



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ - UFPA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - ICJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

KARINE DE AQUINO CÂMARA LEVY

**PARÂMETROS DE APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO
SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

BELÉM - PA

2013

KARINE DE AQUINO CÂMARA LEVY

**PARÂMETROS DE APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO
SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos.

Área de Concentração: Processo Civil e Direitos Fundamentais.

Orientadora: Prof. Dra. Rosalina Moitta Pinto da Costa.

Belém – PA
2013

KARINE DE AQUINO CÂMARA LEVY

**PARÂMETROS DE APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO
SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos.

Área de Concentração: Processo Civil e Direitos Fundamentais.

Orientadora: Prof. Dra. Rosalina Moitta Pinto da Costa.

Banca Examinadora

Profa. Dra. Rosalina Moitta Pinto da Costa

Orientadora

Profa. Dra. Gisele Santos Fernandes Góes (UFPA)

Prof. Dr. José Henrique Mouta Araújo (UNAMA)

Apresentado em: 07 de fevereiro de 2013

Belém – PA

2013

Aos meus amados pais, que me ensinaram que a educação é a base de qualquer indivíduo.

AGRADECIMENTOS

A elaboração do presente trabalho me exigiu muita dedicação, disciplina, paciência e coragem para vencer os obstáculos, pessoais e acadêmicos, que apareceram em minha caminhada, o que tornou esse aprendizado ainda mais desafiador e valioso. Além do engrandecimento intelectual, este estudo me presenteou com o apoio e incentivo de diversas pessoas, que, de uma forma ou de outra, contribuíram para o desenvolvimento e concretização desse sonho, às quais devoto a minha imensa gratidão.

Assim, agradeço, primeiramente, a Deus, pelo dom da vida, por me acalantar diante das dificuldades e por ter me dado a oportunidade de realizar essa pesquisa com saúde;

Agradeço, também, aos meus pais, pelo exemplo de seres humanos dignos que são e por sempre me darem o apoio e o amor necessários para que eu pudesse alcançar meus objetivos;

Ao meu amor, Dan Levy, pelo incentivo ao desenvolvimento deste trabalho, pela confiança em mim depositada e, sobretudo, pela compreensão durante todo o período do mestrado, em que muitas vezes estive ausente do seu convívio;

Aos demais familiares e amigos, que sempre estiveram ao meu lado em todos os momentos, que dividiram comigo dias difíceis, bem como as vitórias da vida, comemorando cada parte da minha história como se fosse a deles;

À professora Rosalina Moitta Pinto da Costa, minha orientadora, pelo convívio intelectual e pela dedicação constante em aprimorar a qualidade deste trabalho, a quem serei eternamente grata;

Aos professores Gisele Góes e José Henrique Mouta Araújo, pelas importantes observações formuladas por ocasião do Exame de Qualificação, bem como pelo grande exemplo acadêmico e profissional que representam;

Aos meus caríssimos colegas do mestrado, que tornaram o processo de elaboração desta dissertação muito mais leve e feliz;

Agradeço, por fim, à Universidade Federal do Pará, que me proporcionou um crescimento intelectual inenarrável e acolheu esta cearense como sua filha.

“Seja gentil, pois toda pessoa que
você encontra está lutando uma
batalha difícil.”

(Platão)

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a aplicação da boa-fé objetiva no âmbito do direito processual civil brasileiro. Para tanto, demonstrará, precipuamente, que a observância da boa-fé na sua feição objetiva não se restringe ao diploma material civil, especialmente por constituir a boa-fé objetiva um valor ético com fundamento na Lei Fundamental, espalhando-se, por conseguinte, por todo o sistema jurídico brasileiro, inclusive nas relações jurídicas processuais. Ademais, verificar-se-á que a boa-fé objetiva encontra-se expressa no Código de Processo Civil brasileiro, que prevê deveres de lealdade e cooperação entre todos os sujeitos do processo, o que, entretanto, não é suficiente para a sua efetivação no processo, sendo necessária a aplicação de medidas preventivas e repressivas para a sua observância. Nesse diapasão, mostra-se importantíssima a atuação judicial na condução do processo, a fim de adaptá-lo às peculiaridades do caso concreto, de acordo com a moral social, vislumbrando, sobretudo, uma decisão justa. Desse modo, o contexto em que se desenvolve a boa-fé é o do Neoprocessualismo, no qual o processo é visto como um instrumento de concretização da boa-fé, da moralidade, da honestidade e da lealdade, representando uma simbiose entre os valores éticos e os preceitos legais, na busca da concretização do direito material.

Palavras-Chave: Boa-fé objetiva. Lealdade. Princípio constitucional. Juiz. Neoprocessualismo.

ABSTRACT

This study aims to examine the application of objective good faith under the Brazilian civil procedural law. To do so, demonstrate, primarily, that the observance of good faith in its objective feature is not restricted to civil diploma materials, especially form the objective good faith an ethical value basis in constitutional law, spreading therefore throughout the Brazilian legal system, including the legal relationships procedural. Moreover, it will verify that the objective good faith is expressed in the Brazilian Code of Civil Procedure, which provides for duties of loyalty and cooperation among all subjects of the process, which, however, is not sufficient for its realization in the process, necessitating the application of preventive and repressive measures for its observance. In this vein, it is shown the important role of the Judiciary in conducting the process in order to adapt it to the peculiarities of the case, according to social morality, seeing mainly a fair decision. Thus, the context in which it develops good faith is the Neoprocessualism, where the process is seen as an instrument for achieving good faith, morality, honesty and loyalty, representing a symbiosis between the ethical values and legal principles in the pursuit of realizing the right material.

Keywords: Objective good faith. Loyalty. Constitutional principle. Judge. Neoprocessualism.

SUMÁRIO

ABREVIATURAS	12
INTRODUÇÃO	13
1. NOÇÕES PRELIMINARES	18
1.1. Releitura dos princípios constitucionais no contexto do Neoprocessualismo.....	18
1.2. Conceito de boa-fé	32
1.2.1. Feição subjetiva	33
1.2.2. Feição objetiva	35
1.3. Abuso de direito	39
2. A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO	43
2.1. Breve notícia histórica	43
2.2. Natureza jurídica da boa-fé objetiva: princípio ou cláusula geral?	46
2.3. Modos de aplicação da boa-fé objetiva	59
2.3.1. Aplicação interpretativa	59
2.3.2. Aplicação integrativa	60
2.3.2.1. Deveres anexos da boa-fé objetiva	62
2.3.3. Aplicação limitativa	65
2.4. Correlação do princípio da cooperação com a boa-fé objetiva	66
3. A BOA-FÉ OBJETIVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	77
3.1. Lealdade processual: corolário da boa-fé objetiva	77
3.2. Fundamento legal da boa-fé objetiva no CPC	81
3.2.1. Dever processual de agir conforme a verdade	83
3.2.2. Cláusula geral da boa-fé objetiva	86
3.2.3. Dever processual de apresentar alegações sustentáveis	88
3.2.4. Dever processual de praticar somente atos indispensáveis à obtenção do direito material reclamado em juízo	89
3.2.5. Dever processual de cumprir as decisões judiciais	90

3.3. Sujeitos: quem deve observar a boa-fé objetiva no processo?	93
3.3.1. Sujeição do órgão jurisdicional à boa-fé objetiva e a importância dos precedentes na sua aplicação	93
3.3.2. Dever do Ministério Público de agir conforme a boa-fé objetiva..	103
3.3.3. Advogados e partes: “principais” destinatários do princípio da boa-fé	104
3.3.4. Dever de respeitar a boa-fé objetiva por todos que de qualquer forma participem do processo	111
3.4. Aplicabilidade da proibição do <i>venire contra factum proprium</i> no âmbito processual	112
3.5. Abuso do processo	122
3.5.1. Manifestações do abuso processual no CPC	128
3.5.2. Litigância de má-fé: modalidade de abuso processual	138
3.6. Meios processuais de proteção à boa-fé objetiva	143
3.7. Necessidade de compatibilização da boa-fé objetiva com as demais garantias constitucionais do processo	152
3.8. Reflexos da boa-fé objetiva no Novo Código de Processo Civil brasileiro (NCPC)	158
CONCLUSÃO	168
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	173

ABREVIATURAS

ADPF – Arguição de descumprimento de preceito fundamental

Ag – Agravo

AgRg – Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

AP – Ação Penal

BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemão)

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CFB – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

DJU – Diário Oficial da Justiça da União

EOAB – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil

Min. - Ministro

MS – Mandado de Segurança

NCC – Novo Código Civil

NCPC – Novo Código de Processo Civil

p. – página

par. - parágrafo

RE – Recurso Extraordinário

Rel. - Relator

REsp – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

v. - *versus*

INTRODUÇÃO

A boa-fé objetiva remonta ao direito romano, em que a “fides” representava, naquela sociedade, a ideia de confiança, lealdade e honestidade.

No ordenamento jurídico pátrio, a boa-fé objetiva foi consagrada expressamente pelo CC de 2002, em seu art. 422¹. Além dessa previsão da boa-fé no art. 422 supracitado, o CC de 2002 é permeado por normas genéricas – cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados –, o que permite a proteção dos valores éticos pelos sujeitos do processo, inclusive e principalmente, pelo magistrado, não se limitando estes sujeitos ao rigorismo da lei.

A noção de boa-fé, bem como a teoria do abuso de direito (art. 187, do Código Civil de 2002)², foi desenvolvida primeiramente no âmbito do direito privado, especialmente ao tratar das relações contratuais, no intuito de fazer com que as partes envolvidas nesta relação jurídica se comportassem com lealdade e retidão.

Todavia, a boa-fé não está adstrita ao âmbito das relações privadas, pois se encontra espalhada em todo o ordenamento jurídico, por constituir a boa-fé um princípio constitucional, como se verá a seguir, sendo aplicável, portanto, também ao direito público, ramo no qual está catalogado o direito processual civil.

Em outras palavras, hodiernamente, o processo civil visa à concretização do direito material sem se olvidar dos princípios éticos e morais, não tolerando, portanto, a litigância de má-fé, o abuso de direito nem o exercício de condutas contraditórias por quaisquer das partes envolvidas no litígio. O processo, como relação jurídica que é, deve, pois, pautar-se sempre pela boa-fé objetiva.

¹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

² Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Neste diapasão, demonstra-se que a boa-fé objetiva está presente, de forma esparsa, na CF, tanto em seu preâmbulo³, como entre os fundamentos e os objetivos da República Federativa brasileira (arts. 1º, III – dignidade da pessoa humana e art. 3º, I – solidariedade), e, ainda, pelo direito fundamental ao devido processo legal (art. 5º, LIV), que implica também um processo justo e equânime (devido processo legal material). Ademais, o próprio modelo político adotado pelo Estado brasileiro, qual seja, o Estado Social, denota a importância dos valores éticos na ordem constitucional.

Nesse contexto, o processo se apresenta, na jurisdição brasileira, como meio viabilizador da tutela prometida pelo direito material e pela Constituição, inclusive na ausência de técnica processual, quando o juiz deve suprir a omissão do legislador, com supedâneo no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e nos valores consagrados pela CF. Por isso, diz-se, tualmente, que existe, no ordenamento jurídico pátrio, o “direito processual civil constitucional”, uma vez que estão previstas diversas garantias processuais na CF, a exemplo da ampla defesa, do contraditório e da efetividade.

Registre-se que os princípios constitucionais albergados pela CF englobam tanto os de feição jurídica como moral, destacando-se, dentre estes, a boa-fé objetiva, a eticidade, a lealdade, a confiança, a honestidade e a solidariedade.

Embora constituam conceitos distintos, direito e moral possuem uma estreita ligação entre si, uma vez que o homem, mesmo quando inserido em um sistema positivista e legalista, não consegue se desligar completamente de seus valores morais, notadamente no momento da aplicação e da interpretação da norma jurídica.

Importante destacar que a boa-fé objetiva, um dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito brasileiro e corolário da dignidade da pessoa humana, norteia todo o ordenamento jurídico, não obstante ter nascedouro e aplicação mais nítida no diploma material civil.

³ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

Ademais, sendo o processo o meio de concretização do direito material, é inegável que a boa-fé objetiva também deve ser respeitada no sistema processual, por todos os sujeitos do processo, inclusive e primordialmente pelo juiz.

Na exposição de motivos do CPC de 1939, já existia uma preocupação embrionária com as condutas processuais desleais, tendo o Ministro da Justiça, Francisco Campos, na época, afirmado que “o processo decaíra da sua dignidade de meio revelador do direito e tornara-se uma arma do litigante, um meio de protelação das situações legítimas (...)”⁴.

Alfred Buzaid, em continuidade ao reforço da ética no processo, assevera, na exposição de motivos do CPC de 1973⁵ que “posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever de verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos”.

Em seguida, as reformas do diploma processual civil atual confirmaram a tendência de apreço pela ética no processo, coibindo recursos protelatórios e infundados, bem como permitindo a antecipação de tutela quando se constatar a ocorrência de abuso de direito ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, inciso II, do CPC)⁶.

Por fim, a Lei 10.358, de 27 de dezembro de 2001, alterou o art. 14 do Código de Processo Civil atual, principal artigo do sistema processual pátrio a respeito da boa-fé objetiva, com o nítido intuito de enaltecer a importância da ética no processo e, por conseguinte, a necessidade da observância da boa-fé por todos os participantes do processo.

Esse maior prestígio dado aos valores sociais, políticos e culturais no âmbito processual tem ocorrido ao passo que o processo deixou de ser visto meramente como instrumento técnico de aplicação das normas. O processo é visto hoje como meio público de realização da justiça, o que exige condutas

⁴ Exposição de Motivos do Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939.

⁵ Exposição de Motivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

⁶ CPC, art. 273: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.”.

leais, probas e retas de todos aqueles que, de forma direta ou indireta, participem da relação jurídica processual. Nesse contexto, representa a boa-fé objetiva o vetor axiológico dos comportamentos dos sujeitos processuais, uma vez que demanda um modelo objetivo de conduta social que venha imperar no seio processual.

Entretanto, ainda hoje o princípio da boa-fé objetiva encontra severos óbices para sua efetivação no sistema processual pátrio, especialmente por não estar delimitada claramente no CPC brasileiro, o que, todavia, não justifica a sua desobediência pelos sujeitos processuais, mormente por se tratar de um princípio de caráter constitucional a ser concretizado por uma cláusula geral.

Pretende-se, portanto, com este trabalho, evidenciar que o processo civil deve se pautar por valores éticos, destacando-se entre estes a boa-fé objetiva, que constitui uma norma ética de conduta, que deve ser observada por todos de forma objetiva.

A boa-fé objetiva encontra-se plasmada especialmente no art. 14 do CPC. Contudo, essa preocupação com a probidade processual na esfera processual civil não implicou um aprofundamento do estudo do tema da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro, nem foi suficiente para prevenir e coibir efetivamente condutas desleais e indevidas das partes dentro do processo.

Um dos motivos da não aplicação ou da aplicação deficiente da boa-fé objetiva no Brasil consiste na ausência de delineamento claro entre ato abusivo, litigância de má-fé, ilícitos processuais e atos atentatórios à dignidade da justiça, ficando os operadores de direito perdidos quanto à sanção aplicável no caso concreto, bem como em relação ao momento dessa aplicação.

Diante dessa dificuldade na concretização da boa-fé objetiva no processo civil pátrio e da ausência de autores tratando do tema, nasceu a ideia desse estudo, a fim de desvendar os obstáculos para a efetivação do princípio da boa-fé no âmbito processual e propor soluções para a sua efetivação.

Por fim, partindo do pressuposto que nos encontramos inseridos em um Estado Democrático de Direito, evidenciou-se a importância do papel do juiz na condução do processo, conduzindo-o como instrumento de acesso efetivo e célere à justiça, orientado sempre pela boa-fé objetiva, o que deve ser

corroborado por todas as demais partes do processo, pois, consoante já advertia Platão: “não pode haver justiça sem homens justos”.

Ao longo do trabalho, conceituou-se a boa-fé, distinguindo-se a boa-fé objetiva da boa-fé subjetiva; em seguida, foi feita uma análise histórica sobre a origem do instituto da boa-fé objetiva; perquiriu-se, ainda, a natureza jurídica da boa-fé objetiva; foram evidenciados também os modos de manifestação da boa-fé objetiva; a correlação da boa-fé objetiva com o princípio da cooperação e, por derradeiro, analisou-se a aplicabilidade da boa-fé objetiva no processo civil pátrio.

Desse modo, o estudo aqui proposto procura demonstrar que o processo se apresenta, atualmente, como um instrumento ético, norteador pela boa-fé objetiva e pelos demais valores contidos na CF, que visa, sobretudo, à pacificação social com justiça.

1. NOÇÕES PRELIMINARES

1.1. Releitura dos princípios constitucionais no contexto do Neoprocessualismo

Nos séculos XVIII e XIX, época do Estado Liberal, a jurisdição era vista como substitutiva da vontade da lei, cabendo ao juiz atuar a vontade concreta da lei.

Chiovenda⁷, o maior defensor dessa teoria, partia da premissa de que o ordenamento jurídico era completo e coerente, sendo tarefa do magistrado a mera aplicação da norma geral ao caso concreto.

Nessa época, também se desenvolveu a teoria de que a função do juiz é a justa composição da lide, na medida em que criava a norma individual para regular o caso concreto. Tal pensamento teve como principal defensor Francesco Carnelutti⁸.

Nos modelos de jurisdição defendidos por Chiovenda e Carnelutti, o princípio da separação dos poderes era essencial para combater o arbítrio judicial e garantir a liberdade dos indivíduos, pois seriam todos livres e iguais perante a lei (igualdade formal) para desempenhar seus direitos subjetivos, direitos que ocupavam papel central na compreensão liberal de direito.

Nesse modelo liberal, os direitos fundamentais se restringiam aos direitos de abstenção ou negativos, reduzindo o direito à lei, e a atividade dos juízes à mera busca da vontade do legislador, tudo conforme o que defende o positivismo jurídico. Tratava-se da chamada neutralização política do Judiciário, uma vez que a função do juiz era apenas aplicar a lei, fazendo a subsunção do fato à norma.

Não obstante ser inegável que a Constituição brasileira recebeu influência direta desse modelo liberal, tendo em vista que prevê amplamente os

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969, v.2.

⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958.

direitos fundamentais de abstenção em seu texto⁹, os valores do Estado constitucional não são atendidos por nenhuma dessas teorias, pois ambas privilegiam o princípio da supremacia da lei e não levam em conta as peculiaridades do caso concreto.

Hodiernamente, a jurisdição constitucional visa dar tutela às necessidades do direito material, compreendidas à luz das normas constitucionais e dos direitos fundamentais, possuindo, portanto, natureza instrumental em relação ao direito material¹⁰.

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo, que se desenvolveu na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988, trouxe como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.

Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito acarretou a irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, dentre os quais se destaca aqui o princípio da boa-fé.

Nesse contexto, o órgão judicial tem o dever de proteger todo direito fundamental, ainda que não positivado, possuindo os princípios constitucionais e os direitos fundamentais papel central no Estado constitucional.

Além de orientarem o modo de ser do ordenamento jurídico, os princípios constitucionais possibilitam que, diante de um caso concreto: o juiz realize a interpretação da lei de acordo com a Constituição; não se aplique uma lei inconstitucional (declaração da inconstitucionalidade da lei); o magistrado faça a interpretação conforme a Constituição, agregando conteúdo à lei

⁹ Direitos de abstenção ou negativos são aqueles direitos e garantias fundamentais que tem como objetivo a abstenção do Estado ou de terceiros de violá-las, como, por exemplo, o direito à liberdade religiosa (art. 5.º, VI, CF); o direito à liberdade de pensamento (art. 5.º, X, CF); o direito à inviolabilidade da vida privada, do domicílio e da correspondência (art. 5.º, X, XI e XII, da CF, respectivamente).

¹⁰ Saliente-se aqui que dar tutela aos direitos não significa apenas dizer o direito (“*iuris dictio*”), mas dar efetivamente proteção a eles, seja na sentença ou na execução.

conforme os preceitos constitucionais; seja declarada parcialmente a nulidade da norma sem redução de texto, afastando-se as interpretações inconstitucionais para a norma; controle-se a inconstitucionalidade por omissão, gerando regra necessária para que o direito fundamental seja concretizado; e proteja-se um direito fundamental diante de outro (aplicação da regra de balanceamento entre os direitos fundamentais).

Nesse diapasão, Luiz Guilherme Marinoni assevera que:

Se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele constrói a norma jurídica a partir da interpretação da Constituição, do controle de constitucionalidade e da adoção da regra de balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto¹¹.

Na concepção atual, portanto, as tutelas dos direitos derivam das posições jurídicas, e não do processo, como entendia Chiovenda, que supervalorizava a técnica processual em detrimento do direito material.

Esse novo quadro em que se encontra o direito processual civil é chamado de Neoprocessualismo, consequência direta dos ideais do Neoconstitucionalismo no processo.

O processo se apresenta, hodiernamente, como meio de viabilizar a tutela prometida pelo direito material e pela Constituição e, na ausência de técnica processual, o juiz deve suprir a omissão do legislador, com supedâneo no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Acrescente-se que, no modelo atual de jurisdição, há necessidade de fundamentação da norma criada pelo juiz diante das peculiaridades do caso concreto, com o fito de possibilitar o controle de sua atividade pelas partes,

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011. v. 1, p. 104.

bem como por qualquer cidadão. A fundamentação das decisões judiciais é, portanto, um importante limite da função criativa dos juízes.

Note-se, ainda, que, diante da renovação quase diária das necessidades de direito material, a lei processual não pode antever todas as hipóteses para a aplicação da norma, necessitando da atividade jurisdicional para a construção da norma jurídica do caso concreto. Todavia, essa atuação do Judiciário não pode ocorrer de forma desmedida e arbitrária, pois deve observar balizas, com a observância dos direitos fundamentais e princípios constitucionais de justiça, e com fundamento em uma argumentação racional.

Na jurisdição constitucional, há hipóteses em que a margem de discricionariedade¹² do juiz é ainda mais evidente: quando se está diante da concretização das normas processuais abertas¹³ e da supressão da omissão legal inviabilizadora da realização de um direito fundamental.

As normas processuais abertas, como é o caso da cláusula geral da boa-fé presente no diploma processual civil pátrio (CPC, art. 14, II), objeto deste estudo, conferem ao juiz poder para a utilização dos instrumentos processuais, conforme as necessidades de direito material particularizadas no caso concreto, devendo, contudo, a providência jurisdicional ser idônea à tutela do direito e acarretar a menor restrição possível à esfera jurídica do demandado.

Aqui a discricionariedade atua como medida de otimização de resultados, devendo a ponderação judicial ser proporcional em sentido estrito, a fim de não se recair em decisões arbitrárias.

¹² Nesse estudo, admite-se a discricionariedade judicial quando há mais de uma solução para determinado caso. Melhor explicando: não se vincula a discricionariedade judicial à discricionariedade administrativa, uma vez que esta se atrela a juízos de conveniência e oportunidade do administrador, enquanto que a judicial tenta afastar-se, ao máximo, dos valores e convicções pessoais do julgador, haja vista os princípios constitucionais da imparcialidade do juiz, do juiz natural e da inafastabilidade da jurisdição.

¹³ No ordenamento jurídico brasileiro, temos, como exemplo de norma processual aberta, o art. 461 do Código de Processo Civil (CPC): “Art. 461, CPC: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”. Mais detalhes sobre as normas processuais abertas no item “2.2.” do capítulo 2.

No caso de omissão de regra processual ou de inexistência da técnica processual adequada à proteção do direito material, o juiz deverá demonstrar a necessidade da utilização de determinada técnica processual não prevista em lei para a efetivação do direito tutelado e que isso acarretará a menor restrição possível ao réu.

Ou seja, em ambos os casos anteriormente expostos, o juiz tem que limitar a discricionariedade na fundamentação de suas decisões, por meio de uma argumentação precisa e justificada nos direitos fundamentais e princípios constitucionais, sempre levando em conta as circunstâncias do caso concreto.

Na verdade, não apenas nas hipóteses das normas processuais abertas e da omissão da regra processual, mas em qualquer situação, a jurisdição do Estado contemporâneo deve considerar a constante transformação dos fatos sociais e o pluralismo da sociedade moderna, legitimando o juiz a dar sentido aos casos concretos e conformar a lei, por meio de uma argumentação jurídica racional, a fim de fazer valer os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais.

Diante desse quadro, percebe-se que a atuação jurisdicional passa a ter papel fundamental na concretização dos direitos fundamentais, exigindo, para tanto, certa liberdade para uma atuação criativa de forma a possibilitar a conformação da lei ao caso concreto.

A função criativa da jurisdição possui como um de seus alicerces o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5.º, inciso XXXV, da CF/88), que proíbe a recusa da prestação jurisdicional diante de um caso concreto. Desse modo, todo conflito submetido ao tribunal deve ser necessariamente solucionado, mesmo que a situação concreta não esteja prevista expressamente na legislação.

Assim, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva serve como orientador não somente da atuação do legislador, mas também do juiz, haja vista que a lei processual deve ser pensada consoante as necessidades de direito material visualizadas no caso discutido, tendo, pois, o juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea e necessária para proteger o direito

material, de modo a dar tutela efetiva ao direito e causar menor restrição à esfera jurídica do demandado.

Desse modo, o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva não tem teor apenas técnico-processual, assumindo também aspectos extrajudiciais e substanciais. Ademais, em decorrência da exegese do art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, vigora o postulado da “atipicidade da tutela”, pelo qual são admissíveis todos os meios e instrumentos processuais capazes de propiciar a adequada e efetiva proteção de qualquer direito ou interesse¹⁴.

Além disso, o princípio da segurança jurídica, um dos principais argumentos dos positivistas contra a função criativa dos juízes, não pode representar um óbice intransponível à concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos pela jurisdição, pois deve ser analisado caso a caso para saber qual princípio deve prevalecer em determinada situação.

Desse modo, pode-se dizer, utilizando-se das palavras de Marinoni¹⁵, que hoje “a jurisdição faz a integração entre as esferas material e processual”, na medida em que a estrutura técnica do processo e a função jurisdicional viabilizam as tutelas prometidas pelo direito material, segundo as linhas diretivas da Constituição e dos direitos fundamentais.

Considerando a necessidade premente de realização dos direitos fundamentais e princípios constitucionais por meio da jurisdição, a lei processual surge como o instrumento para se atingir esse fim, dentro de um processo civil de interesse público, fortalecedor da redemocratização do Brasil.

¹⁴ Saliente-se que o direito fundamental à tutela efetiva não significa apenas direito à resolução do conflito, mas também direito à tutela jurisdicional que ponha término à contenda de forma definitiva, produzindo a chamada coisa julgada material, que é, por sua vez, além de corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, pilar do Estado Democrático de Direito. Esclareça-se, nesse diapasão, que a coisa julgada é situação posterior à decisão, não consistindo, portanto, característica ou elemento de existência da decisão. Ou seja, a jurisdição existe independentemente da coisa julgada material; o que de fato é característica da jurisdição é a sua aptidão à definitividade, que é chamada de coisa julgada.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011. v. 1, p. 145.

Nesse sentido, opina Fredie Didier Júnior:

Em virtude do pós-positivismo que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais¹⁶.

Teresa Arruda Alvim Wambier também defende uma atuação criativa do Judiciário, sem, contudo, deixar de lhe impor certos limites, vejamos:

[...] exercendo o juiz a sua criatividade, há de fazê-lo de modo neutro, ou seja, valendo-se dos valores encampados pelo direito vigente, sob a forma de princípios fundamentais, em sua grande maioria constantes do texto constitucional, e não de acordo com as suas concepções pessoais a respeito do que deva ser a decisão acertada para o caso¹⁷.

Em suma, na jurisdição constitucional, os direitos fundamentais servem como critério último da validade da ordem jurídica.

Para Norberto Bobbio¹⁸, o ordenamento jurídico é completo e coerente, na medida em que o juiz sempre julgará a controvérsia por meio de uma norma pertencente ao sistema, uma vez que o ordenamento jurídico possui limites, mas não lacunas, sendo, portanto, completo ou completável.

Entendendo também que não há lacunas no Direito, cabendo aos tribunais interpretar, construir e, ainda, distinguir os fatos diante das

¹⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. Salvador: JusPODIUM, 2007, v.1, p. 65.

¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?** São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002, p. 106.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

peculiaridades do caso concreto, para que possam formular suas decisões, Niklas Luhmann arremata:

Por essa razão, podemos compreender essa norma fundamental da atividade dos Tribunais (Gerichtsbarkeit) como o paradoxo da transformação da coerção em liberdade. Quem se vê coagido à decisão e, adicionalmente, à fundamentação de decisões, deve reivindicar para tal fim uma liberdade imprescindível de construção do Direito. Somente por isso não existem 'lacunas no Direito'. Somente por isso a função interpretativa não pode ser separada da função judicativa. E somente por isso o sistema jurídico pode reivindicar a competência universal para todos os problemas formulados no esquema 'Direito ou não-direito'¹⁹.

Karl Engisch²⁰, ao contrário, reconhece a existência de lacunas no sistema jurídico, entendidas como faltas ou falhas de conteúdo da regulamentação jurídica para determinadas situações de fato, admitindo sua remoção por uma decisão jurídica-integradora. Ademais, as lacunas, a seu ver, devem ser preenchidas pela valoração objetiva realizada pelo julgador, assentado em conceitos jurídicos indeterminados, normativos, discricionários ou nas cláusulas gerais, com vistas à obtenção de uma decisão justa, de acordo com o caso concreto.

Assim, a discricionariedade judicial, para Engisch, é vinculada, no sentido de que tem como escopo o alcance de um fim justo por um meio justo e deve observar o princípio da ponderação. Ou seja, para este jurista, o juiz possui um espaço de livre apreciação, sendo a valoração do juiz autorizada pelo próprio ordenamento jurídico, mas suas decisões devem ser devidamente motivadas, sob pena de incorrerem em decisões arbitrárias²¹.

¹⁹ LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. Porto Alegre: AJURIS, 1990, p. 163.

²⁰ ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: F. Calouste Gulbekian, 1996.

²¹ Engisch admite, inclusive, que o julgador possa julgar *contra legem* em casos especiais: "Entre a indagação de um sentido fiel à lei (interpretação, analogia e preenchimento das lacunas de acordo com o espírito da ordem jurídica), por um lado e o manejo, em desobediência à lei, da ideia do Direito, pelo outro, inserem-se várias fases [...]. Discute-se se a sua retificação pode ainda ser considerada como uma determinação do sentido conforme à lei. Em todo o caso, ela aproxima-se muito dessa determinação do sentido conforme da lei e, por isso, é em certa medida improblemática." (Idem. Ibidem, p. 335).

Ronald Dworkin²², por sua vez, defende a existência de uma resposta correta para cada caso concreto, o que não isenta o juiz do dever de demonstrar que a sua decisão é racionalmente aceitável.

Sem adentrar na discussão acerca da teoria da resposta correta dworkiana, pode-se afirmar, sem titubeio, que não é possível encontrar uma teoria capaz de sustentar a existência de uma decisão correta para cada caso concreto, pois o Direito é um fenômeno social e, por conseguinte, pode se apresentar lacunoso, o que lhe exige uma contínua adaptação às exigências sociais e demanda do magistrado uma atuação criativa para a solução da lide, desde que essa decisão seja fundamentada em critérios racionais.

Vale ainda acrescentar, neste ponto, as considerações de Robert Alexy acerca da concretização dos direitos fundamentais pela jurisdição²³.

Para Alexy, princípios, categoria em que se incluem os direitos fundamentais, são mandamentos de otimização, ou seja, são normas que ordenam a realização de algo na maior medida do possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, a fim de se definir qual deles têm maior peso no caso concreto²⁴.

Desse modo, os direitos fundamentais podem ser satisfeitos em diversos graus e, caso haja colisão entre princípios, um deve ceder em relação ao outro ao se verificar que um dos princípios tem precedência (peso maior) em face do outro sob determinadas condições; logo, os princípios não são absolutos, apenas possuem precedência em relação a outros em determinada circunstância factual e jurídica.

Em outras palavras, a solução para a colisão de princípios consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada (ou relativa) entre os princípios, para saber qual deles deve prevalecer, com base nas

²² DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

²³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁴ Segundo Alexy, os direitos fundamentais da liberdade e da igualdade possuem, abstratamente, uma precedência *prima facie*.

circunstâncias do caso concreto, ou seja, a precedência de um princípio sobre outro pode mudar de acordo com as condições do caso concreto²⁵.

Vê-se, portanto, que o estudo dos princípios é de fundamental importância para a análise de sua aplicação nos casos concretos, o que, contudo, é uma tarefa árdua e infundável, pois não há um modelo rígido e fechado de aplicação dos valores ou princípios constitucionais, cabendo ao Judiciário esse papel.

Diante disso, é de grande importância a argumentação jurídica contida na fundamentação das decisões judiciais, pois ela que viabilizará o controle racional do sopesamento realizado pelo Poder Judiciário em determinado caso.

Pode-se afirmar, assim, que hoje é a jurisdição constitucional que possibilita a efetivação dos princípios do Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Lênio Streck:

A compreensão acerca do significado do constitucionalismo contemporâneo, entendido como o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, a toda evidência implica a necessária compreensão da relação existente entre Constituição e jurisdição constitucional. [...] Isto significa afirmar que, enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e substanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito²⁶.

Conclui-se, desse modo, que a legitimação da jurisdição advém essencialmente da atividade argumentativa de suas decisões, uma vez que decisões judiciais racionalmente fundamentadas e que levem em conta tanto

²⁵ Para solucionar uma colisão entre princípios, Alexy defende o uso da técnica de sopesamento entre estes, não admitindo, pois, a utilização de juízo de valoração métrico no direito constitucional. Esse sopesamento, por sua vez, tem por base a máxima da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito, adequação e necessidade), a fim de verificar qual princípio ou direito fundamental deve prevalecer em determinado caso concreto.

²⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica ao Direito**. 2 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 13.

os direitos fundamentais como as peculiaridades do caso concreto permitem que suas determinações sejam aceitas, bem como controladas pela sociedade, e, principalmente, tornam possível a efetivação dos direitos no caso concreto.

A Constituição de um Estado, para que obtenha êxito, necessariamente há de estar conectada à realidade na qual foi proposta. Isso de maneira alguma quer dizer que a Constituição deva reduzir-se a uma mera comentadora da realidade. Pelo contrário, a Constituição é elemento de coercibilidade para a efetivação das pretensões da sociedade, estabelecidas em um determinado contexto, que não podem ser abandonadas “ao sabor do vento”.

Outrossim, o poder último do governo constitucional é detido simultaneamente pelos três poderes do governo, e não de forma isolada a determinado poder. Dessa forma, o Poder Judiciário está constitucionalmente vinculado à efetivação dos direitos fundamentais e, por isso, à política estatal, assumindo, ao lado do Poder Executivo e do Legislativo, a corresponsabilidade pelo sucesso político das exigências do Estado Social²⁷.

Assim, não obstante, em regra, a jurisdição ser insuscetível de controle externo, podendo ser controlada apenas pela própria jurisdição, o juiz, nos dias de hoje, não pode exercer a jurisdição a seu bel-prazer; ele deve demonstrar que a sua decisão é racionalmente aceitável, sendo a melhor possível diante da lei, da Constituição e do caso concreto, mediante uma argumentação fundada em critérios racionais, para ser aceita. Em outras palavras, no Estado Constitucional, é a precisa justificação da prestação jurisdicional que a legitima.

Em suma, os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política.

Corroborando com esse pensamento, Norberto Bobbio assevera que:

²⁷ O exercício da jurisdição contemporânea depende, assim, da pré-compreensão social das questões, envolvendo a efetivação dos direitos fundamentais. Saliente-se, porém, que essa “desneutralização” política do Judiciário não significa o indesejável ‘governo de juizes’, pois os magistrados devem justificar suas decisões em uma argumentação racional e demonstrar que estas têm respaldo na vontade popular.

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. [...] Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados²⁸.

Não obstante não advir da eleição direta dos cidadãos, o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo, uma vez que é exercido em nome do povo e é passível de controle pela sociedade. Para tanto, como explicitado acima, é de vital importância que as decisões judiciais sejam fundamentadas em critérios racionais e que o juiz decida com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis.

Assim, hoje, no direito brasileiro, o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, identifica a lei aplicável e a conforma à Constituição utilizando técnicas de “interpretação conforme”, de controle de constitucionalidade e de balanceamento dos direitos fundamentais, criando a norma jurídica que vai fundamentar juridicamente a decisão do caso concreto (norma jurídica individualizada ou norma individual), ao contrário do que ocorria nas teorias positivistas de outrora, em que o juiz apenas atuava a vontade concreta da lei, declarando-a, ou criava a norma individual a partir de uma norma geral.

Ressalte-se, ainda, que, mesmo sem alteração do texto normativo, o intérprete, diante de um caso concreto, deve refletir se o sentido tradicionalmente atribuído à lei está de acordo com as circunstâncias do caso,

28 BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24-25.

podendo alterá-lo, de modo a aplicar de forma correta os princípios constitucionais²⁹.

Dessarte, o cumprimento de uma Constituição democrática, como é a brasileira, demanda do aplicador do direito o desenvolvimento de argumentos compatíveis com seus princípios, uma vez que os direitos fundamentais (princípios constitucionais) possuem aplicabilidade imediata e servem como justificação última das decisões judiciais.

A necessidade de fundamentação das decisões judiciais, prevista constitucionalmente (art. 93, IX, da CF/88), implica que as razões que levaram o juiz a determinado julgamento devem ser explicitadas na motivação da sentença, na qual o juiz deve apresentar como *ratio decidendi*³⁰ o juízo de valor que conduziu sua decisão no caso, permitindo, assim, o controle da correção de sua sentença.

Isso visa a evitar equívocos ocasionados pelo conhecimento apenas da parte dispositiva das decisões, uma vez que, desse modo, não é possível identificar as verdadeiras razões que embasaram a construção da norma pelo magistrado ou tribunal. Não basta, portanto, apenas saber o resultado da interpretação constitucional, sendo necessário o conhecimento da *ratio decidendi*, ou seja, o que importa é como o juiz vai construir o direito do caso concreto.

Por fim, pode-se dizer que a atividade judicial implica “criação de direito” pelo magistrado, uma vez que o juiz constroi a norma jurídica mediante uma interpretação da lei na medida das normas constitucionais, seja por meio das técnicas de controle de constitucionalidade, do uso das cláusulas gerais ou dos conceitos jurídicos indeterminados, materializando as normas jurídicas no

²⁹ Nesse sentido, preceitua Luis Roberto Barroso que, no sistema brasileiro, “a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considere inconstitucional”. (BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 9, março/abril/maio, 2007, p. 34).

³⁰ Denomina-se *ratio decidendi* as razões de decidir ou os fundamentos da decisão, distinguindo-se da parte dispositiva e do relatório da decisão (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2 ed ver e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 221).

caso concreto.

O resultado dessa constitucionalização, do aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e da ascensão institucional do Poder Judiciário no Brasil foi uma intensa judicialização das relações políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais, notadamente no STF, a sua instância decisória final³¹.

Outrossim, no afã de se alcançar decisões legítimas e fundamentadas em critérios racionais, o STF, muitas vezes, tem julgado processos de grande repercussão nacional com o apoio em informações obtidas a partir de audiências públicas, em que são ouvidos especialistas de diversas áreas pertinentes à lide³².

Essa participação da sociedade na gestão pública proporcionada por essas audiências é muito importante, tendo em vista que contribui para o alcance de decisões aceitáveis perante a sociedade, para a concretização dos direitos fundamentais e para a fortificação da democracia participativa (e não da meramente representativa), que é o tipo de democracia albergada pela CF brasileira.

Dessa forma, as audiências públicas com participação da sociedade civil em questões importantes, bem como o instituto dos *amicus curiae* e mesmo o televisionamento das sessões de julgamento do STF³³ têm

³¹ A fim de ilustrar tal fenômeno jurídico e social, podem ser apontados alguns temas julgados pelo Supremo Tribunal Federal, em período recente, no afã de concretizar os direitos fundamentais, a despeito da ausência de lei disposta a respeito dos direitos questionados nas lides, quais sejam: a delimitação da atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebra de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; a legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal; e, mais recentemente, o reconhecimento da união homoafetiva como unidade familiar pelo STF (ADI 4277 e ADPF 132).

³² Podemos citar como exemplos de julgamentos que se utilizaram das conclusões obtidas em audiências públicas: o julgamento acerca da constitucionalidade da Lei de Biossegurança (Lei 1.105/05), que permitiu a pesquisa com células-tronco embrionárias; o julgamento que proibiu a importação de pneus usados para revenda no Brasil; o julgamento dos processos relacionados com a audiência pública sobre Saúde realizada em maio de 2009 (agravos regimentais nas STA (Suspensões de Tutela Antecipada) 175, 211 e 278 e nas SS (Suspensões de Segurança) 3724, 2944, 2361, 3345, 3355 e na Suspensão de Liminar 47); e o julgamento acerca da política de cotas raciais nas universidades (ADPF 186 e ADI 3330).

³³ Como ocorreu com o julgamento do processo do “mensalão” (Ação Penal (AP) n.º 470) pelo STF, no período de agosto a dezembro de 2012.

acarretado uma aproximação dos cidadãos aos poderes da República, em especial ao Poder Judiciário, conferindo-lhe maior legitimidade.

É incontestado, portanto, que, no Estado constitucional contemporâneo, as normas constitucionais norteiam a aplicação da legislação pelo magistrado, que possui uma maior subjetividade para a tutela dos direitos, porém isso não significa arbitrariedade, pois a decisão judicial deve se fundamentar em uma argumentação racional e se pautar pelos princípios constitucionais.

Além disso, frise-se, mais uma vez, que a lei atualmente tem a sua substância condicionada aos direitos fundamentais. Ou seja: tutelar direitos, no Estado contemporâneo, é aplicar a lei, de forma fundamentada, diante das situações concretas, a partir dos princípios constitucionais, destacando-se, entre estes, os princípios éticos, como o é o objeto de estudo desse trabalho, qual seja: a boa-fé objetiva.

1.2. Conceito de boa-fé

A boa-fé é um instituto plurívoco, não havendo um consenso em sua conceituação, podendo ser analisada sob os prismas subjetivo ou objetivo, e como princípio ou como cláusula geral³⁴.

Não obstante tais considerações, a boa-fé deriva da expressão latina “fides”, que significa honestidade, confiança, lealdade, probidade e moralidade.

Assim, em termos gerais, pode-se afirmar que a boa-fé é um conceito moral que determina que as condutas sejam pautadas pela moralidade, honestidade, confiança e probidade, representando o reflexo da ética no fenômeno jurídico.

³⁴ Na verdade, no Código Civil brasileiro, a boa-fé aparece tanto sob a acepção de princípio hermenêutico, como de conceito jurídico indeterminado e de cláusula geral. Defende-se, contudo, neste trabalho, que a boa-fé é um princípio constitucional, efetivado pela cláusula geral da boa-fé, insculpida no art. 14, II, do CPC, conforme será detalhado no item “2” deste capítulo.

