

# ADVOCEF JurisTantum

Suplemento integrante do Boletim ADVOCEF | Ano VII | Nº 63 | Maio | 2008

## O princípio da probidade no Direito Processual Civil brasileiro: mera disposição legal ou uma questão de ética?

### Considerações preliminares

O presente trabalho procurará trazer algumas considerações quanto à ética, à moral e ao direito, especificamente quanto à aplicação de princípios morais e éticos na área do direito processual civil, tendo em vista a positivação de normas que determinam a conduta das partes no processo civil brasileiro.

Tais normas de conduta têm como princípio norteador a *probidade*, virtude moral que exigiria comportamento irrepreensível pelas partes na condução dos atos processuais bem como no trato com as demais partes no processo, juiz e demais serventuários da justiça.

Por fim, será verificado que, embora haja a positivação pelo direito de normas de conduta, tais normas sofrem, por assim dizer, uma elasticidade e permissividade pelo operador do direito, conseqüência provável desta mesma positivação, porquanto a mera observância pelas partes de princípios éticos e morais seria sufici-

ente para atingir o fim pretendido, qual seja, a adequada composição da lide e a distribuição efetiva de justiça.

### Ética e Moral

Faz-se necessário, antes de qualquer coisa, traçar a diferenciação entre a **ética** e a **moral**, tendo em vista ser extremamente comum a utilização de ambos os termos como sendo uma coisa única, pois, sob o ponto de vista filosófico, não há diferença entre estes conceitos, uma vez que ambas preocupam-se com a auto-realização plena do homem, com o respeito à sua dignidade, sua liberdade, consciência e princípio ou norma guiadora, sustentáculo da humanidade e de seu bem comum, objetivos máximos da ética, da moral, da justiça, do direito, do dever e da própria religião.

Para o professor Tarciso Leite<sup>1</sup> a ética apresenta os princípios (princípios

### Volnir Cardoso Aragão

Advogado da CAIXA em Porto Alegre/RS.

éticos) que servem de fundamento para a construção das regras ou normas da moral, que regulam o comportamento humano (conduta moral), havendo entre ambas uma relação bem estreita, pois ambas completam-se e voltam-se para o estudo do comportamento da pessoa humana, diante da avaliação do que é bem ou mal, bom ou mau.

Para Marcus Cláudio Acquaviva<sup>2</sup> o termo moral tem significação mais abrangente que a ética, se entendendo esta como o conjunto de normas associadas a idéias sobre formas lícitas e ilícitas de comportamento, conjunto este aceito e sancionado por uma determinada sociedade, diferenciando-se assim da ética por esta re-

<sup>1</sup> LEITE, Francisco Tarciso. **Cidadania, Ética e Estado: Premissa Cristã: A ética profissional na advocacia**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2002, p.55.

<sup>2</sup> ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Ética Jurídica**. São Paulo: Desafio Cultural. 2002, p.27.

O Direito deve visar às necessidades reais e realizáveis, porém sem excluir os sentimentos morais no alcance de seus propósitos

A habilidade e a perspicácia devem ter um freio, não ultrapassando limites impostos pelos costumes e pela moral

presentar o estudo filosófico dos fundamentos da moral.

Cumpre concluir citando o Padre Jair Gonçalves<sup>3</sup> que esclarece: *enquanto a ética fica no plano da natureza humana, a moral transcende este plano.*

Não obstante, o presente trabalho irá procurar apresentar a ética e a moral como faces de uma mesma moeda, inclusive tratando-as em determinados momentos como se a mesma coisa fossem, procurando tão somente diferenciá-las do direito.

### A Ética e o Direito

Não são poucos os estudiosos que se detiveram neste tema. Eduardo Bittar<sup>4</sup> cita entre eles, e quem sabe com maior razão, Hans Kelsen, que em sua obra *Teoria Pura do Direito*, procurou traçar a distinção entre o direito e a ética, entendendo que, ao procurar o entendimento e definição do direito a partir das idéias de normatividade e validade, este em nada se assemelharia à definição da ética que, como ciência, busca e tem como objeto o estudo das normas morais.

É certo que o campo de atuação do direito é mais vasto que o da moral, o que não quer dizer que o jurídico estará excluído de julgamentos éticos. O certo é que o direito deve visar às necessidades reais e realizáveis, porém sem excluir os sentimentos morais no alcance de seus propósitos. O equilíbrio entre “o que é” e “o que deveria ser” é o grande desafio deste ramo da ciência.

