde, quando dizemos que a virtude é o que, na potência é último, tomamo-la pelo seu objeto. Pois, aquilo de que a potência é ultimamente capaz é o ao que dizemos que é relativa a virtude de um ser; assim, a virtude de quem pode carregar cem libras e não mais é considerada relativamente a essas cem e não a sessenta. E a objeção seria procedente apenas se a virtude fosse, essencialmente, o que na potência é último. RESPOSTA À SEGUNDA. — É pelo mesmo fundamento que dizemos ser uma virtude o bom uso do livre arbítrio; pois, para ele, como para o seu ato próprio, se ordena à virtude. Pois, um ato de virtude não é mais que o bom uso do livre arbítrio. RESPOSTA À TERCEIRA. — De duplo modo podemos dizer que merecemos alguma coisa: ou pelo mérito em si mesmo, como quando dizemos que corremos pela corrida e, deste modo, merecemos pelos atos; ou quase pelo princípio do merecer, como quando dizemos que corremos pela potência motiva e, neste sentido, dizemos que merecemos pelas virtudes e pelos hábitos. RESPOSTA À QUARTA. — A virtude chama-se uma ordem ou ordenação do amor, como aquilo ao que ela é relativa; pois, pela virtude o amor é ordenado em nós. RESPOSTA À QUINTA. — As potências naturais são, em si mesmas, determinadas a uma operação; não, porém as racionais. Por onde não há símile, como já se disse.” AQUINO, Tomás de. Suma Teológica. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 94

2.4 A generosidade como uso correto da liberdade em Descartes. A virtude como ímpeto de conservação em Spinoza.

Mais de trezentos anos após a morte de São Tomás de Aquino, René Descartes, embora produzindo reflexões mais voltadas para a ciência do que para a ética, igualmente debruçou-se sobre questões morais que merecem registro neste estudo.

Na Obra “Discurso do Método”, Descartes aduz que o conhecimento da natureza humana permitiria diferenciar o certo do errado, e, conseqüentemente, definir regras de conduta voltadas para a realização da finalidade verdadeira da natureza humana, afirmando que, até que fosse desenvolvida tal ciência, criaria para si mesmo regras para uma moral provisória⁴⁶.

⁴⁶ “AFINAL, COMO não é suficiente, antes de dar início à reconstrução da casa onde residimos, demoli-la, ou munir-nos de materiais e contratar arquitetos, ou habilitar-nos na arquitetura, nem, além disso, termos efetuado com esmero o seu projeto, é preciso também havermos providenciado outra onde possamos nos acomodar confortavelmente ao longo do tempo em que nela se trabalha. Da mesma maneira, para não hesitar em minhas ações, enquanto a razão me obrigasse a fazê-lo, em meus juízos, e a fim de continuar a viver desde então de maneira mais feliz possível, concebi para mim mesmo uma moral provisória, que consistia apenas em três ou quatro máximas que eu quero vos anunciar. A **primeira** era obedecer às leis e aos costumes de meu país, mantendo-me na religião na qual Deus me concedera a graça de ser instruído a partir da infância, e conduzindo-me, em tudo o mais, de acordo com as opiniões mais moderadas e as mais distantes do excesso, que fossem comumente aceitas pelos mais sensatos daqueles com os quais teria de conviver. (...) Minha **segunda** máxima consistia em ser o mais firme e decidido possível em minhas ações, e em não seguir menos constantemente do que se fossem muito seguras as opiniões mais duvidosas, sempre que eu me tivesse decidido a tanto. Imitava nisso os viajantes que, estando perdidos numa floresta, não devem ficar dando voltas, ora para um lado, ora para outro, menos ainda permanecer num local, mas caminhar sempre o mais reto possível para um mesmo lado, e não mudá-lo por quaisquer motivos, ainda que no início só o acaso talvez haja definido sua escolha: pois, por este método, se não vão exatamente aonde desejam, ao menos chegarão a algum lugar onde provavelmente estarão melhor do que no meio de uma floresta. E, assim como as ações da vida não suportam às vezes atraso algum, é uma verdade muito certa que, quando não está em nosso poder o distinguir as opiniões mais verdadeiras, devemos seguir as mais prováveis; e mesmo que não percebamos em umas mais probabilidades do que em outras, devemos, sem embargo, decidir-nos por algumas a considerá-las depois não mais como duvidosas, na medida em que se relacionam com a prática, mas como muito verdadeiras e corretas, visto que a razão que a isso nos induziu se apresenta como tal. E isto me consentiu, desde então, libertar-me de todos os arrependimentos e remorsos que costumam agitar as consciências desses espíritos fracos e hesitantes que se deixam levar a praticar, como boas, as coisas que em seguida consideram más. Minha **terceira** máxima era a de procurar sempre antes vencer a mim próprio do que ao destino, e de antes modificar os meus desejos do que a ordem do mundo; e, em geral, a de habituar-me a acreditar que nada existe que esteja completamente em nosso poder, salvo os nossos pensamentos, de maneira que, após termos feito o melhor possível no que se refere às coisas que nos são exteriores, tudo em que deixamos de nos sair bem é, em relação a nós, absolutamente impossível. E somente isso me parecia suficiente para impossibilitar-me, no futuro, de desejar algo que eu não pudesse obter, e, assim, para me tornar contente. Pois, a nossa

Em “Meditações Metafísicas”, Descartes afirma que o erro decorre do mau uso da vontade, que deve ser guiada pela razão e não pelas paixões⁴⁷.

vontade, tendendo naturalmente para desejar apenas aquelas coisas que nosso entendimento lhe representa de alguma forma como possíveis, é certo que, se considerarmos igualmente afastados de nosso poder todos os bens que se encontram fora de nós, não deploraremos mais a falta daqueles que parecem dever-se ao nosso nascimento, quando deles formos privados sem termos culpa, do que deploramos não possuir os remos da China ou do México; e que fazendo, como se diz, da necessidade virtude, não desejaremos mais estar sãos, estando doentes, ou estar livres, estando presos, do que desejamos ter agora corpos de uma matéria tão pouco corruptível quanto os diamantes, ou asas para voar como as aves. (...) **Por fim**, para a conclusão dessa moral, decidi passar em revista as diferentes ocupações que os homens exercem nesta vida, para procurar escolher a melhor; e, sem pretender dizer nada a respeito das dos outros, achei que o melhor a fazer seria continuar naquela mesma em que me encontrava, ou seja, utilizar toda a minha existência em cultivar minha razão, e progredir o máximo que pudesse no conhecimento da verdade, de acordo com o método que me determinara.” DESCARTES, René. Discurso do Método. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, pgs. 27-36.

⁴⁷ “2. E certamente a ideia que tenho do espírito humano, enquanto é uma coisa pensante e não extensa, em lonjura, largura e profundidade, e que não participa de nada que pertence ao corpo, é incomparavelmente mais distinta do que a ideia de qualquer coisa corporal. E quando considero que duvido, isto é, que sou uma coisa incompleta e dependente, a ideia de um ser completo e independente, ou seja, de Deus, apresenta-se a meu espírito com igual distinção e clareza; e do simples fato de que essa ideia se encontra em mim, ou que sou ou existo, eu que possuo esta ideia, concluo tão evidentemente a existência de Deus e que a minha depende inteiramente dele em todos os momentos de minha vida, que não penso que o espírito humano possa conhecer algo com maior evidência e certeza. E já me parece que descubro um caminho que nos conduzirá desta contemplação do verdadeiro Deus (no qual todos os tesouros da ciência e da sabedoria estão encerrados) ao conhecimento das outras coisas do Universo. 3. Pois, primeiramente, reconheço que é impossível que ele me engane jamais, **posto que em toda fraude e embuste se encontra algum modo de imperfeição**. E, conquanto pareça que poder enganar seja um sinal de sutileza ou de poder, todavia querer enganar testemunha indubitavelmente fraqueza ou malícia. E, portanto, isso não se pode encontrar em Deus. 4. E seguida, experimento em mim mesmo certa capacidade de julgar, que sem dúvida recebi de Deus, do mesmo modo que todas as outras coisas que possuo; e como ele não quereria iludir-me, é certo que me deu tal que não poderei jamais falhar, quando a usar como é necessário. (...) 5. Assim, conheço que o erro enquanto tal não é algo de real que dependa de Deus, mas que é apenas uma carência; e, portanto, que não tenho necessidade, para falhar, de algum poder que me tenha sido dado por Deus particularmente para esse efeito, **mas que ocorre que eu me engane pelo fato de o poder que Deus me doou para discernir o verdadeiro do falso não ser infinito em mim**. (...) 9. E, em seguida, olhando-me de mais perto e considerando quais são meus erros que apenas testemunham haver imperfeição em mim, descubro que dependem do concurso de duas causas, a saber, do poder de conhecer que existe em mim e do poder de escolher, ou seja, meu livre arbítrio; isto é, de meu entendimento e conjuntamente de minha vontade. Isso porque, só pelo entendimento, não asseguro nem nego coisa alguma, mas apenas concebo as ideias das coisas que posso assegurar ou negar. Ora, considerando-o assim precisamente, pode-se dizer que jamais encontraremos nele erro algum, desde que se tome a palavra erro em sua significação própria. (...) 10. De tudo isso reconheço que nem o poder da vontade, o qual recebi de Deus, não é em si mesmo a causa de meus erros, pois é muito amplo e muito perfeito na sua espécie; nem tampouco o poder de entender ou de conceber: pois, nada concebendo senão por meio deste poder que Deus me conferiu para conceber, não há dúvida de que tudo o que concebo, concebo como é necessário e não é possível que nisso me engane. **Donde nascem, pois, meus erros?** A saber, somente de que, **sendo a vontade muito mais ampla e extensa que o entendimento, eu não a contendo nos mesmos limites, mas estendo-a também às coisas que não entendo; das quais, sendo a vontade por si indiferente, ela se perde muito facilmente e escolhe o mal pelo bem ou o falso pelo verdadeiro**. O que faz com que eu me engane e peque. (...) **E é neste mau uso do**

No livro “As paixões da alma”, Descartes analisa o corpo humano sob o ponto de vista fisiológico e extrai desse método sua concepção moral, afirmando que o comportamento ético se fundaria na generosidade⁴⁸ e na adequada utilização do livre arbítrio. Para Descartes, a generosidade consistiria no correto uso da liberdade⁴⁹, considerada a maior das virtudes, e o agir equilibrado exigiria que a

livre arbítrio que se encontra a privação que constitui a forma do erro. A privação, digo, encontra-se na operação na medida em que procede de mim; mas ela não se acha no poder que recebi de Deus, nem mesmo na operação na medida em que ela depende dele. (...) 14. Pois, com efeito, não é uma imperfeição em Deus o fato de ele me haver concedido a liberdade de dar meu juízo ou de não o dar sobre certas coisas, a cujo respeito ele não pôs um claro e distinto saber em meu entendimento; mas sem dúvida, é em mim uma imperfeição o fato de eu não a usar corretamente e de dar temerariamente meu juízo sobre coisas que eu concebo apenas com obscuridade e confusão. (...) 15. Vejo, no entanto, que era fácil a Deus fazer de sorte que eu nunca me enganasse, embora permanecesse livre e com um conhecimento limitado, a saber, dando a meu entendimento uma clara e distinta inteligência de todas as coisas a respeito das quais eu devia alguma vez deliberar, ou, então, se apenas houvesse gravado tão profundamente em minha memória a resolução de nunca julgar a respeito de alguma coisa sem concebê-la clara e distintamente de sorte que eu nunca a pudesse esquecer. E noto efetivamente que, enquanto me considero inteiramente só, como se apenas eu existisse no mundo, teria sido muito mais perfeito do que sou caso Deus me houvesse criado de modo que eu nunca falhasse. Mas não posso por isso negar que não seja, de alguma maneira, a maior perfeição em todo o Universo o fato de algumas de suas partes não serem isentas de defeitos, do que se fossem todas semelhantes. (...) 16. E, certamente, não pode haver outra além daquela que expliquei; pois, todas as vezes que retenho minha vontade nos limites de meu conhecimento, de tal modo que ela não formule juízo algum senão a respeito das coisas que lhe são clara e distintamente representadas pelo entendimento, não pode ocorrer que eu me engane; porque toda concepção clara e distinta é sem dúvida algo de real e de positivo, e portanto não pode ter sua origem no nada, mas deve ter necessariamente Deus como seu autor; Deus, digo, que, sendo soberanamente perfeito, não pode ser causa de erro algum; e, por conseguinte, é preciso concluir que uma tal concepção ou um tal juízo é verdadeiro. 17. De resto, não somente aprendi hoje o que devo evitar para não mais falhar, mas também o que devo fazer para chegar ao conhecimento da verdade. Pois, certamente, chegarei a tanto se demorar suficientemente minha atenção sobre todas as coisas que conceber perfeitamente e se as separar das outras que não compreendo senão com confusão e obscuridade. E disto, doravante, cuidarei zelosamente.” DESCARTES, René. *Meditações Metafísicas* (quarta meditação). São Paulo: Nova Cultura, 1987.

⁴⁸ “Art. 164. Do uso dessas duas paixões. São a generosidade, a fraqueza do espírito ou a baixeza que determinam o bom e o mau uso dessas duas paixões: pois, quanto mais a alma é nobre e generosa, tanto maior é a inclinação para tributar a cada qual o que lhe pertence¹⁴⁴; e assim não se tem somente uma mui profunda humildade perante Deus, mas também se rende sem repugnância toda a honra e o respeito que é devido aos homens, a cada um segundo o grau e a autoridade que tem no mundo, e desprezam-se apenas os vícios. Ao contrário, os que possuem o espírito baixo e fraco estão sujeitos a pecar por excesso, às vezes por reverenciarem e temerem coisas que são dignas unicamente de desprezo, e outras vezes por desdenharem insolentemente as que mais merecem respeito; e passam amiúde mui prontamente da extrema impiedade à superstição, depois da superstição à impiedade, de sorte que não há vício nem desregramento de espírito de que não sejam capazes.”. DESCARTES, René. *As Paixões da Alma*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p.291.

⁴⁹ “Art. 156. Quais são as propriedades da generosidade e como ela serve de remédio contra todos os desregramentos das paixões. Os que são generosos dessa forma são naturalmente levados a fazer grandes coisas, e todavia a nada empreender de que não se sintam capazes; e, como nada estimam mais do que fazer bem aos outros homens e desprezar o seu próprio interesse, por esse motivo são sempre perfeitamente corteses, afáveis e prestativos para com todos. **E com isso são**

vontade não se sujeitasse às paixões^{50 51}, bem como que as ações humanas tivessem por fundamento o conhecimento da verdade⁵².

Outro não é o cerne filosófico das normas impositivas da boa-fé processual. O uso correto da liberdade, no Direito adjetivo, exige que o litigante se abstenha de reagir à pretensão legítima e deixe de demandar pelo que sabidamente não lhe é de direito.

inteiramente senhores de suas paixões, particularmente dos desejos, do ciúme e da inveja, porque não há coisa cuja aquisição dependa deles que julguem valer bastante para ser muito desejada; e do ódio para com os homens, porque os estimam a todos; e do medo, porque a confiança que depositam na sua própria virtude os tranquiliza; e enfim da cólera, porque, apreciando muito pouco todas as coisas dependentes de outrem, nunca concedem tanta vantagem a seus inimigos a ponto de reconhecer que são por eles ofendidos.”. DESCARTES, René. *As Paixões da Alma*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 287.

⁵⁰ “Art. 40. Qual é o principal efeito das paixões. Pois cumpre notar que o principal efeito de todas as paixões nos homens é que incitam e dispõem a sua alma a **querer as coisas para as quais elas lhes preparam os corpos**; de sorte que o sentimento de medo incita a fugir, o da audácia a querer combater e assim por diante”. DESCARTES, René. *As Paixões da Alma*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p.242.

⁵¹ “Art. 48. Em que se conhece a força ou a fraqueza das almas, e qual é o mal das mais fracas. Ora, é pela sorte desses combates que cada qual pode conhecer a força ou a fraqueza de sua alma; pois aqueles em quem a vontade pode, naturalmente, com maior facilidade, vencer as paixões e sustar os movimentos do corpo que os acompanham têm, sem dúvida, as almas mais fortes; mas há os que não podem comprovar a própria força porque nunca levam a combate a sua vontade juntamente com suas armas próprias, mas apenas com as que lhes fornecem algumas paixões para resistir a algumas outras. O que denomino as armas próprias são juízos firmes e determinados sobre o conhecimento do bem e do mal, consoante os quais ela resolveu conduzir as ações de sua vida; **e as almas mais fracas de todas são aquelas cuja vontade não se decide assim a seguir certos juízos, mas se deixa arrastar continuamente pelas paixões presentes**, as quais, sendo muitas vezes contrárias umas às outras, a puxam, ora umas, ora outras, para seu partido e, empregando-a para combater contra si mesma, põem a alma no estado mais deplorável possível. Assim, quando o medo representa a morte como um extremo mal, que só pode ser evitado pela fuga, se a ambição, de outro lado, representa a infâmia dessa fuga como um mal pior que a morte, essas duas paixões agitam diversamente a vontade, que, obedecendo ora a uma, ora a outra, se opõe continuamente a si própria, e assim torna a alma escrava e infeliz.”. DESCARTES, René. *As Paixões da Alma*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 246.

⁵² “Art. 49. Que a força da alma não basta sem o conhecimento da verdade. Na verdade, há pouquíssimos homens tão fracos e irresolutos que nada queiram senão o que suas paixões lhes ditam. A maioria tem juízos determinados, segundo os quais regula parte de suas ações; e, embora muitas vezes tais juízos sejam falsos e fundados mesmo em algumas paixões pelas quais a vontade se deixou anteriormente vencer ou seduzir, todavia, como ela continua seguindo-os quando a paixão que os causou está ausente, podemos considerá-los como suas armas próprias, **e pensar que as almas são mais fortes ou mais fracas em virtude de poderem seguir mais ou menos esses juízos e resistir às paixões presentes que lhes são contrárias**. Mas há, entretanto, grande diferença entre as resoluções que procedem de alguma falsa opinião e as que se apoiam tão-somente no conhecimento da verdade; visto que, se seguirmos as últimas, estamos certos de não ter jamais do que nos lamentar nem arrepender, ao passo que o teremos sempre, se seguirmos as primeiras, quando lhes descobrimos o erro”. DESCARTES, René. *As Paixões da Alma*. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p.246.

Contemporâneo de Descartes, Baruch Spinoza defende que o bem consiste naquilo que conhecemos como útil e o mal é aquilo que impede o bem⁵³. Aduz que a virtude e a potência se confundem⁵⁴ e que consistem naquilo que move o ser humano a conservar o seu ser, agindo conforme a razão⁵⁵.

2.5 A dicotomia entre moralidade e razão em Hume. A moralidade como imperativo em Kant.

No século seguinte, Hume (1711-1776) concluiu que todas as ações da mente são guiadas por percepções, inclusive a distinção entre bem e mal. Para Hume, as percepções se dividem em impressões e ideias e é por meio daquelas que o homem distingue o vício da virtude. Sustenta ser certo que a moralidade possui influência sobre as paixões e ações humanas, fazendo com que os homens sejam frequentemente governados por seus deveres, evitando determinadas ações por considera-las injustas ou tendendo a praticar outras por obrigação. Demonstra, a partir deste raciocínio, que a moralidade não deriva da razão e que esta apenas pode influenciar a conduta humana estimulando uma paixão ou revelando a conexão de causas e efeitos.

Hume afirma ainda que as operações do entendimento humano são de dois tipos: comparação de ideias e inferência de fatos. Nesta esteira, assevera que se a descoberta da virtude fosse fruto do entendimento, deveria resultar de uma dessas operações, o que não ocorre.

⁵³ “Por bem entenderei aquilo que sabemos com certeza ser-nos útil. Por mal, ao contrário, aquilo que sabemos com certeza que nos impede de nos tornarmos senhores de um bem qualquer. Como contingentes as coisas singulares, enquanto, considerando nós somente a sua essência, nada encontramos que ponha necessariamente a sua existência, ou que necessariamente a exclua”. ESPINOZA, Bento de. *Ética*. Lisboa: Relógio D’água, 1982, p. 359.

⁵⁴ “Por virtude e potência entendo a mesma coisa, quer dizer (pela proposição 7 da parte III) a virtude, enquanto se refere ao homem, é a própria essência ou natureza do homem, enquanto tem o poder de fazer algumas coisas que só podem ser compreendidas pelas leis da própria natureza”. ESPINOZA, Bento de. *Ética*. Lisboa: Relógio D’água, 1982, p. 360.

⁵⁵ “A virtude é a própria potência humana que é definida só pela existência do homem (pela definição 8 dessa parte), isto é (pela proposição 7 da parte III), que se define só pelo esforço pelo qual o homem se esforça para perseverar no seu ser. Logo, quanto mais cada um se esforçar por conservar o seu ser, tanto mais é dotado de virtude, e, conseqüentemente (pelas proposições 4 e 6 da parte III), quanto mais alguém omite conservar o seu ser tanto mais é impotente”. ESPINOZA, Bento de. *Ética*. Lisboa: Relógio D’água, 1982, p. 378.

Pouco tempo após as reflexões de Hume, Immanuel Kant (1724-1804) propõe o imperativo categórico, um dos principais fundamentos de seu racionalismo ético. Objetivou, com a obra “Fundamentação da metafísica dos costumes”, formular uma filosofia moral pura, desvinculada de qualquer preceito empírico.

Para Kant, o imperativo categórico determina que uma ação é universalmente e logicamente necessária⁵⁶ e que uma vontade é absolutamente boa quando de maneira alguma puder ser má e de nenhuma forma for capaz de entrar em contradição consigo mesma, a ponto de, no campo das ações possíveis, arvorar-se de uma máxima universal da natureza⁵⁷. Outrossim, afirma que uma vontade livre seria aquela sujeita a leis morais⁵⁸ e que o homem existe como fim em si mesmo e

⁵⁶ “O imperativo hipotético significa, portanto, apenas, que a ação é boa com relação a um escopo possível ou real. No primeiro caso, é um princípio PROBLEMÁTICAMENTE prático; no segundo caso, é um princípio ASSERTORICAMENTE prático. Pelo contrário, o imperativo categórico, que declara a ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com algum fim, isto é, sem qualquer outro fim, tem o valor de princípio APODÍCTICAMENTE prático.”. Kant, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos. São Paulo: Martins Claret, 2003, p. 18.

⁵⁷ “Podemos agora terminar por onde começamos, a saber, pelo conceito de uma vontade incondicionalmente boa. É absolutamente boa a vontade que não pode ser má, portanto aquela vontade, cuja máxima, quando convertida em lei universal, não pode contra dizer-se a si mesma. Portanto, sua lei suprema é o princípio seguinte: procede sempre segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo em que ela seja arvorada em lei universal. Esta é a única condição, que faz que uma vontade nunca possa estar em contradição consigo mesma; e um tal imperativo é categórico. Uma vez que o caráter que a vontade possui de poder valer como lei universal para ações possíveis apresenta analogia com a conexão universal da existência das coisas segundo leis universais, que é o elemento formal da natureza em geral, o imperativo categórico pode ainda ser expresso da maneira seguinte: Procede segundo máximas tais que possam ao mesmo tempo tomar-se a si mesmas por objeto como leis universais da natureza. Portanto, fica assim estabelecida a fórmula de uma vontade absolutamente boa.”. Kant, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos. São Paulo: Martins Claret, 2003, p. 34.

⁵⁸ “Esta definição de liberdade é negativa, e, por conseguinte, não permite que lhe compreendamos a essência; dela porém deriva um conceito positivo da liberdade, muito mais rico e fecundo. Dado que o conceito de causalidade implica em si o de leis, segundo as quais alguma coisa que chamamos efeito deve ser produzida por alguma outra coisa que é a causa, a liberdade, embora não seja propriedade da vontade que se conforme com leis naturais, nem por isso está fora de toda lei; pelo contrário, ela deve ser uma causalidade que age segundo leis imutáveis, mas leis de peculiar espécie, pois, de outro modo, uma vontade livre seria um absurdo. A necessidade natural é uma heteronímia das causas eficientes; porque todo efeito só é possível de acordo com esta lei: que a causa eficiente seja determinada a agir por alguma coisa (447) estranha. Em que pode pois consistir a liberdade da vontade senão numa autonomia, ou seja, na propriedade que o querer tem de ser para si mesmo sua lei? Mas a proposição: a vontade é em todas as suas ações lei para si mesma, significa apenas o princípio de não agir senão de acordo com uma máxima tal, que possa também tomar-se como objeto a título de lei universal. Ora, esta é precisamente a fórmula do imperativo categórico, bem como do princípio da moralidade; por conseguinte, uma vontade livre e uma vontade sujeita a leis morais são

jamais como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade⁵⁹, cabendo ao legislador a positivação de tal máxima⁶⁰.

uma e a mesma coisa. Suposta, pois, a liberdade da vontade, basta analisar-lhe o conceito, para daí deduzir a moralidade e seu princípio. Entanto, este princípio é sempre uma proposição sintética: uma vontade absolutamente boa é aquela, cuja máxima pode sempre em si conter a lei universal, que outra não é senão essa mesma máxima, e é sintética, porque pela análise do conceito de vontade absolutamente boa não se pode descobrir aquela propriedade da máxima. Tais proposições sintéticas só são possíveis mediante a condição de as duas noções estarem ligadas uma à outra por uma terceira na qual ambas se encontrem. O conceito positivo da liberdade subministra este terceiro termo, que não pode ser, como para as causas físicas, a natureza do mundo sensível (cujo conceito compreende o conceito de alguma coisa, considerado como causa, e o conceito de alguma outra coisa, ao qual se refere a causa, e que é considerado como efeito)”. Kant, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos*. São Paulo: Martins Claret, 2003, p. 40.

⁵⁹ “Supondo, porém, que existe alguma coisa, *cuja existência em si mesma* possua valor absoluto, alguma coisa que, como *fim em si mesmo*, possa ser um princípio de leis determinadas, então nisso e só nisso se poderá encontrar o princípio de um imperativo categórico possível, isto é, de uma lei prática. **Agora digo: o homem, e em geral todo ser racional, existe como fim em si, não apenas como meio, do qual esta ou aquela vontade possa dispor a seu talento;** mas, em todos os seus atos, tanto nos que se referem a ele próprio, como nos que se referem a outros seres racionais, ele deve sempre ser considerado *ao mesmo tempo como fim*. Todos os objetos das inclinações têm somente valor condicional, pois que, se as inclinações, e as necessidades que delas derivam, não existissem, o objeto delas seria destituído de valor. Mas as próprias inclinações, como fontes das necessidades, possuem tão reduzido valor absoluto que as torne desejáveis por si mesmas, que o desejo universal de todos os seres racionais deveria consistir, antes, em se poderem libertar completamente delas. Pelo que é sempre condicional o valor dos objetos que *podemos conseguir* por nossa atividade. Os seres, cuja existência não depende precisamente de nossa vontade, mas da natureza, quando são seres desprovidos de razão, só possuem valor relativo, valor de *meios* e por isso se chamam *coisas*. Ao invés, os seres racionais são chamados *pessoas*, porque a natureza deles os designa já como fins em si mesmos, isto é, como alguma coisa que não pode ser usada unicamente como meio, alguma coisa que, conseqüentemente, põe um limite, em certo sentido, a todo livre arbítrio (e que é objeto de respeito). Portanto, os seres racionais não são fins simplesmente subjetivos, cuja existência, como efeito de nossa atividade, tem valor *para nós*; são *fins objetivos*, isto é, coisas cuja existência é um fim em si mesma, e justamente um fim tal que não pode ser substituído por nenhum outro, e ao serviço do qual os fins subjetivos deveriam pôr-se *simplesmente* como meios, visto como sem ele nada se pode encontrar dotado de *valor absoluto*. Mas, se todo valor fosse condicional, e portanto contingente, seria absolutamente impossível encontrar para a razão um princípio prático supremo. Conseqüentemente, se deve existir um princípio prático supremo e, no referente à vontade humana, um imperativo categórico, é preciso que este seja tal que derive da representação daquilo que, por ser *fim em si mesmo*, necessariamente é um fim para todos os homens, um princípio *objetivo* da vontade; por esta forma, poderá servir de lei prática universal.” (...) “*Em quarto lugar*, no concernente ao dever meritório para com outrem, o fim natural, comum a todos os homens, é a sua própria felicidade. Ora, certamente que a humanidade *poderia subsistir, mesmo quando ninguém contribuísse em coisa alguma para a felicidade alheia*, abstando-se entanto de prejudicar os outros deliberadamente; isso seria tão somente um acordo negativo, não positivo, com a *humanidade como fim em si*, se cada qual não procurasse outrossim favorecer, na medida de suas posses, os fins dos outros. Pois, sendo o sujeito fim em si mesmo, é mister que os seus fins sejam também, tanto quanto possível, *meus* fins, se quero que a idéia de tal finalidade produza em mim *toda* eficácia. Este princípio, segundo o qual a **humanidade e toda natureza racional em geral são consideradas como fins em si** (condição suprema limitadora da liberdade de ação de todos os homens), não deriva da experiência; primeiramente, por causa de sua universalidade, porque se estende a todos os seres racionais em geral, relativamente aos quais nenhuma experiência é bastante para determinar qualquer coisa; em segundo lugar, porque, neste princípio, a humanidade é representada, não como fim puramente humano (subjetivo), isto é, como objeto que, na realidade, por

Mais uma vez é identificável a mesma carga filosófica que fundamenta o princípio da isonomia processual e é enfatizada a responsabilidade do legislador como garantidor da igualdade formal e material.

Kant sustenta ainda que o ser humano é provido de uma lei moral interna⁶¹ e que o princípio da moralidade é um imperativo imposto a todos os seres racionais, uma vez que, apesar de dotados de uma vontade pura, são afetados por outras características que os podem contrapor à lei moral⁶². Afirma também que o progresso ininterrupto, rumo à virtude, é a conquista mais elevada da razão prática

nós mesmos tomamos como sendo um fim, mas como um fim objetivo, o qual, quaisquer que sejam os fins que nos proponhamos, deve constituir, na qualidade de lei, a condição suprema restritiva de todos os fins subjetivos.” (...) “o ser racional, sendo por sua natureza um, fim, e portanto um fim em si mesmo, deve constituir para toda máxima uma condição, que sirva de limitar todo fim puramente relativo e arbitrário”. Kant, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos. São Paulo: Martins Claret, 2003, pgs. 28, 29/30, 33.

⁶⁰ “(...) que todas as máximas, oriundas de nossa própria legislação, devem concorrer para um reino possível dos fins como para um reino da natureza.” Kant, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos. São Paulo: Martins Claret, 2003, p. 33.

⁶¹ “Resulta, portanto, que a lei moral, da qual temos consciência imediata (tão rapidamente como formulamos máximas da vontade) é a que se nos apresenta primeiramente, desde que a razão a representa como um fundamento de determinação que nenhuma condição sensível pode sobrepujar e, ainda, inteiramente independente dessas condições, conduz precisamente ao conceito da liberdade. Mas como é possível também a consciência daquela lei moral?”. KANT, Immanuel. Crítica da Razão Prática. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.25.

⁶² “Agora, convenhamos: este princípio da moralidade, precisamente pela universalidade legislativa, que o torna fundamento determinante formal da vontade, independente de todas as diferenças subjetivas da mesma, declarando-o a razão, ao mesmo tempo, lei para todos os seres racionais conquanto tenham uma vontade, ou seja uma faculdade capaz de determinar a sua própria causalidade mediante a representação de regras e, conseqüentemente, enquanto capazes de produzir ações segundo princípios e, portanto, também conformes com princípios práticos a priori (dado que só estes apresentam aquela necessidade que a razão exige em todos os princípios). Isso não se limita apenas ao homem; torna-se extensivo aos seres finitos dotados de razão e vontade, incluindo até o ser infinito como inteligência suprema. Todavia, no homem, a lei possui, no primeiro caso, a forma de um imperativo, porque, na qualidade de ser racional, pode-se supor nele uma vontade pura; mas, por outro lado, sendo afetado por necessidades e por causas motoras sensíveis, não se pode supor nele uma vontade santa, isto é, tal que não lhe fosse possível esboçar qualquer máxima em contraposição à lei moral. Para aqueles seres a lei moral, portanto, é um imperativo que manda categoricamente, porque a lei é incondicionada. A relação de tal vontade com essa lei é de dependência (Abhängigkeit) sob o nome de obrigação (Verbindlichkeit), significa uma compulsão (Nötigung), ainda quando só exercitada pela razão comum e por sua lei objetiva para uma ação, por isso denominada dever, porque um arbítrio patologicamente afetado (ainda quando não determinado por essa afeição e, por conseguinte, também constantemente livre), conduz em si um desejo que reflui de causas subjetivas, podendo por isso opor-se frequentemente ao fundamento da determinação puro objetivo, necessitando, portanto, como compulsão moral, de resistência da razão prática, resistência que pode ser denominada uma coação interior, embora intelectual.”. KANT, Immanuel. Crítica da Razão Prática. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 25.

finita⁶³ e que a existência de uma lei moral revela uma vida independente da animalidade⁶⁴.

2.6 Nietzsche e a impossibilidade de se estabelecer uma moral universal. A utilidade como critério de valoração moral na filosofia utilitarista de Bentham e Mill.

Aproximadamente um século depois, Friedrich Nietzsche (1844-1900), questionando boa parte das construções éticas dos filósofos que o antecederam, afirmou que os problemas da moral emergem somente da comparação de muitas morais⁶⁵, criticando, desta feita, as tentativas de criação de

⁶³ “Esta santidade da vontade, é contudo uma ideia prática que, necessariamente, avulta como modelar, como protótipo; aproximarmo-nos dela no infinito é a única coisa que corresponde a todos os seres racionais finitos, pondo-lhes tal ideia constantemente diante dos olhos a lei moral pura, por esse motivo também chamada santa. Possuir a segurança do progresso no infinito das suas máximas e da imutabilidade das mesmas para uma ininterrupta marcha progressiva, ou seja chegar a possuir a virtude, é a coisa mais elevada que a razão prática finita possa conseguir, sendo que esta, pelo menos, como poder, adquirido naturalmente, nunca chega a ser perfeita, porque, neste caso, a segurança nunca é uma certeza apodítica, resultando, portanto, como persuasão, extremamente perigosa.”. KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.28.

⁶⁴ “Duas coisas encham o ânimo de crescente admiração e respeito, veneração sempre renovada quanto com mais frequência e aplicação delas se ocupa a reflexão: por sobre mim o céu estrelado; em mim a lei moral. Ambas essas coisas não tenho necessidade de buscá-las e simplesmente supô-las como se fossem envoltas de obscuridade ou se encontrassem no domínio do transcendente, fora do meu horizonte; vejo-as diante de mim, coadunando-as de imediato com a consciência de minha existência. A primeira começa no lugar que eu ocupo no mundo exterior sensível e congloba a conexão em que me encontro com incalculável magnificência de mundos sobre mundos e de sistemas, nos tempos ilimitados do seu movimento periódico, do seu começo e da sua duração. A segunda começa em meu invisível eu, na minha personalidade, expondo-me em um mundo que tem verdadeira infinidade, porém que só resulta penetrável pelo entendimento e com o qual eu me reconheço (e, portanto, também com todos aqueles mundos visíveis) em uma conexão universal e necessária, não apenas contingente, como em relação àquele outro. O primeiro espetáculo de uma inumerável multidão de mundos aniquila, por assim dizer, a minha importância como criatura animal que tem que devolver ao planeta (um mero ponto no universo) a matéria de que foi feito depois de ter sido dotado (não se sabe como) por um curto tempo, de força vital. **O segundo, por outro lado, realça infinitamente o meu valor como inteligência por meio de minha personalidade, na qual a lei moral me revela uma vida independente da animalidade** e também de todo o mundo sensível, pelo menos enquanto se possa inferir da determinação consoante a um fim que recebe a minha existência por meio dessa lei que não está limitada a condições e limites desta vida, mas, pelo contrário, vai ao infinito”. KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pgs. 121-122.

⁶⁵ “É sem dúvida que esta é a razão dos moralistas conhecerem tão grosseiramente os *facta* da moralidade, através de compêndios arbitrários ou ainda através de uma abreviação casual, por exemplo, aquela moral de seu ambiente, de sua própria classe, da sua igreja, do espírito do tempo em que vivem, do seu clima, de seu país e precisamente por isso estavam mal informados e pouco lhes importava estar bem informados acerca das nações, das épocas, da história dos tempos passados; jamais estiveram face a face com os verdadeiros problemas da moral que se apresentam

uma ciência da moral baseada apenas em conceitos extraídos dos microsistemas em que estavam inseridos aqueles pensadores.

Na obra “Genealogia da Moral”, Nietzsche discorreu que os valores na Europa de seu tempo ostentavam forte influência aristocrática e refletiam uma expressão de poder das castas dominantes⁶⁶. A partir de um método genealógico,

apenas quando se verifica o confronto de muitas morais. Na, assim chamada, “ciência da moral” faltava precisamente. por mais que isso pareça estranho, o próprio problema da moral e não havia mesmo a suspeita da existência de algum problema. Aquilo que os filósofos chamam “fundamento da moral” e aquilo que pretendiam, não era, visto em verdadeira grandeza, mais que uma forma sábia da boa-fé na moral dominante, um novo meio de exprimir esta moral, portanto um estado de fato nos limites de uma moralidade determinada ou ainda, em última análise, uma espécie de negação, que uma tal pudesse ser concebida como problema; e em cada caso o contrário de um desânimo, de uma análise, de uma contestação, de uma viviseção desta boa-fé.”. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Além do bem e do mal. Curitiba: Hemus, 2001, pgs. 98-99.

⁶⁶ “Para mim é claro, antes de tudo, que essa teoria busca e estabelece a fonte do conceito “bom” no lugar errado: o juízo “bom” não provém daqueles aos quais se fez o “bem”! Foram os “bons” mesmos, isto é, os nobres, poderosos, superiores em posição e pensamento, que sentiram e estabeleceram a si e a seus atos como bons, ou seja, de primeira ordem, em oposição a tudo que era baixo, de pensamento baixo, e vulgar e plebeu. Desse pathos da distância é que eles tomaram para si o direito de criar valores, cunhar nomes para os valores: que lhes importava a utilidade! Esse ponto de vista da utilidade é o mais estranho e inadequado, em vista de tal ardente manancial de juízos de valor supremos, estabelece dores e definidores de hierarquias: aí o sentimento alcançou bem o oposto daquele baixo grau de calor que toda prudência calculadora, todo cálculo de utilidade pressupõe - e não por uma vez, não por uma hora de exceção, mas permanentemente. (...) Devido a essa providência, já em princípio a palavra “bom” não é ligada necessariamente a ações “não egoístas”, como quer a superstição daqueles genealogistas da moral. É somente com um declínio dos juízos de valor aristocráticos que essa oposição “egoísta” e “não egoísta” se impõe mais e mais à consciência humana - é, para utilizar minha linguagem, o instinto de rebanho, que com ela toma finalmente a palavra (e as palavras). (...) A utilidade da ação não egoísta seria a causa da sua aprovação, e esta causa teria sido esquecida - como é possível tal esquecimento? A utilidade dessas ações teria deixado de existir? Ao contrário: essa utilidade foi experiência cotidiana em todas as épocas, portanto algo continuamente enfatizado; logo, em vez de desaparecer da consciência, em vez de tornar-se olvidável, deveria firmar-se na consciência com nitidez sempre maior. Bem mais razoável é a teoria oposta (nem por isso mais verdadeira -), defendida por Herbert Spencer, por exemplo: que estabelece o conceito “bom” como essencialmente igual a “útil”, “conveniente”, de modo que nos conceitos “bom” e “ruim” a humanidade teria sumariado e sancionado justamente as suas experiências inesquecidas e inesquecíveis acerca do útil-conveniente e do nocivo inconveniente. Bom é, segundo essa teoria, o que desde sempre demonstrou ser útil: assim pode requerer validade como “valioso no mais alto grau”, “valioso em si”. Também essa via de explicação é errada, como disse, mas ao menos a explicação mesma é razoável e psicologicamente sustentável. A indicação do caminho certo me foi dada pela seguinte questão: que significam exatamente, do ponto de vista etimológico, as designações para “bom” cunhadas pelas diversas línguas? Descobri então que todas elas remetem à mesma transformação conceitual - que, em toda parte, “nobre”, “aristocrático”, no sentido social, é o conceito básico a partir do qual necessariamente se desenvolveu “bom”, no sentido de “espiritualmente nobre”, “aristocrático”, de “espiritualmente bem-nascido”, “espiritualmente privilegiado”: um desenvolvimento que sempre corre paralelo àquele outro que faz “plebeu”, “comum”, “baixo” transmutar-se finalmente em “ruim”. O exemplo mais eloquente deste último é o próprio termo alemão schlecht [ruim], o qual é idêntico a schlicht [simples] - confira-se schlechweg, schlechterdings [ambos “simplesmente”] - e originalmente designava o homem simples, comum, ainda sem olhar depreciativo, apenas em oposição ao nobre. Mais ou menos ao tempo da Guerra dos Trinta Anos, ou seja, bastante tarde, este sentido modificou-se no sentido atual. - Esta me parece uma percepção

sustentou que os valores e conceitos tradicionais da moral não podem ser estabelecidos de forma objetiva e universal, uma vez que são influenciados por fatores históricos e interesses pontuais, cuja origem se perde à medida que se tradicionalizam tais valores.

Neste ponto, essencial a abertura de um primeiro parêntese.

Uma parte dos modelos éticos que serão tratados neste trabalho pode ser eventualmente confundida com *padrões de educação* socialmente convencionados, estabelecidos, não raro, pelos grupos dominantes.

Por que tal imposição interessaria ao Direito?

Claude-Adrien Helvétius e Jeremy Bentham traçaram as primeiras linhas da filosofia utilitarista, definindo o “princípio de utilidade” como critério de valoração moral de um ato. É a chamada ética das consequências ou resultados, que teve grande influência sobre a concepção política do bem estar social.

Sob essa ótica, o bem pode ser definido como aquilo que maximiza o benefício e mitiga o sofrimento ou a dor, mostrando-se útil o que contribui para o bem estar geral.

Afilhado de Bentham, Stuart Mill identifica na doutrina Cristã o que chamou de “espírito da ética utilitarista em sua plenitude” e “perfeição ideal da moral utilitarista”: “fazer aos outros o que gostaríamos que nos fosse feito e amar o próximo como a nós próprios”.

Para a filosofia utilitarista de Mill, as leis e convenções sociais devem priorizar a felicidade e o interesse de cada indivíduo, harmonizando-os, o quanto possível, com os interesses da coletividade. Outrossim, cada indivíduo deve

essencial, no que toca a uma genealogia da moral; que tenha surgido tão tarde deve-se ao efeito inibidor que no mundo moderno exerce o preconceito democrático, no tocante a qualquer questão relativa às origens. E isso até mesmo no aparentemente tão objetivo campo da ciência natural e da fisiologia, no que me limitarei a esta alusão. Mas o dano que esse preconceito, exacerbado até o ódio, pode ocasionar acima de tudo para a moral e o estudo da história, mostra-se no famigerado caso de Buckle; em que o plebeísmo do espírito moderno, de ascendência inglesa, irrompeu uma vez mais no seu solo natal, impetuoso como um vulcão de lama, e com aquela eloquência excessiva, rumorosa, vulgar, com a qual sempre falaram os vulcões.”. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Genealogia da moral - uma polemica*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, pgs. 6/7.

ser educado para formular uma associação indissolúvel entre a sua felicidade e o bem de todos, de modo a refutar qualquer possibilidade de favorecer-se em detrimento da felicidade dos demais⁶⁷.