A boa-fé possui duas acepções distintas: a subjetiva e a objetiva. A boa-fé subjetiva se refere a um estado, a elementos internos, que conduzem o sujeito a uma ignorância do caráter ilícito de sua conduta; a boa-fé objetiva se relaciona a elementos externos e impõe normas de conduta conforme a moral social.

Destaque-se que a boa-fé objetiva vem assumindo cada vez mais importância no ordenamento jurídico pátrio, por ser de fácil averiguação e impor verdadeiras regras de conduta, que devem ser respeitadas por todos os sujeitos processuais.

Por isso, a boa-fé objetiva passou a ser bastante valorizada dentro da processualística civil e, para a sua compreensão, faz-se mister, primeiro, estabelecer a distinção entre as duas feições da boa-fé, o que será feito em seguida, antes de aprofundar o estudo da boa-fé objetiva no âmbito do direito processual civil, objeto principal deste trabalho.

1. 2.1. Feição subjetiva

A boa-fé subjetiva, também chamada de “boa-fé crença”³⁵, diz respeito ao foro íntimo do agente, correspondendo à intenção deste de não prejudicar outrem; possui, portanto, cunho psicológico e é chamada de subjetiva por ser “uma qualidade reportada ao sujeito”, conforme ensina Menezes Cordeiro³⁶.

Há, desse modo, a valoração da conduta do sujeito que ignora o caráter ilícito do seu ato. Em outras palavras, trata-se de uma boa-fé puramente fática.

Neste sentido, Judith Martins Costa:

³⁵ Boa-fé crença no sentido de se vincular à confiança de uma situação regular.

³⁶ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina. 2001, p. 408.

A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância [...], seja numa errônea aparência de certo ato. [...] Diz-se 'subjetiva' justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito na relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção³⁷.

Outrossim, registre-se aqui que a má-fé é o oposto da boa-fé subjetiva³⁸, pois consiste na vontade do agente de praticar um ato contra o direito, a fim de lesar alguém, exigindo, para a sua comprovação, o dolo daquele que agiu de má-fé.

A respeito da antítese entre a boa-fé subjetiva e a má-fé, assevera Rui Stoco que “a boa-fé constitui atributo natural do ser humano, sendo a má-fé o resultado de um desvio de personalidade”³⁹.

Na análise da boa-fé subjetiva, o juiz deve perquirir a intenção do agente quando da prática da conduta, isto é, deve se pronunciar sobre o estado de ciência ou de ignorância do sujeito.

Nas palavras de Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro:

Na boa-fé psicológica, não há que se ajuizar da conduta: trata-se apenas de decidir do conhecimento do sujeito. [...] O juiz só pode promanar, como qualquer pessoa, juízos em termos de normalidade. Fora a hipótese de haver um conhecimento directo da má-fé do sujeito – máxime por confissão – os indícios existentes apenas permitem constatar que, nas condições por ele representadas, uma pessoa, com o perfil do agente, se encontra, numa óptica de generalidade, em situação de ciência ou ignorância⁴⁰.

Esta modalidade de boa-fé remonta às expressões latinas “bona fides” da “usacapio” do direito romano⁴¹ e já se encontrava presente no Código

³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo, RT, 2000, p. 411.

³⁸ O contraponto da boa-fé subjetiva é a má-fé; o agir humano despido de lealdade e correção é aquele carecedor da boa-fé objetiva (ROSENVALD, 2005, p. 80-81).

³⁹ STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual: Aspectos doutrinários**. São Paulo: RT, 2002, p. 37.

⁴⁰ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina. 2001, p. 515-516.

⁴¹ Menezes Cordeiro assevera que, não obstante a “fides bona” ter originado várias figuras no Direito Romano clássico, bem como constituir o cerne do Direito das Obrigações até hoje, ela transmite uma vaga ideia apreciativa, corroborando para a perda do um significado técnico

Civil pátrio de 1916, mormente nos dispositivos atinentes ao direito possessório.

No Código Civil de 2002, também há previsão da feição subjetiva da boa-fé ao tratar do casamento putativo, usucapião, herdeiro aparente, etc.

Contudo, a ideia da boa-fé subjetiva vem cedendo lugar à boa-fé objetiva, porque aquela é difícil de ser constatada, por se relacionar com os dados psicológicos do agente, enquanto esta possui parâmetros objetivos que facilitam sua visualização pelo magistrado e pelos demais sujeitos do processo.

Logo, o ordenamento não pode ficar adstrito a esta visão subjetivista e, portanto, de difícil averiguação, sob pena de restar prejudicada a aplicação de sanções aos sujeitos pelo descumprimento de seus deveres processuais.

1.2.2. Feição objetiva

A boa-fé objetiva não perquire a vontade do agente, pois é examinada externamente e delimitada por critérios objetivos, como seu próprio nome indica, sendo relevante a correção e retidão da conduta do indivíduo, e não se o agente tinha consciência de que estava agindo de forma correta.

A boa-fé objetiva é facilmente percebida em todo o ordenamento jurídico, por ter alicerce constitucional⁴² e não necessitar da análise do espírito do agente, sancionando-lhe quando este sujeito inobservar o seu dever de honestidade, lealdade e cooperação dentro do processo.

Esta feição da boa-fé também é chamada de “boa-fé lealdade”, pois exige o dever de lealdade entre os envolvidos em uma relação jurídica, considerando a correção da conduta objetivamente considerada e levando em consideração o padrão de conduta comum, do homem médio.

Tal feição da boa-fé teve origem na “fides bona” do direito romano, que se refere ao elemento “confiança” das relações jurídicas. Portanto, a boa-fé objetiva se refere à concepção ética da boa-fé, na medida em que impõe aos

preciso (CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 34).

⁴² O fundamento constitucional da boa-fé objetiva será tratado com detalhes no item “2.2.” do segundo capítulo.

sujeitos de uma relação jurídica a prática de uma conduta proba e leal, baseada na confiança.

Nesse sentido, leciona Teresa Negreiros: “Com efeito, a boa-fé objetiva, como dever jurídico que é, obriga a uma certa conduta ao invés de outra, não se limitando a operar como uma justificativa para um determinado comportamento”⁴³.

No direito brasileiro, a boa-fé objetiva foi, primeiramente, aventada no CC de 1916, mesmo que de forma dispersa, como se observa de alguns artigos isolados deste diploma⁴⁴. Já, no CDC⁴⁵, houve previsão clara e expressa da boa-fé objetiva, o que, posteriormente, também ocorreu no NCC, que previu os deveres acessórios de conduta e a boa-fé como regra de interpretação dos contratos (CC/2002, arts. 113, 187 e 422)⁴⁶.

Acrescente-se, ainda, que o desenvolvimento da boa-fé objetiva não se restringe somente ao âmbito da Ética e da Moral, pois faz uma ponte entre a Moral e o Direito, o que lhe confere eficácia, na medida em que se refere a um critério ético de aplicabilidade no campo jurídico. Em outras palavras, em uma determinada relação jurídica, a boa-fé objetiva impõe aos sujeitos, independentemente do estado psicológico destes, um padrão de conduta ético, em relação aos interesses da contraparte.

Também neste sentido, Mariana Pretel e Pretel afirma que a boa-fé objetiva:

⁴³ NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 15.

⁴⁴ O art. 1.443 do CC/1916, por exemplo, exigia a observância da boa-fé das partes contratantes do seguro, *in verbis*: “O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.”

⁴⁵ O CDC positivou expressamente a boa-fé objetiva no capítulo da política nacional das relações de consumo (art. 4º, III) e na seção das cláusulas abusivas (art. 51, IV).

⁴⁶ CC/2002: art. 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”; art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”; e, art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

[...] apesar de se relacionar ao campo ético-social, a este não se restringe, inserindo-se no jurídico, devendo o juiz tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança existente entre as pessoas, sejam elas partes de um contrato, litigantes ou participantes de qualquer relação jurídica. [...] ⁴⁷.

Ademais, a boa-fé objetiva não possui um conteúdo prévio e rigidamente fixado, uma vez que não está limitada pela lei, o que confere um amplo poder ao juiz. Cabe, assim, ao intérprete analisar cada caso e dar-lhe os contornos de acordo com as circunstâncias fáticas concretas ⁴⁸.

Nas palavras de Clóvis Couto e Silva:

O princípio da boa-fé endereça-se sobretudo ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos novos fatos (...). O aspecto capital para a criação judicial é o fato de a boa-fé possuir um valor autônomo, não relacionado com a vontade. [...] ^{49, 50}.

O magistrado deve, portanto, estabelecer, de acordo com a análise do contexto, um padrão de conduta exigível do homem mediano, prescindindo da perquirição da intenção do sujeito ao agir. E, caso esta conduta não seja seguida no caso concreto, o agente deverá sofrer as sanções por não agir de boa-fé, mesmo que desprovido de má-fé ⁵¹.

Outrossim, a boa-fé objetiva permeia todo o ordenamento jurídico, pois possui alicerce na Constituição Federal, especialmente em virtude de um

⁴⁷ PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 22.

⁴⁸ Importante notar que a efetiva aplicação da boa-fé objetiva dependerá do tipo de sistema jurídico (aberto ou fechado) em que ela se encontra inserida. O sistema jurídico fechado é aquele que se funda na literalidade exaustiva das normas, inenfoque a alargamentos hermenêuticos, ao passo que os limites de um sistema normativo aberto podem ser expandidos, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, por força do grau de abstração e indeterminação de suas proposições normativas. Desse modo, a aplicação da boa-fé objetiva somente será percebida efetivamente nos sistemas jurídicos abertos, uma vez que seu conteúdo é moldado na regulação de casos concretos, não se restringindo unicamente à vontade do legislador, como ocorre no sistema fechado. Parafraseando Judith Martins-Costa, diferentemente do fechado, o sistema aberto possui uma espécie de “energia expansiva” capaz de exprimir ulteriores princípios e de preencher lacunas (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo, RT, 2000).

⁴⁹ SILVA, Clóvis do Couto e. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 42.

⁵⁰ Vale frisar que o princípio da boa-fé objetiva refere-se tão somente à boa-fé objetiva e que a má-fé é o oposto da boa-fé subjetiva.

⁵¹ Como já observado, a má-fé se contrapõe à boa-fé subjetiva, e não à boa-fé objetiva; a boa-fé objetiva se contrapõe à ausência de boa-fé (objetiva), que ocorre quando os sujeitos agem em desconformidade com seus deveres de conduta.

dos objetivos fundamentais da República consistir na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I, da CF/88).

Corroborando com este entendimento Brunela Vicenzi, tratando mais especificamente da boa-fé no seio processual, ao afirmar que:

[...] solidariedade, mais do que um ideal político, [...], é cooperação, lealdade e respeito - sem importar em desigualdades substanciais no procedimento. São, na verdade, normas de conduta social que não podem ser alijadas da relação jurídica processual⁵².

Outros autores, como Fredie Didier Júnior⁵³, afirmam que a boa-fé objetiva decorre do devido processo legal, ao limitar o direito de defesa com o objetivo de resguardar o direito à tutela efetiva. Já, para Teresa Negreiros⁵⁴, a boa-fé encontra seu alicerce constitucional na dignidade da pessoa humana. Menezes Cordeiro⁵⁵, por sua vez, assevera que a boa-fé decorre o direito fundamental à igualdade. Outros, como Antônio do Passo Cabral⁵⁶, apontam como espeque da boa-fé o princípio do contraditório.

Desse modo, percebe-se que a “boa-fé lealdade” indubitavelmente está alicerçada na Constituição, pois diversos dispositivos deste diploma constitucional se reportam a ela.

A boa-fé objetiva, portanto, constitui um princípio constitucional implícito⁵⁷ e se dirige para o alcance de objetivos políticos, sociais e jurídicos insculpidos na Magna Carta.

Percebe-se, ante o exposto, que, não obstante ter desenvolvimento profícuo no direito substancial, a boa-fé objetiva encontra-se em todo o ordenamento jurídico, especialmente por ter fundamento na Constituição.

⁵² VICENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 50.

⁵³ Fredie Didier Jr. entende que o devido processo legal enseja um processo de lealdade e orientado pela boa-fé objetiva, sendo assim o dever geral de boa-fé o conteúdo do devido processo legal, pois “o processo para ser devido (*giusto*, como dizem os italianos, equitativo, como dizem os portugueses) precisa ser ético e leal” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Multa Coercitiva, Boa-fé processual e Supressio: Aplicação do Duty to Mitigate the loss no Processo Civil**. Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil n° 32, set/out de 2009).

⁵⁴ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 117.

⁵⁵ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

⁵⁶ CABRAL, Antônio do Passo *apud* DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Execução**, v. 5. Salvador: Luspodium, 2009.

⁵⁷ Sobre a natureza jurídica de princípio da boa-fé objetiva, ver o item “2.2.” deste trabalho.

Nas palavras de Menezes Cordeiro: “[...] Sendo uma criação do Direito, a boa fé opera como um conceito comum. [...] A boa-fé traduz um estágio juscultural, manifesta uma Ciência do Direito e exprime um modo de decidir próprio a certa ordem sócio-jurídica”⁵⁸.

Em razão da onipresença da boa-fé objetiva em todos os campos da ciência jurídica, em virtude de seu fundamento constitucional, como acima explanado, defende-se, neste trabalho, a aplicação da boa-fé, instituto tipicamente do direito privado, ao direito público, notadamente ao direito processual civil, o que será pormenorizado posteriormente no terceiro capítulo deste trabalho.

1.3. Abuso de direito

O abuso de direito somente foi abordado expressamente pela legislação civil brasileira com o advento no novo Código Civil em 2002, notadamente no seu art. 187, que preceitua: “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”⁵⁹.

Percebe-se, desse modo, que o abuso de direito relaciona-se com a boa-fé objetiva, uma vez que comete abuso de direito aquele que age em desconformidade com o princípio da boa-fé. Ademais, a caracterização do abuso de direito independe do estado psicológico do agente, ou seja, sua verificação se dá de forma objetiva, o que se coaduna com as características da boa-fé objetiva.

⁵⁸ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina. 2001, p. 18.

⁵⁹ A legislação brasileira inspirou-se no art. 334 do Código Civil português, *in verbis*: “Art. 334. Abuso do direito. É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”.

A esse respeito, Mariana Pretel assevera: “A teoria objetiva do abuso de direito é relacionada à aplicação do princípio da boa-fé objetiva, através da cláusula geral da boa-fé”⁶⁰.

Tendo em vista que a aferição do abuso de direito prescinde da comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) do agente, diz-se que o legislador brasileiro optou pelo critério objetivista ou finalista.

Na expressão *abuso de direito*, o direito aqui vislumbrado é o direito subjetivo, que constitui o objeto do abuso de direito. Para fins deste estudo, pode-se dizer que o direito subjetivo equivale à faculdade ou ao poder conferidos ao indivíduo pela norma de direito positivo. Quando os limites deste direito são ultrapassados, ocorre o abuso.

Por isso, diz-se que o direito subjetivo é relativo, haja vista que ele tem que ser exercido dentro de certos limites, ou seja, de acordo com os fins previstos para ele no sistema.

Desse modo, conforme anota Helena Abdo⁶¹, o ato abusivo tem inicialmente *aparência de legalidade*, mas seu exercício revela-se *irregular* a partir do momento em que se observa o *desvio de finalidade* com que é movido o agente. Dessa afirmativa, extraem-se os elementos caracterizadores do abuso de direito: aparência de legalidade, titularidade de um direito subjetivo, que é, por sua natureza, relativo, e desvio de finalidade no exercício desse direito.

Acrescente-se também que, quando do abuso do exercício de direito, há o desrespeito aos valores da norma (boa-fé objetiva, ética, dignidade da pessoa humana, função social, dentre outros), e não ao objeto e ao conteúdo do direito.

A esse respeito, aclara Nelson Rosenvald:

No abuso de direito a leitura é diversa. Aqui, alguém aparentemente atua no exercício de um direito subjetivo. O agente não desrespeita a estrutura normativa, mas ofende a sua valoração. Conduz-se de forma contrária aos fundamentos materiais da norma, por negligenciar o elemento ético que preside a sua adequação ao ordenamento. Em outras palavras, *no abuso de direito não há desafio à legalidade estrita de uma regra, porém à sua própria legitimidade*,

⁶⁰ PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 90.

⁶¹ ABDO, Helena Najjar. **O Abuso do Processo**. São Paulo: RT, 2007, p. 36.

*posto vulnerado o princípio que fundamenta e lhe concede sustentação sistemática*⁶² (grifo da autora).

Com efeito, todo aquele que tem uma conduta em desconformidade com a boa-fé objetiva, comete abuso de direito, implicando, ainda, tal conduta a reparação dos danos morais e materiais causados à parte prejudicada, à semelhança do que ocorre quando da verificação de um ato ilícito⁶³.

Assim, há abuso de direito quando se viola a norma sob o seu aspecto axiológico, infringindo os valores da boa-fé, dos bons costumes, da função social e econômica dos direitos, nos termos do art. 187 do Código Civil.

Neste ponto, vale fazer breves considerações a respeito da “teoria do adimplemento substancial”⁶⁴, estabelecida por Lord Mansfield em 1779, no caso *Boone v. Eyre*, que decidiu que, em certos casos, se o contrato já foi adimplido substancialmente, não se permite a sua resolução, com a perda do que foi realizado pelo devedor, mas atribui-se um direito de indenização ao credor.

Assim, se o inadimplemento for mínimo e não atingir a substância da obrigação, o direito à resolução dá espaço a outro direito, como, por exemplo, o direito à reparação por perdas e danos.

No direito privado pátrio, admite-se a aplicação da teoria do adimplemento substancial, especialmente em virtude do art. 187 do Código Civil, que trata da cláusula geral do abuso de direito, e do art. 422 do mesmo diploma, que versa sobre a cláusula geral da boa-fé.

Com relação à aplicação dessa teoria no processo civil, defende-se aqui o seu emprego também nesse ramo do direito, tendo em vista que ela decorre diretamente do princípio da boa-fé e, como já mencionado, este princípio vige em todo o ordenamento jurídico, por ser um princípio constitucional. Além disso, por ter relação intrínseca com a boa-fé objetiva, a

⁶² ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 123.

⁶³ Ressalte-se que, apesar de o legislador pátrio ter qualificado o ato abusivo como ato ilícito, eles não se confundem, pois ato ilícito é aquele que transgride os limites inerentes à própria natureza do direito e o abuso de direito transgride os valores axiológicos da norma jurídica.

⁶⁴ A doutrina do adimplemento substancial surgiu na Inglaterra, no século XVIII, quando os tribunais ingleses, desejosos de fazer justiça entre as partes contratantes, relativizaram a exigência do exato e estrito cumprimento dos contratos, tendo como precedente histórico o julgamento do caso *Boone v. Eyre*.

vedação do abuso de direito também tem emprego nas relações processuais, denominando-se, neste caso, abuso do direito processual, sendo que as implicações da teoria do abuso do direito e da teoria do adimplemento substancial, no âmbito do direito processual civil, serão abordadas, com maior profundidade, na última seção deste trabalho.

2. A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

2.1. Breve notícia histórica

O conceito de boa-fé objetiva começou a ser delineado pela doutrina e jurisprudência pátrias, mormente após a promulgação da CF em 1988, ou seja, mesmo antes de sua previsão normativa no CDC, em 1990, e no Código Civil de 2002.

Todavia, a previsão da boa-fé remonta desde as Ordenações Filipinas de 1603 (Livro I, Título LXII) e o Código Comercial de 1850 (inciso I do art. 131), que a previu como fonte de direitos e obrigações.

Apesar desses antecedentes históricos remotos, o Código Civil de 1916 não previu em seu texto o instituto da boa-fé objetiva de forma clara e fundamentada, havendo apenas inserções do princípio da boa-fé de forma dispersa no diploma civil, o que mitigou o seu desenvolvimento e concretização no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesta época, pode-se dizer que o Código Beviláqua representava um sistema jurídico fechado e basicamente se referia apenas à boa-fé subjetiva.

Na lição de Nelson Rosenvald:

No que concerne à boa-fé, o Código Civil de 1916 não a regravou como cláusula geral, sendo tratada como princípio geral de direito (não positivado) e, em alguns casos, como conceito jurídico indeterminado (na posse e no casamento putativo). Alguns artigos isolados do Código Beviláqua refletiam a boa-fé objetiva, como o art. 1.443. Mas não havia uma base social, tampouco constitucional, para a sua efetivação como modelo obrigacional. O modelo fechado e dedutivo não era capacitado a alcançar os anseios éticos que propiciaram o desenvolvimento do modelo⁶⁵.

⁶⁵ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 84.

Desse modo, mesmo com a ausência de disposição legislativa densa a respeito da boa-fé objetiva, esta feição da boa-fé já norteava, de forma incipiente, as relações contratuais, como no caso do contrato de seguro (CC/1916, art. 1.143), no sentido de evitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos dos contratantes.

A positivação da boa-fé no diploma civilista somente ocorreu com o CC de 2002 (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que trouxe a previsão da boa-fé objetiva em seus arts. 113, 187 e 422, o que foi muito importante para a compreensão e efetivação da boa-fé objetiva no Brasil.

Ademais, com esta positivação do prisma objetivo da boa-fé foi claramente estabelecida a distinção entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva.

Acrescente-se que o atual Código Civil brasileiro apresenta-se como um sistema jurídico aberto⁶⁶, sendo repleto de cláusulas gerais, dentre as quais, destaca-se a cláusula geral da boa-fé - tema que será tratado no tópico seguinte deste capítulo, o que permite uma atuação judicial mais atenta à riqueza da realidade que o circunda e a adequação do direito às necessidades sociais.

Desse modo, privilegia-se, em última análise, a função social do direito material, e, por conseguinte, do processo, pois este é o instrumento para a concretização daquele.

Neste sentido, opina Mariana Pretel:

Muito embora esta modalidade de boa-fé já fosse deveras reconhecida e admitida pela nossa doutrina e jurisprudência, a sua positivação no estatuto civil representou a possibilidade de sua incidência em todas as relações jurídicas, inclusive na relação jurídica processual⁶⁷.

No entanto, como já dito, esta previsão expressa da boa-fé objetiva no Novo Código Civil (NCC) foi antecedida pela promulgação da CF em 1988,

⁶⁶ A respeito dos ordenamentos jurídicos abertos, pontua Teresa Negreiros: “Sustentar a abertura do sistema jurídico significa admitir mudanças que venham de fora para dentro, ou, em termos técnicos, que provenham de fontes não imediatamente legislativas; significa, por outras palavras, admitir que o Direito, como dado cultural, não se traduz num ‘sistema de auto-referência absoluta’”. (NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 162-163).

⁶⁷ PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 175.

que previu em seu bojo a boa-fé, e pelo CDC em 1990, que positivou a boa-fé como modelo de comportamento, especialmente, nos seus arts. 4º, inciso III⁶⁸, e 51, inciso IV⁶⁹,⁷⁰.

Ademais, não obstante o diploma material civil de 2002 ter uma inegável contribuição para a alteração dos valores ideológicos do ordenamento, a verdadeira pedra de toque para a alteração efetiva de paradigma no ordenamento jurídico pátrio, no sentido de privilegiar a solidariedade, os princípios éticos e a dignidade da pessoa humana em detrimento do individualismo e da autonomia da vontade, ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1988.

A Magna Carta trouxe a previsão da boa-fé em diversos de seus dispositivos (no preâmbulo, ao tratar do direito à igualdade; ao estabelecer a dignidade da pessoa humana e o valor social da livre iniciativa como fundamentos da República em seu art. 1.º; ao estatuir a solidariedade entre os objetivos fundamentais da República no inciso I do art. 3.º; ao tratar do devido processo legal no inciso LIV do art. 5.º, etc.) e irradiou seus efeitos por todo o sistema jurídico pátrio, atingindo o modo de agir de todos os sujeitos processuais, notadamente a conduta do magistrado na condução do processo.

Neste sentido, Mariana Pretel:

A boa-fé objetiva, por derradeiro, muito mais importante do que se encontrar positivada, caracteriza-se como princípio constitucional e como cláusula geral. Trata-se de um reconhecido valor, que modifica todo o cotidiano dos operadores do direito em geral⁷¹.

⁶⁸ CDC, art. 4º: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

⁶⁹ CDC, art. 51: São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

⁷⁰ Vale frisar que a positivação da boa-fé no diploma consumerista, apesar de inegável importância para a compreensão da boa-fé no ordenamento jurídico pátrio, restringiu-se ao seu caráter protetivo, não tendo tanta influência no processo civil, ao contrário do que aconteceu com o Código Civil de 2002.

⁷¹ PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 38.

Assim, não obstante o tratamento incipiente da boa-fé objetiva no Código Civil de 1916, o desenvolvimento da feição objetiva da boa-fé se concretizou com a sua expressa previsão na Constituição Federal de 1988, o que influenciou, por conseguinte, a sua inclusão no Código de Defesa do Consumidor em 1990 e no Novo Código Civil de 2002. Ou seja, a “constitucionalização” da boa-fé objetiva provocou a ressystematização do sistema jurídico brasileiro, pois, a partir de sua previsão na Carta Magna, ela passou a funcionar como vértice norteador de todo o ordenamento jurídico pátrio.

2.2. Natureza jurídica da boa-fé objetiva: princípio ou cláusula geral?

Princípio pode ser entendido como o mandamento nuclear de um sistema, a baliza normativa das demais normas, a partir do qual estas se guiam e ao qual se subordinam⁷².

Nesse sentido, pontua Norberto Bobbio que os princípios são considerados “diretrizes de caráter fundamental que podem ser deduzidos da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas que concorram para formar, em um dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico”⁷³.

Desta feita, os princípios jurídicos orientam a interpretação e a aplicação das normas, atuando como vetor para todo o sistema jurídico, harmonizando-o e dando-lhe unidade.

Conquanto os princípios aparentemente se limitem à moral, é indubitável que os altos preceitos morais que eles veiculam têm influência na vida mundana e no direito, influenciando as decisões políticas fundamentais e exigindo do juiz a sua efetivação.

⁷² Embora as regras e os princípios constituam espécies do gênero ‘norma’, os princípios distinguem-se das regras, principalmente por possuírem o caráter fundante que lhe é peculiar, sendo mais abstratos que as regras e carecendo, por isso, de concretização judicial.

⁷³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: ed. Universidade de Brasília, 1995, p. 168.

Nessa mesma linha de pensamento, Karl Larenz preceitua que “Os ‘princípios jurídicos’ não são senão pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à ideia do Direito, que, todavia, não chegaram a condensar-se em regras jurídicas imediatamente aplicáveis, mas que permitem apresentar ‘fundamentos justificativos’ delas.”⁷⁴.

E mais: os princípios, no Estado Constitucional contemporâneo, representam normas jurídicas dotadas de vinculatividade, possuindo eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos e privados, bem como sobre a interpretação e aplicação de outras normas.

Desse modo, os princípios não precisam necessariamente estar positivados, pois possuem força normativa mesmo quando implícitos⁷⁵, pois são os fundamentos de existência do ordenamento jurídico e os vetores axiológicos do sistema.

Nesse sentido, explana brilhantemente Judith Martins-Costa que os princípios, no ordenamento jurídico brasileiro, podem se encontrar expressos por dicção legislativa ou inexpressos (implícitos), sendo formulados por dicção judicial, no caso concreto⁷⁶.

Em outras palavras, os princípios são inerentes ao ordenamento jurídico, ou seja, não decorrem nem da lei, nem da jurisprudência, mas, antes de tudo, encontram-se subjacentes a ambos.

Outrossim, o estudo dos princípios relaciona-se intrinsecamente ao sistema jurídico aberto, pois somente este sujeita-se a uma interpretação evolutiva das normas⁷⁷, com supedâneo nos princípios, de forma a adaptar os

⁷⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 192-193.

⁷⁵ Os princípios constituem fontes do Direito, conforme inteligência do artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, sendo desnecessária, portanto, sua previsão em textos legais de qualquer natureza.

⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

⁷⁷ Segundo Luís Roberto Barroso, “a interpretação evolutiva é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação de seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes.” (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 144).

preceitos normativos às modificações sociais, sem a necessidade de alteração formal de seu texto⁷⁸.

Em outras palavras, os princípios, nos sistemas jurídicos abertos, como é o caso do ordenamento brasileiro, podem alterar a compreensão de conceitos jurídicos preestabelecidos, conforme a situação fática que se apresenta.

A boa-fé, como já afirmado no item anterior, possui alicerce no texto constitucional, norteando todo o sistema jurídico e estabelecendo padrões éticos de comportamento, tanto nas relações públicas como nas privadas, ou seja, em todo o ordenamento jurídico e, por isso, possui *status* de princípio.

Tratando a boa-fé objetiva como princípio, afirma Mariana Pretel:

A boa-fé objetiva pode ser vislumbrada como um valor, norteador de todo o ordenamento jurídico, isto porque, exprime-se como o princípio da confiança, da lealdade, que se relaciona com a honestidade e probidade com a qual toda pessoa deve condicionar o seu comportamento nas relações sociais⁷⁹.

Pode-se dizer, ainda, que o princípio da boa-fé é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que vislumbra o bem comum com fundamento no homem e suas necessidades, afastando-se da concepção individualista do direito, com a substituição do indivíduo pela pessoa⁸⁰.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, todos os comportamentos sociais passaram a ser pautados pela lealdade, confiança, honestidade e probidade, atuando esses princípios constitucionais éticos como

⁷⁸ Segundo Robert Alexy, os princípios não se excluem em caso de conflito, havendo apenas um sopesamento entre os princípios colidentes no caso concreto, ao passo que o confronto entre as regras é antinômico, obedecendo à lógica do 'tudo ou nada'. Ademais, os princípios são considerados 'mandamentos de otimização', pois ordenam que se realize algo na melhor medida possível, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas, podendo, desse modo, ser concretizados em diversos graus. (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85-120; 144-179).

⁷⁹ PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 51.

⁸⁰ Nelson Rosenvald adverte que, apesar do redimensionamento do direito, em virtude do princípio da sociabilidade empregado pelo novo Código Civil, não há a prevalência dos direitos coletivos sobre os individuais e muito menos o oposto; há o predomínio da pessoa humana, que naturalmente se encontra inserida dentro de uma comunidade, haja vista ser o homem um ser eminentemente social (ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 64).

fundamentos de interpretação de toda a ordem jurídica. Por conseguinte, a boa-fé objetiva também representa um princípio constitucional, uma vez que abrange, em seu conteúdo, os princípios da lealdade, da probidade, da confiança e da honestidade⁸¹.

Não obstante a boa-fé objetiva possuir um valor autônomo, independente da vontade do indivíduo, o seu conteúdo é atribuído pelo juiz a partir das circunstâncias do caso em análise, tendo em vista que a boa-fé objetiva somente é plenamente desenvolvida nos sistemas jurídicos abertos, ou seja, quando se leva em consideração as circunstâncias do caso concreto.

Em síntese, a CF de 1988 consagrou diversos princípios jurídicos em seu bojo, dentre os quais se destaca a boa-fé objetiva, que funciona como postulado ético inspirador de toda a ordem jurídica, tendo força normativa e aplicabilidade imediata tanto no ramo do direito privado como no ramo do direito público, cabendo ao julgador a delimitação de seu conteúdo consoante as peculiaridades do caso concreto.

Por conseguinte, pode-se dizer que houve uma “constitucionalização” de todos os ramos do direito, o que ensejou, no meio jurídico, as expressões “direito civil constitucional” e “direito processual civil constitucional”, a título de exemplo.

Assim, os princípios constitucionais funcionam como valores éticos norteadores de toda a ordem jurídica, desempenhando o princípio da boa-fé objetiva importante papel no sistema jurídico brasileiro face à valorização da dignidade da pessoa humana e da função social do direito, trazida pelo constituinte de 1988.

Quanto ao caráter de cláusula geral da boa-fé objetiva, o renomado jurista alemão Karl Engisch assinala que as cláusulas gerais se definem por oposição às normas casuísticas, haja vista que a cláusula geral possui um conceito multissignificativo, cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, enquanto que a ‘casuística’ se refere às hipóteses legais que circunscrevem particulares grupos de casos na sua especificidade própria⁸².

⁸¹ Diante da ausência de diferenças claras e significativas entre os conteúdos da lealdade, da ética, da moralidade, da probidade, da honestidade e da boa-fé objetiva, todos estes princípios foram englobados, neste trabalho, na expressão “boa-fé objetiva”.

⁸² ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**, tradução de J. Baptista Machado, 7. Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 228-229.

No mesmo sentido, Judith Martins-Costa anota que “o delinear dos traços característicos das cláusulas gerais pode ocorrer pela negativa. Esta reside na contraposição do modelo da técnica de legislar através da casuística. O modelo da cláusula geral, portanto, seria o modelo da não casuística”⁸³.

A cláusula geral se caracteriza pela utilização de elementos abstratos e gerais tanto na hipótese normativa como na consequência jurídica decorrente da ocorrência daquela, conferindo ao juiz, ao mesmo tempo, diretrizes e liberdade para a aplicação do direito no caso concreto⁸⁴.

Sobre o conceito das cláusulas gerais, temos ainda os ensinamentos de Francisco Amaral:

[...] são proposições normativas cuja hipótese de fato (*fattispecie*), em virtude de sua ampla abstração e generalidade, pode disciplinar um amplo número de casos, conferindo ao intérprete maior autonomia na sua função criadora. Diferem das regras jurídicas pelo fato de estas contarem com uma estrutura mais precisa, menos vaga. Apresentam certa indeterminação na hipótese de fato, e por isso elas só se compreendem em cotejo com outras realidades normativas. Seriam, assim, regras incompletas, que se concretizam no âmbito dos programas normativos de outras disposições⁸⁵.

Desse modo, nas cláusulas gerais, o juiz possui um amplo poder de decisão, diante do caso concreto, pois ele levará em conta as particularidades do caso em apreciação para optar pela solução mais adequada a seu ver. Destarte, as cláusulas gerais permitem a “criação do direito” pelo juiz em determinada situação⁸⁶.

⁸³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 296.

⁸⁴ Diferentemente das cláusulas gerais, os conceitos jurídicos indeterminados possuem conteúdo abstrato (vago) somente na sua hipótese normativa, encontrando-se a consequência jurídica indicada expressamente na norma. Dessa forma, a indeterminação do conceito se refere à realidade fática, cujo conteúdo pode ser precisado em determinado momento pelo juiz. Nos dizeres de Judith Martins-Costa: “[...] Os conceitos formados por termos indeterminados integram, sempre, a descrição do ‘fato’ em exame com vistas à aplicação do direito. Embora permitam, por sua vagueza semântica, abertura às mudanças de valorações, [...], a verdade é que, por se integrarem na descrição do fato, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa.”. (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 326).

⁸⁵ AMARAL, Francisco. **A realização do direito: o raciocínio jurídico, princípios e normas**. In: _____. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 72.

⁸⁶ Nos conceitos jurídicos indeterminados, uma vez precisado o fato da hipótese normativa, o magistrado aplicará a consequência jurídica prevista na própria lei, em um ato de subsunção. Ademais, os conceitos jurídicos indeterminados aceitam apenas que o juiz interprete o caso concreto, na medida em que sua atuação se limita a fixar o significado do fato contido em sua

Pode se dizer, portanto, que as cláusulas gerais consistem em formulações genéricas e abstratas da lei, que exprimem comandos legislativos voltados para a complementação e adaptação das normas jurídicas, pelo juiz, em determinado contexto.

Dessa forma, por possuírem linguagem aberta, as cláusulas gerais permitem o exercício criativo da atividade judicial, pois há uma mínima tipificação das condutas.

Ao lado da generalidade do enunciado normativo, outra característica que se extrai das cláusulas gerais refere-se à vagueza de seu conteúdo, na medida em que o enunciado da norma não traz consigo critérios capazes de determinar seu significado, sendo necessária a referência a parâmetros variáveis da moral e da ética encontrados no meio social.

Todavia, a atuação do magistrado não é totalmente livre, quando da aplicação das cláusulas gerais, pois ele deve observar certos limites, especialmente os princípios constitucionais⁸⁷, sob pena de estas normas abertas implicarem insegurança jurídica.

Assim, coíbe-se a arbitrariedade judicial, haja vista que o julgador, apesar de possuir liberdade na sua atuação, deve sempre observar os princípios constitucionais e as previsões legais, bem como motivar suas decisões.

Ressalte-se, por oportuno, que referida limitação não implica, por outro lado, o engessamento da atividade criativa do juiz, se não inútil seria a previsão de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados no ordenamento jurídico.

Corroborando com esse entendimento Norberto Bobbio, que prestigia a função exercida pela norma jurídica no ordenamento jurídico e no meio social em detrimento da estrutura dessa norma. Bobbio enfatiza a atividade criativa do juiz, tendo em vista que a sociedade está em constante transformação e,

hipótese normativa, ao contrário do que ocorre com a aplicação das cláusulas gerais. Corroborando com tal entendimento, Mariana Pretel afirma que “a cláusula geral exige do juiz um ato de conhecimento. O conceito jurídico indeterminado exige, por sua vez, um ato de interpretação.” (PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 64).

⁸⁷ Além dos princípios do próprio sistema processual.

para enfrentar essas situações cambiantes, assevera que é imprescindível que a atividade jurisdicional seja capaz de adaptar o direito às mudanças sociais⁸⁸.

Visualizando, portanto, o ordenamento jurídico sob a ótica funcional, como fez Bobbio, verifica-se facilmente um ambiente propício para o desenvolvimento das cláusulas gerais, uma vez que estas normas são capazes de dotar o sistema jurídico da mobilidade necessária para a solução dos litígios surgidos em meio a uma realidade cambiante.

Outrossim, as cláusulas gerais servem de instrumento para a concretização dos princípios constitucionais, sejam eles explícitos ou implícitos no ordenamento jurídico. Melhor explicando: as cláusulas gerais trazem em si princípios ou remetem a princípios ou valores passíveis de serem inseridos no ordenamento jurídico mediante o exercício da atividade jurisdicional, ou seja, as cláusulas gerais funcionam como mediações concretizadoras dos princípios, mas com eles não se confundem.

Dessa forma, como bem observa Alberto Gosson Junior, constata-se que “os princípios irradiam uma identidade própria no interior do sistema jurídico, o que já não se passa com as cláusulas gerais, que necessitam trazer consigo, ou remeter a *princípios*, que acabam por se fundir com a sua própria razão de ser (das cláusulas gerais).”⁸⁹, ⁹⁰.

Segundo Karl Larenz, as cláusulas gerais corresponderiam à classe dos ‘princípios em forma de proposição jurídica’⁹¹, uma vez que aquelas normas jurídicas condensariam princípios numa regra imediatamente aplicável, representando os princípios não apenas a *ratio legis*, como também a própria *lex*⁹².

Ao tratar desse caráter instrumentalizador das cláusulas gerais, Judith Matins-Costa afirma:

⁸⁸ BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto**, Edizioni di Comunità, 1984, p. 51-52.

⁸⁹ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 42.

⁹⁰ Neste mesmo sentido, Judith Martins-Costa afirma que “as cláusulas gerais não são princípios, embora na maior parte dos casos os contenham, em seu enunciado, ou permitam a sua formulação.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 316).

⁹¹ Em contraposição aos princípios com forma de proposição jurídica, Karl Larenz aponta a existência dos “princípios abertos”, que não teriam caráter normativo como aqueles.

⁹² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 682-683.

As cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo⁹³.

Acrescente-se, ainda, que, ao contrário do que ocorre com os princípios, que podem ser implícitos ou explícitos no sistema jurídico, as cláusulas gerais são sempre expressas na ordem jurídica, uma vez que são normas jurídicas originadas de um processo legislativo constitucionalmente previsto.

Contudo, as cláusulas gerais possuem um diferencial em relação às demais normas jurídicas, pois são dotadas de um conteúdo indeterminado com amplitude valorativa maior que as disposições normativas em geral, o que permite que funcionem como elemento de conexão entre a rigidez das normas do ordenamento jurídico e a realidade cambiante do ambiente social.

Sintetiza bem os elementos característicos das cláusulas gerais Alberto Gosson Junior, *in litteris*:

Transitando entre a *generalidade*, a *vagueza* e os *valores*, inseridas numa roupagem de proposição prescritiva escrita, as *cláusulas gerais* afirmam o objetivo de dotar o *sistema* de normas com característica de *mobilidade*, que propiciem *abertura* ao ordenamento jurídico, evitando-se a tensão entre preceitos normativos rígidos e valores em mutação a implicar um indesejável mal-estar decorrente de um embate sem solução sistêmica⁹⁴.

Além disso, a aplicação e interpretação das cláusulas gerais pelo julgador conferem maior importância aos precedentes jurisprudenciais⁹⁵, pois

⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 274.

⁹⁴ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10.

⁹⁵ Sobre o conceito de precedente judicial, vale citar a explanação de Marinoni a seu respeito: “Uma decisão, na medida em que deriva de fonte dotada de autoridade e interfere sobre a vida dos outros, constitui precedente que deve ser respeitado por quem o produziu e por quem está obrigado a decidir caso similar. Do outro lado, aquele que se coloca em condições similares às do caso já julgado possui legítima expectativa de não ser surpreendido por decisão diversa.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2 ed. Ver. e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 107).

ao criar a “norma do caso”, os órgãos jurisdicionais sedimentam, ao longo do tempo, a resposta ao “grupo de casos” semelhantes postos à apreciação dos tribunais. Por conseguinte, a construção dessas orientações jurisprudenciais preenchem de significado as cláusulas gerais, que são abstratas por natureza, o que permite o controle na aplicação desses enunciados normativos pelos operadores de direito em geral.

Em relação à boa-fé, vale ressaltar que é relevantíssima a atividade jurisdicional no sentido de materializar o seu significado, pois se trata de uma cláusula geral, cujo conteúdo, portanto, carece de preenchimento⁹⁶.

Nesse diapasão, afirma Karl Larenz que expressões como “boa-fé”, “equidade” ou “exigibilidade” não recebem conteúdo de significação plena de forma apriorística, mas são passíveis de serem esclarecidas mediante “exemplos ilustrativos”⁹⁷.

No ordenamento jurídico pátrio, as cláusulas gerais começaram a ter maior importância a partir da Constituição Federal de 1988, pois o Código Civil de 1916 era inspirado no liberalismo, na autonomia da vontade e visava unicamente à segurança e à estabilidade jurídica⁹⁸, ao passo que a Carta Magna passou a versar sobre princípios e cláusulas gerais, inclusive relativas a assuntos antes reservados somente ao diploma civil, ultrapassando a visão individualista do direito de outrora.

A esse respeito, pondera Paulo Bonavides que, com a promulgação do texto constitucional de 1988, “o direito civil perde, então, inevitavelmente, a cômoda unidade sistemática antes assentada, de maneira estável e duradoura, no Código Civil de 1916” e passa a se caracterizar pela eticidade, sociabilidade e operabilidade⁹⁹.

⁹⁶ No item “3.3” do capítulo “3” deste trabalho, discorreu-se, minuciosamente, sobre a importância dos precedentes jurisprudenciais na aplicação das cláusulas gerais, notadamente, da cláusula geral de boa-fé.

⁹⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 410-411.

⁹⁸ Saliente-se que a escassez de cláusulas gerais era sentida em todo o ordenamento jurídico pátrio, e não apenas no diploma material civil de 1916, o que prejudicava a aplicação da lei pelo juiz no afã de alcançar a justiça material.

⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta. Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 8.

Em suma, a CF de 1988, com a inserção de normas abertas em seu corpo normativo, acarretou a abertura do sistema jurídico como um todo, o que possibilitou a flexibilização do direito, em todos os seus ramos jurídicos.

O CC de 2002 seguiu a mesma linha da CF, como não poderia deixar de ser, por representar esta o vetor axiológico de todo o ordenamento jurídico. Assim, o novo diploma civil encampou em seu texto diversas cláusulas gerais e privilegiou valores éticos, como os da honestidade, da lealdade e da confiança.

No ordenamento jurídico pátrio, a cláusula geral da boa-fé somente foi prevista no CC de 2002¹⁰⁰, notadamente em seus arts. 113, 187 e 422, o que não impediu, no entanto, a observância do princípio da boa-fé pela jurisprudência brasileira antes mesmo dessa previsão legislativa.

Pela importância desses dispositivos no estudo da boa-fé objetiva, vale colacionar a literalidade dos mesmos.

O art. 422 do NCC veicula a cláusula geral da boa-fé nas relações contratuais: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e *boa-fé*”¹⁰¹ (grifo meu). Recorde-se que o princípio da boa-fé mencionado neste dispositivo se refere à feição objetiva da boa-fé, como já mencionado anteriormente.

Complementando o art. 422, o art. 113 preceitua que “os negócios jurídicos devem ser interpretados *conforme a boa-fé* e os usos do lugar de sua celebração” (original sem grifos). Note-se aqui que o princípio da boa-fé deve ser observado não apenas no âmbito contratual, mas em qualquer tipo de relação jurídica, dado o seu fundamento constitucional.

¹⁰⁰ A cláusula geral da boa-fé teve origem no § 242 do Código Alemão (BGB), que pronunciava que o devedor está obrigado a executar a obrigação com boa-fé, em atenção aos usos e costumes.

¹⁰¹ Outrossim, o Código de Processo Civil ao exigir a boa-fé dos sujeitos processuais também optou por uma cláusula geral da boa-fé processual, insculpida no inciso II do seu art. 14 (art. 14, inciso II, CPC, *in verbis*: São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: II - proceder com lealdade e boa-fé), pois não fixou qualquer sanção pela desobediência do preceito primária previsto na norma, o que permite a construção de uma solução de acordo com a realidade em apreço. Nesse diapasão, vale citar o pensamento de Fredie Didier: “A opção por uma cláusula geral de boa-fé processual é a mais correta. É que a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal. Daí ser correta a opção da legislação brasileira por uma norma geral que impõe o comportamento de acordo com a boa-fé.” (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil - Execução**, v. 5. Salvador: Luspodium, 2009).

Introduzindo a noção de abuso de direito, o art. 187 dispõe que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, *pela boa-fé* ou pelos bons costumes” (grifo da autora). Deste dispositivo legal, pode-se inferir que o exercício abusivo de direito equipara-se ao ato ilícito, uma vez que o princípio da boa-fé impõe o dever de indenizar ao sujeito que, ao pleitear a proteção do seu direito, excedeu os limites impostos pela boa-fé objetiva.

Nos dispositivos supracitados do diploma civil, encontram-se estampados tanto o princípio da boa-fé (boa-fé objetiva) como o seu instrumento de realização, qual seja, a cláusula geral da boa-fé. Isso demonstra também que, embora as cláusulas gerais não constituam princípios, na maior parte das vezes, estes estão contidos nos enunciados daquelas, consoante mencionado anteriormente.

Nesse diapasão, a insigne doutrinadora Judith Martins-Costa, apesar de demonstrar a diferença conceitual entre princípio e cláusula geral, leciona que a cláusula geral da boa-fé pode conter em seu bojo o princípio da boa-fé:

Na verdade, a confusão entre princípio jurídico e cláusula geral decorre, no mais das vezes, do fato de que uma norma que configure cláusula geral *conter* um princípio, *reenviando ao valor que este exprime*, como ocorre com o reiteradamente citado § 242 do BGB. Aí sim, se poderá dizer que determinada norma é, ao mesmo tempo, princípio e cláusula geral¹⁰². (grifo da autora)

Dessa forma, pode-se afirmar que, no ordenamento jurídico brasileiro, há uma cláusula geral da boa-fé que consubstancia o princípio da boa-fé, assim como ocorre no direito alemão.

Com efeito, afirma Teresa Negreiros: “[...] a existência, hoje, de uma cláusula geral não implica uma transmutação essencial, haja vista que a cláusula geral da boa-fé é uma expressão legislativa do princípio da boa-fé”¹⁰³.

Em idêntico sentido, Nelson Rosenvald assevera:

¹⁰² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 323.

¹⁰³ NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 87.

Tratando-se de boa-fé, temos uma cláusula geral que consubstancia um princípio [...]. Acima da abstração e da generalidade, o que distingue a boa-fé como princípio é o seu caráter fundante no sistema e a função que adquire como fundamento decisório, fixando o alcance e o sentido das regras de um ordenamento jurídico. Sendo os princípios normas teleológicas, pois estabelecem um fim a ser atingido, caberá ao operador a fundamental função de encontrar os meios necessários que causem a promoção gradual da boa-fé no ordenamento jurídico¹⁰⁴.

Tanto isso é verdade que o artigo 422 do CC pátrio, informa a cláusula geral de boa-fé no direito civil utilizando a expressão “*princípios de probidade e boa-fé*”.

Em arremate sobre essa questão, colacionam-se os dizeres de Mariana Pretel sobre o assunto: “[...] existe tanto o princípio da boa-fé (que exprime o valor confiança), como a cláusula geral da boa-fé, que possibilita a efetivação do princípio em determinadas hipóteses concretas”¹⁰⁵.

Ora, consistindo a boa-fé objetiva um princípio constitucional, a ser efetivado pela cláusula geral da boa-fé, é inegável a sua aplicação em todos os ramos do direito, seja público ou privado, haja vista que os princípios constitucionais representam vetores axiológicos que se espraiam por todo o ordenamento jurídico.

Desse modo, a aplicação da boa-fé objetiva ultrapassou os limites do direito privado - ramo em que foi primeiramente desenvolvida – e passou a vigorar também no ramo do direito público, sendo de interesse desse estudo especialmente sua aplicação no direito processual, o que será analisado no último capítulo deste trabalho.

Desta feita, pode-se afirmar, sem titubeios, que a boa-fé objetiva, tal como positivada em nosso ordenamento jurídico pátrio, trata-se de uma cláusula geral. Por conseguinte, ela funciona como meio para o alcance de decisões judiciais justas e adequadas às peculiaridades do caso concreto.

Nesse diapasão, assevera Rosenvald:

¹⁰⁴ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 170.

¹⁰⁵ PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 63.

Verificando o magistrado, por exemplo, que um negócio jurídico não está conforme as circunstâncias, pode ele invalidar o negócio jurídico (art. 2.035, parágrafo único, do CC), retirar parte de sua eficácia, aplicar a resolução (art. 478 do CC), ou mesmo, apenas, interpretá-lo de forma a cumprir a sua função social. Variadas são as soluções, pois a cláusula geral da boa-fé exercitará uma função individualizante, cunhando a “norma do caso”¹⁰⁶.

Assim, diante da cláusula geral da boa-fé, cabe ao juiz “criar” o direito do caso, isto é, determinar quais as consequências jurídicas advindas do descumprimento dos princípios da boa-fé e da probidade, o que só pode ser verificado no caso em concreto. Ademais, como anteriormente delineado, a atuação judicial possui como um de seus limites os princípios constitucionais, destacando-se, entre estes, o princípio da boa-fé.

Corroborando com esse pensamento Mariana Pretel:

O limite da cláusula geral da boa-fé será sempre o princípio da boa-fé objetiva (uma vez que todas as cláusulas gerais possuem os seus contornos delineados por princípios constitucionais e a boa-fé não poderia ser uma exceção)¹⁰⁷.

Ante o exposto, conclui-se que a boa-fé objetiva possui duas facetas: a de cláusula geral e a de princípio (constitucional), conceitos estes que não se confundem e nem se excluem, mas, antes, estão interligados, pois a previsão da cláusula geral da boa-fé objetiva decorre do princípio da boa-fé. Ou melhor: a cláusula da boa-fé objetiva é o meio concretizador do princípio da boa-fé, uma vez que possibilita a efetivação deste princípio, pelo juiz, no caso concreto e o princípio da boa-fé é, por sua vez, o limite axiológico da cláusula geral da boa-fé.

¹⁰⁶ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 164-165.

¹⁰⁷ PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 71.

2.3. Modos de aplicação da boa-fé objetiva¹⁰⁸

São apontadas, tradicionalmente, três modalidades de aplicação da boa-fé objetiva: a interpretativa, a integrativa e a limitadora, tendo essa tripartição nascedouro no direito material, o que não impede, porém, sua extensão ao direito processual.

Nesse diapasão, ensina Nelson Rosenvald:

A cláusula geral da boa-fé é cogente e sua abertura e mobilidade remetem o magistrado a um espectro amplo, pelo qual se poderá restringir a conceder valor hermenêutico ao caso, como também lhe será facultado estender a proteção a ponto de integrar o negócio jurídico por deveres anexos (art. 422 do CC) ou limitar o exercício dos direitos subjetivos (art. 187 do CC)¹⁰⁹.

A seguir, serão abordadas pormenorizadamente as características de cada tipo de aplicação da boa-fé objetiva no sistema jurídico pátrio.

2.3.1. Aplicação interpretativa

A boa-fé objetiva pode ser vislumbrada pelo seu papel interpretativo na medida em que o juiz deve julgar se os atos e as condutas das partes estão em consonância com a ética, a lealdade e a probidade da moral social¹¹⁰, sob pena de coibir, integrar ou limitar tais condutas.

¹⁰⁸ Preferiu-se utilizar, nesse estudo, a expressão “modos de aplicação” em vez de “funções” da boa-fé objetiva, como faz parte significativa da doutrina, a exemplo de Judith Martins-Costa, pois a boa-fé não possui em seu nascedouro encargos propriamente ditos, o que ocorre, na verdade, é que, quando da sua aplicação na prática, ela pode se manifestar sob diversos aspectos, seja com o intuito de interpretação, de integração ou de limitação das normas jurídicas.

¹⁰⁹ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 90.

¹¹⁰ Adverte-se que os padrões éticos a serem prestigiados pelo magistrado devem corresponder àqueles valores consagrados pela consciência mediana da sociedade, isto é, às premissas ético-morais do meio social, e não à ideologia e às convicções pessoais do julgador.

A aplicação interpretativa pode englobar, de uma maneira geral, tanto a interpretação subjetiva (preocupada em elucidar a intenção das partes) quanto a objetiva (análise das condutas das partes conforme os padrões éticos exigidos). Todavia, a utilização da boa-fé objetiva como forma de interpretação está ligada diretamente à interpretação objetiva, que não se preocupa com o elemento volitivo do agente, mas apenas se as condutas das partes estão, objetivamente, de acordo com a lealdade, probidade e confiança.

A interpretação objetiva da boa-fé possibilita, portanto, o exame das condutas do agente conforme os padrões éticos exigidos do homem médio, analisando a sua vontade no plano dos fatos. Pode-se apontar o art. 113 do Código Civil de 2002 como expoente desta função no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que prevê que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Logo, a interpretação conforme a boa-fé visa preservar a finalidade econômico-social das relações jurídicas, adequando-as aos valores éticos, sem necessidade de perquirir o elemento volitivo das partes¹¹¹.

Mariana Pretel preleciona no mesmo sentido ao afirmar que “Não se trata da boa-fé como imperativo ético abstrato e sim como condição motriz do comportamento humano e da hermenêutica jurídica”¹¹².

Percebe-se, assim, que a boa-fé objetiva e a interpretação objetiva encontram-se intimamente relacionadas, uma vez que a interpretação objetiva é etapa lógica para a aplicação da boa-fé objetiva.

2.3.2. Aplicação integrativa da boa-fé

A aplicação integrativa da boa-fé objetiva, por sua vez, significa que eventuais lacunas existentes no ordenamento jurídico devem ser preenchidas

¹¹¹ Vale ressaltar que a interpretação das leis ganhou força com a transmutação do sistema jurídico de fechado para aberto, viabilizada pela inclusão de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados na Constituição Federal e no novo diploma material civil, pois possibilitou maior liberdade ao julgador na análise do caso concreto.

¹¹² PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 76.

por regras que fomentem a honestidade, a transparência, a retidão, a probidade e a lealdade.

Desta forma, inspirado pela boa-fé objetiva, o magistrado integra explicitamente o conteúdo das normas jurídicas, de acordo com determinado caso concreto, no afã de respeitar os valores éticos e alcançar a paz social com justiça.

Tal forma de aplicação da boa-fé objetiva pode ser inferida do art. 422 do CC brasileiro, que preleciona que os contratantes devem respeitar os princípios de probidade e da boa-fé tanto na conclusão como na execução do contrato.

Outrossim, a integração proporcionada pela boa-fé objetiva impõe deveres e obrigações secundários ou anexos, uma vez que estes deveres não decorrem de forma expressa da relação jurídica nem da norma de regência imediata. Melhor explicando, a boa-fé, à medida que impõe uma conduta de cooperação e de lealdade entre os sujeitos de uma obrigação, cria também deveres laterais, paralelos à prestação principal, independentemente da vontade das partes¹¹³.

A esse respeito, aclara Mariana Pretel:

Há uma atuação da boa-fé como verdadeira fonte de direito, no sentido de propiciar a criação de deveres e direitos anexos, ditos secundários, acessórios ou anexos. Tais deveres são resultantes da confiança e da lealdade exigidas numa relação jurídica e, por óbvio, não se restringem ao campo ético ou moral, inserindo-se no ordenamento jurídico¹¹⁴.

Acrescente-se, também, que o descumprimento dos deveres anexos por qualquer das partes enseja a resolução da relação jurídica e a obrigação de indenizar os danos causados àquele que foi prejudicado, não importando, em regra, se estes prejuízos decorreram de culpa ou dolo do agente.

Por isso, Nelson Rosenvald defende que os deveres anexos ou secundários possuem uma finalidade negativa, uma vez que visam evitar a adoção de comportamentos desonestos que possam atingir o correto

¹¹³ Essa forma de aplicação da boa-fé objetiva, por ser criadora de deveres anexos, também é chamada de aplicação ativa ou positiva da boa-fé.

¹¹⁴ PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009, p. 77.

processamento da relação obrigacional. Nas suas palavras: “A função negativa dos deveres de conduta [...] é meio para se atingir a sua função positiva, qual seja, conduzir o ‘veículo blindado’ ao seu destino [...].”¹¹⁵.

A boa-fé objetiva tem, assim, uma atuação positiva, relacionada com o seu papel integrador das normas jurídicas, e uma negativa, em complemento à positiva, relativa aos deveres anexos da boa-fé objetiva.

2.3.2.1. Deveres anexos da boa-fé objetiva

Apontam-se, sumariamente, os seguintes deveres anexos: o dever de informação (ou de esclarecimento); o dever de lealdade; o dever de cooperação (ou de colaboração); o dever de sigilo; e, finalmente, o dever de segurança (ou de proteção).

Ressalte-se, desde logo, que referidos deveres se completam, não existindo isoladamente. Ademais, esses deveres anexos ou secundários existem desde a fase pré-contratual e se estendem mesmo após a execução completa do contrato¹¹⁶.

O dever de informação impõe a transparência entre os sujeitos do processo em nome dos fins sociais, os quais devem prevalecer sobre os individuais.

As partes devem, portanto, prestar as informações necessárias para o deslinde da relação jurídica, ainda que a publicidade dessas informações lhe seja prejudicial¹¹⁷, haja vista a noção de sociabilidade e solidariedade constante na CF pátria.

Por fim, cabe reproduzir a lição de Nelson Rosenvald quanto aos limites do dever de informação:

¹¹⁵ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 103.

¹¹⁶ Apesar de normalmente se tratar desses deveres anexos ou laterais nas relações contratuais, eles estão presentes em qualquer tipo de relação jurídica.

¹¹⁷ Ressalva-se desse dever de esclarecimento apenas os fatos notórios, pois, em relação a estes, cabe a cada sujeito da relação jurídica se informar. Logo, neste caso específico, as partes não podem ser compelidas a fazer prova contra si mesmas.

O direito fundamental à informação muitas vezes será ponderado com interesses opostos de igual dignidade constitucional. Assim, a dimensão da privacidade pode-se tornar um limite do dever de informação¹¹⁸.

Isso quer dizer que, não obstante o dever de informação ou esclarecimento exigir das partes transparência dos fatos de seu conhecimento, deve-se sempre observar o princípio da proporcionalidade, considerando as peculiaridades do caso concreto¹¹⁹.

As partes devem informar os fatos com objetividade, com base naquilo em que acreditam, não se exigindo, contudo, a verdade absoluta de suas alegações, pois esta pode ser prejudicial aos seus próprios interesses.

Acrescente-se, por fim, que esse dever de informação se estende também ao magistrado, que tem que esclarecer os fundamentos de sua decisão, com supedâneo nos princípios da publicidade, da transparência e do contraditório, pois as partes somente podem se defender daquilo que têm pleno conhecimento. Ademais, a sociedade como um todo também possui o direito de conhecer o teor das decisões judiciais, em virtude dos princípios constitucionais acima aludidos, inclusive como forma de controle das mesmas, tanto sob os aspectos legais como os morais¹²⁰.

O dever anexo de lealdade, por sua vez, implica que, em determinada relação jurídica, não se pode causar prejuízo à outra parte, em virtude de uma atuação desonesta.

¹¹⁸ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109.

¹¹⁹ Na esfera processual, esse dever lateral implica que o processo é guiado, dentro outros valores, pelo princípio do contraditório, que exige das partes a alegação de afirmações condizentes com a verdade dos fatos na defesa de seus interesses. Nesse sentido, preceitua o art. 14, inciso I, do CPC, *in litteris*: “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; [...]”.

¹²⁰ Tratando especificamente do dever de informação no âmbito público, a Lei 12.527, de 2011, conhecida como lei da transparência, publicada em 18 de novembro de 2012, trata do acesso à informação pública, do grau de publicidade a ser conferido aos documentos oficiais, onde a publicidade é a regra e o sigilo é a exceção. Merece destaque o art. 3º desta lei, que discrimina as diretrizes do direito à informação, *in verbis*: “Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V - desenvolvimento do controle social da administração pública.”.

Assim, exige-se um mínimo de eticidade e lealdade nas relações jurídicas, mesmo quando há interesses opostos em jogo, não se admitindo a ocorrência imotivada de prejuízo à outra parte.

Registre-se, aqui, que o dever de lealdade não se restringe apenas às obrigações contratuais, abrangendo todas as relações jurídicas, inclusive as processuais. Ademais, este dever é exigido de todos os sujeitos processuais, ou seja, tanto das partes como do magistrado, pois todos devem buscar a realização da justiça, com base no princípio da boa-fé.

O dever de cooperação ou de colaboração, de seu turno, consiste na obrigação das partes de confluírem para a consecução dos fins processuais, por meio de um diálogo e colaboração mútua, independentemente de quem se beneficie com esta conduta no resultado final¹²¹.

Esse dever inclui tanto atuações omissivas, no sentido de não obstaculizar o correto andamento do processo, como as colaborações ativas, agindo as partes em conjunto para a consecução do fim maior da relação jurídica, qual seja: a pacificação social com justiça.

O dever de cooperação, assim como o dever de lealdade¹²², é exigido de todos os sujeitos envolvidos na relação jurídica, bem como de terceiros alheios a essa relação.

Já o dever de sigilo importa que os sujeitos de uma relação jurídica devem manter em segredo as informações confidenciais ditas em Juízo, no intuito de não invadir a privacidade alheia nem prejudicar seus direitos imotivadamente.

Por fim, o dever de proteção significa que as partes não podem causar danos entre si, nem surpresa à contraparte, pois deve agir com base na confiança depositada na relação firmada.

¹²¹ Ilustra bem esse dever de colaboração, no âmbito processual, os arts. 339 a 341 do Código de Processo Civil (CPC), *in verbis*: “Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”; “Art. 340. Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado”; e, “Art. 341. Compete ao terceiro, em relação a qualquer pleito: I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias, de que tenha conhecimento; II - exhibir coisa ou documento, que esteja em seu poder”. Ressalte-se, contudo, que o dever de cooperação não se restringe aos artigos acima mencionados, ilustrando esses dispositivos apenas algumas das manifestações deste dever.

¹²² Os deveres de cooperação e de lealdade serão explanados de forma mais detida no último tópico deste capítulo.

Assim, as partes devem proteger os direitos e os bens da contraparte de acordo com o esperado do homem médio em determinada relação jurídica.

2.3.3. Aplicação limitativa

Por derradeiro, tem-se que a boa-fé objetiva pode ser aplicada com o fito de limitar as condutas, caso elas tenham alguma transcendência jurídica (ainda que elas não sejam explicitamente proibidas). Por este motivo (restrição do exercício de determinado direito pelo seu titular), essa maneira de aplicação da boa-fé objetiva também é chamada de “negativa” ou de “reativa”.

Neste contexto, a boa-fé objetiva afasta condutas que contrariem os valores de lealdade, honestidade, probidade e correção, atuando como uma norma de inadmissibilidade do exercício de direitos contraditórios. É, portanto, a boa-fé objetiva um limite ao exercício dos direitos.

A boa-fé objetiva visa, portanto, controlar eventuais desequilíbrios que vierem a aparecer na relação jurídica, privilegiando a função social, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana, em detrimento do individualismo.

Essa modalidade de aplicação da boa-fé objetiva complementa o seu papel integrativo, pois a criação de deveres às partes implica, por consequência, a restrição de alguns de seus direitos.

Neste sentido, tem-se a lição de Judith Martins-Costa:

A boa-fé objetiva, por fim, implica na limitação de direitos subjetivos. Evidentemente, a função de criação de deveres para uma das partes, ou para ambas, pode ter, correlativamente, a função de limitação ou restrição de direitos, inclusive de direitos formativos¹²³.

A aplicação limitativa da boa-fé encontra-se explicitada no art. 187 do *Codex Civil* pátrio, ao estabelecer que “comete ato ilícito o titular de um

¹²³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo, RT, 2000, p. 454.

direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Em outras palavras, os direitos subjetivos conferidos aos sujeitos não são absolutos, devendo ser exercidos de acordo com sua finalidade econômica e social, sem desrespeitar os preceitos decorrentes da boa-fé objetiva e dos bons costumes.

Por derradeiro, vale ressaltar que as três formas de aplicação da boa-fé objetiva (interpretativa, integrativa e limitativa), acima elucidadas, são interdependentes, pois sofrem influências recíprocas, e possuem o mesmo objetivo final, qual seja, a de concretizar valores éticos¹²⁴.

2.4. Correlação do princípio da cooperação com a boa-fé objetiva

O agir das pessoas conforme a boa-fé objetiva justifica-se pelo interesse coletivo de pautar seu comportamento na cooperação, agindo com base nos valores da lealdade e da solidariedade, de modo que todos contribuam para o alcance da justiça social.

O princípio da boa-fé é, portanto, a fonte do princípio da cooperação, na medida em que impõe os deveres de colaboração a todos os sujeitos do processo.

Antes de adentrarmos no conteúdo do princípio da cooperação, vale a pena abrir um parêntese a respeito dos modos de organização política da sociedade, pois a atuação das partes e do juiz na relações jurídicas depende do tipo de sociedade em que eles estão inseridos.

À vista de determinados pressupostos sociais, lógicos e éticos, pode-se traçar três perfis de organização do processo: processo isonômico, assimétrico e cooperativo ou colaborativo.

¹²⁴ Nesse diapasão, afirma Teresa Negreiros: “A tripartição das funções atribuídas ao princípio da boa-fé obedece a uma classificação em “tipos ideais”. Na prática, estas funções complementam-se, sendo por vezes difícil definir, num caso concreto, sob que “tipo” a boa-fé está sendo invocada; qual, enfim, a função específica que o princípio está desempenhando naquela hipótese em particular” (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 140).

O modelo isonômico ou paritário caracteriza-se pela indistinção entre indivíduo, sociedade e Estado: o juiz e as partes se encontram no mesmo nível. Em outras palavras, o processo pertence às partes, e não ao juiz, porquanto a atividade do juiz limita-se às disponibilidades das partes, não tendo qualquer iniciativa na formação da prova. O contraditório equipara-se, nesse tipo de modelo, ao consenso, isto é, inspira-se na lealdade processual. Ademais, este modelo exige a boa-fé subjetiva no processo e seus destinatários são as partes: a boa-fé subjetiva é o pressuposto ético para a valoração da conduta das partes. Tal modo de organização do processo teve desenvolvimento na experiência política grega e ítalo-medieval.

O modelo hierárquico ou assimétrico, de seu turno, faz uma radical distinção entre Estado, sociedade e indivíduo. O juiz se aloca acima das partes, havendo, portanto, uma assimetria na relação indivíduo-Estado, uma vez que os poderes do juiz (presentante estatal) são intensificados, assumindo o magistrado o vértice de uma relação jurídica angular (triangular). Pode-se dizer que houve, neste momento, a publicização do processo civil, o que se deu, por exemplo, no processo civil da *cognitio extra ordinem* e do Estado Moderno.

No modelo hierárquico, o contraditório é fraco, formal e estático, apresentando-se como um princípio externo ao processo e puramente lógico-formal. Exige-se a boa-fé subjetiva no processo e seus destinatários são as partes, ou seja, a boa-fé subjetiva o pressuposto ético para a valoração da conduta das partes, assim como ocorre no modelo paritário.

No modelo cooperativo ou colaborativo, por sua vez, apesar de existir a distinção entre Estado, sociedade e indivíduo, essa diferenciação ocorre de forma coordenada. Quer dizer, a Constituição conforma o Estado como um Estado Constitucional cooperativo, com o dever de propiciar condições para uma sociedade livre, justa e solidária, fundado na dignidade da pessoa humana.

O modelo colaborativo é o modelo do processo civil contemporâneo, do Estado Democrático de Direito, que considera o direito ao contraditório como um direito a influenciar efetivamente o juízo sobre as questões da causa, evidenciando o caráter argumentativo do direito.

Saliente-se, ainda, que, no modelo cooperativo processual, a verdade interessa ao processo, sendo, assim, tarefa das partes e do juiz

persegui-la, podendo inclusive o juiz atuar ativamente no processo no afã de obter a verdade processual¹²⁵. Supera-se, desse modo, a visão individualista e privatista do processo. Ademais, exige-se aqui, além da boa-fé subjetiva, a boa-fé objetiva no processo, que têm como destinatário tanto o juiz como as partes.

Desse modo, prestigia-se o fim social em detrimento dos interesses particulares em jogo, pois, na verdade, todos têm interesse na pacificação social.

Por conseguinte, a cooperação exige condutas ativas dos sujeitos no sentido de contribuir para a concretização do fim objetivado pela relação jurídica, bem como condutas omissivas, no afã de que não se cause obstáculos ao andamento correto da relação jurídica. Ademais, coíbem-se as condutas que se desviam dos valores constitucionais da lealdade, da probidade e da honestidade, com a aplicação de diversos tipos de sanções, como se verá no último capítulo.

No modelo cooperativo, há uma nova organização do formalismo processual, no sentido de exigir uma melhor distribuição das posições jurídicas das partes e do juízo no processo, de modo a torná-lo mais cooperativo e menos rígido para uma ótima consecução da justiça no caso concreto, finalidade última do processo civil contemporâneo.

Essa nova distribuição das posições jurídicas, no modelo cooperativo processual, busca alcançar um equilíbrio nas posições ocupadas pela sociedade, indivíduos e Estado, assumindo todos esses sujeitos posições coordenadas dentro do processo.

Consequentemente, esse redimensionamento do formalismo processual privilegia o caráter argumentativo do direito e revitaliza a lógica jurídica, ao passo que abandona a racionalidade teórica e a lógica apodítica, presentes anteriormente no modelo hierárquico do processo.

¹²⁵ Ensina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que se impõe ao juiz: "(...) conhecer o direito e investigá-lo de ofício, caso não o conheça, tornando-o também totalmente independente na sua aplicação dos pedidos e alegações das partes a respeito, *permitindo-lhe extrair do material fático trazido pelas partes conclusões jurídicas não aportadas por elas aos autos.*" (A garantia do contraditório, **Do formalismo no processo civil**, p. 235-236 – grifo da autora).

Fredie Didier Júnior, no seu estudo sobre o princípio da cooperação no direito português¹²⁶, cujo Código de Processo Civil consagra expressamente referido princípio no seu art. 266, inciso I,¹²⁷ fez importantíssimas revelações sobre o modelo de processo cooperativo, as quais vale a pena citar as observações mais pertinentes a este trabalho.

Inicialmente, afirma que não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo¹²⁸, pois enquanto a instauração do processo e a fixação do objeto litigioso, em regra, são atribuição das partes (arts. 128, 263 e 460, do CPC), a investigação probatória é conduzida normalmente pelo juiz, com o auxílio das partes, podendo até mesmo o magistrado determinar a produção de prova *ex officio* (art. 130, CPC).

Fredie Didier Júnior defende, assim, a existência de um terceiro modelo de processo civil: o processo civil cooperativo, que tem como principais características o redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual; o contraditório como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial; o estabelecimento de deveres de conduta para as partes e para o juiz; e a condução cooperativa do processo, sem protagonismos, no afã de se alcançar um processo civil democrático e justo. Tal posição é compartilhada pela autora.

Em suma, no processo cooperativo, modelo de processo do direito português, impõe-se a observância do princípio da boa-fé por todos os sujeitos do processo, inclusive pelo órgão jurisdicional, que devem agir em juízo com lealdade e com observância à confiança legítima.

Não há, no direito brasileiro, texto normativo que expressamente consagre o princípio da cooperação, como ocorre com o direito português, mas pode-se extraí-lo dos sobreprincípios do devido processo legal (o processo

¹²⁶ DIDIER JR., Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra Editora, p. 41-97.

¹²⁷ Dispõe o inciso I do art. 266 do Código de Processo Civil Português que “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 (sem grifos no original)” (Disponível em: <<http://www.portolegal.com/CPCivil.htm>>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2013).

¹²⁸ O modelo adversarial caracteriza-se pelo princípio do dispositivo, ou seja, a função principal no processo, neste modelo de processo, cabe às partes, sendo o órgão jurisdicional relativamente passivo, enquanto, que, no modelo inquisitorial, o protagonismo processual é do juiz, evidenciando-se o princípio do dispositivo.

para ser devido precisa ser cooperativo ou leal), da boa fé processual (a proteção da boa fé passa pela efetivação de um processo cooperativo), do contraditório ou da solidariedade. Desse modo, há regras que servem à concretização do princípio da cooperação de forma indireta (eficácia normativa indireta do princípio da cooperação).

De toda sorte, a inexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, de regras que delimitem e/ou esclareçam o conteúdo do princípio da cooperação não é obstáculo intransponível para a efetivação desse princípio, pois a eficácia normativa do princípio da cooperação é direta, isto é, não depende de outras regras jurídicas para ser concretizado. Melhor dizendo, o princípio da cooperação torna, por si só, devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo.

Além disso, as consequências normativas para o desrespeito ao princípio da cooperação não precisam ser típicas: pode-se construir o efeito jurídico mais adequado ao caso concreto de acordo com as circunstâncias fáticas em apreço.

Saliente-se, ainda, que o ambiente propício para o desenvolvimento pleno do modelo cooperativo do processo encontra-se no Estado Constitucional, em que há um permanente diálogo entre o órgão jurisdicional e as partes processuais, bem como todos os sujeitos entre si, e no qual a juridicidade prepondera sobre a legalidade.

Nesse ambiente, prevalece a racionalidade prática, de cunho material, destinada a alcançar a pacificação social com justiça, por meio de intenso diálogo entre os sujeitos do processo, o que exige, por conseguinte, maior necessidade de colaboração entre eles¹²⁹.

Nesse contexto, às posições jurídicas subjetivas e às tutelas do plano do direito material correspondem tutelas processuais (complementaridade e interação entre as formas de tutela no plano do direito material e no plano do direito processual), prestadas pelos provimentos

¹²⁹ Para a ótima delimitação do objeto litigioso do processo, todas as pessoas envolvidas no juízo podem e devem oferecer a sua contribuição, constituindo um verdadeiro *actum trium personarum*. Se é certo que às partes toca a fixação do mérito da causa, não menos certo é que o órgão jurisdicional exerce um controle prévio e inicial sobre a viabilidade do processo, podendo, por exemplo, eventuais irregularidades darem azo à extinção do processo sem a resolução de mérito.

judiciais, como resultado do exercício da jurisdição à vista de um processo justo e cooperativo.

O Estado Constitucional brasileiro é um Estado Democrático de Direito (CF/88, art. 1.º, *caput*), fundado na dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1.º, inciso III), cujo um dos objetivos é construir uma sociedade livre, justa e solidária (CF/88, art. 3.º, inciso I), o que já demonstra que a sociedade é em si mesma cooperativa, pois busca um objetivo em comum.

Consoante ensina Daniel Mitidiero:

(...) espera-se do Estado Constitucional não só abstenções, quando devidas, mas também prestações que viabilizem o alcance de todos os fins inerentes à pessoa humana – o que, em termos processuais, significa organizar um processo justo – de formalismo cooperativo – e muito especialmente idôneo para prestação¹³⁰ de tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva aos direitos¹³⁰.

Destaca-se, nessa seara, o papel do juiz, que se encontra, ao mesmo tempo, equidistante das partes na condução do processo¹³¹ e acima delas no momento de tomar decisão. Em síntese, o juiz desempenha, no processo civil cooperativo, duplo papel: paritário no diálogo e assimétrico na decisão.

A paridade na condução do processo pelo Estado-juiz está justamente no fato de ele submeter a sua visão material do processo ao contraditório prévio do demandante antes de decidir assimetricamente¹³². A assimetria, de seu turno, deve-se ao fato de a jurisdição ser, em sua essência, imperativa.

No modelo cooperativo do processo, o órgão jurisdicional deve observar o contraditório e dialogar com as partes, uma vez que também é um

¹³⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 80.

¹³¹ A isonomia na condução do processo se dá porque o juiz não dirige o processo de forma isolada, uma vez que todos os sujeitos processuais contribuem para o andamento processual, participando ativamente dos atos processuais, dialogando entre si e com o magistrado, de forma que todos influenciam o rumo a ser seguido pelo processo.

¹³² Para ilustrar tal situação, temos o disposto no art. 284 do CPC, segundo o qual só se legitima o indeferimento da inicial após o juiz ter dialogado com a parte a respeito do problema por ele verificado, determinando a emenda da inicial. Isso se aplica inclusive às questões que tem o juiz o dever de conhecer de ofício, em razão de seu dever de esclarecimento e de prevenção para com as partes.

sujeito do processo e, nessa qualidade, deve visar à concretização do direito, em conformação com a Constituição e com os direitos fundamentais.

Em outras palavras, não só as partes, como também o magistrado possui deveres a serem observados dentro do processo, pois todos devem contribuir para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, alicerçada na dignidade da pessoa humana.

Outrossim, o direito fundamental ao contraditório, que corresponde ao direito de participar e influenciar a formação da decisão jurisdicional, funciona como meio catalisador do diálogo e da feição democrática no processo, tornando o processo mais flexível e cooperativo no seu desiderato de alcançar uma ótima consecução da justiça no caso concreto.

O valor participação decorrente do contraditório constitui, portanto, a base constitucional para a colaboração no processo¹³³.

Outrossim, no modelo cooperativo do processo, defende-se a estabilização objetiva da demanda, ou seja, pretende-se que o processo resolva a situação litigiosa da maneira que melhor atenda aos interesses evidenciados no processo, sendo, muitas vezes, necessário abrir brechas no rígido sistema preclusivo estabelecido pelo legislador infraconstitucional¹³⁴, para adaptar-se às exigências de tutela jurisdicional de todas as posições jurídicas postas em juízo¹³⁵.

Trata-se da técnica da eventualidade e do sistema de preclusão por fases, em que se concretiza infraconstitucionalmente o direito fundamental à duração razoável do processo. Saliente-se, contudo, que não há, em tese, uma hierarquia entre os direitos fundamentais, devendo haver uma concordância prática entre todos os valores constitucionais, com base no princípio da boa-fé.

Daí decorre a importância da colaboração entre as pessoas do processo para que se possa, através do diálogo judiciário, construir um

¹³³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. In: ____ (org.). *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 11.

¹³⁴ Uma vez impostado o mérito da causa, nosso direito positivo permite a sua alteração com a concordância da parte contrária até o advento do saneamento da causa, tendo-o a partir daí como definitivamente estabilizado (art. 264, CPC: Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.).

¹³⁵ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69.

procedimento que possibilite uma maior elasticidade para abrigar eventuais modificações do objeto litigioso para além do saneamento da causa, tal como ocorre no direito alemão, português e austríaco¹³⁶.

Corroborando com esse pensamento, Daniel Mitidiero sugere que se admita eventual modificação do mérito do processo no direito processo civil brasileiro para além do saneamento da causa, devendo essa mudança ser levada a cabo quando as circunstâncias da causa evidenciarem a oportunidade dessa alteração como algo que promova uma solução mais rápida do litígio e que patrocine sensível economia de atos processuais¹³⁷.

Ressalte-se que essa solução somente será possível se houver consenso entre todas as pessoas do juízo a respeito da justeza dessa modificação (diálogo judiciário), pois seu fundamento se encontra no processo civil cooperativo e no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e adequada.

O modelo cooperativo do processo pauta-se, assim, na participação e no diálogo existente entre todos os sujeitos processuais, incluindo entre estes o órgão jurisdicional, como já mencionado.

O diálogo funciona como instrumento viabilizador da colaboração no processo, que, de seu turno, legitima o direito processual civil no Estado Constitucional, uma vez que permite a efetiva participação de todos os sujeitos na condução do processo¹³⁸.

Em suma, parafraseando Luiz Guilherme Marinoni, o processo é um procedimento em contraditório adequado aos fins do Estado Constitucional¹³⁹.

Além de permitir o debate sobre a matéria fática e jurídica discutida na lide entre todos os sujeitos do processo, o direito ao contraditório implica que o julgador examine todas as razões levantadas pelas partes e faça constar na sua decisão o enfrentamento dessas questões, legitimando, assim, a

¹³⁶ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**, Revista da Adjuris, n. 90, p. 84.

¹³⁷ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 130.

¹³⁸ Consoante Calamandrei, o processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e impulsos contrários, de ataques e contra-ataques (CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**, in Opere giuridiche (aos cuidados de Mauro Cappeletti), Napoli, Morano, 1965, v. 1, p. 618-702).

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 466-467.

atuação jurisdicional. Ou seja, não basta que conste da decisão judicial o esquema lógico-jurídico perfilhado pelo julgador para chegar à resolução da lide, é necessário que sejam efetivamente aferidas as alegações trazidas pelas partes ao juízo¹⁴⁰.

Nesse sentido entendeu o STF, ao afirmar que o direito ao contraditório importa em direito das partes a ver os fundamentos arguidos em suas manifestações processuais consideradas pela decisão jurisdicional, correspondendo, portanto, ao dever dos juízes de fundamentar suas decisões. Na perspectiva do órgão jurisdicional, o contraditório se refere ao dever de dar atenção aos arrazoados das partes, o que pressupõe deles tomar conhecimento de forma séria e detida¹⁴¹.

Nas palavras de Teresa Arruda Wambier, o dever de fundamentação das decisões consiste na “última manifestação do contraditório”, porquanto a motivação “garante às partes a possibilidade de constatar terem sido ouvidas”¹⁴².

Percebe-se, assim, que o direito fundamental ao contraditório possui intrínseca relação com o dever de o órgão jurisdicional fundamentar as suas decisões, o que é imprescindível para o alcance de um processo justo e cooperativo. *A contrario sensu*, a ausência ou a incompletude da fundamentação fere a natureza cooperativa do processo civil contemporâneo e desrespeita, por conseguinte, o princípio da boa-fé objetiva¹⁴³.

¹⁴⁰ Os embargos de declaração é o instrumento adequado a ser utilizado quando o julgador omite em sua decisão os argumentos deduzidos pelas partes (CPC, art. 535, inciso II), uma vez que a parte tem o direito de “obter comentário sobre todos os pontos levantados”, consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ, Corte Especial, Embargos de Divergência no REsp 95.441-SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 08.04.1999, DJ 17.05.1999). Dessa forma, os embargos de declaração constituem uma das manifestações do exercício do direito ao contraditório pelas partes, funcionando como importante instrumento de cooperação no processo.

¹⁴¹ *In litteris*: “(...) o direito fundamental ao contraditório importa em direito das partes a ver os fundamentos arguidos em suas manifestações processuais considerados pela decisão jurisdicional, o que de seu turno exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas (STF, MS 25.787-DF, rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, *Informativo 449*)”.

¹⁴² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 335 e 389.

¹⁴³ O fato de se encartar nas normas processuais a finalidade de atender a valores constitucionais (direito fundamental ao contraditório, dever de fundamentar as decisões e a inafastabilidade da jurisdição) revela evidente processo de densificação das normas constitucionais no direito infraconstitucional, inerente ao modo de pensar o processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o direito processual civil não poder ser outra coisa senão o “direito constitucional aplicado” (Carlos

Assevera, ainda, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que, no formalismo-valorativo, é necessário que todo e qualquer elemento constante da decisão tenha sido previamente debatido entre todos aqueles que participam do processo, a fim de evitar decisões-surpresa no processo¹⁴⁴.

Esse debate judicial amplo permite a democratização do processo, na medida em que faz o cotejo de diversos argumentos, o que favorece a formação de uma decisão mais amadurecida e ponderada. Ademais, essa participação efetiva de todos os sujeitos no processo reforça a confiança dos cidadãos no Poder Judiciário, além de conferir ao processo maior legitimidade perante a sociedade.

O contraditório permite, assim, o controle tanto da atividade jurisdicional, como das condutas das partes, o que denota o caráter público do processo, pois, além de garantir a paridade entre os sujeitos dentro do processo, contribui para a satisfação do interesse público com a realização da justiça por meio do processo.

E, mais, o formalismo processual cooperativo permite o debate leal entre todos os sujeitos do processo, uma vez que o direito ao contraditório, pilar da ideia cooperativa do processo, remete aos valores da lealdade processual e da boa-fé objetiva.

Dessarte, a lealdade e a boa-fé objetiva podem ser apontadas como justificção ética do modelo cooperativo do processo.

Destaque-se, ainda, que, no Projeto do Código de Processo Civil, estão previstos diversos artigos que tratam da cooperação no processo, dentre os quais sobressaem os seguintes dispositivos: o art. 5.º veicula a norma geral sobre o dever de colaboração; o art. 8.º trata do dever de esclarecimento que o órgão jurisdicional possui de esclarecer as dúvidas das partes sobre suas alegações, pedidos e posições jurídicas; os arts. 10, 110, parágrafo único, e 469, parágrafo único, prevê a presença do diálogo na relação jurídica processual; os arts. 301 e 858, §1.º traz em seu bojo o dever de prevenção incumbido ao juiz de alertar as partes das consequências do uso inadequado do processo por elas; e, os arts. 5.º, 698, inciso III, 699, 700, inciso V, 947 e

Alberto Alvaro de Oliveira, **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. In: _____ (org.). *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3.