Temos então que o direito é bilateral, e constitui deveres e direitos, enquanto que a ética impõe apenas deveres. A isso se deduz que o dever ético deveria ser observado voluntariamente, enquanto que a sanção jurídica é baseada no constrangimento, essencial ao direito.

Pode-se asseverar que uma das diferenças essenciais entre a ética e o di-

reito consiste em que a transgressão a esta última pressupõe a existência de sanção, enquanto a transgressão de uma norma ética não acarreta qualquer punição, em face da ausência de tal sanção pelo seu descumprimento, uma vez que quando muito haverá a desaprovção da sociedade em decorrência de tal conduta.

Não obstante, para o escopo da presente reflexão, será necessário partir de uma perspectiva diferente, na medida em que se vai buscar o reflexo da ética, em norma já positivada, no ordenamento jurídico.

Aqui, só mediatamente interessa saber por que a norma moral obriga, pois esse fundamento de validade é dado posto do problema, pela lei; interessando, portanto, definir o reflexo da ética na conduta das partes e, se é, e em que medida é compulsória.

Saliente-se que mesmo em face da diferenciação existente, também se deve assinalar que entre a regra jurídica e a regra dita moral não há diferença de domínio, de natureza e de fim, porquanto o direito deve realizar a justiça e a idéia de justo é uma idéia moral.

Exemplo disto é a íntima relação da ética com as obrigações do direito civil, tais como a teoria contratual que nega proteção ao sujeito que agiu de má-fé, com malícia ou fraude; com o princípio do enriquecimento sem causa, e principalmente com o dever de lealdade com que devem se portar as partes no processo.

A esse tipo de tutela jurídica da ética, feita por via oblíqua, embora sem ressonância entusiasta com esse argumento – tutela jurídica da ética –, os operadores do Direito Privado estão familiarizados.

Não obstante, também no Direito Público, observa-se tal tutela, conforme acima narrado, especificamente no direito processual civil, quando nos artigos 14 a 18 do Código de Processo Civil são enumeradas verdadeiras normas de conduta às partes que litigam em juízo, as quais os doutrinadores houveram por bem chamar de *princípio da probidade*.

<sup>3</sup> GONÇALVES, Jair. **Direito em Questão: Aspectos Éticos**. Campo Grande: UCDP, 2001, p.23.

<sup>4</sup> BITTAR, Eduardo C.B. **Curso de Ética Jurídica: Ética Geral e Profissional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p.41

## A virtude da probidade

Conceitualmente a probidade entende-se como a honestidade de proceder ou a maneira criteriosa de cumprir todos os deveres, que são atribuídos ou cometidos à pessoa. Há quem confunda probidade com moralidade e improbidade com imoralidade, porém a distinção entre elas é que a moralidade é o gênero do qual a probidade seria espécie.

Para Itapoá da Costa Feliz<sup>5</sup>, a probidade, por ser uma virtude moral, supõe um exercício constante de retidão ou de integridade de caráter; de honestidade; de honradez; não sendo suficiente para se considerar um sujeito probo aquele que comete um ato esporádico, isolado.

Saliente-se que a probidade, embora espécie, é bem mais abrangente que a moral, porquanto nem sempre um ato que revele improbidade será imoral, enquanto todo ato contrário a moral será um ato de improbidade.

A probidade aqui discutida traduz-se assim como o dever de lealdade, de veracidade, de boa-fé, as quais as partes estão obrigadas, ou seja, a conduta que deverão observar enquanto participantes do processo judicial.

O campo da conduta ética, entretanto, não é tracejado de modo preciso, pois muitas atitudes podem situar-se no limite entre a conduta ética e a conduta não-ética. Além disto, uma prática que é considerada certa para uma pessoa, que já a incorporou ao seu cotidiano, pode não ser para outra, a ponto de vislumbrá-la com repulsa.

Justamente para mediar e traçar uma referência entre o certo e o errado é que houve a positividade de determinadas condutas, os quais alçaram a **probidade** como condição *sine qua non* para estar-se no processo, porquanto exigem das partes integridade, lealdade pessoal, veracidade e boa fé no modo de portar-se.

<sup>5</sup> FELIZ, Itapoá da Costa. **Ética e probidade**, in *Direito em Questão: Aspectos Éticos*. Campo Grande: UCDB, 2001, p.124.