Mais uma vez a reflexão filosófica exorta a ponderação entre felicidade individual e interesse público. Sob a ótica da proporcionalidade, aprofundaremos neste tema no decorrer do presente estudo, a fim de identificarmos uma teoria geral aplicável à ética processual.

2.7 A ética do resultado em Weber. A ética na concepção freudiana: a consciência vigilante como marca distintiva do homem moral.

Max Weber (1864-1920) foi um dos principais influenciadores das ciências sociais contemporâneas e suas principais reflexões abordaram os limites da responsabilidade social, sob a ótica da influência do protestantismo na Europa.

Weber traça uma distinção entre “ética das últimas finalidades” e “ética da responsabilidade”. Esta, defendida por Weber, se caracterizaria pela valorização das consequências de um ato, bem como da relação entre os fins

⁶⁷ Do original: “In the golden rule of Jesus of Nazareth we read the complete spirit of the ethics of utility. To do as you would be done by, and to love your neighbor as yourself constitute the ideal perfection of utilitarian morality. As the practical way to get as close as possible to this ideal, the ethics of utility would command two things. (1) First, laws and social arrangements should place the happiness (or what for practical purposes we may call the interest) of every individual as much as possible in harmony with the interest of the whole. (2) Education and opinion, which have such a vast power over human character, should use that power to establish in the mind of every individual an unbreakable link between his own happiness and the good of the whole; especially between his own happiness and the kinds of conduct (whether doing or allowing) that are conducive to universal happiness. If (2) is done properly, it will tend to have two results: (2a) The individual won't be able to conceive the possibility of being personally happy while acting in ways opposed to the general good. (2b) In each individual a direct impulse to promote the general good will be one of the habitual motives of action, and the feelings connected with it will fill a large and prominent place in his sentient existence. This is the true character of the utilitarian morality. If those who attack utilitarianism see it as being like this, I don't know what good features of some other moralities they could possibly say that utilitarianism lacks, what more beautiful or more elevated developments of human nature any other ethical systems can be supposed to encourage, or what motivations for action that aren't available to the utilitarian those other systems rely on for giving effect to their mandates.” MILL, John Stuart. Utilitarianism. London: Everyman, 1993, pgs. 12-13.

buscados e os meios empregados, enquanto aquela se definiria pelo compromisso com valores e crenças, prestigiando-se as intenções em detrimento do resultado⁶⁸.

⁶⁸ Ainda sobre a contraposição da “ética das últimas finalidades” à “ética da responsabilidade”, vale colacionar: “E, então, que relações têm realmente a ética e a política? Não haverá qualquer ligação entre as duas, como já se afirmou ocasionalmente? Ou será verdade o oposto: que a ética da conduta política é idêntica com a de qualquer outra conduta? Ocasionalmente, acreditou-se existir uma escolha exclusiva entre as duas proposições: uma delas deve ser a correta. Mas será verdade que qualquer ética do mundo poderia estabelecer mandamentos de conteúdo ideal para as relações eróticas, comerciais, familiares e oficiais; para as relações com nossa mulher, com o verdureiro, o filho, o réu? Será realmente tão pouco importante para as exigências éticas à política que esta opera com meios muito especiais, ou seja, o poder apoiado pela violência? Não vemos que os ideólogos bolchevistas e espartacistas provocam exatamente os mesmos resultados de qualquer ditador militarista, exatamente porque usam esse meio político? Em que, a não ser nas pessoas dos detentores do poder e seu diletantismo, difere o domínio dos conselhos de trabalhadores e soldados e o domínio de qualquer detentor do poder no velho regime? De que modo difere a polêmica da maioria dos representantes da ética presumidamente nova da ética dos adversários que criticavam, ou da ética de qualquer outro demagogo? Em sua nobre intenção, poder-se-á dizer. Bem! Mas é dos meios que falamos aqui, e os adversários, com sinceridade completa e subjetiva, pretendem, da mesma forma, que suas intenções últimas são de caráter elevado. “Quem com ferro fere com ferro será ferido”, e a luta é a luta em toda parte. Daí a ética do Sermão da Montanha.

No Sermão da Montanha vemos a ética absoluta do evangelho, que é um a questão mais séria do que o acreditam as pessoas que gostam de citar hoje tais mandamentos. Esta ética não é brincadeira. O mesmo que se disse da causalidade na ciência se aplica a ela: não é um carro que podemos parar à vontade; é tudo ou nada. É precisamente esse o significado do evangelho, para que dele não resultem trivialidades. Daí, por exemplo, ter sido dito do jovem rico: “Ele se foi em meio ao sofrimento, pois tinha muitas posses”. O mandamento do evangelista, porém, é incondicional e sem ambiguidades: dá o que tens — absolutamente tudo. O político dirá que essa imposição é socialmente sem sentido, enquanto não for realidade em toda parte. Assim, o político defende a tributação, a tributação confiscatória, o confisco puro e simples — numa palavra, a coação e a regulamentação para todos. O mandamento ético, porém, não se preocupa com isso, e essa despreocupação é a sua essência. Ou tomemos o exemplo “volta a outra face”: esse mandamento é incondicional e não duvida da fonte da autoridade que tem a outra pessoa para golpear. Exceto para um santo, é um a ética de indignidade. Eis aí: devemos ser santos em tudo; pelo menos na intenção, devemos viver como Jesus, os apóstolos, São Francisco e outros semelhantes. Então essa ética terá sentido e expressará um tipo de dignidade; de outra forma, tal não acontece. Já se disse, de acordo com a ética acósmica do amor, “Não resistiu ao mal pela força”; para o político, a proposição inversa é que tem valor: “o mal deve ser resistido pela força”, ou seremos responsáveis pela sua vitória. Quem desejar seguir a ética do evangelho deve abster-se de golpes, pois eles significam a compulsão; pode ingressar nos sindicatos da companhia. Acima de tudo, não deve falar de “revolução”. A final de contas, a ética do evangelho não deseja ensinar que a guerra civil é a única legítima. O pacifista que segue o evangelho se recusará a pegar em armas ou as lançará por terra. Na Alemanha, era esse o dever ético recomendado para acabar com a guerra e, portanto, com todas as guerras. O político dirá que a única forma segura de desacreditar a guerra para todo o futuro previsível seria um a paz do *status quo*. As nações teriam indagado, então, “para que esta guerra?” E a guerra teria sido argumentada *ad absurdum*, o que é hoje impossível. Para os vencedores, pelo menos para parte deles, a guerra terá sido politicamente lucrativa. E a responsabilidade disso cabe ao comportamento que nos impossibilitou qualquer resistência. E em consequência da ética do absolutismo, quando o período de exaustão tiver passado, a paz estará desacreditada, não a guerra.

Vejamos, finalmente, o dever da fidelidade. Para a ética absoluta, trata-se de um valor incondicional. Daí se ter chegado à decisão de publicar todos os documentos, especialmente os que colocavam a culpa em nosso próprio país. À base dessas publicações unilaterais, seguiram-se as confissões de culpa — e foram unilaterais, incondicionais e sem preocupação com as consequências. O político

verá que em consequência a verdade não foi esclarecida, e sim certamente obscurecida pelo exagero e pelo despertar das paixões; somente uma investigação metódica completa pelos não participantes poderia ser proveitosa; qualquer outra medida pode ter consequências, para uma nação, impassíveis de remediar durante décadas. Mas a ética absoluta simplesmente não pergunta quais as “consequências”. Esse ponto é decisivo.

Devemos ser claros quanto ao fato de que toda conduta eticamente orientada pode ser guiada por uma de duas máximas fundamentalmente e irreconciliavelmente diferentes: a conduta pode ser orientada para uma “ética das últimas finalidades”, ou para uma “ética da responsabilidade”. Isto não é dizer que uma ética das últimas finalidades seja idêntica à irresponsabilidade, ou que a ética de responsabilidade seja idêntica ao oportunismo sem princípios. Naturalmente ninguém afirma isso. Há, porém, um contraste abismal entre a conduta que segue a máxima de uma ética dos objetivos finais — isto é, em termos religiosos, “o cristão faz o bem e deixa os resultados ao Senhor” — e a conduta que segue a máxima de uma responsabilidade ética, quando então se tem de prestar conta dos resultados previsíveis dos atos cometidos.

Pode-se demonstrar a um sindicalista convicto, partidário da ética dos objetivos finais, que seus atos resultarão num aumento das oportunidades de reação, na maior opressão de sua classe e na obstrução de sua ascensão — sem causar nele a menor impressão. Se uma ação de boa intenção leva a maus resultados, então, aos olhos do agente, não ele, mas o mundo, ou a estupidez dos outros homens, ou a vontade de Deus que assim os fez, é responsável pelo mal. Mas um homem que acredita numa ética da responsabilidade leva em conta precisamente as deficiências médias das pessoas; como Fichte disse corretamente, ele não tem nem mesmo o direito de pressupor sua bondade e perfeição. Não se sente em condições de onerar terceiros com os resultados de suas próprias ações, na medida em que as pôde prever. Dirá: esses resultados são atribuídos à minha ação. Quem acredita numa ética de objetivos finais só se sente responsável por fazer que a chama das intenções puras não seja sufocada: por exemplo, a chama do protesto contra a injustiça da ordem social. Reanimá-la sempre é o propósito de seus atos bastante irracionais, julgados à luz de seu possível êxito. São atos que só podem ter, e só terão, valor exemplar. Mesmo nesse caso o problema ainda não está esgotado.

Nenhuma ética do mundo pode fugir ao fato de que em numerosos casos a consecução de fins “bons” está limitada ao fato de que devemos estar dispostos a pagar o preço de usar meios moralmente dúbios, ou pelo menos perigosos — e enfrentar a possibilidade, ou mesmo a probabilidade, de ramificações daninhas. Nenhuma ética no mundo nos proporciona uma base para concluir quando, e em que proporções, a finalidade eticamente boa “justifica” os meios eticamente perigosos e suas ramificações. (...)

Meu colega, F. W. Foerster, por quem tenho pessoalmente elevada estima, pela sua indubitável sinceridade, mas a quem rejeito sem reservas como político, acredita ser possível contornar essa dificuldade com a simples tese: “do bem só vem o bem; mas do mal só vem o mal”. Nesse caso, todo esse complexo de questões não existiria. Mas é espantoso que essa tese surja à luz 2.500 anos depois dos Upanichades. Não só a totalidade do curso da história mundial, mas qualquer exame franco da experiência cotidiana nos leva ao oposto. O desenvolvimento das religiões em todo o mundo é determinado pelo fato de ocorrer o inverso. O velho problema da teodicéia consiste na questão mesma de como pode um poder, considerado como onipotente e bom, ter criado um mundo irracional, de sofrimento imerecido, de injustiças impunes, de estupidez sem esperança. Ou esse poder não é onipotente, nem bom, ou, então, princípios de compensação e recompensa totalmente diversos governam nossa vida — princípios que podemos interpretar metafisicamente, ou mesmo princípios que escapam para sempre à nossa compreensão. Esse problema — a experiência da irracionalidade no mundo — tem sido a força propulsora de toda evolução religiosa. A doutrina indiana do carma, o dualismo persa, a doutrina do pecado original, a predestinação e o deus absconditus, tudo isso nasceu de nossa experiência.”. WEBER, Max. *Ciência e política*. duas vocações. São Paulo: Editora Cultrix, 2006, pgs. 109-113.

Sigmund Freud (1856-1939) construiu uma série de críticas aos pressupostos filosóficos do racionalismo moderno, à fundamentação dos valores éticos da razão e à consciência moral como fator determinante da decisão ética.

A teoria psicanalítica demonstra que a ação humana não é integralmente guiada pela razão e por deliberações conscientes do ser humano, sendo influenciada por traumas, instintos e desejos reprimidos.

Na obra “O mal estar na civilização”, Freud classifica o estado civilizatório como fenômeno decorrente do controle do ser humano sobre seus próprios instintos agressivos e analisa também a influência do sentimento de culpa na formação da civilização.

Para Freud, o desejo de agressão, na história do desenvolvimento do indivíduo, é limitado pela consciência e uma grande mudança só se concretiza quando a autoridade é internalizada a partir do estabelecimento de um superego⁶⁹.

Freud sustentava, ainda, que o atrito entre o superego e o ego caracterizaria o sentimento de culpa, manifestado pela necessidade de punição, e

⁶⁹ Acerca destes conceitos, Freud esclareceu: “Embora talvez não seja de grande importância, não é supérfluo elucidar o significado de certas palavras, tais como ‘superego’, ‘consciência’, ‘sentimento de culpa’, ‘necessidade de punição’ e ‘remorso’, as quais é possível que muitas vezes tenhamos utilizado de modo frouxo e intercambiável. Todas se relacionam ao mesmo estado de coisas, mas denotam diferentes aspectos seus. O superego é um agente que foi por nós inferido e a consciência constitui uma função que, entre outras, atribuímos a esse agente. A função consiste em manter a vigilância sobre as ações e as intenções do ego e julgá-las, exercendo sua censura. O sentimento de culpa, a severidade do superego, é, portanto, o mesmo que a severidade da consciência. É a percepção que o ego tem de estar sendo vigiado dessa maneira, a avaliação da tensão entre os seus próprios esforços e as exigências do superego. O medo desse agente crítico (medo que está no fundo de todo relacionamento), a necessidade de punição, constitui uma manifestação instintiva por parte do ego, que se tornou masoquista sob a influência de um superego sádico; é, por assim dizer, uma parcela do instinto voltado para a destruição interna presente no ego, empregado para formar uma ligação erótica com o superego. Não devemos falar de consciência até que um superego se ache demonstravelmente presente. Quanto ao sentimento de culpa, temos de admitir que existe antes do superego e, portanto, antes da consciência também. Nessa ocasião, ele é expressão imediata do medo da autoridade externa, um reconhecimento da tensão existente entre o ego e essa autoridade. É o derivado direto do conflito entre a necessidade do amor da autoridade e o impulso no sentido da satisfação instintiva, cuja inibição produz a inclinação para a agressão. A superposição desses dois estratos do sentimento de culpa – um oriundo do medo da autoridade externa; o outro, do medo da autoridade interna – dificultou nossa compreensão interna (insight) da posição da consciência por certo número de maneiras. Remorso é um termo geral para designar a reação do ego num caso de sentimento de culpa. Contém, em forma pouco alterada, o material sensorial da ansiedade que opera por trás do sentimento de culpa; ele próprio é uma punição, ou pode incluir a necessidade de punição, podendo, portanto, ser também mais antigo do que a consciência.”. FREUD, Sigmund, O mal estar na civilização. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p.43.

que “uma consciência mais vigorosa e mais vigilante constitui precisamente a marca distintiva de um homem moral”⁷⁰.

⁷⁰ Vale citar: “Outra questão nos interessa mais de perto. Quais os meios que a civilização utiliza para inibir a agressividade que se lhe opõe, torná-la inócua ou, talvez, livrar-se dela? Já nos familiarizamos com alguns desses métodos, mas ainda não com aquele que parece ser o mais importante. Podemos estudá-lo na história do desenvolvimento do indivíduo. O que acontece neste para tornar inofensivo seu desejo de agressão? Algo notável, que jamais teríamos adivinhado e que, não obstante, é bastante óbvio. Sua agressividade é introjetada, internalizada; ela é, na realidade, enviada de volta para o lugar de onde proveio, isto é, dirigida no sentido de seu próprio ego. Aí, é assumida por uma parte do ego, que se coloca contra o resto do ego, como superego, e que então, sob a forma de ‘consciência’, está pronta para pôr em ação contra o ego a mesma agressividade rude que o ego teria gostado de satisfazer sobre outros indivíduos, a ele estranhos. A tensão entre o severo superego e o ego, que a ele se acha sujeito, é por nós chamada de sentimento de culpa; expressa-se como uma necessidade de punição. A civilização, portanto, consegue dominar o perigoso desejo de agressão do indivíduo, enfraquecendo-o, desarmando-o e estabelecendo no seu interior um agente para cuidar dele, como uma guarnição numa cidade conquistada.

Quanto à origem do sentimento de culpa, as opiniões do analista diferem das dos outros psicólogos, embora também ele não ache fácil descrevê-lo. Inicialmente, se perguntarmos como uma pessoa vem a ter sentimento de culpa, chegaremos a uma resposta indiscutível: uma pessoa sente-se culpada (os devotos diriam ‘pecadora’) quando fez algo que sabe ser ‘mau’. Reparámos, porém, em quão pouco essa resposta nos diz. Talvez, após certa hesitação, acrescentemos que, mesmo quando a pessoa não fez realmente uma coisa má, mas apenas identificou em si uma intenção de fazê-la, ela pode encarar-se como culpada. Surge então a questão de saber por que a intenção é considerada equivalente ao ato. Ambos os casos, contudo, pressupõem que já se tenha reconhecido que o que é mau é repreensível, é algo que não deve ser feito. Como se chega a esse julgamento? Podemos rejeitar a existência de uma capacidade original, por assim dizer, natural de distinguir o bom do mau. O que é mau, frequentemente, não é de modo algum o que é prejudicial ou perigoso ao ego; pelo contrário, pode ser algo desejável pelo ego e prazeroso para ele.

Aqui, portanto, está em ação uma influência estranha, que decide o que deve ser chamado de bom ou mau. De uma vez que os próprios sentimentos de uma pessoa não a conduziram ao longo desse caminho, ela deve ter um motivo para submeter-se a essa influência estranha. Esse motivo é facilmente descoberto no desamparo e na dependência dela em relação a outras pessoas, e pode ser mais bem designado como medo da perda de amor. Se ela perde o amor de outra pessoa de quem é dependente, deixa também de ser protegida de uma série de perigos. Acima de tudo, fica exposta ao perigo de que essa pessoa mais forte mostre a sua superioridade sob forma de punição. De início, portanto, mau é tudo aquilo que, com a perda do amor, nos faz sentir ameaçados. Por medo dessa perda, deve-se evitá-lo. Esta também é a razão por que faz tão pouca diferença que já se tenha feito a coisa má ou apenas se pretenda fazê-la. Em qualquer um dos casos, o perigo só se instaura, se e quando a autoridade descobri-lo, e, em ambos, a autoridade se comporta da mesma maneira.

Esse estado mental é chamado de ‘má consciência’; na realidade, porém, não merece esse nome, pois, nessa etapa, o sentimento de culpa é, claramente, apenas um medo da perda de amor, uma ansiedade ‘social’. Em crianças, ele nunca pode ser mais do que isso, e em muitos adultos ele só se modifica até o ponto em que o lugar do pai ou dos dois genitores é assumido pela comunidade humana mais ampla. Por conseguinte, tais pessoas habitualmente se permitem fazer qualquer coisa má que lhes prometa prazer, enquanto se sentem seguras de que a autoridade nada saberá a respeito, ou não poderá culpá-las por isso; só têm medo de serem descobertas. A sociedade atual, geralmente, vê-se obrigada a levar em conta esse estado mental.

Uma grande mudança só se realiza quando a autoridade é internalizada através do estabelecimento de um superego. Os fenômenos da consciência atingem então um estágio mais elevado. Na realidade, então devemos falar de consciência ou de sentimento de culpa. Nesse ponto, também, o medo de ser descoberto se extingue; além disso, a distinção entre fazer algo mau e desejar fazê-lo desaparece inteiramente, já que nada pode ser escondido do superego, sequer os pensamentos. É verdade que a seriedade da situação, de um ponto de vista real, se dissipou, pois a nova autoridade, o superego, ao que sabemos, não tem motivos para maltratar o ego, com o qual está intimamente

ligado; contudo, a influência genética, que conduz à sobrevivência do que passou e foi superado, faz -se sentir no fato de, fundamentalmente, as coisas permanecerem como eram de início. O superego atormenta o ego pecador com o mesmo sentimento de ansiedade e fica à espera de oportunidades para fazê-lo ser punido pelo mundo externo.

Nesse segundo estágio de desenvolvimento, a consciência apresenta uma peculiaridade que se achava ausente do primeiro e que não é mais fácil de explicar, pois quanto mais virtuoso um homem é, mais severo e desconfiado é o seu comportamento, de maneira que, em última análise, são precisamente as pessoas que levaram mais longe a santidade as que se censuram da pior pecaminosidade. Isso significa que a virtude perde direito a uma certa parte da recompensa prometida; o ego dócil e continente não desfruta da confiança de seu mentor, e é em vão que se esforça, segundo parece, por adquiri-la. Far-se-á imediatamente a objeção de que essas dificuldades são artificiais, e dir-se-á que uma consciência mais estrita e mais vigilante constitui precisamente a marca distintiva de um homem moral.

Além disso, quando os santos se chamam a si próprios de pecadores, não estão errados – considerando-se as tentações à satisfação instintiva a que se encontram expostos em grau especialmente alto –, já que, como todos sabem, as tentações são simplesmente aumentadas pela frustração constante, ao passo que a sua satisfação ocasional as faz diminuir, ao menos por algum tempo. O campo da ética, tão cheio de problemas, nos apresenta outro fato: a má sorte – isto é, a frustração externa – acentua grandemente o poder da consciência no superego. Enquanto tudo corre bem com um homem, a sua consciência é lenitiva e permite que o ego faça todo tipo de coisas; entretanto, quando o infortúnio lhe sobrevém, ele busca sua alma, reconhece sua pecaminosidade, eleva as exigências de sua consciência, impõe-se abstinência e se castiga com penitências.

Povos inteiros se comportaram dessa maneira, e ainda se comportam. Isso, contudo, é facilmente explicado pelo estágio infantil original da consciência, o qual, como vemos, não é abandonado após a introjeção no superego, persistindo lado a lado e por trás dele. O Destino é encarado como um substituto do agente parental. Se um homem é desafortunado, isso significa que não é mais amado por esse poder supremo, e, ameaçado por essa falta de amor, mais uma vez se curva ao representante paterno em seu superego, representante que, em seus dias de boa sorte estava pronto a desprezar. Esse fato se torna especialmente claro quando o Destino é encarado segundo o sentido estritamente religioso de nada mais ser do que uma expressão da Vontade Divina. O povo de Israel acreditava ser o filho favorito de Deus e, quando o grande Pai fez com que infortúnios cada vez maiores desabassem sobre seu povo, jamais a crença em Seu relacionamento com eles se abalou, nem o Seu poder ou justiça foi posto em dúvida. Pelo contrário, foi então que surgiram os profetas, que apontaram a pecaminosidade desse povo, e, de seu sentimento de culpa, criaram-se os mandamentos superestrictos de sua religião sacerdotal. É digno de nota o comportamento tão diferente do homem primitivo. Se ele se defronta com um infortúnio, não atribui a culpa a si mesmo, mas a seu fetiche, que evidentemente não cumpriu o dever, e dá-lhe uma surra, em vez de se punir a si mesmo. Conhecemos, assim, duas origens do sentimento de culpa: uma que surge do medo de uma autoridade, e outra, posterior, que surge do medo do superego. A primeira insiste numa renúncia às satisfações instintivas; a segunda, ao mesmo tempo em que faz isso exige punição, de uma vez que a continuação dos desejos proibidos não pode ser escondida do superego. Aprendemos também o modo como a severidade do superego – as exigências da consciência – deve ser entendida. Trata-se simplesmente de uma continuação da severidade da autoridade externa, à qual sucedeu e que, em parte, substituiu. Percebemos agora em que relação a renúncia ao instinto se acha com o sentimento de culpa.

Originalmente, renúncia ao instinto constituía o resultado do medo de uma autoridade externa: renunciava-se às próprias satisfações para não se perder o amor da autoridade. Se se efetuava essa renúncia, ficava-se, por assim dizer, quite com a autoridade e nenhum sentimento de culpa permaneceria. Quanto ao medo do superego, porém, o caso é diferente. Aqui, a renúncia instintiva não basta, pois o desejo persiste e não pode ser escondido do superego. Assim, a despeito da renúncia efetuada, ocorre um sentimento de culpa. Isso representa uma grande desvantagem econômica na construção de um superego ou, como podemos dizer, na formação de uma consciência. Aqui, a renúncia instintiva não possui mais um efeito completamente liberador; a continência virtuosa não é mais recompensada com a certeza do amor. Uma ameaça de infelicidade externa – perda de amor e castigo por parte da autoridade externa – foi permutada por uma

A identificação, de modo claro e inquestionável, da autoridade externa é elemento essencial na formação do agir ético.

Mais uma vez merece registro a importância da punição e o seu efeito como forma de prevenção geral negativa, congruentes com o princípio da autoridade, próprio do Direito adjetivo⁷¹.

Na mesma esteira, a transposição do raciocínio de Freud para o processo judicial faz enaltecer a relevância da figura do julgador como agente de promoção do agir ético das partes, por sua posição de autoridade externa, devendo ser legalmente dotado de meios para que sua atuação seja vigorosa e vigilante.

permanente infelicidade interna, pela tensão do sentimento de culpa.". FREUD, Sigmund, O mal estar na civilização. Rio de Janeiro: Imago, 1996, pgs.36-38.

⁷¹ Aliás, objeto de menção em julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, *in verbis*: "PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO -DEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL - 1- O DESTINATÁRIO DA PROVA É O JUIZ, A ELE CABENDO, DENTRO DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO, DETERMINAR A REALIZAÇÃO DAS PROVAS QUE JULGAR NECESSÁRIAS E INDEFERIR AS DILIGÊNCIAS INÚTEIS OU MERAMENTE PROTELATÓRIAS. 2- DOCTRINA. MOACYR AMARAL SANTOS, EM PRIMEIRAS LINHAS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 2º VOL, 18º ED. EDITORA SARAIVA, P. 349/350, ASSIM DOCTRINA SOBRE O PRINCÍPIO DA INICIATIVA OFICIAL NA COLHEITA DA PROVA: "PRINCÍPIO DA INICIATIVA OFICIAL. SE, EM VERDADE, A INDICAÇÃO DAS PROVAS É ATO POR EXCELÊNCIA DAS PARTES, PORQUE INTERESSADAS NA DEMONSTRAÇÃO DA VERDADE DAS RESPECTIVAS AFIRMAÇÕES E POR SE ACHAREM MAIS EM CONDIÇÕES DE OFERECER OS MEIOS PARA DEMONSTRÁ-LAS, E, POIS, SE NESSE CAMPO DE APLICAR PREDOMINANTEMENTE O PRINCÍPIO DA INICIATIVA DAS PARTES, **É NECESSÁRIO CONSIDERAR QUE, NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO, CONSAGRADA A CONCEPÇÃO PUBLICISTA DO PROCESSO, VIGORA O PRINCÍPIO DA AUTORIDADE QUE ESTENDE OS PODERES DO JUIZ, AO QUAL CABE A DIREÇÃO DO PROCESSO (COD. PROC. CIVIL, ART. 125). RESULTA DESSE PRINCÍPIO QUE O JUIZ, QUE É QUEM DIRIGE A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA, NÃO ESTÁ CIRCUNSCRITO, NA AVERIGUAÇÃO DOS FATOS, ÀS PROVAS PROPOSTAS PELAS PARTES, PODENDO NÃO ADMITI-LAS, NÃO SÓ PORQUE INADMISSÍVEIS, COMO TAMBÉM QUANDO MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIAS (DESNECESSÁRIAS, INADEQUADAS, IMPOSSÍVEIS, INÚTEIS), OU ,AINDA, PODENDO DETERMINAR, DE OFÍCIO, A PRODUÇÃO DE OUTRAS PROVAS QUE ENTENDER NECESSÁRIAS À FORMAÇÃO DE SUA CONVICÇÃO QUANTO À VERDADE DOS FATOS. DIGA-SE, POIS, QUE NO CAMPO DA INDICAÇÃO DAS PROVAS, COM O PRINCÍPIO DA INICIATIVA OFICIAL. TAL PRINCÍPIO, QUE SE AGASALHA EM VÁRIAS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, VEM ESPECIALMENTE PROCLAMADO NO ART. 130:"CABERÁ AO JUIZ DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE, DETERMINAR AS PROVAS NECESSÁRIAS À INSTRUÇÃO DO PROCESSO, INDEFERINDO AS DILIGÊNCIAS INÚTEIS OU MERAMENTE PROTELATÓRIAS". 3- AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO." AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 20040020033260 DF, João Egmont. Data da publicação: 09 de dezembro de 2004.**

2.8 A proteção da moralidade em contraponto à liberdade individual. A proporcionalidade como parâmetro hermenêutico em Dworkin

Já conduzindo este capítulo às suas derradeiras linhas, consideramos de suma importância a reflexão de Ronald Dworkin acerca da dicotomia entre moral e liberdade individual.

Dworkin defendeu uma teoria liberal do Direito, em meio a um período controverso acerca do que é o Direito, quem deve obedecê-lo e quando.

O autor identifica uma teoria dominante do Direito, derivada da filosofia de Jeremy Bentham, que seria composta de duas partes.

A primeira, do positivismo jurídico, trata das condições suficientes e necessárias para a verdade de uma proposição jurídica, que consistiria em “fatos a respeito das regras que foram adotadas por instituições sociais específicas e em nada mais do que isso”.

A segunda, do utilitarismo, é uma teoria sobre o que o Direito deve ser e acerca do modo como as instituições jurídicas devem se comportar, entendendo que “o Direito e as instituições devem estar a serviço do bem estar geral e tão somente isso”⁷².

Ponderando sobre as tradições de liberdade e acerca da fragilidade dos preceitos morais das multidões, Dworkin questiona se a insatisfação pública seria suficiente para se considerar ilícita determinada conduta, ou se seria necessária a demonstração de danos efetivos, a comprovação de impacto sobre os costumes e as instituições sociais ou a indicação de que há efetiva ameaça à sociedade.

Dworkin lembra que Lorde Devlin, durante a Segunda Maccabaeen Lecture, na Academia Britânica (1958), em conferência intitulada “A implementação da Moral”, defendeu que a sociedade “pode utilizar o Direito para preservar a moral da mesma maneira que o utiliza para salvaguardar qualquer outra coisa que é

⁷² DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, págs. 7-8.

essencial para a sua existência”, mas não o deve fazer contra qualquer tipo de imoralidade, devendo ser observada a máxima liberdade individual, desde que coerente com a integridade da sociedade, a menos que tal imoralidade cause repulsa extrema, duradoura e insistente. O Direito deve também abster-se de interferir “sempre que detectar qualquer indecisão, indiferença ou tolerância latente na condenação social da prática”.

A lição de Devlin, aplicada ao processo judicial, ressalta a importância da proporcionalidade, parâmetro hermenêutico que será abordado nos próximos capítulos deste trabalho. Como sustenta Canotilho, os interesses do processo são limitados pelos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e pela dignidade humana⁷³.

⁷³ CANOTILHO, JJ Gomes. MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.524.

3. A conduta ideal segundo o Direito Processual

Como lembra Luís Pedro Pereira Coutinho, clarificando a formulação de Aron, em uma sociedade igualitária e que quer governar a si própria impera a necessidade de uma “disciplina moral inscrita na consciência dos indivíduos”⁷⁴.

Tal disciplina, em um Estado laico, é extraída dos valores sociais e filosóficos da sociedade, que integram os padrões históricos de ética e convivência⁷⁵.

E, neste mesmo diapasão, a essência dos vinte e quatro séculos de reflexões sobre ética abordados no primeiro capítulo deste trabalho parece estar intimamente ligada ao desenvolvimento do sentimento de alteridade.

A preponderância da razão sobre a força; o desenvolvimento da virtude; a valorização da conduta justa; a busca do bem, do conhecimento e da excelência moral; o estímulo ao autocontrole e à resistência às paixões e arbitrariedades; a obediência às leis; a temperança; a caridade; a generosidade; o conhecimento da verdade; a preocupação com o bem estar geral; a consciência vigilante e a contribuição para a manutenção da integridade da sociedade são qualidades que sugerem que cada ser humano deve manter-se atento ao seu entorno para identificar e respeitar os direitos e necessidades uns dos outros, em detrimento de seus impulsos pessoais.

Nesta esteira, a imposição de limiares ético-processuais se justifica, em princípio, pela construção do bem estar geral, conforme defendido pela ética utilitarista, e, em última análise, pela necessidade de preservação do próprio Estado de Direito.

⁷⁴ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. A autoridade Moral da Constituição. Da fundamentação da validade do Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.89.

⁷⁵ Refletindo sobre o papel da história como sede filosófica da identidade humana, Luís Pedro Pereira Coutinho assevera que “os valores da ‘comunidade histórica’ em que participamos, os quais são constitutivos da nossa identidade, ainda que constituam valores historicamente apreendidos (...) não constituem valores historicamente gerados. Os mesmos valores (...) enraizaram-se ‘na palavra que, perante o espanto antigo, nos proclamou ‘filhos de Deus’, estando em causa uma aí ultimamente radicada ‘visão holística da dignidade humana’. Dito, de outro modo, a única sede em que podemos, no limite, equacionar filosoficamente a ‘igualdade fundamental de todos na humanidade comum’ é uma sede fundamental, não meramente histórica.”. COUTINHO, Luís Pedro Pereira. Op.cit., p. 167.

De outro norte, os registros dos pensamentos de Sócrates, Aristóteles, Descartes e Kant evidenciam seu foco no indivíduo e na busca da felicidade. Até mesmo a punição, sob o viés socrático, ostenta tal finalidade, por meio da expiação da culpa, como explicitado em Górgias. Descartes igualmente reflete sobre a sucumbência às paixões, capaz de tornar a alma "escrava e infeliz", enquanto Kant ressalta que o homem existe como fim em si mesmo.

Stuart Mill, por sua vez, adotando uma construção utilitarista temperada, enfatiza a necessidade de se harmonizar a felicidade e os interesses de cada indivíduo com o bem estar da sociedade.

A filosofia de Nietzsche aciona um alerta quanto aos cuidados necessários para se criar normas jurídicas fundadas em valores sociais, pois estes podem ser meras expressões de poder das classes dominantes.

Na mesma linha, Dworkin considera frágeis os denominados "preceitos morais das multidões", questionando se a insatisfação pública deve ser suficiente para considerar ilícita determinada conduta.

Luís Pedro Pereira Coutinho assevera ainda que os homens se orientam ao bem de forma não opcional, característica que se mostra essencial à natureza humana⁷⁶, consignando que "o elemento nuclear de uma qualquer parametrização normativa se refere ao respeito que o homem se dedica a si mesmo e aos outros homens"⁷⁷.

Embora o Direito não possa sancionar os fatos do domínio exclusivo da moral, deve negar sanção aos que o invocam contrariamente a ela. Deve opor-se ao imoral, reprimir os atos contrários ao senso ético, cimentar a solidariedade, prestigiar os bons costumes e concorrer para a extinção de hábitos reprováveis, condenando a má-fé e os expedientes cavilosos para iludir o homem ou as leis⁷⁸.

⁷⁶ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. Op.cit., pgs 68-69.

⁷⁷ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. Op.cit., p. 80.

⁷⁸ MILHOMENS, Jonatas. Da presunção de boa-fé no Processo Civil. São Paulo: Forense, 1961, pgs. 16 e 21.

Trata-se ainda, como exposto alhures, de questão também correlata à preservação do Estado de Direito.

É cediço que a boa-fé traduz um estado psicológico direcionador da conduta, indicativo de inexistência de intenção de causar desconforto ou dano a alguém. É, por excelência, um conceito de negação, que expressa ausência de vontade de causar mal a outrem, tratando-se de verdadeiro elo entre o Direito e a ética, nada havendo a acrescentar em sua definição além dos propósitos, inscritos no Digesto de Ulpiano, de viver honestamente, não lesar o próximo e dar a cada um o que é seu^{79 80}.

Do ponto de vista ético, a boa-fé “significa lealdade, franqueza, honestidade, certa conformidade entre o que se pensa, o que se diz e o que se faz, entre a consciência do dever e os fins procurados⁸¹”.

Traspondo-se tal ótica para o processo judicial, importa dizer que, além das regras de Direito adjetivo, cada um dos litigantes deve perceber e respeitar os limites invisíveis que emanam da presença dos demais, a “poderosa lei moral” mencionada por Antônio Furtado dos Santos⁸², supostamente capaz de evitar a crise de boa-fé processual que o mundo experimenta⁸³. Afinal, a boa-fé, em regra, é norma geral de qualquer ordenamento jurídico⁸⁴.

⁷⁹ MORI, Celso Cintra. A boa-fé no direito civil. Revista do advogado, São Paulo, a.32n.116 (Jul.2012), p.53-55.

⁸⁰ Daniel Peñailillo Arévalo acrescenta ainda que “la buena fe subjetiva es la íntima convicción o conciencia del sujeto de estar actuando rectamente; o lícitamente; o equitativamente; o conforme a derecho”. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. La apreciación de la buena fe. Revista de derecho. Universidad Católica de la Santísima Concepción, Concepción, v.2n.1 (1993), p.69.

⁸¹ MILHOMENS, Jonatas. *Op. cit.*, p. 6.

⁸² “Mau é - como diz Angel Ossório - que os homens não se sintam atraídos por uma poderosa lei moral; mas é infinitamente mais grave para o ordem pública que tampouco respeitem os freios de uma ordenação jurídica, mínimo de renúncia que cada qual deve prestar para tornar possível a convivência com os demais”. SANTOS, Antônio Furtado dos. A punição dos litigantes de má-fé no direito pátrio. Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, n.4(Jan.1948), p.44-56.

⁸³ “O mundo está em crise - ninguém o contesta -; a crise é total e geral. Uma onde de paganismo e de inultrapassável má-fé ameaça tudo subverter, esboçando passos agigantados para um caos apocalíptico. Os reflexos desta crise moral, especialmente da crise da verdade, no campo jurídico, são evidentemente de mui latas consequências perniciosas: alargam-se os casos de justiça fictícia, meramente aparente, e restringem-se os casos de justiça real, surgem mais soluções iníquas ou

E, neste contexto, parece claro que “um sistema que premie o infrator não tem qualquer possibilidade de equilíbrio”⁸⁵, fazendo-se necessário se “encontrar contrapesos que tornem a chicana, o processualismo, o abuso e a ilicitude não convidativos, em termos patrimoniais⁸⁶”.

E há que se frisar a existência de um elemento que distingue a relação processual das relações de Direito privado que ensejaram a lide: a presença do Estado-juiz. Eventual fraude processual é fraude contra o próprio Estado⁸⁷.

aparentemente justas porque se não descobre ou se oculta a verdade dos factos, algumas vezes, por culpa das leis por serem imperfeitas, obscuras ou injustas, poucas vezes, por culpa ou erro dos seus intérpretes ou executores e, quase sempre, por culpa dos servidos que vêm aos Tribunais litigar com preconcebida má-fé, fazendo pedidos injustos e alegando factos que nunca existiram - a não ser na sua mente sempre fértil em architectar planos que operem um rápido e indevido aumento do seu património com prejuízo do seu semelhante, com desprestígio próprio e - mais do que isto - com menosprezo e desprestígio da alta função confiada aos Tribunais de *suum cuique tribuere*.(...) "(...) todos os dias acorrem aos Tribunais indivíduos que, numa atitude nada dignificadora, vêm, conscientemente, formular pretensões injustas ou articular factos contrários à verdade e, por vezes, juntam a esta atitude a não menos maliciosa do mau uso ou abuso dos meios e poderes processuais de molde a atingirem, quando não a anárquica desordem processual, pelo menos o protelamento da decisão com os inerentes perigos de, moendo e esgotando o adversário, poder ser obtida uma injusta composição da lide. SANTOS, António Furtado dos. A punição dos litigantes de má-fé no direito pátrio. Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, n.4(Jan.1948), p.44-56.

⁸⁴ É nessa esteira que Carlos Alberto Ghersi afirmou que “La buena fe como concepción jurídica está expandida por todo el ordenamiento jurídico como um principio concreto que ló complementa, haciendo a las normas más flexibles y corrigiéndolas em su resultado, cuando este aparece como disvalioso desde uma pura exégesis”. GHERSI, Carlos Alberto. La buena fe : limite al derecho subjetivo del contratante predisponente. Revista del notariado, Capital Federal, a.90n.809(Abr.-Junio1987), p.448.

⁸⁵ CORDEIRO, António Menezes. Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e *culpa in agendo*. Coimbra: Almedina, 2006.

⁸⁶ Menciona ainda que “(...) não há uma separação processo/substância: tudo é material. Quando haja “luta”, no Direito como na vida, deve subir a bitolação da exigência de correção e de respeito pelo outro. Perante os abusos de toda a ordem perpetrados nos processos (excessos de linguagem; desconsiderações dirigidas a testemunhas; atos inúteis; diligências dilatórias; enxerto de questões artificiais; discussões sobre pontos que nada têm a ver com a causa; agressividade gratuita), a coberto do garantismo, cabe ao tribunal intervir”. CORDEIRO, António Menezes. Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e *culpa in agendo*. Coimbra: Almedina, 2006.

⁸⁷ Pondera Jonas Milhomens: “O processo é, de certo modo, um campo onde se trava batalha, no sentido figurado. A lide exprime uma luta, em que as partes, cada uma de seu lado, tudo fazem para tirar vantagens, para ver triunfante a sua pretensão, o seu direito. Pela própria existência do conflito de interesses nela contido, o processo é campo propício para desenvolvimento da astúcia, vizinha próxima da fraude, da má-fé. Não é de admirar que cada um dos contendores procure sacar do processo o máximo de proveito pessoal. Todavia, na relação processual, há um elemento que distingue das relações de direito privado motivadoras da instauração da lide: a presença do Estado, na pessoa do juiz. Na fraude comum, vítima é apenas a pessoa física ou a pessoa jurídica, sujeito da relação de direito material. Na fraude processual é diretamente atingido o Estado, através de seus

Daí decorre, nos relevantes moldes da autoridade externa delineada por Freud, a necessidade de a norma processual dotar o julgador de recursos que o possibilitem policiar adequadamente o comportamento das partes.

Aliás, é comum, com mais ou menos ênfase, como abordaremos nos próximos tópicos, que sejam vedados, no âmbito processual, a conduta desleal, a adulteração de fatos, a dedução de pretensão sem fundamento, a procrastinação, o descumprimento de comandos judiciais e o desrespeito a qualquer dos atores processuais. São proibições, de conteúdo ético, que visam a proteger a correta administração da Justiça, estabelecendo um dever genérico de observância das regras de conduta derivadas do princípio da boa-fé, possivelmente criando um novo princípio: o da proibição do abuso processual⁸⁸.

Por outro lado, observa-se uma forte tendência a se resguardar também o direito individual, evitando-se, dentre outros, o cerceamento da liberdade de expressão.

É sabido que o conceito geral de abuso tem origem no Direito substantivo, principalmente no direito de propriedade, enquanto, em matéria processual, deriva de valores gerais de equidade e correção.

Neste diapasão, observa-se que há basicamente dois tipos de cláusulas gerais utilizadas para combater o abuso de direito processual: normas específicas incluídas na legislação processual, como a *lealtà* e a *probità* do art. 88 do Código de Processo Civil italiano e o dever de boa-fé como forma de preencher lacunas no ordenamento, como ocorre na Áustria, na Alemanha e no sistema de *Common Law*⁸⁹.

órgãos jurisdicionais. Dar-se-ia o caso de servir-se o indivíduo, do Estado, através de seus órgãos, para obter fins ilícitos, sem o consentimento do Estado, e contra os princípios morais e jurídicos dominantes.”. MILHOMENS, Jonatas. Da presunção de boa-fé no Processo Civil. São Paulo: Forense, 1961, p. 42.

