

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

**A BOA-FÉ OBJETIVA E A LEALDADE NO PROCESSO CIVIL  
BRASILEIRO**

Mariana Pretel e Pretel

Presidente Prudente/ SP  
2006

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

**A BOA-FÉ OBJETIVA E A LEALDADE NO PROCESSO CIVIL  
BRASILEIRO**

Mariana Pretel e Pretel

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro.

Presidente Prudente/ SP  
2006

# **A BOA-FÉ OBJETIVA E A LEALDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso  
aprovado como requisito parcial para  
obtenção do Grau de Bacharel em  
Direito.

---

Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro

---

Eduardo Gesse

---

Gelson Amaro de Souza

Presidente Prudente/SP, 30 de novembro de 2006.

“Não basta ensinar ao homem uma especialidade, porque se tornará assim uma máquina utilizável, mas não uma personalidade. É necessário que adquira um sentimento, um senso prático daquilo que vale a pena ser empreendido, daquilo que é belo, do que é moralmente correto. A não ser assim, ele se assemelhará, com seus conhecimentos profissionais, mais a um cão ensinado do que a uma criatura harmoniosamente desenvolvida. Deve aprender a compreender as motivações dos homens, suas quimeras e suas angústias, para determinar com exatidão seu lugar preciso em relação a seus próximos e à comunidade”.

Albert Einstein

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, por ter me conferido o dom da vida e iluminado.

Sou grata, sinceramente, aos meus pais, que sempre acreditam e me apoiaram, ensinando-me que, na vida, nada acontece por acaso, mas sim depende de vontade e esforço. Ao meu pai, toda a minha estima, pelos conhecimentos, jurídicos e não jurídicos transmitidos a cada dia de trabalho.

Como não poderia deixar de me referir, meu reconhecimento a todos os professores que estiveram junto a mim durante o processo de aprendizagem e, em especial, ao Dr. Paulo Pinheiro, que auxiliou na realização do presente trabalho, colocando-se a disposição nos momentos em que precisei.

Finalmente, obrigada aos meus amigos e todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a concretização deste estudo.

## RESUMO

O que se pretende a partir do presente estudo é discutir a influência dos ditames da Magna Carta e do novo Código Civil no processo civil brasileiro, em especial, no que tange às relações entre as partes durante o transcorrer litígio, envolvendo a lealdade e o dever de colaboração com a administração da justiça até a efetiva resolução da controvérsia de direito material discutida no processo. Insere-se no contexto de busca da efetividade dos valores existenciais expressos na matriz constitucional. Dentre os vetores que norteiam toda ciência do direito, emerge-se, com inegável relevância, a boa-fé objetiva, que sobrepara às partes, compelindo-as a ajustarem suas condutas com lealdade mútua e probidade. Segundo a melhor doutrina, consubstanciar-se-ia num dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção e de honestidade, no intuito de não frustrar ou fraudar a confiança da parte contrária. Serão levantadas diversas discussões, distinções e correlações, ressaltando-se que a faceta principiológica é apenas uma das vertentes do instituto, que também possui as conotações de cláusula geral e conceito jurídico indeterminado. Não serão esquecidas as funções da boa-fé, a possibilidade de criação de deveres anexos ou secundários e a vedação do comportamento contraditório. Visa-se o abandono do conservadorismo dos direitos civil e processual civil, através de explicações acerca de um sistema jurídico aberto.

Palavras-chave: Boa-fé - conceito, princípio, cláusula geral, conceito jurídico indeterminado. Funções. Lealdade processual. Litigância de má-fé. Abuso de direito. Vedação do comportamento contraditório. Processo civil.

## **ABSTRACT**

What it is intended from the present research is to discuss the influence of rules of the Constitution and the new Civil Code in the Brazilian civil process, specially concerning the relations between the parts during the litigation, involving the loyalty and the duty of contribution with the administration of justice until the effective resolution of the right material controversy in the process. It is inserted in the searching context of the effectiveness of the existential values in the constitutional matrix. Amongst the vectors that guide the law science, the objective good-will emerges undeniably, which guide the parts, compelling them to adjust its behavior with mutual loyalty and probity. According to best doctrine, it would be consolidated in a acting duty, following the determinated and socially patterns, of correction and honesty, in order to not frustrate or embezzle the confidence of the contrary part. Several discussions, distinctions and correlations will be raised, explaining that principle faith is only one of the institute sources, and it also possess the general seclusion connotations and the indeterminate legal concept. The good-will functions, the possibility of creating attached or secondary duties and the contradictory behavior prohibition will not be forgotten. It is aimed the conservatism abandonment of the civil law and processual law, through explanations about an opened legal system.

Keywords: Good-will - concept, principle, general clause, indeterminate legal concept. Functions. Procedural loyalty. Bad-faith. Abuse of right. Prohibition of the contradictory behavior. Civil process.

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO</b>   | <b>12</b> |
| <b>1 CONCEITO DE BOA-FÉ</b>   | <b>13</b> |
| 1.1 Considerações preliminares  | 13        |
| 1.2 Unidade ou dualidade de conceitos   | 14        |
| 1.3 A boa-fé subjetiva  | 16        |
| 1.4 A boa-fé objetiva   | 17        |
| <b>2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE BOA – FÉ</b>   | <b>20</b> |
| 2.1 Noções históricas   | 20        |
| 2.2 Raiz romana   | 20        |
| 2.3 A boa-fé no direito canônico  | 23        |
| 2.4 A boa-fé no direito germânico   | 24        |
| 2.5 A boa-fé nos sistemas jurídico fechado e aberto   | 26        |
| 2.5.1 A boa-fé no ordenamento jurídico fechado  | 26        |
| 2.5.2 A boa-fé no ordenamento jurídico aberto   | 27        |
| 2.6 A boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro   | 29        |
| 2.6.1 Desenvolvimento da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico pátrio   | 29        |
| 2.6.2 Conclusões acerca da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro  | 31        |
| <b>3 A BOA-FÉ COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL</b>   | <b>33</b> |
| 3.1 Conceito de princípio   | 33        |
| 3.1.1 Considerações preliminares  | 33        |
| 3.1.2 Definição de princípio jurídico   | 34        |
| 3.1.3 Distinção entre princípios e regras jurídicas   | 35        |
| 3.2 Princípios Constitucionais  | 37        |
| 3.2.1 Princípios positivos do direito e princípios gerais do direito (ou princípios implícitos)                 | 37        |
| 3.2.2 Classificações dos princípios constitucionais   | 38        |
| 3.2.3 Os princípios constitucionais como valores supremos e vértices norteadores de todo o ordenamento jurídico | 39        |
| 3.2.4 A Constituição como vértice axiológico do sistema jurídico aberto   | 40        |
| 3.2.5 A aplicabilidade dos princípios constitucionais   | 42        |
| 3.3 A boa-fé como princípio norteador de todo o ordenamento jurídico  | 43        |
| 3.3.1 O comportamento do homem na sociedade e a busca do bem comum  | 44        |
| 3.3.2 A Constituição de 1988 e o princípio da boa-fé  | 45        |
| 3.3.3 A aplicabilidade do princípio da boa-fé   | 47        |
| <b>4 A BOA-FÉ OBJETIVA COMO CLÁUSULA GERAL</b>  | <b>49</b> |
| 4.1 Definição de cláusula geral   | 49        |
| 4.1.1 A opção do novo Código Civil  | 49        |
| 4.1.2 Conceito de cláusula geral  | 50        |

|   |           |
|---|-----------|
| 4.1.3 Breves considerações acerca da origem das cláusulas gerais  | 51        |
| 4.1.4 Cláusula geral enquanto técnica legislativa. Contraposição das cláusulas gerais às casuísticas. Traços comuns das cláusulas gerais e dos princípios de direito. | 52        |
| 4.1.5 A linguagem das cláusulas gerais  | 53        |
| 4.1.6 Distinção entre cláusulas gerais e princípios   | 53        |
| 4.1.7 Distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados   | 54        |
| <b>4.2 As cláusulas gerais no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no Código Civil de 2002</b>  | <b>55</b> |
| 4.2.1 O Código Civil de 1916  | 55        |
| 4.2.2 A Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002   | 56        |
| 4.2.3 Os limites das cláusulas gerais   | 58        |
| <b>4.3 A cláusula geral da boa-fé</b>   | <b>58</b> |
| 4.3.1 Breve histórico acerca da cláusula geral da boa-fé  | 58        |
| 4.3.2 A cláusula geral da boa-fé e o Código Civil de 2002   | 60        |
| <b>5 AS FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA</b>  | <b>63</b> |
| <b>5.1 Considerações gerais</b>   | <b>63</b> |
| <b>5.2 As funções da boa-fé</b>   | <b>64</b> |
| 5.2.1 A função interpretativa   | 64        |
| 5.2.2 A função integrativa (ou ativa)   | 66        |
| 5.2.2.1 A boa-fé e a criação de deveres jurídicos (secundários ou anexos)   | 67        |
| 5.2.2.1.1 Dever de lealdade   | 69        |
| 5.2.2.1.2 Dever de cooperação ou colaboração  | 70        |
| 5.2.2.1.3 Dever de informação ou de esclarecimento  | 70        |
| 5.2.2.1.4 Dever de segurança  | 72        |
| 5.2.2.1.5 Dever de prestação de contas  | 72        |
| 5.2.3 A função controladora ou reativa (a boa-fé como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos)   | 72        |
| 5.2.3.1 A teoria do abuso de direito  | 76        |
| 5.2.3.2 Conseqüências do ato abusivo. O desrespeito à boa-fé  | 77        |
| <b>6 LEALDADE PROCESSUAL</b>  | <b>80</b> |
| <b>6.1 Considerações preliminares</b>   | <b>80</b> |
| <b>6.2 Acesso à justiça</b>   | <b>80</b> |
| 6.2.1 A jurisdição, o processo, os direitos e as garantias constitucionais e o acesso à justiça   | 80        |
| 6.2.2 A relação jurídica processual   | 82        |
| 6.2.3 Dos deveres das partes. Os princípios éticos  | 85        |
| <b>6.3 Lealdade processual</b>  | <b>86</b> |
| 6.3.1 Ética, moral, direito e lealdade processual   | 86        |
| 6.3.1.1 Breves noções de ética e moral  | 87        |
| 6.3.1.2 Ética e direito   | 88        |
| 6.3.1.3 Rápidas noções acerca de leis éticas  | 88        |
| 6.3.2 Conceito de lealdade processual. A boa-fé na relação jurídica processual  | 89        |
| 6.3.3 As condutas desleais e o Código de Processo Civil de 1939   | 92        |