A *contrariu sensu*, Barbosa Moreira<sup>6</sup> entende que a inobservância de tais regras de conduta caracterizariam o que ele convencionou chamar de “comportamento incorreto” e que tal “incorreção” necessariamente, em respeito à conduta das partes, deve ser observada quanto ao conteúdo das alegações por elas feitas em juízo e a forma pela qual atuam no processo ou através de seus procuradores.

Não obstante, segundo Barbosa Moreira<sup>7</sup>, mesmo em face das preocupações expostas na lei com a correção formal da conduta das partes, ainda são poucas as destinadas a conter em limites eticamente razoáveis tais condutas.

## A legislação condena a manipulação da mentira como arma processual tendente a deformar a vontade judicial

### A probidade à luz do Processo Civil

Para Edson Prata<sup>8</sup> o princípio da probidade é insito ao processo, tendo portanto, o Código de Processo Civil, tanto quanto possível, coibido atitudes ímprobas de todos aqueles que atuem no processo.

No século passado à filosofia jurídica, preponderante àquele tempo, denominada “liberal e individualista”, contribuiu de modo efetivo para explicar os motivos pelos quais houve resistência à idéia de preservar os valores da tradição romana, germânica e canônica, que condenou os atos de deslealdade e de improbidade.

<sup>6</sup> MOREIRA, José Carlos Babosa. **Responsabilidade das partes por dano processual**. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 30, n. 10, p.16.

<sup>7</sup> *Ibid.* p.17.

<sup>8</sup> PRATA, Edson. **Probidade Processual**, in RBDP 35/55. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1988, p.56.

Não obstante, Liebmann<sup>9</sup> esclarece que a fórmula da lei, necessariamente elástica e genérica, deve ser adaptada pelo intérprete à variedade dos casos e das circunstâncias. Ela significa, em substância, que embora no processo se trave uma luta em que cada um se vale livremente das armas disponíveis, essa liberdade encontra limite no dever de respeitar as “regras do jogo”; e estas exigem que os contendores se respeitem reciprocamente na sua qualidade de contraditores em juízo, segundo o princípio da igualdade das suas respectivas posições.

Segundo o professor Arruda Alvim<sup>10</sup> a alta finalidade pública do processo Civil, consiste na verificação de fatos ocorridos, como pressupostos da aplicação adequada da lei ao caso concreto, não podendo, portanto, no direito positivo brasileiro, prescindir da colaboração ética das partes, pois se assim não ocorresse, o juiz teria de “lutar”, em realidade, “contra” os próprios litigantes que, por sua vez, lutariam violentamente, entre si, ao arpejo da mais elementar ética.

Segundo Alfredo Buzaid<sup>11</sup> a legislação não cerceia o uso da ação judicial ou o exercício dos meios de defesa. Condena, isso sim, a manipulação da mentira como arma processual tendente a afastar a verdade e deformar a vontade judicial.

Embora num primeiro momento possa parecer que o princípio da probidade é intrínseco ao processo, Liebmann<sup>12</sup> esclarece que este, com sua estrutura contraditória, em que a cada uma das partes se atribui a tarefa de sustentar as suas próprias razões, é es-

<sup>9</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Saraiva, v. I, 1984, p.124.I

<sup>10</sup> ALVIM, Arruda. **Deveres das Partes e dos Procuradores no Processo Civil Brasileiro (A lealdade no processo)**, in *Revista de Processo* nº 69/07. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p.10.

<sup>11</sup> BUZAID, Alfredo. **Processo e verdade no direito brasileiro**, in *Revista de Processo* nº 47/92. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.95.

<sup>12</sup> *Idem*, p.123.

sencialmente refratário a uma rigorosa disciplina moralista do comportamento daquelas.

Se cada litigante pode contar, para vencer, apenas com a própria capacidade de explorar os elementos e os argumentos favoráveis, não se pode pretender que forneça também os que lhe são desfavoráveis e poderiam favorecer o adversário. Um dever nesse sentido não teria qualquer probabilidade de ser observado e seu único resultado seria o de pôr em dificuldades e em situação embaraçosa a parte mais honesta.