⁸⁸ GOZAINI, Osvaldo Alfredo. El principio de la buena Fe em El proceso civil. Buenos Aires: La ley, 2004, pgs. 893-894.

⁸⁹ TARUFFO, Michele. Op. Cit. pgs. 6-7.

Jacques Normand⁹⁰, quanto à abordagem do tema por cada ordenamento, observa que os países se dividem em dois grandes grupos, que não refletem sua opção pelo *civil Law* ou *common Law*.

O primeiro deles seria composto pelos países que proíbem e punem o abuso de direito processual, em seu sentido estrito⁹¹. Nestes países, os direitos subjetivos dos cidadãos são o ponto de partida. O exercício destes direitos é livre, mas não é absoluto, uma vez que a liberdade de exercê-los termina no momento em que o abuso se inicia.

No segundo grupo estariam os países em que maior ênfase é dada à equidade, à boa-fé e à lealdade processual⁹². O ponto de partida, neste caso, é a parte *ex-adversa*, que possui o direito a um julgamento justo e ao devido processo legal.

Outra classificação possível, esta sim influenciada pela adoção do sistema romano germânico ou do modelo consuetudinário, diz respeito à amplitude da autoridade do juiz em relação às partes e de seu espectro de liberdade para sancionar o comportamento processual inadequado.

Conforme abordaremos mais à frente, a forma de desenvolvimento de cada sistema e a sequência de fatores externos responsáveis por sua evolução ao longo do tempo conduziu a modelos bastante diversos de atuação do magistrado judicial, não obstante seja comum ao *common Law* e ao *civil Law* a preocupação em se impor, o quanto possível, padrões virtuosos de conduta processual.

Deveras pertinente uma manifestação do Tribunal de Cassação de Roma, em 1925, no julgamento do caso Pecoraino, em que uma mulher solicitara judicialmente a anulação de seu matrimônio e, após sentença concessiva de seu

⁹⁰ NORMAND, Jacques. Final report: Two approaches to abuse of procedural rights. In TARUFFO, Michele. *Op. Cit.* pgs. 237-242.

⁹¹ Do original: "Under this category we can find the countries which prohibit and punish APR in the strict sense of the term: Belgium, The Netherlands, Luxembourg, France, and even Italy to a certain extent". NORMAND, Jacques, *op.cit.*, p. 237.

⁹² Do original: "Emphasis is also put on the obligation to conduct action fairly, according to loyalty and fairness, in countries such as Germany, Japan, Spain, and Latin America for instance". NORMAND, Jacques, *op.cit.*, p. 240.

pedido, recorrera alegando que havia sido coagida pelo marido, que pretendia deixá-la desamparada. O Tribunal negou provimento à apelação, ao argumento de que, por ter sido vitoriosa, não caberia à apelante pleitear a reforma da sentença. A partir deste fato, Carnelutti se posicionou publicamente contra o processo fraudulento, evento que desencadeou um movimento doutrinário bastante significativo, que culminou com a edição de muitas obras, na Itália, acerca da boa-fé processual, influenciando aos poucos o restante da Europa e a América.

Couture concluiu que, a partir deste precedente, iniciou-se uma ânsia de incorporação da virtude e da moral aos textos legais⁹³.

E, neste ponto, é válido resgatar a já mencionada reflexão de Aristóteles, no sentido de que a criação de modelos virtuosos de conduta é parte da missão do legislador⁹⁴.

Abordaremos neste capítulo a evolução histórica dos padrões éticos processuais na Europa e na América, a disciplina jurídica atual do abuso de direito processual no Brasil e em Portugal e faremos um contraponto com os limites éticos impostos às partes em alguns países adotantes do *Common Law*.

⁹³ COUTURE, Eduardo J. La buena fé en el proceso civil. Revista de derecho y ciencias políticas, Lima, a.11n.1-3 (1947), p. 18-27.

⁹⁴ Ética a Nicômaco. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p.30.

3.1 As raízes históricas da ética no processo judicial

Prima facie, todos os sistemas jurídicos enfrentam problemas com a prática de abusos no processo judicial. Contudo, há grandes diferenças quanto à importância outorgada à matéria em cada ordenamento, variando das regras claras e de natureza geral do Direito francês à menção genérica à lealdade e honestidade presente no Direito italiano⁹⁵.

Malgrado as diferenças, é perceptível uma concepção geral de que o processo deve ser conduzido de forma honesta e leal, de acordo com padrões gerais de boa-fé e retidão⁹⁶. Tal circunstância parece confirmar a assertiva aristotélica de que o objetivo das leis não é outro senão o de conduzir os cidadãos ao progresso moral, embora os instrumentos postos à disposição do juiz para a supervisão da conduta das partes sejam bastante diversos de um sistema para o outro.

Seria possível, retornando-se no tempo para investigar a evolução dos padrões éticos processuais, traçar-se um *standard* atual de atuação das partes e prever-se a tendência evolutiva do Direito adjetivo, formulando-se uma teoria geral aplicável à ética processual?

No item seguinte, abordaremos a evolução do tema em alguns dos principais sistemas legais no mundo, destacando as possíveis razões que os conduzem a características mais publicistas ou privatísticas no campo da ética processual.

⁹⁵ Da reflexão original de Michele Taruffo: "From a bird's-eye view at the landscape of the various systems considered, the general impression one may have is that the problem of the Abuse of Procedural Rights (henceforth: APR) is present everywhere. It would be wrong, however, to move from such a widespread 'perception of the problem' to say that there is a common and deep sensitivity towards the abuses in the administration of justice, or to believe that all systems share uniform and consistent ideas about the meaning and the importance of APR. Even more groundless would be the belief that efficient and viable remedies are present everywhere in order to prevent and punish such abuses.". TARUFFO, Michele. Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. Cambridge: Kluwer Law International, 1999, pgs. 3-4.

⁹⁶ TARUFFO, *op.cit.*, p. 5.

3.1.1 O antigo Direito romano

A retomada dos estudos do antigo Direito romano nas universidades, entre os séculos XII e XIII, é o marco do início do sistema romano germânico.

E é indubitável que o a antiga civilização romana, dotada de um sistema jurídico brilhante, foi responsável pela construção de grande parte do arcabouço ético processual que conhecemos na atualidade, merecendo investigação mais detida neste trabalho.

Roma teria sido fundada no ano de 754 a.C., perdurando seu período monárquico por quase duzentos e cinquenta anos (até 509 a.C.). A partir da queda da monarquia teve início a república, que se manteve por quase quinhentos anos (até 27 a.C.), dando lugar ao principado (alto império), instituído por Otaviano Augusto, que sobreviveu por quase duzentos e sessenta anos (284 d.C), instalando-se a monarquia absoluta com a ascensão de Diocleciano, iniciando-se o dominato (baixo império).

O império romano foi dividido por Diocleciano em oriental e ocidental, com a designação de Maximiano para o comando do império romano do ocidente. A partir de Constantino (306 d.C a 337 d.C), primeiro imperador Cristão, houve a junção das duas partes, com a transferência da capital para Bizâncio, que passou a chamar-se Constantinopla. A junção perdurou até a morte de Teodósio I (395 d.C), retomando-se a divisão do império⁹⁷.

No ano de 476 d.C Roma é tomada pelos Hérulos, evento que marca a queda do império romano do ocidente.

Naquele momento, o império romano do oriente (ou império bizantino) era governado por Zenão I (474 d.C a 491 d.C) e persistiria, regido por Anastácio I (491 d.C a 518 d.C), Justino I (518 d.C a 527 d.C) e Justiniano I (527 d.C a 565 d.C).

⁹⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, v. I, 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002, PP 41-42.

Justiniano I era um homem ambicioso, culto e inteligente, que, objetivando retomar o antigo esplendor de Roma, colecionou relevantes conquistas bélicas e culturais. Combateu o poder local dos grandes proprietários de terra e promulgou leis eficazes, cujo cumprimento era rigidamente fiscalizado, inclusive por sua força militar.

Demonstrava compreender a importância da preservação do Direito romano como forma de manutenção da ordem e da unidade do império. A partir do ganho econômico obtido com suas conquistas militares, desenvolveu vasto trabalho legislativo e de recomposição jurídica. Durante uma década, um grupo de dez juristas, dirigido por Triboniano, reorganizou e recompilou as leis romanas, originando a obra conhecida como *corpus iuris civilis*, composta de quatro partes⁹⁸.

O império romano do oriente teve seu fim no ano de 1.453 d.C., quando os turcos otomanos, sob o comando de Maomé II, tomaram Constantinopla.

Pode-se dizer, entretanto, que o Direito romano, dada a importância do período justiniano como derradeira influência deste sistema, possui três fases: o período arcaico ou pré-clássico (da fundação de Roma a 126 a.C.), o período clássico (até 204 d.C.) e o período pós-clássico (até 565 d.C, com o falecimento de Justiniano)⁹⁹.

O Processo Civil no Direito romano igualmente pode ser dividido em três períodos: *legis actiones* (no período arcaico), *per formulas* (até o fim do reinado de Diocleciano) e *cognitio extra ordinem* (do início do principado ao fim do período justiniano).

As penas processuais (*poenae temere litigantium*) ostentavam importante função no Direito romano, tanto durante as *legis actiones* quanto no período formulário.

⁹⁸ Código de Justiniano (Codex): Reunião de todas as constituições imperiais editadas desde o governo do imperador Adriano (117 a 138). Digesto ou Pandectas: Continha os comentários dos grandes juristas romanos. Institutas: Manual para ser estudado pelos que se dedicavam ao Direito. Novelas ou Autênticas: Constituições elaboradas depois de 534.

⁹⁹ ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano, v. I, 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 68.

A todos os casos em que a lei não previa outra ação aplicava-se a *legis actio sacramento*, norma de caráter geral que vigorou até a *lex aebutia* (130 a.C.). Para litigarem acerca do domínio de uma pessoa ou coisa, as partes depositavam um sacramento, consistente em determinado valor em dinheiro¹⁰⁰, que ao final da demanda seria perdido em favor do erário, funcionando como uma penalidade à parte vencida, por ter demandado por algo a que não tinha direito. A ocorrência da sucumbência era indicativo suficiente de dolo e temeridade¹⁰¹.

Durante o período formulário, o sacramento foi sucedido pela *sponsio dimidiaie partis* e pela *restipulatio dimidiaie partis*, que previam que qualquer dos demandantes pagaria ao vencedor um terço ou metade do pedido caso perdesse a demanda. A regra objetivava evitar a litigância irresponsável¹⁰².

Chiovenda identifica nesses dispositivos, além do óbvio objetivo inibitório e retributivo, uma natureza ressarcitória, já que o valor era vertido em favor do vencedor da demanda¹⁰³.

A ocorrência ou não de culpa era indiferente, ao contrário do que ocorria com o *iudicium calumniae*, que previa a imposição de custas ao autor vencido quando caracterizada a litigância temerária, ou seja, a vontade de chicanear. Àquele que agisse com dolo caberia pagar à parte vencedora um décimo do objeto litigioso ou uma quarta parte, nos interditos.

¹⁰⁰ Nas hipóteses em que a coisa em discussão ostentasse valor igual ou superior a 1.000 ases, o valor depositado corresponderia a 500 ases, o suficiente para comprar 5 vacas. Nos demais casos, era de 50 ases, preço de 5 ovelhas.

¹⁰¹ CHIOVENDA, Giuseppe. La condena en costas. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1928,, p. 51.

¹⁰² Na lição de Adolf Berger: “Sponsio tertiae (or dimidiaie) partis. In certain specific trials any party could demand that his adversary promised through *sponsio (stipulatio)* to pay one third (*tertia pars*) or one half (*dimidia pars*) of the amount claimed as a penalty in the case of defeat. In return, the party who made such a promise could demand a similar counterpromise (*restipulatio dimidiaie or tertiae partis*) from the other party. The reciprocal promises were given in the first stage of the lawsuit before the praetor (*in iure*) and under his supervision. **The purpose of these procedural sponsiones was to restrain inconsiderate litigation**”. BERGER, Adolf. Encyclopedic dictionary of roman Law. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1953, Volume 43. p.713.

¹⁰³ CHIOVENDA, Giuseppe. La condena en costas. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1928, p. 53.

É importante destacar que o *iudicium calumniae* dirigia-se apenas ao autor da demanda, e, repise-se, quando mal intencionado. O princípio da condenação em custas, aplicável a qualquer dos litigantes, surgiu apenas posteriormente, com as leis de Zenão, Anastácio e Justiniano, que previam, ainda, que as custas caberiam ao vencido, tão somente por ter perdido.

Aliás, a lei de Zenão inaugurou o sistema de fixação das custas na sentença, modelo adotado na atualidade em quase todo o mundo¹⁰⁴.

No período pós-clássico e justinianeu, cabia às partes, após a alegação e a resposta, prestar o juramento de calúnia. Justiniano não adotou a *restipulatio tertiae (dimidia) partis* e a *sponsio*. O *iudicium calumniae*, neste período, estava fora de uso.

Lado outro, ganhou espaço o *iusiurandum calumniae*, devendo as partes e seus procuradores, no momento da *liscontestatio*, prestar o juramento¹⁰⁵, que poderia ser exigido também para atos particulares. Outrossim, ao requerer a produção de provas, deveriam jurar que não o faziam com intenção protelatória. Os tutores e curadores também prestavam o *iusiurandum calumniae*, cabendo ao juiz, jurar *sese cum veritate eu legum observatione iudicium esse dispositurum*.

Não houve alteração substancial no regime de custas¹⁰⁶. Vale mencionar que, aos poucos, em um ambiente de encarecimento dos gastos do Estado com o sistema de Justiça, o *sacramentum* (no período antigo), a *sponsio* e a *restipulatio* (no período formulário), que garantiam ao vencedor a reparação de eventuais danos sofridos em virtude da necessidade de demandar, foram perdendo lugar para o sistema de custas, reduzindo-se as garantias da parte vencedora.

¹⁰⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. La condena en costas. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1928, p. 90.

¹⁰⁵ Juramento do autor: *non calumniandi animo litem movisse, sed existimando bonam causam habere*. Juramento do réu: *quod putans se bona instantia uti ad reluctandum pervenerit*.

¹⁰⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. La condena en costas. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1928, p. 103.

Atento a esse fenômeno, Justiniano assegurou dispositivos legais para recuperação dos gastos do demandado em caso de contumácia¹⁰⁷, prevendo que o requerido poderia ser absolvido da demanda e obter a condenação do autor em custas, prestando juramento sobre seu importe.

Sistemática similar ainda hoje é adotada nos ordenamentos de Brasil¹⁰⁸ e Portugal¹⁰⁹, que igualmente manejam o pagamento de custas conforme o comportamento das partes e seu sucesso na ação.

¹⁰⁷ Chiovenda assevera que “Justiniano refere-se ao costume generalizado de que os autores prestassem caução ou fiança ao iniciar-se o pleito, para sua persecução e para a sentença, e utiliza essa instituição com objetivo de assegurar ao demandado a possibilidade de recuperar os gastos realizados caso o autor, depois de havê-lo citado fora de sua província, não comparecesse em juízo. Se a caução fosse inferior à quantidade jurada em relação aos gastos realizados, os autores seriam premiados também pela diferença. O legislador chega depois mais longe: o autor deve garantir especialmente ao demandado que prosseguirá no pleito dentro dos dois meses seguintes à apresentação de seu escrito e, se não o fizer assim, reembolsará o dobro dos gastos realizados (*damnum*); garantia cujo máximo aparece fixado em 36 áureos (720 pesetas aproximadamente) : Nov. 96, cap. I (a. 539). Ambos os meios tendem exclusivamente a garantir o demandado contra citações mal intencionadas, obrigando o autor a prosseguir o pleito iniciado. Observe-se que a Nov. 112, cap. 2 (a 541) completou a regulação desta garantia do demandado, fazendo-a extensiva às custas da vitória”. CHIOVENDA, Giuseppe. Op.cit., p. 103.

¹⁰⁸ Código de Processo Civil (2015):

Art. 94. Se o assistido for vencido, o assistente será condenado ao pagamento das custas em proporção à atividade que houver exercido no processo.

Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.

Art. 546. Julgado procedente o pedido, o juiz declarará extinta a obrigação e condenará o réu ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

¹⁰⁹ Código de Processo Civil (2013):

Artigo 48.º

Falta, insuficiência e irregularidade do mandato

1 - A falta de procuração e a sua insuficiência ou irregularidade podem, em qualquer altura, ser arguidas pela parte contrária e suscitadas oficiosamente pelo tribunal.

2 - O juiz fixa o prazo dentro do qual deve ser suprida a falta ou corrigido o vício e ratificado o processado, findo o qual, sem que esteja regularizada a situação, fica sem efeito tudo o que tiver sido praticado pelo mandatário, devendo este ser condenado nas custas respetivas e, se tiver agido culposamente, na indemnização dos prejuízos a que tenha dado causa.

Artigo 49.º (art.º 41.º CPC 1961)

Patrocínio a título de gestão de negócios

1 - Em casos de urgência, o patrocínio judiciário pode ser exercido como gestão de negócios.

2 - Porém, se a parte não ratificar a gestão dentro do prazo fixado pelo juiz, o gestor é condenado nas custas que provocou e na indemnização do dano causado à parte contrária ou à parte cuja gestão assumiu.

3 - O despacho que fixar o prazo para a ratificação é notificado pessoalmente à parte cujo patrocínio o gestor assumiu.

3.1.2 O Direito germânico, o Direito islâmico e o Direito consuetudinário

É relevante observar que, paralelamente ao Direito romano, desenvolvia-se o Direito germânico, que permeava a principal sociedade bárbara daquele tempo. Durante o império romano, designavam-se bárbaros os povos não romanos, notadamente os germânicos, trácios, celtas, iberos, e persas.

Do mesmo modo, com o nascimento do Islã, na Arábia (região de Hedjaz), no século VII d.C., desenvolvia-se o Direito islâmico. Maomé teria recebido suas primeiras revelações na cidade de Meca, no ano de 610 d.C. (quarenta e cinco anos após a morte de Justiniano), onde iniciaria sua pregação. O Corão seria enviado por Deus aos homens em sucessivas etapas. A partir da mudança de Maomé para a cidade de Yathrib, no ano de 622 d.C., iniciou-se uma nova ordem jurídica, política e moral.

Dois institutos religiosos formam a base do Direito islâmico: a Shariah e o Fiqh. A Shariah seria a lei revelada e se refere às obrigações de cada muçulmano em relação a Deus. Já o Fiqh é o Direito sagrado abstraído pelos muçulmanos a partir dos fundamentos da Shariah¹¹⁰. Alguns autores sustentam que o *common Law* inglês teria derivado do Direito islâmico, levado à Inglaterra pelos normandos, que a conquistaram no ano de 1.066 d.C. Os normandos teriam, pouco antes, dominado o Emirado da Sicília, até então sob o domínio do império árabe, e herdado seu sistema legal. Não há dúvidas, contudo, quanto à influência da tradição germânica no Direito inglês, do qual trataremos mais à frente.

Os povos germânicos datam de aproximadamente 1.800 a.C. e são originários da planície norte alemã, tendo se expandido para o sul da Escandinávia e para o Rio Vistula durante a idade do bronze nórdica, chegando ao baixo Danúbio em 200 a.C. Utilizavam línguas indo-europeias germânicas, que derivaram do proto-germânico, a partir da idade do ferro pré-românica. Destacam-se entre os povos germânicos os visigodos, suevos, vândalos, ostrogodos, anglos, saxões, alamanos, burúngios e longobardos.

¹¹⁰ MERVIN, Sabrina. Histoire de l'islam: Fondements et doctrines. Paris: Flammarion, 2001, p. 16.

Após derrotarem os hunos nos campos cataláunicos e em Nedau, tribos germânicas invadiram o império romano do ocidente, dando início à Europa medieval. Durante o século VIII houve forte expansão comandada por marinheiros germânicos escandinavos, culminando na fundação de relevantes Estados na Europa Oriental e na França. As línguas germânicas tornaram-se dominantes em diversos países europeus, muito embora na Europa oriental e meridional a elite germânica tenha adotado os dialetos nativos latinos ou eslavos.

A Britânia, que havia sido invadida por Júlio César nos anos de 55 e 54 a.C. e por Cláudio em 43 d.C., manteve-se como província romana por aproximadamente quatro séculos. No ano de 410 d.C., as legiões romanas passaram a se retirar da Britânia para prestar apoio a Roma, deixando os Celtas, que não dispunham de efetivos militares, à mercê dos escotos e pictos, passando a recorrer aos povos germânicos anglos, saxões, frísios e jutos para obter apoio. Tais tribos germânicas terminaram por se voltar contra os próprios celtas, dominando a região. O território passou, pouco após, a sofrer invasões dos vikings da Dinamarca, que foram contidas pelo Rei Anglo-Saxão Alfredo, o Grande, mantendo-se sob domínio dos povos germânicos até ser conquistado pelos normandos, no século XI, período que marca o nascimento do *common Law*.

Trata-se, pois, de um marco para o desenvolvimento do sistema inglês.

É certo que os normandos constituíam um povo organizado e bem administrado, merecendo destaque a atuação dos reis William, o conquistador (1028 d.C. a 1087 d.C.), Henrique I da Inglaterra (1106 d.C. a 1135 d.C.) e Henrique II da Inglaterra (1183 d.C. a 1189 d.C.), este último responsável por instituir o trabalho dos juízes itinerantes, a quem incumbia levar o Direito do Rei a todas as partes do reino, de modo a unificar o Direito, iniciativa que lhe rendeu a alcunha de “pai do *common Law*”¹¹¹.

¹¹¹ Raoul Van Caenegem pondera que “As principais mudanças no reinado de Henrique II foram a fundação de um grupo de juízes régios com competência em primeira instância, para o reino inteiro, para solucionar litígios de certos tipos sobre terra (o que significa litígio feudal) e a introdução do júri em casos civis e criminais como o modo padrão de prova (em vez dos ordálios e do combate judicial)”. E, ainda, refletindo sobre o poderio da Inglaterra e sobre a natural sobreposição, naquele contexto, dos juízes aos juristas e doutrinadores, leciona que “um Estado unificado forte cria as condições para

Diferentemente do que ocorria no continente, na Inglaterra a monarquia se fortalecia e não se instalava a descentralização própria do feudalismo, o que muito se deve à implantação do Direito único, emanado do Rei e divulgado pelos juízes.

Trata-se de um diferencial histórico muito relevante para a compreensão das diferenças entre os sistemas de civil Law e common Law, principalmente no que concerne a uma maior naturalidade na imposição do Estado-juiz no sistema consuetudinário.

Talvez por essa razão se reconheçam com maior facilidade os chamados *inherent powers* dos magistrados judiciais, dos quais deriva o *contempt power*, que abordaremos no momento oportuno.

É possível que esta característica tenha sido responsável por impedir, ao contrário do que ocorreria seiscentos anos mais tarde na França, que a monarquia fosse deposta pelo povo. Não se desconsidera que no século XVII, durante o reinado do Rei Carlos I da Inglaterra, uma sequência de infortúnios políticos acarretou a chamada Revolução Inglesa, primeira revolução burguesa da história da Europa. Contudo, seu principal resultado foi a elevação do Parlamento – até então uma casa temporária e aconselhadora – à qualidade de órgão permanente da política inglesa.

Com o trabalho dos juízes itinerantes, passam a ser criadas as compilações de decisões, que formariam, mais à frente, as *Law reports*.

Por volta do ano 1200 já havia um Direito comum bem estabelecido para todo o reino, ao contrário do que ocorria em outros países. O sistema caracterizava-se ainda pela forte valorização dos fatos, perquirindo-se, a cada caso, se o caso em análise não seria suficientemente análogo a outro já julgado - de modo a se aplicar a mesma solução - ou se demandaria decisão diversa, criando-se novo precedente¹¹².

que um papel de destaque seja desempenhado por um legislador nacional e por tribunais centrais fortes (...) O Estado anglo-saxão era o mais bem administrado de sua época.”. CAENEGEM, R. C. Van. Juízes, Legisladores e Professores. Tradução BORGES, Luís Carlos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 65 e 80.

A sociedade germânica primitiva, por sua vez, era seminômade e seu Direito não possuía fontes escritas, fundando-se nas tradições orais. A regra a ser aplicada a cada indivíduo dependeria do grupo a que pertencesse, sem uma concepção de territorialidade. Tal caráter personalista e consuetudinário sofreu alterações à medida que se intensificou a influência romana.

Durante a alta idade média, após a ocupação bárbara dos territórios outrora integrantes do império romano, foram produzidas as *leges barbarorum*, redigidas em latim e, em regra, seguindo a forma codificada, própria do modelo romano.

Inicialmente, em velocidades diferentes a depender do grau de romanização e cristianização de cada povo bárbaro, surgiram compilações escritas das tradições jurídicas germânicas, aplicáveis aos não romanos e compilações de leis romanas, para aplicação aos romanos, com o objetivo de unificação legal.

Os principais diplomas legais deste período são os códigos Visigodos (*lex romana visigothorum*), a *lex burgundionum*, os *pactus alamannorum* e *lex alamannorum*, as *leges langobardorum*, a *lex bajuvariorum*, a *lex frisiorum*, a *lex saxonum* e as *lex anglorum et werinorum, hoc est, Thuringorum*.

Para o presente estudo sobre o desenvolvimento da ética processual, merece especial investigação o juramento de purificação, previsto nas *leges langobardorum*.

Os lombardos ou longobardos¹¹³ eram germânicos originários da Europa Setentrional e, a partir da colonização do Vale do Danúbio, invadiram a Itália bizantina, em 568 d.C, estabelecendo o Reino Lombardo, que posteriormente passou a chamar-se Reino Itálico e durou até sua conquista pelos francos, no ano de 774 d.C.

A primeira parte do Código Lombardo (conhecida como édito de Rotário) possuía 388 capítulos e foi promulgada pelo Rei Rotário, em 643 d.C. O documento, embora utilizasse terminologia e apresentação tipicamente romanas,

¹¹² “The English lawyer is taught to remember factual situations, every decision must be read in light of the facts on which it is based” - *Masterson v. Holden* [1986] 3 All E.R. 39,43 (Glidewell L).

¹¹³ Do latim: *langobardi*, "os de barba longa".

refletia puramente o Direito germânico e era considerado primitivo quando comparado com outras legislações germânicas daquela época. Como a população romana era regida por legislação própria, a legislação longobarda aplicava-se apenas aos lombardos.

A legislação foi ampliada pelos sucessores do Rei Rotário. Nove capítulos foram adicionados por Grimoald (668 d.C.). Liutprando (714 d.C. a 735 d.C.) acrescentou quinze volumes, ao passo que Rachis (746 d.C.) somou outros oito e Aistulfo (755 d.C.) mais treze volumes.

Os longobardos não diferenciavam o processo civil do penal e exigiam a "purificação" do demandado em relação à acusação feita pelo autor.

A purificação deveria ocorrer por meio de um duelo ou de um juramento e do resultado destes dependeria a resposta à controvérsia¹¹⁴. A configuração da culpa era relevante para fixação do dever de pagamento na hipótese de perda da demanda. Ao propor o processo, o autor, por intermédio do juiz, deveria pedir a proteção da divindade. O derrotado deveria pagar uma quantia ao vencedor, pela lesão que lhe causou, e outro valor ao juiz, pela perturbação da ordem pública. Essa última não resultaria puramente da sucumbência, mas seria consequência da culpa do litigante.

Importa mencionar que o Édito de Rotário previa, no capítulo 229, o juramento de ausência de má-fé em venda de bem alheio¹¹⁵; no capítulo 231, o juramento por ausência de má-fé na venda de serva alheia¹¹⁶; no capítulo 232, o

¹¹⁴ TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 24.

¹¹⁵ 229. Qui rem alienam asto vindederit. Si quis rem alienam, id est servum aut ancillam seu alias res, sciens rem alienam esse, non suam, ubicumque transvindederit et inventum aut provatum fuerit, in actugild eam restituat. Et si per ignorantiam vindederit, tunc praeveat sacramentum, quod credens suum vindedissit; reddat caput cum notrimen suo, qualiter se sit.

¹¹⁶ 231. De ancilla conparata. Si quis conparaverit ancillam, et postea venerit alter homo, qui eam suam dicat esse, revertant pariter ad auctorem. Tunc auctor, si vindicare non potuerit, praeveat sacramentum, quod consciens non sit fraudi nec nullo conludio fecissit. Reddat praetium tantum, quantum in diae illa, quando eam tradedit, accepit, et ancilla ipsa proprio domino restituatur. Et si ancilla ipsa post emptore filiûs, fecerit, tunc ille, qui eam prius vindedit et vindicare non potuerit, qualiter se sit, filiûs ipsius per suo dispendio reconparit et proprio domino retradat, quatinus filii matre

juramento por ausência de má-fé na compra de cavalo de um estranho¹¹⁷; no capítulo 248, o juramento por ausência de má-fé na penhora de bens de outrem¹¹⁸.

Nove capítulos foram acrescentados ao Édito de Rotário durante o reinado de Grimoaldo (662-671). No capítulo sete, tratou-se da falsa acusação do marido contra a própria mulher, imputando-lhe adultério ou trama da morte do cônjuge. Se demonstrada a impropriedade da acusação, o marido teria que se desculpar, mediante juramento, declarando que não intentou a ação de má-fé, e, caso não jurasse, deveria pagar à mulher o valor que seria devido em caso de morte de um de seus irmãos¹¹⁹.

No ano de 733 d.C., durante o reinado de Liutprando, outros nove capítulos passaram a integrar o Édito. No capítulo cento e trinta e dois foram reguladas as situações de fraude envolvendo a união de aldios ou servos, cabendo ao patrão que agiu com má-fé restituir os indivíduos tomados injustamente, compensar o tempo de serviço não prestado pelo servo e pagar uma indenização correspondente ao seu valor.

sequantur. Et si auctor mortuus fuerit sine heredis legetimûs et facultas ipsius auctoris ad curtem regis ceciderit, nulla sit repetitio; sic tamen, ut dit sacramentum, quod de ipso comparassit, cuius res ad curtem regis ceciderunt.

¹¹⁷ 232. De caballo comparato. Si quis caballum emerit et auctorem ignoraverit et venerit certus homo, qui ipsum caballum suum dicat, tunc ille, qui emit, si, ut diximus, auctorem non habuerit nec scit, de quo comparassit: praebeat sacramentum emptor, quia nec fur sit nec collega furoni, nisi simpliciter cum praetium suum comparassit; et insuper addat in ipsum sacramentum: si quoquo tempore auctorem invenerit, non negare. Tunc post praestitum sacramentum reddat caballum, et sit sibi contemptus. Ille autem, qui se proprio domino dicit esse, sub tali titulo eum tollat, ut si cognitum fuerit, quod malo ordine vindicassit, et alter certus auctor venerit, qui suum ficerit, ipse caballus sibi nonus ei reddatur.

¹¹⁸ 248. Si quis per errorem alium pro alio pigneraverit per servum aut ancillam, ita decernimus, ut, postquam cognovit, quod male pigneravit, mox ipsum pignum relaxit. Et si pulsatus fuerit a domino servi, tunc preveat sacramentum: quia per errorem fecit, nam non asto, et crededit, debitorem suum pignerassit; tunc sit indempnis. Nam si plagas aut feritas fecerit in ipsum pignus, conponat, sicut in hoc edictum legitur. Et si sacramentum dare non presumpserit, quod per errorem pignerassit, reddat ipsum pignum in actugild.

¹¹⁹ Este valor, no antigo Direito germânico, era conhecido como Weregild (ou *wergild*, *wergeld*, *weregeld*). Tratava-se do preço atribuído a todo homem e a toda propriedade. Se um bem fosse subtraído ou um homem fosse morto ou ferido, a pessoa responsável deveria pagar o weregild como indenização para o dono da propriedade ou família da vítima.

Após a morte de Liutprando (744 d.C.), assumiu Ildeprando, seu sobrinho, que foi sucedido poucos meses depois por Ratchis, após uma conspiração de duques longobardos. Durante o seu reinado, o Édito passou a contar com quatorze novos capítulos.

No capítulo dez foram fixadas reprimendas aos que se unissem contra o juiz, para repudiar-lhe o exercício da jurisdição ou não cumprir a sentença. Se o juiz ofendesse alguém, por negligência ou violência, poderia perder o cargo e seria condenado ao pagamento de indenização correspondente ao seu próprio *weregild* ao ofendido e ao pagamento de metade deste valor à coroa. Contudo, se comprovada a má-fé do acusador contra o juiz, o malfeitor deveria pagar cinquenta sólidos a título de composição, com a destinação de metade deste valor ao juiz e outra metade à coroa. Caso o acusador fosse pobre, ser-lhe-ia imposto castigo corporal exemplar, de modo a evitar que outros súditos agissem contra os juízes.

O juramento perdeu sua importância com o passar do tempo. Foi valorizado inicialmente pelo processo romano-canônico, que posteriormente deixou de aplicá-lo. Foi utilizado pelo processo cameral, mas quase integralmente desconsiderado quando da criação do Jüngster Reichsabschied (JRA), que reuniu a experiência cameral e saxônica, com igual desuso por diversos estatutos das cidades italianas.

3.1.3 O Direito português

Aos poucos, o juramento de calúnia cedeu lugar ao dever de veracidade (*Wahrheitspflicht*) que foi positivado no Código de Processo Civil (Zivilprozessordnung – ZPO) austríaco (1895), influenciando, em seguida, o diploma adjetivo alemão (1933) e os códigos processuais de Portugal e Brasil.

Aliás, até a adoção do *Wahrheitspflicht* em Portugal, foi intensa a influência do juramento de calúnia, desde os primeiros diplomas legais da monarquia portuguesa.

A Península Ibérica foi dominada pelos romanos por volta do ano 200 a.C. e permaneceu sob a autoridade romana por aproximadamente seis

séculos. Foi invadida por alanos, vândalos e suevos no século V, e estes, no século seguinte, foram dominados pelos visigodos.

Sob influência dos bispos e da própria legislação romana, o rei visigodo Alarico, no ano de 506 d.C., criou o Breviário de Alarico, compilação de leis romanas que se destinava a reger os povos dominados, enquanto os dominadores mantinham-se sob a égide do Direito costumeiro. Quase duzentos anos depois, em razão da natural fusão dos costumes germânicos e romanos, foi criado o Código Visigótico (693 d.C.), que revogou o Código de Alarico e passou a reger a totalidade da população ibérica.

Na Península Ibérica a língua e a cultura romanas foram rapidamente absorvidas pelos bárbaros, em especial os visigodos e os suevos. Por outro lado, à medida que deixaram de existir escolas romanas e os contatos com Roma tornaram-se menos frequentes, o Latim passou a evoluir em descompasso com Roma, levando ao rompimento da uniformidade linguística e favorecendo a formação dos idiomas Catalão, Espanhol e Galaico-português, que posteriormente originaria o Galego e o Português.

A Península Ibérica foi invadida pelos mouros poucos anos depois (714 d.C.) e sua expulsão demorou sete séculos para ser concretizada. Malgrado essa influência, o Direito visigótico manteve-se incólume.

Com a separação do Condado Portucalense, que se tornou independente no ano de 1.139 d.C., foi instituído, rápida e paralelamente, um novo Direito, baseado nas cartas do rei ou de outros senhores, conhecidas por cartas de foro.

A partir do século XIII, por iniciativa do Rei Afonso III, houve maior normatização da organização da justiça e do processo, além de incentivo ao estudo do Direito romano. Com a criação da Universidade de Lisboa, em 1.308, pelo Rei D. Dinis I, sucessor de Afonso III, instituiu-se o ensino do Direito romano. Ao mesmo tempo, tornou-se mandatário o uso da língua portuguesa no processo judicial e em todos os documentos públicos.

Mantinha-se a preocupação com a honestidade processual. Era prevista punição, ao advogado, para as hipóteses de litigância maliciosa, de comparecimento em audiência sem licença do imperador ou dos juizes ou de dar causa à contratação de outro advogado por seu cliente¹²⁰. Cabia ao advogado jurar que intentara a demanda por acreditar no direito de seu representado, que deveria também submeter-se a juramento¹²¹.

D. Dinis I foi sucedido por D. Afonso IV, que, em 1446, promulgou o primeiro código português, diploma conhecido como ordenações afonsinas.

As ordenações afonsinas tinham forte influência dos Direitos romano e canônico, além de congregar normas de Direito foraleiro, leis portuguesas anteriores, partes da Lei das Sete Partidas e normas costumeiras.

¹²⁰ “a) Ley xxij dos uogados como deuem leuar os ssolairos Dos uogados mando que hussem E que agardem os uogados as suas posturas E que aJam todas / E hussem bem de uogar E nom façam perlonga nos preitos nem-nos tragom maliciosamente sso a. pena escripta na nossa ley. E sse os uogados dessenpararem os preitos E sse forem da audiência ssem leçença nossa ou dos nossos Juizes mando que pagem as custas aaquelles cuiJos preitos teuerem. E sse as partes tomarem outros uogados por dinheiros por culpa delles mando que lhes pagem quanto derem aos uogados que filharem. E sse os uogados rreçerberam ja alguuns dinheiros daquelles cuiJos preitos leixarom manda el rrey que lhos tornem dobrados. E sse per uentujra per mingua de uogado derem Sentença de rreuelya ou outra quallquer contra aa parte per que sse lhe siga perda ou dano manda el rrey que lhos correga todo de ssa cassa o uogado que o preito auya de defender. E sse nom ouer per que Correga os danos E as perdas E as custas / mando que as correga pello corpo.” Ordenações del-Rei Dom Duarte, edição preparada por Martim de Albuquerque e Eduardo Borges Nunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian,, 1988, p.169.

¹²¹ “b) Ley que os vogados quando os feitos ueerem Jurem que mantem derecho./Porque entendemos que os uogados de nosa corte. E dos nosos rreinos perlongam os feitos maliçiosamente em dapno de nosa Jente Porende stabeleçemos que os uogados quando a preito ueerem que logo Jurem aos santos auanJelhos asy o que uogar pello demandador que cree que aquello que demanda que o demanda com derecho. E que nom aduga rrazõees senom aquellas que fizeram mester ao preito que seram com derecho. / Qutrosy o Jure o demandado . E seu vogado. E se pella uentujra hindo pello preito os vogados entenderem que no preito que am começado anda allguum engano ou allgua maneira nom ho tenham mais pollo Juramento que am feito ca se ende all fazerem asy as partes como os vogados fiquem por de maa nomeada. E porque os vogados leuam tanto dos preitos que as nosas Jentes eram estragadas. Porem stabeleçemos que nehuum vogado da nossa corte neem dos nosos rreinos nom leuem mais dos preitos de vintena contando a ualia do preito que teuerem. E esta vintena entenda-sse taa çem liuras E nom mais como quer que o preito que tem seja de gram valia. E o vogado que esto pasar seja de maa nomeada como desuso dito he dada xxbi dias de feureiro era de mil iij xxiiij anos.” Ordenações del-Rei Dom Duarte, edição preparada por Martim de Albuquerque e Eduardo Borges Nunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p.175.

Previamente punição para a atuação maliciosa, negligente¹²² ou protelatória¹²³ de advogados, bem como para a parte que demandasse em juízo por algo que excedesse seu direito¹²⁴ ou por dívida ainda não vencida¹²⁵.

¹²² “a) Que pena deuem d’auer os uogados e procuradores que maliciosamente trautarem os feitos ou em elles forem negligentes Esse alguuns uogados alguas uegadas acharem que nom ueem aos feitos nem catarem per elles o direito das partes que ham d’aJudar per aquella maneira que conpre Como quer que dito seja que em-nos preitos de que for uencudo a parte que ha d’aJudar que nom leue sollairo della. E pero creçendo a malicia deue a creçer a pena E pera auer esta pena de ssa maldade E seer enxemplo aos outros de o nom fazerem deue a este seer defesso que nom uogue nhuum feito. Esto meesmo seja nos procuradores em os feitos de que forem procuradores feitas em estremoiz xbiij dias de feueiro Era de mjll iij Lx E anos”. Ordenações del-Rei Dom Duarte, edição preparada por Martim de Albuquerque e Eduardo Borges Nunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p.334.

¹²³ “Como os Juizes deuem consintir aos Vogados E procuradores que trautem os feitos malleçiosamente E que pea deue d’auer o que esto fezer. Outrossy he dito que os procuradores E uogados trazem maliçias E dellongas nos feitos maliçiosamente manda el Rey aos Juizes que nom consentam aos Vogados E procuradores maliçias nem dellongas que digam ou ponham nos feitos per pallaura ou per escriptura. E sse acharem que os dellongam ou trautam maliçiosamente . priuj’-os dos ofiçeos pera ssenpre E façan-lhes logo correger aa parte o dapno E a perda que per ssa maliçia ou mingua rreçeber . pellos beens desses vogados ou procuradores. E façom conprir E aguardar . a hordenaçom que el Rey pos per rrazom dos uogados E procuradores”. Ordenações del-Rei Dom Duarte, edição preparada por Martim de Albuquerque e Eduardo Borges Nunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p.356-357. “c) Como os Juizes nom deuem ssofrer aos vogados E procuradores que dellongem os feitos nem fallem os vogados em elles ataa que os juzes façom ssas perguntas. He dito que os Juizes ssofrem aos Vogados E procuradores mujtas deiongas E maliçias nos feitos que teem perante elles E que façom pitições E defesas E ponham rrazoes E allegaçoes que nom ssom de direjto nem de costume . nem de feito . nem ssom boas nem uerdadeiras E que fallam nos feitos ante que o ajam das partes contra o mandado E hordenaçom del Rey E por esto sse perdem os feitos E ssom enbargados os Juizes de fazerem direjto porem manda el Rey aos Juizes que nom ssofram aos uogados E procuradores que perante elles fallem nos feitos de que aynda nom ouuerem emformaçom de uerdade pellos Senhores dos feitos ssem leçença desses Juizes. E que outrossy nom ponham pitiçoes nem defesas nem outras allegaçoes de direjto nem de feyto ataa que pellos Jujzes sseiam feitas perguntas aas partes polla uerdade dos feitos que essas partes ouuerem . sse presentes esteuerem per ssy ou per sseus procuradores . em aquellas cousas em que cabe de preguntarem nos feitos que perante elles forem trautados . pellas partes ou per procuradores asy como he conthudo na hordenaçom del Rey. E sse os vogados ou procuradores contra esto fezerem . os Juizes lhes defendam que nom obrem mais desses ofiçeos . E sse dhi en deante obrarem delles prenda’-nos E tenha’-nos presos ataa mandado del Rey . E se os Jujzes esto nom aguardarem sseia-lhes estranhado como aaquelles que nom fazem em sseu oflçio o que deuem”. Ordenações del-Rei Dom Duarte, edição preparada por Martim de Albuquerque e Eduardo Borges Nunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p.358-359 .