|            |  |            |
|------------|--|------------|
| 6.3.4      | <i>As condutas desleais e o Código de Processo Civil de 1973</i>   | 93         |
| 6.3.4.1    | <i>O artigo 14 do Código de Processo Civil atual</i>   | 94         |
| 6.3.4.1.1  | <i>O dever de veracidade</i>   | 96         |
| 6.3.4.1.2  | <i>O dever de lealdade e boa-fé</i>  | 98         |
| 6.3.4.1.3  | <i>O dever de não formular pretensões nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento e de não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa de mérito</i> | 101        |
| 6.3.4.1.4  | <i>O dever de cumprir ordens judiciais</i>   | 103        |
| <b>7</b>   | <b>LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E ABUSO DE DIREITO</b>  | <b>104</b> |
| <b>7.1</b> | <b>Linhas gerais</b>   | <b>104</b> |
| <b>7.2</b> | <b>A litigância de má-fé</b>   | <b>104</b> |
| 7.2.1      | <i>Conceito de má-fé</i>   | 104        |
| 7.2.2      | <i>Litigância de má-fé (má-fé processual)</i>  | 105        |
| 7.2.2.1    | <i>Critérios para a verificação da má-fé processual</i>  | 107        |
| <b>7.3</b> | <b>O abuso do direito</b>  | <b>108</b> |
| 7.3.1      | <i>A boa-fé objetiva e a limitação do exercício de direitos</i>  | 108        |
| 7.3.2      | <i>A teoria do abuso do direito</i>  | 108        |
| 7.3.2.1    | <i>A definição “abuso do direito”</i>  | 108        |
| 7.3.2.2    | <i>Fundamento e conceito da teoria do abuso de direito</i>   | 110        |
| 7.3.3      | <i>O abuso de direito processual</i>   | 111        |
| 7.3.3.1    | <i>A responsabilidade por danos processuais. A caracterização da má-fé processual (o exercício abusivo do direito processual)</i>  | 113        |
| 7.3.3.1.1  | <i>A condição de parte ou interveniente</i>  | 114        |
| 7.3.3.1.2  | <i>A incorreção do comportamento</i>   | 115        |
| 7.3.3.2    | <i>Situações ensejadoras da responsabilidade por danos processuais. Análise do artigo 17 do Código de Processo Civil</i>   | 117        |
| 7.3.3.2.1  | <i>Dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso</i>   | 119        |
| 7.3.3.2.2  | <i>Alteração da verdade dos fatos</i>  | 121        |
| 7.3.3.2.3  | <i>Utilização do processo para conseguir objetivo ilegal</i>   | 122        |
| 7.3.3.2.4  | <i>Oposição de resistência injustificada ao andamento do processo</i>  | 123        |
| 7.3.3.2.5  | <i>Procedência de modo temerário, em qualquer incidente ou ato do processo</i>   | 123        |
| 7.3.3.2.6  | <i>Provocação de incidentes manifestamente infundados</i>  | 124        |
| 7.3.3.2.7  | <i>Interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório</i>   | 125        |
| 7.3.3.3    | <i>A teoria do abuso do direito. A litigância de má-fé. A responsabilidade por dano processual. Considerações e conclusões</i>   | 126        |
| 7.3.3.4    | <i>O montante da responsabilidade das partes por dano processual. Observações finais acerca desta responsabilidade</i>   | 126        |
| <b>8</b>   | <b>A BOA-FÉ OBJETIVA E A VEDAÇÃO DA CONDUTA CONTRADITÓRIA</b>  | <b>128</b> |
| <b>8.1</b> | <b>Noções preliminares. A coerência e a incoerência na história da sociedade</b>   | <b>128</b> |
| <b>8.2</b> | <b>A dignidade humana, a solidariedade social e o princípio da boa-fé objetiva</b>   | <b>129</b> |

|  |            |
|--|------------|
| 8.2.1. A conduta contraditória no Código Civil de 2002. O fundamento constitucional  | 130        |
| 8.2.2 As funções da boa-fé objetiva e a vedação da conduta contraditória   | 132        |
| <b>8.3 A vedação do comportamento contraditório, a doutrina do “venire contra factum proprium” e a aplicação efetiva do princípio da boa-fé</b>  | <b>134</b> |
| 8.3.1 As relações do “nemo potest venire contra factum proprium” com a teoria do abuso de direito  | 138        |
| 8.3.2 A utilidade do “nemo potest venire contra factum proprium”   | 139        |
| <b>8.4 Os pressupostos específicos para a caracterização do “venire contra factum proprium”</b>  | <b>140</b> |
| 8.4.1 O “factum proprium”  | 140        |
| 8.4.2 A legítima confiança   | 141        |
| 8.4.3 A prática de um ato posterior contraditório. A contradição ao “factum proprium”  | 142        |
| 8.4.4 O dano efetivo ou potencial  | 144        |
| <b>8.5 O impedimento da conduta contraditória e a possibilidade de reparação dos danos causados</b>  | <b>144</b> |
| <b>8.6 A conduta contraditória e o processo civil</b>  | <b>146</b> |
| <b>9 A BOA-FÉ OBJETIVA E O PROCESSO CIVIL</b>  | <b>148</b> |
| 9.1 As mudanças sociais, o direito e o princípio da boa-fé objetiva  | 148        |
| 9.2 O princípio da boa-fé objetiva e as funções da boa-fé  | 150        |
| 9.3 O princípio jurídico e a aplicação da cláusula geral da boa-fé   | 152        |
| 9.4 Análise da influência da positivação da boa-fé objetiva no Código Civil de 2002  | 153        |
| 9.4.1 Precedentes. A positivação no Código de Defesa do Consumidor   | 154        |
| 9.4.2 A positivação da boa-fé no Código Civil de 2002. O direito constitucional civil. O direito constitucional processual civil   | 156        |
| 9.5 O processo como relação jurídica e a incidência da boa-fé objetiva   | 158        |
| 9.5.1 A boa-fé no artigo 14 do Código de Processo Civil  | 160        |
| 9.5.1.1 A boa-fé objetiva, o contraditório e a colaboração processual  | 162        |
| 9.5.1.2 A teoria do abuso de direito e os ditames da boa-fé objetiva em sede do processo civil   | 164        |
| 9.5.2 A exigência de boa-fé e a responsabilidade por danos processuais   | 165        |
| 9.5.3 A efetiva aplicação da cláusula geral da boa-fé ao processo civil. Meio de prevenção e repressão do exercício inadmissível de posições jurídicas que não seja a aplicação de sanções pecuniárias | 167        |
| 9.7 Conseqüências da aplicação da boa-fé objetiva e da teoria da vedação da conduta contraditória em sede de processo civil  | 169        |
| 9.7.1 O direito à produção de provas. A incidência da boa-fé objetiva no campo probatório. Hipóteses vedação no comportamento contraditório  | 169        |
| 9.7.1.1 Inadmissibilidade das provas ilícitas  | 170        |
| 9.7.1.2. Dever de prestação de depoimento pessoal  | 170        |
| 9.7.1.3 Dever de exibição de documentos ou coisas  | 171        |
| 9.7.1.4 O dever da parte de se submeter à realização do exame pericial. A questão polêmica do DNA  | 172        |

|                                   |            |
|-----------------------------------|------------|
| <b>CONCLUSÃO</b>                  | <b>175</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> | <b>182</b> |

## INTRODUÇÃO

A boa-fé pode ser compreendida em diversas concepções, incluindo a objetiva, que se consubstancia num valor, norteador de todo o ordenamento jurídico, expressão da confiança, da lealdade, relacionado à probidade com que toda pessoa deve condicionar o seu comportamento nas relações sociais.

Trata-se, nesta faceta, de um princípio constitucional, efetivado através de uma cláusula geral de mesma denominação.

Não é possível se olvidar da influência da Magna Carta em sede das matérias processuais, haja vista que, em um sistema jurídico aberto, os princípios jurídicos, valores supremos e fundantes, possuem relevância fundamental e uma convivência harmônica e complementar às regras. Seriam admitidos, por derradeiro, o “direito constitucional civil” e o “direito constitucional processual civil”.

Ora, o processo civil atual se encontra direcionado e condicionado aos resultados, não tolerando quaisquer comportamentos que impeçam a concretização do direito material e atentem contra a moralidade e a ética, destacando discussões acerca da aplicação da litigância de má-fé, do abuso de direito e da vedação da conduta contraditória.

Logo, muito há que se discutir com relação à aplicação da boa-fé e a convivência entre as partes e os intervenientes durante o transcorrer do litígio, envolvendo a lealdade e o dever de colaboração com a administração da justiça destas até a efetiva resolução da controvérsia de direito material discutida no processo.

Tende-se também, no mesmo sentido, a reconhecer a incidência direta dos ditames do novo Código Civil no processo civil, através dos valores da solidariedade, eticidade, sociabilidade e operabilidade.

O presente estudo se insere no contexto de procura de uma análise e interpretação do ordenamento jurídico como um todo, utilizando-se do método expositivo e pesquisa bibliográfica.

# 1 CONCEITO DE BOA-FÉ

## 1.1 Considerações preliminares

Embora o campo de atuação da boa-fé seja vasto, é grande a dificuldade em sua conceituação, visto que comporta uma série de significados, conforme seja analisada sob os prismas subjetivo ou objetivo, como princípio ou cláusula geral. Ademais, para o preciso entendimento de seu conteúdo, faz-se mister uma análise de sua evolução histórica, a qual será detalhadamente realizada em momento oportuno.

Em linhas gerais, pode se afirmar que a origem da expressão remonta os primórdios dos tempos romanos, em que já se vislumbrava uma nítida dualidade de conceitos, na caracterização simultânea da “*bona fides*” e da “*fides bona*”. Se, por um lado, analisava-se a crença de um sujeito para avaliar se este procedia conforme os ditames legais, por outro, todas as relações eram fundadas na confiança e o juiz, dentro do processo formulário, era remetido a critérios de decisão éticos, sociais e de equidade.

Entretanto, quando da Idade Média, houve uma verdadeira diluição da boa-fé objetiva. Com o domínio então exercido pela Igreja Católica, a boa-fé começou a se traduzir como a ausência de pecado, dentro do contexto dos ideais cristãos. A boa-fé não mais era aplicada à posse ou às obrigações, mas apenas aos acordos meramente consensuais.

Mais adiante, continuou-se intensamente o processo de subjetivação. Na Idade Moderna, com a ascensão da burguesia e todos os valores a esta relacionados, o princípio da boa-fé foi inteiramente absorvido pelo dogma da autonomia da vontade. Os contratos faziam lei entre as partes e a vontade destas era a lei suprema, não devendo o Estado interferir de qualquer modo. Conforme afirma Nelson Rosenthal (2005, p. 77), “do ideário clássico da Revolução Francesa, ‘liberdade, igualdade e fraternidade’, a burguesia se apossou dos dois primeiros valores e comodamente se esqueceu do dever de solidariedade”.

Na época das codificações, o desenvolvimento da boa-fé objetiva continuou restrito, uma vez que esta pressupunha a existência de um sistema aberto, o que se contrapunha fatalmente com o absolutismo da lei.

Pode se assegurar que a conjugação entre a redutibilidade positivista e os ideais da classe dominante, que ansiava apenas pela liberdade de contratar, acabaram por adiar o desenvolvimento da boa-fé objetiva, o que apenas se deu no direito germânico, conforme será melhor explicitado noutra ocasião.