O professor Alcides de Mendonça Lima<sup>13</sup> narra que em muitas vezes, pelo ardor da defesa de um direito – como autor ou como réu – pode parecer que o interessado esteja encobrindo a verdade que lhe seja contrária, para obter vantagem ilícita, porém, de difícil caracterização de improbidade processual, por tratar-se de uma questão extremamente subjetiva, que, para ser repelida, precisa de forte base, não bastando indícios, pelos reflexos morais e jurídicos que isso pode originar, pois afirmar um fato não significa, necessariamente, apresentá-lo como verdadeiro, mas, somente, que seja levado em conta no processo, bem como discutir um fato não significa fazer valer sua falsidade, mas, unicamente, seu caráter duvidoso, pedindo que seja aclarado mediante prova.

Não obstante as abalizadas opiniões acima, os doutrinadores concordam num ponto: a habilidade e a perspicácia devem ter um freio, não podendo ultrapassar certos limites que os costumes e a moral social impõem e que para os defensores são representados pelas exigências de ética profissional. É isto que quis dizer a lei, ao estabelecer o dever de lealdade e probidade.

### Considerações finais

Por tudo quanto foi exposto, percebe-se nitidamente que embora o princípio da probidade seja um impositivo legal no processo civil brasileiro, deveria antes, e acima de tudo,

ser um modo reto de portar-se, uma conduta advinda do fato de estar-se em juízo, pela simples observância dos princípios éticos e morais tal qual são exigidos pelo cidadão em sociedade.

Observa-se que tais regras de conduta não são observadas pelas partes, em face do inexpressivo número de condenações por litigância de má-fé no judiciário, quiçá pela aplicação da norma com extrema subjetividade, bem como pela ausência de sanção específica, como se, efetivamente, ao invés de ser vista como uma norma legal impositiva, seja simplesmente uma questão de moral e ética, traçando “meramente” princípios gerais de conduta.

## Uma prática considerada certa para uma pessoa, que já a incorporou ao seu cotidiano, pode não ser para outra

A discriminação dos deveres das partes e procuradores deveria servir para definir-lhes o comportamento no processo, não apenas por razões éticas, mas por motivos estritamente jurídicos, com a finalidade de adequar a conduta das partes à dignidade do instrumento de que se servem para obter a administração da justiça.

Não obstante, há aqueles que dizem tratar-se a falta de probidade no processo como mera transgressão de um dever com caráter moral, e não jurídico, sob o argumento que seria realmente equivocada a falta de base no intento de impor às partes uma obrigação de dizer a verdade em um procedimento onde se trata de dar satisfação aos seus interesses pessoais.

Contudo o dever de dizer a verdade será sempre uma obrigação, tendo em vista que a sociedade sempre condenou a mentira, e embora a simples omissão nada represente no processo

civil, uma vez que a parte não está obrigada a apresentar documentos que sirvam de prova contra si, tal ato à luz da moral e da ética será sempre um ato ímprobo.

Por fim, conclui-se que a probidade deverá ser sempre vista como um princípio ético e moral, porquanto, embora positivada no direito processual brasileiro, a sua inobservância sanção alguma impõe, pois, muito embora a parte que agir com improbidade deva indenizar a outra por perdas e danos, tal dependerá não do ordenamento expresso, mas sim da avaliação subjetiva de terceiro.

### Referências Bibliográficas

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Ética Jurídica**. São Paulo: Desafio Cultural. 2002.
- ALVIM, Arruda. **Deveres das Partes e dos Procuradores no Processo Civil Brasileiro (A lealdade no processo)**, in Revista de Processo nº 69/07. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- BITTAR, Eduardo C.B. **Curso de Ética Jurídica: Ética Geral e Profissional**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BUZAID, Alfredo. **Processo e verdade no direito brasileiro**. in Revista de Processo nº 47/92. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- FELIZ, Itapoã da Costa. **Ética e Probidade**, in Direito em Questão: Aspectos Éticos. Campo Grande: UCDB, 2001.
- GONÇALVES, Jair. **Direito em Questão: Aspectos Éticos**. Campo Grande: UCDP, 2001.
- LEITE, Francisco Tarciso. **Cidadania, Ética e Estado: Premissa Cristã: A ética profissional na advocacia**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2002.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Saraiva, v. I, 1984.
- LIMA, Alcides de Mendonça. **Abuso do Direito de Demandar**, in Revista de Processo nº 19/57. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Responsabilidade das partes por dano processual**. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 30, n. 10, p.15-31.
- PRATA, Edson. **Probidade Processual**, in RBDP nº 35/55. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

<sup>13</sup> LIMA, Alcides de Mendonça. **Abuso do Direito de Demandar**, in Revista de Processo nº 19/57. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.63/64.