¹²⁴ “b) TITULO XXXII. *Do que demanda em Juizo mais daquello, que lhe he devido.* TODO aquelle que demandar qualquer outro em Juizo sobre alguua Auçam pessoal , que naça, ou decenda dalguum contracto, ou quase contracto, perque lhe feja obriguado, ou geralmente por qualquer divida, que lhe deva , deve ser bem avisado, que nam demande mais daquello, que lhe verdadeiramente he devido; porque escrrpto he em Direito Cômuiu, que todo aquelle, que demanda em Juizo maliciosamente mais daquello, que lhe he devido, deve somente vencer aquella parte, que provar que lhé devida; e o Reo deve ser asolto em aquella parte, que se mostra nom ser obriguado. I E DEVEM as partes ser condenadas nas custas, assy como faõ vencidos, e vencedores, pero que o Autor deve ser condenado nas custas em tresdobro naquella parte, em que o Reo he afolto, polla malicia, e culpa, em que foy, dernandãdo o que nam devia , pois lhe nom era devido. E quando o demandador per inorancia, ou per simpreza sem outro enguano, e malicia demandasse ao Reo em Juizo mais daquello, que lhe fosse devido, em tal caso deve ser comdemnado nas custas singellas, ou em dobro, segundo a simplicidade

Durante o reinado de D. Manuel I foram promulgadas as ordenações manuelinas, igualmente em cinco livros, com acréscimo das alterações legislativas posteriores às ordenações afonsinas, mas em estilo mais conciso e sob maior influência do Direito canônico. Em 1603, no curso do reinado de Filipe II, entraram em vigor as ordenações filipinas, também com cinco livros.

A preocupação com a probidade processual permeou a trajetória do Processo Civil português. Destacam-se o juramento de calúnia¹²⁶, a jura de malícia e

ou culpa, em que for achado. 2 E PORQUE algumas vezes acontece, que os homens per palavras emganosas emduzem huus aos outros de maneira, que os fazem obrigar por Escripturas pubricas, ou per testemunhas a mais do que devem; e ainda depois que os ham assy enganados, aduzem-nos a Juizo pera lhes demandar aquello, porque os fizeram obrigar; e porque as cousas, que faõ feitas com enguano, devem-se desatar com Direito: Porem dizemos, que se o demandado poder provar o enguano, que lhe o demandador fizer, perca assy a verdadeira divida, como o que foi acrescentado maliciosamente na Carta, ou pormitimento, que foi feito amte essas testemunhas. E esto Ordenamos asy por duas rezoes; a primeira, por o emguano que fez o demandador ao demandado; a segunda, porque sendo sabedor que o avia emguanado maliciosamente, se atreueo ademanda-lo em Juiso, cuidando ainda emguanar o Juiz per aquella Carta ,ou prova, que avia contra seu devedor; pero se o demandador amte da Lide contestada se quisesse quitar do enguano, e se ouvesse por paguo da verdadeira divida, pode-o fazer, e nam caae porem em pena alguuma” Ordenações Afonsinas, Livro III. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p.115-116.

¹²⁵ “c) TITULO XXXIII. *Do que demanda seu devedor amte do tempo, que lhe he obriguado.* MUITAS vezes acontece, que alguus demandam seus devedores amte do tempo, a que lhe sam obriguados; e por lhe esto nam estar bem, Mandamos , e poemos por Ley, que se algum achado for, que faz tal demanda, nam seja a ella recebido. E se a depois quiser fazer ao tempo, que ha fazer possa, nom seja a ella recebido, a menos que pague ao Reo todallas custas, e despesas, que ouuer feitas na dita demanda amte do tempo começada; e alem desto averá o dito Reo duplicado todo aquello tempo, que falecia pera poder ser demandado, quando o Author primeiramente o demandou. I E PER semelhante Dizemos, que se hum homem fosse obriguado a outro sob alguuma condiçam, e esse Reo fosse demandado amte que a condiçam fosse comprida , nom seja ó Autor recebida a tal demanda; e se a fazer quiser depois que a condiçam for comprida, nam deve ser recebido a ello, a menos que pague ao dito Reo todallas custas, e despesas, que ouuer feitas na dita demanda primeira, feita amte da dita condiçam comprida.; e ainda alem defsto não poderá o dito Reo ser demandado a menos de nom ser passado outro tanto tempo, quanto avia depois da dita condiçam comprida ao tempo da primeira demanda começada” Ordenações Afonsinas, Livro III. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p.117-118.

¹²⁶ d) TITULO XXIX. *Do juramento de calunia.* TANTO que em qualquer feito a lide for contestada, loguo o Juiz de seu Officio sem outro requerimento das partes dee juramento de calunia assi ao Autor como ao Reo, o qual juramento será uniuersal pera todo o feito em esta forma: conuem a faber, o Autor jurará que nom moue essa demanda com tençam maliciosa, mas por entender que tem justa razam pera a mover , e proseguir atee fim; e bem assi o Reo jurará ,que justamente entende defender essa demanda, e nom aleguará , nem prouará em ella cousa aliqua per malicia, ou enguano, mas que verdadeiramente se defenderá sempre atee fim do feito , segundo sua consciencia. E se cada hua das portes fem justa razam recusar o dito juramento, se for Autor perderá toda auçam que teuer, e se for Reo será auido por confessado o que lhe o Autor demandar. E però que segundo Dereito ajam d’auer a dita pena, Queremos que seja assi julguado por sentença. I HA hi outro juramento de calunia, que se chama particular, e este se dá em toda parte do feito, assi ante da lide contestada, como despois em qualquer outro Auto, que aliqua das partes queira fazer, ou razam que alegue, se da outra parte o Juiz for requerido pera lhe dar o dito juramento, o qual se fará em esta forma: Conuem a saber , que em esta razam, que essa parte alegua, ou Auto que entende fazer , nom usará dalgua calunia, ou arte, e

a manquadra, por meio dos quais, em linhas gerais, o litigante deveria assegurar que não intentara o processo por ódio ou malquerença e que o fazia de boa-fé, acreditando na justiça de sua causa.

Desde as ordenações afonsinas exigia-se que, em qualquer processo, tão logo ocorresse a contestação, o juiz, de ofício, colhesse o juramento de calúnia, do demandante e do demandado. Ao autor cabia jurar que não litigara com intenção maliciosa, incumbindo ao réu jurar que se defenderia conforme a sua consciência, sem atuar de má-fé na apresentação de sua defesa¹²⁷.

3.1.3.2 A influência da Revolução Francesa

Consabido, como mencionado em linhas anteriores, que a Inglaterra foi palco da primeira revolução burguesa ocorrida na Europa. A Revolução Inglesa (1640-1688) criou um ambiente propício ao avanço do capitalismo e as condições necessárias para o advento da Revolução Industrial, no século XVIII, além de transformar a Inglaterra em uma monarquia parlamentarista.

Concomitantemente, com a influência católica afastada definitivamente do Estado inglês, uma maior liberdade de expressão permitiu o início do desenvolvimento local do ideal iluminista, que teve, na Inglaterra, John Locke e Edward Gibbon como seus principais expoentes.

enguano, mas que obrará hi bem, e verdadeiramente segundo sua conciencia : e se algua das partes, sendo requerida per o Juiz pera fazer o dito juramento, o recusar fem justa razam , auerá a pena contheuda no capitolo suso eferito. E posto que as partes principaes quando sam presentes deuem necessariamente por *si* fazer os ditos juramentos: Conuem a saber , uniuersal, e particular; però se os Procuradores forem requeridos pera os fazer em seu nome, falos-ham em esta forma: Conuem a saber, que elles trabalharam a todo seu verdadeiro poder , como as partes que ajudarem aleguem soamente o que for justo, e razoado, porque justamente possam auer vitoria de seus feitos, e quanto em elles for nom leixaram por seu estudo cousa algua, per que o Dereito de suas partes possa perecer, nem aleguaram per si, nem lhes daram conselho, que aleguem , ou prouem algua cousa, ou razam, per que o preito sem justa razam seja perlonguado, ou a parte contraira danificada. E este juramento faram os Procuradores das ditas partes em seu nome; como Procuradores, aalem do juramento que fazem as partes principaes, como dito he.

¹²⁷ Ordenações Afonsinas: livro III, título 39. Ordenações Manuelinas: livro III, título 29. Ordenações Filipinas: livro III, título 43.

Contudo, foi na França que se delinearão as principais ideias do iluminismo, destacando-se a filosofia de Voltaire, Diderot e Montesquieu.

A França era um Estado católico, sujeito à autoridade religiosa de Roma, que passou a vivenciar questionamentos quanto à sua política de intolerância e censura. A tensão entre aquela sociedade católica e feudal e as novas correntes protestantes e mercantis, além de um crescente descontentamento com a política imposta pelo Rei Luís XVI, formaria um conjunto que daria início à Revolução Francesa, em 1789.

A nova ordem jurídica francesa influenciou diversos ordenamentos jurídicos. À época, ainda vigiam em Portugal as ordenações filipinas, que se mantiveram até o século XIX.

Algumas das disposições das ordenações filipinas se aplicaram ao ordenamento brasileiro até a entrada em vigor do Código Civil de 1916. Foram sucedidas, em Portugal, pelo Decreto nº 24, de 16 de maio de 1832, pela novíssima reforma judiciária (autorizada pela Carta de Lei de novembro de 1840)¹²⁸ e pelo Código de Processo Civil português (08 de novembro de 1876¹²⁹).

Um novo Código de Processo Civil foi aprovado em 1939, prevendo o dever de veracidade e mantendo a previsão de imposição de multa e indenização à parte que houvesse litigado de má-fé¹³⁰. Após várias reformas, um novo diploma adjetivo passou a vigorar em 24 de abril de 1962¹³¹.

¹²⁸ A reforma previa, no art. 261: “Quando o réo fundar sua defeza, ou algum ponto della em titulo que lhe seja necessario mandar vir de fóra, assim o declarará na contrariedade em uma nota ao artigo, ou artigos, que pretender provar com esse título, fazendo delle, e de todas as circunstancias que lhe forem relativas, uma breve exposição na mensma nota. O Juiz, deferindo-lhe juramento de calúnia, poderá para sua apresentação conceder-lhe um praso, que nunca excederá quatro mezes; e o réo, que pedir este praso maliciosamente, e decahir da demanda, ou por não apresentar o titulo, ou por elle não fazer o bem de sua justiça, pagará o dobro da multa, que aliás deveria pagar pela perda da demanda.”. O juramento de calúnica era exigido também para opposição de embargos de terceiro (art. 636).

¹²⁹ O CPC Português de 1876 preceituava, no art. 121: “Quando o juiz entender que a parte vencida litigou de má-fé, impor-lhe-á na sentença a multa de 10% do valor em que decair.”

¹³⁰ Art. 465. “Tendo a parte litigado de má-fé, será condenada a uma multa e uma indenização à parte contrária, se esta a pedir”.

Seguiram-se, ainda, as expressivas alterações de 1967, e modificações pontuais em 1977, 1979, 1985, 1995, 1996, 2000, 2003, 2007 e 2008, até a promulgação de um novo Código de Processo Civil em 2013, que será objeto de maior aprofundamento nos capítulos seguintes.

3.1.4 O Direito brasileiro

No Brasil, após a proclamação da independência, em virtude do Decreto de 20 de outubro de 1823, da Assembleia Geral Constituinte, a legislação portuguesa manteve vigência quanto ao que não fosse contrário à soberania nacional. O Processo Civil passou por pequena reforma, em 1832, decorrente da “Disposição provisória acerca da administração da Justiça civil” e foi posteriormente alterado pela Lei de 3 de dezembro de 1841 e pelo Decreto n.º 143, de 15 de março de 1842.

Após a promulgação do Código Comercial de 1850 entrou em vigor o Regulamento nº 737, que tratou do regramento atinente ao processo em matéria comercial. As causas não comerciais, contudo, continuaram a ser reguladas pelas ordenações e outras normas, posteriormente compiladas na “Consolidação das leis do Processo Civil”, aprovada pela Resolução Imperial de 28 de dezembro de 1876.

Com a proclamação da República, o governo provisório determinou, por intermédio do Decreto 763/1890, que às causas cíveis também fosse aplicado o Regulamento 737, mantendo-se a vigência das ordenações a processos especiais e de jurisdição voluntária. A partir da Constituição de 1891 foi estabelecida a forma federativa, autorizando-se cada estado a legislar em matéria processual e a organizar sua Justiça.

A Constituição de 1934 reestabeleceu o sistema processual unificado, centralizando na União a competência para elaboração de leis

¹³¹ O Código previa, em seu art. 264: “2) As partes têm, porém, o dever de, conscientemente, não formular pedidos ilegais, não articular factos contrários à verdade nem requerer diligências meramente dilatórias .”

processuais. Em 1939 foi promulgado o Código de Processo Civil, revogado pelo diploma de 1973.

No que toca às regras de moralidade processual, antes mesmo do Código de Processo Civil de 1939 já existiam normas proibitivas do abuso e da malícia¹³².

Contudo, a forte influência da doutrina privatística do processo impedia maiores intervenções em relação à atividade das partes e quanto à aplicação de sanções à míngua de expressa previsão¹³³. Aliás, mais uma vez é identificável a grande influência da declaração de direitos do homem e do cidadão, que já permeava o ordenamento brasileiro desde a Constituição de 1924¹³⁴.

Ao tempo em que o juramento de calúnia entrava em desuso, mantinha-se a preocupação de se evitar a má-fé dos litigantes. O Código de Processo Civil de 1939 abrigou expressa previsão do dever de veracidade. Em seu art. 3º tratou do abuso do direito de demandar¹³⁵ e, no art. 63, previa a imposição de

¹³² Disposição Provisória acerca da Administração da Justiça Civil, de 29 de novembro de 1832, e Regulamento nº 737 (arts. 87, 94, 337) e Decreto 3.084, de 1898 (arts. 127, 187, § 2º, 281, 435, 524, 764 e 765).

¹³³ Paula Baptista, discorrendo sobre o juramento de calúnia, assevera que “o juramento de calúnia, que a princípio foi decretado para muitos actos, e depois passou para o Cód. de Justiniano *in initio litis* (L, 1, C. de jure, propt. Calumn. Nov. 49.c.4 e ult.) era considerado como forte garantia de boa-fé e sincera convicção dos litigantes(...)Mas hoje(...)o *juramento de calúnia* se acha abolido (...)”. PAULA BAPTISTA, *1ª edição do Compêndio de Theoria e Practica do Processo Civil*, Recife, 1855.

¹³⁴ Calha consignar que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão dispôs que a “liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei” (art. 4º); a “Lei não proíbe senão as acções prejudiciais à sociedade. Tudo aquilo que não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene” (art. 5º); a “Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada” (art. 8º).

¹³⁵ “Art. 3º - Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro.
Parágrafo único - O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo”.

sanção pecuniária à parte vencida que houvesse alterado intencionalmente a verdade ou procedido com dolo, fraude, violência ou simulação¹³⁶.

Com o advento da Lei 4.632/65, tornou-se obrigatória a condenação do vencido ao pagamento dos honorários advocatícios do vencedor, erigindo a mera sucumbência a pressuposto único para condenação em honorários.

O Código de Processo Civil de 1973 explicitou, de forma coesa, porém vulnerável¹³⁷, quem poderia ser considerado litigante de má-fé e as punições que lhe seriam correspondentes (arts. 16, 17 e 18), seguindo os modelos de Portugal (art. 356, nº 2) e Colômbia (art. 74).

¹³⁶ “Art. 63. Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado.

§ 1º - Quando , não obstante vencedora, a parte se tiver conduzido de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, o juiz deverá condená-la a pagar à parte contrária as despesas a que houver dado causa.

§ 2º - Quando a parte, vencedora ou vencida, tiver procedido com dolo, fraude, violência ou simulação, será condenada a pagar o décuplo das custas.

§ 3º - Se a temeridade ou malícia for imputável ao procurador, o juiz levará o caso ao conhecimento do Conselho local da Ordem dos Advogados do Brasil, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior”.

¹³⁷ Alcides de Mendonça Lima critica a vulnerabilidade do sistema, pela necessidade de apreciação subjetiva, consignando que “basta atentar para a redação dos vários incisos do art. 17, para compreender-se a dificuldade de enquadrar-se qualquer dos litigantes - autor, réu e interveniente - na situação de estar agindo com má-fé. A “falta de fundamento” tem de ser desconhecida “razoavelmente”; a alteração dos fatos tem de ser “intencional”, e não acidental ou por ignorância; a omissão dos fatos essenciais também tem de ser “intencional” e, não, atribuída a mero erro ou lapso na exposição; ou o uso ilegal do processo. Essa última hipótese é de mais fácil caracterização, como, v.g., segundo o exemplo corrente, a propositura da ação de anulação de casamento, concluídos os cônjuges com as testemunhas para a prova dos fatos (embora, com a lei de divórcio, dita ação tenha perdido o interesse, mas, antes, era necessária, para possibilitar novo casamento, a ser atingido em sua validade apenas até dois anos do ato). Os demais casos, praticamente, não poderão ser provados, pois dependerão de fatores quanto às partes (grau de cultura; formação; interesse, etc.) e quanto aos juízes que atuem, nos vários graus (mentalidade; temperamento liberal ou rigoroso; orientação filosófica, etc.).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 ”. LIMA, Alcides. Abuso do direito de demandar. Revista de Processo, n. 19, Ed. Revista dos Tribunais, jul/set 1980, p.61. Celso Agrícola Barbi, por outro lado defende que a análise do elemento subjetivo é necessária para a condenação por litigância de má-fé, fazendo-se necessária a ocorrência, ao menos, de culpa grave, tal qual ocorre no Direito português, resguardando-se a presunção de inocência e oportunizando-se que a parte se defenda. BARBI, Celso Agrícola. Responsabilidade do litigante temerário pelo dano processual. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dezembro de 1977, p. 358.

Com a promulgação do novo Código de Processo Civil, em 2015, houve importantes modificações no regime da litigância de má-fé, que serão abordadas em capítulos específicos deste trabalho.

3.2 A boa-fé processual

Não se olvida de que a pacificação é um dos objetivos da jurisdição e de que a boa-fé entre os litigantes deve nortear todo o sistema processual¹³⁸.

Gualberto Lucas Sosa, ao abordar o abuso dos direitos processuais, o conceitua como “*la conducta que importa una desviación del derecho en cuanto a su función, contrariando los fines de la norma o las reglas de la moral, la buena fe o las buenas costumbres*”¹³⁹.

Duras críticas vêm sendo registradas ao excesso de garantismo que caracteriza os ordenamentos europeus, atribuído à tradição anglo saxônica de jurisdicionalização e à culpa alemã decorrente do período nazista, ressaltando-se que se busca a proteção das pessoas contra as medidas tomadas pelo Estado, inclusive em sua função judiciária, concedendo-se amplos direitos aos demandados em contraponto a uma incredulidade quanto à posição do autor da demanda, antagonismo que estimula a “astúcia das partes e a timidez do Tribunal”¹⁴⁰.

Nos moldes do que foi consignado nas linhas preliminares deste estudo, uma maior palidez dos tribunais parece ter origem no ideal libertário da Revolução Francesa, que colocou todo o aparato estatal – inclusive o responsável pela função judicante – em posição de desconfiança, externando-se, em certa medida, uma presunção de que a Justiça tenderia ao cometimento de abusos.

De outro giro, em contraponto às críticas ao garantismo, afirma-se que é preferível elevar ao máximo as garantias constitucionais, ainda que resultem

¹³⁸ Na lição de Osvaldo Alfredo Gozáni: “Los sistemas auxiliares de la jurisdicción, o complementarios (también llamados equivalentes), trabajan sobre una fórmula diferente a la que lleva a cabo el litigio. Mientras en éste se busca la victoria, en los medios alternativos la idea es pacificar. Los errores del sistema tradicional afinan en la persecución absoluta de la razón a toda costa, y en la utilización de cuanta herramienta se encuentre para alcanzar ese fim, que no es otro que derrotar al adversario. En un modelo que trabaja sobre la lucha, es evidente la necesidad de reglas, y, esencialmente, la consagración de un principio incanjeable para aplicar el sistema: la buena fe entre litigantes”. GOZÁNI, Osvaldo Alfredo. *Temeridad y malicia en el proceso*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010, p.15.

¹³⁹ SOSA, Guarlberto Lucas. *Abuso de derechos procesales* in MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 50.

¹⁴⁰ CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa in agendo*. Coimbra: Almedina, 2006.

em algum prejuízo à marcha processual. Afinal, o processo não é um jogo ou um exercício acadêmico, mas um instrumento para o reconhecimento de direitos, pelo que se mostraria descipienda a imposição de regras de cortesia diversas das que existem em outros setores da sociedade, não se devendo limitar desnecessariamente as garantias processuais¹⁴¹.

É certo, contudo, que a tolerância de um sistema processual às chicanas enfraquece sua capacidade de resolver litígios e, em linhas últimas, mitiga a autoridade do Poder Judiciário para a promoção da pacificação social.

A imposição da boa-fé processual destina-se a salvaguardar a moralidade e a eficácia processuais, com destaque à soberania e ao prestígio da Justiça, enfatizando-se a obrigatoriedade do respeito às suas decisões. Não é instituto que se presta a tutelar, de modo prioritário, interesses privados das partes, “mas sim um interesse público de respeito pelo processo, pelo Tribunal e pela Justiça¹⁴²”, competindo aos litigantes “atuar como pessoas de bem, com correção e

¹⁴¹ Calha trazer à baila a reflexão de Francisco Ramos Mendez: “Modern procedural systems all recognize a series of fundamental guarantees. On occasions, the use of these guarantees results in apparently useless debates which consume time and procedural activity. For such reason, the broad construction of guarantees has been criticized by doctrine. I do not share this approach. In my opinion, it is preferable to assume this risk, rather than to argue abuse of procedural rights. In case of doubt, it is preferable to foster constitutional guarantees to the maximum, even if this leads to an extensive procedural activity. (...) One of them adopts the authoritarian approach, which aims at converting the judge into a guardian of procedural fair play. To do so, the judge has to strive to identify inappropriate conduct on the part of litigants and their representatives and consult a catalogue of fines and other dissuasive measures to impede such. According to this view, the contradiction system should resemble a gentlemanly contest without discord and with an abundance of compliments. I feel that this authoritarian approach highlights the trend to consider the citizen as the cause of the backlog in the Courts of Justice and tries to dissuade him from making use of the procedure system. I do not support this model. In contrast to this view, there is more liberal approach. As in most cases the citizen is obliged to use State Courts, there is the view that he must be given ample freedom to use the procedural system. Litigation is neither a game nor an academic exercise. It is an instrument for the creation of rights. There is no reason to implement, in this sector, courtesy rules or conduct different from those which exist in other social sectors. Litigation, which embodies the fight for the Law, reveals the same tensions as found in the rest of society. A reasonable stand is to accept these. The real protagonists of litigation are the citizens, not the courts. Let the former vent their feelings. Let us not unnecessarily limit the framework of procedural guarantees.”. MÉNDEZ, Francisco Ramos. Abuse of procedural rights? Spain and Portugal. *In* TARUFFO, Michele. *Op. Cit.* pgs. 187-189/190.

¹⁴² ALBUQUERQUE, Pedro. Responsabilidade processual por litigância de má-fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo. Coimbra: Almedina, 2006, p. 55.

lealdade e com respeito pelos demais princípios do processo, na medida em que lhes caiba acatá-los¹⁴³”.

Conforme abordado nos capítulos anteriores, é cediço, com uma quase unanimidade filosófica, que o homem deve se direcionar ao comportamento virtuoso, utilizando-se da razão – e não da força; deve posicionar-se de forma justa e jamais arbitrária e que deve ser obediente às leis e controlar suas paixões e impulsos pessoais, buscando o seu próprio bem e o bem da coletividade, competindo ao legislador conduzi-lo em uma permanente jornada rumo a excelência moral.

E, na mesma esteira, é certo que tais diretrizes se justificam, no plano processual, pela obrigatoriedade de observância dos princípios da oficialidade, igualdade, contraditório, lealdade e cooperação.

É este o balizamento para se delinear um padrão ideal de comportamento das partes, apto a balizar reflexões mais densas para formulação de uma teoria geral acerca da ética processual.

3.2.1 A experiência brasileira

No Brasil, o princípio da boa-fé processual, segundo parte da doutrina, abriga suporte constitucional, podendo ser extraído dos arts. 1º, III¹⁴⁴; 3º, I¹⁴⁵; 5º, *caput*¹⁴⁶; 5º, LIV¹⁴⁷ e 5º, LV¹⁴⁸, da Constituição da República.

¹⁴³ RODRIGUES, Fernando Pereira. O novo Processo Civil. Os princípios estruturantes. Coimbra: Almedina, 2013, p. 247.

¹⁴⁴ Dignidade da pessoa humana: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

¹⁴⁵ Solidariedade: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

¹⁴⁶ Igualdade: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Em sede infraconstitucional, está previsto no art. 14, II, do Código de Processo Civil de 1973¹⁴⁹ e art. 5º do novo Código de Processo Civil¹⁵⁰.

Em ambas as codificações, optou-se pela adoção de uma cláusula geral de boa-fé, seguida da pormenorização dos deveres das partes¹⁵¹ ¹⁵² e das

¹⁴⁷ Devido processo legal: “LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”. Joan Pico I Junoy defende que o princípio da boa-fé deriva da regra do devido processo legal e limita o direito de defesa em proteção à efetividade da tutela. JUNOY, Joan Pico i. El debido proceso legal. Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima: Palestra, 2006, v. 9, p. 345.

¹⁴⁸ Contraditório: “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Antônio do passo Cabral defende o princípio do contraditório (fonte de direitos e deveres) como fundamento da boa-fé objetiva processual. CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2005, n. 126, p. 63.

¹⁴⁹ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (...) II – proceder com lealdade e boa-fé.

¹⁵⁰ Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

¹⁵¹ CPC de 1973:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

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.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Art. 15. É defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las.

Parágrafo único. Quando as expressões injuriosas forem proferidas em defesa oral, o juiz advertirá o advogado que não as use, sob pena de lhe ser cassada a palavra.

¹⁵² Novo CPC:

Dos Deveres

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 – deixar de formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

condutas atentatórias à dignidade da justiça e caracterizadoras da litigância de má-fé.

Em sua redação anterior, o Código de Processo Civil previa três modalidades de violação ao dever de boa-fé: a litigância de má-fé, a prática de ato atentatório à dignidade da justiça e o cometimento de ato atentatório ao exercício da jurisdição.

O desrespeito à autoridade do Poder Judiciário, em sendo praticado no curso do processo de execução, caracterizaria o ato **atentatório à dignidade da justiça**. Se relacionado ao cumprimento dos provimentos mandamentais, definir-se-ia como **ato atentatório ao exercício da jurisdição**.

III – não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV – cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza antecipada ou final, e não criar embaraços a sua efetivação;

V – declinar o endereço, residencial ou profissional, onde receberão intimações no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI – não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

§ 3º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se ao fundo previsto no art. 97.

§ 4º A multa prevista no § 2º poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 521, § 1º, e 534.

§ 5º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até dez vezes o valor do salário mínimo.

§ 6º Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.

§ 7º Reconhecida violação ao disposto no inciso VI, o juiz determinará o restabelecimento do estado anterior, podendo, ainda, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação do § 2º.

§ 8º O representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em sua substituição.

Art. 78. É vedado às partes, a seus procuradores, aos juízes, aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e a qualquer pessoa que participe do processo empregar expressões ofensivas nos escritos apresentados.

§ 1º Quando expressões ou condutas ofensivas forem manifestadas oral ou presencialmente, o juiz advertirá o ofensor de que não as deve usar ou repetir, sob pena de lhe ser cassada a palavra.

§ 2º De ofício ou a requerimento do ofendido, o juiz determinará que as expressões ofensivas sejam riscadas e, a requerimento do ofendido, determinará a expedição de certidão com inteiro teor das expressões ofensivas e a colocará à disposição da parte interessada.

Assim se pronunciava o anterior diploma adjetivo acerca do ato atentatório à dignidade da justiça:

Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o **ato do executado** que:

I - frauda a execução;

II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III - resiste injustificadamente às ordens judiciais;

IV - não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução;

IV - intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.

Observa-se, com nitidez, o enfoque patrimonial deste dispositivo, que objetivava resguardar o crédito do exequente. Malgrado o *nomem juris*, não se trata de norma destinada a assegurar a dignidade da justiça, mas de regra de proteção ao credor.

Ambas as codificações – o Código de Processo Civil de 1973 e o Código de Processo Civil de 2015 - incumbiram o juiz do dever genérico de reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça^{153 154 155}.

Quanto ao **ato atentatório ao exercício da jurisdição**, era o seguinte o texto legal, no regramento processual anterior:

¹⁵³ CPC de 1973:

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
(...)

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;

¹⁵⁴ Novo CPC:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
(...)

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

¹⁵⁵ Mário Masciotra, fazendo menção a texto de Rainer Sprung, e tecendo comentários sobre a função do juiz a partir da ZPO austríaca, lembra que “el juez no se limita a juzgar, antes bien, administra y conduce el proceso desde el inicio hasta el final. Él, a tal fin, cuenta con amplios poderes discrecionales, con la obvia consecuencia de que nos es más, como en los ordenamientos liberales, una marioneta que puede moverse sólo si las partes le tiran los hilos, sino el director, el timonel, el representante profesional del bien común, aquel a quien el legislador asigna la delicadísima tarea de asegurar que en el proceso, instituto de derecho publico, sean también satisfechos, junto con los intereses de las partes, los más altos valores sociales. Es por ello que los jueces, los abogados y las partes deben colaborar en la formación de una decisión justa”. MASCOTRA, Mário. Poderes-deberes del juez en el proceso civil. Buenos Aires: Astrea, 2014, p.19.

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

(...)

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, **a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição**, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Neste dispositivo, finalmente se observa um maior caráter publicista, com a criação de um dever genérico de cumprimento dos comandos judiciais, cujo desatendimento poderia ser objeto de sanção, que, embora tímida, se prestaria a assegurar a autoridade do juiz e o pleno exercício da jurisdição.

Tal modalidade foi abolida pelo atual Código de Processo Civil, passando a ser absorvida por um rol alargado de condutas caracterizadoras de ato atentatório à dignidade da justiça.

A litigância de má-fé, por sua vez, se caracterizaria pelo dano potencial à parte contrária e dano marginal ao Estado-juiz, nas hipóteses previamente estipuladas pelo Código de Processo Civil, quais sejam: a dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; a alteração da verdade dos fatos; o uso do processo para finalidade ilegal; a oposição de resistência injustificada ao andamento processual; o comportamento temerário em qualquer incidente ou ato do processo; a provocação de incidentes manifestamente infundados e a interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório¹⁵⁶.

¹⁵⁶ CPC de 1973:

Art. 17. Reputa-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;

O novo Código de Processo Civil não trouxe qualquer inovação quanto à **caracterização** do litigante de má-fé, prevendo as mesmas sete hipóteses do diploma anterior¹⁵⁷. Por outro lado, houve substancial alteração quanto às **punições** previstas para o litigante de má-fé.

Enquanto, pela redação anterior, o infrator seria punido com multa que não poderia exceder 1% (um por cento) do valor da causa e condenado a indenizar a parte contrária pelos prejuízos sofridos, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da demanda¹⁵⁸, o novo Código de Processo Civil prevê aplicação de multa entre 1% (um por cento) e 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, acrescido de indenização em montante a ser fixado livremente pelo juiz¹⁵⁹.

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo
 V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
 VI - provocar incidentes manifestamente infundados.
 VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

¹⁵⁷ Novo CPC:

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;
 VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

¹⁵⁸ CPC de 1973:

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

¹⁵⁹ Novo CPC:

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, e a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu, além de honorários advocatícios e de todas as despesas que efetuou.

O Superior Tribunal de Justiça, após análise de divergência entre os julgados REsp n. 861.471/SP (Quarta Turma, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha), REsp n. 872.978/PR (Segunda Turma, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques), AgRg no Ag n. 1.378.845/PR (Quarta Turma, de relatoria do Ministro Raul Araújo) e EDcl no REsp n. 816.512/PI (Primeira Seção, que teve como relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho), concluiu, ainda sob a égide do diploma processual anterior, que a indenização nas hipóteses de litigância de má-fé prescinde de demonstração de prejuízo¹⁶⁰.

Noutro pórtico, foi suprimida a figura do ato atentatório ao exercício da jurisdição, ampliando-se, todavia, o rol de condutas atentatórias à dignidade da justiça.

A prática de ato atentatório à dignidade da justiça, em ambos os diplomas, é punida com multa não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa.

O Novo Código de Processo Civil ampliou o rol das pessoas imunes a tal punição, instituindo que os advogados públicos ou privados e os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público ficam sujeitos apenas ao poder

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até dez vezes o valor do salário mínimo.

§ 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz, ou, caso não seja possível mensurá-la, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

¹⁶⁰ PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. ARTIGO 18, CAPUT E § 2º, DO CPC. NATUREZA REPARATÓRIA. PROVA DO PREJUÍZO. DESNECESSIDADE. 1. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a indenização prevista no art. 18, caput e § 2º, do códex processual tem caráter reparatório (ou indenizatório), decorrendo de um ato ilícito processual. Precedente da Corte Especial, julgado pelo rito do artigo 543-C do CPC. 2. **É desnecessária a comprovação do prejuízo para que haja condenação ao pagamento da indenização prevista no artigo 18, caput e § 2º, do Código de Processo Civil, decorrente da litigância de má-fé.** 3. Embargos de divergência conhecidos e providos. EREsp 1133262/ES (Luis Felipe Salomão).

sancionatório de suas respectivas corregedorias, cabendo ao magistrado oficial-lhes relatando eventual conduta imprópria.

O novo diploma adjetivo civil considera atos atentatórios à dignidade da justiça: o descumprimento ou criação de embaraço quanto às decisões judiciais¹⁶¹, a inovação legal no estado de fato de bem ou direito litigioso¹⁶², a infidelidade do depositário¹⁶³, o não comparecimento do autor ou réu à audiência de conciliação¹⁶⁴, a suscitação infundada de vício com o objetivo de ensejar a desistência do arrematante¹⁶⁵, o oferecimento de embargos protelatórios¹⁶⁶ e outras

¹⁶¹ Dos Deveres

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:

IV – cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza antecipada ou final, e não criar embaraços a sua efetivação;

¹⁶² Dos Deveres

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:

VI – não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

¹⁶³ Art. 161. O depositário ou o administrador responde pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar à parte, perdendo a remuneração que lhe foi arbitrada, mas tem o direito a haver o que legitimamente despendeu no exercício do encargo.

Parágrafo único. O depositário infiel responde civilmente pelos prejuízos causados, sem prejuízo de sua responsabilidade penal e da imposição de sanção por ato **atentatório à dignidade da justiça**.

¹⁶⁴ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. (...)

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato **atentatório à dignidade da justiça** e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

¹⁶⁵ Art. 903. Qualquer que seja a modalidade de leilão, assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, a arrematação será considerada perfeita, acabada e irretratável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado ou a ação autônoma de que trata o § 4º deste artigo, assegurada a possibilidade de reparação pelos prejuízos sofridos. (...)

§ 6º Considera-se ato atentatório à dignidade da justiça a suscitação infundada de vício com o objetivo de ensejar a desistência do arrematante, devendo o suscitante ser condenado, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos, ao pagamento de multa, a ser fixada pelo juiz e devida ao exequente, em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do bem.

¹⁶⁶ Art. 918. O juiz rejeitará liminarmente os embargos:

I - quando intempestivos;

II - nos casos de indeferimento da petição inicial e de improcedência liminar do pedido;

III - manifestamente protelatórios.

cinco situações que englobam embaraços próprios ao processo de execução, estas últimas similares às hipóteses previstas no diploma anterior^{167 168}.

A prática de ato atentatório à dignidade da justiça, na redação anterior do Código de Processo Civil, acarretaria, além das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, a incidência de multa, não superior a vinte por cento do valor da causa, que deveria ser inscrita em dívida ativa da União ou do Estado.

O mesmo patamar foi mantido no novo Código de Processo Civil, que previu sanção diversa apenas para o não comparecimento à audiência conciliatória (multa de 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa), hipótese inexistente na redação anterior.

Nas hipóteses de **descumprimento de determinação judicial** e de **inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso**, a multa, caso não seja paga no prazo fixado pelo juiz, será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado, sujeita às regras da execução fiscal, e será revertida em favor do fundo de modernização do Poder Judiciário.

Parágrafo único. Considera-se **conduta atentatória à dignidade da justiça** o oferecimento de embargos manifestamente protelatórios.

¹⁶⁷ Novo CPC:

Art. 774. Considera-se **atentatória à dignidade da justiça** a conduta comissiva ou omissiva do executado que:

I - frauda a execução;

II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III - dificulta ou embaraça a realização da penhora;

IV - resiste injustificadamente às ordens judiciais;

V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.

¹⁶⁸ O CPC de 1973 diferenciava “atos atentatórios ao exercício da jurisdição” (processo de conhecimento) de “atos atentatórios à dignidade da justiça” (processo de execução). Vale mencionar:

Art. 600. Considera-se **atentatório à dignidade da Justiça** o ato do executado que:

I - frauda a execução;

II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III - resiste injustificadamente às ordens judiciais;

IV - intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.

Nas situações relacionadas ao processo de execução, a multa deverá ser revertida em favor do exequente e poderá ser executada nos mesmos autos.

Ambos os Códigos de Processo Civil fazem menção, ainda, à nulidade da citação maliciosamente praticada fora das prescrições legais^{169 170}; multa pela citação por edital, sob falsa e dolosa afirmação de pressupostos inexistentes^{171 172} e condenação em perdas e danos, quando declarada inexistente a obrigação que ensejou a execução^{173 174}, sendo relevante, ainda, ressaltar a existência de hipóteses de responsabilidade criminal, como no crime de fraude à execução (art. 179 do Código Penal¹⁷⁵).

Conforme abordaremos em tópico específico, não houve qualquer alteração quanto à punição pelo excesso de linguagem, cabendo ao juiz mandar

¹⁶⁹ CPC de 1973:

Art. 247. As citações e as intimações serão nulas, quando feitas sem observância das prescrições legais.

¹⁷⁰ Novo CPC:

Art. 280. As citações e as intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais.

¹⁷¹ CPC de 1973:

Art. 233. A parte que requerer a citação por edital, alegando dolosamente os requisitos do art. 231, I e II, incorrerá em multa de 5 (cinco) vezes o salário mínimo vigente na sede do juízo.

Parágrafo único. A multa reverterá em benefício do citando.

¹⁷² Novo CPC:

Art. 258. A parte que requerer a citação por edital, alegando dolosamente a ocorrência das circunstâncias autorizadas para sua realização, incorrerá em multa de 5 (cinco) vezes o salário-mínimo.

Parágrafo único. A multa reverterá em benefício do citando.

¹⁷³ CPC de 1973:

Art. 574. O credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução.

¹⁷⁴ Novo CPC:

Art. 776. O exequente ressarcirá ao executado os danos que este sofreu, quando a sentença, transitada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que ensejou a execução.

¹⁷⁵ **Fraude à execução**

Art. 179 - Fraudar execução, alienando, desviando, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante queixa.

riscar os escritos ofensivos ou cassar a palavra daquele que pronunciar ofensas verbalmente, sem qualquer previsão de sanção pecuniária. Neste assunto, a inovação ocorreu apenas quanto à extensão das regras de linguagem ao próprio magistrado¹⁷⁶, em possível redundância normativa em razão do dever de urbanidade já previsto na lei orgânica da magistratura¹⁷⁷.

Neste contexto, é notório que o novo Código de Processo Civil trouxe importantes avanços quanto à proteção direta do direito das partes, apresentando poucas alterações quanto às sanções aplicáveis pelo desrespeito ao juízo.

3.2.2 A experiência portuguesa

O art. 8º do Código de Processo Civil português dispõe que as partes “devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior¹⁷⁸”.

¹⁷⁶ Art. 78. É vedado às partes, a seus procuradores, **aos juízes**, aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e a qualquer pessoa que participe do processo empregar expressões ofensivas nos escritos apresentados.

¹⁷⁷ Art. 35 - São deveres do magistrado:

(...)

IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência.

¹⁷⁸ Artigo 7.º (Princípio da cooperação)

1 — Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

2 — O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3 — As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º

4 — Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

O princípio da cooperação contribui para que o processo judicial se transforme em uma comunidade de trabalho¹⁷⁹, fundando-se a boa-fé, ainda, nos princípios da tutela da confiança e da primazia da materialidade subjacente¹⁸⁰.

Menezes Cordeiro considera que a ordem jurídica portuguesa é incapaz de resolver os litígios em tempo útil e enfatiza a vasta ocorrência de “chicanas, desconsiderações, demoras incompreensíveis e inexplicáveis, diligências sufocantes e inúteis e de decisões esvaziadas pelo decurso do tempo”, que, embora sejam nocivas para o sistema, geram algum tipo de vantagem para uma das partes, esclarecendo que “o mal do sistema advém, de facto, da complexidade das leis, da extraordinária multiplicação dos atos processuais e do modo por que as partes litigam”.

No mesmo sentido, a lição de Artur César de Souza, que ressalta que os procuradores/advogados são os principais responsáveis pela rápida ou lenta solução da lide¹⁸¹.

É certo que a boa-fé é figura dominante no âmbito do Direito substantivo, da celebração à execução de qualquer negócio jurídico, sendo consectário lógico que igualmente permeie as regras de Direito adjetivo. Ademais, a

¹⁷⁹ “Os princípios que regem o processo civil, nomeadamente os da igualdade e da cooperação, **que fazem com que o processo judicial em curso se transforme numa comunidade de trabalho**, não podem fazer impender sobre uns – aqui, as partes – os deveres de cumprimento dos respectivos ónus em sede recursiva, nomeadamente os que resultam do normativo inserto no artigo 690º-A, nº1, alíneas a) e b) do CPCivil, e dispensar outros – no caso, o Tribunal – do correspondente ónus de apreciação precisa e específica, que sobre si recai, da apreciação da matéria de facto impugnada, com o cumprimento cabal do disposto no artigo 712º, nº2, daquele diploma legal.”. (grifei). Supremo Tribunal de Justiça. Processo: 41/06.4TBCSC.L1.S1; Relatora: Ana Paula Boularot. Data do acórdão: 21 de março de 2012.

¹⁸⁰ Esclarece Fernando Pereira Rodrigues que “a tutela da confiança tem lugar quando uma pessoa tenha desenvolvido uma atuação baseada numa esperança, ou expectativa, alicerçada em razões atendíveis e que não possa deixar de ser satisfeita sem causar prejuízo. A primazia da materialidade subjacente significa que nas soluções de direito para cada caso concreto, através dos preceitos legais, a aferição das condutas tem de ser feita, por imposição da boa-fé, e, termos materiais, de acordo com as consequências que envolvem. Assim, não é suficiente indagar se a conduta da pessoa se apresenta em conformidade formal com a ordem jurídica, sendo ainda necessário verificar se, no plano material, ficam efetivamente protegidos os valores em presença, se dignos de proteção.”. RODRIGUES, Fernando Pereira. O novo Processo Civil. Os princípios estruturantes. Coimbra: Almedina, 2013, p. 247-248.

¹⁸¹ SOUZA, Artur César de. Das normas fundamentais do Processo Civil. Uma análise luso-brasileira contemporânea. São Paulo: Almedina, 2015.

expressão boa-fé ostenta duplo significado legal: subjetivo (ou psicológico) e objetivo (ou ético). Em sentido subjetivo, refere-se à convicção de licitude de um ato ou situação jurídica, enquanto, em seu aspecto objetivo, diz respeito à “tendência de vontade que conduz a tomar em consideração os interesses legítimos da contraparte.”¹⁸²

A litigância de má-fé importa em utilização maliciosa e abusiva do processo, em oposição ao dever de correção imposto pela norma adjetiva, consistindo em “afloramento do abuso de direito”.¹⁸³ Pode ser conhecida de ofício em qualquer instância e se caracteriza quando há dolo ou negligência grave¹⁸⁴.