O § 242 do Código Civil Alemão marcou o início de uma nova época, sendo que, no pós 1ª Guerra Mundial, a doutrina e jurisprudência germânica se incumbiram de lograr concretude ao princípio da boa-fé.

No Brasil, considera-se a Constituição Cidadã de 1988 como o primeiro grande passo para o reconhecimento da dualidade de conceitos em nossa legislação, haja vista que se utilizou de princípios como o da dignidade da pessoa humana e promoveu uma reinterpretação de todo o direito civil e processual civil.

Atualmente, a boa-fé é definitivamente encarada sob os seus diversos ângulos, sendo que, como princípio, atua, simultaneamente, como postulado ético inspirador da ordem jurídica e critério de aplicação das normas existentes.

Conforme o entendimento de Flávio Alves Martins (2000), tão grande é a importância deste instituto, que, embora não se possa afirmar que todas as normas jurídicas de um determinado ordenamento sejam derivadas de boa-fé, pode-se dizer que é um dos princípios que mais influencia o sistema, representando o reflexo da ética no fenômeno jurídico.

## **1.2 Unidade ou dualidade de conceitos**

A expressão “boa-fé” possui origem latina, em “*fides*”, que, nos tempos romanos, significava honestidade, confiança, lealdade e sinceridade e sua existência decorre do primado da pessoa humana.

Uma corrente minoritária entende pela superação da distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva, optando pela unidade de conceitos, como é o caso de Antônio Hernández Gil, citado por Célia Barbosa Abreu Slawinski (2002).

O conceito unitário fundar-se-ia em dois pilares: primeiramente, pelo fato de a boa-fé atuar sempre como pauta de comportamento ditada pela moral social e também porque, tanto a boa-fé subjetiva como a objetiva conteriam uma normatividade, embora em graus distintos.

Entretanto, a maioria da doutrina e da jurisprudência, hoje, admite a existência de dois prismas da boa-fé: um subjetivo e um objetivo, num entendimento de que a unificação das vertentes acabaria por elevar ainda mais o nível de abstração dos conceitos.

Nos dizeres de Flávio Alves Martins (2000, p. 16):

A boa-fé guarda em si uma antiga e (hoje) notória distinção entre a chamada boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Aquela, considerada como a concepção na qual o sujeito ignora o caráter ilícito de seu ato, esta, um pouco mais exigente, considera-se como a que não protege o sujeito que opera em virtude de um erro ou de uma situação de ignorância o seu comportamento não é o mais adequado conforme a diligência socialmente exigível.

Em que pese os louváveis entendimentos contrários, no contexto atual, mormente com as disposições da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, não há que se olvidar da existência da dualidade de conceitos, com a visível superação da ótica individualista e necessidade de atuação de todas as partes pautada na confiança e na solidariedade.

Em princípio, poder-se-ia dispor que a boa-fé subjetiva se refere a dados psicológicos, elementos internos, os quais conduzem o sujeito a uma ignorância do caráter ilícito de suas condutas, relacionando-se com a idéia de crença errônea; enquanto que, a boa-fé objetiva se vincula a elementos externos, normas de conduta, que determinam a forma de agir de um indivíduo, conforme os padrões de honestidade socialmente reconhecidos.

A boa-fé objetiva seria uma regra de conduta imposta, mas não definida em lei, remetendo a princípios e normas sociais.

A subjetiva se caracterizaria como um estado e a objetiva, uma regra de conduta.

Insta salientar, todavia, que os dois significados não são antagônicos e sim complementares e devem nortear todo o comportamento humano dentro do universo jurídico.

De acordo com as ponderações de Nelson Rosenthal (2005) pode se concluir que alguém pode perfeitamente ignorar o indevido de sua conduta, obrando de boa-fé (subjetiva) e, ainda assim, ostentar comportamento despido da boa-fé objetiva, que significa um padrão de conduta leal, pressuposto da tutela da legítima expectativa daquele que se contrata.

Portanto, hoje é inegável a necessidade de duplo enfoque do postulado da boa-fé.

### 1.3 A boa-fé subjetiva

A boa-fé subjetiva é também denominada de boa-fé crença, isto porque, tal qual fora afirmado, refere-se a elementos psicológicos, internos do sujeito.

Sob este prisma, há a valoração da conduta do agente, uma vez que agiu na crença, analisando-se a convicção na pessoa que se comporta conforme o direito. O manifestante da vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um ato ou fato jurídico. Há a denotação de ignorância, crença errônea, ainda que escusável.

Nas palavras de Judith Martins Costa (2000, p. 411):

A expressão boa-fé subjetiva denota o estado de consciência ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. 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 convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.

Na aplicação dessa boa-fé, o juiz deverá se pronunciar acerca do estado de ciência ou de ignorância do sujeito. Utilizando-se dos ensinamentos de Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (2001, p. 515- 516), podem ser corroboradas tais afirmações:

Perante uma boa-fé puramente fática, o juiz, na sua aplicação, terá de se pronunciar sobre o estado de ciência ou de ignorância do sujeito. Trata-se de uma necessidade delicada, como todas aquelas que impliquem juízos de culpabilidade e, que, como sempre, requer a utilização de indícios externos. Porém, no binômio boa-má fé, o juiz tem, muitas vezes, de abdicar do elemento mais seguro para a determinação da própria conduta. [...] 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, se encontra, numa óptica de generalidade, em situação de ciência ou ignorância.

Diz-se, que na boa-fé subjetiva, o sujeito está “em” ou “de” boa-fé.

Esta modalidade de boa-fé, por assim dizer, contrapõe-se à má-fé, remonta raízes na “*bona fides*” da “*usucapio*” romana e já se encontrava positivada em diversos dispositivos esparsos do Código Civil de 1916, mormente quando se referia a questões possessórias e regime jurídico de benfeitorias.

Apenas no que a esta se refere é que pode se utilizar do consagrado brocado de Rui Stoco (2002, p. 37) de que “a boa-fé constitui atributo natural do ser humano, sendo a má-fé o resultado de um desvio de personalidade”.

#### **1.4 A boa-fé objetiva**

Por sua vez, a boa-fé objetiva, ou simplesmente, boa-fé lealdade, relaciona-se com a honestidade, lealdade e probidade com a qual a pessoa condiciona o seu comportamento.

Trata-se de uma regra ética, um dever de guardar fidelidade à palavra dada ou ao comportamento praticado, na idéia de não fraudar ou abusar da confiança alheia. Não se opõe à má-fé nem tampouco guarda qualquer relação no fato da ciência que o sujeito possui da realidade.

Entretanto, apesar de se relacionar com o 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.

Caracteriza-se como um dever de agir, um modo de ser pautado pela honradez, ligada a elementos externos, normas de conduta, padrões de honestidade socialmente estabelecidos e reconhecidos.

Na verdade, consiste em uma técnica que permite adaptar uma regra de direito ao comportamento médio em uso em uma dada sociedade num determinado momento. Parte-se de um padrão de conduta comum, do homem mediano, num determinado caso concreto, levando em consideração os aspectos e acontecimentos sociais envolvidos. Traduz o estabelecimento de verdadeiros padrões de comportamento no caso concreto. É a sinceridade que deve nortear todas as condutas humanas, negociais ou não negociais. Em outras palavras, o

sujeito deve ajustar sua própria conduta ao arquétipo da conduta social reclamada pela idéia imperante.

Consoante a definição de Flávio Alves Martins (2000, p. 73):

A boa-fé, no sentido objetivo, é um dever das partes, dentro de uma relação jurídica, se comportar tomando por fundamento a confiança que deve existir, de maneira correta e leal; mais especificamente, caracteriza-se como retidão e honradez, dos sujeitos de direito que participam de uma relação jurídica, pressupondo o fiel cumprimento do estabelecido.

E completam Sônia Regina Negrão e Angélica Bezerra Manzano Guimarães (2005), que, “num primeiro passo, se refere à interpretação objetiva de qual comportamento seria o correto sem se avaliar a vontade das partes”.

É uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias de determinado caso. Neste diapasão, cada ser humano deverá guardar fidelidade à palavra dada e não abusar da confiança alheia, sob pena de contrariar todo o ordenamento jurídico.

Conforme Nelson Rosenvald (2005), esta modalidade de boa-fé encontra a sua justificação no interesse coletivo das pessoas pautarem seu agir na cooperação, garantindo a promoção do valor constitucional do solidarismo, incentivando o sentimento da justiça social e com repressão a todas as condutas que importem em desvio aos parâmetros sedimentados de honestidade e lisura.

Em nossa doutrina, o primeiro a estabelecer a distinção entre a boa-fé subjetiva e a objetiva, foi Alípio Silveira, utilizando-se de algumas características para identificar a boa-fé objetiva. Com base em tais ensinamentos, conceituou Flávio Alves Martins (2000, p. 104):

1) Em primeiro lugar, pressupõe que haja duas pessoas ligadas por uma relação jurídica, uma vinculação especial, que determine a confiança entre as partes; 2) Em segundo, que às partes seja exigível um comportamento de bom cidadão, diligente; 3) Em terceiro, considerando-se, ao mesmo tempo, a posição das partes envolvidas na relação jurídica, leva-se em conta que a parte deveria ter agido com lisura, como a outra parte, na medida em que tenha confiado no negócio que celebrara. [...] Na objetiva, à boa-fé não se contrapõe a má-fé ou o dolo, mas a ausência de boa-fé, que ocorrerá quando não se proceder em conformidade com os deveres de conduta, qualquer que seja o motivo da desconformidade.

Diz-se, na boa-fé objetiva, que o sujeito age “de acordo” com a boa-fé.

Esta boa-fé remonta origem na “*fides bona*” de Roma, ressalta o elemento confiança, e foi contemplada no novo Código Civil, com a admissão da existência dos deveres acessórios de conduta e a previsão como regra de interpretação e regra de contrato.

Por fim, não se pode deixar de se proceder a algumas observações deveras oportunas e que, na ocasião correta, serão melhores explicitadas:

Há que se dispor que, apenas a boa-fé objetiva se relaciona ao princípio da boa-fé. Considerada como princípio, consoante Célia Barbosa Abreu Slawinski (2002), será enquadrada dentre os princípios normativos, posto que serve de fundamento de efetivas soluções disciplinadoras.

Posteriormente, deve se sopesar que um ponto muito mais tormentoso do que a admissão da unidade ou dualidade de conceito é a definição da natureza jurídica do prisma objetivo, quer como princípio, regra, *standard* jurídico ou cláusula geral.

E, por último, cabe salientar, ainda, que, a edição de conceitos como o da boa-fé, não repercute apenas no campo obrigacional, como muitos acreditam e que sim, atribui ao juiz um maior poder, cabendo-lhe adequar a aplicação judicial às modificações sociais, procedendo sempre a uma análise do caso concreto. A influência se revela em todas as relações jurídicas existentes.

Na lição de Clóvis do Couto e Silva (1997, p. 42):

O princípio da boa-fé endereça-se sobretudo ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do Direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do Direito postulado pela outra parte. A principal função é a individualizadora em que o juiz exerce atividade similar a do pretor romano, criando o ‘direito do caso’. O aspecto capital para a criação judicial é o fato de a boa-fé possuir um valor autônomo, não relacionado com a vontade. [...]