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 158-159.

948 dispõe sobre o dever judicial de auxiliar as partes no exercício de seus direitos e faculdades.

Em suma, é imprescindível a estruturação do processo na perspectiva dos direitos fundamentais e da boa-fé objetiva, bem como a cooperação de todas as pessoas que de alguma forma participam da relação processual, para a realização da justiça no caso concreto. Na verdade, os princípios da boa-fé e da cooperação estão correlacionados, pois a conduta dos sujeitos, para ser colaborativa, deve ser exercida com alicerce na lealdade e na boa-fé objetiva, constituindo, assim, o elemento ético a base axiológica da cooperação.

3. A BOA-FÉ OBJETIVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

3.1. Lealdade processual: corolário da boa-fé objetiva

Ressalte-se, desde logo, que o dever de lealdade processual pode ser englobado dentro da concepção de boa-fé objetiva, uma vez que esta corresponde aos deveres éticos do processo em geral (lealdade, probidade e boa-fé). Por isso, a boa-fé objetiva também é conhecida como “boa-fé lealdade”, como afirmado no primeiro capítulo deste trabalho, uma vez que a lealdade processual é corolário da boa-fé objetiva.

Dessa forma, a análise do dever de lealdade entre os sujeitos da relação jurídica processual possui relevância ímpar no estudo da boa-fé objetiva no âmbito do direito processual brasileiro.

A ética é uma disciplina filosófica que pressupõe uma reflexão sobre a moral e cria normas universais visando ao ordenamento do comportamento social.

Apesar de prescindirem da força do Estado para o seu cumprimento, as normas éticas servem de substrato para a legislação estatal, que almeja um ordenamento social com justiça, o que somente é alcançado com a aproximação do direito aos valores éticos.

Nesse sentido, afirma Rui Stoco que a vida ética supõe contínuo esforço direcionado à consecução da perfeição e da justiça¹⁴⁵.

Os deveres éticos passaram a ter maior relevância no diploma processual civil pátrio principalmente após a Constituição de 1988, que trouxe, em seu bojo, diversos direitos e garantias processuais: imparcialidade do juiz, igualdade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, juiz natural, proibição de utilização de provas ilícitas, dignidade da pessoa humana, dentre outros, os quais, em suma, visavam a uma atuação jurisdicional voltada para o bem comum e para a pacificação social com justiça.

¹⁴⁵ STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual: Aspectos Doutrinários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Os sujeitos processuais possuem duas garantias constitucionais primordiais: as garantias de liberdade e de legalidade (CF/88, art. 5.º, *caput* e inciso II), haja vista que as partes possuem ampla liberdade de atuação na relação jurídica processual, limitando-se esta *a priori* somente por aspectos formais impostos pela lei.

Todavia, entende-se hoje que a atividade dos sujeitos processuais é limitada também pela moral e que o dever de lealdade processual consiste em um desses limites morais à plena liberdade dos sujeitos no processo, pois, conforme assevera Arruda Alvim, o processo deve ser regularmente *usado* pelos litigantes, que dele não podem e não devem *abusar*. Desse modo, existe uma *íntima correlação entre o princípio (ou dever) de lealdade e o abuso do direito*¹⁴⁶.

Por conseguinte, também se pode afirmar que estão intrinsecamente ligados o dever de lealdade e a boa-fé objetiva, uma vez que o abuso cometido no âmbito do processo (abuso processual)¹⁴⁷ resulta da conduta desleal das partes litigantes, que desrespeitaram a boa-fé no deslinde do processo.

A lealdade processual constitui um princípio do processo, que implica que todos os sujeitos processuais (as partes, os causídicos, o juiz e qualquer interveniente do processo) devem agir com respeito, lealdade e boa-fé uns com os outros, observando as regras e limites impostos pelas normas legais e éticas, visando ao fim maior do processo: a pacificação social com a efetivação do direito de forma justa.

O Código de Processo Civil de 1973 trata, de forma dispersa, de diversos deveres das partes processuais com fundamento na lealdade processual: dever de exercer o seu direito de maneira leal, correta e ética (art. 14); de não atuar de forma contraditória em sede de instrução probatória (art. 358, inciso II); dever de não atentar contra a dignidade da justiça (art. 599), dentre outros deveres.

¹⁴⁶ ALVIM, José Manuel de Arruda. **Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro (a lealdade no processo)**. Revista de Processo, n.º 69/7, p. 11.

¹⁴⁷ Note-se, aqui, que diversas características do abuso do processo derivam do abuso do direito, desenvolvido no direito civil, podendo este, portanto, ser considerado um precursor daquele.

De maneira geral, o dever de lealdade processual manifesta-se por meio de condutas e atos das partes no âmbito do processo, mormente no exercício de situações subjetivas processuais, e pode ser comparado ao dever de respeito às regras do jogo (*fair play*)¹⁴⁸, pois, assim como no jogo, é inadmissível trapacear no processo, pois se devem respeitar alguns regramentos.

Neste sentido, afirma Liebman 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 de suas respectivas posições”. E, mais, “inclui-se [...] na atividade proibida, especialmente tudo aquilo que perturbe a plena e regular aplicação do princípio do contraditório [...]”¹⁴⁹.

Conclui-se, portanto, que o dever de lealdade processual corresponde ao respeito dos sujeitos processuais às regras do jogo (no caso, às regras do processo), independentemente dos interesses particulares disputados no litígio, pois, antes de tudo, as partes devem colaborar com a justiça no sentido da reta aplicação do direito.

Além disso, o dever de lealdade processual consiste em limites de ordem ética e legal aos quais todos os sujeitos processuais devem respeitar, haja vista que a liberdade de atuação das partes no processo não é ilimitada, pois ela deve coexistir em harmonia com outras garantias e liberdades processuais, igualmente relevantes no ordenamento jurídico¹⁵⁰.

Corroborando com a existência de limites éticos no exercício dos direitos subjetivos das partes, assevera José Roberto dos Santos Bedaque:

¹⁴⁸ Esta comparação do processo a um jogo foi feita, pela primeira vez, pelo processualista italiano Piero Calamandrei, que comparava as partes a personagens de um verdadeiro duelo, no caso, o processo, sendo que esta disputa seria feita não somente de boas razões, mas principalmente de habilidade técnica para fazê-las valer (**Il processo come giuoco**, p. 25 e 26).

¹⁴⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Trad. e notas de Cândido. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 124.

¹⁵⁰ Esse assunto será melhor tratado no item “3.7.” *infra*.

O dever de lealdade e boa fé [...] implica a necessidade de os sujeitos parciais, bem como seus procuradores, manterem a conduta eticamente adequada. A utilização de artifícios, visando protelar o desenvolvimento do processo, constitui violação desse dever. Os consumidores do instrumento estatal de solução de controvérsias devem conscientizar-se de que mesmo a guerra é pautada por limites. [...] *Lealdade e boa-fé representam parâmetros éticos do contraditório e da ampla defesa*¹⁵¹ (grifo da autora).

Desse modo, a lealdade processual consiste em um limite de conteúdo à liberdade de atuação das partes na relação jurídica processual, com alicerce no interesse público e no respeito a outras liberdades processuais, igualmente relevantes no ordenamento jurídico pátrio.

A garantia do contraditório deve ser preservada, por exemplo, em detrimento à garantia de liberdade da parte no processo, quando esta se vale da faculdade de juntar documento novo aos autos, na medida em que deve assentir que a parte contrária tenha vista deste documento e possa sobre ele se manifestar (CPC, art. 398), agindo, assim, com lealdade processual.

Frise-se, ainda, que o dever de lealdade processual coaduna-se com o processo civil de resultado, em que se encontra fincado o diploma processual civil brasileiro, pois almeja atingir todos os escopos da jurisdição de um Estado Democrático de Direito, como o é o Estado brasileiro, com observância da ética e da boa-fé. Dentre esses escopos da jurisdição, destacam-se os escopos sociais, que estão intimamente relacionados com os valores morais e éticos da sociedade como um todo.

Além disso, todos os sujeitos devem contribuir para a resolução do litígio com base nesses valores éticos, pois o processo civil pátrio insere-se atualmente dentro do modelo do processo civil cooperativo, o qual se encontra albergado pelo Estado Constitucional brasileiro. Ademais, todos os sujeitos devem colaborar para a resolução do litígio e a realização do direito com justiça, pois a relação jurídica processual pertence ao direito público, e não às partes individualmente consideradas.

Desse modo, o processo civil brasileiro visa à efetivação de direitos e à resolução de conflitos com base em critérios justos e éticos, e não apenas à resolução de conflitos *per se*, pois não basta apenas que se chegue ao fim do

¹⁵¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. et al. **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 84-85.

processo pura e simplesmente, sendo necessária também a observância da lealdade e da boa-fé objetiva nesse desiderato.

Em suma, a boa-fé objetiva implica que os sujeitos processuais atuem de forma leal e ética dentro do processo, ou seja, de acordo com os seus comportamentos anteriores e sem contradições, com vistas a não fraudar as legítimas expectativas criadas nos demais sujeitos da relação jurídica processual. Isso, em última análise, beneficiará toda a sociedade, pois o processo pertence ao direito público e a correta aplicação do direito pela via processual interessa a todos os cidadãos, bem como ao Estado.

3.2. Fundamento legal da boa-fé objetiva no CPC

A preocupação com a ética sempre esteve presente ao longo da história do processualismo civil, especialmente diante da dificuldade de aplicação da boa-fé nas relações jurídicas processuais e do problema da obtenção da verdade no processo, tendo em vista que não existe verdade absoluta no processo e que o processo surge de um conflito de interesses.

O CPC de 1939 mostrava uma incipiente preocupação com a ética no processo, especialmente no seu art. 3.º, que previa a responsabilização da parte por perdas e danos quando ela intentasse a demanda por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro. Acrescentava o seu parágrafo único que: “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”.

Todavia, foi a partir da vigência do CPC de 1973 que se deu maior relevância aos deveres decorrentes da boa-fé e da lealdade processual, dado o caráter publicístico que se concedeu ao processo com esse novo diploma legal¹⁵².

¹⁵² Anteriormente ao CPC atual, predominava a concepção individualista e liberal do processo. Por conseguinte, o respeito aos deveres éticos, no ordenamento jurídico brasileiro, por parte dos litigantes, era ínfimo antes do advento do CPC de 1973.

A promulgação da CF em 1988¹⁵³ veio corroborar com a direção tomada pelo CPC de 1973, no sentido de prestigiar deveres éticos processuais, dentre os quais, destaca-se a boa-fé objetiva.

Consagrada como princípio constitucional¹⁵⁴, a boa-fé objetiva passou a ter força normativa direta sobre todo o ordenamento jurídico pátrio (CF, art. 5.º, §1.º)¹⁵⁵, interessando, neste trabalho, especialmente a sua influência sobre o direito processual civil.

A positivação da boa-fé objetiva no diploma processual civil pátrio no art. 14 do CPC brasileiro veio consagrar os deveres éticos que os sujeitos têm que observar dentro do processo, uma vez que impõe a todos aqueles que de qualquer forma participem do processo¹⁵⁶ a agir com lealdade e boa-fé.

Dada a sua relevância para o estudo ora realizado, vale colacionar o inteiro teor desse dispositivo legal:

CPC

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.

¹⁵³ Não obstante a Constituição Federal de 1988 constituir um marco da consagração da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro, também havia referências a esse princípio ético em outros diplomas constitucionais, como na Constituição de 1967. Por exemplo, no §2º. do art. 101 da Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda 01/69, afirmava-se que “*Art. 101. Os proventos da aposentadoria serão: [...] § 2º - Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração, do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade.*”. Prestigiava-se neste dispositivo o princípio da confiança e da boa-fé, que é essencial para a credibilidade do Judiciário e para que se alcance a paz jurídica. Nesse sentido, decidiu o STF: RE 614917 AM, Min. relator Luiz Fux, j. 28/06/2012, DJe-151 DIVULG 01/08/2012 PUBLIC 02/08/2012.

¹⁵⁴ A natureza jurídica da boa-fé objetiva como princípio constitucional foi delineada no item “2.2.” *supra*.

¹⁵⁵ CF, Art. 5º, *caput*. 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: [...] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹⁵⁶ Ressalte-se que o *caput* do art. 14 do CPC foi alterado pela Lei 10.358/2001, no afã de estender os deveres inseridos neste dispositivo também a “*todos aqueles que de qualquer forma participam do processo*”, ou seja, às testemunhas, aos peritos e aos demais auxiliares da justiça, além das partes e dos procuradores, únicos sujeitos constantes na redação original deste artigo.

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.

Ressalte-se que o núcleo da boa-fé objetiva encontra-se plasmado no art. 14 do Código Processual Civil, sendo o seu inciso II considerado a cláusula geral da boa-fé processual, pois positivou expressamente este princípio e possui maior amplitude conceitual que os demais incisos.

Não obstante a boa-fé estar positivada expressamente no inciso II do art. 14, os demais incisos desse mesmo dispositivo também versam sobre condutas em conformidade com a boa-fé objetiva, uma vez que todas as hipóteses contidas nesse dispositivo tratam de comportamentos que os sujeitos devem seguir, em nome da lealdade, da probidade e da ética, sem o intuito de prejudicar as outras partes¹⁵⁷. Por isso, analisar-se-á, detidamente, cada inciso a seguir.

3.2.1. Dever processual de agir conforme a verdade

O dever de veracidade versado no inciso I do art. 14 do CPC é apontado pela doutrina como uma das facetas mais relevantes do dever de agir com boa-fé, por possuir contornos mais definidos que a boa-fé, representando o dever dos sujeitos processuais de fazer corresponder as suas alegações à realidade¹⁵⁸.

De acordo com o dever de veracidade, as afirmações das partes dentro do processo referem-se a fatos ou a direitos, e não a declarações de

¹⁵⁷ Tal fato se dá especialmente porque todos devem colaborar com a administração da justiça, tendo em vista que o processo civil brasileiro se enquadra dentro do modelo cooperativo do processo, conforme foi pontuado no item “2.5” *supra*.

¹⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. Temas de direito processual civil*. Primeira Série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 17.

vontade, como se entendia outrora, dado o reconhecido caráter publicístico do processo hoje em dia. Ou seja, a parte é instrumento do processo e deve zelar, portanto, pelo interesse público de que este se encontra revestido.

Nesse diapasão, assevera Arruda Alvim¹⁵⁹ que basta à parte fornecer uma versão veraz dos fatos principais, podendo, legitimamente, deixar de aludir a certos fatos, desde que, com isso, não comprometa a verdade da narração como um todo.

Assim, o dever de veracidade previsto atualmente na lei brasileira não veda a omissão dos fatos pela parte¹⁶⁰, desde que não implique inveracidade das alegações da parte em juízo nem se refira a fato essencial ao julgamento da causa. Em outras palavras, a possibilidade de omissão constitui um limite ao dever de veracidade dos sujeitos processuais.

Obviamente a parte atua no processo a fim de alcançar interesse particular e não pode ser compelida a fornecer ao seu adversário ou ao juiz elementos que lhe prejudiquem no litígio, o que seria contrário à própria natureza humana. Desse modo, a parte, ao utilizar-se da garantia de liberdade que lhe é inerente, deve vislumbrar um equilíbrio entre essa liberdade e o dever de veracidade, com espeque na boa-fé objetiva.

Destaque-se também que o dever de veracidade pregado pelo Código de Processo Civil brasileiro corresponde ao dever a uma verdade subjetiva, e não objetiva, ou seja, a parte tem que acreditar que a sua afirmação é verídica, mesmo que não corresponda à realidade. Daí falar-se que o dever de veracidade versado no inciso I do art. 14 do CPC equivale ao dever de verdade *subjetiva*.

Outrossim, frise-se que a verdade constitui um dos objetivos ideais da prova judiciária, tendo em vista que o processo visa alcançar sobretudo decisões justas. Entretanto, deve-se ter em mente que a verdade no processo se resolve em um juízo de verossimilhança, pois, como já dito, não há verdade absoluta no processo.

¹⁵⁹ ARRUDA ALVIM, José Manoel. **Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro (a lealdade no processo)**. *RePro*, São Paulo: RT, v. 69, jan.-mar. 1993, nota 53, p. 19.

¹⁶⁰ Antes da Lei 6.771/80 que alterou o inciso I do art. 17 do CPC, a lei brasileira vedava a omissão, pois reputava litigante de má-fé aquele que omitia “intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa”. Atualmente, porém, consta deste dispositivo legal que se reputa litigante de má-fé aquele que “deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso”.

Nesse ponto, é muito importante observar que a valoração¹⁶¹ da prova pelo juiz, no modelo cooperativo de processo, no qual se enquadra o direito processual civil brasileiro, prestigia a igualdade efetiva entre as partes. Desse modo, o juiz, mesmo podendo tomar iniciativa no terreno probatório, tem o dever de submeter o resultado da prova às partes interessadas, bem como de fundamentar a sua decisão sobre o material probatório colhido no processo, uma vez que todos os sujeitos processuais, inclusive o magistrado, têm que agir com lealdade no âmbito do processo.

O descumprimento do dever de lealdade, incluindo-se neste o dever de veracidade, dentre outros, pode implicar abuso do processo, caso este descumprimento ocorra com desvio de finalidade. Por exemplo, o autor que pede indenização a determinado sujeito, por supostos danos causados em seu veículo após acidente de trânsito, não pode acrescentar no valor da indenização danos preexistentes ao acidente, sob pena de infringir o dever de lealdade (inclusive o dever de veracidade).

O autor não pode, pois, sob o pretexto de agir com lealdade processual, demandar em juízo com desvio de finalidade, objetivando o pagamento de valor superior aos danos efetivamente causados em seu veículo em decorrência do acidente de trânsito.

Na verdade, a infração de qualquer dever processual com desvio de finalidade, e não apenas do dever de lealdade, viola a boa-fé objetiva e acarreta abuso processual, sendo que este pode se manifestar de diversas formas, não havendo um rol exaustivo das hipóteses de abuso do processo no ordenamento jurídico brasileiro, como será visto adiante.

O desvio de finalidade, por sua vez, pode ser verificado pelas noções de instrumentalidade e de escopos do processo, devendo ser legítimos não apenas os fins do processo como também os meios utilizados para se alcançar a decisão judicial.

Partindo da premissa que a descoberta da verdade é uma das principais finalidades do processo, a infração aos deveres de lealdade processual e de veracidade acarreta quase que automaticamente a prática de

¹⁶¹ Note-se que a valoração da prova ocorre, durante a instrução do processo, antes de formado o convencimento do juiz sobre o caso *sub examine*. Logo, valoração e convencimento judicial são conceitos que não se confundem.

abuso processual, tendo em vista a íntima ligação entre tais deveres e as finalidades do processo e do próprio ordenamento jurídico, consoante observa Helena Abdo¹⁶².

Sobre o repúdio do ordenamento jurídico pátrio ao desvio de finalidade no descumprimento dos deveres de lealdade e veracidade, sintetiza, de forma brilhante, Barbosa Moreira que se deve impedir que a falta consciente à *verdade*, o uso de armas *desleais*, as manobras ardilosas tendentes a perturbar a formação de um reto convencimento do órgão jurisdicional, ou a procrastinar o andamento do feito, embaracem a administração da justiça e *desviem do rumo justo* a atividade jurisdicional¹⁶³.

Note-se, ainda, que o dever de veracidade contido no inciso I do art. 14 relaciona-se diretamente com o inciso II do art. 17, que reputa litigante de má-fé aquele que alterar a verdade dos fatos, o que será analisado no item “3.5.2.” *infra*.

3.2.2. Cláusula geral da boa-fé objetiva

O inciso II do art. 14, por sua vez, veicula a cláusula geral da boa-fé objetiva, que possui incidência em todo o ordenamento jurídico pátrio, por corresponder a um princípio de fundamento constitucional, tendo assim influência em todas as relações jurídicas, inclusive nas processuais.

Esse dever que os sujeitos do processo têm de agirem com lealdade processual e boa-fé na relação jurídica processual implica que eles não podem prejudicar os interesses da outra parte indevidamente, pois suas condutas devem pautar-se por um mínimo de ética.

Desse modo, todos os sujeitos do processo devem agir de forma ética dentro do processo, colaborando com a solução da lide da forma mais leal

¹⁶² ABDO, Helena Najjar. **O Abuso do Processo**. São Paulo: RT, 2007, p. 144.

¹⁶³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. **Temas de direito processual civil**. Primeira Série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 16.

e honesta possível, pois, conforme ensina Cândido Rangel Dinamarco¹⁶⁴, todos os deveres processuais elencados no art. 14 do CPC (que podem ser englobados pela cláusula geral da boa-fé – art. 14, inciso II) são imperativos de conduta das partes, no interesse do Estado, da outra parte e da sociedade, que indiretamente aguarda a realização dos escopos da jurisdição.

Em outras palavras, todos os incisos do art. 14 decorrem da cláusula geral da boa-fé (CPC, art. 14, inciso II) e visam à efetiva aplicação dos postulados éticos no ordenamento jurídico contemporâneo, à realização do direito material por meio do processo civil e, conseqüentemente, ao cumprimento dos escopos da tutela jurisdicional, sendo imprescindível a colaboração de todos os sujeitos processuais para o alcance desses objetivos.

A cláusula geral da boa-fé refere-se, portanto, à boa-fé objetiva, que engloba a lealdade e outros princípios éticos, como a transparência, a probidade, a veracidade e a honestidade, que aplicados ao processo, destinam-se a realizar a justiça.

Acrescente-se, ainda, que não se pode argumentar que o dever processual de agir com boa-fé e lealdade obstaculiza os direitos de ação e de defesa das partes, uma vez que o que se exige é apenas um padrão de conduta leal e objetiva das partes no processo, com a finalidade de se alcançar uma decisão justa, sendo indiferente os desígnios subjetivos de cada uma das partes.

Assim, as partes devem respeitar um mínimo de ética e de lealdade quando estiverem atuando dentro de uma relação jurídica, independentemente da existência de interesses opostos entre elas, pois todos os sujeitos processuais devem colaborar com a realização da justiça.

Em síntese, almeja-se atualmente um processo civil de resultados, encontrando-se ultrapassado o processo civil baseado em formalismos exagerados, representando a boa-fé objetiva o alicerce axiológico desse novo tipo de processo, que tem como desiderato precípua: não apenas a efetivação do direito material objeto da lide, mas também a concretização dos escopos da jurisdição.

¹⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 209.

3.2.3. Dever processual de apresentar alegações sustentáveis

O dever processual de “não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento” encontra-se previsto no inciso III do art. 14 e relaciona-se com o inciso I do art. 17, que preceitua ser litigante de má-fé quem “deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso”¹⁶⁵.

Outrossim, esse dever processual está intimamente relacionado com o princípio da economia processual, pois evita que a máquina judiciária seja movimentada quando ausentes subsídios legais ou jurisprudenciais que sirvam de substrato ao direito questionado, ou seja, que os sujeitos utilizem desnecessariamente o processo.

É necessário que as partes e, especialmente, os advogados, em virtude da capacidade postulatória destes, baseiem sua defesa ou ação em fundamentos fáticos e jurídicos plausíveis. Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque: “ainda que controvertidas as teses apresentadas, é necessário que ao menos sejam sustentáveis”¹⁶⁶.

Desse modo, desrespeita a boa-fé objetiva aquele que vai de encontro a texto expresso de lei, bem como à jurisprudência pacífica dos tribunais, ou a fato irrefragável, o que pode se enquadrar, por sua vez, em outras hipóteses do art. 17, como a do inciso III (usar do processo para conseguir objetivo ilegal), a do inciso VI (provocar incidentes manifestamente infundados) e a do inciso VII (interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório).

Por derradeiro, deve se ressaltar que as expressões “ação” e “defesa”, contidas no inciso III do art. 14, devem ser compreendidas em seu sentido amplo, incluindo, portanto, não somente a inicial e a contestação das partes, como também os recursos, os embargos de declaração e os demais incidentes processuais interpostos pelas partes e seus causídicos.

¹⁶⁵ Ver também item “3.6.” *infra*.

¹⁶⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 85.

3.2.4. Dever processual de praticar somente atos indispensáveis à obtenção do direito material reclamado em juízo

O inciso IV do art. 14 preceitua que os sujeitos processuais possuem o dever ético-jurídico de “não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito”, o que se coaduna com o princípio da economia processual.

Corroborando, nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque: “o processo é constituído apenas pelos atos imprescindíveis à formulação da regra de direito material [...] ou à satisfação do direito”¹⁶⁷.

A violação desse dever contido no inciso IV do art. 14 pode se relacionar com as hipóteses de litigância de má-fé previstas nos incisos 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”) e VII (“interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”) do art. 17 do CPC, que será estudado mais adiante.

Saliente-se, contudo, que o inciso IV do art. 14, ao contrário dos incisos supramencionados do art. 17, trata de uma hipótese de aplicação da boa-fé objetiva, sendo prescindível, portanto, perscrutar a intenção dos sujeitos, pois o que importa é a verificação objetiva de que se produziram provas ou se praticaram atos inúteis ou desnecessários ao deslinde do processo. Desse modo, é indiferente a existência ou não de boa-fé subjetiva nesse caso.

Observe-se que os incisos III e IV do art. 14 do CPC tratam de hipóteses mais concretas de aplicação da boa-fé objetiva, pois trata a boa-fé de forma casuística, enquanto os primeiros incisos são mais genéricos. Assim, os incisos III e IV podem ser apontados como exemplos do dever geral dos sujeitos processuais de agir com lealdade e boa-fé no processo.

¹⁶⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 85.

Esse dever processual tem como destinatário precípua as partes e seus patronos, mas também se dirige aos demais participantes da relação processual, como prevê o *caput* do art. 14.

Nesse diapasão, imprescindível é a utilização de amplos poderes pelo juiz, a quem cabe a análise do caso em litígio e a aplicação das normas legais em concreto, sempre balizado em princípios constitucionais, na busca pela concretização da ética no processo. Ademais, o juiz tem o poder-dever de coibir condutas desonestas das partes e de seus patronos no processo, em virtude da aplicação do princípio constitucional da boa-fé ao processo¹⁶⁸.

Desse modo, o magistrado pode indeferir a produção de provas requeridas pela parte quando entender que são desnecessárias para a resolução da lide ou suspender o processo quando visualizar a ausência de fundamentação da inicial ou da contestação, dentre outras medidas processuais cabíveis¹⁶⁹.

Contudo, essa atuação ampla e ativa do juiz não significa, porém, que ele possui poderes ilimitados, uma vez que os direitos fundamentais devem ser respeitados e as decisões devem ser fundamentadas em critérios racionais, o que será pormenorizado no próximo item.

Em suma, todos os sujeitos do processo devem zelar pela celeridade processual, praticando apenas os atos processuais estritamente necessários para a materialização do direito discutido na lide.

3.2.5. Dever processual de cumprir as decisões judiciais

O último inciso do art. 14 foi acrescentado pela Lei 10.358/2001 e preceitua que os sujeitos processuais devem “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”.

¹⁶⁸ Ratifica-se aqui, mais uma vez, a importância da cooperação de todos os sujeitos do processo para o alcance de uma decisão justa no diploma processual civil pátrio.

¹⁶⁹ Corrobora com essa posição a atividade judicial mais diretiva e engajada presente no processo civil contemporâneo, que, informado pelo formalismo-valorativo, tem o ativismo judicial como algo irreversível (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**, Revista da Ajuris, n. 90, p. 59).

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, a segunda parte do inciso engloba a primeira, tendo em vista que “Os provimentos judiciais de natureza cognitiva podem ser meramente declaratórios, condenatórios, constitutivos, mandamentais e executivos *lato sensu*. Não criar embaraços à efetivação de qualquer deles compreende o dever de cumprir com exatidão os mandamentais.”¹⁷⁰, posição com a qual esta autora concorda.

O que se extrai, em suma, do inciso V do art. 14 é que as partes devem colaborar com o juiz no sentido de fazer valer suas decisões, pois o Brasil adota o modelo cooperativo do processo, o que vai ser ainda mais evidenciado no NCPC¹⁷¹.

Por fim, o desrespeito ao dever contido no inciso V do art. 14 do CPC constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, e não hipótese de litigância de má-fé (CPC, art. 17) ou de ato atentatório à dignidade da justiça (CPC, art. 600), consoante previsão do parágrafo único do art. 14¹⁷².

Ademais, a sanção aplicada, no caso de descumprimento desse dever, é a imposição de multa, que, se não for paga, será inscrita em dívida ativa da União ou do Estado. Essa sanção processual demonstra claramente que a jurisdição é uma atividade estatal e pública, devendo, assim, todos colaborarem para a tutela efetiva e uniforme do direito por meio do processo.

Por fim, ressalte-se que esse rol do art. 14 é meramente exemplificativo, pois as hipóteses de boa-fé objetiva não se limitam apenas às proposições legais previstas nesse dispositivo, tendo em vista a elasticidade de seu conteúdo¹⁷³, que permite sua adaptação, pelo intérprete, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

¹⁷⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 85.

¹⁷¹ Sobre o processo cooperativo, ver item “2.4.”; e, sobre as mudanças do NCPC, ver item “3.8.”.

¹⁷² Parágrafo único do art. 14 do CPC: “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” (grifo meu).

¹⁷³ Discorreu-se sobre a flexibilidade do conteúdo da boa-fé objetiva nos capítulos anteriores, especialmente no item “2.2.” *supra*.

Logo, a boa-fé objetiva não se sujeita a confinamentos legais estanques. Pelo contrário, por consistir em um princípio constitucional¹⁷⁴, a boa-fé objetiva espraia-se por todo o ordenamento jurídico pátrio, ainda que implicitamente, o que possibilita que ela seja invocada por qualquer sujeito processual, ainda que não se encontre configurada uma das hipóteses legais acima elucidadas.

Além disso, fora as hipóteses do art. 14 do CPC, a boa-fé pode ser encontrada, *a contrario sensu*, em diversos dispositivos legais, nos quais o legislador pátrio catalogou expressamente hipóteses referentes às deslealdades processuais que implicam ilícitos processuais¹⁷⁵ (Cita-se como exemplos: o art. 15, que proíbe o emprego de expressões injuriosas pelas partes e seus procuradores no processo; o art. 17, que elenca as hipóteses de litigância de má-fé; o art. 161, que coíbe que se lance nos autos cotas marginais ou interlineares; o art. 340, que colaciona deveres das partes relativos à colaboração com o andamento do processo, em complemento ao art. 14; art. 416, §1º, que versa sobre o dever das partes de tratar as testemunhas com urbanidade; art. 600, que enumera os atos atentatórios à dignidade da justiça).

Diante desse quadro, alguns doutrinadores, como Brunela Vicenzi¹⁷⁶, entendem que nem o princípio da lealdade, nem o da boa-fé, tampouco o da veracidade, estão sendo diretamente aplicados ao processo, pois dependem da caracterização da litigância de má-fé e dos atos atentatórios à dignidade da justiça, o que, entretanto, não pode prevalecer, sob pena de constituírem princípios sem conteúdo prático e, portanto, inúteis.

Não se pode, portanto, afirmar que o princípio da boa-fé depende da caracterização da litigância de má-fé ou dos atos atentatórios à dignidade da justiça. Primeiro, porque esses ilícitos processuais constituem apenas algumas das formas de infração à boa-fé objetiva; segundo, porque a boa-fé constitui

¹⁷⁴ Sobre a natureza jurídica da boa-fé objetiva, ver item “2.2.” *supra*.

¹⁷⁵ Cabe aqui registrar a distinção entre ilícitos processuais abusivos e não-abusivos feita por Fredie Didier Jr. Segundo este autor, o ilícito abusivo possui aparência de licitude e decorre do desbordamento de posições jurídicas legítimas, como a litigância de má-fé, o ato atentatório à dignidade da justiça e ao exercício da jurisdição. Já os ilícitos processuais não-abusivos prescindem de uma interpretação cuidadosa pelo julgador, pois é facilmente perceptível sua iliceidade. (DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Teoria geral do Processo e processo de conhecimento**, v.1. Salvador: Luspodium, 2007).

¹⁷⁶ VICENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 94.

um conceito genérico e aberto, que, ao contrário de lhe tirar eficácia, visa abranger o máximo de casos possíveis, no afã de que o processo cumpra o seu desiderato maior, que é o de lograr a justiça no caso decidendo.

Enfim, é impossível o legislador delimitar aprioristicamente todas as condutas que devem estar de acordo com a boa-fé objetiva, pois o seu conteúdo é aberto e, por conseguinte, dinâmico, devendo o julgador amoldar a lei ao caso concreto, de modo a respeitar a *ratio legis* do art. 14, qual seja: o dever de todos os sujeitos do processo agirem de acordo com a boa-fé objetiva dentro da relação jurídica processual.

3.3. Sujeitos: quem deve observar a boa-fé objetiva no processo?

Os sujeitos que devem agir conforme a boa-fé objetiva são os sujeitos da relação jurídica processual, uma vez que pertence a eles a titularidade das situações jurídicas subjetivas, que devem ser exercidas com lealdade e boa-fé no âmbito do processo.

Assim, sujeitam-se ao dever de agir com boa-fé: as partes, os intervenientes (terceiros que integram a relação processual posteriormente a sua constituição, para postular direito seu ou quando é citado para integrar a relação processual), os advogados, as testemunhas, os auxiliares da justiça de um modo geral, o órgão do Ministério Público e o magistrado¹⁷⁷.

3.3.1. Sujeição do órgão jurisdicional à boa-fé objetiva e a importância dos precedentes na sua aplicação

Em relação à observância da boa-fé pelo juiz, tem-se que se atentar para algumas peculiaridades: o juiz representa uma autoridade dentro da

¹⁷⁷ Antes da Lei 10.358/2001, que modificou o *caput* do art. 14, exigia-se apenas das partes e de seus procuradores o dever de agir com lealdade e boa-fé no âmbito processual. Contudo, alargou-se a aplicação de tal preceito a “todos aqueles que de qualquer forma participam do processo”, ou seja, ao juiz, às testemunhas, aos peritos e aos demais auxiliares da justiça.

relação jurídica processual, possuindo, assim, poderes-deveres (enquanto as partes possuem poderes, deveres, faculdades e ônus), e, conseqüentemente, o abuso por ele cometido no processo liga-se intrinsecamente ao abuso de poder. Em outras palavras, a infringência da boa-fé pelo magistrado, no âmbito processual, ocorre quando ele comete excessos no exercício de seus poderes-deveres de gestão e de direção do processo, disciplinados, dentre outros dispositivos legais, no art. 125 do CPC¹⁷⁸.

O juiz é sujeito do processo representativo do Estado e, nessa qualidade, possui certa liberdade de atuação no exercício de suas situações subjetivas processuais, como ocorre com os demais sujeitos do processo, sendo que, no caso dos magistrados, tais situações referem-se quase sempre a poderes-deveres.

Desse modo, o desrespeito à boa-fé cometido pelo juiz se dá quando este se utiliza de seus poderes-deveres com desvio de finalidade, quer seja através de atos comissivos, quer seja por meio de omissão.

O juiz age, de forma omissiva, em desconformidade com a boa-fé, quando não realiza audiência de conciliação, desrespeita os prazos entre uma audiência e outra, demora a proferir a sentença após finda a instrução, entre outras hipóteses.

Em contrapartida, o magistrado desrespeita a boa-fé objetiva, por ato comissivo, quando exerce alguma situação subjetiva processual com desvio de finalidade. Exemplificativamente, contraria a boa-fé objetiva o juiz que: admite provas inúteis ao deslinde da causa; converte, desnecessariamente, o julgamento em diligência; agride verbalmente as partes ou seus causídicos em audiência, retirando-lhes da sala de audiências por questões de índole pessoal, sem visar à preservação da dignidade da administração da justiça (CPC, art. 445, inciso II)¹⁷⁹.

¹⁷⁸ CPC, art. 125: "O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela rápida solução do litígio; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes."

¹⁷⁹ Segundo o inciso II do art. 445, do CPC: "O juiz exerce o poder de polícia, competindo-lhe: II - ordenar que se retirem da sala da audiência os que se comportarem inconvenientemente", sendo que essa análise da inconveniência do comportamento dos sujeitos deve ser realizada de forma objetiva pelo magistrado.

O CPC, no *caput* do art. 133¹⁸⁰, prevê que o magistrado responderá por perdas e danos nos casos em que, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude ou recusar, omitir e retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

Acrescente-se também que tanto as partes como o representante do Ministério Público pode representar, junto ao presidente do Tribunal de Justiça, contra o juiz que exceder os seus respectivos prazos legais (CPC, art. 198)¹⁸¹.

Todavia, na prática jurídica brasileira, poucos são os casos em que os magistrados são condenados por cometer abuso do processo. Consoante Theodoro Júnior, raras são as queixas e as sanções disciplinares aplicadas a juízes desidiosos, não apenas em razão de uma natural inibição da parte, por medo de represálias, como também porque a lei somente considera abusivo o comportamento omissivo “sem justo motivo”¹⁸².

Não obstante ainda ser raro a condenação dos magistrados por abuso do processo, cada vez mais a atividade do magistrado vem sendo fiscalizada pela sociedade e pelos demais órgãos do Judiciário. Nesse diapasão, vale citar o julgado do STJ em que se considerou abusivo a conduta do magistrado que exigiu o prévio depósito de quantia discutida para analisar liminar em sede de mandado de segurança¹⁸³.

Também entendendo que o princípio da boa-fé processual se estende ao órgão jurisdicional, o STF admitiu como tempestivo recurso interposto antes da publicação da decisão, pois “o formalismo desmesurado

¹⁸⁰ CPC, art. 133, *caput*. “Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.”

¹⁸¹ CPC, art. 198: “Qualquer das partes ou o órgão do Ministério Público poderá representar ao presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que excedeu os prazos previstos em lei. Distribuída a representação ao órgão competente, instaurar-se-á procedimento para apuração da responsabilidade. O relator, conforme as circunstâncias, poderá avocar os autos em que ocorreu excesso de prazo, designando outro juiz para decidir a causa.”

¹⁸² THEODORO JR., Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 99.

¹⁸³ “TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE LIMINAR PARA SUSPENSÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PARA APRECIÇÃO DE PEDIDO. ILEGALIDADE. 1. Em princípio, o juiz não pode condicionar a concessão de liminar em mandado de segurança à prestação de quantia discutida. Tal exigência se traduz em abuso e ilegalidade. O impetrante tem sempre direito de ver apreciado seu pedido de liminar, independente de caução (LMS, art. 7º, II, c.c. o art. 15, VI, do CTN). Precedentes. 2. Recurso especial conhecido, mas improvido.” (STJ, 2.ª T., REsp 87.928-CE, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 17.03.1998, v.u., DJ 13.04).

ignora a boa-fé processual que se exige de todos os sujeitos do processo, inclusive, e com maior razão, do Estado-Juiz”¹⁸⁴.

Considerando as noções do Neoprocessualismo expostas no primeiro capítulo deste trabalho, conclui-se que o magistrado possui papel crucial para a garantia dos escopos da jurisdição, coibindo condutas antiéticas, desleais e ímprobos dos sujeitos do processo, o que deve fazer com supedâneo na boa-fé objetiva. Portanto, a boa-fé objetiva vincula não apenas a conduta de todos os sujeitos do processo, mas também a do próprio magistrado¹⁸⁵.

Desta feita, a prestação jurisdicional possui uma função social e política, que deve ser realizada pelo juiz no caso concreto, orientado sempre

¹⁸⁴ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO INTERPOSTO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. CONHECIMENTO. INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL. PRECLUSÃO QUE NÃO PODE PREJUDICAR A PARTE QUE CONTRIBUI PARA A CELERIDADE DO PROCESSO. **BOA-FÉ EXIGIDA DO ESTADO-JUIZ**. DOUTRINA. RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO PLENÁRIO. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E REJEITADO. 1. **A doutrina moderna ressalta o advento da fase instrumentalista do Direito Processual, ante a necessidade de interpretar os seus institutos sempre do modo mais favorável ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB) e à efetividade dos direitos materiais** (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, n.º 137, p. 7-31, 2006; DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010). 2. **“A forma, se imposta rigidamente, sem dúvidas conduz ao perigo do arbítrio das leis, nos moldes do velho brocardo dura lex, sed lex”** (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa. Org. Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 76). 3. As preclusões se destinam a permitir o regular e célere desenvolvimento do feito, por isso que não é possível penalizar a parte que age de boa-fé e contribui para o progresso da marcha processual com o não conhecimento do recurso, arriscando conferir o direito à parte que não faz jus em razão de um purismo formal injustificado. 4. **O formalismo desmesurado ignora a boa-fé processual que se exige de todos os sujeitos do processo, inclusive, e com maior razão, do Estado-Juiz**, bem como se afasta da visão neoconstitucionalista do direito, cuja teoria proscreve o legicentrismo e o formalismo interpretativo na análise do sistema jurídico, desenvolvendo mecanismos para a efetividade dos princípios constitucionais que abarcam os valores mais caros à nossa sociedade (COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. Trad. Miguel Carbonell. In: “Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho”, n.º 16, 2002). 5. O Supremo Tribunal Federal, recentemente, sob o influxo do instrumentalismo, modificou a sua jurisprudência para permitir a comprovação posterior de tempestividade do Recurso Extraordinário, quando reconhecida a sua extemporaneidade em virtude de feriados locais ou de suspensão de expediente forense no Tribunal a quo (RE nº 626.358-AgR/MG, rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julg. 22/03/2012). 6. In casu: [...] 7. O recurso merece conhecimento, na medida em que a parte, diligente, opôs os embargos de declaração mesmo antes da publicação do acórdão, contribuindo para a celeridade processual. 8. No mérito, os embargos devem ser rejeitados, [...]. 9. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados¹⁸⁴ (grifo meu) (STF, 1.ª T., HC 101132 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-099 DIVULG 21-05-2012 PUBLIC 22-05-2012 RT v. 101, n. 922, 2012, p. 719-725).

¹⁸⁵ Como já afirmado adrede, o juiz ficará responsável pela delimitação do conteúdo da boa-fé objetiva no caso concreto, uma vez que a boa-fé se refere a um conceito aberto.

pelos valores éticos e respeitadas as disposições legais (CF/88, art. 5º, II)¹⁸⁶. Em outras palavras, o julgador pode e deve ir além da literalidade da lei em busca da concretização da justiça, sem, contudo, olvidar-se, na sua atuação jurisdicional, de respeitar os preceitos elegidos pelo legislador.

O princípio da cooperação¹⁸⁷, do qual decorrem os deveres de consulta, de prevenção e de esclarecimento do juiz¹⁸⁸, implica que o julgador deve estar em constante diálogo com as partes do processo, esclarecendo as dúvidas desses sujeitos, fundamentando as suas decisões de forma racional e buscando a decisão mais justa para o caso concreto – valendo-se inclusive de poderes instrutórios não previstos expressamente em lei, sempre orientando pela boa-fé objetiva.

Em suma, o magistrado deve agir não apenas como observador do processo, mas como colaborador do mesmo, submetendo-se, por isso, ao princípio da boa-fé, como os demais sujeitos processuais.