Segundo o Código de Processo Civil português¹⁸⁵, é considerado litigante de má-fé aquele que, com dolo ou negligência grave, tiver deduzido

¹⁸² Fernando Pereira Rodrigues bem ilustra a distinção, asseverando que “reside em que no sentido subjetivo se visa uma atuação em boa-fé, enquanto no sentido ético visa-se antes uma atuação segundo a boa-fé e por ele se alude e se exprime genericamente o critério que deve presidir e orientar todo o comportamento do sujeito de direito, nomeadamente no exercício de todo e qualquer direito subjetivo”. RODRIGUES, Fernando Pereira. O novo Processo Civil. Os princípios estruturantes. Coimbra: Almedina, 2013, p. 249.

¹⁸³ SOUSA, Rui Correia de. Litigância de Má-fé. Colectânea de sumários de jurisprudência. Lisboa: Quid Juris, 2005, p. 7.

¹⁸⁴ Sobre este ponto, Rui Correia de Souza esclarece que a caracterização do dolo ou negligência grave deve ser apreciada de forma cautelosa e casuística. Esmiuçando a questão, assevera que “Existem duas espécies de dolo: a) o dolo substancial refere-se sempre à relação jurídica substantiva e é composto por dois elementos: um de natureza objetiva (falta de razão do litigante); outro de natureza subjetiva (consciência dessa falta de razão), que diz respeito ao fundo da causa, ou seja, à relação jurídica material controvertida (relação substancial ou de direito substantivo, apresentada em juízo). Verifica-se o dolo substancial quando se deduza pedido ou oposição injustos, ou cuja falta de fundamento se conhece antecipadamente ou não se deveria ignorar, quando se altere conscientemente a verdade dos factos, ou ainda quando se omitam voluntariamente factos essenciais, a fim de se obter uma decisão de mérito que não corresponda à verdade factual; b) o dolo instrumental refere-se à relação jurídica processual ou adjectiva e verifica-se quando se faça chicana processual, a qual subverte valores éticos em que o processo se alicerça (...). A negligência grave (alguns arestos apelidam-na de culpa grave e outros de erro grosseiro) é também e na actualidade, um pressuposto da litigância de má-fé, não sendo necessário provar-se a consciência da ilicitude do comportamento e/ou da actuação dolosa (intenção de conseguir objectivos ilegítimos), sendo suficiente a possibilidade de formular um juízo de censurabilidade. De qualquer modo e sempre, este elemento integrador da litigância de má-fé tem de absorver os conceitos de actuação previstos no art. 456 do Código de Processo Civil, os quais devem ser apurados objectivamente nos autos.”. (SOUSA, Rui Correia de. Litigância de Má-fé. *Op.cit.* pgs 7-9).

¹⁸⁵ Artigo 542.º (*Responsabilidade no caso de má-fé — Noção de má-fé*)

1 — Tendo litigado de má-fé, a parte é condenada em multa e numa indemnização à parte contrária, se esta a pedir.

2 — Diz-se litigante de má-fé quem, com dolo ou negligência grave:

pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar; tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa; tiver praticado omissão grave do dever de cooperação; tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a ação da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão.

Rui Correia de Sousa assevera que estará configurado **dolo substancial** “quando se deduza pedido ou oposição injustos, ou cuja falta de fundamento se conhece antecipadamente ou não se deveria ignorar, quando se altere conscientemente a verdade dos factos, ou ainda quando se omitam voluntariamente factos essenciais, a fim de se obter uma decisão de mérito que não corresponde à verdade factual”.¹⁸⁶

-
- a) Tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar;~2
 - b) Tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa;
 - c) Tiver praticado omissão grave do dever de cooperação;
 - d) Tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a ação da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão.

3 — Independentemente do valor da causa e da sucumbência, é sempre admitido recurso, em um grau, da decisão que condene por litigância de má-fé.

Artigo 543.º (*Conteúdo da indemnização*)

1 — A indemnização pode consistir:

a) No reembolso das despesas a que a má-fé do litigante tenha obrigado a parte contrária, incluindo os honorários dos mandatários ou técnicos;

b) No reembolso dessas despesas e na satisfação dos restantes prejuízos sofridos pela parte contrária como consequência direta ou indireta da má-fé.

2 — O juiz opta pela indemnização que julgue mais adequada à conduta do litigante de má-fé, fixando-a sempre em quantia certa.

3 — Se não houver elementos para se fixar logo na sentença a importância da indemnização, são ouvidas as partes e fixa-se depois, com prudente arbítrio, o que parecer razoável, podendo reduzir-se aos justos limites as verbas de despesas e de honorários apresentadas pela parte.

4 — Os honorários são pagos diretamente ao mandatário, salvo se a parte mostrar que o seu patrono já está embolsado.

¹⁸⁶ SOUSA, Rui Correia de. *Litigância de Má-fé. Colectânea de sumários de jurisprudência*. Lisboa: Quid Juris, 2005, p. 7.

Elenca como exemplos de **dolo instrumental**: “tentativa de conseguir um objetivo ilegal; submissão ao Tribunal de questão que se saiba antecipadamente não ter cobertura legal; requerimento de medidas de natureza meramente dilatória; negação de factos pessoais que venham a se dados como provados – tais factos são os que se relacionam com a vivência da parte na sua actuação ou na sua omissão, no âmbito do seu inter-relacionamento com os outros; qualquer outro impedimento para a descoberta da verdade material; violação grave e consciente do dever de cooperação com o Tribunal, de que é exemplo a omissão deliberada de prestação de uma informação legalmente exigível e ordenada por despacho judicial; qualquer outra actuação ou omissão que entorpeça a acção da Justiça; obstrução infundada ao cumprimento, em tempo útil, de decisão judicial; em sede de recurso, a invocação de acórdãos que objectivamente sejam contrários à pretensão de quem os invoca; ataque de decisão judicial sabendo-a antecipadamente transitada em julgado; tentativa de cansar e moer o adversário, quer motivado pela vontade de o prejudicar, quer na expectativa condenável de o desmoralizar, enfraquecer ou fragilizar, tentando levá-lo a uma transacção injusta ou a suportar prejuízos injustificáveis; qualquer uso manifestamente reprovável do processo ou dos meios processuais; faça-se notar que a simulação processual pode ocasionar simultaneamente indenização por responsabilidade civil e a condenação por litigância de má-fé”.

E, por fim, exemplifica os casos de **negligência grave**: “má condução do processo por parte do respectivo mandatário forense, quer por ausência de preparação técnica suficiente, quer por esquecimento ou omissão indesculpáveis; actuação grosseiramente imprudente, sem um mínimo de diligência que facilmente demonstraria, a qualquer um, o desvalor daquele comportamento; invocação de determinado enquadramento jurídico, total e manifestamente desajustado à situação de facto alegada”.¹⁸⁷

O litigante de má-fé deve ser condenado em multa e também, caso a parte contrária requeira, compelido ao pagamento de indenização, que poderá consistir no reembolso das despesas a que a má-fé do litigante tenha obrigado a

¹⁸⁷ SOUSA, Rui Correia de. Litigância de Má-fé. *Op.cit.* pgs 7-9.

parte contrária, incluindo os honorários dos mandatários ou técnicos; no reembolso dessas despesas e na satisfação dos restantes prejuízos sofridos pela parte contrária como consequência direta ou indireta da má-fé.

A jurisprudência é controversa no que concerne ao momento oportuno para articulação do pedido de indenização pela parte lesada. Rui Correia de Sousa, entretanto, defende que “o procedimento mais correcto consistirá em admitir o pedido indemnizatório na primeira intervenção processual que ocorra após a constatação desta actividade, mesmo que em sede de recurso para os Tribunais superiores¹⁸⁸”.

A multa deverá ser proporcional à intensidade do dolo ou da negligência grave, levando-se em consideração a severidade e as consequências do ato, o valor e a natureza da causa, a situação financeira do infrator e a extensão da violação aos interesses funcionais do Estado. Deve também ostentar carácter pedagógico, de modo que sirva de desestímulo à litigância de má-fé¹⁸⁹.

Antes da aplicação da multa o juiz deve oportunizar que o suposto litigante de má-fé se manifeste, em homenagem ao princípio do contraditório¹⁹⁰. O momento processual para imposição da penalidade é o da “sentença final ou

¹⁸⁸ SOUSA, Rui Correia de. Litigância de Má-fé. *Op.cit.* p. 13.

¹⁸⁹ SOUSA, Rui Correia de. Litigância de Má-fé. *Op.cit.* p. 11.

¹⁹⁰ Neste sentido, manifestou-se reiteradamente o Tribunal Constitucional:

- “Simplesmente, deve acentuar-se que, desde logo, o próprio Código de Processo Civil estabelece no artigo 3º, nº 2, o princípio do contraditório, em termos de, só nos casos excepcionais previstos na lei se poderem “tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida”. Acórdão 440/94 (Monteiro Diniz).
- “A condenação por *litigância de má-fé* só deve, obviamente, ter lugar, dando-se à parte (ou, sendo o caso, ao seu representante), antes de assim ser condenada, a oportunidade de se defender, para o que tem que ser, previamente, ouvida. Ou seja: uma tal condenação exige que se observe, no processo, o *princípio do contraditório*, que - no dizer de MANUEL DE ANDRADE (*Noções Elementares de Processo Civil cit.* páginas 364 e 365) - está ao serviço do *princípio da igualdade das partes* e consiste em que “cada uma das partes é chamada a deduzir as suas razões (de facto e de direito), a oferecer as provas, a controlar as provas do adversário e a discreter sobre o valor e resultados de umas e de outras”. Acórdão 103/95 (Messias Bento).
- “(...) a recorrente só pode ser condenada como litigante de má-fé, depois de, previamente ser ouvida, a fim de se poder defender da acusação de má-fé “. Acórdão 357/98 (Guilherme Fonseca).
- “a parte só poder ser condenada como litigante de má-fé, depois de previamente ser ouvida, a fim de se poder defender da imputação de má-fé. Acórdão 289/02 (Artur Maurício).”

qualquer outra decisão que ponha termo ao processo¹⁹¹, facultado o recurso, em um grau, exceto se a condenação for proferida por Tribunal de última hierarquia¹⁹².

O valor da multa será fixado segundo o prudente arbítrio do julgador, que deverá estar atento à “intensidade do dolo ou negligência manifestados em equação com a capacidade econômica e financeira do litigante”¹⁹³, mas deverá respeitar os limites impostos pelo regulamento das custas processuais, que determina que a fixação da reprimenda deve observar o intervalo entre 2 (duas) e 100 (cem) unidades de conta processual (UC)¹⁹⁴, valendo registrar que, no ano de 2016, o valor da UC é de 102.00 €, o que limita o valor da multa a 10.200 €.

¹⁹¹ SOUSA, Rui Correia de. Litigância de Má-fé. *Op.cit.* p. 17.

¹⁹² Conforme já se pronunciou o Tribunal Constitucional, “nada tem de chocante o facto de intervir simultaneamente em «1.ª e última instância», isto é, sem possibilidade de recurso, pois que assim intervém também, quando se trata de verificar a morte ou a incapacidade de qualquer candidato (cf. artigo 97.º da Lei n.º 28/82), ou quando houver de declarar a morte, a impossibilidade física permanente, o impedimento temporário ou a perda ou destituição do cargo do Presidente da República (cf. artigos 86.º a 91.º da Lei n.º 28/82)”. Acórdão 9/86 (Messias Bento).

¹⁹³ Tribunal da Relação de Guimarães, processo 3030/11.3TJVNF.G1, Ana Cristina Duarte, 15/10/2015.

¹⁹⁴

CAPÍTULO V

Multas

Artigo 27.º

Disposições gerais

1 - Sempre que na lei processual for prevista a condenação em multa ou penalidade de algumas das partes ou outros intervenientes sem que se indique o respectivo montante, este pode ser fixado numa quantia entre 0,5 UC e 5 UC.

2 - Nos casos excepcionalmente graves, salvo se for outra a disposição legal, a multa ou penalidade pode ascender a uma quantia máxima de 10 UC.

3 - Nos casos de condenação por litigância de má fé a multa é fixada entre 2 UC e 100 UC.

4 - O montante da multa ou penalidade é sempre fixado pelo juiz, tendo em consideração os reflexos da violação da lei na regular tramitação do processo e na correcta decisão da causa, a situação económica do agente e a repercussão da condenação no património deste.

5 - A parte não pode ser simultaneamente condenada, pelo mesmo acto processual, em multa e em taxa sancionatória excepcional.

6 - Da condenação em multa, penalidade ou taxa sancionatória excepcional fora dos casos legalmente admissíveis cabe sempre recurso, o qual, quando deduzido autonomamente, é apresentado nos 15 dias após a notificação do despacho que condenou a parte em multa, penalidade ou taxa.

3.3 *Standards* de linguagem e descumprimento de ordem judicial

3.3.1 *Standards* de linguagem

Oscar G. Chase, com impressionante simplicidade, pondera que as normas processuais não são, obviamente, naturais. São socialmente construídas. E conclui que as regras para litigar são um importante pilar sobre o qual se desenvolve a contínua tarefa de construção da vida social¹⁹⁵.

Desde o discurso de Coutore, em 1938, na Faculdade de Direito de Buenos Aires, acerca da “Oralidade e regra moral no Processo Civil”, a América Latina tem presenciado o crescimento constante da tendência de absorção de valores morais pelo processo judicial, abandonando o ideal advindo do liberalismo do século XIX, que reduzia o juiz ao papel de, na expressão de Adolf Wach, “fantoche da vontade das partes”. Da mesma forma, identificam-se na doutrina europeia discussões acerca da introdução, nas novas leis processuais, dos deveres de boa-fé e veracidade¹⁹⁶.

Dentre as regras de conduta processual, algumas se dirigem às partes, outras aos profissionais que rotineiramente atuam no foro. De modo geral, visam a evitar a conduta negligente, a protelação, a temeridade, a ação maliciosa e o desrespeito¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Da lição original de Oscar G. Chase: “The theory may be simply stated, as it consists of two ideas. First, that procedures are socially constructed. That is, procedural systems do not exist in nature - they are created by human beings and are culture-specific. Second, and less obviously, disputing procedures are one of the important institutions through which the on-going task of constructing of social life is in turn accomplished”. CHASE, Oscar G. Culture and disputing. *In* TARUFFO, Michele. *Op. Cit.* P. 273.

¹⁹⁶ Neste ponto, Ángel Landoni Sosa registra que a imposição do dever de veracidade foi muito combatida na Europa, por ser considerada parte de um instituto inquisitório e contrário à liberdade das partes, um verdadeiro instrumento de tortura moral. Aduz, contudo, que hodiernamente tal concepção é considerada um reflexo processual da doutrina individualista, do *laissez faire*, sendo notória a tendência de se considerar a moralidade como dever processual das partes. SOSA, Ángel Landoni. El principio de moralidad: base fundamental para um proceso justo. *In* Tratado de la buena Fe en el Derecho. Buenos Ayres: La Ley, 2004, pgs. 393-395.

¹⁹⁷ GOZAÍNÍ, Osvaldo A. La conducta en el proceso. La Plata: Librería Editora Platense, 1988, p. 38.

Da proibição à conduta desrespeitosa derivam o **dever de cortesia** - que teve seu caráter de essencialidade, extensível a qualquer relação humana, reconhecido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, em acórdão de 12 de dezembro de 2000¹⁹⁸ - e as **regras atinentes ao debate forense**.

Abordando o regramento da advocacia parisiense, John Leubsdorf acrescenta que o dever de cortesia eventualmente se confunde com honra, delicadeza, moderação e tato¹⁹⁹.

Acerca dos debates, Eduardo García de Enterría lembra que “El derecho es, esencialmente, lenguaje²⁰⁰”.

O dever de expressar-se de forma respeitosa – principal objeto deste tópico - é estritamente ligado à ética profissional, muito embora se dirija também às partes.

A correção profissional impõe, além da obrigação de empregar corretamente as técnicas da ciência jurídica, que o profissional do Direito atue de forma cuidadosa, fina, ordenada, escrupulosa, agindo com seriedade em seus estudos e na preparação para o exercício de seu trabalho. Em harmonia com os princípios da lealdade e probidade, intenciona promover o respeito entre as partes e em relação ao órgão jurisdicional, adequando a conduta do profissional forense às regras de ordem, decoro, correção e boa educação²⁰¹.

As regras de ordem referem-se à tranquilidade, harmonia e equilíbrio que devem vigorar no decorrer do processo, enquanto o decoro abrange o respeito

¹⁹⁸ “Le comportement impulsif et irrespectueux du requérant à l'occasion de la réunion du 9 décembre 1998 démontre un manque évident de courtoisie, nécessaire dans toutes les relations humaines.”. Dans l'affaire T-223/99.

¹⁹⁹ LEUBSDORF, John. Man in his original dignity: legal ethics in France. Burlington: Ashgate/Dartmouth, 2001, P.45

²⁰⁰ ENTERRÍA, Eduardo Garcia. El derecho, la palabra y el libro. Madrid: Mondadori, 1992, pgs. 199-200.

²⁰¹ GOZAÍNÍ, Osvaldo A. La conducta en el proceso. La Plata: Librería Editora Platense, 1988, pgs. 43 e 44.

em sentido estrito, que se deve tanto ao tribunal quanto aos que intervêm no processo²⁰².

É natural que se busque obter êxito com a demanda, mas devem ser observados os meios adequados para atingi-lo, devendo ser refutada a chamada “lógica exclusiva do sucesso”²⁰³. E é de se ressaltar, malgrado a natural tendência humana à busca do sucesso individual, que o mau comportamento das partes ou de seus procuradores, normalmente, decorre da ambiguidade das normas éticas ou da ausência de punições eficazes²⁰⁴.

²⁰² GOZAÍNI, Osvaldo A. Temeridad y Malicia en el proceso. Santa fe: Rubinzal-Culzoni, p.69.

²⁰³ “No entanto, na ciência processual, ultrapassou-se há muito a fase que via o processo como um agregado de formas de carácter eticamente neutro – a ética diria apenas respeito ao direito de fundo a aplicar e não às próprias regras processuais. Neste momento, mesmo sem lhe fazer expresso apelo, são claras preocupações éticas que estão por detrás da generalidade dos temas em que hoje se centra a ciência processual, p. ex.: o acesso à justiça, o combate à morosidade, a tutela dos interesses difusos e colectivos, o recrutamento e formação dos protagonistas processuais: juízes e advogados. Porém, não obstante a ciência processual estar hoje já dominada pelo desejo da concretização efectiva dos valores, na sociedade imperam outras linhas de força que conflituam com a ética: no plano do Estado, é a racionalização da sua actividade apenas com base em critérios económicos, do tipo custo/proveito, próprias até há bem pouco tempo apenas da iniciativa privada, esquecendo-se que os direitos fundamentais, nomeadamente o de obter justiça, não tem preço; **no plano individual, é a lógica exclusiva do sucesso, com desconsideração dos meios para o atingir**”. SILVA, Carlos Manoel Ferreira da. Processo e Ética. XX Congresso Nacional Argentino de Direito Processual. San Martin de Los Andes, 5-9 de outubro de 1999.

²⁰⁴ Geoffrey C. Hazard Jr. e Dana A. Remus discorrem sobre o tema, enfatizando, ainda, que os próprios juízes são relutantes em relatar abusos ou em exercer seus poderes inerentes. Válida a menção à reflexão original: “Lawyer misconduct generally arises in two situations: where ethical rules are ambiguous and where enforcement is weak. The first situation is common, given that many rules of practice are stated in highly general terms. For example, the ABA’s Model Rules of Professional Conduct instruct that representation must be “competent,” advice must be “candid,” and fees must not be “unreasonable.” Even rules addressing more specific practice situations are often stated in general terms. Examples include the rules prohibiting delay for the sole purpose of disadvantaging an opponent, cross examination for the sole purpose of embarrassing a witness, and abuse of prosecutorial discretion. Formulating rules in general terms has advantages. It anticipates application of the rules to a diverse range of practice situations and offers desired flexibility. At the same time, however, such an approach creates problematic gaps in guidance. For example, the distinction between a reasonable and an unreasonable fee is clear only at the extremes, leaving much room for questionable and undesirable billing practices. The ambiguity is particularly stark, and particularly problematic, in the case of rules requiring reporting of lawyer misconduct. Model Rule 8.3 requires lawyers to report incidents of misconduct of which they “know” and which “raise a substantial question as to [a] lawyer’s honesty, trustworthiness or fitness as a lawyer in other respects.” Because there is little consensus as to what level of knowledge triggers the Rule’s application and what constitutes a reportable offense, few lawyers report peers’ questionable conduct. The problem is exacerbated by the embittering and often ineffective nature of the disciplinary process. The process leads many lawyers to believe that reporting misconduct by other lawyers will do little but harm their own reputations and relationships. A second and equally pervasive situation in which misconduct goes unaddressed is where enforcement is weak. As an initial matter, few reports of misconduct ever reach

Como pontuado por Ángel Landoni Sosa, a consagração legislativa do princípio da moralidade, ao mesmo tempo em que demanda a criação de normas que estabeleçam sanções para as hipóteses de violação de regras de conteúdo moral, exige que sejam ampliados os poderes do juiz²⁰⁵.

Lastimável, por outro lado, que a educação dos atores processuais não seja obstáculo suficiente para a não violação do dever social de cordialidade, a ponto de não se fazer necessário erigi-lo a dever jurídico²⁰⁶.

3.3.1.1 A experiência brasileira

O Novo Código de Processo Civil pouco inovou quanto às regras de decoro linguístico processual, mostrando-se ainda bastante apático quanto aos poderes destinados ao julgador neste viés.

Na sistemática anterior, vedava-se às partes e seus advogados o emprego de “expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las”, devendo o

the relevant disciplinary authorities. Lawyers rarely report each others' misconduct. Judges are similarly reluctant to refer complaints to disciplinary authorities or to exercise inherent powers to sanction abuse. Clients, meanwhile, are an unreliable source of information regarding misconduct. They frequently associate an undesirable outcome with bad lawyering, failing to distinguish between the merits of a claim and the appropriateness of a lawyer's conduct.”. HAZARD JR., Geoffrey C. REMUS, Dana A. *Advocacy Revalued*. University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia, v.159 n.3 (February 2011), p. 772.

²⁰⁵ “La consagración legislativa del principio de moralidad en el proceso requiere, a los efectos de su actuación efectiva, la presencia de varios aspectos complementarios: por un lado, el establecimiento de determinados imperativos éticos, y, en forma concomitante, el dictado de normas particulares que establezcan sanciones ante la violación concreta de dichos imperativos; por otra parte: la consagración del aumento de las facultades a los jueces para el adecuado cumplimiento de esas normas y, al mismo tiempo, textos legales que establezcan para los magistrados el principio de que a mayor autoridad, mayor responsabilidad, como forma de corregir los eventuales excesos.”. SOSA, Ángel Landoni. *El principio de moralidad: base fundamental para um proceso justo*. In *Tratado de la buena Fe en el Derecho*. Buenos Ayres: La Ley, 2004, p. 396.

²⁰⁶ Rodrigues Bastos, na mesma linha, assevera que “É lamentável que o comportamento de todos os que, por dever dos seus cargos, intervêm nos processos, seja tão falho da mais elementar educação, que o legislador se tenha visto obrigado a impor, como dever jurídico, este dever social de recíproca correção. É claro que o preceito não tem par na legislação de países estrangeiros, onde a educação se faz na família e na escola. Formular como princípio do direito processual civil o dever recíproco de boa educação é originalidade do nosso sistema”. BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues. *Notas ao Código de Processo Civil*. Lisboa: Tipografia Lousanense, 2001, P.20.

magistrado, quando as expressões injuriosas fossem proferidas em defesa oral, advertir o advogado sobre a proibição de usá-las, sob pena de cassar-lhe a palavra²⁰⁷.

Outrossim, o diploma adjetivo impunha às partes, advogados e membros do Ministério Público a obrigação de agir com urbanidade e elevação em sua relação com as testemunhas²⁰⁸ e na discussão da causa²⁰⁹.

O Novo Código de Processo Civil praticamente repete as mesmas regras da legislação anterior, utilizando-se, no entanto, do vocábulo “expressões ofensivas” em lugar de “expressões injuriosas”, estendendo, ainda, a proibição de utiliza-las aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública²¹⁰.

Manteve-se o dever de tratamento cordial com as testemunhas, mas suprimiu-se o controle judicial quanto à obrigação dos advogados e membros do Ministério Público de discutirem a causa com elevação e urbanidade, substituído pelo dever de o próprio magistrado, no exercício do poder de polícia, “tratar com

²⁰⁷ Art. 15. É defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las.

Parágrafo único. Quando as expressões injuriosas forem proferidas em defesa oral, o juiz advertirá o advogado que não as use, sob pena de lhe ser cassada a palavra.

²⁰⁸ Art. 416. O juiz interrogará a testemunha sobre os fatos articulados, cabendo, primeiro à parte, que a arrolou, e depois à parte contrária, formular perguntas tendentes a esclarecer ou completar o depoimento.

§ 1º As partes **devem tratar as testemunhas com urbanidade**, não lhes fazendo perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias. (grifei).

²⁰⁹ Art. 446. Compete ao juiz em especial:

I - dirigir os trabalhos da audiência;

II - proceder direta e pessoalmente à colheita das provas;

III - **exortar os advogados e o órgão do Ministério Público a que discutam a causa com elevação e urbanidade.** (grifei)

Parágrafo único. Enquanto depuserem as partes, o perito, os assistentes técnicos e as testemunhas, os advogados não podem intervir ou apartear, sem licença do juiz.

²¹⁰ Art. 78. É vedado às partes, a seus procuradores, aos juízes, aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e a qualquer pessoa que participe do processo empregar expressões ofensivas nos escritos apresentados.

§ 1º Quando expressões ou condutas ofensivas forem manifestadas oral ou presencialmente, o juiz advertirá o ofensor de que não as deve usar ou repetir, sob pena de lhe ser cassada a palavra.

§ 2º De ofício ou a requerimento do ofendido, o juiz determinará que as expressões ofensivas sejam riscadas e, a requerimento do ofendido, determinará a expedição de certidão com inteiro teor das expressões ofensivas e a colocará à disposição da parte interessada.

urbanidade as partes, os advogados, os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e qualquer pessoa que participe do processo.”²¹¹.

Neste ponto, merece ênfase um notório *lapsus linguae* atribuível ao legislador. É que o dispositivo em comento, o art. 360 do Código de Processo Civil, destina-se a dotar o juiz de instrumentos para o exercício do *poder de polícia*. Entretanto, não o faz sem impor ao próprio julgador idênticas obrigações atribuídas aos demais atores processuais, findando por posiciona-los em patamar de igualdade.

E é de se destacar que o dever geral de urbanidade já era previsto, quanto aos magistrados, em sua própria lei orgânica²¹².

O mesmo se dá quanto aos membros do Ministério Público²¹³ e em relação aos advogados, cujos deveres de respeito e discrição estão inscritos em seu Código de Ética²¹⁴.

Observa-se que, do ponto de vista textual, houve clara redução do poder censório do juiz, embora, na prática, o Código de Processo Civil ainda lhe resguarde os mesmos (poucos) mecanismos para garantir que a discussão processual seja travada com a necessária elevação.

²¹¹ Art. 360. O juiz exerce o poder de polícia, incumbindo-lhe:

I - manter a ordem e o decoro na audiência;

II - ordenar que se retirem da sala de audiência os que se comportarem inconvenientemente;

III - requisitar, quando necessário, força policial;

IV - tratar com urbanidade as partes, os advogados, os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e qualquer pessoa que participe do processo;

V - registrar em ata, com exatidão, todos os requerimentos apresentados em audiência.

²¹² Art. 35 - São deveres do magistrado:

IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência.

²¹³ Art. 43. São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei:

(...)

IX - tratar com urbanidade as partes, testemunhas, funcionários e auxiliares da Justiça;

²¹⁴ Art. 44. Deve o advogado tratar o público, os colegas, as autoridades e os funcionários do Juízo com respeito, discrição e independência, exigindo igual tratamento e zelando pelas prerrogativas a que tem direito.

Art. 45. Impõe-se ao advogado lhanza, emprego de linguagem escorreita e polida, esmero e disciplina na execução dos serviços.

E, embora não mais caiba ao magistrado exortar os advogados e membros do Ministério Público para que discutam a causa com elevação e urbanidade, tal padrão de comportamento lhes é imposto pelos respectivos estatutos e sua violação deverá ser apurada administrativamente, restando preservada a atuação disciplinar da Ordem dos Advogados do Brasil e do Ministério Público quanto à conduta de seus membros. Repise-se, contudo, a impotência do magistrado judicial quanto ao controle, no curso do processo, de eventuais excessos praticados por promotores e advogados.

Quando da elaboração do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94) igualmente se tentara evitar a possibilidade de controle judicial das manifestações dos advogados, imunizando-os quanto aos efeitos penais de eventuais excessos.

Um excelente trabalho de Thiago Braga Junqueira²¹⁵ analisou todos os acórdãos do Supremo Tribunal Federal, entre os anos de 1988 e 2004, relativos ao tema.

O autor concluiu que, na análise de pedidos de *habeas corpus* em que advogados figuravam como pacientes, o Supremo Tribunal Federal, de modo geral, denegou a ordem em 64% (sessenta e quatro por cento) dos casos.

Nas hipóteses em que o ofendido pela injúria ou difamação era parte ou advogado no processo, o Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem em 100% (cem por cento) dos casos. Contudo, quando a vítima era o juiz, a Corte denegou a ordem em 78% (setenta e oito por cento) dos casos²¹⁶.

²¹⁵ JUNQUEIRA, Thiago Braga. A imunidade do advogado à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Sociedade Brasileira de Direito Público. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=27>. Acesso em: 30 ago. 2015.

²¹⁶ Comentando acerca do HC 69.619, o autor ainda acrescenta: “O advogado Eloy Franco Oliveira fora denunciado pelo crime de difamação praticado contra o Juiz de Direito da Primeira Vara da Comarca de Praia Grande-SP. Em uma peça processual, teria o advogado criticado a anormal celeridade com que havia sido proferida uma sentença pelo referido Juiz, e para tanto, parafraseando Hamlet, de Willian Shakespeare, insinuou: “Há algo de errado no reino da Dinamarca”. O Superior Tribunal de Justiça havia indeferido o habeas corpus, o que levou o impetrante, interpondo recurso ordinário, impetrá-lo no STF. Alegava que estaria acobertado pela imunidade judiciária, conferida ao advogado pelo Art. 133 da Constituição Federal, o que deveria levar ao trancamento da ação penal.

Tal estudo demonstra que, não obstante a timidez legislativa quanto à preservação da autoridade do juiz, a Suprema Corte tende a não tolerar ofensas praticadas contra magistrados.

É certo que, no Brasil, o princípio da essencialidade da advocacia possui assento constitucional²¹⁷ e dele decorre a inviolabilidade do advogado pelos atos e manifestações praticados no exercício da profissão, nos limites da lei.

A Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), por sua vez, em seu art. 7º, §2º, dispõe que o advogado “tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua

O Ministro Carlos Velloso, relator designado para o caso, em seu voto nada trouxe de novo. Apenas transcrevera o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, três decisões do Supremo Tribunal Federal e o parecer do Subprocurador-Geral da República.

No acórdão do Superior Tribunal de Justiça, posição da qual comungava o Ministro Velloso, o Ministro Costa Lima defendera que não se tratava de caso para concessão de imunidade ao advogado. Para defender esta posição, o Ministro Costa Lima apontou que a garantia constitucional estava “condicionada aos limites da lei ordinária, [a garantia da imunidade] é como se nada dissesse além do que já se encontra escrito na lei; é ‘um nada legislativo”.

Acompanhando o Relator, o Ministro Paulo Brossard, sobre a atitude do advogado, sustentou que “é preciso haver certa latitude na liberdade que o advogado tem e deve ter, sua crítica pode ser direta, e mesmo veemente, no caso não se trata disso, mas de insinuação, que diz sem dizer, ensejando todas as interpretações.”

Destoou, contudo, a posição do Ministro Marco Aurélio. O Ministro, evidentemente vencido, foi a favor da concessão da ordem. Sob sua ótica, os dois delitos, injúria e difamação, são necessariamente prescindidos do dolo, ou seja, da intenção de injuriar e de difamar. Não vislumbrava o Ministro Aurélio esta intenção, e por isto, deveria trancar-se a ação penal. Apesar de ter sido o primeiro voto em que se abrigava o pleito do advogado, não se referiu o Ministro Marco Aurélio, em momento algum, à inviolabilidade do advogado. Não trouxe à tela aqueles argumentos que levariam a crer que, no caso, estaria o advogado albergado por sua imunidade profissional.

Na última vez que o Supremo Tribunal Federal abordou a questão da imunidade material do advogado antes da promulgação da Lei 8.906, novamente se creditou a não concessão da imunidade por haver, nos termos da própria decisão, “um nada legislativo” em relação à imunidade judiciária concedida ao advogado.

A não concessão dos habeas corpus julgados pelo STF entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 até a entrada em vigor do EOAB, possui uma justificativa comum em todas as decisões. Negavam-se a imunizar o advogado, pois não vislumbravam tal imunidade na legislação infraconstitucional. Por diversas vezes “os limites” estabelecidos na lei, à época o Código Penal, não eram suficientes para conceder ao advogado a inviolabilidade estabelecida no artigo 133 da Magna Carta. A justificativa da inexistência de lei infraconstitucional não pôde, contudo, ser utilizada por muito tempo. Em 4 de julho de 1994, o então Presidente da República, Itamar Franco, sancionava a Lei 8.906, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.”

²¹⁷ Art 133: O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.”.

Tal dispositivo, dentre outros, foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB – (ADI 1127-DF²¹⁸), que conduziu o Supremo Tribunal Federal a considerar que a “imunidade profissional do advogado não compreende o desacato, pois conflita com a autoridade do magistrado na condução da atividade jurisdicional.”.

É por demais pertinente trazermos à colação trecho do debate entre os eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal durante a discussão deste processo:

Voto do Relator (Ministro Marco Aurélio): Colho do artigo 133 da Constituição Federal, como regra, a inviolabilidade por atos e manifestações no exercício da profissão de advogado. A exceção corre à conta da lei, no que o texto constitucional contém a cláusula "nos limites da lei". Pois bem, estes vieram à balha com a Lei 8.906/94, com o Estatuto dos Advogados. Então, considerado até mesmo o poder de polícia exercido pelo juiz, a possibilidade de haver o corte da palavra e a riscadura de expressões que sejam tidas como injuriosas em seu sentido largo - artigo 15 do Código de Processo Civil -, na lei em comento dispôs-se sobre a imunidade - buscando, acima de tudo, afastar o cerceio ao exercício da profissão, deixando os profissionais da advocacia, em um primeiro passo, como senhores da atividade a ser desenvolvida - e previram-se sanções disciplinares por excessos. Não vejo como concluir, tendo em vista o artigo 133 da Constituição Federal, pela pecha de inconstitucionalidade. Julgo improcedente o pedido formulado.

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski: Senhora Presidente, acompanho integralmente o Relator. Entendo que o legislador foi até muito parcimonioso, porque a imunidade profissional é absolutamente indispensável para que o advogado possa exercer condigna e amplamente esse múnus público importante de que é revestido, que a Constituição lhe garante.

O Senhor Ministro Eros Grau: Senhora Presidente, acompanho o relator.

O Senhor Ministro Joaquim Barbosa: Senhora Presidente, por ocasião do julgamento da medida cautelar, concedeu-se a liminar no que se referia ao termo "desacato", por entender-se que, para admitir a impunidade do desacato, seria mister revogar os dispositivos que dão ao juiz poder para assegurar a ordem e manter o decoro na audiência, de ordenar que se retirem da sala de audiências os que se portarem de maneira

²¹⁸ Data do julgamento: 17 de maio de 2006. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski.

inconveniente, de dirigir os trabalhos, de exortar advogados e o órgão do Ministério Público a que discutam a causa com elevação e urbanidade.

Os Ministros Sydnei Sanches e Moreira Alves, bem como o presidente, Ministro Octavio Gallotti, foram bem além: votaram no sentido de suspender toda a expressão: "[...] não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele".

Um dos argumentos foi o de que, com essa norma, cria-se uma situação de desigualdade entre o juiz e o advogado, pois este fica imune, inclusive perante o Judiciário, relativamente a possíveis injúrias, difamações e desacato, ao passo que aquele responde criminalmente.

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator): Se for um juiz recatado, ele não será desacatado.

O Senhor Ministro Joaquim Barbosa: Inclino-me pela confirmação da cautelar na extensão mais reduzida, só relativa ao desacato.

O Senhor Ministro Carlos Britto: Senhora Presidente, partilharei com os eminentes colegas uma perplexidade. Na discussão anterior, pude afirmar o seguinte: o que a Constituição admitiu foi limite quanto à inviolabilidade do advogado.

Está dito, no artigo 133, que o advogado é inviolável no exercício da profissão, nos limites da lei. O §3º do art. 1º do Estatuto da Ordem dispõe que, no exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações - até aí coerente com a Constituição -, nos limites desta lei. Só que a lei não trouxe limite. Apenas disse que o advogado é inviolável por qualquer ato, qualquer manifestação. O advogado não comete os crimes de injúria, difamação e desacato. (...).

Parece-me que esse dispositivo tornou absoluto o que a Constituição fez relativo.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: O Tribunal tem assentado que isso deve ser interpretado *cum grano salis*.

Assim decidimos, por exemplo, no Inquérito nº 1.674, do então Advogado Geral da União, vale dizer: manifestação que guarde pertinência com a discussão da causa. Também, no mesmo sentido, o RHC nº 80.536, em que fui relator do *habeas corpus* e redator do acórdão no inquérito.

O Senhor Ministro Carlos Britto: Se for para interpretar com essa moderação, tudo bem.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: Agora, excluo o "desacato" porque é incompatível com a própria autoridade dada, obviamente, ao juiz, na presidência dos atos processuais.

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator): Mas a presunção é que haja atividade profissional harmônica com a ordem natural das coisas, com os parâmetros reinantes, e que, atuando no processo, o advogado não o faça para desacatar o magistrado.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: Agora, se formos presumir que ninguém, tal ou qual categoria, não cometerá tal crime, é inútil a incriminação.

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator): Agora, sabemos que há magistrados acometidos de "juizite" que poderão tomar qualquer ato por parte do advogado como desacato e lhe dar ordem de prisão.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: Também não tem tanto advogado na cadeia por desacato.

O Senhor Ministro Carlos Britto: Bem, se for para interpretar o dispositivo na linha do inquérito nº 1.674, debaixo dessa cláusula do *cum grano salis*, não vejo inconveniente.

Para não deixar passar em branco, o Estatuto da Ordem trocou a palavra "inviolabilidade" por "imunidade", e sabemos que imunidade tem caráter processual, ao passo que inviolabilidade tem caráter material.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: Isso é discussão terminológica. De ampla "cidadania" no Brasil é a expressão "imunidade material".

O Senhor Ministro Carlos Britto: Mas a própria Constituição distingue, a propósito de parlamentar, a inviolabilidade de imunidade, para conferir caráter processual à imunidade e caráter material à inviolabilidade.

Só para não deixar passar em branco uma crítica, mas é muito lateral e não tem maior significado.

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski: Senhora Presidente, eu gostaria de pedir um aparte ao eminente Ministro Carlos Britto, dizendo o seguinte:

Realmente, entendo que houve uma limitação à inviolabilidade porque o dispositivo em questão poderia ser muito mais amplo; poderia, por exemplo, dar imunidade com relação ao crime de desobediência, art. 330; ou de calúnia, como já aventado aqui. De maneira que houve uma restrição nos termos da legislação ordinária.

O Senhor Ministro Carlos Britto: Mas tinha uma redação tão em aberto. Com essas ressalvas, acompanharei o voto do Ministro Joaquim Barbosa, com a divergência.

O Senhor Ministro Cezar Peluso: Senhora Presidente, também mantenho a decisão da cautelar, com a ressalva da interpretação dada no inquérito em relação aos outros dois, até porque, desconsiderando, teoricamente, o delito de desacato, está desconsiderada a autoridade do juiz no exercício da função jurisdicional.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Senhora Presidente, também, com a ressalva, acompanho o eminente Ministro Joaquim Barbosa.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: Ficaram vencidos, também, os Ministros Moreira Alves e Sydnei Sanches, que suspendiam o preceito, quanto às três figuras criminais. Há menção às três figuras criminais.

O Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator): Se pudesse, até, atuar no campo da simples conveniência, da simples pedagogia, manteria o preceito. O que não consigo perceber é o conflito com o artigo 133 da Constituição Federal, a não ser que se diga que o dispositivo não é razoável. O artigo 133 remete à lei. Veio, então, a lei prescrevendo dessa forma.

Não vejo a falta de razoabilidade, porque o valor maior protegido é, justamente, a atuação independente, sem receio de ter-se reação exagerada por parte daquele que seja destinatário de palavras mais rigorosas.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: Ministro, tenho dúvidas, até, de que a inviolabilidade parlamentar - que é mais ampla, e compreende a calúnia, por exemplo - cubra um desacato material ao presidente de uma casa legislativa.

O Senhor Ministro Marco Aurélio: Partimos, então, para o "não-me-toques".

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: Não, Ministro, tudo tem limite.

O Senhor Ministro Cezar Peluso: É questão de preservação da autoridade.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: Não se preside uma sessão se não houver autoridade. Tem-se de suportar injúria, difamação, mas desacato...

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Nesse caso, estamos partindo da ideia de que há uma garantia institucional, a qual há de ser funcionalmente pensada no âmbito do Poder Judiciário. É o juiz que preside, portanto, não pode sofrer de eventual desacato. Esse limite é material, decorre do próprio modelo constitucional. Não se trata de nada arbitrário.

A Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente): É elemento de funcionabilidade.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: Senhora Presidente, mantenho também a posição tomada no julgamento cautelar, para julgar procedente a ação quanto à expressão "desacato".

O Senhor Ministro Eros Grau: Senhora Presidente, em face dos argumentos do Ministro Sepúlveda Pertence, vou ajustar o meu voto no mesmo sentido, destacando o vocábulo "desacato".

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski: Senhora Presidente, julgo improcedente também porque não vejo inconstitucionalidade nesta expressão.

O Supremo Tribunal entendeu, naquela ocasião, que a norma que protege o juiz contra o desacato é elemento de funcionalidade e de preservação de

sua autoridade, compatível com o modelo judiciário constitucional, impassível de ser afastada por lei ordinária²¹⁹.

Ainda sobre os limites da liberdade de manifestação do advogado, desta vez analisando ofensa verbal a servidor público no exercício de autoridade administrativa, bastante pertinente o voto do Ministro Gilmar Mendes (vencido) por ocasião do julgamento do *habeas corpus* nº 82.033-6/AM, de 29 de outubro de 2002.

O *writ* havia sido impetrado por advogado processado pelo crime de injúria, após, em autos de procedimento administrativo, ter atribuído a general do Exército a qualidade de ímprobo, tê-lo comparado a Hitler e afirmado que estaria mentalmente desequilibrado e deveria ser internado em manicômio, para tratamento adequado.