Passar-se-á, agora, a uma análise detalhada das origens históricas do instituto.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE BOA – FÉ

### 2.1 Noções históricas

Para um perfeito entendimento dos atuais conteúdo e extensão do instituto da boa-fé em nosso ordenamento jurídico, faz-se necessário um estudo aprofundado acerca de sua evolução histórica, desde os tempos romanos, analisando as contribuições do direito germânico e canônico e verificando as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos fechado e aberto.

Embora não se possa negar, conforme afirmem Menezes Cordeiro (2001) e Célia Barbosa Abreu Slawinski (2002), que o tema tenha sido, lamentavelmente, alvo de grande desinteresse científico, principalmente pela falta de documentação histórica e elementos existentes, não há como menosprezá-lo, haja vista que, sempre se compreende melhor um fenômeno jurídico se forem entendidas suas raízes históricas.

### 2.2 Raiz romana

A origem da boa-fé é associada ao direito romano.

A expressão possui origem latina, em “*fides*”, que, entre os romanos, significava, basicamente, honestidade, confiança, lealdade e sinceridade.

Entretanto, há que se ressaltar que a “*fides*” possuía diversas conotações, conforme sejam analisadas as relações internas e externas de Roma, o momento histórico e também o procedimento judiciário.

Quanto ao prisma semântico da “*fides*”, concordam os doutrinadores Menezes Cordeiro (2001), Judith Martins-Costa (2000) e Célia Barbosa Abreu Slawinski (2002), que subsistiam três conotações: a *fides-sacra* (conotação religiosa), a *fides-fato* (despida de qualquer conotação religiosa, presente em garantias do tipo pessoal, nas relações de clientela) e a *fides-ética* (vertente moral, expressa na qualidade da pessoa).

Ademais, a “*fides*” poderia se relacionar à clientela (implicação de deveres de lealdade e obediência), aos negócios contratuais (direito obrigacional) e à

proteção possessória (direito real). Encontravam-se confusas, até um certo momento, as noções de boa-fé subjetiva e objetiva.

Nos períodos arcaico e pré-clássico romano, a “*fides*” não possuía grande força vinculativa, o que foi adquirindo somente com o passar dos anos.

No período clássico, à palavra “*fides*” foi agregado o qualificativo “*bona*”, que constringe aquele que prometeu a cumprir o pactuado ou prometido segundo o seu espírito.

O desenvolvimento dessa “*fides bona*” se processou no campo contratual.

Nos dizeres de Judith Martins-Costa (2000, p. 116):

No contexto das relações negociais entre os privados, fundamentalmente as relações mercantis, a *fides* atuava como o ‘elemento catalisador’ do conteúdo econômico dos contratos, porque, funcionalmente, constringe as partes a ter claro e presente qual o conteúdo concreto dos interesses que se encontram no ajuste, clarificação essa necessária para vincular os contratantes ao leal adimplemento das obrigações assumidas: tanto mais intensa é a necessidade privada de constrição quanto menor a força do Estado para constringir externamente os contraentes ao cumprimento das obrigações assumidas.

A boa-fé, a partir de então, começa a se caracterizar por um tríplice aspecto: primeiramente, é força que atua na definição da estrutura negocial; num segundo momento, atua na configuração da responsabilidade dos contratantes (e dos deveres anexos); e por derradeiro, relaciona-se à confiança existente na conduta adotada. Começa a ser delineado o aspecto objetivo da boa-fé.

Nas palavras de Menezes Cordeiro (2001, p. 73):

Por um lado, dominaria o dever de cumprir, na obrigação, seja no sentido simples do respeito pelo estipulado, seja no da forma de determinação (interpretação) do seu conteúdo, seja, finalmente, para permitira inclusão, junto do dever principal, de outras convenções laterais ou a integração de lacunas no negócio; por outro, teria constituído a própria fonte de exigibilidade judicial das figuras *ex fide bona*, reconhecidamente carecidas de base legal.

No período clássico, leciona, ainda, Judith Martins-Costa (2000), que se transmuta a “*fides bona*” nas relações negociais romanas para a atuação como tópico e expediente técnico-jurídico de uso da jurisdição (é a “*bonae fidei iudicium*” ou “*iudicia bonae fidei*”).

O sistema jurídico romano, que possuía grande acento processual, caracterizava-se, num primeiro período, como um sistema de ações e não de

direitos. Suas características eram, basicamente, o formalismo, a tipicidade e a oralidade.

Com o início do chamado “processo formulário”, menos formalista, possibilitou-se uma maior atuação do magistrado, com o surgimento dos “*iudicia bonae fidei*” ou “*actiones bonae fidei*”. Por este procedimento, não se buscava apenas a solução formal dos litígios e sim, material.

Esta composição material deveria se orientar segundo um específico critério de valoração das circunstâncias concretas do caso, consistente no princípio da boa-fé, que, segundo Francisco Amaral (1996), possuía um sentido de correção e lealdade.

Judith Martins-Costa (2000) ensina que tais eram procedimentos perante o juiz, nos quais se sentenciava com arrimo na boa-fé no campo dos negócios jurídicos, nas hipóteses em que não havia texto exposto em lei, conferindo-se ao magistrado um especial poder para decidir de acordo com as circunstâncias concretas. O juiz deveria sentenciar conforme os ditames da boa-fé.

Um ponto deveras interessante, é que tais procedimentos eram aplicados indistintamente a todos os que em Roma se encontravam, fossem civis ou peregrinos.

Complementa Nelson Rosenvald (2005, p. 76):

É possível, então, aferir a proximidade entre os *iudicia bonae fidei* e o princípio da boa-fé objetiva do direito das obrigações como espécie de cláusula geral a ser atuada pelo magistrado diante do caso concreto. Em valioso estudo sobre a boa-fé no direito romano, Francisco Amaral constata que o critério de valoração judicial das circunstâncias concretas nas ações de boa-fé demonstrava que ela já detinha o propósito de correção e lealdade, com valorização do comportamento das partes, sentido este desenvolvido pelo direito moderno no setor dos negócios jurídicos.

Com a criação e o sucesso da “*fides bona*”, preceitua Menezes Cordeiro que (2001, p. 70) que “a *fides*, mantendo sempre as suas conotações afetivas, ficou novamente disponível para traduzir também o sentido que lhe deu o cristianismo nascente e que se mantém: fé”.

Delineava-se, por conseguinte, também a feição subjetiva da boa-fé.

Ainda segundo Menezes Cordeiro (2001, p. 34):

[...] Se, de um lado, a inovação trazida pelos *bonae fidei iudicia* tornou possível até mesmo a criação de uma série de novas figuras, tais como: a tutela, a sociedade, a fidúcia, o mandato, a compra e venda e a locação, entre outras, por outro lado, essa vitória da *bona fides* foi, ao mesmo tempo, a causa de sua perda. [...] As novas figuras a que a *bona fides* deu origem, no Direito Romano clássico, e que constituem, ainda hoje, o cerne do Direito das Obrigações, vieram, com o tempo, a acarretar a sua diluição, corroborando para a perda de um significado técnico preciso, passando a *bona fides* a transmitir o que o autor português denominou de vaga idéia apreciativa.

Assim, conclui-se que, imprescindível um estudo do direito romano, uma vez que nosso ordenamento jurídico pátrio possui fundamento em seus valores consagrados no que tange à boa-fé.

### 2.3 A boa-fé no direito canônico

Com o início do domínio econômico, político e intelectual da Igreja Católica durante a Idade Média, a estrutura social foi modificada e, por consequência, todos os ordenamentos jurídicos, em especial, os ditames da boa-fé, também foram influenciados pelos dogmas do Cristianismo.

A Igreja atribuiu um valor moral à promessa e a boa-fé passou ser entendida como “ausência de pecado”, em contrariedade à má-fé, que consistia “no perigo para a salvação eterna”.

Conforme Judith Martins-Costa (2000), o direito canônico operou a modificação conceitual da boa-fé sob o signo da referência ao pecado, numa dimensão ética ou axiológica. A boa-fé deixou de possuir um sentido técnico preciso e sua generalização acabou por transformá-la numa categoria vazia de qualquer conteúdo substancial. Foi completamente abandonada a dualidade de conceitos que caracterizava o direito romano.

E nas palavras de Nelson Rosenvald (2005, p. 76-77):

Ao contrário do direito civil romano – no qual a boa-fé se aplicava à posse e às obrigações –, o direito canônico estendeu a boa-fé aos *nula pacta*, ou seja, os acordos meramente consensuais por ela abrangidos, em virtude da transcendência do respeito da palavra dada. A boa-fé adquire uma dimensão ética e axiológica por se situar em uma escala que traduz a concretização da lei divina.

Na verdade, pode se afirmar que sobreveio um verdadeiro fenômeno de subjetivação da boa-fé, entendendo-se esta apenas como um estado de ciência individual, requerendo a consciência íntima e subjetiva da ausência de pecado. Desapareceu, por completo, a boa-fé garantia.

Neste sentido, Menezes Cordeiro (2001) sustenta que a boa-fé foi relacionada ao sentido geral do direito da Igreja, ocorrendo uma eticização geral.

Tal qual no direito romano, não houve uma definição de boa-fé.

## **2.4 A boa-fé no direito germânico**

A Alemanha da Idade Média foi a responsável pela formulação da noção de boa-fé que persistiu nos ordenamentos jurídicos até a época das grandes codificações.

O Código Alemão, o famoso BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), em suas disposições, adotou a distinção entre a boa-fé, admitindo a existência concomitante do instituto em seus aspectos objetivo e subjetivo. A base deste diploma fora o Código Napoleônico, editado em 1804, que por sua vez, definiu o conceito de boa-fé, em seu artigo 1134.

Segundo Judith Martins-Costa (2000), a contribuição germânica se deu no sentido de que, no domínio da boa-fé, ocorreu a inserção de um conjunto de novos valores.

Tais valores eram relacionados, principalmente, à idéia de boa-fé objetiva, como adstrição ao comportamento social, em seus aspectos de lealdade, vedação da conduta contraditória e exato cumprimento dos deveres assumidos.

Dispõe Flávio Alves Martins, que, iniciou-se, pelos pilares da boa-fé, a Teoria do Abuso do Direito (2000, p. 54):

A exteriorização de um comportamento faz surgir uma linha de conduta que não pode ser contrariada pelo próprio agente em ato posterior e não pode ser encarada como uma específica proibição da má-fé ou da mentira, mas como exercício de uma posição jurídica com o comportamento anterior.

De acordo com pensamento já firmado noutra oportunidade, o BGB marcou o início de uma nova época, sendo que, a doutrina e jurisprudência alemã foram

as principais responsáveis pela real concretização do princípio da boa-fé, especialmente no período imediatamente posterior à 1ª Guerra Mundial. Foi necessária uma superação do princípio da autonomia da vontade, do liberalismo burguês e da visão católica excessivamente subjetiva de boa-fé. Os doutrinadores germânicos se demonstraram sensíveis às exigências de equidade, preferencialmente aos princípios logicamente deduzidos e criados pelo sistema.