Sobre esse tema, confira-se o ensinamento de Fredie Didier Júnior a respeito do processo à luz do princípio da cooperação, que doutrina que o processo deve ser visto como:

O produto de atividade cooperativa: cada qual com suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Traz-se o magistrado ao debate processual; prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio. Trata-se de princípio que informa e qualifica o contraditório. A obediência ao princípio da cooperação é comportamento que impede ou dificulta a decretação de nulidades processuais – e, principalmente, a prolação do juízo de inadmissibilidade. O princípio da cooperação gera os seguintes deveres para o magistrado (seus três aspectos): a) dever de esclarecimento; b) dever de consultar; c) dever de prevenir¹⁸⁹.

¹⁸⁶ CF/88, art. 5º, II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

¹⁸⁷ Como mencionado no item “2.4.” deste trabalho, o princípio da cooperação foi desenvolvido, no sistema jurídico pátrio, especialmente pelo movimento do formalismo-valorativo, cujo principal defensor no Brasil é Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**, 2010).

¹⁸⁸ O dever de consulta exige que o juiz intime as partes para se manifestar no processo antes de pôr fim à lide; o dever de esclarecimento implica que o magistrado deve expor suas dúvidas aos jurisdicionados, bem como os fundamentos de sua decisão com vistas a evitar equívocos; e o dever de prevenir consiste no dever do julgador de informar às partes eventuais deficiências para que possam supri-las.

¹⁸⁹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Teoria geral do Processo e Processo de Conhecimento**, v.1, p. 56.

Desta feita, percebe-se que esses deveres do magistrado provenientes do princípio da cooperação são, na verdade, manifestações da boa-fé objetiva no direito processual, que prima pela transparência e lealdade das relações jurídicas.

Consoante citado no capítulo segundo (notadamente no item “2.2.”), a boa-fé objetiva possui aplicabilidade direta, por ter fundamento na CF, cabendo, assim, ao magistrado delinear os seus contornos, bem como as consequências jurídicas decorrentes de sua violação, uma vez que se trata de um princípio constitucional viabilizado por uma cláusula geral.

Por conseguinte, o conteúdo da boa-fé deve ser analisado no caso concreto pelo magistrado, pois podem ocorrer inúmeras situações não previstas em lei violadoras da boa-fé objetiva. Daí a importância da atuação judicial no sentido de coibir e neutralizar os atos processuais contrários à lealdade, à confiança, à transparência, à cooperação e, sobretudo, à boa-fé objetiva.

Nesse sentido, afirmam Merryman e Peérez-Perdomo que as cláusulas como a da boa-fé dão ao juiz grande porção de poder equitativo indefinido, deixando-o quase que sem responsabilidade diante da formulação legislativa¹⁹⁰.

A concretização do princípio da boa-fé se dá, portanto, por meio das decisões judiciais, que analisam as particularidades dos casos em exame e refletem os valores imperantes na sociedade em determinado momento histórico, de modo que o conteúdo da boa-fé é continuamente construído pela atuação jurisdicional e se mantém, por conseguinte, sempre atualizado, mesmo sem a ocorrência de alterações legislativas.

¹⁹⁰ “É verdade que o legislador agiu e que sua ação é expressa como uma regra de direito material, mas os termos são tão amplos (‘boa-fé’, que não é definida no código, possui uma área quase ilimitada de potencial de aplicação) que o juiz quase não é condicionado pela formulação legislativa. O que aquela norma significa depende do uso que o juiz dela faz no caso concreto. O que os juízes fazem com ela nos casos concretos é direito factual [law in fact], apesar de não teórico [law in theory]” (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDONOMO, Rogelio. Op. cit., p. 53 *apud* SANTOS, Leide Maria Gonçalves. **Boa-fé objetiva no processo civil: a teoria dos modelos de Miguel Reale aplicada à jurisprudência brasileira contemporânea**. Curitiba: Juruá, 2012).

Nesse contexto, afirma Menezes Cordeiro que “a boa-fé objetiva é entendida como do domínio do direito jurisprudencial: o seu conteúdo adviria não da lei, mas da sua aplicação pelo juiz”¹⁹¹.

A boa-fé objetiva, como cláusula geral¹⁹² que é, representa pontos de partida para a criação de normas jurídicas no caso concreto pelos juízes e tribunais. Melhor explicando: os tribunais constroem “um arcabouço normativo a partir da concretização das cláusulas gerais, tais quais a boa-fé objetiva, que, para a aplicação no caso concreto sob análise, tem como ponto de partida as soluções formuladas em casos anteriormente decididos”¹⁹³.

Por isso, é impossível criar um conceito geral para a boa-fé objetiva, pois o seu conteúdo é amplo, dinâmico e construído pelos juízes e tribunais de acordo com as circunstâncias de cada situação em análise, surgindo, assim, várias orientações a respeito da boa-fé, que devem servir de norte para a sua aplicação vindoura, pelos tribunais, em casos semelhantes.

Nesse diapasão, Clóvis do Couto e Silva assevera que “as cláusulas gerais liberam os legisladores e atribuem a faculdade de especificar ou individualizar o seu conteúdo aos juízes, para que restabeleça, com o tempo o processo por meio do qual do ‘Direito do Caso’ chega-se à formulação de ‘normas novas’, extraíndo-se dele as *ratione decidendi*”^{194, 195}.

Desse modo, as razões de decidir de cada decisão judicial representam os parâmetros a serem seguidos nos casos futuros similares, sobrelevando-se, nesse contexto, a importância dos precedentes judiciais¹⁹⁶.

¹⁹¹ CORDEIRO, Antonio Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2007, p. 43.

¹⁹² Vide item “2.2.” *supra*.

¹⁹³ SANTOS, Leide Maria Gonçalves. **Boa-fé objetiva no processo civil: a teoria dos modelos de Miguel Reale aplicada à jurisprudência brasileira contemporânea**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 204.

¹⁹⁴ SILVA, Clóvis Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: **Estudos de direito civil brasileiro e português**. (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 66.

¹⁹⁵ É na *ratio decidendi* em que se encontra o real significado de um precedente, pois é sua fundamentação que identifica o modo e a extensão em que o precedente vincula as decisões judiciais futuras (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2 ed ver e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 221).

¹⁹⁶ Sobre o conceito de precedente judicial, vale citar a explanação de Marinoni a seu respeito: “Uma decisão, na medida em que deriva de fonte dotada de autoridade e interfere sobre a vida dos outros, constitui precedente que deve ser respeitado por quem o produziu e por quem está obrigado a decidir caso similar. Do outro lado, aquele que se coloca em condições similares às do caso já julgado possui legítima expectativa de não ser surpreendido por decisão diversa.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2 ed. Ver. e atual São Paulo: RT, 2011, p. 107).

Os precedentes jurisdicionais consubstanciam os pontos de partida a partir dos quais os tribunais irão se guiar nos casos similares futuros, sendo que a *ratio decidendi* da norma construída anteriormente funcionará como orientação para as decisões posteriores, haja vista que os precedentes visam garantir a estabilidade da aplicação do direito¹⁹⁷.

Note-se que os precedentes jurisprudenciais representam as normas jurídicas criadas pelos magistrados no caso concreto e servem de paradigma para a concretização das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados em casos futuros¹⁹⁸.

Os precedentes correspondem aos valores e anseios da sociedade em determinado momento histórico. Entretanto, eles não são imutáveis, uma vez que podem ser revogados, excepcionalmente, com base em uma justificação adequada, quando surgem novas tecnologias, novos valores sociais ou se revelem equivocados posteriormente.

De qualquer modo, os precedentes judiciais permanecem intactos durante certo tempo e funcionam como orientação para decisões judiciais posteriores até que sejam revogados.

Dessa forma, o sistema de precedentes se mostra importante na jurisdição contemporânea, pois proporciona segurança jurídica¹⁹⁹ aos jurisdicionados, haja vista que estes e seus advogados possuem previsibilidade das decisões judiciais, o que permite que pautem suas condutas conforme as decisões do Judiciário, bem como controlem os atos jurisdicionais.

Por conseguinte, os precedentes acarretam a estabilidade do ordenamento jurídico, pois conferem continuidade ao modo de compreender a ordem jurídica, o que permite, por sua vez, que o jurisdicionado preveja as consequências jurídicas de seu comportamento. Ademais, a uniformidade e

¹⁹⁷ “O Judiciário não se presta exclusivamente para decidir conflitos concretos, mais ainda deve cuidar para que as suas decisões possam servir de orientações para casos futuros.” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 25).

¹⁹⁸ Segundo Frederick Schauer, a decisão de hoje não apenas considera o passado, mas também serve de guia para o futuro (SCHAUER, Frederick. **Precedent**, cit., p. 572; MacCormick, Neil. Why cases have rationes..., cit., p. 161), o que possibilita o controle objetivo da decisão pelos jurisdicionados, que têm acesso à decisão anterior que ensejou o precedente.

¹⁹⁹ A segurança jurídica encontra-se prevista no caput do art. 5.º da Constituição Federal, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade, e, por isso, corresponde a um direito fundamental e a um princípio de ordem jurídica do Estado de Direito.

previsibilidade na interpretação e na aplicação do direito são imprescindíveis em um Estado de Direito²⁰⁰.

Além disso, os precedentes garantem a igualdade entre as decisões judiciais, pois os casos similares são tratados do mesmo modo, o que contribui para a estabilidade do poder, a confiança dos cidadãos no Poder Judiciário e a segurança necessária para o desenvolvimento das relações sociais.

No caso da boa-fé objetiva, é indubitável a importância da atividade jurisprudencial na transformação da cláusula geral da boa-fé em proposição jurídica positiva cujo conteúdo é construído e reconstruído diante das diversas manifestações dos casos concretos²⁰¹.

Em outras palavras, a concretização da cláusula geral da boa-fé é viabilizada pela atividade jurisprudencial, que através da construção da norma no caso concreto, cria precedentes, que servem de parâmetro para as decisões vindouras sobre casos análogos.

A utilização da cláusula geral da boa-fé pelos juízes destina-se a alcançar uma interpretação adequada para a regulação do caso concreto, consistindo a decisão a própria norma do caso concreto.

Não obstante a cláusula geral da boa-fé poder suscitar várias interpretações, tendo em vista o conteúdo vago e impreciso característico das cláusulas gerais, ela visa estabelecer normas jurídicas de caráter geral, que funcionem como precedentes para casos similares futuros, evitando-se, assim, a proliferação de diversas normas jurídicas para um mesmo caso, bem como a insegurança jurídica e a desigualdade na aplicação do direito em casos semelhantes^{202, 203}.

²⁰⁰ “A segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser “Estado de Direito.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2 ed ver e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 120-121).

²⁰¹ AMARAL, Francisco. **A boa-fé no processo romano**. *Revista Jurídica*. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da UFRJ, n. 1, v. 1, p. 33 e 35, 1995.

²⁰² As cláusulas gerais atuam como metanormas, pois enviam ao juiz critérios determináveis dos usos e costumes que vigoram em determinado ambiente social, o que permite capturar, em uma mesma hipótese, uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal (MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, vol. 15, 1998, p. 134).

²⁰³ Nesse sentido, Judith Martins-Costa adverte que “o alcance para além do caso concreto ocorre porque, pela reiteração dos casos e pela reafirmação, no tempo, da *ratio decidendi* dos julgados, especificar-se-á não só o sentido da cláusula geral, mas a dimensão da sua normatividade. Nesta perspectiva, o juiz é, efetivamente, a boca da lei – não porque reproduza,

Dessa forma, o sistema de precedentes vinculantes contribui para o recrudescimento dos casos de abuso processual, pois o arcabouço normativo gerado pelos precedentes permite o controle das decisões judiciais, que não podem se afastar desses parâmetros, salvo se houver uma justificativa plausível para tanto.

Contudo, no sistema brasileiro, não se tem prestigiado os precedentes, pois há um verdadeiro descaso dos juízes de primeiro grau e dos tribunais estaduais e federais com as decisões tomadas pelo STJ, bem como há um desrespeito no âmbito interno desta Corte e dos demais órgãos judiciais, o que retira do sistema jurídico brasileiro a sua estabilidade, previsibilidade, segurança e efetividade.

Acrescente-se, ainda, que “o respeito aos precedentes não depende de regra legal que afirme sua obrigatoriedade ou de sua explicitação, pois as normas constitucionais que atribuem aos tribunais superiores as funções de uniformizar a interpretação de lei federal e de afirmar o sentido da CF são indiscutivelmente suficientes para dar origem a um sistema de precedentes vinculantes”²⁰⁴.

Ora, um sistema jurídico que prevê um sem-número de cláusulas gerais, a exemplo da cláusula geral da boa-fé, não pode se furtar de se orientar por precedentes, que correspondem a normas jurídicas de caráter geral consubstanciadas em decisões judiciais tomadas no caso concreto. Isso porque os precedentes destinam-se a garantir a segurança, a igualdade e, por conseguinte, a efetividade das decisões judiciais.

Em suma, o amplo poder do juiz proporcionado pelas cláusulas gerais, como é o caso da cláusula geral da boa-fé, exige um sistema de precedentes, capaz de proporcionar a segurança jurídica, a igualdade, dar coerência à ordem jurídica, controlar o poder do juiz (que deve respeitar a decisão anterior), possibilitar orientação jurídica em determinado sentido, contribuir para a duração razoável do processo e, sobretudo, tutelar o direito material de forma efetiva.

como um ventríloquo, a fala do legislador, como gostaria a Escola da Exegese, mas porque atribuiu a sua voz à dicção legislativa, tornando-a, enfim e então, audível em todo o seu múltiplo e variável alcance” (MARTINS-COSTA, Judith. **O direito privado como um “sistema em construção”**, cit., p. 134).

²⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2 ed ver e atual. São Paulo: RT, 2011, p. 138.

Outrossim, o princípio da cooperação, que se atrela intrinsecamente com a boa-fé objetiva, permeia não apenas a atuação do magistrado, consoante afirmado acima, mas também a conduta dos demais sujeitos processuais. Ou seja, a boa-fé objetiva exerce sua força impositiva sobre todos os sujeitos processuais, cabendo a eles, indistintamente, o dever de colaboração para o alcance dos fins do processo e da jurisdição, como veremos a seguir.

3.3.2. Dever do Ministério Público de agir conforme a boa-fé objetiva

No tocante ao dever processual de respeitar a boa-fé objetiva por parte do representante do Ministério Público, pode-se afirmar que sua conduta se torna abusiva quando: há desvio de finalidade, que pode se configurar na conduta temerária desse órgão; esse órgão não examina detidamente as razões para a propositura de certa demanda; a finalidade da demanda é a promoção pessoal do promotor, o sensacionalismo causado pela propositura da ação ou outra finalidade diversa daquelas às quais a ação visa naturalmente; há a banalização na utilização da ação civil pública; utiliza-se a ação civil pública como sucedâneo de outras formas de tutela; dentre outras hipóteses.

Destarte, o uso distorcido da ação civil pública pelo Ministério Público é uma das principais afrontas ao princípio da boa-fé objetiva²⁰⁵, pois o órgão ministerial somente pode fazer uso desse tipo de ação nos casos previstos expressamente na lei, quais sejam: em defesa de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, relativos especialmente ao meio ambiente, às relações de consumo, a bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Lei 7.347/85, art. 1.º).

Contudo, o que se tem observado na prática é a propositura de ações civis públicas de forma desmedida, sem fundamento em critérios legais e

²⁰⁵ Como se verá adiante no item “3.5.”, trata-se de abuso processual macroscópico, pois considera o processo como um todo.

em desalinho com os fatos do cotidiano, o que tem causado o desprestígio desse tipo de instrumento processual perante a sociedade²⁰⁶.

Assim, o Ministério Público deve propor ação civil pública somente nas hipóteses admitidas em lei, dado o seu caráter de excepcionalidade, com fulcro nos juízos de necessidade, possibilidade e tipicidade, que lhe são inerentes, sob pena de cometer abuso processual.

O CPC pátrio prevê a responsabilização do Ministério Público somente nos casos em que este agir com dolo ou fraude (CPC, art. 85)²⁰⁷. Todavia, defende-se aqui que o órgão do Ministério Público responda por abuso processual, mesmo que não se verifique dolo em seu comportamento, uma vez que a contrariedade à boa-fé objetiva é facilmente aferível pela sua conduta no processo, bastando que reste comprovado o desvio de finalidade no exercício do seu direito, o que deve ser analisado no caso concreto.

3.3.3. Advogados e partes: “principais”²⁰⁸ destinatários do princípio da boa-fé

O advogado e as partes, por sua vez, também devem respeitar a boa-fé objetiva no âmbito processual.

Na verdade, a tendência sempre foi visualizar as partes e seus patronos como os principais sujeitos que devem agir com supedâneo na boa-fé, principalmente porque estes sujeitos encontram-se diante de um jogo²⁰⁹ de interesses. Todavia, hoje, em que predomina o processo civil cooperativo, não se pode mais asseverar que existem destinatários “principais” do princípio da

²⁰⁶ Cita-se como exemplo a ação civil pública proposta, de forma ilegítima, pelo Ministério Público, em prol de aluno de ensino superior que pretendia cursar simultaneamente dois cursos na mesma universidade pública, uma vez que o interesse em discussão não possuía o caráter de transindividualidade e de indivisibilidade próprios da ação civil pública (STJ, 1.ª T., REsp 240.033-CE, rel. Min. José Delgado, j. 15.08.2000, v.u., Bol. AASP 2.247/497).

²⁰⁷ CPC, art. 85: “O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude.”

²⁰⁸ O uso das aspas foi utilizado no intuito de demonstrar que, no direito processual civil contemporâneo, todos os participantes do processo devem observar a boa-fé objetiva, sem distinções.

²⁰⁹ Utiliza-se aqui a comparação de Piero Calamandrei, que equipara o processo ao jogo (II processo come giuoco).

boa-fé, pois todos devem colaborar igualmente para a construção de um processo justo e equo.

Alerta Barbosa Moreira para a necessidade de que não seja favorecido aquele que luta “com maior vigor ou maior habilidade técnica – para não dizer com menores escrúpulos”, em detrimento de quem, efetivamente, tem razão no plano material e também no processual²¹⁰.

Os advogados, ao defenderem os interesses dos jurisdicionados, exercem um *munus* público indispensável para a administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão (CF/88, art. 133²¹¹ e Lei 8.906/94, art. 2º.). Ademais, este profissional liberal atua de forma independente, sem qualquer vínculo de subordinação²¹², em busca da adequada prestação jurisdicional²¹³.

Desta feita, não se pode admitir uma atuação violadora dos valores morais e éticos, por parte dos patronos das partes, na busca pela vitória no processo a qualquer custo, pois se deve primar pelo processo justo e ético, como emoldurado pela CF.

Em outras palavras, o processo, não obstante constituir um “jogo”, exige a conduta ética das partes e de seus procuradores²¹⁴, que podem se utilizar de bons argumentos e de habilidade técnica no afã de obter a efetivação do direito material reclamado em juízo, mas não de meios inidôneos e ardilosos. Caso contrário, esses sujeitos poderão ser punidos pelo cometimento de atos processuais violadores da boa-fé objetiva, como se verá adiante.

Neste sentido, afirma Mariana Pretel acerca da boa-fé objetiva e da lealdade processual:

²¹⁰ MOREIRA, Barbosa. Duelo e processo. **RePro**, São Paulo: RT, v. 112, out.-dez. 2003, p. 179.

²¹¹ CF, 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.”

²¹² EOAB, art. 6º: “Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.”

²¹³ O exercício da advocacia refere-se, em regra, a uma atividade de meio, pois busca resultados sem a garantia de alcançá-los.

²¹⁴ É permitida a habilidade no “jogo” do processo, mas não a mentira, a trapaça. Nas palavras de Piero Calamandrei: “É a fidelidade aos cânones não escritos da correção profissional que assinalam os limites entre a habilidade e a trapaça.” (**II processo come giuoco**, p. 25).

As partes, os causídicos e todos os demais partícipes processuais, incluindo os advogados, não podem, de maneira alguma, considerar o processo apenas como um jogo ou um combate de técnicas a serem usadas, atentando-se que, como qualquer atividade humana, envolvendo relações entre as pessoas, existem regras e limites a serem lembrados²¹⁵.

Observe-se que a violação da boa-fé é percebida pela conduta dos sujeitos processuais que agiram de forma desleal no processo, ou seja, é analisada objetivamente, sem perquirir o ânimo dos envolvidos no cometimento do abuso do processo.

Uma questão polêmica diz respeito às sanções cabíveis aos advogados, quando eles atuam, no processo, em desconformidade com a boa-fé objetiva.

Segundo o EOAB (Lei 8.906/94), o advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia (art. 31). Assim, o advogado deve assistir seu constituinte, diligente e prudentemente, no afã de formar a convicção judicial em favor de seu mandante, utilizando de meios lícitos e leais para tanto.

Nesse diapasão, a classe dos advogados deve respeitar, além dos deveres processuais inculpidos no art. 14 do CPC, os deveres éticos consignados no Código de Ética e Disciplina (art. 33 do EOAB)²¹⁶, destacando-se os deveres dos advogados contidos no parágrafo único do art. 2º. do Código de Ética, especialmente o dever de “atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé” (inciso II) e o de “aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial” (inciso VII). Além disso, também se relaciona ao princípio da boa-fé a vedação ao procurador de “expor os fatos em Juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé” (art. 6º. do Código de Ética)²¹⁷.

²¹⁵ PRETEL, Mariana Pretel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no Processo Civil Brasileiro**, p. 101.

²¹⁶ O Código de Ética e Disciplina da OAB foi instituído pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e foi aprovado em 13 de fevereiro de 1995.

²¹⁷ Nesse mesmo sentido, têm-se os dez mandamentos do advogado, delineados pelo uruguaio Eduardo Couture, mormente o quinto mandamento, que trata da lealdade: “Sê leal. Leal para com o teu cliente, a quem não debes abandonar a não ser que compreendas que é indigno de ti. Leal para com o adversário, ainda que ele seja desleal contigo. Leal para com o juiz, que ignora os fatos e deve confiar no que tu lhe dizes; e que quanto ao direito, alguma outra vez, deve confiar no que tu lhe invocas.”. (COUTURE, Eduardo Juan. **Os Mandamentos do**

O EOAB, de seu turno, ao tipificar as infrações disciplinares no seu art. 34, trata de algumas hipóteses relacionadas à boa-fé, como no caso dos seguintes incisos, que preceituam ser infração: “advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior” (inciso VI); “acarretar, conscientemente, por ato próprio, a anulação ou a nulidade do processo em que funcione” (inciso X); “deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa” (inciso XIV); “prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la” (inciso XVII); “reter, abusivamente, ou extraviar autos recebidos com vista ou em confiança” (inciso XXII).

A punição do advogado pelas infrações disciplinares é atividade exclusiva do Tribunal de Ética e Disciplina do Conselho Seccional da OAB onde ocorreu o fato, salvo se tiver sido cometido perante o Conselho Federal (art. 70 da EOAB).

Embora possa ser punido por infração disciplinar, conforme prescreve o EOAB, o advogado, em princípio, não pode ser sujeito de abuso do processo, uma vez que ele não é parte do processo, exceto nos casos em que postula em causa própria (CPC, art. 36)²¹⁸. Ademais, não obstante o *caput* do art. 14 do CPC estabelecer deveres processuais para todos que participam do processo, incluindo, portanto, os procuradores, as sanções dos arts. 16 e 18 destinam-se apenas aos litigantes²¹⁹, uma vez que o CPC prevê a

Advogado. 3 ed. Trad. Ovídio Araújo Baptista da Silva e Carlos Otávio Athayde. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 45).

²¹⁸ CPC, art. 36: “A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.”

²¹⁹ Frise-se que no Código de Processo Civil de 1939, havia previsão de aplicação de multa às partes, aos procuradores e aos serventuários da justiça que agissem com má-fé (CPC/1939, art. 66: As multas impostas às partes em consequência de má-fé serão contadas como custas; as impostas aos procuradores e aos serventuários serão cobradas em selos inutilizados nos autos pelo juiz.), e não apenas àquelas primeiras, como prescreve o código atual: CPC, art. 16: “Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.” e 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.”

responsabilidade por danos processuais na Seção II do Código, cujo título é “Da responsabilidade das partes por dano processual”, o que denota que a responsabilidade contida nos dispositivos desta seção refere-se apenas às partes, e não aos seus respectivos procuradores.

Assim, *a priori*, condena-se a parte por abuso processual, em virtude de sua *culpa in eligendo* pela má escolha do seu patrono, cabendo a ela ingressar em juízo contra o seu procurador, exercendo, dessa forma, o seu direito de regresso²²⁰.

Não obstante tais considerações, há, no diploma processual civil pátrio, outros dispositivos aplicáveis diretamente aos advogados, a fim de prevenir e repreender os procuradores que não agirem de forma séria e correta, no seu desiderato de buscar a adequada prestação jurisdicional. Por exemplo, o art. 196 do CPC prevê multa ao advogado que retém indevidamente os autos além do prazo que lhe foi concedido, além de lhe obstar a vista dos autos fora do cartório²²¹. Além disso, o juiz pode mandar riscar expressões injuriosas utilizadas pelo causídico nos escritos apresentados no processo (CPC, art. 15), bem como o CPC reputa de responsabilidade do advogado a declaração de autenticidade de cópias reprográficas de peças do processo judicial utilizadas para fins probatórios (CPC, art. 365, IV).

Acrescente-se, ainda, que, no CDC (Lei 8.078/90), em que o advogado se enquadra na classe dos profissionais liberais, exige-se, em regra, a demonstração de dolo ou culpa do advogado que descumprir o dever de assistir seu constituinte de forma diligente e proba, causando-lhe a condenação por litigância desleal (CDC, art. 14, §4.º)^{222, 223}.

²²⁰ Na lição de Arruda Alvim, mesmo que o advogado tenha exorbitado dos poderes constantes do mandato, responderá a parte pelo abuso cometido no processo, especialmente porque agiu com *culpa in eligendo* ao escolher o seu causídico, o verdadeiro causador do abuso do processo (ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Resistência injustificada ao andamento do processo. **RePro**, São Paulo: RT, v. 17, jan. – mar. 1980, p. 19-20).

²²¹ Entretanto, mesmo neste caso, a multa não poderá ser imposta diretamente pelo juiz ao causídico, devendo o fato ser comunicado à seção local da OAB para que esta possa tomar as devidas providências (CPC, art. 196, parágrafo único).

²²² Considerando que os advogados incluem-se na categoria dos profissionais liberais, aplica-se a eles o §4º do art. 14 da Lei 8.078/90: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”. Note-se, também, que a parte do processo que contratou o advogado corresponde ao “consumidor”, enquanto que o procurador refere-se ao “fornecedor”, nos termos dos arts. 2º. e 3º. da lei consumerista.

²²³ Excetua-se dessa regra os casos em que a atividade do advogado não for de meio, como na redação de um contrato, inventário de bens, etc., e quando a advocacia for exercida por uma sociedade de advogados, o que desconfigura a qualidade de profissional liberal do

Todavia, como afirmado anteriormente item “3.2.”, a concretização da boa-fé objetiva não depende da caracterização da litigância de má-fé ou dos atos atentatórios à dignidade da justiça, pois a boa-fé objetiva consiste em um princípio constitucional e, portanto, deve ser observada objetivamente por todos que participam da relação jurídica, inclusive pelos advogados atuantes na lide.

Desse modo, o juiz do Estado Constitucional pode se utilizar de seu amplo leque de poderes instrutórios para forçar os advogados a agirem com boa-fé no processo, não estando limitado pela lei.

Note-se que a imposição de sanções meramente disciplinares aos advogados (Lei 8.906/94, arts. 34 a 40) são insuficientes para coibir os atos abusivos por parte dos causídicos, uma vez que eles demandam procedimentos perante o órgão de classe, sem qualquer influência nos autos do processo em que ocorreu o abuso. Por isso, é relevantíssima a atuação judicial no sentido de inibir e coibir as condutas dos advogados que desabonarem o princípio da boa-fé.

Não obstante, em regra, a responsabilidade dos advogados ser aferida em ações de regresso interpostas pelas partes, a jurisprudência brasileira²²⁴ tem se pronunciado a favor da responsabilização direta do patrono,

advogado. Portanto, nestes casos, a responsabilidade do advogado será objetiva, prescindindo da demonstração de dolo ou culpa.

²²⁴ Nesse sentido, o STJ e o STF já se manifestaram, respectivamente: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. EXPRESSÕES INJURIOSAS E CALUNIOSAS CONTRA MAGISTRADO EM REPRESENTAÇÃO ADMINISTRATIVA APRESENTADA PELO ADVOGADO DE SINDICATO PERANTE A CORREGEDORIA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO SINDICATO. QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO COM RAZOABILIDADE. SÚMULA 07/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.” (AgRg no REsp 1224445/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/09/2012, DJe 27/09/2012) e “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADVOGADO. OFENSA A MAGISTRADO. EXCESSO. INAPLICABILIDADE DA IMUNIDADE PROFISSIONAL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS CLIENTES REPRESENTADOS. VALOR DOS DANOS MORAIS. A imunidade profissional, garantida ao advogado pelo Estatuto da Advocacia não alberga os excessos cometidos pelo profissional em afronta à honra de quaisquer das pessoas envolvidas no processo, seja o magistrado, a parte, o membro do Ministério Público, o serventuário ou o advogado da parte contrária. Precedentes. **O advogado que, atuando de forma livre e independente, lesa terceiros no exercício de sua profissão responde diretamente pelos danos causados, não havendo que se falar em solidariedade de seus clientes, salvo prova expressa da 'culpa in eligendo' ou do assentimento a suas manifestações escritas, o que não ocorreu na hipótese.** O valor dos danos morais não deve ser fixado de forma ínfima, mas em patamar que compense adequadamente o lesado, proporcionando-lhe bem da vida que apazigue as dores que lhe foram impingidas. Recurso Especial parcialmente provido.” (REsp 932.334/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 04/08/2009); e

nos próprios autos, quando é manifesta a ocorrência do abuso processual, não havendo que se falar em responsabilidade solidária entre os causídicos e seus clientes, salvo prova expressa de “culpa in eligendo” destes ou da aquiescência às manifestações escritas do seu procurador, ideia compartilhada por esta autora.

Seria incongruente responsabilizar somente a parte por atos praticados abusivamente pelo seu patrono no processo, quando este age sem a aprovação e ciência de quem lhe constituiu e que em nada concorreu para a prática do ato contrário à boa-fé. Ademais, consoante observado por Ada Pellegrini Grinover, na grande maioria das vezes, o verdadeiro responsável pela prática do abuso processual é o advogado e não a parte²²⁵.

Dessa forma, é irrefragável que o advogado também se sujeita ao dever de agir, no processo, de acordo com a boa-fé, pois todos, sem exceção, devem cooperar com a realização da justiça no caso concreto²²⁶.

“EMENTA: Agravo regimental em mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Não ocorrência. Independência entre a atuação do TCU e a apuração em processo administrativo disciplinar. Responsabilização do advogado público por parecer opinativo. Presença de culpa ou erro grosseiro. Matéria controvertida. Necessidade de dilação probatória. Agravo regimental não provido. 1. Ausência de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. A Corte de Contas providenciou a notificação do impetrante assim que tomou conhecimento de seu envolvimento nas irregularidades apontadas, concedendo-lhe tempo hábil para defesa e deferindo-lhe, inclusive, o pedido de dilação de prazo. O TCU, no acórdão impugnado, analisou os fundamentos apresentados pela defesa, não restando demonstrada a falta de fundamentação. 2. O Tribunal de Contas da União, em sede de tomada de contas especial, não se vincula ao resultado de processo administrativo disciplinar. Independência entre as instâncias e os objetos sobre os quais se debruçam as respectivas acusações nos âmbitos disciplinar e de apuração de responsabilidade por dano ao erário. Precedente. Apenas um detalhado exame dos dois processos poderia confirmar a similitude entre os fatos que são imputados ao impetrante. 3. **Esta Suprema Corte firmou o entendimento de que “salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa”** (MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 1º/2/08). Divergências entre as alegações do agravante e as da autoridade coatora. Enquanto o impetrante alega que a sua condenação decorreu exclusivamente de manifestação como Chefe da Procuradoria Distrital do DNER em processo administrativo que veiculava proposta de acordo extrajudicial, a autoridade coatora informa que sua condenação não se fundou apenas na emissão do dito parecer, mas em diversas condutas, comissivas e omissivas, que contribuíram para o pagamento de acordos extrajudiciais prejudiciais à União e sem respaldo legal. Divergências que demandariam profunda análise fático-probatória. 4. Agravo regimental não provido.”(MS 27867 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC PUBLIC 04-10-2012 – grifo da autora).

²²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o *contempt court*. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 66.

²²⁶ Em sentido oposto, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni entendem que a colaboração no processo civil que é devida no Estado Constitucional somente é aquela existente entre o juiz e as partes, não havendo o dever de colaboração entre as partes, porque estas obedecem a

3.3.4. Dever de respeitar a boa-fé objetiva por todos que de qualquer forma participem do processo

Por derradeiro, deve-se observar que também devem agir de acordo com a boa-fé todos aqueles que de qualquer forma participem do processo, como os intervenientes, que são aqueles que originariamente são estranhos à relação jurídica, mas integram-na posteriormente, a exemplo da intervenção de terceiros, do arrematante que participa do processo de execução (CPC, art. 690 e ss.), etc.; os auxiliares da justiça; dentre outros.

Segundo o art. 139 do CPC, são auxiliares do juízo o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete, além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária.

Os auxiliares da justiça, sob a direção e em conjunto com o magistrado, realizam a prestação jurisdicional, mediante a necessária formação e desenvolvimento do processo²²⁷.

Outrossim, esses auxiliares da justiça devem realizar, de forma impessoal, os atos necessários para o andamento do processo que não sejam da responsabilidade exclusiva do juiz, sem qualquer subordinação às partes litigantes no processo.

Nesse diapasão, vale fazer algumas considerações sobre as testemunhas, que também são consideradas auxiliares da justiça, pois auxiliam o juízo quando intimadas para tal fim, mesmo sem possuir vínculo permanente com o serviço público²²⁸. Assim, as testemunhas prestam serviço público de

diferentes interesses no que tange à sorte do litígio (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 48).

²²⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 36ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 83.

²²⁸ Humberto Theodoro Júnior classifica os auxiliares da justiça em duas categorias: os *permanentes*, que prestam serviço em todo e qualquer processo que tramite pelo juízo, como o escrivão, o oficial de justiça e o contador judicial, e os *eventuais*, que, mesmo sem vínculo permanente com o serviço público, atuam em alguns processos quando convocados para tanto pelo juízo, como o perito, as testemunhas e o intérprete (THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 36ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 83).

forma esporádica (CPC, art. 419)²²⁹ e, portanto, devem colaborar com a justiça, sem qualquer submissão aos interesses das partes, tanto que, ao início da inquirição, a testemunha presta o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, sendo advertida pelo juiz de incorrerá em sanção penal se fizer afirmação falsa, calar ou ocultar a verdade (CPC, art. 415).

Dessarte, todos os auxiliares do juízo devem agir de acordo com a boa-fé objetiva, pois devem ser imparciais em suas condutas, sob pena de responder por condutas dolosas ou culposas que pratiquem no exercício de suas atribuições, podendo inclusive sofrer arguição de impedimento ou suspeição, conforme disciplina o art. 138 do Diploma Processual Civil^{230, 231}.

De todo o exposto, é indubitável a necessidade de se respeitar a boa-fé e a lealdade processual nas relações jurídicas travadas entre os jurisdicionados, os seus patronos, o Estado-juiz e qualquer sorte de participante no processo, pois, hodiernamente, todos têm que colaborar para a garantia da finalidade instrumental do processo, qual seja: tutelar efetivamente o direito material de forma leal e proba.

3.4. Aplicabilidade da proibição do *venire contra factum proprium* no âmbito processual

A proibição do *venire contra factum proprium* é um instituto oriundo do direito civil, que significa o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente pelo exercente. Melhor

²²⁹ CPC, art. 419, par. único: “O depoimento prestado em juízo é considerado serviço público. A testemunha, quando sujeita ao regime da legislação trabalhista, não sofre, por comparecer à audiência, perda de salário nem desconto no tempo de serviço”.

²³⁰ CPC, art. 138. Aplicam-se também os motivos de impedimento e de suspeição: I - ao órgão do Ministério Público, quando não for parte, e, sendo parte, nos casos previstos nos ns. I a IV do art. 135; II - ao serventuário de justiça; III - ao perito; IV - ao intérprete.

²³¹ O STJ já se pronunciou sobre a imparcialidade com que atuam os auxiliares do juízo, *in casu*, o oficial de justiça: AÇÃO ANULATÓRIA DE ATOS JURIDICOS - TRANSAÇÕES, SOB ALEGAÇÃO DE COAÇÃO. Não é testemunha legalmente suspeita o oficial de justiça que age no cumprimento de mandado judicial, e narra o acontecido em tal ocasião. A posse de locatários, ainda que de boa-fe, não pode em princípio ser oposta aos verdadeiros *dominus* do imóvel locado, imissão na posse do bem que lhes pertence. Recurso especial não conhecido. (REsp 8.936/SP, Rel. Ministro ATHOS CARNEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/1992, DJ 04/05/1992, p. 5889)

explicando: o *venire contra factum proprium* exige dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo, porém, analisados conjuntamente, o segundo comportamento não somente contraria o primeiro ato, mas também a boa-fé objetiva, o que é mais grave²³².

Não obstante possuir raízes no direito material, a proibição do *venire contra factum proprium* também pode se manifestar no âmbito processual. Tal situação ocorre, por exemplo, quando o executado nomeia bens à penhora e, posteriormente, alega a impenhorabilidade daqueles bens nomeados, frustrando, assim, o fim social do processo.

Note-se, ainda, que essa vedação de comportamentos contraditórios é uma consequência do princípio da boa-fé, que, ao velar pela lealdade, honestidade e probidade nas relações jurídicas, pode limitar o exercício inadmissível de situações jurídicas processuais²³³.

Sobre a aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no âmbito processual, Fredie Didier Júnior pontua:

De acordo com a sistematização procedida pela doutrina alemã, são quatro os casos de aplicação da boa-fé ao processo: a) proibição de criar dolosamente posições processuais, ou seja, proibição de agir de má-fé; b) a proibição de *venire contra factum proprium*; c) a proibição de abuso de poderes processuais; d) *Verwirkung* (*supressio*, de acordo com a sugestão consagrada por Menezes Cordeiro): perda de poder processual em razão do não-exercício por tempo suficiente para incluir no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não será mais exercido²³⁴.

O *venire contra factum proprium* faz parte da teoria dos atos próprios, desenvolvida no direito civil, que se consubstancia na vedação de comportamentos contraditórios e incoerentes, ou seja, não pode o agente exercer uma posição na relação jurídica oposta a um comportamento já assumido anteriormente, por desprezar a boa-fé objetiva.

²³² CORDEIRO, Antonio Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 742.

²³³ Trata-se de aplicação limitativa da boa-fé objetiva, referida anteriormente no subitem “2.3.3.” do item “2.3.” do segundo capítulo deste trabalho.

²³⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Multa Coercitiva, Boa-fé processual e Supressio: Aplicação do Duty to Mitigate the loss no Processo Civil**. Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil n° 32, set/out de 2009^a.

De origem germânica, a teoria dos atos próprios abrange, além do *venire contra factum proprium*, outras modalidades de condutas inadmissíveis perante o direito, que podem ser resumidas pelas expressões latinas *supressio*, *surrectio* e *tu quoque*.

A *supressio* significa que a parte não pode pleitear um direito que deixou de exercer por um lapso razoável de tempo, de modo a gerar na contraparte a expectativa de que este direito não seria mais exercido, o que iria de encontro à confiança depositada na contraparte e violaria, por conseguinte, a boa-fé²³⁵.

Já a *surrectio* é a situação jurídica ativa que surge para o sujeito passivo de não mais se submeter ao credor que se manteve inerte. Assim, nasce um direito em decorrência da prática constante e reiterada de certos atos. Desse direito surge a expectativa do beneficiário de ver mantida a regularidade e continuidade da situação fática ou, pelo menos, da ausência de qualquer impedimento desse comportamento^{236, 237}.

Por fim, o *tu quoque*²³⁸ corresponde à situação do sujeito que viola deveres contratuais e que, portanto, não pode exigir de outrem o seu acatamento, sob pena de incorrer em má-fé²³⁹. Em outras palavras, o sujeito

²³⁵ Consoante Menezes Cordeiro, a *supressio* corresponde a “uma demora desleal no exercício de um direito” (CORDEIRO, Antonio Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2007, p. 779).

²³⁶ Para que se configure a *surrectio*, é necessário “um certo lapso de tempo, por excelência variável, durante o qual se actua uma situação jurídica em tudo semelhante ao direito subjetivo que vai surgir; requer-se uma conjunção objetiva de fatores que concitem, em nome do Direito, a constituição do novo direito; impõe-se a ausência de previsões negativas que impeçam a *surrectio*” (CORDEIRO, Antonio Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2007, p. 821-822).

²³⁷ Note-se que tanto a *supressio* como a *surrectio* relacionam-se aos efeitos do tempo nas relações jurídicas, de modo que a *supressio* faz desaparecer um direito pelo atraso desleal do seu exercício e a *surrectio* faz nascer um direito não existente antes no mundo jurídico, mas que já existia na esfera fática.

²³⁸ Para Menezes Cordeiro, o *tu quoque* decorre do fato de que “fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir a exigir a outrem o seu acatamento” (Menezes de Cordeiro, **Da boa-fé no direito civil**, p. 837).

²³⁹ Na lição de Aldemiro Rezende Dantas Júnior, o *tu quoque* visa reprimir a má-fé, ao passo que o *venire contra factum proprium* objetiva proteger a boa-fé, pois neste caso há a confiança na contraparte, enquanto que no *tu quoque* a existência dessa confiança na contraparte é prescindível, sendo necessária, para sua configuração, apenas a malícia do sujeito em adotar valorações diferentes para uma mesma situação jurídica. (DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 388).

que desobedece uma norma jurídica não pode exigir que outro venha respeitá-la²⁴⁰.

Pelo fato de a proibição do *venire contra factum proprium* possuir um conteúdo mais amplo que a *supsessio*, a *surrectio* e o *tu quoque*, e de sua manifestação na esfera processual ser mais comum do que das demais modalidades, conforme se pôde perceber pela pesquisa jurisprudencial que se encontra mais adiante, deter-se-á o foco do estudo à análise do *venire contra factum proprium* no direito processual civil.

Consoante afirmado no início desse tópico, o *venire contra factum proprium* é uma manifestação do abuso de direito que ocorre quando duas condutas de uma mesma pessoa são opostas, na medida em que a segunda conduta contraria a primeira (o *factum proprium*)²⁴¹, o que se reprime em prol do princípio da boa-fé.

Essa natureza contraditória do *venire*, bem como o seu fundamento no princípio da boa-fé aproxima o *venire contra factum proprium* do instituto da preclusão lógica.