²¹⁹ EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994. ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. DISPOSITIVOS IMPUGNADOS PELA AMB. PREJUDICADO O PEDIDO QUANTO À EXPRESSÃO "JUIZADOS ESPECIAIS", EM RAZÃO DA SUPERVENIÊNCIA DA LEI 9.099/1995. AÇÃO DIRETA CONHECIDA EM PARTE E, NESSA PARTE, JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. I - O advogado é indispensável à administração da Justiça. Sua presença, contudo, pode ser dispensada em certos atos jurisdicionais. II - A imunidade profissional é indispensável para que o advogado possa exercer condigna e amplamente seu *múnus público*. III - A inviolabilidade do escritório ou do local de trabalho é consectário da inviolabilidade assegurada ao advogado no exercício profissional. IV - A presença de representante da OAB em caso de prisão em flagrante de advogado constitui garantia da inviolabilidade da atuação profissional. A cominação de nulidade da prisão, caso não se faça a comunicação, configura sanção para tornar efetiva a norma. V - A prisão do advogado em sala de Estado Maior é garantia suficiente para que fique provisoriamente detido em condições compatíveis com o seu *múnus público*. VI - A administração de estabelecimentos prisionais e congêneres constitui uma prerrogativa indelegável do Estado. VII - A sustentação oral pelo advogado, após o voto do Relator, afronta o devido processo legal, além de poder causar tumulto processual, uma vez que o contraditório se estabelece entre as partes. VIII - **A imunidade profissional do advogado não compreende o desacato, pois conflita com a autoridade do magistrado na condução da atividade jurisdicional.** IX - O *múnus* constitucional exercido pelo advogado justifica a garantia de somente ser preso em flagrante e na hipótese de crime inafiançável. X - O controle das salas especiais para advogados é prerrogativa da Administração forense. XI - A incompatibilidade com o exercício da advocacia não alcança os juízes eleitorais e seus suplentes, em face da composição da Justiça eleitoral estabelecida na Constituição. XII - A requisição de cópias de peças e documentos a qualquer tribunal, magistrado, cartório ou órgão da Administração Pública direta, indireta ou fundacional pelos Presidentes do Conselho da OAB e das Subseções deve ser motivada, compatível com as finalidades da lei e precedida, ainda, do recolhimento dos respectivos custos, não sendo possível a requisição de documentos cobertos pelo sigilo. XIII - Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. ADI 1127/DF. Relator para o acórdão: Ministro Ricardo Lewandowski. Data do julgamento: 17 de maio de 2006.

A Corte entendeu, por maioria, que o fato injurioso guardava nexo causal com a defesa exercida pelo impetrante, concluindo pela incidência da imunidade material à espécie.

O Ministro Gilmar Mendes, embora discordasse quanto à pertinência das ofensas em relação à defesa apresentada, ponderou que o Tribunal estaria diante de um típico caso de colisão de direitos fundamentais, sopesando, de um lado, a liberdade do exercício profissional e, de outro, o direito à honra e à dignidade.

Asseverou que deveria ser discutido o grau de tolerabilidade deste tipo de crítica, consignando que o mesmo dilema marca a jurisprudência constitucional na Alemanha, nos Estados Unidos e no Brasil, inclusive no que tange à liberdade de imprensa.

Sugeriu, por fim, que se deveria utilizar o critério da **pertinência** para a análise do exercício da liberdade profissional, aduzindo que um critério seguro utilizado pela jurisprudência comparada se assentaria na proteção à dignidade humana: “não se pode submeter uma pessoa a este tipo de achincalhe, em nome do direito de defesa”.

Em outras ocasiões, o Supremo Tribunal Federal igualmente proclamou, em relação aos demais crimes contra a honra, que a imunidade profissional do advogado é relativa²²⁰, deve estar associada à discussão da causa²²¹ e não abrange o magistrado²²², “que não pode ser considerado parte na relação processual para os fins da norma”²²³.

²²⁰ HC 86044/PE. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data do julgamento: 07 de novembro de 2006.

²²¹ RHC 80.536-DF, Sepúlveda Pertence, 16/11/01.

²²² HC 82190 / RN. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data do julgamento: 22 de outubro de 2002. Ver ainda: RHC 69.619-SP, Carlos Velloso, 2ª Turma, 20/08/93; RHC 56.490-PR, Décio Miranda; RHC 59.813-SC, Moreira Alves; RHC 69.366-SC, Néri da Silveira; HC 80.881-SP, Maurício Corrêa; HC 75.783-DF, Octávio Gallotti.

²²³ HC 104.385/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data do julgamento: 28 de junho de 2011. ARE 722.016/SC. Relator: Ministro Luis Fux. Data do julgamento: 05 de março de 2013.

Observa-se, portanto, que, mesmo em relação advogado, a quem o ordenamento confere, por motivos justos, maior liberdade de atuação, o Supremo Tribunal Federal, a par de reconhecer a essencialidade da advocacia e de sua liberdade de manifestação, vem reafirmando a obrigatoriedade de manutenção da elevação argumentativa²²⁴ e de preservação da autoridade do Poder Judiciário.

Contudo, as consequências do excesso de linguagem, tanto na seara cível quanto administrativa e criminal, são pouco severas e nem sempre se mostram suficientes para conter o ímpeto belicoso dos atores processuais.

No âmbito da responsabilidade civil, o Superior Tribunal de Justiça manteve condenação de governador estadual, no patamar de cem mil reais (cerca de 25.000 euros), que teria afirmado, após determinação judicial de suspensão de propaganda oficial do governo do Estado do Piauí, que o magistrado prolator da decisão seria “anormal, petista (porque só daria ganho de causa a ações do Partido dos Trabalhadores) e que precisaria fazer um exame psicotécnico”²²⁵.

Em duas outras ocasiões, tratando de programa televisivo ofensivo à imagem de magistrado e de ofensas prolatadas à juíza da comarca durante comício eleitoral, o Superior Tribunal de Justiça deliberou por reduzir a indenização – então fixada em cem mil reais – para a metade, entendendo que o montante anteriormente fixado fugia aos padrões de razoabilidade e proporcionalidade²²⁶.

Na esfera criminal, é de se ressaltar que a legislação brasileira não dispõe de tipo penal específico que proteja a autoridade do julgador, de modo que eventuais ofensas configurarão crime de desacato - se irrogadas na presença do magistrado - ou crimes contra a honra genéricos, se praticadas fora da presença do juiz.

²²⁴ HC 69.085-RJ, Celso de Mello, 1ª Turma, 1º/03/93.

²²⁵ REsp 968.019-PI. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Data da publicação: 17 de setembro de 2007.

²²⁶ REsp nº 1.119.892 – MT. Relator: Ministro Massami Uyeda. Data da publicação: 11 de novembro de 2009. AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.109.266 – AL. Relator: Ministro Massami Uyeda. Data do julgamento: 16 de junho de 2009.

O crime de desacato é punido com detenção de seis meses a dois anos, ou multa.

O delito de calúnia ostenta pena de detenção de seis meses a dois anos e multa²²⁷; o delito de difamação tem pena de detenção de três meses a um ano e multa²²⁸ e o crime de injúria prevê punição de detenção de um a seis meses ou multa²²⁹. Todos estes têm aumentadas suas penas em 1/3 (um terço) se a ofensa é dirigida a agente público, em razão de suas funções²³⁰.

Observe-se que, ressalvado o crime de calúnia, cuja pena máxima, somada ao acréscimo legal, ultrapassa dois anos de detenção, todos os demais delitos são considerados de menor potencial ofensivo²³¹, o que impede a prisão em flagrante do ofensor²³² e autoriza que a lide se resolva por meio de composição civil

²²⁷ **Calúnia**

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

²²⁸ **Difamação**

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

²²⁹ **Injúria**

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

²³⁰ Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;

II - contra funcionário público, em razão de suas funções;

III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.

IV - contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria.

Parágrafo único - Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro.

²³¹ Lei 9.099/95:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

²³² Lei 9.099/95:

Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

ou aplicação imediata de reprimenda restritiva de direitos²³³, contexto que quase esvazia a eficácia destes dispositivos como elementos limitadores da conduta inadequada das partes.

3.3.1.2 A experiência portuguesa: o dever de recíproca correção

O dever de recíproca correção foi introduzido no Código de Processo Civil português de 1961 pelo DL 329-A/95, compondo a redação do art. 266-B²³⁴.

O texto foi integralmente mantido no Código de Processo Civil atual, transportado para o seu art. 9º²³⁵.

Este preceito, decorrente do princípio da cooperação²³⁶, consiste em obrigação lateral²³⁷ e impõe o dever geral de urbanidade, a ser observado na

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

²³³ Lei 9.099/95:

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

²³⁴ ARTIGO 266.º-B Dever de recíproca correção 1- Todos os intervenientes no processo devem agir em conformidade com um dever de recíproca correção, pautando-se as relações entre advogados e magistrados por um especial dever de urbanidade. 2 - Nenhuma das partes deve usar, nos seus escritos ou alegações orais, expressões desnecessária ou injustificadamente ofensivas da honra ou do bom nome da outra, ou do respeito devido às instituições.

²³⁵ Artigo 9.º (*Dever de recíproca correção*)

1 — Todos os intervenientes no processo devem agir em conformidade com um dever de recíproca correção, pautando-se as relações entre advogados e magistrados por um especial dever de urbanidade.

2 — Nenhuma das partes deve usar, nos seus escritos ou alegações orais, expressões desnecessária ou injustificadamente ofensivas da honra ou do bom nome da outra, ou do respeito devido às instituições.

²³⁶ RODRIGUES, Fernando Pereira. O novo Processo Civil. Os princípios estruturantes. Coimbra: Almedina, 2013, p. 124.

²³⁷ “Mas a par disso, prescrevem-se *deveres de conduta laterais* para as partes e para intervenientes acidentais (v.g. testemunhas e peritos) colimados ao adequado prosseguimento da ação com vista à justa resolução do litígio. No espectro desses deveres destacam-se, quanto às partes, o dever de

relação entre advogados e magistrados, proibindo, ainda, que as partes se utilizem, por escrito ou verbalmente, de expressões ofensivas às instituições ou à parte contrária²³⁸.

É importante consignar que o Código de Processo Civil, mais à frente, ao tratar dos atos dos magistrados e, em especial, da manutenção da ordem nos atos processuais (art. 150 do CPC atual²³⁹ e art. 154 do CPC anterior²⁴⁰)

proibidade ou de boa-fé processual (art.º 8.º do CPC) e o dever de recíproca correção (art.º 9.º do CPC); e ainda quanto às partes e a intervenientes acidentais, o dever de cooperação e de colaboração, designadamente nos termos dos artigos 7.º, 417.º, n.º 1, 429.º, 432.º, 508.º, n.º 4, 526.º, 594.º, 601.º, entre outros, do CPC, e o dever de urbanidade durante a realização dos atos processuais (art.º 150.º, n.º 1, do CPC).”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 2992/13.0TBFAF-A.E1.S1, Tomé Gomes.

²³⁸ Neste sentido: “As partes não devem usar nas suas peças escritas, ou intervenções orais, expressões que constituam ofensa, à honra ou bom nome da parte contrária, sem que para tanto tenham a devida justificação, sendo que a violação de tais bens jurídicos, importará, caso se verifiquem os necessários pressupostos, o direito a indemnização nos termos gerais, para além do procedimento criminal e disciplinar a que possa haver lugar”. RL 31-Mai-2011/2697/07.1TVLSB.L1-7 (ANA RESENDE).

²³⁹ Artigo 150.º (*Manutenção da ordem nos atos processuais*)

1 — A manutenção da ordem nos atos processuais compete ao magistrado que a eles presida, o qual toma as providências necessárias contra quem perturbar a sua realização, podendo, nomeadamente, e consoante a gravidade da infração, advertir com urbanidade o infrator, retirar-lhe a palavra quando se afaste do respeito devido ao tribunal ou às instituições vigentes, condená-lo em multa ou fazê-lo sair do local, sem prejuízo do procedimento criminal ou disciplinar que no caso couber.

2 — Não é considerado ilícito o uso das expressões e imputações indispensáveis à defesa da causa.

3 — O magistrado faz consignar em ata, de forma especificada, os atos que determinaram a providência.

4 — Sempre que seja retirada a palavra a advogado, a advogado estagiário ou ao magistrado do Ministério Público, é, consoante os casos, dado conhecimento circunstanciado do facto à Ordem dos Advogados, para efeitos disciplinares, ou ao respetivo superior hierárquico.

5 — Das decisões referidas no n.º 1, salvo a de advertência, cabe recurso, com efeito suspensivo da decisão.

6 — Sem prejuízo do disposto no número anterior, o recurso da decisão que retire a palavra a mandatário judicial ou lhe ordene a saída do local onde o ato se realiza tem também efeito suspensivo do processo e deve ser processado como urgente.

7 — Para a manutenção da ordem nos atos processuais, pode o tribunal requisitar, sempre que necessário, o auxílio da força pública, a qual fica submetida, para o efeito, ao poder de direção do juiz que presidir ao ato.

²⁴⁰ ARTIGO 154.º *Manutenção da ordem nos atos processuais*

1 - A manutenção da ordem nos actos processuais compete ao magistrado que a eles presida, o qual toma as providências necessárias contra quem perturbar a sua realização, podendo, nomeadamente, e consoante a gravidade da infracção, advertir com urbanidade o infractor, retirar-lhe a palavra quando se afaste do respeito devido ao tribunal ou às instituições vigentes, condená-lo em multa ou fazê-lo sair do local, sem prejuízo do procedimento criminal ou disciplinar que no caso couber.

2 - Não é considerado ilícito o uso das expressões e imputações indispensáveis à defesa da causa.

3 - O magistrado faz consignar em acta, de forma especificada, os actos que determinaram a providência.

ressalva que não são consideradas ilícitas “as expressões e imputações indispensáveis à defesa da causa”²⁴¹.

No art. 150-1 estão previstas as medidas que o juiz poderá adotar para manutenção da ordem. A violação ao dever de urbanidade ou o uso de expressões ofensivas pode acarretar a simples advertência, a retirada da palavra e multa ou expulsão do local, sem prejuízo dos procedimentos de natureza criminal ou disciplinar cabíveis (art. 150-1).²⁴²

Antes da revisão de 1995-1996, o Código de Processo Civil, ao tratar da manutenção da ordem, fazia expressa menção a atos escritos ou orais, prevendo a possibilidade de se mandar riscar expressões desrespeitosas. Tal

4 - Sempre que seja retirada a palavra a advogado, a advogado-estagiário ou ao magistrado do Ministério Público, é, consoante os casos, dado conhecimento circunstanciado do facto à Ordem dos Advogados, para efeitos disciplinares, ou ao respectivo superior hierárquico.

5 - Das decisões referidas no n.º 1, salvo a de advertência, cabe recurso, com efeito suspensivo da decisão.

6 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, o recurso da decisão que retire a palavra a mandatário judicial ou lhe ordene a saída do local onde o acto se realiza tem também efeito suspensivo do processo e deve ser processado como urgente.

7 - Para a manutenção da ordem nos actos processuais, pode o tribunal requisitar, sempre que necessário, o auxílio da força pública, a qual fica submetida, para o efeito, ao poder de direcção do juiz que presidir ao acto

²⁴¹ “I-O uso de expressões que, à luz do senso comum, veiculem uma ideia de insanidade mental e de desonestidade intelectual de quem é parte num processo, atenta contra a sua honra e pode deslustrar, perante terceiros que disso tomem conhecimento, a consideração que o visado lhes merece.

II-Constitui, pois, uma ofensa à integridade moral do visado, cuja ilicitude é declarada no art. 26º da CRP e no art. 70º do CC, sendo, verificados que estejam os demais pressupostos, uma fonte idónea de responsabilidade civil.

III-O facto de a utilização destas expressões ocorrer num processo judicial, em sede de defesa da posição processual de uma das partes, não é, por si só, bastante para desresponsabilizar o advogado que delas faz uso, já que o CPC, nos seus arts. 9º, nº 2 e 150º, nº 2, proíbe e caracteriza como ofensa ao dever de recíproca correção o uso desnecessário ou injustificado de expressões desse jaez.

IV-Impõe-se, pois, determinar, através da averiguação dos pertinentes factos, se o uso de tais dizeres, objetivamente ofensivos da honra e consideração daquele a quem se referem, configurando, em princípio, um ato ilícito, assim não deve ser considerado por se mostrar justificado e indispensável à defesa da parte que os utiliza.”. Tribunal da Relação de Lisboa. Processo 1521/13.0TVLSB.L1-7, Rosa Ribeiro Coelho.

²⁴² “Posto que a relação jurídico-processual contém a sua própria garantia^[16], a violação desses deveres de conduta é suscetível de implicar, além de outras medidas coercitivas, a aplicação de multas ou de outras penalidades pecuniárias pelo juiz do processo, conforme se alcança do preceituado, nomeadamente nos artigos 150.º, n.º 1, 417.º, n.º 2, 430.º, 433.º, 508.º, n.º 4, 531.º, 542.º, n.º 1, do CPC. Em regra, os limites das multas e de outras penalidades pecuniárias aplicáveis constam do Regulamento das Custas Processuais, mormente dos seus artigos 10.º e 27.º”. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 2992/13.0TBFAF-A.E1.S1, Tomé Gomes.

referência aos atos escritos foi omitida voluntariamente, uma vez que sua contenção não estaria relacionada à manutenção da ordem, mas à disciplina das diligências processuais, razão pela qual se mostra suficiente sua previsão no art. 9-2²⁴³.

Paula Costa e Silva muito bem avalia a articulação do regime de litigância de má-fé com os arts. 18²⁴⁴ e 37²⁴⁵ da Constituição portuguesa, que prevê que “todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento” e que “o exercício deste direito não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura”.

A autora registra que o Tribunal Constitucional (acórdão nº 581/98 – Sousa e Brito) concluiu, na esteira de acórdãos anteriores que reconheceram a constitucionalidade dos arts. 154 e 155, que “a possibilidade de condenação em multa por litigância de má-fé não só não consubstancia qualquer forma de censura à liberdade de expressão (não é esse, inequivocamente, o sentido do disposto no art. 456º CPC), e, por isso, não viola o disposto no art. 37º, nº 2, da Constituição, como surge como uma medida razoável, adequada e eficaz de garantir aqueles outros

²⁴³ FREITAS, Lebre de. ALEXANDRE, Isabel. Código de Processo Civil anotado. Volume 1º. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pgs. 294-295.

²⁴⁴ Artigo 18.º

Força jurídica

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.
2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.
3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

²⁴⁵ Artigo 37.º

Liberdade de expressão e informação

1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.
2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.
3. As infracções cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei.
4. A todas as pessoas, singulares ou colectivas, é assegurado, em condições de igualdade e eficácia, o direito de resposta e de rectificação, bem como o direito a indemnização pelos danos sofridos.

valores também constitucionalmente protegidos, não violando igualmente, por isso, o disposto no art. 18º da Lei Fundamental.”²⁴⁶

Inevitável a comparação com a já mencionada posição do Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, cujo voto foi vencido durante a votação do *habeas corpus* 82.033-6/AM. O Ministro entendeu, na mesma linha do Tribunal Constitucional português, que o exercício da liberdade de expressão deve ser sopesado com outros valores constitucionais, como a honra e a dignidade.

²⁴⁶ SILVA, Paula Costa e. A litigância de má-fé. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pgs. 329-331.

3.3.2 Descumprimento de ordem judicial

Norberto Bobbio, ao fundamentar a consagrada dicotomia entre democracia formal e substancial, assevera que aquela diz respeito à forma de governo, enquanto esta se refere ao conteúdo dessa forma²⁴⁷.

A democracia substancial abrange um conjunto de finalidades, dentre elas a de igualdade econômica, social e jurídica. No âmbito jurídico, concretiza-se pela realização dos direitos fundamentais, assegurada pelo processo judicial, que é um direito e uma garantia fundamental em si próprio.

Como defendido por Max Weber, o emprego da coação física é o meio de atuação definidor do próprio Estado, que é a única fonte do “direito à violência”, uma vez que detentor do monopólio do uso legítimo da força, fator que o distingue de outras associações humanas organizadas em um mesmo território²⁴⁸.

²⁴⁷ Segundo Bobbio, o discurso sobre o significado de democracia “não pode ser considerado concluído se não se dá conta do fato de que, além da democracia como forma de governo de que se falou até agora, quer dizer, democracia como conjunto de instituições caracterizadas pelo tipo de resposta que é dada às perguntas “Quem governa?” e “Como governa?”, a linguagem política moderna conhece também o significado de democracia como regime caracterizado pelos fins ou valores em direção aos quais um determinado grupo político tende e opera. O princípio destes fins ou valores, adotado para distinguir não mais apenas formalmente mas também conteudisticamente um regime democrático de um regime não democrático, é a igualdade, não a igualdade jurídica introduzida nas Constituições liberais mesmo quando estas não eram formalmente democráticas, mas a igualdade social e econômica (ao menos em parte). Assim foi introduzida a distinção entre democracia formal, que diz respeito precisamente à forma de governo, e democracia substancial, que diz respeito ao conteúdo desta forma. Estes dois significados podem ser encontrados em perfeita fusão na teoria rousseauiana da democracia, já que o ideal igualitário que a inspira se realiza na formação da vontade geral, e portanto são ambos historicamente legítimos. A legitimidade histórica, porém, não autoriza a crer que tenham, não obstante a identidade do termo, um elemento conotativo comum. Tanto é verdade que pode ocorrer historicamente uma democracia formal que não consiga manter as principais promessas contidas num programa de democracia substancial e, - vice-versa, uma democracia substancial que se sustente e se desenvolva através do exercício não democrático do poder. Desta ausência de um elemento conotativo comum temos a prova na esterilidade do debate sobre a maior ou menor democraticidade dos regimes que se inspiram uns no princípio do governo do povo, outros no princípio do governo para o povo. Cada um dos regimes é democrático segundo o significado de democracia escolhido pelo defensor e não democrático no significado escolhido pelo adversário. Além do mais, o único ponto sobre o qual um e outro poderiam concordar é que uma democracia perfeita deveria ser ao mesmo tempo formal e substancial. Mas um regime deste gênero pertence, até agora, ao gênero dos futuríveis. BOBBIO, Norberto. BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade: uma teoria geral da política. Tradução de marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, pgs. 157-158.

Neste diapasão, a utilização de medidas coercitivas para a observância das decisões judiciais é pressuposto essencial ao cumprimento dos objetivos fundamentais do Estado, sem o qual não se pode falar em solidez e em estabilidade democráticas.

Sem descuidar dos limites da proporcionalidade, qualquer ordenamento jurídico deve ser dotado de remédios eficazes para fazer prevalecer a autoridade estatal, preservando, em últimas linhas, a incolumidade da ordem jurídica e do próprio sistema democrático.

O direito à tutela jurisdicional, na reflexão de Marinoni, deve ser pensado como fundamental, uma vez que “decorre da própria existência dos direitos e, assim, da contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à

²⁴⁸ “O que é um Estado? Sociologicamente, o Estado não se deixa definir por seus fins. Em verdade, quase que não existe uma tarefa de que um agrupamento político qualquer não se haja ocupado alguma vez; de outro lado, não é possível referir tarefas das quais se possa dizer que tenham sempre sido atribuídas, com exclusividade, aos agrupamentos políticos hoje chamados Estados ou que se constituíram, historicamente, nos precursores do Estado moderno. Sociologicamente, o Estado não se deixa definir a não ser pelo específico meio que lhe é peculiar, tal como é peculiar a todo outro agrupamento político, ou seja, o uso da coação física. ‘Todo Estado se funda na força’, disse um dia Trotsky a Brest-Litovsk. E isso é verdade. Se só existissem estruturas sociais de que a violência estivesse ausente, o conceito de Estado teria também desaparecido e apenas subsistiria o que, no etido própria da palavra, se denomina ‘anarquia’. A violência não é, evidentemente, o único instrumento de que se vale o Estado – não haja a respeito qualquer dúvida -, mas é seu instrumento específico. Em nossos dias, a relação entre o Estado e a violência é particularmente íntima. Em todos os tempos, os agrupamentos políticos mais diversos – a começar pela família – recorreram à violência física, tendo-a como instrumento normal do poder. Em nossa época, entretanto, devemos conceber o Estado contemporâneo como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território – a noção de território corresponde a um dos elementos essenciais do Estado – reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física. É, com efeito, próprio da nossa época o não reconhecer, em relação a qualquer outro grupo ou aos indivíduos, o direito de fazer uso da violência, a não ser nos casos em que o Estado o tolere: o Estado se transforma, portanto, na única fonte do ‘direito’ à violência. Por política entenderemos, conseqüentemente, o conjunto de esforços feitos com vistas a participar do poder ou a influenciar a divisão do poder, seja entre Estados, seja no interior de um único Estado.”. WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Editora Cultrix, 2004, pgs. 55-56.

prestação jurisdicional já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.”²⁴⁹

Aliás, a forma de reação contra a resistência à autoridade judicial é um dos pontos mais contrastantes entre o *civil Law* e o *common Law*²⁵⁰, como abordaremos mais à frente.

3.3.2.1 A experiência brasileira

O Novo Código de Processo Civil, no capítulo destinado aos poderes, deveres e responsabilidades do juiz, outorga ao magistrado as incumbências de “prevenir ou reprimir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça” e “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.²⁵¹

²⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica Processual e Tutela dos Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, P.666.

²⁵⁰ Michael Chesterman reflete que “In this context of non-compliance with court orders made in civil proceedings that one sees most clearly the contrast between the French and the common law responses to the phenomenon of resistance to judicial authority. The starting point for French thinking on non-compliance is that, because nothing more than a private dispute is in issue, the success or otherwise of procedures for enforcement is essentially a matter of significance for the enforcing party only. Paradoxically, the instigation of the French procedure which comes closest to civil contempt – the *astreinte* – is in the hands of the court, not this party. But it is not considered that the court itself has any interest of its own to assert, by virtue of which it should seek to impose its will on the disobeying party. In declaring and eventually quantifying the *astreinte* it is merely taking one further step in the process of giving effect to the legal rights of the enforcing party, the process which began when it accepted for adjudication this party’s avowal of a legal entitlement.” CHESTERMAN, Michael. Contempt: In the common Law, but not in the Civil Law. The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 46, No. 3 (Jul., 1997), p. 550.

²⁵¹ Novo CPC:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela duração razoável do processo;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

Tais dispositivos inauguram importante modificação na ordem jurídica brasileira.

Embora já combatesse anteriormente a prática dos chamados atos atentatórios à dignidade da justiça, o Código de Processo Civil de 1973 era silente, ao tratar dos poderes do juiz, em relação às medidas assecuratórias do cumprimento das ordens judiciais, restringindo-se, em outros capítulos, a prever a possibilidade de cominação de pena pecuniária²⁵² ou de multa diária²⁵³ na hipótese de descumprimento de sentença ou de decisão concessiva de tutela específica ou antecipada.

O Código de Processo Civil o fazia, outrossim, ao tratar dos atos atentatórios ao exercício da jurisdição. Conforme mencionado anteriormente, tal sistemática foi deslocada para o rol de atos atentatórios à dignidade da justiça, punível com multa de até 20% (vinte por cento) do valor da causa²⁵⁴.

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;
 VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;
 VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;
 IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;
 X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.
 Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

²⁵² CPC de 1973:

Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4º, e 461-A).

²⁵³ § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

²⁵⁴ CPC de 2015:

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:
 (...)

Em sua nova redação, como mencionado, o estatuto processual prevê que o juiz deverá “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial”.

Tem-se por certo, por outro lado, que a ordem judicial deverá ser cumprida de modo voluntário (*coactus voluit tamen voluit*) ou à míngua da vontade do destinatário, sem margem para uma terceira opção.

Para obtenção deste resultado, o ordenamento brasileiro já convivía com as chamadas medidas coercitivas - a exemplo da imposição de pena pecuniária ou de multa diária - e sub-rogatórias, caracterizadas pelo cumprimento forçado da obrigação independentemente da vontade do devedor, como nos casos de busca e apreensão.

É cediço, igualmente, que não se pode presumir a existência de palavras inúteis na lei, cujas expressões devem ser tidas como dotadas de alguma eficácia²⁵⁵. E é por essa razão que as medidas indutivas, acrescentadas pela nova legislação, não podem ser confundidas com as medidas coercitivas já existentes.

Chama atenção, outrossim, a inclusão, pelo legislador processual, das chamadas *medidas indutivas* no rol das providências de força à disposição do magistrado para que assegure o cumprimento das determinações judiciais.

Sob esse raciocínio, parte da doutrina brasileira já se posiciona em defesa da possibilidade de decretação de prisão civil por descumprimento de ordem judicial.

IV - **cumprir com exatidão as decisões judiciais**, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

(...)

(...)

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, **aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa**, de acordo com a gravidade da conduta.

²⁵⁵ MAXIMILIANO, Carlos *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993, p. 250.

É indubitável que o ordenamento brasileiro já se ressentia pela ausência de medidas mais enérgicas capazes de garantir a eficácia das decisões judiciais. Se, de um lado, o desatendimento a ordem legal de funcionário público constitui crime^{256 257}, de outro tal conduta é de menor potencial ofensivo²⁵⁸, o que impede a prisão do infrator, situação bastante similar à que foi mencionada quando tratamos da disciplina penal das ofensas dirigidas ao julgador.

Ademais, a jurisprudência vinha se posicionando pela impossibilidade de decretação de prisão nos autos de processo cível, salvo na hipótese de dívida de alimentos, cabendo ao juiz nada mais do que comunicar ao Ministério Público o descumprimento de sua ordem, para eventual adoção das medidas penais pertinentes junto ao juízo criminal²⁵⁹.

²⁵⁶ Código Penal:

Desobediência

Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

²⁵⁷ Código Penal:

Prevaricação

Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

²⁵⁸ Lei 9099/95:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

²⁵⁹ RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZATÓRIA. TUTELA ANTECIPADA. AMEAÇA DE PRISÃO POR CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE. 1. Manifestamente ilegal a decretação ou a ameaça de decretação de prisão por crime de desobediência nos autos de processo civil como forma de coagir a parte ao cumprimento de obrigação, ressalvada a obrigação de natureza alimentar. 2. Precedentes específicos do STJ. 3. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO, PREJUDICADO O RECURSO ORDINÁRIO. (Superior Tribunal de Justiça. RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 35.253 – RJ. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Data do julgamento: 05 de março de 2013).

HABEAS CORPUS. ORDEM DE PRISÃO. DESOBEDIÊNCIA. NÃO-COMPROVAÇÃO DE DEPÓSITO DE ALUGUÉIS. ILEGALIDADE. JUÍZO CÍVEL. 1. É entendimento assente no Superior Tribunal de Justiça que decreto de prisão decorrente de decisão de magistrado no exercício da jurisdição cível, quando não se tratar das hipóteses de devedor de alimentos, é ilegal. 2. Habeas corpus concedido. (Habeas Corpus 125.042/RS. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Data do julgamento: 19 de fevereiro de 2009).

É certo que a Constituição brasileira veda expressamente a prisão civil **por dívida**, ressalvando apenas a possibilidade de aprisionamento do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel²⁶⁰.

No mesmo sentido o Pacto de San Jose da Costa Rica²⁶¹.

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PRISÃO CIVIL. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. A Constituição interdita a prisão por dívida (art. 5º, XLVII), salvo a hipótese do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. 2. *In casu*, evidencia-se que o paciente não se encontra em nenhuma dessas hipóteses excepcionais de depositário infiel e devedor de alimentos. 3. Uma vez descumprida, injustificadamente, determinação judicial, proferida nos autos de processo de natureza cível, resta como única providência ao alcance do juiz condutor do processo - para fins de responsabilização penal do descumpridor - noticiar o fato ao Representante do Ministério Público para que este adote as providências cabíveis à imposição da reprimenda penal respectiva, por infração ao artigo 330 do CPB, eis que lhe falece à autoridade judicial competência para decretar prisão em face do delito cometido. 4. Recurso ordinário provido. (Recurso em Habeas Corpus 16279/GO. Relator: Ministro LUIZ FUX. Data do julgamento: 14 de setembro de 2004).

CRIMINAL. HC. DESOBEDIÊNCIA À ORDEM JUDICIAL. AMEAÇA CONCRETA DE PRISÃO EM FLAGRANTE. CABIMENTO DO WRIT. ANÁLISE DO TIPO DE DELITO QUE SE CONFIGURARIA E DISCUSSÃO DE MÉRITO DO MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. IMPROPRIEDADE DO MEIO ELEITO. CONHECIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO RESTRITO À AMEAÇA DE PRISÃO. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. JUÍZO CÍVEL EM HIPÓTESE QUE NÃO DIZ RESPEITO A DEPOSITÁRIO INFIEL OU DEVEDOR DE ALIMENTOS. SALVO-CONDUTO CONCEDIDO EM DEFINITIVO. WRIT CONHECIDO EM PARTE. ORDEM CONCEDIDA. Não se tratando de mera advertência genérica, mas, sim, de uma efetiva ameaça de prisão em flagrante por descumprimento de ordem judicial, cabível o habeas corpus. Improriedade do meio eleito para a análise acerca do tipo de delito que se configuraria, em decorrência de tal descumprimento – se crime de responsabilidade ou prevaricação – tendo em vista a vedada análise de fatos e provas, que se faria necessária. Documento: 27258452 - RELATÓRIO E VOTO - Site certificado Página 4 de 5 Superior Tribunal de Justiça Descabimento do writ para a discussão de mérito do mandado de segurança originário, pois deve o interessado valer-se dos recursos processuais de lei. Irresignação conhecida somente quanto à ameaça de prisão. Sobressai a ilegalidade da ameaça concreta de prisão, pois emanada de juízo no exercício da jurisdição cível, fora das hipóteses de depositário infiel ou de devedor de alimentos. Salvo-conduto concedido em definitivo, em relação à ordem de prisão em caso de descumprimento da determinação de pagamento dos meses de maio a agosto de 2001, em favor da Clínica de Reabilitação S/C Ltda., nos autos do Mandado de Segurança nº 2001.02.01.030971-8/RJ. Writ parcialmente conhecido e ordem concedida para, confirmando a liminar deferida, determinar, em definitivo, a expedição de salvo-conduto em favor dos pacientes, nos termos do voto do Relator. (Habeas Corpus 18610/RJ. Relator: Ministro Gilson Dipp. Data do julgamento: 27 de agosto de 2002).

²⁶⁰ LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

²⁶¹ Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

(...)

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Por outro lado, não se pode confundir a prisão decorrente do descumprimento de ordem judicial de natureza não pecuniária com a prisão civil por dívida.

A prisão civil por descumprimento de ordem judicial visa a combater a rebeldia, a afronta, o descaso, o desleixo do destinatário do comando estatal de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, que impede voluntariamente a efetividade da tutela jurisdicional.

Caracterizada a má-fé e não se tratando de obrigação pecuniária, não vislumbramos qualquer óbice de índole constitucional à determinação judicial de prisão civil²⁶².

Neste sentido, raríssimos precedentes no Brasil, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, como o decorrente do julgamento do HC 0040130-23.2006.8.19.0000²⁶³, que analisou a recusa ao cumprimento de ordem judicial que determinou a entrega de filho menor ao pai. Vale trazer tal ementa à colação:

Habeas corpus preventivo. Impetrante que alega ter justas razões para não entregar o filho ao pai, como determinado pelo Juízo de Família, frustrando as diligências encetadas neste sentido. Inexistência de ameaça de coação ilegal ou abuso de poder. Eventual decreto de prisão estará baseado em justa causa: descumprimento de ordem judicial. Ordem denegada.

Calha também a menção ao HC 0014800-44.2004.5.19.0000, da lavra do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região (Alagoas), que ressaltou competir ao Poder Judiciário garantir a efetividade de suas próprias decisões:

²⁶² Aliás, no mesmo sentido, em relação à Constituição de 1967, posicionou-se Pontes de Miranda: “O que a Constituição proíbe é a pena de prisão por não pagamento de dívidas [referindo-se à Constituição de 1967], de multas ou de custas, e não a prisão como meio para impedir que o que tem a posse imediata de algum bem se furte à entrega dele. A prisão civil por inadimplemento de obrigações que não sejam pecuniárias, é sempre possível.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol XII. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 449-50.

²⁶³ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de relatoria do Desembargador Paulo Maurício Pereira (décima câmara cível), julgado em 21 de março de 2006.

Habeas Corpus. Desobediência à ordem judicial de magistrado trabalhista. Ausência de justa causa. Competência da Justiça do Trabalho. Indeferimento. A determinação de prisão pelo descumprimento de ordem judicial de magistrado trabalhista é competência da Justiça do Trabalho. Logo, todos os incidentes processuais que se lhes seguirem deve o Juiz do Trabalho decidir. Não se pode entender que o legislador, tão festejado, entregou ao Poder Judiciário um *munus* que não pode cumprir, de tornar efetiva a Justiça. Não pode este juízo entender que não tem o Juiz do Trabalho poder para determinar a prisão cautelar por descumprimento de ordem judicial. Pedido de *habeas corpus* indeferido.

São posições isoladas, vale repisar. Outrossim, não obstante a inovação legislativa quanto às medidas indutivas, ainda não ecoa na doutrina qualquer tendência mais robusta de se admitir uma nova hipótese de prisão civil.

3.3.2.2 A experiência portuguesa: a sanção pecuniária compulsória

A sanção pecuniária compulsória está prevista no art. 829-A do Código Civil português²⁶⁴, com redação dada pelo Decreto-lei 262/83, e foi inspirada no modelo francês das astreintes.

O dispositivo “visa, em suma, uma dupla finalidade de moralidade e de eficácia, pois com ela se reforça a soberania dos tribunais, o respeito pelas suas decisões e o prestígio da justiça, enquanto por outro lado se favorece a execução específica das obrigações de prestação de facto ou de abstenção infungíveis²⁶⁵”.

²⁶⁴ ARTIGO 829º-A (Sanção pecuniária compulsória)

1. Nas obrigações de prestação de facto infungível, positivo ou negativo, salvo nas que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas do obrigado, o tribunal deve, a requerimento do credor, condenar o devedor ao pagamento de uma quantia pecuniária por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso.
2. A sanção pecuniária compulsória prevista no número anterior será fixada segundo critérios de razoabilidade, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar.
3. O montante da sanção pecuniária compulsória destina-se, em parte iguais, ao credor e ao Estado.
4. Quando for estipulado ou judicialmente determinado qualquer pagamento em dinheiro corrente, são automaticamente devidos juros à taxa de 5% ao ano, desde a data em que a sentença de 200 condenação transitar em julgado, os quais acrescerão aos juros de mora, se estes forem também devidos, ou à indemnização a que houver lugar.

²⁶⁵ Relatório do Decreto-lei 262/83.

Assegura, “simultaneamente, o cumprimento das obrigações e o prestígio da justiça²⁶⁶”.

Sua função não é indenizatória, mas coercitiva^{267 268}, de modo que pode ser cumulada com pedido indenizatório. Conforme ensina Calvão da Silva, a sanção pecuniária compulsória objetiva, quanto ao devedor, “triumfar da resistência daquele, da sua oposição, indiferença ou desleixo para com o cumprimento.”²⁶⁹.

A obrigação imposta ao devedor deve ser infungível^{270 271}, entendendo-se como tal aquela prestação que somente pode ser realizada pelo próprio devedor²⁷². Restringe-se, pois, às obrigações estipuladas “em consideração

²⁶⁶ Tribunal da Relação do Porto. Acórdão 0433267, Fernando Baptista.

²⁶⁷ “A finalidade da sanção pecuniária compulsória não é a de indemnizar o credor pelos danos sofridos com a mora, mas o de incitar o devedor ao cumprimento do decidido, sob a intimação do pagamento duma determinada quantia por cada período de atraso no cumprimento da prestação ou por cada infracção.” Tribunal da Relação de Guimarães. Processo 407/05.7TBBCCL-D.G1. Relator: Amílcar Andrade.

²⁶⁸ “A sanção pecuniária compulsória visa impelir o devedor a cumprir a obrigação de prestação de facto infungível que lhe foi imposta e, simultaneamente, a respeitar o decidido por um tribunal; ela não se destina a indemnizar o titular do direito que se quer acautelar.”. Tribunal da Relação de Guimarães. Processo 113/11.3TBMLG.G1, António Beça Pereira.

²⁶⁹ SILVA, João Calvão da. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 397.

²⁷⁰ “A fixação de uma sanção pecuniária compulsória não tem cabimento legal quando estamos perante obrigações que consubstanciam prestações de facto de natureza fungível”. Tribunal da Relação de Guimarães. Processo 1038/09.8TBFAF-A.G1, Isabel Fonseca.

²⁷¹ “A sanção pecuniária compulsória visa, em suma, como se refere no próprio relatório do DL n.º 262/83, de 16 de Junho, “... uma dupla finalidade de moralidade e de eficácia, pois com ela se reforça a soberania dos tribunais, o respeito pelas suas decisões e o prestígio da justiça, enquanto por outro lado se favorece a execução específica das obrigações de prestação de facto ou de abstenção infungíveis”. O regime sancionatório previsto no art.º 829º-A do CC assume duas vertentes: uma de natureza judicial – a estabelecida no n.º 1 do preceito, reservada às obrigações de prestação de facto infungível; outra, de natureza legal, prevista no n.º 4 do artigo, estabelecida para os casos em que for estipulado ou judicialmente determinado qualquer pagamento em dinheiro corrente. De acordo com o disposto no art.º 767º, do CC, o cumprimento por terceiro só não é admissível – sendo, nesse caso, a prestação infungível –, se tiver sido acordado expressamente que a prestação deve ser feita pelo devedor, ou se a substituição por outrem prejudicar o credor. Saber se a prestação é ou não fungível é, pois, questão cuja resposta se surpreende, em termos práticos, na afirmação ou na negação da possibilidade de aquela poder ser cumprida por terceiro. (...) Concluindo-se, pois, pela fungibilidade da prestação em causa, é manifesto que não pode proceder o pedido de condenação em sanção pecuniária compulsória e conseqüentemente impõe-se a revogação da sentença neste segmento do dispositivo.”. Tribunal da Relação de Évora. Processo 5621/13.9TBSTB.E1, Bernardo Domingos.

²⁷² VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral, volume 1. Coimbra: Almedina, 2015, p. 82.

à pessoa”, cujo cumprimento requer insubstituível intervenção do devedor, o que a caracteriza como processo subsidiário que não permite execução específica²⁷³.

A obrigação deve ainda ter sido reconhecida judicialmente²⁷⁴ e estar em condições de ser cumprida de imediato²⁷⁵.

Poderá ser arbitrada tanto na ação declarativa quanto na execução (redação dada pelo DL 38/03, que alterou os arts 933º, nº 1 e 941º, nº 2)²⁷⁶ e deverá ser fixada a pedido do credor, à exceção da sanção prevista no nº 4 do art.º 829º-A do Código Civil, também chamada de sanção compulsória legal (em contraponto à sanção compulsória judicial), que possui carácter automático²⁷⁷. Nesta hipótese, são

²⁷³ “(...) o legislador confinou a sanção pecuniária compulsória às obrigações de carácter pessoal – obrigações de carácter *intuitu personae*, cuja realização requer a intervenção do próprio devedor, insubstituível por outrem – fazendo dela um processo subsidiário onde a execução específica não tem lugar.”. Tribunal da Relação de Évora. Processo 2187/04.4TBVR.E1, Mata Ribeiro.

²⁷⁴ “O escopo da sanção pecuniária compulsória não se confina a um mero constrangimento do devedor para cumprir a sua obrigação, é da sua natureza reforçar a soberania dos tribunais e o prestígio da justiça e, por isso, só é devida quando a prestação houver sido judicialmente reconhecida, o que não se verifica quando o título executivo é uma letra de câmbio.”. Tribunal da Relação de Évora. Processo 293/10.5TBETZ -A.E1, Francisco Matos.