Se, num primeiro momento, como ensina Rosenvald (2005), o Código Alemão foi concebido dentro de um sistema fechado, não sendo formuladas suas disposições no intuito de proceder a uma verdadeira reconstrução das noções de boa-fé e do direito obrigacional, servindo apenas o § 242 como reforço material dos contratos e o § 157 como regra de interpretação dos negócios jurídicos, com o passar do tempo, passaram a ser compreendidos como conceitos abertos, traduzidos em juízos de valor e a ordem jurídica atribuiu ao juiz a tarefa de adequar a lei às modificações sociais.

Assim dispunham os supracitados dispositivos 157 e 242:

§ 157 – Os contratos interpretam-se como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico.

§ 242 – O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico.

Célia Barbosa Abreu Slawinski (2002, p. 53- 54), ao estudar o tema da boa-fé objetiva na Alemanha, mencionou os ensinamentos contidos na clássica obra Tratado de Derecho Civil, de Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp e Martin Wolff e procedeu às seguintes conclusões acerca desses artigos e de sua respectiva aplicação:

[...] A boa-fé é princípio absoluto e supremo que domina todo o Direito das Obrigações, estando todas as relações obrigacionais sujeitas ao seu império. [...] 1. A boa-fé proíbe que se cometa o abuso de pretensões jurídicas formais ou aparentemente fundadas. Ela protege o devedor contra as exigências impertinente, que se choquem contra o direito e a equidade. O § 242 protege, igualmente, o credor contra a conduta do devedor que viole a boa-fé. Trata-se de regra que pode ser aplicada de ofício pelo juiz, independentemente de requerimento das partes. 2. Em determinadas circunstâncias, a boa-fé pode acarretar uma ampliação da prestação devida, em virtude de contrato ou da lei. 3. De outro lado, a boa-fé pode, por vezes, ensejar a atenuação da prestação devida. 4. A jurisprudência alemã teria entendido, ainda em razão do § 242, que a boa-fé justifica a revalorização das prestações afetadas pela desvalorização sofrida pelo dinheiro, em consequência da guerra e da inflação.

Ora, é facilmente constatada a noção objetiva da boa-fé, relacionada à confiança geral, estabelecida em nível de comportamento coletivo e reciprocidade de deveres.

O direito alemão passou a buscar uma nova adequação à vida, mormente com a atuação conjunta dos magistrados, tornando-se, por conseguinte, um instrumento para o cumprimento da função social a que é precipuamente destinado.

A partir daí, o princípio da boa-fé passou a ser incorporado a quase toda a totalidade dos códigos europeus.

## **2.5 A boa-fé nos sistemas jurídico fechado e aberto**

Uma importante advertência se relaciona à extensão do instituto da boa-fé, caracterizando-se o ordenamento jurídico como um sistema fechado ou aberto.

Em linhas introdutórias, pode-se articular que um ordenamento jurídico fechado é aquele em que há apenas e exclusivamente regras codificadas, a supremacia absoluta e incontestável da lei, enquanto que um ordenamento jurídico aberto é fundado em regras, mas também em princípios, sendo, portanto, flexível e mais adaptável aos anseios da vida.

### ***2.5.1 A boa-fé no ordenamento jurídico fechado***

O ordenamento jurídico fechado se caracteriza única e exclusivamente pela existência de regras codificadas. O Código é considerado um conjunto unitário de leis, provindas de uma só fonte, o Estado e são excluídos todos os demais direitos. Apenas os enunciados normativos insertos num código são considerados como fontes do direito.

Com a Revolução Francesa, em 1789, e a emergência da Idade Moderna, iniciou-se a era das grandes codificações.

As revoluções emergentes trouxeram com si, o mito da lei. Os Códigos elaborados nessa época, com destaque ao Napoleônico e ao alemão, possuíam a nítida pretensão de plenitude. A lei passa a ser a fonte suprema de produção

jurídica. Se um direito não está garantido em lei, simplesmente, não é tido como um direito.

Neste contexto, em que se desenvolveu também a denominada Escola da Exegese, o juiz passou a ser apenas um mero aplicador das disposições legais, sua atividade é pacífica e inerte. Os doutrinadores não mais ensinavam o direito, mas sim os códigos, apenas e tão somente, as leis. Os princípios jurídicos perderam a sua relevância. Predominou o legalismo. Consoante Judith Martins-Costa (2000), o conhecimento da realidade consiste no conhecimento das leis. Havia uma racionalidade profunda.

Acrescente-se que, numa época em que se valoriza demasiadamente a liberdade, há prevalência do princípio da autonomia da vontade sobre a boa-fé objetiva.

Segundo ensina, ainda, Judith Martins-Costa (2000), o indivíduo é um ser essencialmente livre, que somente pode se vincular e não pode sofrer nenhuma outra constrição senão aquelas que ele mesmo reconhece ou as que a ordem jurídica assinala.

A boa-fé objetiva, mormente estivesse consagrada nos supracitados diplomas, num sistema jurídico fechado, perde as suas acepções de princípio e cláusula geral, e, ademais, não se torna possível um grande desenvolvimento. A boa-fé é tida como pertencente ao Código, mas se encontra esvaziada de conteúdo próprio.

Pode se constatar que se a noção dominante é do primado da certeza sobre a razão, a boa-fé tem o seu conceito diluído, servindo para designar coisas diversas, misturando-se a outros conceitos, confundindo-se com a equidade, não se prestando às suas finalidades precípuas (norma de conduta geral, criação de deveres acessórios, cânone interpretativo, entre outros).

Ou seja, num sistema fechado, como todo o ordenamento jurídico fica adstrito às disposições de um Código, não há como se promover um grande desenvolvimento do instituto da boa-fé objetiva.

### ***2.5.2 A boa-fé no ordenamento jurídico aberto***

O ordenamento jurídico aberto, por sua vez, é aquele que se encontram, de maneira harmônica, regras e princípios, sendo que estes são considerados um verdadeiro elo entre o jurídico e o não-jurídico.

Num sistema jurídico em que o Código não visa a perfeição ou a plenitude, há um direito mais flexível, em que se busca uma nova adequação à vida, operando como um instrumento para o cumprimento da função social.

O sistema se encontra constantemente em construção. O Estado não é considerado como fonte única de produção jurídica, e sim, são valorizados costumes e crenças populares, as quais são retrabalhadas tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Admitem-se fontes diversas, ainda que não sejam imediatamente legislativas.

Nas palavras de Teresa Negreiros (1998, p. 162-163):

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'.

Complementadas por Clóvis do Couto e Silva (1997, p. 43):

A concepção de sistema aberto permite que se componham valores opostos, vigorantes em campos próprios e adequados, embora dentro de uma mesma figura jurídica, de modo a chegar-se a uma solução que atenda a diversidade de interesses resultantes de determinada situação. [...] Somente o sistema aberto pode abranger todas as situações [...].

Do sistema podem ser deduzidos princípios, os quais, em um momento posterior, servem de vetores do mesmo ordenamento jurídico. Há a concepção dos "princípios gerais do direito", recolhidos no código e com a função de suplementar as leis. Podem ser conciliados valores opostos. O juiz não é mero aplicador da lei, não devendo seguir um raciocínio lógico-dedutivo, próprio das ciências exatas, mas, pelo contrário, deve aplicar a lei após a realização de uma reflexão em sede do caso concreto, analisando a doutrina, a jurisprudência, os costumes, os princípios. Os doutrinadores ensinam o direito e não as leis, que podem ser eivadas de diversos vícios e incompletudes. Há maior abertura das decisões judiciais à doutrina. O legalismo não é predominante. É reduzida a importância do dogma da vontade.

As regras não anseiam atingir o mais alto grau de exatidão, mas, pelo contrário, admitem ser complementadas.

De acordo com Judith Martins-Costa (2000), o sistema aberto possui uma espécie de “energia expansiva” capaz de exprimir ulteriores princípios e de preencher lacunas.

Ora, em razão dessas características, o raciocínio jurídico é diverso e a boa-fé pode se desenvolver. A boa-fé possui conteúdo próprio, não se encontra diluída ou subjetivada.

A Constituição e os princípios nesta embutidos condicionam a interpretação das demais normas e possibilitam o desenvolvimento de cláusulas gerais e outros princípios, como é o caso da boa-fé. A boa-fé pode ser encontrada como norma de conduta, como forma de preenchimento de lacunas na lei, como critério de interpretação de uma norma, etc.

## **2.6 A boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro**

A boa-fé objetiva, embora só tenha sido positivada em nosso ordenamento jurídico por ocasião dos adventos do Código de Defesa do Consumidor em 1990, e do Código Civil, em 2002, há muito tempo era admitida e podia ser encontrada em nossa doutrina e jurisprudência, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988.

### ***2.6.1 Desenvolvimento da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico pátrio***

Conforme leciona Célia Barbosa Abreu Slawinski (2002), a primeira inserção do instituto pode ser verificada nas Ordenações Filipinas de 1603, mais especificamente, em seu Livro I, Título LXII, e mais tarde, no Código Comercial de 1850, através de norma estabelecida no artigo 131, inciso I, como fonte autônoma de direitos e obrigações.

Informa a doutrinadora que a presença da regra interpretativa da boa-fé pode ser constatada no Projeto de Código Comercial de Herculano Marcos Inglez de Souza, em 1911 e que, em sede de direito civil, pode o instituto ser visualizado, pela primeira vez, no Esboço de Teixeira de Freitas, que destina

alguns artigos ao tratamento da boa-fé dos atos jurídicos, tendo-a identificado como elemento inerente à própria substância desses atos.

Dispõe ainda que, apesar de todos esses antecedentes, a boa-fé objetiva não foi positivada como regra geral no Código Civil de 1916, o que dificultou em demasia a compreensão de suas funções e de seu alcance. Em suas palavras (2002, p. 81):

Apesar destes antecedentes históricos, à época da elaboração do Código Civil Brasileiro, embora Clóvis Beviláqua tenha feito constar inúmeras remissões à boa-fé, apenas excepcionalmente mencionou a boa-fé objetiva, como se vê nos artigos 1443 e 1444, inexistindo em nosso Código uma regra geral acerca da necessidade de sua observância em matéria de obrigações. [...] A falta desta regra dificultou a compreensão de todas as suas funções e do alcance da boa-fé em nosso sistema jurídico.

Em consonância com o que preceitua Clóvis do Couto e Silva (1997), embora a boa-fé objetiva tenha sido muito discutida na Escola do Recife e seu estudo se disseminado por grande parte do Brasil, o movimento não atingiu a escola de São Paulo, sendo que Clóvis Beviláqua e Eduardo Espínola não deram a importância devida às cláusulas gerais, em especial, à cláusula da boa-fé.

No parecer deste doutrinador, o Código Civil brasileiro não ficou isento da forte influência das linhas doutrinárias das codificações oitocentistas.