A preclusão lógica consiste na “impossibilidade em que se encontra a parte de praticar determinado ato ou postular certa providência judicial em razão da incompatibilidade existente entre aquilo que agora a parte pretende e sua própria conduta processual anterior”²⁴². Em outras palavras, a preclusão incide sobre o comportamento contraditório (segunda conduta), impedindo que ele produza qualquer efeito, mas não é consequência dele e sim da primeira conduta²⁴³.

Registre-se, nesse ponto, que a preclusão lógica incide até mesmo sobre o julgador, quando este, por exemplo, julga improcedente o pedido, por

²⁴⁰ O Código Civil pátrio prevê expressamente o *tu quoque* no âmbito contratual, quando estabelece a *exceptio non adimplenti contractus* no seu art. 476, que determina que a parte que não cumpriu com sua obrigação contratual não pode exigir da outra parte o cumprimento da obrigação que lhe cabe. Assim, ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza.

²⁴¹ Conforme observado por Menezes Cordeiro, o *venire* pode se configurar de maneira positiva por uma ação contrária àquilo que o *factum proprium* faria esperar e negativa quando o *factum proprium* é contrariado por uma omissão (CORDEIRO, Antonio Menezes. **Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa ‘in agendo’**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 50).

²⁴² SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, v. 1, p. 209.

²⁴³ Didier assevera que “[...] A preclusão não é efeito do comportamento contraditório (ilícito); a preclusão incide sobre o comportamento contraditório, impedindo que ele produza qualquer efeito” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Salvador: Juspodivm, 2008, v. I, p. 275).

falta de prova, em julgamento antecipado da lide, pois a antecipação do julgamento pressupõe que os fatos alegados pelas partes encontrem-se devidamente provados.

Assim, a preclusão lógica refere-se a uma conduta incompatível com o exercício de um ato anteriormente realizado, tal como ocorre com o *venire contra factum proprium*.

Além disso, apesar de ser comumente relacionada apenas aos princípios da segurança jurídica e da razoável duração do processo, a técnica processual da preclusão possui uma dimensão valorativa relacionada com a boa-fé objetiva, assim como ocorre com o *venire*, pois respeita a confiança surgida numa relação jurídica, bem como enaltece a retidão e a coerência dos comportamentos dos sujeitos processuais.

Do exposto acima, extrai-se que a preclusão lógica se refere ao *venire contra factum proprium* na esfera processual, sendo sua incidência mais notável na seara recursal²⁴⁴.

Nesse sentido, preleciona Didier Júnior que “a ideia de preclusão lógica é tradução, no campo do direito processual, do princípio da boa-fé objetiva, mais especificamente do vetusto brocardo *nemo potest venire contra factum proprium*”^{245, 246}.

²⁴⁴ Barbosa Moreira alerta para a ocorrência do *venire contra factum proprium* em sede recursal, quando a impugnação à decisão é manifestamente contraditória com ato anteriormente praticado, pois “[...] A ninguém é dado usar as vias recursais para perseguir determinado fim, se o obstáculo ao atingimento desse fim, representado pela decisão impugnada, se originou de ato praticado por aquele mesmo que pretende impugná-la; no fundo trata-se de aspecto peculiar do princípio que proíbe o *venire contra factum proprium*, e o impedimento ao recurso, em perspectiva dogmática, subsume-se na figura denominada preclusão lógica [...]. Trata-se aqui, no entanto, de fatos impeditivos do direito de recorrer, já a renúncia é fato extintivo desse direito” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. V, p. 340).

²⁴⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Salvador: Juspodivm, 2008, v. I, p. 275.

²⁴⁶ Na lição de Leide Gonçalves Santos, “A preclusão lógica no bojo do direito processual é sempre situação de *venire contra factum proprium*, entretanto o campo de configuração do *venire contra factum proprium* no campo processual desborda as situações em que se configura a preclusão lógica. [...] A preclusão lógica ocorre no interior do processo com a realização de atos processuais incompatíveis entre si, portanto está diretamente vinculado ao processo em curso e os que dele participam. Já o *venire contra factum proprium* pode manifestar-se em condutas cuja contrariedade pode desbordar os limites processuais, ou seja, comporta a prática de atos extraprocessuais cuja contrariedade será manifesta no interior do processo. Poder-se-ia afirmar que o “*venire contra factum proprium*” é denominado, no campo processual, como “preclusão lógica” [...] (SANTOS, Leide Maria Gonçalves. **Boa-fé objetiva no processo civil: a teoria dos modelos de Miguel Reale aplicada à jurisprudência brasileira contemporânea**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 275.

Considerando que a proibição do *venire contra factum proprium* tem como fundamento o respeito ao princípio da boa-fé e à confiança (depositada no *factum proprium*), e que a preclusão lógica representa a aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no campo processual²⁴⁷, conclui-se que a proteção da boa-fé objetiva é manifestação tanto do direito privado quanto do direito público.

Frise-se, ainda, que a proibição do *venire contra factum proprium* não se confunde com a responsabilização civil²⁴⁸, uma vez que não visa responsabilizar civilmente o violador da regra normativa, nem perquirir o dolo ou a culpa do mesmo, mas sim aplacar condutas desleais dentro das relações jurídicas com supedâneo na boa-fé objetiva, no afã de tutelar a confiança e a coerência entre os sujeitos processuais, o que reforça a instrumentalidade do processo.

Ademais, essa teoria coaduna-se com o processo civil cooperativo, uma vez que exige a observância da boa-fé por todos os sujeitos processuais, bem como demanda uma atuação ativa do magistrado, que deverá analisar a boa-fé objetiva de acordo com as circunstâncias do caso concreto, sempre vislumbrando a finalidade ética do processo.

Ressalve-se, nesse ponto, que o princípio da cooperação e o princípio que veda o *venire contra factum proprium* (proibição do comportamento contraditório) possuem uma característica em comum, qual seja, constituem alguns dos componentes do conteúdo da boa-fé objetiva na relação jurídica processual²⁴⁹.

Além da preclusão lógica, também é uma forma de manifestação do *venire contra factum proprium* no âmbito processual a regra contida no art. 243 do Código de Processo Civil, que trata das invalidades processuais, *in verbis*:

²⁴⁷ Cita-se como exemplo de preclusão lógica a hipótese prevista no art. 503 do CPC: “Art. 503. A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer. Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer.”

²⁴⁸ Prevista nos arts. 159 e 187 do Código Civil de 2002, *in litteris*: “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.” e “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

²⁴⁹ A respeito da correlação do princípio da cooperação com a boa-fé objetiva, ver item “2.4.” *supra*.

“Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa”.

Ressalte-se aqui que nem sempre o magistrado irá decretar a nulidade de um ato quando ocorrer um comportamento contraditório, pois a proteção da boa-fé objetiva, por ser de interesse público, deve ser ponderada pelo juiz juntamente com as demais circunstâncias do caso concreto, com o intuito de se alcançar uma decisão justa e fundamentada no princípio da proporcionalidade e nos princípios constitucionais, considerados esses princípios de forma sistemática.

Corroborando com esse entendimento a teoria do adimplemento substancial desenvolvida no direito civil, segundo a qual, em certos casos, se a relação jurídica já foi adimplida substancialmente, não é permitida a sua resolução. Assim, se o inadimplemento é mínimo, o direito à resolução da relação jurídica converte-se em outra situação jurídica ativa, de forma que permaneça incólume o negócio jurídico, pois se mostra mais vantajosa a manutenção do negócio jurídico do que a sua resolução²⁵⁰.

No direito privado brasileiro, a aplicação dessa teoria decorre do art. 187 (proibição do abuso de direito), do art. 421 (função social dos contratos), do art. 422 (princípio da boa-fé objetiva) e do art. 884 (vedação ao enriquecimento sem causa) do Código Civil de 2002, que tratam, respectivamente, da cláusula geral do abuso de direito e da cláusula geral da boa-fé contratual.

Apesar de não haver claramente norma expressa a respeito da teoria do adimplemento substancial no diploma processual civil brasileiro, entende-se que ela também é aplicável às relações jurídicas processuais, pois a cláusula geral da boa-fé objetiva, prevista no inciso II do art. 14 do CPC, consiste no substrato da teoria supramencionada.

Por exemplo, o § 2º do art. 511 do Código de Processo Civil estabelece que “a insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias”. Neste caso, o

²⁵⁰ A teoria do adimplemento substancial é uma forma de aplicação limitativa do princípio da boa-fé objetiva às relações jurídicas – *vide* subitem “2.3.3.” do item “2.3.” do segundo capítulo, pois restringe o exercício de situações jurídicas pelos seus titulares, a fim de evitar o abuso de direito.

legislador objetivou proteger aquele que recorreu tempestivamente, mas apenas realizou o preparo em valor menor que o devido, o que vai ao encontro da inspiração da teoria do adimplemento substancial, tendo em vista que poder de invalidar o recurso com preparo insuficiente é limitado pela boa-fé objetiva.

Na hipótese do art. 580 do CPC²⁵¹, que trata da necessidade da afirmação do inadimplemento para a instauração do procedimento executivo, a jurisprudência²⁵² tem mitigado a sua aplicação no sentido de que o inadimplemento mínimo não justifica a tomada de medidas drásticas pelo juiz, como a busca e apreensão de um bem, tendo em vista a insignificância de seu inadimplemento.

Além das hipóteses acima mencionadas, o juiz também poderá aplicar a teoria do adimplemento substancial, no âmbito processual, em situações não previstas no diploma processual civil, uma vez que essa teoria demanda a observância do princípio da boa-fé, que desborda os limites legais.

Desse modo, a atuação judicial no processo civil contemporâneo deve ser ampla, não podendo se amparar em formalismos desnecessários em detrimento da proteção da confiança e do respeito a uma situação jurídica já equilibrada, uma vez que o julgador deve se pautar pelos valores éticos insertos no texto constitucional, destacando-se, aqui, a boa-fé objetiva²⁵³.

²⁵¹ CPC, art. 580: "A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo."

²⁵² Cita-se, nesse sentido, a seguinte decisão proferida pelo STJ no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.235.951 - RS (2009/0184571-0), da relatoria do Min. Raul Araújo, em que se aplicou a teoria do adimplemento substancial como instrumento de equidade, impondo que, "nas hipóteses em que a extinção da obrigação pelo pagamento esteja muito próxima do final, exclua-se a possibilidade de resolução do contrato, permitindo-se tão-somente a propositura da ação de cobrança do saldo em aberto. (...) No direito pátrio, o adimplemento substancial, embora não tenha sido expressamente consagrado, vem sendo aplicado a partir da interpretação sistemática dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e da vedação ao enriquecimento sem causa, todos previstos no Código Civil de 2002. (...) No presente caso, conforme informações trazidas pelas partes, quando do ingresso da ação havia sido adimplido 62% do contrato, ou seja, 33 das 53 parcelas ajustadas. Contudo, diante do depósito de fl. 99, chega-se ao pagamento de mais de 80% do valor contratado, caracterizado, portanto, o adimplemento substancial. Dessa forma, o adimplemento de mais de 80% da dívida contraída conduz à ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo de apreensão e depósito, o que enseja a extinção do feito sem resolução de mérito na forma do art. 267, IV, do Código de Processo Civil." (STJ, AG nº 1.235.951/RS, rel. Min. Raul Araújo, DJe de 14/02/2011). No mesmo sentido a seguinte decisão monocrática: STJ, AG nº 1.039.500/RS, Relator o Ministro Aldir Passarinho Junior, DJe de 31.10.2008.

²⁵³ A boa-fé objetiva funciona como instrumento de intermediação entre os valores constitucionais e a legislação infraconstitucional, o que é concretizado pelo magistrado nos casos por ele examinados.

Os tribunais pátrios²⁵⁴, ²⁵⁵ têm decidido a favor da aplicabilidade da proibição do *venire contra factum proprium* na esfera processual, como no caso

²⁵⁴ A jurisprudência estrangeira também trata do tema, destacando-se aqui a jurisprudência lusa, pela importante influência que o direito português tem sobre o brasileiro em relação à disciplina da boa-fé objetiva. Assim, vale citar algumas decisões dos tribunais portugueses, para ilustrar o tratamento desse assunto e dos temas afins a ele, como a proibição do *venire contra factum proprium* tratada neste tópico: “1 - A “C”, tendo por escopo a prestação duma determinada actividade (o abate de animais, industrialização e comercialização de derivados), com vista à obtenção de lucro, é uma sociedade comercial por quotas, e foi isso mesmo que os sócios fundadores pretenderam, o que demonstra a inconsistência de que a “C” seja uma cooperativa. 2ª - Os acordos parassociais são convenções celebradas entre todos ou alguns dos sócios relativos ao funcionamento da sociedade, ao exercício dos direitos sociais ou à transmissão das quotas ou acções. 3ª - Assim, a administração e a fiscalização duma sociedade ficam fora do universo aberto aos acordos parassociais, pelo que as cláusulas neles apostas que pretendam determinar a conduta dos administradores duma sociedade, bem como a sua fiscalização, não são permitidas por lei, pelo que, contrárias à lei, devem considerar-se nulas. 4ª - Para se saber se uma dada cláusula de um acordo parassocial condiciona, limita ou determina actos que sejam da competência exclusiva da administração e assim aferir da sua conformidade ou não com o artigo 17º, n.º 2 CSC, importa determinar a competência entre os órgãos sociais. 5ª - No que respeita às sociedades por quotas, a administração e a representação da sociedade competem aos gerentes, os quais devem praticar os actos que forem necessários ou convenientes para a realização do objecto social, com respeito pelas deliberações dos sócios, o que significa que a gerência da sociedade abrange o conjunto de actuações materiais e jurídicas imputáveis a uma sociedade que não estejam por lei reservadas a outros órgãos. 6ª - A cláusula 1ª do acordo parassocial, visando a determinação das tabelas de preços é nula, quer por violar a legislação da livre concorrência, quer por invadir uma área de competência exclusiva do órgão de administração. 7ª - Pela mesma razão - invasão duma área de competência exclusiva do órgão de administração - é nula a cláusula 2ª do acordo parassocial. 8ª - A cláusula 9ª do mesmo acordo é igualmente nula, por manifesta violação do preceituado no artigo 17º, n.º 2 e artigo 64º, ambos do CSC. 9ª - *Não constitui abuso de direito, na modalidade do venire contra factum proprium, a conduta das autoras que, apesar de terem outorgado como partes no contrato parassocial, vieram, volvidos alguns anos, invocar a nulidade de algumas das cláusulas desse contrato.* (grifo nosso) (Acórdão nº 686/2009-6 de Tribunal da Relação de Lisboa, 05 de Março de 2009. Disponível em: <http://tribunal-relacao.vlex.pt/vid/-55314868>. Acesso em 13 de janeiro de 2013.) e “I – Tendo o empregador convidado o trabalhador a retomar o trabalho, em resposta a uma carta do mandatário deste em que reclamava o pagamento de indemnização por despedimento ilícito, a falta de resposta do trabalhador não pode ser interpretada, sem mais, como uma recusa a prestar trabalho. II – Desconhecendo-se a razão do silêncio do trabalhador, tal comportamento omissivo não equivale a abuso de direito, na modalidade de venire contra factum proprium, se ele mantiver o pedido de retribuições vencidas e vincendas formulado na petição inicial, nomeadamente, se se provar que ele obteve, mais tarde, novo emprego.” (Acórdão nº 475/09.2TTLMG.P1 de Tribunal da Relação do Porto, 02 de Maio de 2011. Disponível em: <http://tribunal-relacao.vlex.pt/vid/-275342003>. Acesso em 13 de janeiro de 2013).

²⁵⁵ Nesse sentido, ilustra as seguintes decisões do STJ e do STF, nessa ordem: RESP. PROCESSO CIVIL. CITAÇÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1 - É vedada a arguição de nulidade da citação por quem alega não deter poderes para recebê-la, mas, exibindo instrumento de mandato, apresenta contestação, apenas deduzindo o eventual vício em sede de apelação. 2 - Infringência aos princípios da lealdade e celeridade processuais. (STJ, 6ª T., REsp 214002 / MG, REL. Min. Fernando Gonçalves, j. 04/04/2000, DJ 15/05/2000, p. 212.); PROCESSO CIVIL. PROVA. FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO. ÔNUS DO AUTOR. RESPONSABILIDADE PELA ANTECIPAÇÃO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS. INDIFERENÇA. DEVER DE LEALDADE E BOA-FÉ. 1. Ainda que o dever de arcar com a antecipação dos honorários periciais seja do réu - por ser o autor beneficiário da assistência judiciária gratuita -, é do autor o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, de sorte que não poderia, de nenhuma forma, ainda que por omissão, contribuir com a não realização da perícia médica para, futuramente, se beneficiar de sua própria desídia. Esse comportamento

daquele que alega nulidade de citação por não deter poderes para recebê-la, mas apresenta contestação com o fito único de deduzir o eventual vício em sede de apelação.

É inconstestável, portanto, que a proibição do *venire contra factum proprium*, que rechaça o exercício de um comportamento contraditório em relação a uma conduta anterior do mesmo sujeito, aplica-se ao âmbito processual, haja vista que representa uma das manifestações do princípio da boa-fé no processo, na medida em que se inspira na confiança existente nas relações jurídicas processuais, bem como visa garantir a lealdade processual, evitando, desse modo, surpresas (indesejáveis) no processo.

ofende os deveres de lealdade e boa-fé processual que, de acordo com o art. 14, II, do CPC, devem permear toda e qualquer participação em ação judicial. 2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (STJ, 3ª T., REsp 1143016 / ES, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15/12/2001, DJe de 01/02/2012); DIREITO CIVIL. ACORDO EXTRAJUDICIAL. QUITAÇÃO PLENA. VALIDADE. AÇÃO OBJETIVANDO AMPLIAR INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO. 1. Na hipótese específica dos autos, a partir do panorama fático traçado pelo TJ/RJ, constata-se que, no momento da assinatura de acordo para indenização da recorrida em virtude de atropelamento por ônibus de propriedade da recorrida, formalizado por instrumento público, aquela: (i) estava internada num hospital, mas dispunha de pleno discernimento sobre os atos da sua vida civil; (ii) estava representada por um advogado, tendo negociado previamente os valores envolvidos no negócio, levando em conta o risco de improcedência de eventual ação contra a recorrida, ante à possível caracterização de culpa exclusiva da vítima; (iii) ouviu a leitura dos termos do acordo, realizada por funcionário do cartório. 2. A quitação plena e geral, para nada mais reclamar a qualquer título, constante do acordo extrajudicial, é válida e eficaz, desautorizando investida judicial para ampliar a verba indenizatória aceita e recebida. Precedentes. 3. [...] 4. Não se pode falar na existência de erro apto a gerar a nulidade relativa do negócio jurídico se a declaração de vontade exarada pela parte não foi motivada por uma percepção equivocada da realidade e se não houve engano quanto a nenhum elemento essencial do negócio - natureza, objeto, substância ou pessoa. 5. [...] 6. Ainda que, nos termos do art. 1.027 do CC/16, a transação deva ser interpretada restritivamente, não há como negar eficácia a um acordo que contenha outorga expressa de quitação ampla e irrestrita, se o negócio foi celebrado sem qualquer vício capaz de macular a manifestação volitiva das partes. Sustentar o contrário implicaria ofensa ao princípio da segurança jurídica, que possui, entre seus elementos de efetividade, o respeito ao ato jurídico perfeito, indispensável à estabilidade das relações negociais. 7. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, 3ª T., REsp 809565 / RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22/03/2011, DJe 29/06/2011); e HABEAS CORPUS. 2. NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DE APRESENTAÇÃO DAS ALEGAÇÕES FINAIS. NÃO OCORRÊNCIA. 3. DEFESA QUE CONVERGIU PARA OCORRÊNCIA DA SUPOSTA NULIDADE, PORQUANTO SE ANTECIPOU À INTIMAÇÃO LEGAL, A FIM DE APRESENTAR SUAS ALEGAÇÕES FINAIS. 4. ORDEM DENEGADA. Decisão: ordem denegada, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. (STF, HC 108476, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-073, DIVULG 13-04-2012, PUBLIC 16-04-2012).

3.5. Abuso do Processo

Como já visto no primeiro capítulo (item “1.1.”), atualmente, o processo é considerado um instrumento ético e axiológico para a realização de valores constitucionais no caso concreto.

De encontro a esse viés valorativo do processo vai o abuso processual, pois este impede, por completo ou parcialmente, a plena realização dos valores constitucionais viabilizados pelo processo.

Outrossim, a boa-fé objetiva é a fonte normativa da vedação do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser resumidas pela expressão “abuso do direito processual”. Em outras palavras, o abuso processual equivale ao desrespeito à boa-fé objetiva.

Primeiramente, deve-se ter em mente que o abuso de direito foi estudado primeiramente pela doutrina e serve de base para o estudo do abuso no âmbito processual, uma vez que o direito processual civil é uma disciplina que está sempre em contato com o direito material.

O abuso do processo caracteriza-se pelos mesmos elementos do abuso de direito conhecido no direito privado: aparência de legalidade, relatividade dos direitos e desvio de finalidade, porém com temperamentos típicos do direito processual²⁵⁶.

Assim, destaca-se entre as peculiaridades do abuso processual que ele é exercido dentro de uma relação jurídica processual, sendo os sujeitos do abuso os sujeitos processuais (partes, intervenientes e Estado-juiz). Ademais, os sujeitos processuais são titulares de diversas situações subjetivas processuais (faculdades, ônus, poderes e deveres), que constituem o objeto do abuso do processo, assim como os direitos subjetivos são objeto do abuso de direito, no direito privado.

Destaque-se que a aparência de legalidade decorre das garantias constitucionais de legalidade e de liberdade, bem como do fato de os sujeitos do processo serem titulares de situações subjetivas processuais.

²⁵⁶ Vide item “1.3.” *supra*.

Há um “espaço de manobra” no qual os sujeitos processuais podem exercer suas posições jurídicas subjetivas com certa liberdade, em virtude das garantias de liberdade e de legalidade que lhe foram concedidas pela Magna Carta, o que pode criar oportunidades para a ocorrência de abuso processual, a depender do rumo escolhido pelo sujeito dentro do processo. Em síntese, o abuso do processo refere-se ao uso anormal ou incorreto das situações subjetivas processuais (faculdades, poderes, deveres e ônus) pelos sujeitos do processo.

Assim como os direitos no âmbito do direito privado são relativos, a liberdade dos sujeitos processuais dentro do processo também é relativa, pois a atuação dos sujeitos do processo deve sempre vislumbrar a instrumentalidade do processo e os escopos da jurisdição e de cada meio processual especificamente, sob pena de deturpar a finalidade primordial do processo (a busca de uma decisão justa) e incorrer em abuso processual.

O abuso do processo constitui, dessa forma, um obstáculo à plena realização da instrumentalidade e escopos do processo. Contudo, a simples violação de uma regra processual não é abusiva por si só, porque pode apenas se relacionar com uma falha da parte, que será submetida às consequências normais previstas para este erro.

Para a configuração do abuso processual, é necessário que haja um desvio de finalidade no comportamento da parte, dentre outros critérios, não sendo suficiente apenas a conduta meramente incorreta do sujeito processual. A aposição errônea de um dispositivo legal na fundamentação de um recurso, por exemplo, acarretará o não conhecimento deste instrumento recursal, o que não se confunde com o abuso do processo.

Utilizando-se das palavras de Michele Taruffo, pode-se concluir que o abuso do processo não é toda e qualquer violação de regras processuais, mas apenas o exercício impróprio, incorreto ou desviado de uma situação jurídica processual de que é titular o agente do comportamento abusivo²⁵⁷.

Segundo Helena Abdo, apesar de não haver na doutrina uma sistematização definitiva do abuso do processo e de seus critérios definidores,

²⁵⁷ TARUFFO, Michele. Elementi per una definizione di “abuso del processo”. **L’abuso del diritto** – Diritto privato. Pádua: Cedam, 1997, v. 3, p. 440, *apud* ABDO, Helena Najjar. **O Abuso do Processo**. São Paulo: RT, 2007, p. 89.

“é quase *unânime* a referência ao *desvio de finalidade* como *principal critério caracterizador* da prática abusiva”²⁵⁸.

O conteúdo do desvio de finalidade, por sua vez, possui diversas acepções na doutrina, podendo ser considerado desvio do processo de sua destinação normal, agir em juízo visando finalidades impróprias, divergência entre os meios utilizados e os fins previstos naturalmente para eles, dentre outros.

De todo modo, pode-se resumir o desvio de finalidade caracterizador do abuso processual como a divergência existente entre os fins previstos pelo ordenamento jurídico para determinados meios e os fins almejados pelo sujeito processual, haja vista que estes deveriam ser coincidentes com aqueles.

Esse desvio de finalidade é ilustrado por uma decisão do STJ, em que esta Corte entendeu abusivo o pedido de falência como meio de cobrança, em vez de se ter utilizado dos meios executivos normais, tendo em vista que a via falimentar é muito mais agressiva do que a via executiva, pois, entre outros fatores, restringe demasiadamente as possibilidades de defesa do réu²⁵⁹.

Ressalte-se, neste ponto, que a impropriedade reside nos fins almejados pelo sujeito, porém o sujeito abusa dos meios processuais para atingir aquele fim indevido, uma vez que o objeto do abuso, como supramencionado, refere-se às situações subjetivas processuais de titularidade dos sujeitos processuais. Assim, o abuso decorre da má utilização dessas situações pelo sujeito, ou melhor, do desvio de finalidade no uso dessas posições subjetivas.

Merece destacar também que o desvio de finalidade pode ocorrer de forma mais abrangente, quando o desvio é verificado considerando o processo de forma global, como também de forma mais restrita, quando o desvio é apurado na utilização dos instrumentos processuais específicos.

Acrescente, ainda, que, não obstante o desvio de finalidade ser o principal critério caracterizador do abuso processual, ele não é exclusivo, pois outros critérios podem e devem existir juntamente com o desvio de finalidade, até mesmo porque nem sempre está expresso na lei ou é facilmente aferível na

²⁵⁸ ABDO, Helena Najjar. **O Abuso do Processo**. São Paulo: RT, 2007, p. 87.

²⁵⁹ STJ, 4.^a T., REsp 1712-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13.02.1990, DJ 09.04.19990.

prática o fim a que se destina aquele instrumento processual colocado à disposição das partes.

Ademais, anota Michele Taruffo que a presença exclusiva do desvio de finalidade para a caracterização do abuso pode ser deveras rigorosa, pois a simples constatação objetiva da divergência entre o fim previsto para determinado meio processual e o fim pretendido pelo sujeito processual não considera a qualidade e a natureza dessa finalidade, ou seja, se ela é legítima ou ilegítima, oportuna ou inoportuna, danosa ou não^{260, 261}. Assim, nem sempre a presença, por si só, do desvio de finalidade na conduta do agente implica uma hipótese de abuso do processo.

Entre os outros critérios que devem ser demonstrados no caso concreto, para a caracterização do abuso, além do desvio de finalidade, cita-se a falta de seriedade do ato, que pode ser vislumbrada quando o sujeito visa importunar a parte contrária com a procrastinação do processo, sem ter, na verdade, qualquer base legal ou suporte fático plausível para a demanda.

Outro fator que caracteriza o abuso do processo diz respeito à ilicitude e ilegitimidade do escopo visado pelo agente, ou seja, quando o sujeito ingressa com a demanda judicial com interesse distinto e contrário daquele que a lei visa tutelar, não obstante este encontrar-se sob a aparência de legalidade²⁶².

Relaciona-se também o abuso do processo com a lesividade causada à administração da Justiça, uma vez que a prática de abusos processuais acarreta, na maioria das vezes, a excessiva duração do processo e corroi a credibilidade da Justiça, causando, em síntese, o mau funcionamento da administração da justiça.

²⁶⁰ TARUFFO, Michele. Elementi per una definizione di “abuso del processo”. **L’abuso del diritto** – Diritto privato. Pádua: Cedam, 1997, v. 3, p. 448, *apud* ABDO, Helena Najjar. **O Abuso do Processo**. São Paulo: RT, 2007, p. 93.

²⁶¹ Corrobora com este entendimento a concepção adotada pelo ordenamento jurídico pátrio que prevê, a título de exemplo, os princípios da atipicidade da garantia da ação e da fungibilidade recursal, em detrimento à concepção puramente finalista do processo.

²⁶² Frise-se aqui que a ilicitude encontra-se no fim almejado pela parte, e não no ato processual. Em outras palavras, trata-se de fim ilícito, mas não de ato ilícito.

Humberto Theodoro Jr. bem sintetiza essa questão ao afirmar que a prática de abusos no processo civil compromete os objetivos do sistema e atinge, sobretudo, a dignidade da justiça²⁶³.

Deve-se ter em mente, ainda, que o direito civil brasileiro, notadamente o art. 187 do novo Código Civil, adotou expressamente o critério objetivo para a aferição do abuso de direito, pois faz menção ao manifesto excesso no exercício do direito, que deve ser averiguado de acordo com os limites impostos pelo fim econômico e social do direito transgredido, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Dessa forma, parte da doutrina civilista brasileira²⁶⁴ entende que não é necessária a perquirição de dolo ou culpa para que se configure o abuso de direito²⁶⁵, corrente a qual se filia a autora.

Por conseguinte, partindo da premissa que o abuso do processo apoia-se na teoria do abuso de direito, inserida no âmbito do direito privado, pode-se extrair que o critério objetivo-finalístico também deve ser adotado no âmbito do direito processual brasileiro.

Assim, o dolo ou a culpa podem estar presentes no exercício abusivo de uma situação subjetiva processual, porém a presença deste elemento subjetivo não é imprescindível para a caracterização do abuso do processo.

Outrossim, a mera intenção de causar efeitos ilegítimos ou ilícitos são insuficientes para configurar o abuso do processo, sendo necessário que referidos efeitos se realizem no caso concreto. Dessa forma, pode-se afirmar que o dano é pressuposto do abuso processual, caso contrário a teoria do abuso do processo não teria nenhuma utilidade prática.

²⁶³ THEODORO JR., Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. **Abuso dos direitos processuais...** cit., p. 108-111 e 128.

²⁶⁴ Destaca-se, entre outros, NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e legislação extravagante anotados**. 2. ed. São Paulo: Rt, 2003, p. 109-110; VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Comentado**, v. 12. São Paulo: Atlas, 2003, p. 196; MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**, v. 5, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 42; e BOULOS, Daniel Martins. **Abuso de direito no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006, p. 100-103.

²⁶⁵ Em sentido contrário: Rui Stoco, **Abuso do direito e má-fé processual**, p. 56-58 e ss. e Humberto Theodoro Jr., **Comentários ao novo Código Civil**, v. 3, t. 2, n. 291, p. 119 e n. 293, p. 127, que apontam o elemento subjetivo (dolo ou culpa) como critério de identificação do abuso processual.

Nesse diapasão doutrina Michele Taruffo, para quem não se pode falar de abuso processual sem que se verifiquem, na prática, consequências negativas (seja de ordem moral, psicológica, social ou econômica), oriundas do ato praticado de forma imprópria pelo sujeito processual²⁶⁶.

Assim, o dano causado pelo abuso do processo pode ser o patrimonial, o moral (CF, art. 5º, inciso X) ou mesmo a potencialização do dano marginal²⁶⁷. Além desses danos, também há abuso do processo quando se verificam prejuízos à eficiência da administração da justiça, como já mencionado anteriormente.

Em suma, o abuso do processo sempre causará danos ao particular ou ao Estado, sejam eles de índole moral ou material.

Diante dessas observações, pode-se afirmar que sempre deve estar presente o desvio de finalidade para que se configure o abuso do processo, aliado a um ou mais dos demais critérios supramencionados ou mesmo a outros critérios aqui não mencionados. Essa flexibilidade se deve ao fato de o abuso poder se manifestar de diversas formas no caso concreto, uma vez que o abuso é a antítese da boa-fé objetiva e, assim como ela, caracteriza-se pela adaptabilidade de seu conteúdo.

Por sua clareza, vale citar a explanação de Helena Abdo sobre o tema:

Na verdade, *todos* os critérios acima expostos são úteis à individualização do abuso do processo. Nenhum deles é, todavia, tão essencial como o desvio de finalidade, o qual integra efetivamente a noção de abuso do processo. Necessária é, portanto, a *combinação* do critério do desvio de finalidade com um ou mais critérios acima analisados (ou mesmo outros critérios aqui não abordados), para a identificação da prática abusiva²⁶⁸.

Assim, não há um rol fechado dos critérios definidores do abuso processual, conquanto sempre devam estar presentes o desvio de finalidade,

²⁶⁶ TARUFFO, Michele. Elementi per una definizione di “abuso del processo”. **L’abuso del diritto** – Diritto privato. Pádua: Cedam, 1997, v. 3, p. 452, *apud* ABDO, Helena Najjar. **O Abuso do Processo**. São Paulo: RT, 2007, p. 122.

²⁶⁷ O dano marginal se refere àquele dano normal, mas que se torna anormal pelo abuso do processo. Por exemplo, a demora do julgamento da causa, que até certo ponto é considerada uma consequência natural da sucessão dos atos processuais, pode ser potencializada pelo abuso do processo, assumindo, portanto, o caráter de anormalidade.

²⁶⁸ ABDO, Helena Najjar. **O Abuso do Processo**. São Paulo: RT, 2007, p. 98.

que é um elemento essencial do abuso, e o dano, que deve sempre ser visualizado na prática. Portanto, é imprescindível a apreciação do caso concreto, a fim de se analisar o contexto em que o ato foi praticado e perquirir se estão presentes os elementos caracterizadores do abuso do processo.

Ademais, partindo da premissa de que todos os sujeitos que compõem a relação processual devem observar a boa-fé objetiva, conforme visto no item “3.3.” *supra*, conclui-se, *a contrario sensu*, que todos eles também podem desrespeitá-la ao fazerem mau uso dos *poderes* ou outro tipo de *liberdade* de que sejam titulares, causando, dessa forma, abuso processual²⁶⁹.

Logo, os sujeitos que podem cometer abuso processual são os mesmos sujeitos que devem observar a boa-fé objetiva em suas condutas, pois o abuso do processo ocorre quando há o exercício inadmissível das situações jurídicas subjetivas, cuja titularidade pertence aos sujeitos processuais.

3.5.1. Manifestações do abuso processual

O desrespeito à boa-fé objetiva no processo (abuso processual) pode se manifestar de diversas maneiras, uma vez que é uma matéria tratada por normas gerais e flexíveis, que visam reprimir o máximo de condutas abusivas no âmbito da relação jurídica processual, não se sujeitando, portanto, a confinamentos estanques.

O abuso do processo pode ocorrer quando qualquer sujeito processual faz mau uso da tutela jurisdicional globalmente considerada (abuso macroscópico), como também quando se utiliza de forma abusiva dos procedimentos processuais individualmente considerados (abuso microscópico)²⁷⁰.

O abuso macroscópico pode revelar-se tanto no exercício do direito de ação como no exercício do direito de defesa, quando a finalidade

²⁶⁹ TARUFFO, Michele Elementi per una definizione di “abuso del processo”. **L’abuso del diritto** – Diritto privato. Pádua: Cedam, 1997, v. 3, p. 19, *apud* ABDO, Helena Najjar. **O Abuso do Processo**. São Paulo: RT, 2007, p. 49.

²⁷⁰ ABDO, Helena Najjar. **O Abuso do Processo**. São Paulo: RT, 2007, p. 189.

efetivamente pretendida pelo agente do abuso é diversa ou até mesmo contrária aos fins renunciados pela jurisdição.

É emblemático o caso do autor que se utiliza do pedido de falência como meio de cobrança de dívida, em vez de se utilizar dos meios executivos normais²⁷¹, mencionado anteriormente quando se discorreu sobre o desvio de finalidade. Com o intuito de coibir este abuso processual, o legislador ordinário previu no *caput* art. 101 da Lei 11.101/2005²⁷² a obrigação de indenizar quando se verificar que houve abusividade do pedido.

No CPC, há previsão de algumas hipóteses de abuso macroscópico do processo: a simulação processual (CPC, art. 129); o uso do processo para conseguir objetivo ilegal (CPC, art. 17, inciso III); a dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (CPC, art. 17, inciso I)²⁷³ e o abuso da defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (CPC, art. 273, inciso II), dentre outras.

Contudo, essas hipóteses não são exaustivas, pois o abuso como dito anteriormente, pode se manifestar por uma infinidade de maneiras, dependendo apenas da criatividade da mente humana.

Por exemplo, constitui também abuso processual a hipótese em que o sujeito propõe demanda com o intuito único de importunar seu adversário, de lhe causar vexame ou de lhe causar qualquer tipo de prejuízo. Isso ocorre, a título de exemplo, no caso em que o processo é utilizado por um sujeito como forma de concorrência desleal, ou seja, com o fito de arruinar comercialmente a parte contrária da demanda, ao atribuir-lhe a responsabilidade por práticas fraudulentas na sua atividade comercial, o que por si só já é capaz de macular-lhe a reputação, independentemente se o pedido da demanda seja julgado procedente ou improcedente ao final.

²⁷¹ Neste sentido, tem julgado o STJ: “Falência. Cobrança. Incompatibilidade. O processo de falência não deve ser desvirtuado para servir de instrumento de coação para cobrança de dívidas. Considerando os graves resultados que decorrem da quebra da empresa, o seu requerimento deve ser observado com rigor formal, e afastado sempre que a pretensão do credor seja tão-somente a satisfação do seu crédito. (...) Recurso conhecido e provido” (STJ, 4.^a T., REsp 136.565-RS, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 23.02.1999, v.u., DJ 14.06.1999).

²⁷² Lei 11.101/2005, art. 101, *caput*: “Quem por dolo requerer a falência de outrem será condenado, na sentença que julgar improcedente o pedido, a indenizar o devedor, apurando-se as perdas e danos em liquidação de sentença.”

²⁷³ O inciso I do art. 17 engloba tanto o abuso macroscópico, quando há abuso referente à demanda ou à sua resposta, consideradas como um todo, como o abuso microscópico, pois a conduta abusiva constante neste dispositivo pode ser veiculada também por meio de mecanismos processuais específicos, como o recurso, as contra-razões, etc.

Em relação ao abuso no exercício das situações subjetivas que compreendem o direito de defesa, é importante frisar que a garantia constitucional da ampla defesa tem como limite a repressão ao abuso do processo, pois a defesa deve ser ampla, mas não pode ser exercida com desvio de finalidade.

Desse modo, o réu não pode impor injusta resistência ao normal andamento do feito e ao regular julgamento da lide, sob pena de cometer abuso no seu direito de defesa, pois, neste caso, não está simplesmente exercendo as situações jurídicas que compõe o seu direito de defesa. Na lição de Humberto Theodoro Jr., não é no direito de defender-se que se localiza o abuso, mas no seu exercício de forma completamente incompatível com o princípio da probidade processual²⁷⁴.

Saliente-se que o CPC brasileiro prevê em seu texto a expressão “abuso do direito de defesa” (CPC, art. 273, inciso II), que é essencialmente genérica. Este caráter genérico possui o intuito de reprimir o maior número de situações que impliquem o exercício abusivo do direito de defesa, exatamente como ocorre com o “abuso do processo”, pois não se pode restringir a amplitude dessa expressão a um número menor de hipóteses do que ela naturalmente abrangeria.

Assim, somente no caso concreto o julgador poderá definir com maior precisão os contornos do “abuso do direito de defesa” e, obviamente, do “abuso processual”, no qual o abuso de defesa está inserido.

No tocante ao abuso na utilização dos instrumentos processuais específicos (abuso microscópico), algumas considerações serão tecidas sobre o uso abusivo dos recursos, das tutelas de urgência, dos embargos de declaração, dos meios executivos e dos meios de prova no processo civil, não obstante existam diversas outras formas de abuso dos mecanismos processuais.

Primeiramente, tratar-se-á do abuso do direito de recorrer, cujos sujeitos ativos são aqueles que têm legitimidade para recorrer, como é o caso daquele que sucumbiu, do terceiro prejudicado e do Ministério Público.

²⁷⁴ THEODORO JR., Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 114.

O abuso na utilização do recurso possui aparência de legalidade, uma vez que o sujeito que age abusivamente tem legitimidade para recorrer, é sujeito de uma situação subjetiva processual e se utiliza de um recurso previsto no ordenamento jurídico.

Todavia, deve-se analisar se essa faculdade de o sujeito se utilizar do recurso visa estender demasiadamente a demanda, com o fito de não sofrer uma consequência desfavorável com o julgamento da demanda, ou se é utilizada no real intuito de provocar o reexame dos fatos pelo juízo de segundo grau. Ou melhor, deve-se analisar no caso concreto se houve desvio de finalidade no uso do poder ou ônus de recorrer.

Saliente-se que a utilização de recursos de forma abusiva tem sido bastante comum no direito brasileiro, especialmente em virtude do vasto número de opções recursais existentes no ordenamento jurídico pátrio e do desprestígio das decisões dos juízes *a quo*, o que tem deixado o Poder Judiciário bastante assoberbado.

Na lição de Paulo Lucon, o uso indiscriminado de recursos como forma de procrastinar o andamento do processo deve-se a dois fatores: existência de *efeito suspensivo* concernente à grande maioria dos recursos; e a desvalorização das decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição, ao passo que as decisões dos juízes de segundo grau são valorizadas, apesar de estes juízes não terem contato direto com as provas bem com as partes²⁷⁵.

Frise-se, nesse ponto, que o mero uso, pelas partes, de todos os recursos a elas disponíveis pelo sistema processual não é suficiente para caracterizar o abuso processual, nem mesmo a inadmissibilidade do recurso por infringência de determinada regra processual, pois deve haver o desvio de finalidade na sua utilização, o que ocorre, por exemplo, quando o recorrente visa protelar o andamento do processo ao máximo, a fim de não sofrer prejuízos com o trânsito em julgado ou com a preclusão da decisão recorrida.

Desse modo, a mera violação de uma regra processual acarreta simplesmente as consequências normais previstas pelo sistema processual para aquele ato, como o que ocorre quando o recurso não é conhecido pelo magistrado, em virtude de ter sido interposto fora do prazo. Assim, a

²⁷⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Abuso do exercício do direito de recorrer. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. São Paulo: RT, 2001, p. 875.

interposição de recurso contra matéria preclusa, seja ela temporal, consumativa ou lógica, em princípio, acarreta apenas o não conhecimento do recurso, não configurando abuso processual, a não ser que seja verificado desvio de finalidade na conduta do recorrente.

Na maioria das vezes, o abuso na utilização dos recursos consiste na sua finalidade meramente procrastinatória, talvez por isso o legislador pátrio tenha previsto expressamente que o manejo de recurso com o intuito meramente protelatório constitui uma forma de abuso do processo e, mais especificamente, uma hipótese de litigância de má-fé (CPC, art. 17, inciso VII), introduzida pela Lei 9.668/98²⁷⁶.

Além da introdução dessa previsão de abuso do direito de recorrer trazida pela Lei 9.668/98, o legislador pátrio trouxe outras inovações no sentido de coibir o uso indevido dos recursos pelas partes.

Por exemplo, a Lei 9.756/98 reformou o art. 557 do CPC para permitir que o relator, em segundo grau, possa negar recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunal Superior²⁷⁷.

Posteriormente, o §1.º do art. 518 do CPC²⁷⁸ foi alterado pela Lei 11.276/2006, para vedar o conhecimento, pelo juiz, de recursos contrários à súmula do STJ ou do STF.