²⁷⁵ “Entendemos que pela própria natureza da sanção compulsória esta «pressupõe, que, a obrigação imposta ao devedor seja tal que permita, de imediato, o seu cumprimento. Só uma obrigação, que tendo sido judicialmente reconhecida, esteja em condições de ser logo cumprida pelo devedor é que pode determinar a incidência dessa sanção» - vide Ac. STJ de 23.01.2002, Ver. Nº 2071/01-4ª: Sumários, 57º. E é exactamente isso que falta na situação em causa: a sanção foi estabelecida sem que a obrigação estivesse totalmente em condições de ser cumprida pois a sua verificação dependia – também – de actos de terceiro e por isso se acaba a discutir se era ou não possível cumprir todos os prazos em causa pelos oponentes. “In casu,” nunca poderia existir uma certeza de que os oponentes, só por si, conseguiriam o resultado pretendido, o que faz do cumprimento e da sanção estabelecida um cumprimento e uma sanção não controlável pelos obrigados, pelo que temos que concluir que não é admissível. Com efeito, a sanção compulsória é um meio coercivo para o cumprimento, «visa compelir psicologicamente o infractor a cumprir, ainda que tardiamente, mediante a inflicção de um mal continuado ou reiterado que só cessará com tal cumprimento» Galvão Telles, *Dir.Obrigações*, 5ª ed. -427. (...) Assim sendo, esta pressão que a que fica sujeito o devedor tem que se basear numa obrigação que pode ser de imediato cumprida, sem condicionantes.” Tribunal da Relação de Évora. Processo 941/09.OTBSTB-B.E1, Elisabete Valente.

²⁷⁶ “Verificado o incumprimento da obrigação de non facere, pode o exequente requerer, no âmbito da execução para prestação de facto negativo, a fixação de sanção pecuniária compulsória”. Tribunal da Relação de Guimarães. Processo 5273/09.OTBGM.G1, Manuela Bento Fialho.

²⁷⁷ Ainda do Acórdão 0433267, do Tribunal da Relação do Porto, colhe-se a seguinte construção: “Pergunta-se, assim, em primeiro lugar se—como a expropriante sustenta—os juros compulsórios, a que se refere o aludido nº 4 do artº 829º-A, CC, só podiam ser atribuídos desde que requeridos pelos expropriados, e antes da condenação”. Não cremos que assista razão à agravante.

Efectivamente, temos entendido—e não alvejamos razão consistente para mudar de opinião—que a sanção a que se reporta o referido nº 4 é de funcionamento automático (como dia a disposição legal,

devidos juros em todos os casos em que haja condenação ao pagamento de quantia monetária²⁷⁸, independentemente de condenação na sanção estabelecida no nº 1 do art.º 829º-A²⁷⁹.

É possível, ainda, a aplicação concomitante da sanção pecuniária compulsória e da condenação por litigância de má-fé²⁸⁰.

“usando uma terminologia que deve mais à física, em geral, e à mecânica, em especial, do que à escorreita linguagem do bom jurista” (Rev. Leg. Jur., Ano 121, pá. 219), escapando—embora, é certo, um tanto em desarmonia com o sistema—à intervenção do tribunal (cfr. Calvão da Silva, Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória”, págs. 452 ss e estudo do mesmo autor o estudo in B.M.J., nº 359º, págs. 97 ss).

Trata-se, assim, de uma sanção que não carece de ser pedida e declarada em sede de acção declarativa (cfr., neste sentido, Acs. rel. Porto de 07.02.95, 14.01.99, de 29.02.2000 e de 30.05.00, todos na base de dados da DGSI, in www.dgsi.pt; o Ac. Rel. de Évora de 11.04.96, in Col. Jur. , ano XXI, T. II, pág. 279).

Efectivamente, há que distinguir, por um lado, a sanção compulsória judicial (nº 1 do citado artº 829ºA)—esta, sim, só decretada “a requerimento do credor” (cfr., v.g., Ac. Rel. do Porto, in Col. Jur., 1991, T. V, pág. 145)—e, por outro, a sanção compulsória legal (nº 4), visando – como no caso *sub judice* -- obrigações pecuniárias.

Esta última não carece de ser decretada pelo juiz. Pelo contrário, é o próprio legislador a fazê-lo (cfr. Calvão da Silva, “Cumprimento...”, “ págs. 457/458). Efectivamente o aludido adicional de juros (de 5%) que a dita norma legal prevê é automaticamente devido “de jure”, desde o trânsito em julgado da sentença que tiver condenado no pagamento em dinheiro corrente (ver Ac. Rel. de Évora de 13.10.1998, Bol. M.J., nº 480º-568).

A sanção pecuniária compulsória é só uma: em regra, a sua ordenação é confiada pelo legislador ao tribunal; excepcionalmente — como é o presente caso — é o próprio legislador que a fixa. Como anota o Prof. Calvão da Silva, (ob. e loc. cit.), o legislador, quando se trata de obrigações ou de simples pagamentos a efectuar em dinheiro corrente, em vez de confiar à soberania do tribunal a ordenação da sanção pecuniária compulsória, disciplinou-a ele próprio, fixando o seu montante, ponto de partida (trânsito em julgado da sentença de condenação) e funcionamento automático.”

²⁷⁸ Calvão da Silva esclarece que “quer a sentença de condenação recaia sobre uma soma em dinheiro, cujo montante está estipulado contratualmente, quer a soma em dinheiro a pagar seja determinada pela própria decisão da justiça - como acontece na obrigação de indemnização, fixada em dinheiro, resultante da responsabilidade civil extracontratual ou contratual, a qual, no momento da fixação do quantum respondeatur, se converte de dívida de valor em obrigação pecuniária – são automaticamente, de direito, devidos juros à taxa de 5% ao ano desde o trânsito em julgado da sentença condenatória”. SILVA, João Calvão da. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 455.

²⁷⁹ “A sanção estabelecida no nº 4 do art. 829º-A, é devida em todos os casos em que haja condenação no pagamento de quantia monetária, independentemente da existência ou não de cláusula penal ou da condenação na sanção estabelecida no nº 1 do mesmo preceito e opera “ope legis”, sem necessidade de condenação por banda do tribunal.”. Tribunal da Relação de Évora. Processo 280.06.8TBSRP-B.E1, António Manuel Ribeiro Cardoso.

²⁸⁰ “Diz-se litigante de má-fé - art. 456º, nº2 - quem, com dolo ou negligência grave: a) tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar; b) tiver alterado a verdade dos

Deverá ser fixada segundo critérios de razoabilidade e será destinada, em partes iguais, ao credor e ao Estado, sem prejuízo de eventual indenização, levando-se em consideração as circunstâncias do caso, podendo o Tribunal optar por fixa-la por cada dia de atraso ou por cada infração.

Por seu carácter coercitivo, o valor da sanção deve ser estipulado em patamar capaz de assegurar a eficácia do comando judicial, desestimulando o descumprimento por parte do devedor²⁸¹, com observância, por outro lado, da

factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa; c) tiver praticado omissão grave do dever de cooperação; d) tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objectivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a acção da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão. Cabem, na definição legal, situações de má-fé subjectiva, caracterizadas pelo conhecimento ou não ignorância da parte, e objectiva, resultantes da violação dos padrões de comportamento exigíveis. Por outro lado, importa notar que o princípio da cooperação constitui, a partir da reforma processual operada pelo Dec-lei 329-A/95, de 12/12, um princípio fundamental e angular do processo civil, com expressão no art. 266º do Código, e preordenado a fomentar a colaboração entre os magistrados, os mandatários e as próprias partes, com vista a obter-se, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. No que respeita às partes, o dever de cooperação vem concretizado no art. 266º-A, tendo como principal manifestação o dever de litigância de boa-fé. A mais grave violação desses deveres, por qualquer das partes, traduz a litigância de má-fé. Na redacção anterior à reforma do Código, a má-fé era identificada como uma modalidade do dolo processual, consistindo, na expressiva síntese de Manuel de Andrade, na "utilização maliciosa e abusiva do processo".

(...) Se os apelantes estivessem de boa-fé, após o trânsito em julgado da sentença, só tinham um caminho a seguir: cumprir com as obrigações a que se encontravam vinculados por força da decisão judicial. A descrita postura dos executados reflecte, no mínimo, falta de respeito para com as decisões dos tribunais, não podendo tal actuação ser integrada no conceito de lide temerária, como ainda pretendem os apelantes. Violaram consciente e voluntariamente o dever de probidade (o dever de agir de boa-fé) e o dever de cooperação, que sobre eles recaía. Mostra-se, pois - observado que foi o princípio do contraditório - inteiramente justificada a sua condenação como litigantes de má-fé, que assenta num juízo de censura incidente sobre um comportamento por eles adoptado, inadequado à ideia de um processo justo e leal. Condenação que, de jure, assenta no disposto no art. 456º, n.ºs 1 e 2, al. c) e d) do CPC e deverá ser concretizada com a aplicação de uma multa, nos limites previstos no art. 102º - a) do CCJ - multa que, atenta a gravidade e reiteração da má-fé, se entende ajustado fixar em 10 (dez) UC. É, por outro lado, inquestionável a responsabilidade pessoal e directa do mandatário dos recorrentes nos actos pelos quais se revela a má-fé, uma vez que em causa estão, essencialmente, procedimentos processuais que os recorrentes não dominam, e que estão na disponibilidade daquele, enquanto técnico de Direito. Temos por irrecusável que o Ex.mo causídico que patrocina os Executados/Apelantes não observou o dever de cooperação a que se acha vinculado, nos termos do já citado art. 266º do CPC, devendo, por isso, ser considerado responsável pessoal e directo pela má-fé dos recorrentes, nos termos do art. 459º do mesmo Código. Decisão. Nos termos expostos, nega-se provimento ao recurso, com custas pelos recorrentes. Condenam-se os recorrentes na multa de 10 (dez) UC, por haverem litigado de má-fé, devendo dar-se cumprimento ao disposto no art. 459º do CPC, no concernente ao Ex.mo Mandatário dos recorrentes, para os efeitos prevenidos no dito normativo." Processo 407/05.7TBBCL-D.G1. Relator: Amílcar Andrade. Data do acórdão: 15 de setembro de 2011.

²⁸¹ "I - O escopo da sanção pecuniária compulsória é pressionar o obrigado ao cumprimento, e a sua finalidade última é «levar o devedor a respeitar a injunção judicial e a cumprir a obrigação a que está adstrito pelo que o respectivo valor tem de ser fixado um pouco acima da sua capacidade patrimonial. II - A consideração das condições económicas do devedor não tem em vista fixar um valor que fique

capacidade do devedor para assegurar a efetividade da providência decretada^{282 283}. Na lição de João Calvão da Silva, “não deve perder-se de vista que o remédio mais eficaz para os possíveis excessos do prudente arbítrio do juiz está nas próprias mãos do devedor: o cumprimento da obrigação a que está adstrito²⁸⁴”.

alguém dessas condições (como seria se estivesse em causa a fixação de uma indemnização), pois, atento o escopo da sanção pecuniária compulsória, o devedor não pode, perante o valor fixado para esta, ter vantagem no não cumprimento. A atenção à situação económica do devedor tem, antes, o propósito de vir a ser fixado um valor que vá além das suas capacidades, pois só assim será suficientemente dissuasor do incumprimento – sendo certo que o valor fixado, por se tratar de quantia destinada a não ser paga desde que haja cumprimento da obrigação, não afectará, em condições normais, o património do devedor. Tribunal da Relação de Évora. Processo 499/07-2, Mário Serrano.

²⁸² “A sanção pecuniária compulsória consiste na condenação do devedor no pagamento de uma quantia pecuniária variável, por cada dia de atraso ou por cada infracção, em cuja fixação devem intervir juízos de razoabilidade, ou proporcionalidade, devendo ser ponderada a capacidade do devedor para assegurar a efectividade da providência decretada.”. Tribunal da Relação de Évora. Processo 2322/05-3, Chambel Mourisco.

²⁸³ GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da Reforma do Processo Civil*, volume III. Coimbra: Almedina, 2010, p. 156.

²⁸⁴ SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, pgs. 418-419.

3.3.3 Excesso de linguagem e descumprimento de ordem judicial no *Common Law*: o *contempt of court*

O sistema de common Law tem por inquestionável que a capacidade para garantir a eficácia das decisões judiciais é inerente à própria existência do Poder Judiciário^{285 286 287}. Por esta razão, reconhecem-se às cortes de justiça os chamados *inherent powers*, que se destinam a preservar sua autoridade, dignidade e existência^{288 289}. E, dentre eles, o *contempt power* é o mais relevante²⁹⁰.

²⁸⁵ Miguel Reale Júnior ensina que “O direito, como já dissemos várias vezes, é de tal natureza que implica uma organização do poder, a fim de que sejam cumpridos seus preceitos. Como as normas jurídicas visam a preservar o que há de essencial na convivência humana, elas não podem ficar à mercê da simples boa vontade, da adesão espontânea dos obrigados. É necessário prever-se a possibilidade de seu cumprimento obrigatório”. REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 71.

²⁸⁶ É de James Francis Oswald a afirmação de que “A court of justice without power to vindicate its own dignity, to enforce obedience to its mandates, to protect its officers, or to shield those who are entrusted to its care, would be an anomaly which could not be permitted to exist in any civilized community.” OSWALD, James Francis. Contempt of court, committal, and attachment, and arrest upon civil process, in the supreme court of judicature, with the practice and forms. 2 nd edition. London, William Clowes and Sons, 1895. Republicação integral efetuada por Kessinger Publishing's Rare Reprints, Kessinger Publishing.

²⁸⁷ Sobre a universalidade de tal prerrogativa no *common law*, Joseph Moskovitz alerta que “the law of contempt is based on broadest of principles, namely that the court cannot and will not permit interference with the due administration of justice. It’s application is universal”. MOSKOVITZ, Joseph. Contempt of injunctions, civil and criminal. London: Columbia Law Review, v. 43, nº 9, 1943.

²⁸⁸ O poder inerente possui expressa previsão, por exemplo, nos diplomas processuais do estado americano da Louisiana. Vale citar: “A court possesses inherently all powers necessary for the exercise of its jurisdiction and the enforcement of its lawful orders, including authority to issue such writs and orders as may be necessary or proper in aid of its jurisdiction. It has the duty to require that criminal proceedings shall be conducted with dignity and in an orderly and expeditious manner and to so control the proceedings that justice is done. A court has the power to punish for contempt. —A court possesses inherently all of the power necessary for the exercise of its jurisdiction even though not granted expressly by law.” (Louisiana Code of Criminal Procedure, art. 17).

²⁸⁹ E da mesma forma já se pronunciou a Suprema Corte dos EUA: “Certain implied powers must necessarily result to our courts of justice from the nature of their institution. (United States v. Hudson, 11 U.S. 7 Cranch 32 34 [1812]). “Federal courts have the inherent power to manage their own proceedings and to control the conduct of those who appear before them. In invoking the inherent power to punish conduct which abuses the judicial process, a court must exercise discretion in fashioning an appropriate sanction.” (Chambers v. Nasco, Inc. (90- 256), 501 U.S. 32 [1991]). No Estado de Michigan: Courts have the inherent power to punish for contempt and that authority exists to the full extent that it existed at common law. (In re Huff, 352 Mich 402 (1958); In re Daugherty, 429 Mich 81, 91, n 14 [1987]).

²⁹⁰ No mesmo sentido: WARREN, Michael. Contempt of court & broken windows: why ignoring contempt of court severely undermines justice, the rule of law, and republican self-government. The

Rui Stoco esclarece que “o vocábulo *contempt* deriva do verbo inglês *to contemn*, de origem latina *contemptus*, particípio passado do verbo *contemnere*. É sinônimo de *despise* (desprezo), *scarn* (escárnio) ou *disdain* (desdém), e tem na língua inglesa quatro significados principais: a) o ato de desprezar ou desrespeitar alguém ou algo que se crê vil, menor ou sem valor; b) o ato ou expressão que denota uma atitude de desprezo ou desrespeito por alguém ou algo que se crê vil, menor ou sem valor; c) o ato de ser desprezado ou desrespeitado, de ser posto em desgraça, de ser tratado como vil, menor ou sem valor e, por fim, d) o ato de desprezo, desrespeito, desobediência ou confronto aberto para uma autoridade judicial ou legislativa. Em sua acepção jurídica o vocábulo *contempt* se transmuda e assume a expressão *contempt of court*, ou seja, um ato de desprezo ou desobediência à Corte²⁹¹.”

É uma ação ou omissão que viola uma ordem judicial, impede o funcionamento da corte ou desafia sua autoridade²⁹².

A sanção visa a preservar a efetividade e enfatizar a autoridade da corte²⁹³, bem como assegurar direitos concedidos pela via judicial, garantindo que a parte lesada seja indenizada, nas hipóteses em que a violação causar prejuízos²⁹⁴.

Trata-se, como explicita Moskovitz, de instituto *sui generis*²⁹⁵, que gravita entre o Direito Civil e o Direito Penal²⁹⁶.

Journal of the Federalist Society's Practice Groups, v. 7, 2006, p. 45-46. PASQUEL, Roberto Molina. Contempt of court: correcciones disciplinarias y medios de apremio. México: Fondo de Cultura Economica, 1954, p. 81-82.

²⁹¹ STOCO, Rui. Abuso de Direito e Má-Fé Processual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 120.

²⁹² “Contempt is action or inaction which violates a court order, impedes the functioning of the Court, or impairs the authority of the Court”. (In re Contempt of Robertson, 209 Mich App 433, 436 [1995].

²⁹³ Estado de Michigan: People v Kurz, 35 Mich App 643, 656 (1971).

²⁹⁴ Harvey v Lewis, 10 Mich App 709, 715-716 (1968).

²⁹⁵ MOSKOVITZ, Joseph. Contempt of injunctions, civil and criminal. London: Columbia Law Review, v. 43, nº 9, 1943, p.783.

O *contempt of court* é atualmente regulamentado, no Direito inglês, pelo *Contempt of Court Act*, de 27 de julho de 1981, que prevê, dentre outras, a possibilidade de imposição de sanções para as hipóteses de descumprimento de ordem judicial (seção 17 do *contempt of court act 1981*²⁹⁷ c/c seção 63 do *Magistrates Courts Act 1980*²⁹⁸) ou ofensa ao magistrado judicial, testemunhas, servidores da justiça e advogados, bem como interrupção deliberada dos trabalhos da corte ou mau comportamento²⁹⁹.

Neil Andrews, acerca do Direito inglês, esclarece que a doutrina do *contempt of court* prevê sanções contra vários tipos de má conduta, especialmente aqueles tendentes a interferir no curso da Justiça, induzindo o juiz ao erro, como nas hipóteses de manipulação de testemunhas³⁰⁰. Roberto Pasquel Molina acrescenta

²⁹⁶ Em *Andreano v. Utterback*, The Supreme Court of Iowa afirmou que “A *contempt proceeding* occupies what may be termed the twilight zone between civil and criminal cases.” *Case Andreano v. Utterback*, 202 Iowa 570, at 571, 210 NW. 780 (1926).

²⁹⁷ “17.-(1) The powers of a magistrates' court under subsection (3) of section 63 of the Magistrates Courts Act 1980 (punishment by fine or committal for disobeying an order to do anything other than the payment of money or to abstain from doing anything) may be exercised either of the court's own motion or by order on complaint. (2) In relation to the exercise of those powers the provisions of the Magistrates' Court Act 1980 shall apply subject to the modifications set out in Schedule 3 to this Act.”

²⁹⁸ “Where under any Act passed after 31st December orders other 1879 a magistrates' court has power to require the doing of anything other than the payment of money, or to prohibit the doing of anything, any order of the court for the purpose of exercising that power may contain such provisions for the manner in which anything is to be done, for the time within which anything is to be done, or during which anything is not to be done, and generally for giving effect to the order, as the court thinks fit. (2) The court may by order made on complaint suspend or rescind any such order as aforesaid. (3) Where any person disobeys an order of a magistrates' court made under an Act passed after 31st December 1879 to do anything other than the payment of money or to abstain from doing anything the court may- (a) order him to pay a sum not exceeding £50 for every day during which he is in default or a sum not exceeding £1,000 ; or (b) commit him to custody until he has remedied his default or for a period not exceeding 2 months ; but a person who is ordered to pay a sum for every day during which he is in default or who is committed to custody until he has remedied his default shall not by virtue of this section be ordered to pay more than £1,000 or be committed for more than 2 months in all for doing or abstaining from doing the same thing contrary to the order (without prejudice to the operation of this section in relation to any subsequent default). (4) Any sum ordered to be paid under subsection (3) above shall for the purposes of this Act be treated as adjudged to be paid by a conviction of a magistrates' court. (5) The preceding provisions of this section shall not apply to any order for the enforcement of which provision is made by any other enactment.”

²⁹⁹ “A magistrates court has jurisdiction under this section to deal with any person who: (a) wilfully insults the justice or justices, any witness before or officer of the court or any solicitor or counsel having business in the court, during his or their sitting or attendance in court or in going to or returning from the court; or (b) wilfully interrupts the proceedings of the court or otherwise misbehaves in court.”

³⁰⁰ ANDREWS, Neil. Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. Louisiana: Kluwer Law International, 1998, p. 67.

ainda que “todos los actos tendientes a obstruccionar (interfere with) el cumplimiento de los deberes judiciales de un tribunal, envuelve una afrenta material hacia él, si produjeren inmediato disturbio en procedimientos pueden constituir desacato³⁰¹”.

Joseph Moskovitz verbera que o *contempt of court* assume uma diversidade de formas quase infinita, definindo-o como o *Proteus* do mundo jurídico³⁰².

Pelo descumprimento da ordem judicial³⁰³, no Reino Unido, pode ser imposto o pagamento de até £50 por dia de atraso ou valor que não exceda 5.000£, ou prisão até o cumprimento da ordem ou por período que não exceda dois meses.

A ofensa ao magistrado judicial ou a obstrução dos trabalhos da corte autorizam a prisão do responsável até o final do julgamento ou por período não superior a um mês, além de multa de até 2.500£.

Nos Estados Unidos da América, o *contempt of court* teve previsão normativa no *Judiciary act*, de 1789³⁰⁴. Atualmente, o *Code of Laws of the United States of America (US Code)* autoriza a aplicação de multa, prisão ou ambos, a critério da Corte, nas hipóteses de obstrução da Justiça decorrente de mau

³⁰¹ E afirma também que “El abuso voluntario de procedimientos legales, tales como iniciar o procurar la iniciación de procedimientos ficticios o infundados, es contempt. También lo es el promover juicios para lograr proveídos del tribunal por medio de fraude o engaños, si por esta causa el colitigante se perjudicase”. MOLINA PASQUEL, Roberto. *Contempt of court: correcciones disciplinarias y medios de apremio*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1954. pgs. 104-106.

³⁰² “Contempt of court is the Proteus of the legal world, assuming an almost infinite diversity of forms”. MOSKOVITZ, Joseph. *Contempt of injunctions, civil and criminal*. London: Columbia Law Review, v. 43, nº 9, 1943, p.780.

³⁰³ Importa consignar que o sistema inglês diferencia *money judgements* de *other than money judgements* e que apenas estes últimos estão sujeitos ao *contempt of court*, uma vez que as *money judgements* possuem execução própria.

³⁰⁴ “SEC. 17. And be it further enacted, That all the said courts of the United States shall have power to grant new trials, in cases where there has been a trial by jury for reasons for which new trials have usually been granted in the courts of law; and shall have power to impose and administer all necessary oaths or affirmations, and to punish by fine or imprisonment, at the discretion of said courts, all contempts of authority in any cause or hearing before the same; and to make and establish all necessary rules for the orderly conducting business in the said courts, provided such rules are not repugnant to the laws of the United States”.

comportamento de qualquer pessoa (inclusive serventuários da Justiça), bem como nos casos de desobediência a ordem judicial.³⁰⁵

Em *Gompers v. Bucks Stove & Range Co.*, a Suprema Corte enfatizou que o poder de punir pelo *contempt of court* é necessário e essencial à independência do Poder Judiciário e ao exercício de suas funções, afirmando que, do contrário, as cortes seriam simples órgãos de arbitragem, com manifestações de natureza meramente consultivas. Destacou ainda que, se uma das partes pudesse fazer-se juiz acerca da validade das ordens emitidas e, por sua própria vontade, definir se iria cumpri-la, então os Tribunais seriam impotentes e o que a constituição denomina de “Poder Judiciário dos Estados Unidos” seria uma mera zombaria³⁰⁶.

Conforme esclarece o professor Geoffrey C. Hazard Jr., os países do *common Law* se utilizam do chamado *adversary system*, ao contrário do sistema de centralização judicial adotado no *civil Law*, cabendo às partes a iniciativa de protestar, requerendo a correção de eventual abuso procedimental³⁰⁷, à exceção daqueles países em que a probidade processual ostenta proteção constitucional, hipótese em que o dever de correção procedimental se desloca para o juiz³⁰⁸.

³⁰⁵ “§401. Power of court A court of the United States shall have power to punish by fine or imprisonment, or both, at its discretion, such contempt of its authority, and none other, as- (1) Misbehavior of any person in its presence or so near thereto as to obstruct the administration of justice; (2) Misbehavior of any of its officers in their official transactions; (3) Disobedience or resistance to its lawful writ, process, order, rule, decree, or command. (June 25, 1948, ch. 645, 62 Stat. 701; Pub. L. 107-273, div. B, title III, §3002(a)(1), Nov. 2, 2002, 116 Stat. 1805 .)”.

³⁰⁶ “The power of courts to punish for contempt is a necessary and integral part of the independence of the judiciary, and is absolutely essential to the performance of the duties imposed on them by law. Without it they are mere boards of arbitration, whose judgments and decrees would be only advisory. If a party can make himself a judge of the validity of orders which have been issued, and by his own act of disobedience set them aside, then are the courts impotent, and what the Constitution now fittingly calls the judicial power of the United States‘ would be a mere mockery.”. *Gompers v. Bucks Stove & Range Co.* (1911) 221 U.S. 418.

³⁰⁷ Hazard Jr. acrescenta ainda que “In the common Law systems, as a general principle it is the responsibility of counsel for the parties to identify legal issues, to marshal evidence relevant to those legal issues, and to request or demand that the court take suitable action. This responsibility extends to the substantive merits of the case, i.e., formulation of a legally sufficient claim or defense and presentation of evidence in its support. The responsibility of counsel extends also to procedural issues, such as admissibility of evidence or unfair tactics by an opposing party or improper behavior by the judge. This principle applies not only in civil litigation among private parties but also in criminal prosecutions.”. HAZARD JR., Geoffrey. *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Louisiana: Kluwer Law International, 1998, p. 35.

Dentre as principais classificações do *contempt of court* estão as subdivisões em direto/indireto e civil/criminal.

O *contempt* direto ocorre na presença do juiz e autoriza a pronta reação, sem necessidade de procedimento prévio, a exemplo das hipóteses de falso testemunho e de conduta inadequada durante o julgamento. É também denominado *contempt in the face of the court*. A conduta pode ser comissiva ou omissiva, desde que tendente a obstar os trabalhos ou violar a integridade da corte.

É válida a menção ao caso *United States x Dellinger*, clássico exemplo de *contempt* direto, em que advogados foram sancionados por desafiarem a autoridade da corte³⁰⁹.

Entende-se que a preservação da ordem e da dignidade da corte demanda que a reprimenda ocorra de forma imediata, sem necessidade de provas

³⁰⁸ “A second aspect of constitutional guarantees is their significance in the role and responsibility of judges. In the common law systems, a constitutional guaranty concerning procedural fairness imposes a direct duty on the judge. The constitutional guaranty in an adversary system thus modifies and supervenes the responsibility of counsel for objecting to procedural unfairness. The two norms of responsibility are in tension if not conflict. In the American experience, the tension has been severe, especially for guarantees emanating from the federal constitution as imposed on the courts of the states.” HAZARD JR., Geoffrey. Op.cit., p. 38.

³⁰⁹ Assim foi redigido o *certificate of contempt*: “In conformity with Rule 42(a), Federal Rules of Criminal Procedure, 18 U. S.C., I hereby certify that the series of criminal contempts set forth below were committed in the actual presence of the court and were seen or heard by the court during the trial of the case of *United States of America v. David T. Dellinger, et al.*, 69 CR 180, which commenced on September 24, 1969. This was a case marred by continual disruptive outbursts in direct defiance of judicial authority by the defendants and defense counsel. I will specify here the instances of conduct of record which I consider to have been contemptuous, but I also make the entire record of the case of *United States of America v. David T. Dellinger, et al.*, 69 CR 180, a part of this proceeding. Much of the contemptuous conduct in this case does not show, of record. The constant murmurs and snickering emanating from the defense table were not captured on the printed page. No record, no matter how skillfully transcribed, can adequately portray the venom, sarcasm, and tone of voice employed by a speaker. No record, no matter how skillfully transcribed, can adequately reflect the applause, the guffaws, and other subtle tactics employed by these contemnors in an attempt to break up this trial. I have not focused on these cheap theatrics, histrionics, and affectations. I note them for the record lest my silence be construed as approval. But for the sake of the citations of contempt in this case, I limit myself to that conduct which is clearly and adequately portrayed in the record. This was a long trial. The behavior of the defendants and defense counsel was prepared with direct and defiant contempt for the court and the federal judicial system as a whole. Here is a record of exceptional circumstances which were disruptive of the proceedings. It has been my considered judgment throughout this case that the behavior of the defendants was aimed at baiting the judge and inciting and harassing the U. S. Attorneys in an attempt to stop the trial. I would have been derelict in my duty as a Federal District Judge if I were to permit such base and unethical tactics to succeed. Consequently, I have waited until this trial was concluded before making a final determination of contempt. The exigencies of such a complex and difficult case compelled me to follow that course”.

ou de assistência de advogado antes de aplicação de sanção³¹⁰, de modo a desencorajar a prática futura de atos semelhantes³¹¹.

A aplicação de punição sumária exige que o ato de desrespeito seja de conhecimento do juiz ou serventuário direto da corte, durante a sessão, dentro de seu campo de visão³¹², não se fazendo possível se houver necessidade de produção de outras provas³¹³.

O *contempt* indireto, também conhecido como *contempt ex facie* ou *constructive contempt*, ocorre fora do âmbito de visão da corte, como nos casos de descumprimento de ordem judicial ou suborno de jurados, e demanda a prévia instauração de procedimento apuratório, oportunizando-se ampla defesa e observando-se o devido processo legal³¹⁴.

³¹⁰ *Ex parte Terry* 128 U.S. 289 (1888): —*To preserve order in the court room for the proper conduct of business, the court must act instantly to suppress disturbance or violence or physical obstruction or disrespect to the court when occurring in open court. There is no need of evidence or assistance of counsel before punishment, because the court has seen the offense. Such summary vindication of the court's dignity and authority is necessary.*

³¹¹ “*Judges have the inherent power to deal with contumacious conduct in the court room in order to preserve the dignity, order, and decorum of the proceedings.... Such power is not without limitation. Unless the contempt occurs in the presence of the judge and immediate punishment is needed to prevent "demoralization of the court's authority,"* Steven A. Sussman vs. Commonwealth, 374 Mass. 692, (1977). No mesmo sentido: Illinois v. Allen, 397 U.S. 337, 343-344 (1970). Blankenburg v. Commonwealth, 260 Mass.369 , 373 (1927) , (writ of error). E In re Oliver, 333 U.S. 257, 275 (1948).

³¹² Estado de Michigan: *in re Wood*, 82 Mich 75, 82 (1890).

³¹³ Há estados em que o contempt direto pode ser aplicado a hipóteses sensivelmente mais amplas, como a Louisiana: “*Art. 21. Direct contempt. A direct contempt of court is one committed in the immediate view and presence of the court and of which it has personal knowledge; or, a contumacious failure to comply with a subpoena, summons or order to appear in court, proof of service of which appears of record; or, a contumacious failure to comply with an order sequestering a witness. A direct contempt includes, but is not limited to, any of the following acts: (1) Contumacious failure, after notice, to appear for arraignment or trial on the day fixed therefore; (2) Contumacious failure to comply with a subpoena or summons to appear in court, proof of service of which appears of record; (3) Contumacious violation of an order excluding, separating, or sequestering a witness; (4) Refusal to take the oath or affirmation as a witness, or refusal of a witness to answer a nonincriminating question when ordered to do so by the court; (5) Contumacious, insolent, or disorderly behavior toward the judge or an attorney or other officer of the court, tending to interrupt or interfere with the business of the court or to impair its dignity or respect for its authority; (6) Breach of the peace, boisterous conduct, or violent disturbance tending to interrupt or interfere with the business of the court or to impair its dignity or respect for its authority; (7) Use of insulting, abusive, or discourteous language by an attorney or other person in open court, or in a motion, plea, brief, or other document, filed with the court, in irrelevant criticism of another attorney or of a judge or officer of the court; (8) Violation of a rule of the court adopted to maintain order and decorum in the court room; or (9) Contumacious failure to attend court as a member of a jury venire or to serve as a juror after being accepted as such when proof of service of the subpoena appears of record.*”

O *contempt* civil se caracteriza pelo comportamento omissivo, tendente a desrespeitar direito alheio garantido por ordem judicial (*injunction* ou *order of specific performance*). A reação judicial não terá caráter punitivo, prestando-se a forçar o cumprimento da ordem ou, excepcionalmente, a compensar o ofendido, naqueles casos em que o comando não mais puder ser cumprido. Utilizam-se, como medidas coercitivas, o sequestro provisório de bens, a prisão e a multa diária, que cessarão tão logo seja cumprida a ordem judicial³¹⁵.

Caberá à parte prejudicada provocar a corte, levando ao seu conhecimento a ocorrência do descumprimento. A corte então intimará o suposto *contemnor* para comparecimento em juízo, oportunizando que se defenda. Se considerado culpado, serão adotadas as medidas coercitivas necessárias para o cumprimento da ordem.

O propósito do *contempt* civil não é apenas o de impor o cumprimento da ordem, mas também o de manter a confiança da sociedade no sistema judicial, uma vez que a administração da Justiça seria enfraquecida se a ordem de qualquer juízo pudesse ser desconsiderada impunemente³¹⁶.

Já o *contempt* criminal se refere à ofensa à autoridade e dignidade da corte ou de seus serventuários, causando obstrução ou obstáculo ao processo. Trata-se de ato de desprezo, necessariamente intencional^{317 318} e considerado crime em sentido comum³¹⁹. Normalmente é praticado na modalidade *contempt* direto.

³¹⁴ James Francis Oswald esclarece que “*The consequential or more indirect form of contempt arises when a judgment or order of the court, after having been made or pronounced, has been disobeyed, and it becomes necessary to enforce such order or judgment (assuming it to be one which the law now permits to be so enforced) by means of process against the person of the party refusing or neglecting to obey or observe it*”. OSWALD, James Francis. *Contempt of court, committal, and attachment, and arrest upon civil process, in the supreme court of judicature, with the practice and forms*. London: William Clowes and Sons, 1895, p. 88.

³¹⁵ O *contemnor*, nestes casos, “tem em seu bolso a chave da prisão”. Basta que cumpra a ordem para que seja solto. Vale conferir: *In re Nevitt*, 117 F 448, 461 (CA 8, 1902), *Harvey v Lewis (appeal of list)*, 10 Mich App 709, 715 (1968).

³¹⁶ *AG v. Times Newspaper Ltd.* [1974] AC 273, p. 308.

³¹⁷ MOSKOVITZ, Joseph. *Contempt of injunctions, civil and criminal*. London, Columbia Law Review, v. 43, 1943, p. 793.

Seu processamento deve observar o rigor procedimental de um feito criminal³²⁰ e, nos casos de aprisionamento por tempo superior a seis meses, o caso deve ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri³²¹. Nos Estados Unidos da América, tem previsão na *Federal Rule 42*³²².

Ao contrário do *contempt* civil, cujo objetivo é compelir o infrator a cumprir a ordem judicial³²³, o *contempt* criminal ostenta natureza punitiva e visa a sancionar o *contemnor* pelo desrespeito à corte³²⁴. É o propósito da medida, pois, que definirá sua natureza³²⁵.

³¹⁸ Para a Corte de Apelações do Estado de Michigan, "Willfulness implies a deliberate or intended violation, as distinguished from an accidental, inadvertent or negligent violation.". *DeGeorge v Warheit*, 276 Mich App 587, 592 (2007).

³¹⁹ "Criminal contempt is a crime in the ordinary sense; it is a violation of the law, a public wrong which is punishable by fine or imprisonment or both.". *Bloom v. Illinois*, 391 U.S. 194-199 (1967).

³²⁰ Em *Hicks v. Feiock*, a Suprema Corte dos E.U.A assim se pronunciou: "Criminal penalties may not be imposed on someone who has not been afforded the protections that the Constitution requires of such criminal proceedings". *Hicks v. Feiock*, 485 U.S. 624, 632 (1988).

³²¹ "For serious criminal contempt involving imprisonment for more than six months, these protections include the right to a jury trial". *Bloom v. Illinois*, 391 U.S. 194-199 (1967).

³²² "Federal Rule 42. Criminal Contempt. **(a) Disposition After Notice.** Any person who commits criminal contempt may be punished for that contempt after prosecution on notice. **(1) Notice.** The court must give the person notice in open court, in an order to show cause, or in an arrest order. The notice must: (A) state the time and place of the trial; (B) allow the defendant a reasonable time to prepare a defense; and (C) state the essential facts constituting the charged criminal contempt and describe it as such.

(2) Appointing a Prosecutor. The court must request that the contempt be prosecuted by an attorney for the government, unless the interest of justice requires the appointment of another attorney. If the government declines the request, the court must appoint another attorney to prosecute the contempt. **(3) Trial and Disposition.** A person being prosecuted for criminal contempt is entitled to a jury trial in any case in which federal law so provides and must be released or detained as rule 46 provides. If the criminal contempt involves disrespect toward or criticism of a judge, that judge is disqualified from presiding at the contempt trial or hearing unless the defendant consents. Upon a finding or verdict of guilty, the court must impose the punishment. **(b) Summary Disposition.** Notwithstanding any other provision of these rules, the court (other than a magistrate judge) may summarily punish a person who commits criminal contempt in its presence if the judge saw or heard the contemptuous conduct and so certifies; a magistrate judge may summarily punish a person as provided in 28 U.S.C 636 (e). The contempt order must recite the facts, be signed by the judge, and be filed with the clerk.ii".

³²³ "Although civil sanctions may also have a punitive effect, the sanctions are primarily coercive to compel the contemnor to comply with the order". *In re Contempt of United Stationers Supply Co*, 239 Mich App 496, 499; 608 NW 2d 105 (2000).

³²⁴ A Corte de apelações do Estado de Arkansas construiu interessante diferenciação: "Contempt -- civil & criminal contempt distinguished -- remedial & punitive relief contrasted. -- In cases of civil

No sistema do Common Law utiliza-se ainda da chamada *sub judice rule*, de modo a evitar que as pessoas sejam julgadas pela mídia antes de serem sentenciadas por um juiz. Impede-se, sob esta regra, qualquer tipo de interferência em procedimentos judiciais em andamento³²⁶. No reino Unido a *sub judice rule* é regulada pelo *Contempt of Court Act 1981*³²⁷.

Da mesma forma, admite-se a punição de jornalista que, instado pelo Poder Judiciário a revelar sua fonte, não o faz.

Críticas aos juízes ou aos tribunais são passíveis de punição, quando sujeitam a corte ao escândalo, de modo a se evitar a mitigação da confiança do público na administração da Justiça³²⁸.

contempt, the punishment is remedial and for the benefit of the complainant; in cases of criminal contempt, the sentence is punitive, to vindicate the authority of the court; if the relief provided is a sentence of imprisonment, it is remedial if the defendant stands committed unless and until he performs the affirmative act required by the court's order and is punitive if the sentence is limited to imprisonment for a definite period; if the relief provided is a fine, it is remedial when it is paid to the complainant and punitive when it is paid to the court, though a fine that would be payable to the court is also remedial when the defendant can avoid paying the fine simply by performing the affirmative act required by the court's order". Terry WARD d/b/a Ward's Pools & Spas v. David B. SWITZER and Patricia L. Switzer CA 00-340, S.W. 3d.

³²⁵ US Supreme Court: "It is not the fact of punishment but rather its character and purpose that often serve to distinguish between the two classes of cases. If it is for civil contempt the punishment is remedial, and for the benefit of complainant. But if it is for criminal contempt the sentence is punitive, to vindicate the authority of the court". Gompers v. Bucs Stove and Range Co. 221 US, 418, at 441 (1911).

³²⁶ Vale trazer à colação trecho do *leading case* Inglês, Attorney-General v. Times Newspaper Ltd.: "The due administration of justice requires first that all citizens have unhindered access to the constitutionally established courts of criminal or civil jurisdiction for the determination of disputes as to their legal rights and liabilities; secondly, that they should be able to rely upon obtaining in the courts the arbitrament of a tribunal which is free from bias against any party and whose decision will be based upon those facts only that have been proved in evidence adduced before it in accordance with the procedure adopted in courts of law; and thirdly, that, once the dispute has been submitted to a court of law, they should be able to rely upon there being no usurpation by any other person of the function of that court to decide it according to law. Conduct which is calculated to prejudice any of these three requirements or to undermine the public confidence that they will be observed is contempt of court".

³²⁷ "S.2 (2).The strict liability rule applies only to a publication which creates a substantial risk that the course of justice in the proceedings in question will be seriously impeded or prejudiced."

³²⁸ Em R. v. Almon, assim se pronunciou a corte: "[Criticism of judges] excites in the minds of the people a general dissatisfaction with all judicial determinations, and indisposes their minds to obey them; and whenever men's allegiances to the laws is so fundamentally shaken, it is the most fatal and most dangerous obstruction of justice, and, in my opinion, calls out for a more rapid and immediate redress than any other obstruction whatsoever...". Em Chokolingo v. AF of Trinidad and Tobago,

Pondera-se que, ao contrário de outros agentes estatais, os juízes não podem se engajar em debates públicos e responder a eventuais críticas, sob pena de ofensa à sua imparcialidade³²⁹.

Em sentido contrário, entretanto, já se manifestou o Poder Judiciário australiano, entendendo não existirem razões, em uma sociedade livre, para se aplicar uma norma que proteja uma instituição pública das críticas da sociedade³³⁰.

Embora não seja adotada de forma tão ampla nos países sob o sistema de *civil Law*, há medidas similares à *sub judice rule* em alguns destes ordenamentos, a exemplo do Código Civil francês, que em seu art. 9-1 trata de publicações que possam ofender a presunção de inocência³³¹.

É certo que o rigor do *contempt of court* reforça o papel do Poder Judiciário como eixo do equilíbrio social e certamente garante maior efetividade à sua atuação. Por outro lado, é questionável a elevada discricionariedade conferida ao julgador para determinar o que se caracterizará como ofensa ao juízo e a punição

decidiu-se que “Scandalizing the court’ is a convenient way of describing a publication which, although it does not relate to any specific judge, is a scurrilous attack on the judiciary as whole, which is calculated to undermine the authority of the courts and public confidence in the administration of justice.”.

³²⁹ Neste sentido, interessante precedente da Suprema Corte do Zimbábue, que assim se pronunciou: “Unlike other public figures, judges have no proper forum in which to reply to criticisms. They cannot debate the issue in public without jeopardizing their impartiality. This is why protection should be given to judges when it is not given to other important members of society such as politicians, administrators and public servants.” Suprema Corte do Zimbábue. In Re Patrick Anthony Chinamasa.