Os demais projetos de Código Civil, mesmo que elaborados num contexto de críticas à ausência do instituto na legislação pátria, embora não tenham deixado de fazer alusão à boa-fé objetiva, conferiram-lhe previsões pouco ou nada expressivas.

Entretanto, mesmo com a ausência de disposição legislativa, pondera, ainda, Clóvis do Couto e Silva (1997), que a boa-fé objetiva era tida como essencial em sede de contratos. E completa que seria absurdo afirmar que ante a ausência de disposição, o princípio não poderia exercer a sua função limitadora do exercício abusivo dos direitos subjetivos (ocorreria, ainda assim, a sua aplicação, em razão de ser resultado de necessidades éticas essenciais).

Explica Célia Barbosa Abreu Slawinski (2002), que, na redação inicial do Anteprojeto de Código Civil de 1972 (o qual tomou o n° 118 de 1984 e deu origem ao nosso atual estatuto substancial civil), subscrito por Miguel Reale, José Carlos Moreira Alves, Agostinho Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Vianna

Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro, foram dedicadas apenas duas disposições à boa-fé, na Parte Geral, Livro III, Dos Fatos Jurídicos, Título I – Do Negócio Jurídico, Capítulo I – Disposições Gerais (artigos 111 e 112) e que, somente quando da redação final da Câmara dos Deputados, além da previsão da boa-fé interpretativa, foram incrementados dois dispositivos, que não só explicitaram os valores primordiais da boa-fé e da probidade, mas também estabeleceram o condicionamento do exercício da liberdade de contratar ao atendimento dos fins sociais do contrato (artigos 420 e 421).

Entretanto, a positivação civilista, que era para se configurar como uma novidade em nosso ordenamento jurídico, acabou ultrapassada antes mesmo de sua entrada em vigor, isso em razão da demora excessiva na aprovação do novo Código Civil, simultaneamente com a promulgação de nossa Constituição Federal, em 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, em 1990.

A Magna Carta consagrou expressamente alguns princípios e novas idéias, dentre os quais, a noção de função social do contrato, através da fixação do valor social da livre iniciativa, dentre os fundamentos da República, em seu primeiro dispositivo. Ademais, foi incisiva no que pertine ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, o diploma consumerista, positivou a regra de boa-fé objetiva em seus artigos 4º, inciso III e 51, inciso IV, além de abarcá-la implicitamente em diversos outros dispositivos.

### ***2.6.2 Conclusões acerca da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro***

Pode-se dizer que, tardiamente, o diploma substancial civil pátrio traçou o mesmo caminho do Código Civil português, e hoje possui artigos de relevância acerca da boa-fé e, filiando-se a um sistema aberto, adepto às cláusulas gerais, que possibilita uma maior atuação dos juízes e uma maior flexibilidade do direito. A boa-fé objetiva é expressa no diploma substancial civil.

Conforme preceituam doutrinadores como Célia Barbosa Abreu Slawinski (2002) e Gustavo Tepedino (1999), no ordenamento jurídico atual, em lugar da antiga atuação genérica e neutra, opta o legislador por um papel de agente de promoção de valores e políticas públicas. É iniciada a adoção de uma técnica

menos tipificante. Ressalta-se também uma atuação diferenciada dos magistrados, tendentes também aos anseios da função social que o direito deve atender.

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 geral.

## **3 A BOA-FÉ COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL**

### **3.1 Conceito de princípio**

#### ***3.1.1 Considerações preliminares***

Os ordenamentos jurídicos podem ser classificados em sistemas abertos e fechados.

Atualmente, encontra-se superada a fase das grandes codificações, sendo que a imensa maioria dos ordenamentos jurídicos (incluindo o brasileiro) se insere dentro de um sistema aberto, no qual é possibilitada a coexistência de normas e princípios jurídicos.

Na medida em que se desponta uma divergência evidente entre o direito constituído e a realidade social em permanente mutação, de acordo com as lições de Nelson Rosenvald (2005), não pode mais ser admitida a suficiência das leis.

Norberto Bobbio (1995) ensina que o jurista deve retirar as regras jurídicas da dinâmica das relações entre as variadas forças sociais e não de regras mortas dos códigos, uma vez que o direito enuncia um fenômeno social. E, pondera, ainda, que o positivismo deve ser abandonado em determinados aspectos.

O sistema deve ser dinâmico e, conseqüentemente, mutável, posto que modificável é a sua base de sustentação, quais sejam, as relações sociais.

Pode se afirmar, sem exagero, que, dentro deste contexto, o pós-positivismo promoveu o encontro da norma com a ética, com a introdução aos ordenamentos de ideais de justiça e valores sociais materializados sobre a forma de princípios.

Acrescente-se a isso que, no pós 2<sup>a</sup> Guerra Mundial, as Constituições passaram a emitir decisões políticas fundamentais, determinando-se as prioridades dos ordenamentos jurídicos.

Os princípios jurídicos, ao mesmo tempo em que representam valores sociais, dão unidade ao sistema jurídico e também condicionam toda a interpretação e aplicação deste.

A boa-fé objetiva se caracteriza, em uma de suas facetas, como um princípio jurídico, mais precisamente, um princípio constitucional. Por derradeiro, para a melhor compreensão desta sua face, mister o entendimento do que são princípios e qual suas funções em nosso sistema.

### **3.1.2 Definição de princípio jurídico**

A idéia de princípio, ainda que fora do âmbito do saber jurídico, sempre se relaciona a verdades fundamentais, alicerces, origens, causas, máximas, orientações de caráter geral, guia.

Preceitua Ruy Samuel Espíndola (1999, p. 45) que “para se analisar, com satisfatoriedade, o conceito de princípio no Direito, cumpre sejam levantadas, inicialmente as significações de princípio fora do âmbito do saber jurídico”.

Seguindo esta lógica, concluir-se-ia que a expressão “princípio” é utilizada nas ciências em geral, como, por exemplo, na política, física, filosofia, entre outros, mas, sempre designando a estruturação de um sistema de idéias ou pensamentos por idéia mestra, tida como um verdadeiro alicerce.

Assim define Miguel Reale (1986, p. 60):

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a da porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.

E completa Walter Claudius Rothenburg (1999, p. 51):

Os princípios são compreendidos de acordo com uma concepção sistêmica do ordenamento jurídico. Por sua própria definição, eles reportar-se-iam a um conjunto concatenado, enquanto ‘mandamentos nucleares’, base ou fundamento, ‘traves mestras jurídico-constitucionais’.

Teresa Negreiros (1998) ressalta a noção de que os princípios seriam guias, formas de orientação, normas providas de alto grau de generalidade e indeterminação, numa posição elevada de hierarquia, atuando como vetor para

todo o sistema jurídico e dispõe que o próprio Superior Tribunal de Justiça já os considerou como “valores essenciais à perpetuação do Estado de Direito”.

Por conseguinte, não pode subsistir a idéia de que, em razão de sua suposta natureza transcendente, os princípios sejam considerados como meras exortações ou simples preceitos de cunho moral. Mas, pelo contrário, são portadores dos mais altos valores de uma sociedade, os quais são transformados em preceitos jurídicos e revelam as decisões políticas fundamentais.

Todavia, na ciência do direito, o termo não possui um sentido unívoco. Ruy Samuel Espíndola (1999, p. 49) opina não ser nada benéfica tal polissemia:

[...] Na Ciência Jurídica, tem-se usado o termo princípio ora para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre o direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas e ora para estabelecer postulados teóricos, as proposições jurídicas construídas independentemente de uma ordem jurídica concreta ou de institutos de direito ou normas legais vigentes. Essa polissemia não é benéfica neste campo do saber, em que a confusão de conceitos e idéias pode levar à frustração da práxis jurídica ou à sonegação, por uma prática equívoca, de direitos ou de situações protegíveis pelo sistema jurídico posto.

Embora tais disposições não sejam deveras elucidativas, servem para a conclusão de que os princípios tanto podem ser postulados éticos inspiradores da ordem jurídica, constantes nas normas (essência a que se mete a ordem jurídica como fonte do direito) ou próprios à interpretação das normas.

Disciplina Judith Martins-Costa (2000) que, hoje, os princípios, no ordenamento jurídico brasileiro, podem se encontrar expressos por dicção legislativa ou inexpressos (implícitos), sendo formulados por dicção judicial (à vista da racionalidade do sistema ou do conjunto normativo aplicável a certo tempo), sempre com caráter fundante.

### ***3.1.3 Distinção entre princípios e regras jurídicas***

Não há uniformidade entre os critérios adotados pelos diversos doutrinadores para a distinção entre princípios e regras jurídicas<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> O doutrinador Humberto Ávila (2004) procede a uma classificação diversa das normas jurídicas, incluindo uma terceira espécie normativa: os postulados jurídicos aplicativos. Segundo ele, as normas são imediatamente comportamentais ou de meio, e mediatamente, finais; os princípios são

Todavia, não seria adequada a adoção de critérios como o da vagueza ou da primariedade.

O critério de distinção mais mencionado pelos estudiosos do direito é aquele criado por Canotilho, que considera o grau de abstração dos princípios e o seu caráter fundante.

Quanto à primeira característica, os princípios possuiriam um grau de abstração mais amplo do que o das regras e careceriam de mediações concretizadoras, ao passo que as regras seriam suscetíveis de aplicabilidade direta. Nas palavras de Nelson Rosenvald (2005, p. 45):

Certamente, os princípios possuem um grau de abstração mais elevado, pois não se vinculam a uma situação específica, na medida em que estabelecem um estado de coisas que deve ser efetivado, sem que se descreva qual o comportamento devido.

Por outro lado, com relação ao caráter fundante, ressalta-se que uma regra pode ser geral, sem assumir os contornos de regra principal, ou seja, sem contar com o caráter fundante, enquanto que os princípios sempre possuíram esta característica, posto que, na sua própria definição, são tidos como orientações de caráter geral. Ademais, os princípios possuem um papel fundamental no ordenamento devido à sua posição hierárquica no sistema.

Ainda nos dizeres de Rosenvald (2005, p. 44-45):

J.J. Gomes Canotilho sugere alguns critérios de distinção entre regras e princípios. Os princípios possuem grau de abstração mais elevado que as regras; carecem de concretização judicial por serem vagos e indeterminados; os princípios possuem papel fundamental no ordenamento em decorrência de sua posição hierárquica superior e importância estruturante; por fim, detêm natureza normogénica, sendo fundamento das regras que estão na base, pois sua idoneidade irradiante lhes permite cimentar objetivamente todo o sistema constitucional.

E, no mesmo sentido, Walter Claudius Rothenburg (1999, p. 16):

Canotilho (1993; 166-7) considera, dentre os aspectos essenciais: a 'proximidade' dos princípios em relação à idéia básica de Direito que orienta a ordem jurídica; o 'caráter de fundamentalidade' desempenhado pelos princípios enquanto fontes primeiras de Direito –

---

as normas imediatamente finais e mediatamente comportamentais e; os postulados normativos aplicativos, normas voltadas para a forma de aplicação das outras normas jurídicas (não existem per si, mas como instrumentos de aplicação dos outros dois tipos de normas).

'devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito)'; a 'natureza normogenética' dos princípios, ou seja, 'normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas'.

Entendida a distinção, torna-se possível uma análise dos princípios constitucionais.

## **3.2 Princípios Constitucionais**

### ***3.2.1 Princípios positivos do direito e princípios gerais do direito (ou princípios implícitos)***

Existem doutrinadores que procedem a uma distinção entre os princípios positivos do direito e princípios gerais do direito. Os primeiros seriam aqueles que já pertencem à linguagem do direito, enquanto estes, os que seriam valorados segundo as análises descritivas da ciência jurídica, descobertos no ordenamento positivo (existem independentemente de expressão nas normas legais, porque nelas não se esgotam).

Neste contexto, é pertinente a posição de Gordilho Canaas (1995) apud Negreiros (1998, p. 115) de que "o princípio ainda quando legalmente formulado, continua sendo princípio, necessitando por isso de desenvolvimento legal e de determinação casuística em sua aplicação judicial".

Para o presente trabalho, interessa a fixação da premissa de que a Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que expressamente dispôs alguns princípios, também atuou como fonte de inspiração de diversos outros princípios, ditos implícitos, em nosso ordenamento jurídico. Em outras palavras, a concepção de princípios, enquanto normas constitucionais, considera tanto os princípios assentados no texto da própria Magna Carta, quanto os princípios constitucionais implícitos ou deduzidos.

A maioria dos doutrinadores é unânime em reconhecer a existência dos princípios constitucionais implícitos, atribuindo-lhe caráter e força normativa.

Todavia, Ruy Samuel Espíndola, seguindo a linha de raciocínio de Canotilho, admite esta existência, mas questionando-a. Entende que sempre se

deve partir de um ponto de vista positivo-normativo, do texto da Constituição, para serem concluídos os princípios constitucionais expressos e implicitamente considerados, isto é, devem sempre ser consideradas possíveis extrações dos enunciados do texto. Os princípios constitucionais implícitos seriam somente aqueles reconduzíveis a uma densificação específica de princípios constitucionais positivamente plasmados (1999, p. 197):

[...] Os princípios constitucionais devem ter uma referência positiva, reconduzindo-se ao bojo do sistema de normas postas. [...] Deve-se partir de um ponto de vista positivo-normativo, do texto da Constituição, para chegar aos princípios constitucionais, tanto os expressos quanto os implicitamente considerados. E a atitude metódica a ser levada em conta, deve ter como limite as disposições do texto constitucional; deve se levar em conta possíveis extrações dos enunciados do texto. E para isso, é claro, deve servir-se o intérprete de uma metódica constitucionalmente adequada. [...] A ressalva para esse ponto deve-se ao fato de que mesmo adotando a procura de princípio no sistema constitucional positivo, se não houver postura metódica adequada, o intérprete pode iludir-se ou iludir, no seguinte sentido: o princípio que encontrar pode não ser descoberto no texto constitucional, mas em instância valorativa fundada em subjetivismos, em posturas axiológicas, ideológicas, ou outras formas de subjetividade interpretativa, que frustrem a tendencial objetividade exigível na atividade de extração dos princípios da ordem constitucional positiva. Em outras palavras: não bastará, para o intérprete da Constituição, uma alusão de que sua postura é corolária de um ponto de vista normativo. É preciso que a metódica que a fundamenta também o seja, e que os resultados alcançados a corroborem: princípios expressos ou implícitos, somente os consignados na Constituição.

Passa-se a uma classificação dos princípios constitucionais.

### ***3.2.2 Classificações dos princípios constitucionais***

Luís Roberto Barroso (1999), analisando a Constituição brasileira e levando em conta o grau de importância e abrangência dos princípios, divide-os em fundamentais (que conteriam decisões políticas estruturadoras do Estado), constitucionais gerais (desdobramentos menos abstratos dos princípios fundamentais, atuando como garantias) e setoriais ou especiais (que presidiriam um específico conjunto de normas afetas a um determinado tema, capítulo ou título da Constituição).

Walter Claudius Rothenburg (1999), por sua vez, assevera que alguns princípios se configurariam como verdadeiras regras e que todas as classificações

doutrinárias poderiam ser adotadas, importando apenas o critério classificador a fim de melhor apresentá-los.

Deve se lembrar, apenas, que, os princípios se irradiam por todo o sistema normativo e suas supostas classificações repercutem também sobre outras normas constitucionais e regras infraconstitucionais.

O princípio da boa-fé deve ser entendido como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

### ***3.2.3 Os princípios constitucionais como valores supremos e vértices norteadores de todo o ordenamento jurídico***

Os princípios constitucionais são as normas a que o legislador constituinte concebeu como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui, decorrentes de verdadeiras opções políticas. São os valores mais relevantes de determinada ordem jurídica. Nas palavras de Luís Roberto Barroso (1999, p. 147 a 149):

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie [...] A Constituição, como já vimos, é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que 'costuram' suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.

E pondera Augusto Zimmermann (2006):

Podemos analogamente avaliar que os princípios fundamentais são como luzes irradiantes para a interpretação constitucional. Afinal, eles provêm o intérprete com elementos axiológicos para uma razoável interpretação e, assim sendo, desenvolvem uma lógica sistêmica ao ordenamento constitucional. Indiferentemente ao grau de abstração revelada pelo ordenamento constitucional, cada princípio oferece uma capacidade de enquadramento valorativo de normas jurídicas do

ordenamento constitucional, servindo a adequação de regras (ou normas jurídicas) aos casos concretos. Deste modo, a interpretação constitucional encontra-se operacionalizada por princípios que então procedem à justificação valorativa das regras do direito positivo. Por isso, os princípios constitucionais agiriam como 'agentes catalisadores' do ordenamento constitucional, definindo estratégias razoáveis de interpretação. Pois que cada princípio emanaria uma dose de legitimação à constituição, fazendo-se desta última muito mais do que um simples aglomerado de regras jurídicas desconexas umas com as outras. Antes de tudo, a desconsideração dos princípios constitucionais destruiria a própria integridade do corpo constitucional, em função da imperativa necessidade de reconhecimento de uma certa conexão elementar entre princípios e a própria normatividade do texto constitucional. Os princípios constitucionais, portanto, demandam análise direcionada à legitimidade de regras, ou normas jurídicas. Estes princípios não se identificam apenas com um único caso concreto, mas com uma percepção mais genérica do ordenamento jurídico. Como podemos deduzir, os princípios desfrutam de posição hierárquica superior em relação às normas jurídicas, haja à vista representarem *guiding-forces*, ou valores coordenativos, da totalidade do ordenamento jurídico-constitucional.

Considerando-se que toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade hierárquica da Constituição sobre os demais atos normativos, podemos concluir que são os valores supremos que garantem a validade de toda a legislação do Estado.

### **3.2.4 A Constituição como vértice axiológico do sistema jurídico aberto**

O sistema jurídico brasileiro é aberto. Isto significa dizer que é um sistema flexível, em que a lei não busca o status de completude. O ordenamento jurídico não é considerado completo, mas, como ensina Norberto Bobbio (1995), é completável. Não há a prevalência de uma determinada fonte do direito (lei) sobre todas as demais fontes, sendo admitidos os princípios, os costumes, as decisões do juiz, a equidade, entre outros.

Na modernidade, não pode ser admitida, de modo algum, a atuação arbitrária do Estado. Neste sentido, ainda que sejam admitidas outras fontes de direito que não somente a lei, a atuação sempre está limitada a um diploma maior. Este diploma, por óbvio, é a Constituição, tida como fundamental e que possui parâmetros e princípios que devem ser acatados por todas as demais fontes do direito. Ora, por conseguinte, tem-se que a Lei Maior se configura como verdadeiro vértice axiológico do sistema jurídico aberto.

Os princípios constitucionais seriam verdadeiros alicerces de todo o ordenamento jurídico e permitiriam uma constante evolução interpretativa. Poder-se-ia afirmar, que os princípios desempenham a função de dar fundamento material e formal aos subprincípios e às demais regras integrantes da sistemática normativa.

Segundo preceitua Camila Gomes Sávio (2004):

[...] Cabe relevar que nossa Carta Magna recebeu com grande iluminação a sistematização democrática, que se baseia em princípios que permitem uma constante evolução interpretativa, ligados pelos princípios universais de direitos humanos, processos e procedimentos democráticos constitucionalmente previstos, e pela livre expressão da vontade consciente dos cidadãos.

E Ruy Samuel Espíndola (1999, p. 74):

[...] No Direito Constitucional é que a concepção de fundamento da ordem jurídica como ordem global se otimiza diante da teoria principialista do Direito. Assim, os princípios estatuídos nas Constituições – agora princípios constitucionais -, ‘postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento’.

A Lei Fundamental, compreendendo a importância dos princípios em nosso ordenamento e também a sua função de vértice axiológico do sistema jurídico, ao mesmo tempo em que expressamente dispôs alguns princípios, admitiu ser fonte de inspiração de diversos outros princípios, expressamente dispondo em seu artigo 5º, § 2º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Por esta razão que se considera serem admitidos tanto os princípios positivos do direito quanto os princípios gerais do direito pela nossa Constituição. A conclusão não poderia ser diversa, sob pena de ser desconsiderada toda a explanação acerca da adoção de um sistema aberto (se fossem considerados apenas os princípios positivados, estaria se “engessando” o ordenamento jurídico, considerando-o como completo).

É pertinente a observação de Ruy Samuel Espíndola (1999, p. 71) de que “sem dúvida, a teoria dos princípios é, antes de tudo, um capítulo deveras rico e inovador na teoria jurídica contemporânea, na era do pós-positivismo”.

Acrescente-se, ainda, que, no sistema pátrio, é admitida a “interpretação evolutiva”, de acordo com Luís Roberto Barroso (1999, p. 144):

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.

A interpretação evolutiva da Constituição consiste, a saber, na possibilidade de consideração dos princípios como formas de interpretação dos valores supremos, sem a necessidade de um processo revolucionário para o reconhecimento de novos preceitos. Os princípios adotados por esta Carta podem alterar a compreensão de conceitos e institutos já existentes em um determinado momento (situação de tempo e espaço).

### ***3.2.5 A aplicabilidade dos princípios constitucionais***

Os princípios jurídicos são os fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica. Na verdade, não se configuram apenas como lei, mas como o próprio direito em toda a sua extensão e abrangência.

As regras jurídicas são criadas para ter vigência em situações fáticas concretas, para uma específica hipótese, com a superação das demais regras que disponham de maneira diversa, posto que o ordenamento não admite normas incompatíveis. Conseqüentemente, foram desenvolvidos critérios de resolução das possíveis antinomias do sistema (conflitos aparentes de normas), quais sejam, os métodos da especialidade, hierarquia e cronologia. Na imensa maioria das vezes, haverá a invalidade de uma das regras (excepcionalmente, tem-se como possível uma ponderação no plano da aplicação, conferindo-se valor maior a uma delas).

Todavia, tal sistemática não é, de modo algum, aplicável aos princípios.