Não obstante tais previsões no CPC, a mera interposição de recurso contra entendimento consolidado da jurisprudência não pode, por si só, ser considerada abusiva, pois tal fato não é suficiente para provar que o recorrente agiu com deslealdade.

Desse modo, deve se verificar, no caso concreto, se estão presentes no recurso as razões de inconformismo do sucumbente, a

²⁷⁶ Ressalte-se que, antes do advento da Lei 9.668/98, o abuso do poder de recorrer era considerado uma forma de resistência injustificada ao andamento do processo (CPC, art. 17, inciso IV).

²⁷⁷ Dessa decisão cabe agravo, que, caso seja considerado manifestamente infundado ou inadmissível, ensejará uma multa ao agravante entre 1% e 10% do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao pagamento desta multa (CPC, art. 557, §§ 2.º e 3.º).

²⁷⁸ CPC, art. 518, § 1º: "O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal."

plausibilidade das razões recursais e se houve intenção de retardar o trânsito em julgado da decisão ou não.

Nesse sentido, Paulo Henrique Lucon adverte que:

[...] não é possível, na maior parte dos casos, definir situações processuais estanques destinadas a permitir considerar de má-fé o litigante. As variáveis são tantas (e tão igualmente relevantes), que se mostra indispensável a análise detalhada do caso concreto. *Questões controvertidas e novas teses surgem na doutrina e na jurisprudência e é preciso respeitá-las, sob pena de transformar o processo em verdadeiro instrumento destinado a satisfazer déspotas pouco ou nada esclarecidos. A livre manifestação de pensamento é garantia fundamental do Estado democrático de direito e o processo deve observá-la [...]*²⁷⁹.

Os tribunais superiores consideram que o desvio de finalidade também pode se manifestar de forma culposa, quando ausente a viabilidade das razões recursais, o que ocorre normalmente quando são interpostas petições padronizadas, cujas razões são destoantes dos fundamentos da decisão recorrida, ou seja, quando são utilizadas, de forma genérica, as mesmas razões em vários recursos relativos a determinado assunto, sem, entretanto, abordar, pontualmente os fundamentos da decisão proferida no caso concreto²⁸⁰. Esse fato de dá especialmente em razão da cultura do “recurso pelo recurso” existente no direito brasileiro.

Diante das considerações acima, conclui-se que o abuso do direito ou do ônus de recorrer, assim como qualquer forma de abuso processual, deve ser verificado no caso concreto, pois somente analisando as circunstâncias reais da situação em discussão será possível perceber se houve desrespeito à boa-fé objetiva, que pode ser verificado pelo propósito protelatório do recurso, pela inviabilidade das razões recursais, pela falta de seriedade das razões recursais, pelo intuito de importunar a parte adversária com a interposição do recurso ou pelo manejo de recurso com qualquer outro propósito ilícito ou ilegítimo que não o de rediscutir a matéria impugnada em segundo grau.

²⁷⁹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Abuso do exercício do direito de recorrer. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. São Paulo: RT, 2001, p. 888-889 – destacou-se.

²⁸⁰ Tal posição foi adotada nas seguintes decisões, dentre outras: STJ, 5.^a T., REsp 28.310-7-SP, rel. Min. Edson Vidigal, j. 31.03.1993, v.u., Bol. AASP 1.802/280; STJ, 4.^a T., AgRg no REsp 154.373-RS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 20.09.2001, v.u., DJ 19.11.2001; e, STF, 2.^a T., AgRg em AgIn 251.316-4-MG, rel. Min. Celso de Mello, j. 23.11.1999, DJ 18.02.2000.

Os embargos de declaração também têm sido utilizados largamente, no sistema jurídico brasileiro, de forma abusiva, quando visam procrastinar o feito, quando são interpostos com caráter infringente (salvo quando os embargos visam corrigir erros graves e de fácil aferição objetiva, hipóteses em que se admite, excepcionalmente, o caráter infringente dos embargos declaratórios)²⁸¹ ou quando se verifica qualquer objetivo ilegítimo ou ilícito com o seu manejo.

Segundo o art. 535 do CPC, os embargos de declaração são cabíveis para eliminar obscuridade e contradição da decisão ou para sanar omissões nela observadas. Ademais, a oposição de embargos de declaração causa a interrupção do prazo para a interposição de qualquer outro recurso (CPC, art. 538). Por isso, o seu uso abusivo pode prolongar a duração do processo de forma indevida.

Além da previsão legal do art. 535 do CPC, também se admite a oposição de embargos de declaração com fins de prequestionamento de matéria legal e constitucional, a fim de possibilitar o conhecimento dos recursos especial e extraordinário pelas Cortes Supremas, consoante previsão da súmula 98 do STJ²⁸².

Em síntese, a utilização de embargos declaratórios para fins diversos daqueles acima indicados (hipóteses do art. 535 do CPC, súmula 98 do STJ e para correção de erros materiais), mostra-se abusiva, pois esse desencontro entre os fins previstos pelo sistema e pelo embargante denota a ocorrência de desvio de finalidade, ou seja, que os embargos declaratórios foram manuseados de forma ilegítima ou ilícita pelo sujeito processual.

As tutelas de urgência (medidas cautelares liminares ou antecipatórias), por sua vez, também são utilizadas, muitas vezes, de forma abusiva no direito processual civil pátrio.

²⁸¹ Apesar de, em regra, não se admitir embargos declaratórios com caráter infringente, a jurisprudência tem admitido o uso desse mecanismo processual para corrigir erros graves e objetivos. Nesse sentido, decidiu recentemente o STJ no sentido de que *cabem, excepcionalmente, embargos de declaração com efeitos infringentes*, “nos casos em que, reconhecida a existência de um dos defeitos elencados nos incisos do art. 619, a alteração do julgado seja consequência inarredável da correção do referido vício, bem como *nas hipóteses de erro material ou equívoco manifesto, que, por si só, sejam suficientes para a inversão do julgado*” (STJ, 5.ª T., EDcl no HC 188.432 – RJ, rel. Min. Laurita Vaz, j. 15.12.2011, DJe 10.02.2012 – destacou-se).

²⁸² Súmula 98 do STJ: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.”.

Note-se que, atualmente, em quase todas as petições iniciais consta o pedido de antecipação de tutela, como se presumisse que o autor sempre tem razão em detrimento do réu. Esse uso indiscriminado das tutelas de urgência, hoje em dia, tem lhe retirado, na prática, a credibilidade, pois, segundo os seus postulantes, todo pedido é “urgente”, o que, por motivos óbvios, é insustentável.

Além do abuso cometido pelo autor que requer indevidamente as tutelas de urgência, o juiz também pode conceder abusivamente referidas tutelas, quando as concede sem a devida cautela, ou seja, sem perquirir a existência, no caso concreto, do *fumus boni juris*, da prova inequívoca de verossimilhança, do *periculum in mora*, do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, do abuso do direito de defesa e do manifesto propósito protelatório do réu, além de outros requisitos específicos, se houver²⁸³.

Assim, muitas vezes, o magistrado concede uma tutela de urgência, que, por sua natureza, possui cognição sumária, sem ter um mínimo de parâmetros para tomar essa decisão.

Como bem pondera Helena Abdo sobre as tutelas de urgência:

[...] é preciso cautela no delineamento legislativo e no deferimento judicial dessas modalidades de tutela, para evitar a ocorrência de *desvio de finalidade* e impedir, assim, que provimentos de natureza cautelar ou antecipatória se tornem regra e *percam a sua função subsidiária e excepcional* para se transformarem em substitutivos da chamada tutela ordinária, ou – o que é pior – em instrumentos de prática de abusos²⁸⁴.

Resumidamente, o abuso no uso das tutelas de urgência ocorre quando há desvio de finalidade dessas medidas, buscando objetivos distintos daqueles próprios da natureza dessas tutelas de urgência, por exemplo, quando não há uma séria base legal para o pleito, quando têm finalidade meramente vexatória, etc.

Saliente-se, ainda, que o legislador pátrio, visando coibir o cometimento de abusos quando do requerimento da tutela de urgência, previu a possibilidade de o magistrado exigir caução do requerente, no afã de

²⁸³ O arresto, por exemplo, possui requisitos próprios positivados nos arts. 813 e 814 do CPC, que, portanto, também devem ser observados.

²⁸⁴ ABDO, Helena Najjar. **O Abuso do Processo**. São Paulo: RT, 2007, p. 212.

resguardar o réu dos possíveis danos que ele possa sofrer em virtude da invasão de sua esfera jurídica (CPC, arts. 799 e 804)²⁸⁵, bem como a responsabilidade do requerente de indenizar o requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida cautelar (CPC, art. 811)²⁸⁶.

Outra questão palpitante na doutrina e na jurisprudência diz respeito ao uso abusivo dos meios de prova pelos sujeitos processuais, em especial quando a parte: requer a produção de prova sobre fatos que sabe que são inverídicos; pretende a produção de provas ilícitas ou ilegítimas; demanda provas inúteis para o esclarecimento da lide; ou, visa simplesmente à postecipação do andamento do feito.

Não obstante o direito processual civil brasileiro não possuir muitas armas para impedir a ocorrência de abuso nessa seara probatória, uma vez que não previu expressamente sanções às partes e aos advogados que requerem provas de forma abusiva, cabe ao magistrado verificar, no caso concreto, se houve abuso no requerimento e na produção de provas por parte dos sujeitos processuais e afastar tais condutas, sancionando os agentes causadores do abuso.

Todavia, na prática, a atividade jurisdicional é bastante delicada no que pertine ao indeferimento de provas requeridas pelas partes, caso as considere protelatórias ou desnecessárias (CPC, art. 130)²⁸⁷, pois certamente os requerentes irão alegar que houve cerceamento de defesa ou desrespeito ao contraditório, pressionando o juiz a deferir praticamente a produção de toda e qualquer prova.

²⁸⁵ CPC, Art. 799: “No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.” e Art. 804: “É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.”.

²⁸⁶ CPC, art. 811: “Sem prejuízo do disposto no Art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

II - se, obtida liminarmente a medida no caso do Art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;

III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no Art. 808, deste Código;

IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (Art. 810).”.

²⁸⁷ CPC, 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.”.

Outrossim, é bastante comum a ocorrência de abusos nos procedimentos executórios, tanto por parte do exequente como pelo executado, podendo a infringência à boa-fé se apresentar de infinitas maneiras. Desse modo, serão elucidadas as formas mais recorrentes de abuso no âmbito da execução.

O abuso cometido pelo exequente normalmente relaciona-se à utilização do meio executivo mais gravoso para atingir os bens do devedor. Por exemplo, quando o exequente requer a penhora de estabelecimento comercial do executado, mesmo tendo ciência que este possui outros bens passíveis de constrição²⁸⁸.

Outra manifestação abusiva por parte do exequente ocorre nos casos de execução por quantia certa, quando ele, valendo-se do que dispõe o *caput* do art. 475-B do CPC²⁸⁹, instrui o seu pedido com memória atualizada e discriminada do cálculo com valores bem superiores ao do débito real.

Em contrapartida, os incisos do art. 600 do CPC trazem à baila hipóteses de atos atentatórios à dignidade da justiça por parte do devedor, ou seja, o executado é sujeito ativo de abuso processual quando: frauda a execução, visando frustrá-la de alguma forma; opõe-se maliciosamente à execução, por meios ardis e maliciosos; resiste injustificadamente às ordens judiciais; e, não indica ao juiz, no prazo de 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores quando intimado²⁹⁰.

Lembre-se que, em todos esses casos, sempre deverão ser analisadas as peculiaridades do caso concreto a fim de se perquirir se houve desvio de finalidade por parte do exequente ou do executado no exercício de suas respectivas situações subjetivas, além de outros elementos caracterizadores do abuso processual.

²⁸⁸ STJ, 1.ª T., REsp 229.394-RN, rel. Min. José Delgado, j. 21.06.2001, v.u., DJ 03.09.2001.

²⁸⁹ CPC, art. 475-B, *caput*: “Quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.”

²⁹⁰ A prática de atos atentatórios à dignidade da justiça, como os elencados nos incisos I a IV do art. 600 do CPC, dá ensejo à aplicação de multa de até 20% do valor atualizado do débito (CPC, art. 601).

Toda a explanação trazida até esse momento sobre as diversas formas de manifestação do abuso no processo ilustram apenas algumas das hipóteses mais comuns verificadas no cotidiano.

Contudo, qualquer tentativa de esgotar a descrição e a análise das possibilidades de abuso processual seria fracassada, diante da variada gama de situações subjetivas processuais sujeitas ao abuso. Logo, sempre é necessário o cuidadoso exame do caso concreto a fim de se aferir se está diante de um ato abusivo do processo ou de uma mera transgressão de regra processual.

Por fim, saliente-se que o legislador brasileiro, no afã de fazer valer, na prática, o princípio da boa-fé objetiva no âmbito do processo, regulou a responsabilidade por dano processual nos arts. 16 a 18 do CPC, conforme será explanado a seguir.

3.5.2. Litigância de má-fé: modalidade de abuso do processo

Assim como nas demais relações jurídicas, na relação processual os sujeitos também possuem obrigações cujo descumprimento gera sanções.

Nesse sentido, informa o art. 16 do CPC que “responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente”. Não obstante esse dispositivo legal não discrimine o conceito de má-fé, o art. 17 do diploma processual civil elenca diversas situações causadoras de má-fé e que, por conseguinte, ensejam responsabilidade pelos danos causados no processo.

Nesse diapasão, note-se que a incorreção do comportamento se verifica mesmo que não reste configurado prejuízo para a parte contrária, pois o abuso processual em si já representa um dano ao Estado.

O legislador brasileiro pormenorizou no art. 17 do CPC de 1973 as hipóteses de litigância de má-fé, referindo-se aos “comportamentos incorretos” das partes dentro do processo, senão vejamos:

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;
 IV – opor resistência injustificada ao andamento do processo;
 V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
 VI – invocar incidentes manifestamente infundados; e,
 VII – interpor recurso manifestamente protelatório.

A litigância de má-fé corresponde a uma modalidade de abuso do processo, mas com ele não se confunde, conforme entende abalizada doutrina²⁹¹ e jurisprudência²⁹².

O primeiro inciso do art. 17 trata da vedação da parte deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, com a finalidade de impedir tanto o abuso do processo relativo à demanda jurisdicional considerada como um todo (abuso macroscópico) como o abuso dos instrumentos processuais específicos (abuso microscópico).

Dessa forma, este dispositivo visa coibir, de modo geral, o uso incorreto das situações subjetivas processuais relativas à pretensão e à defesa, em todos os seus níveis, pois não se pode admitir a utilização dessas posições jurídicas legais pelas partes, com desvio de finalidade, apesar de possuírem aparência de legalidade decorrente da própria previsão legal.

Frise-se, ainda, que o desvio de finalidade encontra-se implicitamente previsto nesta norma, pois o simples fato de a parte atuar contra texto expresso de lei ou contra fato incontroverso não é suficiente para a ocorrência de abuso processual, pois seria rigoroso demais, por exemplo, punir a parte que agisse contra dispositivo legal que foi há pouco tempo alterado pelo legislador, por puro desconhecimento da modificação da lei, o que é tolerável face à recente alteração legislativa.

A alteração da verdade dos fatos também é prevista como hipótese de litigância de má-fé (CPC, art. 17, inciso II) e está relacionada

²⁹¹ Humberto Theodoro Jr, ao se referir ao art. 17 do CPC, afirma que, no direito processual brasileiro, não existe um conceito sintético de abuso, mas apenas a descrição de “situações reputadas como configuradoras de abuso no exercício dos direitos e faculdades processuais”. (THEODORO JR., Humberto. **Abuso de direito**... cit. , p. 100-103).

²⁹² “(...) o abuso do direito de recorrer – por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual – constitui ato de litigância maliciosa repelida pelo ordenamento jurídico (...)” (STF, 2.ª T., AgRg em AgIn 251.316-4 – MG, j. 23.11.1999, DJ 18.02.2000).

intrinsecamente com o dever de veracidade, explanado anteriormente no item “3.2.1.” *supra*.

Desse dispositivo, extrai-se que o sujeito não pode alterar a verdade dos fatos de modo a comprometer a veracidade da narração globalmente considerada, nem deve omitir a respeito de fato essencial ao julgamento da causa, pois o processo deve servir de instrumento para o alcance de uma decisão justa e todos os sujeitos processuais devem colaborar para este fim, independentemente de seus interesses particulares.

O inciso III do art. 17, por sua vez, veda a utilização do processo pela parte para conseguir objetivo ilegal. O desvio de finalidade está previsto expressamente neste dispositivo, pois o litigante não pode usar o processo para obter uma finalidade contrária à lei, mesmo que este desígnio não esteja expresso no pedido da ação, ao contrário do que ocorre no inciso I, em que o próprio pedido ou defesa é ilegal.

Neste sentido, entende Barbosa Moreira: o “objetivo ilegal” a que se refere a lei, no inciso III do art. 17, há de ser outro, não diretamente ligado ao *petitum*: expor a parte contrária à desonra pública, abalar-lhe o crédito, exercer sobre ela pressão psicológica ou econômica para obter favores ou vantagens indevidas etc.²⁹³.

Desta sorte, o desvio de finalidade encontra-se fora do pedido, mas é o motivo que o move o litigante a ingressar com o processo em juízo. Ademais, a parte age sob a aparência de legalidade, pois está atuando conforme as suas garantias de liberdade e de legalidade, que lhe são conferidas constitucionalmente. Conclui-se, dessa forma, que este inciso reúne todos os elementos característicos do abuso do processo, no qual se enquadra a litigância de má-fé.

A hipótese do inciso IV do art. 17 refere-se à resistência *injustificada* ao andamento do processo pelas partes, que é oposta normalmente pelo réu, com o objetivo de retardar a prestação jurisdicional (desvio de finalidade), mesmo sendo essa resistência indiferente à substância do direito discutido na

²⁹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. **Temas de direito processual civil**. Primeira Série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 27.

lide. Ocorre, a título exemplificativo, quando o demandado não permite o acesso do perito ao objeto da prova pericial.

Esclarece Barbosa Moreira que a resistência injustificada caracteriza-se por atitudes tendentes a dificultar, a embaraçar, a procrastinar a marcha do feito, podendo o comportamento do litigante ser *comissivo* (como o da parte que se ausenta do domicílio para evitar intimação, provocando o adiamento da perícia), como *omissivo* (como o da parte que propositalmente não comparece à audiência, dando causa ao adiamento)²⁹⁴.

Destaque-se que a lei admite a resistência *justificada*, sendo repudiada somente a *injustificada*. Assim, o simples fato de a parte utilizar-se de todos os recursos legais a ela disponíveis não significa, isoladamente, que esteja opondo resistência injustificada ao andamento do processo.

Proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo é também uma conduta considerada como de litigância de má-fé pelo legislador pátrio (CPC, art. 17, V).

Não obstante a temeridade possuir um conteúdo vago e impreciso, pode-se afirmar que agir com temeridade equivale a agir com má-fé em geral, isto é, com audácia, malícia, mentira ou por meio de condutas levianas, imprudentes e ausentes de seriedade, o que denota o desvio de finalidade na atuação dos sujeitos.

Assim age, por exemplo, a parte que, com o fito de não perder o prazo legal, arrola testemunhas fictícias, para, posteriormente, apresentar em juízo o rol das testemunhas que realmente pretende ouvir, valendo-se do disposto no inciso III do art. 408 do CPC²⁹⁵.

A jurisprudência já se posicionou sobre condutas temerárias, como no caso julgado pelo STJ em que, no mesmo processo, o recorrente insiste na interposição de recurso já declarado incabível pelo tribunal²⁹⁶.

²⁹⁴ *Idem. Ibidem*, p. 28.

²⁹⁵ Art. 408, inciso III, do CPC: Depois de apresentado o rol, de que trata o artigo antecedente, a parte só pode substituir a testemunha: [...] III - que, tendo mudado de residência, não for encontrada pelo oficial de justiça.

²⁹⁶ PROCESSO CIVIL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CARÁTER PROTELATÓRIO. PROCEDIMENTO TEMERÁRIO. Quem, no mesmo processo, e face a decisão judicial de igual natureza, repete recurso que o tribunal já declarara incabível, incorre em procedimento temerário, punível com litigância de má-fé (CPC, art. 17, V). Recurso especial não conhecido. (STJ, 2.ª T., REsp 81.625-SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 20.10.1997, DJ 10.11.1997).

Desse modo, deve-se analisar o caso concreto para concluir se a parte agiu de modo temerário e, portanto, com desvio de finalidade, pois, também neste caso de litigância de má-fé, o exercício de uma situação subjetiva processual pela parte está acobertado pela aparência de legalidade. Por isso, o fato de o conceito da temeridade ser aberto e elástico é, na verdade, salutar para a sua efetiva aplicação na prática, não se limitando à lei.

Em seguida, o inciso VI do art. 17 do CPC trata dos incidentes manifestamente infundados provocados pelos sujeitos processuais, que agem sob a aparência da legalidade e no exercício de situações subjetivas processuais, porém com desvio de finalidade, pois almejam algum fim escuso. É o caso da instauração de incidente de falsidade documental, impugnação ao valor da causa ou ação declaratória incidental *sem qualquer fundamento*, com o intuito único de alongar o curso do processo, por exemplo.

Esclarece Barbosa Moreira que aquele que provoca o incidente tem, na realidade, um *outro* propósito, como retardar o andamento do feito ou exasperar o juiz para provocar-lhe uma reação excessiva, na esperança de preparar eventual arguição de suspeição. E é nesse outro propósito que se revela do desvio de finalidade²⁹⁷.

Destarte, quando a parte provoca um incidente manifestamente infundado, ou seja, sem razões que lhe embasem, está agindo abusivamente no processo, porque se utiliza de mecanismo processual para alcançar fins diversos daqueles normalmente previstos pelo legislador para este instrumento.

Por fim, a lei processual civil, no inciso VII²⁹⁸ do art. 17, censura a utilização de recurso manifestamente protelatório pelos litigantes.

Como é sabido, no ordenamento jurídico pátrio, as partes dispõem de diversos meios de recorrer das decisões judiciais e a utilização de todos os recursos à disposição dos litigantes não é causa, por si só, de litigância de má-fé, pois o recorrente deve agir com desvio de finalidade para ser considerado litigante de má-fé.

²⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. **Temas de direito processual civil**. Primeira Série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 29.

²⁹⁸ Este inciso foi acrescentado pela Lei 9.668/98.

Note-se que o legislador considerou litigante de má-fé aquele que utiliza o recurso com fim meramente procrastinatório, por ser essa a hipótese mais comum de abuso do processo causado pela utilização incorreta de recursos. Entretanto, os recursos podem ser utilizados de forma abusiva na relação jurídica processual também quando a deturpação da finalidade do recurso consiste na falta de viabilidade das razões recursais ou quando apresentado sem as imprescindíveis razões do inconformismo, e não somente quando a finalidade do recurso é meramente protelatória, visto que a litigância de má-fé representa apenas uma das modalidades de abuso processual.

Ressalte-se, ainda, que a verificação do manifesto propósito protelatório do recurso exige o exame cuidadoso do caso concreto, devendo esse desvio de finalidade ser demonstrado mediante, por exemplo, a veiculação de teses mirabolantes e sem qualquer fundamento²⁹⁹.

Por derradeiro, é necessário deixar claro que as previsões de litigância de má-fé contidas no art. 17 do CPC correspondem, todas elas, a casos de abuso do processo. Todavia as hipóteses de abuso de processo não se exaurem nas hipóteses previstas por este dispositivo legal, pois o abuso, conforme afirmado no início deste tópico, pode assumir uma infinidade de formas, dado o caráter eminentemente genérico da boa-fé objetiva.

3.6. Meios processuais de proteção à boa-fé objetiva

Tão importante quanto admitir a presença do princípio da boa-fé no diploma processual civil brasileiro é identificar os meios de prevenção e repressão às condutas processuais desleais, pois somente assim é possível verificar, na prática, a incidência da boa-fé objetiva no processo.

O exercício inadmissível de posições jurídicas no processo normalmente é percebido com o seu resultado, o que faz com que seja mais comum a repressão de condutas abusivas, com a aplicação de sanções aos seus agentes, do que a sua prevenção.

²⁹⁹ ABDO, Helena Najjar. **O Abuso do Processo**. São Paulo: RT, 2007, p. 209.

Não obstante prevalecer, na prática, a repressão às condutas processuais que desrespeitam a boa-fé em detrimento de sua prevenção, o diploma processual civil brasileiro prevê algumas medidas para a sua prevenção: o magistrado possui deveres genéricos de velar pela rápida solução da lide, bem como de prevenir qualquer ato contrário à dignidade da justiça (CPC, art. 125, incisos II e III)³⁰⁰; na instrução do processo, o juiz pode indeferir diligências que considere inúteis ou meramente procrastinatórias (CPC, art. 130)³⁰¹; a prevenção por ação repetida visa inibir o ajuizamento malicioso de ações idênticas e conseqüentemente a ocorrência de abuso do processo (CPC, art. 253, inciso III)³⁰²; dentre outras hipóteses.

A prevenção da prática de comportamentos inadmissíveis de posições jurídicas no processo ocorre, portanto, por meio de atos judiciais, uma vez que o juiz, no Estado Constitucional, tem o dever de dirigir o processo orientado pela boa-fé objetiva, conduzindo as condutas das partes de forma ética.

Nesse sentido, assevera Brunela Vieira de Vicenzi:

Dessa forma, parece possível impedir o exercício de posições inadmissíveis, sem cominar sanções e multas, mas por meio de “ameaças”, seja com a inversão do tempo no processo, ou até com a inversão de certos ônus (como acontece na revelia) ao litigante que abusa da confiança depositada nele pelo Estado, ou com a perda de direitos processuais como consequência da violação à regra da boa-fé³⁰³.

Além disso, a prevenção de condutas atentatórias à boa-fé objetiva se coaduna com o escopo social da jurisdição de pacificar e de educar os jurisdicionados, evitando o desrespeito à boa-fé no processo, o que se mostra mais salutar que as medidas repressivas, porque estas impõem sanções

³⁰⁰ CPC, art. 125: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...] II - velar pela rápida solução do litígio; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça; [...].”

³⁰¹ CPC, 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.”

³⁰² CPC, art. 253: “Distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza: [...] III - quando houver ajuizamento de ações idênticas, ao juízo preventivo.”

³⁰³ VICENZI, Brunela Vieira de. **A Boa-fé no Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 172.

pecuniárias tardiamente, ou seja, somente após a ocorrência de comportamentos desleais dos sujeitos processuais.

Note-se que todos os sujeitos processuais possuem o dever de lealdade e de boa-fé dentro do processo (CPC, art. 14, inciso II), o que representa, *per se*, uma forma de prevenção do abuso.

Além disso, a mera previsão de sanções no ordenamento jurídico para aqueles que atuem, no processo, de forma desleal e ilegítima, já constitui uma forma de prevenção do abuso do processo³⁰⁴.

Atente-se também que, como a boa-fé objetiva pode se manifestar de diversas formas, sendo impossível prever todas as formas de sua incidência, conseqüentemente também não existe um rol limitado de sanções aplicáveis aos agentes que infringem o dever processual de agir com lealdade e boa-fé.

Observe-se, outrossim, que a imposição de quaisquer sanções ao sujeito que agiu em desconformidade com a boa-fé deve respeitar as garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do acesso à justiça, dentre outras, sob pena de o próprio juiz cometer abuso no exercício de seus poderes. Ademais, as circunstâncias do caso concreto devem ser minuciosamente analisadas para que o magistrado possa concluir peremptoriamente se houve ou não a violação do princípio da boa-fé no processo.

Destaca-se, entre as sanções mais comuns nos casos de ocorrência de abuso processual, a imposição de multa e a obrigação de reparar danos.

A multa é uma das sanções mais eficazes tanto para prevenir como para reprimir o exercício inadmissível de posições jurídicas no processo. O magistrado apenas tem que agir com cautela a fim de averiguar, de acordo com a realidade do caso, o montante da multa que melhor se ajusta à gravidade do abuso em questão, para que não cometa arbitrariedades.

Com o intuito de evitar abusos por parte do magistrado, o legislador pátrio houve por bem determinar os valores máximos das multas em várias hipóteses, possuindo o magistrado, portanto, uma margem de liberdade limitada no que concerne à imposição de multas.

³⁰⁴ TARUFFO, Michele. General report. **Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness**, p. 22, *apud* ABDO, Helena Najjar. **O Abuso do Processo**. São Paulo: RT, 2007, p. 228.

Observe-se, por exemplo, que, nos casos de litigância de má-fé, a multa pode ser aplicada no percentual máximo de 1% sobre o valor da causa (CPC, arts. 16 a 18); a imposição de multa, nos casos em que a parte alega falsamente ser pobre na forma da lei, com vistas a gozar da gratuidade judiciária, pode atingir o limite de dez vezes o valor das custas judiciais (Lei 1.060/50, art. 4.º, § 1.º). Por outro lado, a aplicação de multa quando se detecta a ocorrência de atos atentatórios à dignidade da justiça, limita-se ao percentual máximo de 20% do valor da causa (CPC, arts. 599 a 601) e quando se interpõe agravo manifestamente inadmissível ou infundado, aplica-se multa de até 10% sobre o valor da causa (CPC, art. 557, § 2.º).

Outras hipóteses de limites máximos de multas estabelecidos pela lei são encontradas nos arts. 233³⁰⁵; art. 475-J³⁰⁶; art. 740, parágrafo único, do CPC³⁰⁷.

Não só os juízes de primeiro grau, mas também os tribunais superiores têm aplicado multas nos casos em que os sujeitos não observam em suas condutas o princípio da boa-fé. Ilustra-se tal fato com o recente acórdão do STF, que negou provimento a agravo regimental que visava impugnar, “sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte”³⁰⁸.

Saliente-se também que o valor da multa é revertido, em regra, para o sujeito atingido pelo abuso, a não ser que a lei disponha de modo diverso.

³⁰⁵ CPC, 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.”

³⁰⁶ CPC, art. 475-J: “Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.”

³⁰⁷ CPC, art. 740, parágrafo único: “No caso de embargos manifestamente protelatórios, o juiz imporá, em favor do exequente, multa ao embargante em valor não superior a 20% (vinte por cento) do valor em execução.”

³⁰⁸ EMENTA: 1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Servidor público. Remuneração. Proventos e vencimentos. Pretensão de cumulação. Inadmissibilidade. Cargos inacumuláveis na atividade. Jurisprudência assentada. Ausência de razões consistentes. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado. (STF, 2.ª T., AgRg no RE 298.856-SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 02.02.2010, DJ 26.02.2010).

Assim sendo, a multa destina-se àquele que foi prejudicado pelo abuso, que nem sempre coincide com o sujeito que ocupa o lado oposto do infrator na lide.

Outra forma bastante comum de reprimir o sujeito que agiu contra a boa-fé é a reparação de danos.

O dano, seja ele material ou moral, é um dos elementos caracterizadores do abuso do processo, pois a teoria do abuso processual seria inócua se não fossem percebidos prejuízos com a sua prática, mesmo que esse dano seja causado ao Estado, notadamente ao Poder Judiciário, e não à parte adversária no processo. Por conseguinte, a reparação de danos mostra-se como uma das principais formas de sanção àquele que agiu em desconformidade com a boa-fé.

A reparação dos danos visa recuperar o equilíbrio daquela situação jurídica anterior que fora burlada pelo transgressor da boa-fé, com o intuito de causar o mínimo de prejuízo à vítima do abuso.

Ressalte-se, nesse ponto, que os danos sujeitos à reparação pelo sujeito ativo do abuso devem corresponder aos danos causados, de forma direta, pela conduta abusiva, o que não afasta, entretanto, os danos emergentes e os lucros cessantes, mas apenas aqueles danos causados de forma indireta pelo infrator da boa-fé. Assim, por exemplo, são passíveis de reparação os lucros cessantes de um empresário que foi parte ré de uma demanda proposta, com o claro intuito de macular sua reputação comercial.

No direito brasileiro, o art. 18 do CPC prevê a indenização, por conta do litigante de má-fé, à *parte adversária*, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, além de multa eventualmente arbitrada pelo juiz.

Deve-se observar, contudo, que, em regra, o valor da indenização deve equivaler aos prejuízos sofridos pela *vítima do abuso*, não havendo limite de um valor máximo para isso. Assim, os casos de litigância de má-fé, que consistem em uma modalidade de abuso processual, são uma exceção a essa regra, uma vez que, consoante o § 2.º do art. 18 do CPC, o litigante de má-fé deve indenizar à “parte contrária” em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

Em outras palavras, a vítima no abuso não necessariamente é a parte adversária do sujeito ativo do abuso no processo, não obstante o *caput*

do art. 18 do CPC se referir à “parte contrária” do litigante de má-fé; o sujeito passivo da reparação de danos consiste naquele sujeito que foi prejudicado, isto é, sofreu danos com a conduta desleal do sujeito ativo do abuso processual, que não corresponde necessariamente com a parte contrária no processo, podendo inclusive ser o litisconsorte ou o próprio assistente daquele que desrespeitou a boa-fé.

Dessa forma, em regra, o sujeito processual que agir de encontro à boa-fé objetiva está obrigado a reparar os danos causados à vítima do abuso, e não à parte adversária na lide.

Ademais, é convergente na doutrina que será obrigado a reparar os danos aquele sujeito que violar o dever de agir com boa-fé, independentemente de ter sido, ao final da lide, o vencedor da demanda³⁰⁹.

E mais, consoante adverte Barbosa Moreira, a condenação do infrator da boa-fé à reparação de danos exige a prova efetiva da ocorrência do prejuízo³¹⁰. Logo, a vítima do abuso tem que comprovar os danos por ela sofridos em razão da violação da boa-fé, se não essa forma de sanção do abuso processual, qual seja, a reparação de danos, perderia a sua utilidade prática³¹¹.

A condenação do infrator à indenização dos danos causados pelo abuso pode ser feita de ofício ou a requerimento da parte interessada, sendo necessária sempre a comprovação dos prejuízos efetivamente experimentados por este.

Além da multa e da reparação de danos, existem outras sanções previstas pelo CPC para os sujeitos que praticarem condutas em desconformidade com a boa-fé, como a restrição de direitos contida nos arts.

³⁰⁹ Seguem esse raciocínio, por exemplo: THEODORO JR., Humberto. Abuso do direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 101; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. **Temas de direito processual civil**. Primeira Série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 25.

³¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. **Temas de direito processual civil**, Primeira Série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 33.

³¹¹ Essa exigência de comprovação de prejuízos por parte da vítima do abuso do processo não é exigida pelas outras formas de sanção do abuso do processo. Por exemplo, a aplicação de multa, nos casos de abuso processual, prescinde da prova do dano no caso concreto.

196 e 197³¹², que determina a perda de vista dos autos ao advogado, ao membro do Ministério Público e ao representante da Fazenda Pública que excederem o prazo legal e as previsões do art. 538, parágrafo único³¹³, e do art. 557, §2.^o³¹⁴, que condicionam a interposição de recurso ao pagamento de multa.

Cabe, ainda, ação rescisória nas hipóteses previstas nos incisos do art. 485 do CPC³¹⁵, que estão contaminadas, de alguma forma, pela mácula do abuso processual, especialmente em virtude do desvio de finalidade nelas presentes³¹⁶.

Também há possibilidade de aplicação de sanções penais em alguns casos de violação do dever de boa-fé: alguns casos foram tipificados como crimes, dada a sua gravidade no meio social.

³¹² CPC, art. 196: “É lícito a qualquer interessado cobrar os autos ao advogado que exceder o prazo legal. Se, intimado, não os devolver dentro em 24 (vinte e quatro) horas, perderá o direito à vista fora de cartório e incorrerá em multa, correspondente à metade do salário mínimo vigente na sede do juízo. Parágrafo único. Apurada a falta, o juiz comunicará o fato à seção local da Ordem dos Advogados do Brasil, para o procedimento disciplinar e imposição da multa.”; CPC, art. 197: “Aplicam-se ao órgão do Ministério Público e ao representante da Fazenda Pública as disposições constantes dos arts. 195 e 196.”

³¹³ CPC, art. 538, par. único: “Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), *ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo*” (grifo da autora).

³¹⁴ CPC, art. 557, § 2º: “Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, *ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.*” (grifo da autora).

³¹⁵ CPC, art. 485: “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar literal disposição de lei; VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;[...].”

³¹⁶ Corroborar com essa previsão do art. 485 do CPC, a tendência atual da relativização da coisa julgada. Na lição de Cândido Rangel Dinamarco, “o valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é, portanto, a garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da justiça das decisões judiciais, constitucionalmente prometido mediante a garantia de acesso à justiça (CF, art. 5.º, XXXV)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material. Revista da Escola Paulista de Magistratura*, v. 2, jul.– dez. 2001, p. 10).

Nesse diapasão, constituem crimes contra a administração da justiça os crimes de desobediência (CP, art. 330)³¹⁷ e de desobediência à decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito (CP, art. 359)³¹⁸.

Além dessas sanções previstas pelo sistema processual civil e penal brasileiro, o juiz, no Estado Constitucional contemporâneo, dotado do dever de velar pela efetividade e instrumentalidade do processo, tem à sua disposição diversos outros mecanismos de evitar ou reprimir a violação do princípio da boa-fé no direito processual.

Sem o objetivo de esgotar todos os poderes que o juiz possui no intuito de inibir ou coibir abusos no âmbito processual, cita-se, exemplificativamente: o disposto no art. 130 do CPC, que possibilita ao juiz o indeferimento de diligências que considere inúteis ou protelatórias; o poder de antecipar os efeitos da tutela, em caso de abuso no exercício das situações subjetivas processuais de defesa (CPC, art. 273, II); a possibilidade de presumir como verdadeiros fatos baseados em documentos que a parte se recusa a exibir (CPC, art. 359); e, os poderes contidos no art. 461 do CPC, que permitem ao magistrado conceder a tutela específica da obrigação ou determinar providências para assegurar o seu resultado prático, quando os sujeitos se recusam a atender ordens judiciais relativas a obrigações de fazer ou de não-fazer.

Observe-se que todos esses poderes judiciais estão previstos em normas genéricas, uma vez que era impossível o legislador antever todas as hipóteses de abuso do processo. Ademais, a boa-fé objetiva possui diversas formas de manifestação, o que implica, por sua vez, que a repressão à sua violação processual também pode e deve se revelar dos mais variados modos, principalmente porque um dos principais objetivos do sistema processual pátrio consiste em evitar e coibir ao máximo a ocorrência do abuso no processo.

Em arremate a tudo que foi aqui exposto, é importante notar que as diversas formas de sanção aos sujeitos transgressores da boa-fé objetiva podem ser cumuladas, se assim o magistrado entender cabível ao caso,

³¹⁷ CP, art. 330: “Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.”.

³¹⁸ CP, art. 359: “Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.”.

defendendo a jurisprudência, inclusive, a possibilidade de imposição de sanções da mesma espécie para o mesmo fato.

Por exemplo, o STJ vem admitindo, em suas decisões, a imposição de duas multas pela interposição de agravo manifestamente inadmissível ou infundado, pois também constituiria uma hipótese de litigância de má-fé³¹⁹. Em outras palavras, o infrator é multado por litigância de má-fé (CPC, art. 18) e por ter interposto agravo infundado (CPC, art. 557, §2.º), ou seja, um mesmo fato gerou duas multas ao mesmo sujeito processual.

Esta autora entende, contudo, que, não obstante poderem ser impostas, em uma mesma relação jurídica processual, duas ou mais sanções ao sujeito ativo do abuso do processo, inclusive da mesma espécie, estas penalidades devem se referir a fatos distintos, pois seria injusto punir um sujeito, mais de uma vez, por um mesmo fato (vedação do *bis in idem*). Quanto à cumulação de sanções de natureza diversa, porém, não há qualquer objeção.

Acrescente-se, ainda, que tanto o sujeito ativo como o sujeito passivo do abuso processual pode corresponder a um ou mais sujeitos processuais.

No caso de pluralidade de sujeitos ativos, a responsabilidade dos agentes do abuso deve ser aferida no caso concreto pelo magistrado, uma vez que cada um responderá na proporção de seu respectivo interesse e proveito na causa. A multiplicidade de sujeitos passivos do abuso, por outro lado, será

³¹⁹ Nesse sentido, vem decidindo o STJ, conforme ilustra a seguinte decisão, transcrita em parte: “TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEIS NºS 7.787/89 E 8.212/91. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO. LEIS NºS 9.032/95 E 9.129/95. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI Nº 9.250/95. PRECEDENTES. DESNECESSIDADE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA LEGAL. ANÁLISE DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. INTENÇÃO PROCRASTINATÓRIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MULTA. ARTS. 16, 17, IV E VII, 18, E 557, § 2º, DO CPC. LEIS NºS 9.668/1998 E 9.756/1998.(...) 8. Recurso que revela a patente intenção de procrastinar o feito, dificultando a solução da lide ao tentar esgotar todas as instâncias e impedindo, com isso, o aceleramento das questões postas a julgamento ao insistir com a mesma tese, quando esta Corte já pacificou seu entendimento sobre a matéria. Litigância de má-fé, por “opor resistência injustificada ao andamento do processo” (art. 17, IV, do CPC), ao “interpor recurso com intuito manifestamente protelatório” (art. 17, VII, do CPC - Lei nº 9.668/1998). 9. Inteligência dos arts. 16, 17, IV e VII, 18, e 557, § 2º, do CPC. Multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, corrigida monetariamente até seu efetivo pagamento, caracterizadora da litigância de má-fé do agravante, mais honorários advocatícios no patamar de 20% sobre o valor da condenação, assim como a devolução de todas as despesas efetuadas pela parte contrária, devidamente atualizadas. 10. Condenação do agravante INSS a pagar às agravadas multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, com correção monetária até o seu efetivo pagamento (Lei nº 9.756/1998). 11. Agravo regimental não provido” (STJ, 1.ª T., AgRg no REsp 637.927-BA, rel. Min. José Delgado, j. 03.02.2005, DJ 04.04.2005, p. 197).

relevante apenas quando a sanção imposta for a reparação de danos, pois o montante da indenização cabível a cada vítima dependerá dos efetivos danos que cada uma sofreu.

Por fim, conclui-se que a responsabilidade por danos processuais pode ser subjetiva ou objetiva. Essa responsabilidade é subjetiva quando ocorre algumas das hipóteses previstas pelo art. 17 do CPC (incisos III, IV, V, VI e VII)³²⁰, tendo em vista que a má-fé é a antítese da boa-fé subjetiva. Nestes casos, aplicam-se as sanções previstas no art. 18 do CPC. Já a responsabilidade processual de índole objetiva decorre do risco intrínseco ao processo, quando o dano é causado pela mera movimentação da máquina judiciária, pelo manejo da ação e da defesa, casos em que não é preciso perquirir a existência de culpa ou dolo, mas deve estar caracterizada a contrariedade aos princípios éticos constitucionais e do processo civil, bem como a deslealdade de uma parte em relação à outra que lhe depositou confiança, pois se refere à boa-fé objetiva³²¹.