³³⁰ “There is no more reason why the acts of courts should not be trenchantly criticized than the acts of public institutions, including parliaments. The truth is of course that public institutions in a free society must stand upon their own merits: they cannot be propped up if their conduct does not command the respect and confidence of the community; if their conduct justifies the respect and confidence of a community they do not need the protection of special rules to protect them from criticism.”. Suprema Corte de New South Wales. Attorney-General for New South Wales v. Munday.

³³¹ Article 9-1

Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence.

Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte.

a ser aplicada³³², bem como a possibilidade de o próprio juiz desacatado julgar a questão.

Ademais, as principais normas internacionais de direitos humanos tutelam tanto a administração da Justiça quanto a liberdade de expressão, de modo que eventualmente haverá severos pontos de atrito entre um e outro, conforme será abordado no capítulo seguinte.

³³² Earl C. Dudley, professor da Universidade da Virgínia, afirma que, no *contempt power*, "the roles of victim, prosecutor and judge are dangerously commingled". DUDLEY, Earl C. Getting beyond the civil/criminal distinction: a new approach to the regulation of indirect contempt. Virginia: Virginia Law Review, 1993, p. 79.

3.3.4 Administração da Justiça x Liberdade de expressão: principais tratados internacionais e as posições da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Europeia de Direitos Humanos.

A liberdade de expressão e a administração da Justiça são garantidas pela maioria dos tratados internacionais de direitos humanos, como o pacto internacional sobre direitos civis e políticos³³³; a carta africana de direitos humanos e dos povos³³⁴; a convenção americana de direitos humanos³³⁵ e a convenção europeia de direitos humanos³³⁶.

³³³ ARTIGO 19

1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
 - a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.

³³⁴ Artigo 9º

1. Toda pessoa tem direito à informação.
2. Toda pessoa tem direito de exprimir e de difundir as suas opiniões no quadro das leis e dos regulamentos.

³³⁵ Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
 - a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
 - b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

O pacto internacional sobre direitos civis e políticos e a convenção americana de direitos humanos, ao mesmo tempo em que asseguram a liberdade de expressão, prescrevem que tal direito implica deveres e responsabilidades especiais e pode sofrer restrições, com o intuito de “assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas e proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas”.

A convenção europeia de direitos humanos, por sua vez, prevê que a liberdade de expressão poderá ser submetida a certas formalidades, condições, restrições ou sanções que visem a preservar “a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.”.

Considera-se que “o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura, sem os quais não existe sociedade democrática” exigem ampla liberdade para divulgação de informações ou ideias, ainda que inquietantes, chocantes ou ofensivas para o Estado ou para uma parte da população³³⁷. Deste modo, eventuais exceções à liberdade de expressão devem ser interpretadas de forma restritiva³³⁸.

Não obstante, a Corte Europeia de Direitos Humanos já entendeu pela regularidade da aplicação de punição a advogado por criticar decisão que

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

³³⁶ ARTIGO 10º Liberdade de expressão

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

³³⁷ BARRETO, Ireneu Cabral. A Convenção Européia dos Direitos do Homem. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 343-344.

³³⁸ Acórdão Sunday Times (1991).

decretou a prisão de seu cliente, uma vez que a reprimenda ao causídico se prestaria a garantir a autoridade e imparcialidade do Poder Judiciário³³⁹ e que incumbe aos advogados zelar pelo bom funcionamento da Justiça e colaborar para a preservação da confiança do público nos tribunais³⁴⁰.

Na mesma esteira, a Corte já enfatizou a especial proteção de que goza o magistrado judicial, em comparação ao magistrado do Ministério Público, quanto a eventuais críticas³⁴¹ e já deliberou que o advogado pode ser censurado por articular ofensas, quando estas ultrapassarem os limites da defesa de seu cliente³⁴².

A Convenção Americana de Direitos Humanos, como mencionado anteriormente, igualmente possui expressas previsões acerca da liberdade pessoal³⁴³ e liberdade de expressão³⁴⁴.

³³⁹ Queixa nº 21.861/93 (1995).

³⁴⁰ Acórdão Schöpfer (1998). Acórdão Amihalachioaie (2004). Acórdão Lambert (2015).

³⁴¹ Acórdão Nikula (2002).

³⁴² Queixa nº 17.155/03 (2008).

³⁴³ Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.
7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

³⁴⁴ Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) é uma das entidades que integram o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos junto à Corte Interamericana de Direitos humanos e está sediada em Washington. Trata-se de órgão da OEA incumbido de funções consultivas e de promoção destes direitos.

A Corte já se pronunciou no sentido de que a liberdade de expressão é direito fundamental que se exterioriza em duas vertentes: a pessoal, caracterizada pelo direito de pensar, falar, escrever e difundir o pensamento por qualquer meio, e a social, consistente no direito de qualquer pessoa a tomar conhecimento das informações e ideias manifestadas pelas demais. Para a CIDH, trata-se de “pedra angular da democracia”³⁴⁵.

Neste diapasão, os julgamentos de *Olmedo Bustos e outros versus Chile* – série C nº 73 (sentença proferida em 5 de fevereiro de 2001); caso *Ivcher Bronstein versus Peru* – série C nº 74 (sentença proferida em 6 de fevereiro de 2001); caso *Herrera Ulloa versus Costa Rica* – serie C nº 107 (sentença proferida em 2 de julho de 2004); caso *Ricardo Canese versus Paraguai* – série C nº 111 (sentença proferida em 31 de agosto de 2004); caso *Palamara Iribarne versus Chile* – série C nº 135 (sentença proferida em 22 de novembro de 2005); caso *Claude*

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

³⁴⁵ “A liberdade de expressão é uma pedra angular na existência de uma sociedade democrática. É indispensável para a formação da opinião pública. É também *conditio sine qua non* para que os partidos políticos, os sindicatos, as sociedades científicas e culturais e, em geral, que deseja influir sobre a coletividade possa desenvolver-se plenamente. É, enfim, condição para que a comunidade, na hora de exercer as suas opções, esteja suficientemente informada. Por fim, é possível afirmar que uma sociedade que não está bem informada não é plenamente livre”. Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985, parágrafos 69 e 70.

Reyes versus Chile – série C nº 151 (sentença proferida em 19 de setembro de 2006); caso Kimel versus Argentina – série C nº 177 (sentença proferida em 2 de maio de 2008); caso Tristan Donoso versus Panamá – série C nº 193 (sentença proferida em 27 de janeiro de 2009); caso Ríos versus Venezuela – série C nº 194 (sentença proferida em 28 de janeiro de 2009); caso Perozo versus Venezuela – série C nº 195 (sentença proferida em 28 de janeiro de 2009) e caso Usón Ramírez versus Venezuela – série C nº 207 (sentença proferida em 20 de novembro de 2009).

Com base nestes preceitos, a relatoria para liberdade de expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluiu que **leis internas que estabeleçam o crime de desacato são incompatíveis com a proteção à liberdade de expressão.**

Para a relatoria, tais leis se prestam a silenciar ideias e opiniões impopulares, impedindo o debate necessário para a manutenção das instituições democráticas³⁴⁶. De outro norte, proporcionam maior nível de proteção ao funcionário público do que ao particular, contrariando a fundamental sujeição do governo ao controle popular, para supervisionar e impedir o abuso de seus poderes coercitivos³⁴⁷.

Sustenta ainda a relatoria que os cidadãos possuem a prerrogativa de examinar e criticar o desempenho da função pública³⁴⁸ e que tais críticas são desestimuladas pelo crime de desacato, que incute nas pessoas o temor de sofrerem ações judiciais ou outras sanções. Refuta-se a necessidade das leis de desacato para a defesa da ordem pública, uma vez que a maior garantia de proteção da ordem é o adequado funcionamento da democracia³⁴⁹, sustentando-se, ainda, que os governos podem se valer de normas menos restritivas para defender sua

³⁴⁶ CIDH, Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de fevereiro de 1995, p. 212.

³⁴⁷ CIDH, Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de fevereiro de 1995, p. 207.

³⁴⁸ CIDH, Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de fevereiro de 1995, p. 207.

³⁴⁹ CIDH, Relatório sobre a compatibilidade entre as leis de desacato e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de fevereiro de 1995, p. 209.

reputação contra ataques maliciosos, a exemplo da réplica através dos meios de comunicação ou do ajuizamento de ações cíveis por injúria ou difamação.

Com base nestes preceitos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em outubro de 2000, aprovou a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão³⁵⁰, interpretando, de forma definitiva, o art. 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Quanto ao crime de desacato, estabeleceu-se, no princípio 11, que: “Os funcionários públicos estão sujeitos a um maior controle por parte da sociedade. As leis que punem a manifestação ofensiva dirigida a funcionários públicos, geralmente conhecidas como ‘*leis de desacato*’, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.”

É interessante pontuar uma sensível diferença quanto à posição adotada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que, como anteriormente mencionado, admite, até mesmo quanto ao advogado, ainda que de forma excepcional, a restrição da liberdade de expressão, para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial³⁵¹.

³⁵⁰ Relatório Anual da CIDH, 2000”, Volume III, Relatório da Relatoria para a Liberdade de Expressão, Capítulo II (OEA/Ser.L/V/II.111 Doc.20 rev. 16 abril 2001.

³⁵¹ Acórdão Steur (2003). Acórdão Kyprianou (2005). Acórdão Lambert (2015).

CONCLUSÕES

É indubitável que o tema *ética processual* vem sendo construído sobre valores civilizacionais em constante evolução. No mesmo pórtico, é notória a influência crescente de elementares éticas que, na atualidade, se assentam na defesa e afirmação dos direitos humanos - predicados universais que devem ser o alfa e o ômega de qualquer sistema de Justiça.

Este contexto traz frequentemente à baila a necessidade de se harmonizar os interesses do processo, a autoridade do Estado e a liberdade das partes. Aliás, o processo judicial se presta, em linhas finais, como última guarida da liberdade individual.

É certo que, por mais que o ambiente forense seja natural e historicamente vocacionado à sobriedade e solenidade, não se pode exigir das partes um comportamento processual que lhes reduza a capacidade de manifestação a ponto de se interferir no caráter dialético da demanda. E não se ignora que a liberdade de expressão é um dos maiores instrumentos de evolução do Direito.

Por outro lado, é cediço que uma sociedade somente será totalmente livre se desenvolvida sob o manto do Estado de Direito. E é este princípio que parece fundamentar o rigor do respeito às cortes judiciais no sistema de *common Law*.

Concluída a análise dos principais valores construídos pela filosofia ao longo dos anos, em conjunto com o desenvolvimento dos ordenamentos processuais de Portugal e Brasil e com os principais pronunciamentos das cortes humanitárias a que estão submetidos, ambos os países parecem andar bem no que toca à preservação da liberdade das partes para se manifestarem.

A lei não garante ao julgador um espectro tão amplo de punição aos litigantes por eventuais **excessos verbais** e os poucos casos concretos de aplicação de punições são, não raro, revisados pelos tribunais superiores.

Conforme abordado no capítulo 3.3.3, trata-se de ponto bastante criticado no sistema de Common Law. O instituto do *contempt of court* permite que o juiz atue com acentuada discricionariedade, prerrogativa capaz, em tese, de mitigar o próprio exercício do contraditório.

Nas linhas do que foi defendido no item 2.8 deste trabalho, não vislumbramos razões para imposição de maiores restrições neste aspecto, a menos que se demonstre a ocorrência de danos efetivos, de impacto sobre os costumes e as instituições sociais ou de efetiva ameaça à integridade da sociedade.

O mesmo se observa quanto à **litigância de má-fé em sentido estrito**. Portugal e Brasil possuem adequadas regulações quanto à imposição de multa e arbitramento de indenização nestas hipóteses, em patamares que parecem suficientes para coibir eventuais abusos.

O mesmo não se percebe, entretanto, no âmbito das consequências pelo **descumprimento de determinação judicial**. A imposição de astreintes é a única alternativa à disposição do Poder Judiciário e, não raro, se mostra insuficiente como medida de coerção e de imposição da autoridade estatal.

Como defendido no bojo deste estudo, o uso da coação física é meio de atuação definidor do próprio Estado, única fonte do *direito à violência* e detentor do *monopólio do uso legítimo da força*³⁵².

³⁵² “O que é um Estado? Sociologicamente, o Estado não se deixa definir por seus fins. Em verdade, quase que não existe uma tarefa de que um agrupamento político qualquer não se haja ocupado alguma vez; de outro lado, não é possível referir tarefas das quais se possa dizer que tenham sempre sido atribuídas, com exclusividade, aos agrupamentos políticos hoje chamados Estados ou que se constituíram, historicamente, nos precursores do Estado moderno. Sociologicamente, o Estado não se deixa definir a não ser pelo específico meio que lhe é peculiar, tal como é peculiar a todo outro agrupamento político, ou seja, o uso da coação física. ‘Todo Estado se funda na força’, disse um dia Trotsky a Brest-Litovsk. E isso é verdade. Se só existissem estruturas sociais de que a violência estivesse ausente, o conceito de Estado teria também desaparecido e apenas subsistiria o que, no etido própria da palavra, se denomina ‘anarquia’. A violência não é, evidentemente, o único instrumento de que se vale o Estado – não haja a respeito qualquer dúvida -, mas é seu instrumento específico. Em nossos dias, a relação entre o Estado e a violência é particularmente íntima. Em todos

Se não puder fazer uso de tal prerrogativa quando tem sua autoridade violentada pelo particular, o Estado carecerá dos meios necessários para fazer prevalecer a sua capacidade de dizer o Direito, permitindo, *contrario sensu*, que o destinatário da ordem o faça. E é importante repisar que o direito à tutela jurisdicional, como mencionado anteriormente, decorre também da proibição da autotutela³⁵³.

É claro que compete a cada ordenamento traçar padrões bem delineados de proporcionalidade para autorizar a adoção de medidas mais gravosas para as hipóteses de descumprimento de ordem judicial. Contudo, parece-nos que se deve fazê-lo com a disponibilização de um catálogo de remédios suficientemente eficazes para a preservação do Estado de Direito.

E é neste particular que identificamos no *common Law* uma superioridade sistêmica quanto à capacidade de concreção de direitos.

Parece-nos que os ordenamentos de Brasil e Portugal muito evoluiriam com a introdução da possibilidade de decretação de prisão civil por descumprimento de ordem judicial de natureza não pecuniária.

Neste aspecto, de clareza solar a já mencionada reflexão jurisprudencial, no sentido de que o poder de punir pelo *contempt of court* é necessário e essencial à independência do Poder Judiciário e ao exercício de suas funções, já que, do contrário, as cortes podem ser reduzidas a simples órgãos de arbitragem, com manifestações de natureza meramente consultivas.

os tempos, os agrupamentos políticos mais diversos – a começar pela família – recorreram à violência física, tendo-a como instrumento normal do poder. Em nossa época, entretanto, devemos conceber o Estado contemporâneo como uma comunidade humana que, dentro dos limites de determinado território – a noção de território corresponde a um dos elementos essenciais do Estado – reivindica o monopólio do uso legítimo da violência física. É, com efeito, próprio da nossa época o não reconhecer, em relação a qualquer outro grupo ou aos indivíduos, o direito de fazer uso da violência, a não ser nos casos em que o Estado o tolere: o Estado se transforma, portanto, na única fonte do ‘direito’ à violência. Por política entenderemos, conseqüentemente, o conjunto de esforços feitos com vistas a participar do poder ou a influenciar a divisão do poder, seja entre Estados, seja no interior de um único Estado.”. WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Editora Cultrix, 2004, pgs. 55-56.

³⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, P.666.

Vale repisar: se uma das partes puder fazer-se juiz acerca da validade das ordens emitidas e, por sua própria vontade, definir se irá cumpri-la, então os Tribunais serão impotentes, não passando sua autoridade de uma mera zombaria³⁵⁴.

Traçadas estas reflexões, parece-nos que um sistema processual ideal deve, na formulação de limiares éticos, primar pela máxima preservação do caráter dialético do processo, com ampla observância ao princípio do contraditório e sem excessos quanto às restrições de linguagem impostas às partes.

Ao mesmo tempo, deve ser rigoroso quanto à prática de chicanas processuais e, principalmente, deve dotar o julgador de ampla autonomia para reprimir a desobediência às determinações judiciais, de modo a preservar, concomitantemente, o exercício da liberdade individual pelas partes e o Estado de Direito.

³⁵⁴ “The power of courts to punish for contempt is a necessary and integral part of the independence of the judiciary, and is absolutely essential to the performance of the duties imposed on them by law. Without it they are mere boards of arbitration, whose judgments and decrees would be only advisory. If a party can make himself a judge of the validity of orders which have been issued, and by his own act of disobedience set them aside, then are the courts impotent, and what the Constitution now fittingly calls the judicial power of the United States’ would be a mere mockery.”. *Gompers v. Bucks Stove & Range Co.* (1911) 221 U.S. 418.

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA

1. Jurisprudência de Portugal

Tribunal Constitucional

Acórdão 440/94 (Monteiro Diniz).

- “O Código de Processo Civil estabelece no artigo 3º, nº 2, o princípio do contraditório, em termos de, só nos casos excepcionais previstos na lei se poderem ‘tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida.’. 97

Acórdão 103/95 (Messias Bento).

- “A condenação por *litigância de má-fé* só deve, obviamente, ter lugar, dando-se à parte (ou, sendo o caso, ao seu representante), antes de assim ser condenada, a oportunidade de se defender, para o que tem que ser, previamente, ouvida. Ou seja: uma tal condenação exige que se observe, no processo, o *princípio do contraditório* (...)”. 97

Acórdão 357/98 (Guilherme Fonseca).

- “(...) a recorrente só pode ser condenada como litigante de má-fé, depois de, previamente ser ouvida, a fim de se poder defender da acusação de má-fé.”. 97

Acórdão 289/02 (Artur Maurício).

- “a parte só poder ser condenada como litigante de má-fé, depois de previamente ser ouvida, a fim de se poder defender da imputação de má-fé.”. 97

Supremo Tribunal de Justiça

Processo: 41/06.4TBCSC.L1.S1 (Ana Paula Boularot).

-“Os princípios que regem o processo civil, nomeadamente os da igualdade e da cooperação, (...) fazem com que o processo judicial em curso se transforme numa comunidade de trabalho”. 21, 93

Processo 2992/13.0TBFAF-A.E1.S1 (Tomé Gomes).

– “A violação de deveres de conduta é suscetível de implicar, além de outras medidas coercitivas, a aplicação de multas ou de outras penalidades pecuniárias pelo juiz do processo, conforme se alcança do preceituado, nomeadamente nos artigos 150.º, n.º 1, 417.º, n.º 2, 430.º, 433.º, 508.º, n.º 4, 531.º, 542.º, n.º 1, do CPC. Em regra, os limites das multas e de outras penalidades pecuniárias aplicáveis constam do Regulamento das Custas Processuais, mormente dos seus artigos 10.º e 27.º”. 116,117

Tribunal da Relação de Lisboa

Processo 666/2004-5 (Pulido Garcia).

-“Ofensa irrogada por advogado contra magistrada não caracterizadora de violação de dever profissional.”. 11

RL 31-Mai-2011/2697/07.1TVLSB.L1-7
(Ana Resende).

-“As partes não devem usar nas suas peças escritas, ou intervenções orais, expressões que constituam ofensa à honra ou bom nome da parte contrária, sem que para tanto tenham a devida justificação, sendo que a violação de tais bens jurídicos, importará, caso se verifiquem os necessários pressupostos, o direito a indemnização nos termos gerais, para além do procedimento criminal e disciplinar a que possa haver lugar.”. 116

Processo 1521/13.0TVLSB.L1-7 (Rosa Ribeiro Coelho).

-“O uso de expressões que, à luz do senso comum, veiculem uma ideia de insanidade mental e de desonestidade intelectual de quem é parte num processo, atenta contra a sua honra e pode deslustrar, perante terceiros que disso tomem conhecimento, a consideração que o visado lhes merece.”. 117

Tribunal da Relação de Guimarães

Processo 3030/11.3TJVNF.G1 (Ana Cristina Duarte). 98

Processo 113/11.3TBMLG.G1 (Antônio Beça Pereira).

-“A sanção pecuniária compulsória visa impelir o devedor a cumprir a obrigação de prestação de facto infungível que lhe foi imposta e, simultaneamente, a respeitar o decidido por um tribunal; ela não se destina a indemnizar o titular do direito que se quer acautelar.”. 129

Processo 1038/09.8TBFAF-A.G1, Isabel Fonseca. 129

Processo 5273/09.OTBGMR.G1 (Manuela Bento Fialho).

-“Verificado o incumprimento da obrigação de *non facere*, pode o exequente requerer, no âmbito da execução para prestação de facto negativo, a fixação de sanção pecuniária compulsória.”. 130

Processo 407/05.7TBBCL-D.G1 (Amílcar Andrade).

-“A finalidade da sanção pecuniária compulsória não é a de indemnizar o credor pelos danos sofridos com a mora, mas o de incitar o devedor ao cumprimento do decidido, sob a intimação do pagamento dum determinada quantia por cada período de atraso no cumprimento da prestação ou por cada infracção.”. 129,132

Tribunal da Relação do Porto

Acórdão 0433267 (Fernando Baptista).

-“A sanção a que se reporta o referido nº 4 é de funcionamento automático, escapando à intervenção do tribunal.”.129, 130

Tribunal da Relação de Évora

Processo 5621/13.9TBSTB.E1
(Bernardo Domingos).

-“A sanção pecuniária compulsória visa, em suma, como se refere no próprio relatório do DL n.º 262/83, de 16 de Junho, “... uma dupla finalidade de moralidade e de eficácia, pois com ela se reforça a soberania dos tribunais, o respeito pelas suas decisões e o prestígio da justiça, enquanto por outro lado se favorece a execução específica das obrigações de prestação de facto ou de abstenção infungíveis.”. 129

Processo 2187/04.4TBEVR.E1 (Mata Ribeiro):

-“(...) o legislador confinou a sanção pecuniária compulsória às obrigações de carácter pessoal – obrigações de carácter *intuitu personae*, cuja realização requer a intervenção do próprio devedor, insubstituível por outrem – fazendo dela um processo subsidiário onde a execução específica não tem lugar.”. 130

Processo 293/10.5TBETZ -A.E1
(Francisco Matos).

“O escopo da sanção pecuniária compulsória não se confina a um mero constrangimento do devedor para cumprir a sua obrigação, é da sua natureza reforçar a soberania dos tribunais e o prestígio da justiça e, por isso, só é devida quando a prestação houver sido judicialmente reconhecida, o que não se verifica quando o título executivo é uma letra de câmbio.”. 130

Processo 941/09.OTBSTB-B.E1
(Elisabete Valente).

“A sanção compulsória pressupõe que a obrigação imposta ao devedor seja tal que permita, de imediato, o seu cumprimento. Só uma obrigação, que tendo sido judicialmente reconhecida, esteja em condições de ser logo cumprida pelo devedor é que pode determinar a incidência dessa sanção.”. 130

Processo 280.06.8TBSRP-B.E1
(Antônio Manuel Ribeiro Cardoso).

“A sanção estabelecida no nº 4 do art. 829º-A, é devida em todos os casos em que haja condenação no pagamento de quantia monetária, independentemente da existência ou não de cláusula penal ou da condenação na sanção estabelecida no nº 1 do mesmo preceito e opera “ope legis”, sem necessidade de condenação por banda do tribunal.”. 131

Processo 2322/05-3 (Chambel Mourisco). -“A sanção pecuniária compulsória consiste na condenação do devedor no pagamento de uma quantia pecuniária variável, por cada dia de atraso ou por cada infracção, em cuja fixação devem intervir juízos de razoabilidade, ou proporcionalidade, devendo ser ponderada a capacidade do devedor para assegurar a efectividade da providência decretada.”.133

Processo 499/07-2 (Mário Serrano). -“O escopo da sanção pecuniária compulsória é pressionar o obrigado ao cumprimento, e a sua finalidade última é «levar o devedor a respeitar a injunção judicial e a cumprir a obrigação a que está adstrito pelo que o respectivo valor tem de ser fixado um pouco acima da sua capacidade patrimonial.”. 133

2. Jurisprudência do Brasil

Supremo Tribunal Federal

ADI 1127-DF (Marco Aurélio). -“A imunidade profissional do advogado não compreende o desacato, pois conflita com a autoridade do magistrado na condução da atividade jurisdicional.”. 107

- HC 86044/PE (Ricardo Lewandowski). -“A imunidade do advogado, no exercício do *munus público*, é relativa.”. 112
- RHC 80.536-DF (Sepúlveda Pertence): -“Imunidade do advogado por ofensas ao juiz ou autoridade dirigente de processo administrativo: superação, pelo art. 7º EAOAB (L. 8.904/94) da jurisprudência formada sob o art.142, I, C.Pen., que os subtraía, de modo absoluto, do alcance da *libertas conviciandi*, que, entretanto, continua a reclamar que as expressões utilizadas pelo profissional - ainda que, em tese, injuriosas ou difamatórias -, guardem pertinência com a discussão da causa e não degenerem em abuso da prerrogativa, mediante contumélias e epítetos pessoais, absolutamente dispensáveis ao exercício do nobre *múnus* da advocacia.”. 108, 112
- HC 82190 / RN (Gilmar Mendes). -“a imunidade profissional do advogado (...) nem é absoluta, nem agasalha a ofensa dirigida a magistrado.”. 112

HC 104.385/SP (Marco Aurélio).

-“não há como acolher a pretensão de reconhecimento da imunidade conferida aos advogados, uma vez que a ofensa não foi irrogada em juízo, na discussão da causa e, ainda, porque a referida excludente de crime não abrange o magistrado, que não pode ser considerado parte na relação processual, para os fins da norma.”. 112

HC 69.085-RJ (Celso de Mello).

-a imunidade judiciária demanda que “como ressalta a jurisprudência dos Tribunais, as imputações contumeliosas tenham relação de pertinência com o *thema decidendum* (RT 610/426 - RT 624/378) e não se refiram ao próprio juiz do processo (RTJ 121/157 - 126/628)”. 113

Superior Tribunal de Justiça

HC 290108/ES (Maria Thereza de Assis Moura).

-Irrelevância penal do ato de Defensor Público que abandona o plenário do Tribunal do Júri. 10

RHC Nº 35.253-RJ (Paulo de Tarso Sanseverino).

-“É manifestamente ilegal a decretação ou a ameaça de decretação de prisão por crime de desobediência nos autos de processo civil como forma de coagir a parte ao cumprimento de obrigação, ressalvada a obrigação de natureza alimentar.”. 125

HC 125.042/RS (João Otávio de Noronha).

-“Decreto de prisão decorrente de decisão de magistrado no exercício da jurisdição cível, quando não se tratar das hipóteses de devedor de alimentos, é ilegal.”. 125

RHC 16279/GO (Luiz Fux).

-“Uma vez descumprida, injustificadamente, determinação judicial, proferida nos autos de processo de natureza cível, resta como única providência ao alcance do juiz condutor do processo - para fins de responsabilização penal do descumpridor - noticiar o fato ao representante do Ministério Público para que este adote as providências cabíveis à imposição da reprimenda penal respectiva, por infração ao artigo 330 do CPB, eis que lhe falece à autoridade judicial competência para decretar prisão em face do delito cometido.”. 126

HC 18610/RJ (Gilson Dipp).

-“Não se tratando de mera advertência genérica, mas, sim, de uma efetiva ameaça de prisão em flagrante por descumprimento de ordem judicial, cabível o *habeas corpus*.”. 126

REsp 1133262/ES (Luis Felipe Salomão).

-“É desnecessária a comprovação do prejuízo para que haja condenação ao pagamento da indenização prevista no artigo 18, caput e § 2º, do Código de Processo Civil, decorrente da litigância de má-fé.”. 88

REsp 968.019–PI (Humberto Gomes de Barros).

-“A prova do dano moral resulta da simples comprovação do fato que acarretou a dor, o sofrimento, a lesão aos sentimentos íntimos.”. 113

REsp nº 1.119.892 – MT (Massami Uyeda).

-Indenização. Lei de imprensa. Dano moral contra magistrado. 113

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.109.266 – AL (Massami Uyeda).

-Ofensa proferida contra magistrada, com acusações de prática de crimes. 113

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

HC 0040130-23.2006.8.19.0000 (Paulo Maurício Pereira),

-“O descumprimento de determinação judicial de entrega de filho ao pai é justa causa para decretação de prisão.”.127

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI
20040020033260 DF (João Egmont).

-“o juiz, que é quem dirige a instrução probatória, não está circunscrito, na averiguação dos fatos, às provas propostas pelas partes, podendo não admiti-las, não só porque inadmissíveis, como também quando manifestamente protelatórias (desnecessárias, inadequadas, impossíveis, inúteis), ou, ainda, podendo determinar, de ofício, a produção de outras provas que entender necessárias à formação de sua convicção quanto à verdade dos fatos.”. 47

3. Jurisprudência dos Estados Unidos da América

Suprema Corte dos Estados Unidos

United States v. Hudson, 11 U.S. 7
Cranch 32 34 [1812].

-por sua natureza, as cortes judiciais dispõem de alguns poderes implícitos.

134

Gompers v. Bucks Stove & Range Co.
(1911) 221 U.S. 418.

-“The power of courts to punish for contempt is a necessary and integral part of the independence of the judiciary, and is absolutely essential to the performance of the duties imposed on them by law. Without it they are mere boards of arbitration, whose judgments and decrees would be only advisory. If a party can make himself a judge of the validity of orders which have been issued, and by his own act of disobedience set them aside, then are the courts impotent, and what the Constitution now fittingly calls the judicial power of the United States’ would be a mere mockery.”.
138, 143, 155

Chambers v. Nasco, Inc. (90- 256),
501 U.S. 32 [1991].

-ao invocar os poderes inerentes para punir o abuso no processo judicial a corte deve adotar a sanção mais apropriada. 134

Bloom v. Illinois, 391 U.S. 194-199
(1967).

-“Criminal contempt is a crime in the ordinary sense; it is a violation of the law, a public wrong which is punishable by fine or imprisonment or both.”. 142

Hicks v. Feiock, 485 U.S. 624, 632 (1988).

"Criminal penalties may not be imposed on someone who has not been afforded the protections that the Constitution requires of such criminal proceedings". 142

Gompers v. Bucs Stove and Range Co. 221 US, 418, at 441 (1911).

"It is not the fact of punishment but rather its character and purpose that often serve to distinguish between the two classes of cases. If it is for civil contempt the punishment is remedial, and for the benefit of complainant. But if it is for criminal contempt the sentence is punitive, to vindicate the authority of the court.". 138, 143, 155

Corte de Apelações do 7º Circuito

Robson v. Malone (1969).

-condenação de duas jovens, por *contempt of court*, que deixaram de se levantar quando o juiz adentrou a sala de julgamento. 10

Suprema Corte de Michigan

In re Huff, 352 Mich 402 (1958). In re Daugherty, 429 Mich 81, 91, n 14 [1987].

"Courts have the inherent power to punish for contempt and that authority exists to the full extent that it existed at common law.". 134

In re Contempt of Robertson, 209 Mich App 433, 436 [1995].

-“Contempt is action or inaction which violates a court order, impedes the functioning of the Court, or impairs the authority of the Court.”. 135

in re Wood, 82 Mich 75, 82 (1890). 134

Corte de Apelações do Estado de Michigan

People v Kurz, 35 Mich App 643, 656 (1971). 135

Harvey v Lewis, 10 Mich App 709, 715-716 (1968). 135, 141

DeGeorge v Warheit, 276 Mich App 587, 592 (2007). 142

Suprema Corte do Estado de Iowa

Andreano v. Utterback, 202 Iowa 570, at 571, 210 NW. 780 (1926).

-“A contempt proceeding occupies what may be termed the twilight zone between civil and criminal cases. 136

Corte de apelações do Estado de Arkansas

Terry WARD d/b/a Ward's Pools & Spas v. David B. SWITZER and Patricia L. Switzer CA 00-340, S.W. 3d.

–“Contempt -- civil & criminal contempt distinguished -- remedial & punitive relief contrasted. -- In cases of civil contempt, the punishment is remedial and for the benefit of the complainant; in cases of criminal contempt, the sentence is punitive, to vindicate the authority of the court; if the relief provided is a sentence of imprisonment, it is remedial if the defendant stands committed unless and until he performs the affirmative act required by the court's order and is punitive if the sentence is limited to imprisonment for a definite period; if the relief provided is a fine, it is remedial when it is paid to the complainant and punitive when it is paid to the court, though a fine that would be payable to the court is also remedial when the defendant can avoid paying the fine simply by performing the affirmative act required by the court's order”. 143

4. Jurisprudência da Austrália

Suprema Corte de New South Wales

Attorney-General for New South Wales
v Munday.

-“There is no more reason why the acts of courts should not be trenchantly criticized than the acts of public institutions, including parliaments. The truth is of course that public institutions in a free society must stand upon their own merits: they cannot be propped up if their conduct does not command the respect and confidence of the community; if their conduct justifies the respect and confidence of a community they do not need the protection of special rules to protect them from criticism.”. 144

5. Jurisprudência da Inglaterra

Masterson v. Holden [1986] 3 All E.R.
39,43 (Glidewell L).

-o advogado inglês é ensinado a
identificar situações fáticas. 66

Attorney-General v. Times Newspaper
Ltd.

-“The due administration of justice requires first that all citizens have unhindered access to the constitutionally established courts of criminal or civil jurisdiction for the determination of disputes as to their legal rights and liabilities; secondly, that they should be able to rely upon obtaining in the courts the arbitrament of a tribunal which is free from bias against any party and whose decision will be based upon those facts only that have been proved in evidence adduced before it in accordance with the procedure adopted in courts of law; and thirdly, that, once the dispute has been submitted to a court of law, they should be able to rely upon there being no usurpation by any other person of the function of that court to decide it according to law. Conduct which is calculated to prejudice any of these three requirements or to undermine the public confidence that they will be observed is contempt of court”. 141, 143

6. Jurisprudência do Zimbábue

Suprema Corte do Zimbábue

In Re: Patrick Anthony Chinamasa.

-“Unlike other public figures, judges have no proper forum in which to reply to criticisms. They cannot debate the issue in public without jeopardizing their impartiality. This is why protection should be given to judges when it is not given to other important members of society such as politicians, administrators and public servants.”.

144

7. Jurisprudência da Corte europeia de direitos humanos

Acórdão Sunday Times (1991). 147

Queixa nº 21.861/93 (1995). 148

Acórdão Schöpfer (1998). 148

Acórdão Amihalachioaie (2004). 148

Acórdão Lambert (2015). 148

Acórdão Nikula (2002). 148

Queixa nº 17.155/03 (2008). 148

8. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Opinião Consultiva OC-5/85.

-“A liberdade de expressão é uma pedra angular na existência de uma sociedade democrática. É indispensável para a formação da opinião pública. É também *conditio sine qua non* para que os partidos políticos, os sindicatos, as sociedades científicas e culturais e, em geral, que deseja influir sobre a coletividade possa desenvolver-se plenamente. É, enfim, condição para que a comunidade, na hora de exercer as suas opções, esteja suficientemente informada. Por fim, é possível afirmar que uma sociedade que não está bem informada não é plenamente livre”. 15, 149

Olmedo Bustos e outros versus Chile – série C nº 73 (sentença proferida em 5 de fevereiro de 2001). 15, 149

Ivcher Bronstein versus Peru – série C nº 74 (sentença proferida em 6 de fevereiro de 2001). 15, 149

Herrera Ulloa versus Costa Rica – serie C nº 107 (sentença proferida em 2 de julho de 2004). 15, 149

Ricardo Canese versus Paraguai – série C nº 111 (sentença proferida em 31 de agosto de 2004). 15, 149

Palamara Iribarne versus Chile – série C nº 135 (sentença proferida em 22 de novembro de 2005). 15, 149

Claude Reyes versus Chile – série C nº 151 (sentença proferida em 19 de setembro de 2006). 15, 149

Kimel versus Argentina – série C nº 177 (sentença proferida em 2 de maio de 2008).
Tristan Donoso versus Panamá – série C nº 193 (sentença proferida em 27 de janeiro de 2009). 15, 150

Ríos versus Venezuela – série C nº 194 (sentença proferida em 28 de janeiro de 2009). 15, 150

Perozo versus Venezuela – série C nº 195 (sentença proferida em 28 de janeiro de 2009). 15, 150

Usón Ramírez versus Venezuela – série C nº 207 (sentença proferida em 20 de novembro de 2009). 15, 150

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Pedro. *Responsabilidade processual por litigância de má-fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo*. Coimbra: Almedina, 2006.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano, v. I, 13. ed. rev.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ANDREWS, Neil. *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Louisiana: Kluwer Law International, 1998.
- AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- BARBI, Celso Agrícola. *Responsabilidade do litigante temerário pelo dano processual*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dezembro de 1977.
- BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Coimbra: Almedina, 2015.
- BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues. *Notas ao Código de Processo Civil*. Lisboa: Tipografia Lousanense, 2001, P.20.
- BERGER, Adolf. *Encyclopedic dictionary of roman Law*. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1953, Volume 43.
- BOBBIO, Norberto. BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: uma teoria geral da política*. Tradução de marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- CABRAL, Antônio do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2005, n. 126.

CAENEGEM, R. C. Van. *Juízes, Legisladores e Professores*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CANOTILHO, JJ Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CHESTERMAN, Michael. *Contempt: In the common Law, but not in the Civil Law*. The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 46, No. 3 (Jul., 1997).

CHIOVENDA, Giuseppe. *La condena en costas*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1928.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. PELLEGRINI, Ada. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa in agendo*. Coimbra: Almedina.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *A autoridade Moral da Constituição. Da fundamentação da validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

COUTURE, Eduardo J. *La buena fé en el proceso civil*. Revista de derecho y ciencias políticas, Lima, a.11n.1-3 (1947).

DESCARTES, René. *As Paixões da Alma*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DESCARTES, René. *Meditações Metafísicas* (quarta meditação). São Paulo: Nova Cultura, 1987.

DUDLEY, Earl C. *Getting beyond the civil/criminal distinction: a new approach to the regulation of indirect contempt*. Virginia: Virginia Law Review, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *El derecho, la palabra y el libro*. Madrid: Mondadori, 1992.

ESPINOZA, Bento de. *Ética*. Lisboa: Relógio D'água, 1982.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Lebre de. ALEXANDRE, Isabel. *Código de Processo Civil anotado*. Volume 1º. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

FREUD, Sigmund. *O mal estar na civilização*. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

GERALDES, Antônio Santos Abrantes. *Temas da Reforma do Processo Civil*, volume III. Coimbra: Almedina, 2010.

GHERSI, Carlos Alberto. *La buena fe: limite al derecho subjetivo del contratante predisponente*. Revista del notariado, Capital Federal, a.90n.809(Abr.-Junio1987).

GOZAÍNI, Osvaldo A. *La conducta en el proceso*. La Plata: Librería Editora Platense, 1988.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Temeridad y malicia en el proceso*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.

GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *El principio de la buena fe en el Proceso Civil*. Buenos Aires: La ley, 2004.

HAZARD JR., Geoffrey C. REMUS, Dana A. *Advocacy Revalued*. University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia, v.159 n.3 (February2011), p. 772.

HAZARD JR., Geoffrey. *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. Louisiana: Kluwer Law International, 1998.

HIPONA, Agostinho de. *O livre arbítrio*. São Paulo: Paulus, 1995.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Traducción le la segunda edición alemana y prologo por Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954.

JUNOY, Joan Pico i. *El debido proceso leal*. Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima: Palestra, 2006, v. 9.

JUNQUEIRA, Thiago Braga. *A imunidade do advogado à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Sociedade Brasileira de Direito Público. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=27>. Acesso em: 30 ago. 2015.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

Kant, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos*. São Paulo: Martins Claret, 2003.

LEUBSDORF, John. *Man in his original dignity: legal ethics in France*. Burlington: Ashgate/Dartmouth, 2001.

LIMA, Alcides. *Abuso do direito de demandar*. Revista de Processo, n. 19, Ed. Revista dos Tribunais, jul/set 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MASCIOTRA, Mário. *Poderes-deberes del juez en el Proceso Civil*. Buenos Aires: Astrea, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

MERVIN, Sabrina. *Histoire de l'islam: Fondements et doctrines*. Paris: Flammarion, 2001.

MILHOMENS, Jonatas. *Da presunção de boa-fé no Processo Civil*. São Paulo: Forense, 1961.

MILHOMENS, Jonatas. *Da presunção de boa-fé no Processo Civil*. São Paulo: Forense, 1961.

MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. London: Everyman, 1993.

MOLINA PASQUEL, Roberto. *Contempt of court: correcciones disciplinarias y medios de apremio*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1954.

MORI, Celso Cintra. *A boa-fé no Direito civil*. Revista do Advogado, São Paulo, a.32n.116 (Jul.2012).

MOSKOVITZ, Joseph. *Contempt of injunctions, civil and criminal*. London: Columbia Law Review, v. 43, nº 9, 1943.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do bem e do mal*. Curitiba: Hemus, 2001.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Genealogia da moral - uma polêmica*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

Ordenações Afonsinas, Livro III. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

Ordenações del-Rei Dom Duarte, edição preparada por Martim de Albuquerque e Eduardo Borges Nunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian,, 1988.

OSWALD, James Francis. *Contempt of court, committal, and attachment, and arrest upon civil process, in the supreme court of judicature, with the practice and forms*. 2nd edition. London, William Clowes and Sons, 1895.

PASQUEL, Roberto Molina. *Contempt of court: correcciones disciplinarias y medios de apremio*. México: Fondo de Cultura Económica, 1954.

PAULA BAPTISTA, 1ª edição do *Compêndio de Theoria e Practica do Processo Civil*. Recife, 1855.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *La apreciación de la buena fe*. Revista de derecho. Universidad Católica de la Santísima Concepción, Concepción, v.2n.1 (1993).

PINTO, Rui. *Notas ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PLATÃO. *Apologia de Sócrates*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

PLATÃO. *Górgias*. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1989.

PLATÃO. *Mênon*. Rio de Janeiro: Editora PUC Rio, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol XII. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES, Fernando Pereira. *O novo Processo Civil. Os princípios estruturantes*. Coimbra: Almedina, 2013.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, volume 1. São Paulo: Saraiva, 1986.

SANTOS, António Furtado dos. *A punição dos litigantes de má-fé no Direito pátrio*. Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, n.4, 1948.

SILVA, Carlos Manoel Ferreira da. *Processo e Ética*. XX Congresso Nacional Argentino de Direito Processual. San Martin de Los Andes, 5-9 de outubro de 1999.

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

SILVA, Paula Costa e. *A litigância de má-fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SOSA, Ángel Landoni. *El principio de moralidad: base fundamental para um proceso justo*. In *Tratado de la buena Fe en el Derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004.

SOSA, Guarlberto Lucas. *Abuso de derechos procesales in MOREIRA, José Carlos Barbosa*. Abuso dos direitos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SOUSA, Rui Correia de. *Litigância de Má-fé. Colectânea de sumários de jurisprudência*. Lisboa: Quid Juris, 2005.

SOUZA, Artur César de. *Das normas fundamentais do Processo Civil. Uma análise luso-brasileira contemporânea*. São Paulo: Almedina, 2015.

STOCO, Rui. *Abuso de Direito e Má-Fé Processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TARUFFO, Michele. *Abuse of procedure rights: comparative standards of procedural fairness*. Louisiana: Kluwer Law International, 1998.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral, volume 1*. Coimbra: Almedina, 2015.

WARREN, Michael. *Contempt of court & broken windows: why ignoring contempt of court severely undermines justice, the rule of law, and republican self-government*. *The Journal of the Federalist Society's Practice Groups*, v. 7, 2006.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Editora Cultrix, 2004.