3.7. Necessidade de compatibilização da boa-fé objetiva com as demais garantias constitucionais do processo

Os valores consagrados na CF de 1988 imprimem no campo do direito processual civil os fundamentos éticos do processo, em razão da força normativa da Constituição no Estado Constitucional.

³²⁰ Note-se que, nos incisos III, IV, V, VI e VII, há referência à intenção do sujeito processual de utilizar o processo de forma maliciosa (III: “objetivo ilegal”; IV: “resistência injustificada”; V: “modo temerário”; VI: “manifestamente infundados”; VII: “intuito manifestamente protelatório”), enquanto, nos incisos I (“deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso”) e II (“alterar a verdade dos fatos”), o que se verifica é a contrariedade à boa-fé objetiva, apesar de constar no *caput* do art. 17 “litigante de má-fé”, pois não é necessário que o sujeito atue no processo com algum propósito ardid, mas apenas que se constate objetivamente que o processo foi utilizado para fim diverso daquele previsto pelo legislador.

³²¹ Sobre a prescindibilidade do elemento subjetivo na caracterização do abuso processual, Helena Najjar Abdo faz importante observação: “A opção pelo critério objetivo não corresponde, todavia, à afirmação de que a conduta processual abusiva deva ser totalmente desprovida de qualquer caráter doloso ou culposo. Ou seja, eventual dolo ou culpa *pode ou não* estar presente no ato cometido por qualquer dos sujeitos processuais, sem que isso retire da conduta o seu caráter abusivo. O que a lei dispensa é a *perquirição do elemento subjetivo* no caso concreto.” (ABDO, Helena Najjar. **O Abuso do processo**. São Paulo: RT, 2007, p. 121).

Nesse cenário, o direito processual civil surge como importante instrumento de concretização dos valores e princípios constitucionais, visando a “construção de uma sociedade livre, justa e solidária”, consoante preconiza o art. 3.º da CF.

Desse modo, o processo civil perde sua feição privatista, que é substituída pela face publicista do processo, pois o processo, para ser justo, deve atender aos direitos e garantias fundamentais estatuídos na CF, o que é de interesse tanto da sociedade como do Estado.

As garantias processuais constitucionais funcionam, portanto, como vetores que orientam o comportamento dos sujeitos do processo, incluindo entre estes o Estado-juiz, que deve sempre vislumbrar a realização da justiça no caso concreto em conformidade com a CF.

Nessa quadra, desenvolve-se o formalismo-valorativo, que torna evidente o imbricamento existente entre a CF, o processo civil e a cultura, sendo o método mais adequado para estudar o direito processual civil contemporâneo³²². Em síntese, o processo deixa de ser visualizado como mera técnica e passa a ser compreendido como instrumento ético.

O processo deixa, pois, de ser encarado como um duelo entre as partes, porquanto a finalidade última do processo é a pacificação social com justiça, o que interessa a todos. Em outras palavras, o escopo público do processo desborda os limites dos interesses das partes que são discutidos na lide.

A cláusula geral da boa-fé inserida no inciso II do art. 14 do CPC evidencia a influência dos fundamentos éticos contidos na CF sobre o diploma processual civil.

A eficácia do ordenamento jurídico processual está condicionada à observância da boa-fé objetiva, pois é a boa-fé objetiva que permite extrair a essência do conteúdo da norma processual para a sua aplicação no caso concreto, podendo alargar ou restringir o seu conteúdo, a depender da situação posta.

Consoante observa Leide Maria Gonçalves Santos, a boa-fé objetiva funciona como otimizadora dos valores éticos em todo o sistema processual,

³²² MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 21.

pois promove a ordenação da aplicação das normas processuais, bem como estabelece uma aplicação prospectiva das mesmas, na busca da efetividade do processo³²³.

Outrossim, a releitura que se deve fazer do diploma processual civil com base no texto constitucional implica a ruptura da absolutez dos direitos fundamentais, como garantias liberais, pois os valores e os princípios constitucionais devem ser analisados caso a caso, não sendo possível estabelecer previamente prioridade entre eles.

A título de exemplo, a garantia constitucional da ampla defesa não significa defesa desmedida, sem limites, pois “amplo” remete a “extenso”, e não a “ilimitado”. Assim, referida garantia constitucional tolera mitigações no caso concreto, o que deve ser feito com supedâneo na boa-fé objetiva.

O princípio da boa-fé promove, portanto, o equilíbrio entre os valores constitucionais aplicáveis à situação concreta, pois conforma as garantias constitucionais aos interesses das partes discutidos no âmbito processual. Por exemplo, a boa-fé permite o equacionamento entre os valores da ampla defesa e da duração razoável do processo.

Desse modo, nas palavras de Célia Barbosa Abreu Slawinski, a boa-fé objetiva é “regra que vem instrumentalizar valores constitucionalmente previstos”³²⁴.

A interpretação do art. 14, inciso II, do CPC deve ser feita, portanto, à luz da CF, afastando-se da concepção liberal das garantias constitucionais processuais, ao mesmo tempo que se aproxima da conotação objetiva da boa-fé e do modelo de processo cooperativo, tratado no segundo capítulo (item “2.4.”).

Dessa sorte, a boa-fé objetiva representa a máxima do comportamento correto e funciona como baliza das garantias constitucionais processuais, pois referidas garantias não são absolutas, haja vista que devem respeitar outros princípios constitucionais e observar as circunstâncias do caso concreto.

³²³ SANTOS, Leide Maria Gonçalves. **Boa-fé objetiva no processo civil: teoria dos modelos de Miguel Reale aplicada à jurisprudência brasileira contemporânea**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 39.

³²⁴ SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 191.

Portanto, a garantia da ampla defesa deve ser compreendida como defesa necessária, e não ilimitada; a garantia do contraditório deve ser entendida como garantia de participação efetiva no processo, e não apenas no seu aspecto formal; e, a garantia do devido processo legal deve remeter à lealdade e à justiça, equivalendo ao “devido processo justo”.

A boa-fé objetiva é, portanto, uma norma cogente, de ordem pública, que atua “independentemente da vontade dos interessados e mesmo contrariando tais vontades, que são impotentes (irrelevantes) para impedir a sua incidência, a qual é, assim, inexorável”³²⁵.

Dessarte, a boa-fé objetiva constitui uma metanorma, que orienta a aplicação correta e leal de outras normas processuais, com o fito de alcançar a justiça no caso concreto, por vezes, otimizando e, em outras, limitando a aplicação das garantias constitucionais.

Por isso, deve-se ter cuidado na aplicação concreta dos direitos constitucionais, de modo que não sejam utilizadas de forma desmedida, ao ponto de afrontar o dever de lealdade e de boa-fé, pois, como já afirmado, as garantias constitucionais não são absolutas e não podem servir de “armaduras para legitimar condutas que afrontem a boa-fé objetiva dos sujeitos processuais”³²⁶.

Parafraseando Cândido Rangel Dinamarco, a boa-fé objetiva busca no processo civil “satisfazer o senso do justo e do razoável [...] Ousar sem açodamento de quem quer afrontar, inovar sem desprezar os grandes pilares do sistema”³²⁷.

Nesse diapasão, vale mencionar importante decisão do STF, em que versa claramente da necessidade do processo civil contemporâneo observar a boa-fé objetiva, *in litteris*: “[...] A máxima do *fair trial* é uma das faces do devido processo legal positivada na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais

³²⁵ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. I, p. 122.

³²⁶ SANTOS, Leide Maria Gonçalves. **Boa-fé objetiva no processo civil: teoria dos modelos de Miguel Reale aplicada à jurisprudência brasileira contemporânea**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 44.

³²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 31.

e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e da lealdade dos sujeitos que dele participam [...]”³²⁸.

Em suma, o princípio da boa-fé objetiva deve ser realizado, de forma harmônica, com os demais princípios constitucionais, na relação jurídica processual.

Conseqüentemente, a teoria do abuso do processo, que deriva da aplicação da boa-fé objetiva no processo, também deve estar em harmonia com as garantias constitucionais, devendo o intérprete do direito analisar detidamente as peculiaridades do caso concreto a fim de adequar o processo à realidade social presente.

Nesse diapasão, as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do acesso à justiça, dentre outras, devem ser aplicadas conforme previsto pelo constituinte e pelo legislador ordinário, ou melhor, sem desvio de finalidade, pois não podem ser invocadas como pretexto à má-fé e à deslealdade. Desse modo, extrai-se que as garantias constitucionais estão limitadas pela boa-fé objetiva.

Em outras palavras, a aplicação dessas garantias constitucionais no processo possuem limites na CF e no próprio CPC,³²⁹ uma vez que não pode ser efetivada com fins diversos daqueles previstos pelo sistema, sob pena de se cometer abuso processual.

Em contrapartida, não se pode afirmar, *a priori*, que a repressão ao abuso processual (decorrência do respeito à boa-fé objetiva) deve prevalecer

³²⁸ “O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência do *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais. A máxima do *fair trial* é uma das faces do devido processo legal positivada na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e da lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos. Nesse sentido, tal princípio possui âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trail* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à justiça. [...]” (STF, 2ª T., RE 464.963-2/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes, un., j. 14/02/2006, DJ 30.06.2006).

³²⁹ Dinamarco cita como limites processuais naturais às garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do acesso à justiça os prazos prescricionais, as condições da ação, as regras sobre competência e os pressupostos processuais (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 110-111).

sobre a aplicação das garantias constitucionais, pois o caso concreto que determinará a melhor forma de conciliação entre a teoria do abuso do processo e o respeito às garantias previstas na Constituição. Assim, a aplicação da boa-fé objetiva impescinde da análise do contexto social em que o processo se encontra inserido.

Na lição de Helena Abdo, a teoria do abuso do processo pode conviver perfeitamente com tais garantias constitucionais e com outros direitos fundamentais, sem que se possa falar em incompatibilidade³³⁰.

Neste sentido, tem se pronunciado a jurisprudência pátria: o STJ tem reconhecido que deve se dar proteção às garantias constitucionais, desde que não se cometa abuso³³¹.

Em síntese, não se pode aplicar o princípio da boa-fé de forma irrestrita no processo e, assim, repreender autoritariamente o abuso no processo, prejudicando o exercício regular das demais garantias constitucionais pelos sujeitos processuais, bem como não se pode utilizar dessas prerrogativas constitucionais de forma distorcida e contrária à finalidade do processo e da jurisdição: deve haver uma compatibilização entre a boa-fé objetiva e os demais princípios constitucionais, conforme as circunstâncias do caso concreto.

Dessarte, o juiz tem o poder-dever de analisar, com razoabilidade, as reais circunstâncias do caso concreto, a fim de perquirir se houve abuso no uso das garantias constitucionais - o que enseja a aplicação de sanções - ou se essas prerrogativas foram usadas de modo legítimo e leal pelas partes, ou seja, conforme o princípio da boa-fé.

Conclui-se, portanto, que a boa-fé objetiva é uma manifestação do *fair trial*, que, de seu turno, é corolário do devido processo legal, no sentido de que promove um comportamento leal, correto e equânime de todo o aparato jurisdicional, com o fito de se obter a pacificação social por meio de um processo justo. Ademais, a boa-fé objetiva representa também um limite moral ao exercício das garantias constitucionais processuais, pois serve de norte

³³⁰ ABDON, Helena Najjar. **O Abuso do Processo**. São Paulo: RT, 2007, p. 169.

³³¹ "Processual Civil. Recurso procrastinatório. Multa. O recurso é direito da parte, constitucionalmente referendado. O abuso do exercício é ilegal. Aplica-se multa. A reiteração atrai a mesma sanção. Ademais, vedado o recebimento de qualquer petição, sem o comprovante do pagamento das sanções aplicadas" (STJ, Corte Especial, AgRg em EDiv 38273-MT, rel. Min. Luiz Vicente Cernichiaro, j. 18.12.1998, v.u., DJ 29.03.1999).

para a aplicação delas, haja vista que tais valores não são absolutos e, por conseguinte, devem respeitar as outras garantias constitucionais também aplicáveis em determinado caso concreto.

3.8. Reflexos da boa-fé objetiva no Novo Código de Processo Civil brasileiro (NCPC)

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 8.046/2010, originado do no Projeto n.º 166/2010 do Senado Federal, que visa à promulgação de um NCPC brasileiro, com a conseqüente revogação da Lei 5.869/1973.

Consoante consta da Exposição de Motivos do Anteprojeto do NCPC, a nova codificação do sistema processual civil brasileiro possui, resumidamente, cinco objetivos: “1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.”.

Desses objetivos constantes na Exposição de Motivos do Anteprojeto, pode-se extrair que o modelo brasileiro de processo civil constitui, atualmente, um modelo constitucional de processo civil, uma vez que visa à concretização dos direitos fundamentais processuais civis previstos na Constituição.

Dessa forma, o processo civil pátrio contemporâneo busca tutelar os direitos materiais de forma adequada, justa, célere e efetiva, conforme previsto na CF.

Além disso, partindo da premissa de que os direitos fundamentais possuem eficácia irradiante por todo o ordenamento jurídico, em virtude de sua dimensão objetiva, assevera-se que os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na CF servem de vetores para a interpretação dos dispositivos do CPC.

O formalismo do processo civil brasileiro é, portanto, um formalismo-valorativo³³², haja vista que se estrutura a partir de valores encarnados na CF, representando a legislação infraconstitucional um desdobramento da Constituição. Por isso, diz-se que o Estado de Direito brasileiro é um Estado Constitucional, cujo um de seus pilares é a boa-fé objetiva.

Assim, conforme ensinam Marinoni e Mitidiero³³³, o nosso modelo constitucional de processo civil compreende o direito ao processo justo, que, do ponto de vista procedimental, implica direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, ao juiz natural, à igualdade e paridade de armas, ao contraditório, à ampla defesa, à prova, à publicidade do processo, à motivação das decisões judiciais, à segurança e à confiança nos atos do Estado e à assistência jurídica integral; e, do ponto de vista de seu formalismo, um modelo cooperativo de processo.

O NCPC explicita, em vários dispositivos, a necessidade de observância da boa-fé objetiva e do dever de cooperação nas relações jurídicas processuais. Por exemplo, quando o Projeto trata do direito de participação no processo (art. 5.º: “as partes têm direito de participar ativamente do processo”), que se refere ao dever de colaboração dos sujeitos no processo, afirma, logo em seguida, que o juiz não proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar perecimento de direito (art. 9.º), o que faz em nome do direito fundamental processual ao contraditório, que se alicerça, por sua vez, na boa-fé.

³³² Conforme afirmado no item “2.4.” *supra*, o modelo cooperativo do processo civil caracteriza-se, entre outros aspectos, pela presença da boa-fé objetiva entre os sujeitos processuais, uma vez que o escopo primordial do processo é o alcance de uma decisão justa e todos devem colaborar para a obtenção desse fim.

³³³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 16.

Outras manifestações do direito ao contraditório podem ser vistas ao longo do NCP: o juiz só pode decidir com base em fundamento a respeito do qual tenha dado oportunidade às partes de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício (art. 10) e “As partes deverão ser previamente ouvidas a respeito das matérias de que deve o juiz conhecer de ofício” (art. 110), o que está intimamente ligado ao dever do juiz de consultar as partes, o que vai ao encontro do princípio da boa-fé que o juiz deve observar juntamente com os demais sujeitos do processo.

Em outras palavras, o direito ao contraditório que privilegia a participação efetiva de todos os sujeitos no processo demonstra que deve haver um constante diálogo entre as partes e entre estas e o magistrado, no afã de se construir um processo justo, baseado na cooperação e na boa-fé³³⁴.

Dessa forma, o Projeto do NCP brasileiro densifica o direito de ação como um direito a um processo justo, na medida em que o juiz deve interpretar o diploma processual civil com base nos princípios fundamentais previstos na CF, destacando-se os valores éticos e morais. Assim, o direito de ação deve ser compreendido em sua perspectiva dinâmica, pois não objetiva pura e simplesmente o julgamento do mérito da demanda judicial, pois pretende, sobretudo, que as posições jurídicas sejam exercidas ao longo do processo balizadas nos direitos fundamentais processuais.

Outrossim, é imprescindível que o processo, conforme concebido pelo processo civil hodierno, vise à realização de uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, para que possa ser considerado justo.

Por isso, o Projeto do NCP previu a possibilidade de adaptação do procedimento, pelo juiz, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e com as peculiaridades do direito material tutelado: “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) V – adequar as

³³⁴ O processo justo necessita do contraditório, que engloba tanto a necessidade de informação e possibilidade de reação dos sujeitos no processo, bem como o diálogo entre o juiz e as partes dentro do processo. O contraditório permite, portanto, a construção de um processo justo, atento aos fins da Constituição, o que, por sua vez, prestigia a boa-fé objetiva, pois todos os sujeitos poderão atuar no processo conscientes das razões da parte adversária e dos fundamentos que subsidiaram a decisão judicial.

fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa” (NCPD, art. 107). Além disso, o juiz poderá, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover ajustes quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa (art. 151)³³⁵.

Observe-se, neste ponto, que a adequação da tutela pauta-se pela boa-fé objetiva, uma vez que almeja uma decisão justa para o processo, sem se descuidar dos princípios constitucionais da igualdade, do contraditório e da ampla defesa, que devem regular qualquer relação subjetiva processual. Ou seja, para que se alcance uma decisão justa, adequada, tempestiva e efetiva no processo, é imprescindível que os preceitos constitucionais sejam observados, destacando-se, no atual modelo processual pátrio, os valores morais da probidade, da lealdade e da ética, presentes na Constituição, que podem ser englobados na expressão “boa-fé objetiva”.

Diante desse quadro, afirma-se que o diploma processual civil brasileiro identifica-se pela colaboração existente entre os sujeitos processuais, que devem observar a boa-fé objetiva na sua atuação dentro do processo, pois a jurisdição possui além do escopo jurídico (atuação da vontade concreta do direito), o escopo social (pacificação social com justiça) e político (reafirmação do poder dirigente do Estado e incentivo ao direito de participação dos sujeitos no processo) também.

No que concerne ao escopo social da jurisdição, o Projeto preceitua que “ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige”, observando sempre “os princípios da dignidade da pessoa humana e da

³³⁵ Outros exemplos de adequação da tutela estão delineados ao longo do Projeto do Código, destacando-se os seguintes dispositivos: é necessário curador especial para o incapaz em determinadas hipóteses, ao réu preso e ao revel citado fictamente (art. 57); regras especiais para atuação da Defensoria Pública (art. 93 e 186), da Advocacia Pública (arts. 95 e 186), do Ministério Público (arts. 147 a 149), dos litisconsortes com diferentes procuradores (art. 186); mister se faz a presença de intérprete para surdos-mudos que não possam exprimir sua vontade por escrito no processo (art. 131, inciso III); necessidade de incidente processual para desconsideração de personalidade jurídica (arts. 62 a 65), que individualiza o debate sobre a existência ou não de abuso de direito, evita o abuso da personalidade e possibilita a tutela efetiva do direito com o alcance de bens que satisfaçam o direito do demandante.

razoabilidade” (art. 6.º). Posteriormente, no art. 108, a mesma ideia é reafirmada: cabe ao juiz, no julgamento da lide, aplicar “os princípios constitucionais e as normas legais”, com vistas a que se alcance uma decisão justa, com respeito aos direitos e às liberdades dos sujeitos na seara processual.

Em relação à efetividade da tutela jurisdicional, o NCPC prevê o poder de o juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial [...]” (art. 107, inciso III), tendo em vista que o legislador pressupôs, em virtude do Estado Constitucional em que o sistema jurídico brasileiro está inserido, que a atividade do magistrado, na direção e condução do processo, pauta-se pela boa-fé objetiva, na medida em que o seu objetivo é tutelar o direito material de modo efetivo, célere, adequado e, sobretudo, justo.

Quanto ao direito a uma tutela jurisdicional célere, merece destaque a inovação legislativa que extirpou a suspensividade dos recursos *ex legis* (art. 908), substituindo-a pela regra da suspensividade *ope iudicis* dos recursos (art. 928), pois, partindo da premissa que todos os sujeitos processuais agiram com boa-fé no andamento do processo, a regra passa a ser a eficácia imediata da sentença.

Frise-se, aqui, que, apesar de todos os sujeitos processuais terem o dever de agir com boa-fé e de colaborar no processo, esse papel é mais visivelmente desempenhado pelo juiz³³⁶, pois, conforme os ditames do Neoprocessualismo, o magistrado possui o poder de direção e condução do processo, o que lhe permite agir ativamente no andamento do processo com o fito de concretizar o direito material em litígio. Corrobora com tal posição, as palavras dos insignes doutrinadores Marinoni e Mitidiero: “O juiz do processo

³³⁶ Ressalte-se, aqui, que a colaboração do juiz no processo não lhe retira a imparcialidade, uma vez que não se pode confundir imparcialidade com neutralidade. Assim, um juiz que colabora no processo não é neutro, mas é imparcial, pois visa a efetivação do direito material em juízo de maneira célere, adequada e justa.

civil do Estado Constitucional é um juiz que é ativo na condução do processo em colaboração com as partes³³⁷.

Outrossim, o NCPC traz explicitamente disposições que veiculam o direito à igualdade no âmbito do processo contribuem para a observância da boa-fé pelos sujeitos do processo, inclusive pelo juiz, pois fornecem instrumentos que facilitam uma atuação baseada na lealdade, probidade e nos valores éticos em geral. No art. 7.º do Projeto do NCPC, por exemplo, evidencia-se a igualdade no processo, pois este dispositivo assegura “às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório em casos de insuficiência técnica³³⁸”.

Outros artigos do Projeto também prestigiam o direito processual fundamental à igualdade, como o art. 85, que prevê a gratuidade judiciária aos menos favorecidos economicamente. Frise-se que a concessão de gratuidade judiciária não prescinde do dever de agir com boa-fé no processo, não isentando o beneficiado com a gratuidade de eventuais sanções ao litigante de má-fé. Visando coibir abusos no uso do direito à gratuidade judiciária pelos jurisdicionados, o Projeto do NCPC previu no §1.º do art. 85 que “O juiz poderá determinar de ofício a comprovação da insuficiência de que trata o *caput*, se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos requisitos legais da gratuidade de justiça”.

O direito constitucional processual à ampla defesa (CF, art. 5.º, inciso LV) também relaciona-se com a boa-fé objetiva, na medida em que não se pode limitar previamente questões ao debate, pois a tutela dos direitos com justiça exige cognição plena e exauriente, em regra.

Nesse diapasão, destaca-se que o Projeto permitiu a utilização de prova ilícita no processo civil, apesar de ser a mesma proibida pela

³³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 32.

³³⁸ O juiz, além de possuir o dever de agir com boa-fé no processo, deve também fiscalizar a sua observância no caso concreto pelos demais sujeitos do processo.

Constituição (CF, art. 5.º, inciso LVI), desde que o juiz assim entenda “à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos” (art. 257, parágrafo único). Percebe-se, diante dessa inovação legislativa, que, mais uma vez, o legislador prestigiou a condução do processo de forma ativa pelo juiz, presumindo que ele agirá de acordo com os escopos da jurisdição do processo civil contemporâneo e com base na boa-fé objetiva, portanto.

Outra incidência da boa-fé objetiva no NCPC se dá nos dispositivos que tratam da instrumentalidade das formas processuais, que, apesar de preverem, em regra, que os atos processuais devem seguir formas predefinidas nas normas do CPC para serem válidos, abrem exceção a esta regra quando a inobservância da forma não acarretar prejuízo para as partes e continuar atendendo aos fins de justiça do processo. Alerta-se que, não obstante esse pensamento da instrumentalidade das formas já se encontrar presente no CPC atual, ele foi mais bem desenvolvido no NCPC.

Dessa forma, preserva-se a validade dos atos processuais, pois a boa-fé objetiva com que atuaram os sujeitos processuais proporcionaram o alcance de uma solução justa da lide, não obstante as regras do processo não terem sido seguidas à risca por aqueles sujeitos³³⁹.

Nesse sentido, diz o art. 151 do NCPC que “os atos e os termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”. Ademais, ao se referir às nulidades processuais, o Projeto do NCPC afirma que “quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade” (art. 240).

Em complemento a essa orientação de relativização das formas processuais quando o desvio da forma não altere a finalidade da norma, o Projeto do NCPC deu ênfase às soluções de mérito em detrimento às decisões terminativas do feito. Tal fato está em consonância com o modelo de processo civil cooperativo, como o é o brasileiro atualmente, no qual todos os sujeitos do

³³⁹ O formalismo do processo civil atual alicerça-se nos valores subjacentes às normas, sendo, por isso, chamado de formalismo-valorativo.

processo devem agir alicerçados na boa-fé e com o objetivo de atingir a finalidade primordial do processo, qual seja a solução justa e efetiva da lide.

Nesse diapasão, o art. 301 do Projeto preceitua que “antes de proferir sentença sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício”. No âmbito recursal, também está presente a relativização das formas previstas pelas normas processuais em consonância com o prestígio dado às decisões de mérito, como se infere do §2.º do art. 944: “Quando o recurso tempestivo for inadmissível por defeito formal que não se repute grave, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal poderão desconsiderar o vício e julgar o mérito de casos repetitivos ou sempre que a decisão da questão de mérito contribua para o aperfeiçoamento do sistema jurídico”.

Os arts. 947 e 948, por sua vez, instituíram a remessa oficial ao juiz natural recursal, em se tratando de recurso especial e recurso extraordinário, de modo que haja um aproveitamento dos recursos e que seja mantida a finalidade do processo.

Com vistas a evitar o uso da máquina judiciária de forma inadequada, ou melhor, abusiva, o NCPC determinou o aumento da multa no caso da interposição de embargos declaratórios manifestamente protelatórios (NCPC, art. 941, §1.º), que não pode exceder a 5% sobre o valor da causa (no CPC atual a multa não pode exceder 1% do valor da causa – CPC, art. 538, par. único). Além disso, o pedido de desistência no caso de recursos repetitivos, no projeto do novo CPC, não obstará o julgamento desses recursos pelo STJ ou pelo STF (NCPC, art. 911, par. único), o que evidencia que o legislador visou, com essa medida, evitar a utilização desnecessária de recursos, bem como que os litigantes ajam com má-fé quando do requerimento da desistência.

Por fim, uma das maiores inovações trazidas pelo Projeto do NCPC Civil diz respeito à explicitação da colaboração entre os sujeitos do processo na proteção dos direitos com justiça, afinal o processo civil do Estado Constitucional é um processo civil cooperativo e baseado em valores constitucionais, dentro os quais se destaca a boa-fé.

Sobre esse assunto, diversos dispositivos do Projeto tratam, destacando-se: o art. 5.º preceitua que “as partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência”; o art. 8.º, que diz que “as partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios”; o art. 10 que, por sua vez, afirma que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha de decidir de ofício”; o art. 301, segundo o qual “antes de proferir sentença sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício”; o art. 305, que dá oportunidade às partes de emendar ou completar a inicial; o parágrafo único do art. 469, que determina que as partes serão ouvidas antes de ser decretada a decadência ou a prescrição; o art. 475, que pontua que o juiz ouvirá as partes sobre fato novo antes de decidir a questão, mesmo que conhecido de ofício; e o art. 700, por sua vez, trata dos atos atentatórios à dignidade da justiça.

Frise-se que a explicitação dos princípios constitucionais processuais pelo Projeto do NCPC não era necessária, pois os valores constitucionais irradiam seus efeitos independentemente de previsão na legislação infraconstitucional. Ademais, esse rol de direitos fundamentais processuais não é exaustivo, pois existem outros valores presentes na Constituição que também devem ser respeitados no âmbito processual.

Não obstante tais ressalvas, a inovação trazida com essa previsão no diploma processual civil merece ser aplaudida, pois visa demonstrar, de maneira clara, que a legislação infraconstitucional deve sempre respeitar os preceitos constitucionais, o que jamais deve ser olvidado pelos operadores de direito no momento da aplicação e da interpretação da lei.

Conclui-se, portanto, que o Projeto do NCPC enfatizou os valores sociais e éticos presentes na Constituição, sobressaindo, entre estes, a boa-fé

objetiva e a colaboração, valores que os sujeitos processuais devem observar durante todas as fases do processo, com vistas a tutelar os direitos materiais de forma adequada, célere, efetiva e, sobretudo, justa.

CONCLUSÃO

O Poder Judiciário brasileiro encontra-se desprestigiado nos dias atuais pela morosidade excessiva na resolução dos conflitos, pela ausência de uma orientação jurisprudencial uniforme, pelas denúncias de corrupção de magistrados, advogados e serventuários da justiça, pelo recrudescimento de atos atentatórios à dignidade da Justiça e pela famigerada inefetividade do processo na obtenção de uma solução justa.

Nesse contexto, imprescindível se faz o respeito da boa-fé objetiva no processo civil, a fim de resgatar a confiança do cidadão no sistema judiciário brasileiro, pois somente por meio de um processo pautado pela boa-fé pode se alcançar uma decisão justa.

Assim, o processo deve ser visto atualmente não somente por sua técnica processual, mas também por seu caráter ético, que exige de todos os sujeitos processuais uma atuação baseada na lealdade, na cooperação e na colaboração, com vistas à realização dos princípios constitucionais por intermédio da jurisdição.

Não obstante a boa-fé objetiva dentro da processualística civil ainda se encontrar pouco desenvolvida na doutrina e jurisprudência brasileiras, é indubitável que a consecução dos fins constitucionais depende do manejo correto do processo civil como instrumento ético, devendo, para tanto, haver uma mobilização de toda a máquina judiciária nesse sentido, e não apenas das partes litigantes no processo.

Corroborando com essa posição o fato de a boa-fé objetiva possuir origem constitucional, o que faz com que ela se espraie por todo o sistema jurídico de forma impositiva, encontrando-se, portanto, presente nas relações jurídicas processuais, e não somente nas relações privadas, como se entendia outrora.

No processo civil pátrio, o núcleo da boa-fé objetiva encontra-se explicitado no art. 14, II, do CPC, porém não se restringe a este dispositivo legal, pois a boa-fé objetiva consiste em uma cláusula geral³⁴⁰, cabendo ao

³⁴⁰ Como explanado anteriormente neste trabalho no item “2.2.”, a boa-fé objetiva é uma cláusula geral com conteúdo de princípio.

magistrado moldá-la às peculiaridades da situação litigiosa, bem como eleger a resposta mais adequada no caso de sua violação.

Outrossim, a cláusula geral da boa-fé (CPC, art. 14, inciso II) deve ser interpretada conforme a Constituição, de modo a prestigiar a boa-fé objetiva como um princípio constitucional que, assim sendo, deve ser aplicado em harmonia com os demais princípios constitucionais, haja vista que não existe princípio absoluto.

Além disso, concluiu-se que as consequências jurídicas decorrentes da violação da boa-fé objetiva não se restringem às hipóteses de litigância de má-fé e dos atos atentatórios à dignidade da justiça previstas no diploma processual civil pátrio, pois, dado o caráter abstrato e geral da boa-fé objetiva, não há uma tipicidade para as infrações morais.

Registre-se também que a boa-fé objetiva possui três modos de aplicação: interpretativa, integrativa e limitativa, que devem ser analisadas conjuntamente, e não de forma isolada. Dessa forma, a boa-fé objetiva orienta a interpretação das normas jurídicas, auxilia o preenchimento do conteúdo das normas jurídicas abertas ou até mesmo a integração do ordenamento jurídico nos casos de omissão legislativa, bem como restringe certos comportamentos que não condizem com o princípio da boa-fé.

Ademais, a boa-fé objetiva impõe ao magistrado o dever de lealdade, colaboração e transparência na condução do processo, com a finalidade de que o processo seja instrumento de cidadania, democracia e de justiça. Neste sentido, a tendência contemporânea é a ampliação dos poderes do juiz na condução do processo, com o fito de tutelar efetivamente os direitos e impedir as condutas que o desrespeitam, não podendo o direito ficar, portanto, à mercê unicamente do processo, em seu sentido formal e estanque.

A boa-fé objetiva, contudo, não se dirige apenas ao magistrado, mas também a todos aqueles que de alguma forma participam do processo, limitando e conformando a conduta de todos: partes, advogados, juiz e demais participantes da relação jurídica processual. Assim, conquanto as partes litigantes assumam posições antagônicas dentro do processo, elas se submetem à boa-fé objetiva, em virtude do princípio de cooperação, que exige

lealdade, colaboração e boa-fé de todos os participantes do processo, sem exceção.

A boa-fé, embora possua uma força imperativa, não prescreve a regra de conduta nos seus exatos termos, haja vista que apenas guia e delinea o caminho a ser adotado pelas partes, a fim de se alcançar uma relação jurídica equilibrada e harmônica.

Para tanto, é imprescindível que o magistrado atue com liberdade e de maneira ativa dentro do processo, pois a ele cabe adequar a boa-fé objetiva ao caso concreto. Assim, haverá um juízo valorativo para cada situação, razão por que não se pode enclausurar a boa-fé em um conceito legal rígido, próprio dos sistemas fechados, que vão de encontro ao conteúdo aberto da boa-fé.

Nesse diapasão, defende-se, neste trabalho, o uso do sistema de precedentes vinculantes como forma de legitimar a aplicação da boa-fé e de se evitar o abuso processual, pois, sendo o conteúdo da cláusula geral da boa-fé aberto, é importante que haja uma orientação para sua aplicação, para que se evitem decisões contraditórias e, principalmente, abusivas.

Essa uniformidade na aplicação da boa-fé objetiva se mostra possível por meio da eficácia vinculante dos fundamentos determinantes das decisões judiciais, ou seja, por meio da observância dos precedentes pelos jurisdicionados e pelos magistrados, que devem ser aplicados nos casos similares àqueles que deram origem ao precedente.

Ressalte-se, todavia, que o juiz não possui poderes ilimitados, que poderiam causar arbitrariedades no meio jurídico e social, pois esse agente público deve se pautar pela lei e princípios constitucionais. Assim, apesar de o julgador não subsumir-se à literalidade do texto normativo, o justo que lhe toca realizar é aquele que se encontra agasalhado na norma positivada, harmonizada com os princípios do sistema e com os valores éticos em jogo no momento da concretização do direito. Ademais, o magistrado deve fundamentar sua decisão de forma racional e precisa, pois é a fundamentação de sua decisão que possibilita o controle de sua atuação processual, pelas partes e pela sociedade.

Em sintonia com o modelo cooperativo de processo e com o princípio da boa-fé, constam, no projeto do NCPC, dispositivos que consubstanciam expressamente a boa-fé objetiva e a cooperação no processo,

como no caso dos artigos que discorrem sobre o dever de colaboração dos sujeitos processuais (arts. 5.º; 698 e s.); o aumento dos poderes do juiz na condução do processo (art. 107); a execução da multa por litigância de má-fé nos próprios autos (art. 703); o julgamento de recurso repetitivo mesmo com pedido de desistência (art. 911); o aumento de multa quando da interposição de embargos declaratórios manifestamente protelatórios (art. 941, §1.º), dentre outros.

Conquanto sejam admiráveis esses novos dispositivos legais constantes no Projeto do NCPD, entende-se salutar que haja, no NCPD, uma concentração dos artigos que tratam da boa-fé objetiva, pois isso daria uma ênfase maior à necessidade de sua observância, bem como facilitaria sua aplicação pelos operadores do direito.

Sugere-se, ainda, que o magistrado possa ser responsabilizado pessoalmente quando ele agir no processo descurando-se da boa-fé, não sendo necessária a comprovação de dolo ou culpa, como prevê atualmente o CPC, em seu art. 133. Dessa forma, caberia a imposição de multas, entre outras medidas, aos magistrados que atuarem em desacordo com o princípio da boa-fé, pois tais sanções têm se mostrado eficazes em alguns países europeus, a exemplo da Espanha³⁴¹.

Nessa mesma linha, defende-se a responsabilização direta do advogado, quando ele agir no processo em desconformidade com a boa-fé objetiva, afrontando a honra de quaisquer participantes do processo, desde que não haja o consentimento de seu cliente, nem seja provada a existência de 'culpa in eligendo'.

Todavia, não basta a inserção de uma nova legislação para que haja o respeito à boa-fé objetiva no âmbito processual, pois o mais importante é que haja uma conscientização coletiva da relevância da lealdade e da cooperação

³⁴¹ O art. 121 da Constituição da Espanha de 1978 dispõe: 'Os danos causados por erro judicial, assim como os que sejam consequência do funcionamento anormal da administração da justiça darão direito a uma indenização a cargo do Estado, conforme a lei'. Esta veio a ser a Lei Orgânica do Poder Judicial (LOPJ), de 1.º.7.85, que versa a matéria nos arts. 292-297 (Aguiar Júnior, Ruy Rosado de. **A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Função Jurisdicional no Brasil**. AJURIS, v. 20, n. 59, pp. 5-48, nov. 1993).

nas relações jurídicas processuais, que visam, sobretudo, alcançar a justiça material.

Assim, não se está aqui desmerecendo as inovações legislativas que visam efetivar a boa-fé objetiva no processo, porque é importante sim a existência de normas jurídicas que deem aos jurisdicionados a necessária visibilidade desse princípio constitucional: quanto mais dispositivos legais abordarem formas de prevenção e de repressão do abuso processual, mais facilmente a boa-fé objetiva será respeitada no âmbito processual.

Entretanto, mais relevante que o advento de novas normas processuais a respeito da boa-fé objetiva é a prevenção do abuso do processo. Para tanto, faz-se necessária uma verdadeira revolução cultural da sociedade e de seus valores, no afã de inculcar nos sujeitos processuais o desejo de colaborar com o processo e, por conseguinte, com a realização da justiça no caso concreto, o que deverá ocorrer de forma natural e espontânea.

Em outras palavras, as raízes do imbróglio da não aplicação da boa-fé no sistema processual civil pátrio são especialmente de cunho psicológico e cultural. Desse modo, deve-se priorizar a educação dos sujeitos desde a sua formação acadêmica até a sua vida laboral, a fim de que eles sempre guiem as suas condutas em conformidade com a boa-fé objetiva, bem como devem ser prestigiadas as normas processuais de viés pedagógico.

Conclui-se, portanto, que não se pode conceber, atualmente, o processo como fenômeno alheio à noção de ética, representando a boa-fé objetiva os valores morais que devem orientar a atuação dos sujeitos processuais em todas as fases do processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDO, Helena Najjar. **O Abuso do Processo**. São Paulo: RT, 2007.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Função Jurisdicional no Brasil**. AJURIS, v. 20, n. 59, nov. 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, José Manuel de Arruda. **Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro (a lealdade no processo)**. Revista de Processo, n.º 69/7.

AMARAL, Francisco. A realização do direito: o raciocínio jurídico, princípios e normas. In: _____. **Direito civil**: introdução. 6. ed., rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Cap. 2.

_____. **A boa-fé no processo romano**. *Revista Jurídica*. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da UFRJ, n. 1, v. 1, p. 33 e 35, 1995.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro (a lealdade no processo)**. *RePro*, São Paulo: RT, v. 69, jan.-mar. 1993.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **O que é “Devido Processo Legal”?** Revista de Processo, 163 (set/2008).

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro. **Temas de direito processual civil**. Primeira série. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. (Coord.). **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. V.

_____. Duelo e processo. *RePro*, São Paulo: RT, v. 112, out.-dez. 2003.

_____. **O Novo Processo Civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 29.^a ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 9, março/abril/maio, 2007.

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

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

_____. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto**, Edizioni di Comunità, 1984.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta. Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOULOS, Daniel Martins. **Abuso de direito no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. **Rivista di Diritto Processuale**, Pádua, v.5, Parte I, 1950.

_____. **Processo e democrazia**, in *Opere giuridiche* (aos cuidados de Mauro Cappelletti), Napoli, Morano, 1965, v. 1.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: RT, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958.

CARPENA, Márcio Louzada. **Da (Des) Lealdade no Processo Civil**. *Revista Jurídica*, ano 53, n.º 331, maio, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1969.

Código Civil brasileiro (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

Código de Defesa ao Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990).

Código de Processo Civil brasileiro de 1939 (Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939).

Código de Processo Civil brasileiro (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

Código de Processo Civil português. Disponível em: <<http://www.portolegal.com/CPCivil.htm>>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2013.

Constituição da República Federativa Brasileira, de 15 de outubro de 1988.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. **Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa 'in agendo'**. Coimbra: Almedina, 2006.

COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

COUTURE, Eduardo Juan. **Os Mandamentos do Advogado**. 3 ed. Trad. Ovídio Araújo Baptista da Silva e Carlos Otávio Athayde. Porto Alegre: Fabris, 1987.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé**. Curitiba: Juruá, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo e processo de conhecimento**, v. 1. Salvador: Iuspodium, 2007.
_____, *et all.* **Curso de Direito Processual Civil, Execução**, v. 5. Salvador: Iuspodium, 2009.

_____, *et all*, coordenação. **Constituição e Processo**. Salvador: Iuspodium, 2007.

_____. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. **Multa Coercitiva, Boa-fé processual e Supressio: Aplicação do *Duty to Mitigate the loss* no Processo Civil**. Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil n° 32, set/out de 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**, 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **A nova era do processo civil**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Relativizar a coisa julgada material. **Revista da Escola Paulista de Magistratura**, v. 2, jul.– dez. 2001.

DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**, tradução de J. Baptista Machado, 7. Ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o *contempt court*. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Abuso do exercício do direito de recorrer. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. São Paulo: RT, 2001.

LUHMANN, Niklas. **A posição dos tribunais no sistema jurídico**. Porto Alegre: AJURIS, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo**. 4. ed. v. 1. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Editora RT, 2010.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5. t. 2.

_____. O direito privado como um “sistema em construção”. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, vol. 15, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed, 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Voto no RE 464963/GO e Rcl 4666 PR**. Transcrições. Informativo do Supremo Tribunal Federal, nº 434, Brasília, 1º a 4 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo434.htm> e <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14778920/reclamacao-rcl-4666-pr-stf>>. Acessados em: 16 de fevereiro de 2012.

MILMAN, Fabio. **Improbidade processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação consitucional do princípio da boa-fé**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e legislação extravagante anotados**. 2 ed. São Paulo: RT, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. In: _____.(org.). *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**, *Revista da Adjuris*, n. 90.

PRETEL, Mariana Pretel e. **A Boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: NúriaFabris, 2009.

REALE, Miguel. **Estudos preliminares do código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2010.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil: Teoria Geral**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Direito das Obrigações**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Leide Maria Gonçalves. **Boa-fé objetiva no processo civil: a teoria dos modelos de Miguel Reale aplicada à jurisprudência brasileira contemporânea**. Curitiba: Juruá, 2012.

SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, vol. 39, n°. 3, fev. 1987.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Clóvis do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. *In: Estudos de direito civil brasileiro e português*. (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 66.

_____. In: FRADERA, Vera Maria Jacob (Org.). O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 5ª ed. vol 1. São Paulo: RT, 2000.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual: Aspectos Doutrinários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica ao Direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 99.

_____. **A execução da sentença e a garantia do devido processo legal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

_____. **Boa-fé e processo – Princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz**. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior(3)formatado.pdf)>. Acessado em 15 de fevereiro de 2012.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 36ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Comentado**. v. 12. São Paulo: Atlas, 2003.

VICENZI, Brunela Vieira de. **A Boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Ed. RT, 2005.