É grande o número de princípios existentes em nosso ordenamento jurídico (sendo que, por óbvio, todos devem possuir fundamento na Lei Fundamental, sejam expressos ou implícitos) e tais necessitam de convivência e conciliação, uma vez que são igualmente vigentes e operantes. Eventualmente, podem os

princípios se encontrarem em uma situação colidente. Neste caso, não haverá a revogação ou invalidação de um deles, mas, pelo contrário, uma ponderação de valores, atribuindo-se um determinado peso a cada um deles diante do caso concreto.

Doutrina Nelson Rosenvald (2005, p. 48):

Os princípios colocam-se em estado de tensão, passível de superação no curso da aplicação do direito. O sentido dos princípios só será alcançado na ponderação com outros de igual relevância axiológica, pois operam em par, em complementariedade. Eles são *prima facie*, pois enquanto nas regras o comportamento já é objeto de previsão textual – elas pretendem gerar uma solução específica para o conflito – os princípios não portam consigo juízos definitivos do dever-ser, eles não determinam diretamente a conduta a ser seguida, apenas estabelecem fins normativamente relevantes, cuja concretização demandará intensa atividade do aplicador do direito. O princípio não aspira a obtenção de uma solução específica, mas soma-se a outras razões para a tomada de decisões. Assim, será na dimensão do peso que se realizará uma harmonização entre os princípios e suas diretrizes valorativas, a ponto de afastar um deles no caso concreto, solucionando-se o campo de tensão. Não se cogitará de invalidação, apenas de preponderância de determinada hipótese, visto que nada impedirá que, em outras circunstâncias, o princípio deslocado prevaleça em face da predominância de sua capacidade argumentativa.

De acordo com o método de harmonização, cada princípio específico poderá prevalecer numa dada circunstância. Na fase pós-positivista, a eficácia normativa conferida aos princípios não se assenta sobre imperativos lógicos ou critérios de validade das leis, mas de ordem valorativa.

Coloca-se à jurisprudência a tarefa de promover a real concretização dos princípios.

### **3.3 A boa-fé como princípio norteador de todo o ordenamento jurídico**

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 sociais<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Neste sentido, Díez-Picazo em sua obra *La doctrina de los propios actos* (1962, p. 139) dispõe que “Esta norma que impone un comportamiento de buena fe en la vida jurídica es un principio general del Derecho. [...] Es un principio general del Derecho porque revela una de las más íntimas convicciones del modo de ser y de existir de nuestra comunidad”.

Em seus dizeres Flávio Alves Martins, define o princípio como modelo de conduta e releva as suas funções (2000, p. 21):

O princípio da boa-fé, então, como modelo de conduta ou padrão ético que o agente deve possuir (lealdade, honestidade, etc) informa todo o ordenamento e, por conseqüência, tem presente em si uma função interpretativa das normas, e, pela mesma razão, uma função controladora de conduta e será critério apto para integrar as declarações de vontade (função integradora).

Ora, o princípio da boa-fé traduz o estabelecimento de verdadeiros padrões de comportamento no caso concreto e atua como instrumento de uma interpretação constitucionalizada das relações interprivadas, sobre as quais incide.

Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (2001, p. 1249), dispõe que, com este princípio, é admitida “uma proteção genérica da confiança”.

### ***3.3.1 O comportamento do homem na sociedade e a busca do bem comum***

O homem é um ser eminentemente social. Não pode ser imaginada a vida dos seres humanos isolados. Todavia, a vida em sociedade implica na necessidade de uma série de regramentos aos comportamentos humanos.

No decorrer da história, desenvolveram-se concepções individualistas e coletivistas para explicar e conceber a vida em sociedade, sendo que, hoje, vigora a noção de função social. Não significa que um ser humano, individualmente considerado, tenha perdido o seu valor, mas, sim, que sempre deve ser buscado o bem comum, com fundamento na pessoa humana.

Assim explicita Nelson Rosenvald (2005, p. 64):

Com a vigência do novo Código Civil, que entre as suas diretrizes emprega o princípio da sociabilidade em contraposição ao sentido individualista do Código de 1916, mostra-se ainda marcante o exato dimensionamento da idéia do bem comum. Parece-nos temerário conceituar o neologismo socialidade mediante a máxima: ‘A prevalência dos valores coletivos sobre o individual’. Isso importaria atravessar extremos, substituindo o individualismo do oitocentismo por uma doutrina coletivista e totalitarista. Não há a pretensão egoísta de limitar a pessoa ao indivíduo, tampouco de negar a sua dimensão social. O direito existe para possibilitar ao cidadão a realização de sua plenitude como pessoa. Embora o homem só possa realizar-se dentro de uma

comunidade, em harmonia com a sociedade em que vive, não há predomínio da sociedade; o predomínio é sempre da pessoa humana.

Todas as relações sociais devem ser norteadas pelo direito e modeladas pela busca do bem comum.

Tanto a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 5º, menciona que a aplicação das leis atenderá às exigências do bem comum quanto o próprio preâmbulo da Carta Constitucional dispõe que o Estado Democrático é destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, numa sociedade fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica de controvérsias.

Sendo o princípio da boa-fé objetiva caracterizado como a exigência de um padrão de comportamento de todos os indivíduos, partindo-se do homem mediano, a fim de viabilizar as relações sociais e garantir a lealdade e a honestidade, pode-se afirmar que este atua na incansável busca pelo bem comum. Todas as relações sociais devem ser regulamentadas pelo direito, e realizadas com um certo grau de honestidade, probidade e lealdade, inspirando sempre confiança.

### ***3.3.2 A Constituição de 1988 e o princípio da boa-fé***

A Constituição de 1988 estabeleceu uma série de princípios, quer explícitos ou implícitos.

De acordo com a opinião da maioria dos doutrinadores brasileiros, esta Carta consagrou um verdadeiro processo de abertura do nosso sistema, promovendo a modificação de valores fundamentais da ordem jurídica. Afirma Teresa Negreiros (1998), que existe um verdadeiro processo de transição em atuação, promovendo uma ressystematização jurídica. A principal modificação teria sido a substituição do indivíduo pela pessoa, sendo a dignidade da pessoa humana fundante de todo o sistema jurídico, público ou privado.

A Lei Fundamental prestigiou, ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a igualdade substancial, prestigiando exclusivamente o princípio da boa-fé, como corolário lógico. Diz-se que foi consagrada a “teoria dos direitos fundamentais”, partindo-se de princípios efetivos e não simplesmente

programáticos<sup>3</sup>. Logo, a boa-fé é um princípio efetivo, o que pode tanto é verdade, que, em 1990, foi expresso no Código de Defesa de Consumidor (artigo 4º, inciso III da lei 8.078).

É pertinente a colocação de Maria Celina Bodin de Moraes (em Prefácio da obra citada de Teresa Negreiros), de que “a consagração expressa da boa-fé objetiva explicita em termos muito significativos a virtualidade diretiva da Constituição”.

A boa-fé, no estatuto consumerista, ao mesmo tempo em que se configura como a positivação de um princípio, atua também como cláusula geral, com profundo conteúdo normativo (faceta do instituto que será analisada em momento posterior).

Diante do novo texto constitucional, a boa-fé objetiva foi tida como um valor autônomo, não relacionado com a vontade e devendo ser aplicada, tanto nos ramos do direito público quanto no direito privado. A partir da promulgação da Constituição, a autonomia da vontade deve ceder, definitivamente, o seu lugar às exigências éticas da boa-fé. Todos os comportamentos sociais, regulamentados pelo direito, devem ser norteados pela lealdade e confiança.

Como os demais princípios, a boa-fé atua como uma luz irradiante para a interpretação constitucional, premissa básica da ordem jurídica.

Ensina Célia Barbosa Abreu Slawinski (2002, p. 105):

[...] O princípio coincide com as diretrizes ditadas pelo Constituinte de 1988, no sentido de privilegiar as situações existenciais ou extrapatrimoniais, mediante a colocação da pessoa humana no centro do ordenamento jurídico (art. 1º, III, Constituição da República Federativa do Brasil), de outro, possui também um aspecto socioeconômico.

E, mencionando as lições de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a mesma doutrinadora dispõe acerca do Código de Defesa do Consumidor (2002, p. 105):

Desse modo, vem sendo salientado que o art. 4º, III do Código de Defesa do Consumidor ‘traz à tona aspecto nem sempre considerado da

---

<sup>3</sup> Nelson Rosenvald (2005) pondera que a Constituição de 1988 adotou uma decisão política fundamental ao inserir o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República Federativa, proporcionando um conteúdo substancial ao sistema jurídico. Esta meta se caracterizaria como uma demonstração de subserviência do Estado ao ser humano, da supremacia de muitos valores, agora positivados como princípios jurídicos.

boa-fé, consistente na sua vinculação com os princípios socioeconômicos que presidem o ordenamento jurídico nacional' [...].

Além do conteúdo eticizante das relações jurídicas (sejam elas obrigacionais ou não), com a exigência de um comportamento probo e a criação de diversos deveres (que serão analisados em momento oportuno), a boa-fé atua como fundamento de interpretação da ordem econômica.

Já foras deveras elucidadas as diferenças entre os sistemas jurídicos aberto e fechado e também afirmado que, no que tange à boa-fé, o desenvolvimento desta é facilitado em um ordenamento aberto. Ora, neste diapasão, é fácil se concluir que, diante da ressystematização promovida pela Constituição atual, abriu-se um campo fértil para o desenvolvimento e aprimoramento do princípio da boa-fé.

### ***3.3.3 A aplicabilidade do princípio da boa-fé***

A Constituição consagrou uma série de valores fundamentais, sobre a forma de princípios, dentre eles, o princípio da boa-fé. Sendo esta Carta o vértice norteador de nosso ordenamento jurídico, tal instituto deverá ter aplicabilidade nos ramos do direito público e do direito privado. Ao juiz caberá a interpretação do caso concreto e a promoção da sua efetividade ante o critério de ordem valorativa. Em outras palavras, o juiz, exercendo a função criadora que lhe fora atribuída pelo legislador civil de 2002, é responsável pela atuação do princípio confiança em todas as relações jurídicas. Deve sempre, contudo, observar o modo de aplicação dos princípios, qual seja, não há revogação, mas convivência, ponderação de valores em determinado caso.

O conteúdo do princípio da boa-fé, pela sua própria natureza principiológica, não pode ser aprioristicamente fixado, mas sim, depende da avaliação das circunstâncias do caso concreto. Todavia, é inegável que possui valor autônomo.

Acrescente-se, ademais, que tudo o que foi dito em relação aos princípios em geral, pode ser aplicado ao da boa-fé, em especial, que funciona como postulado ético inspirador da ordem jurídica, pode ser constante nas normas (como acontece no Código de Defesa do Consumidor e também no novo Código

Civil) e que pode ser próprio à interpretação das normas (por exemplo, as normas de direito contratual, as regras de responsabilidade pelo mau comportamento processual, etc).

A Constituição, ao propiciar a ressystematização, conferiu aos princípios força normativa e aplicabilidade imediata, o que, conseqüentemente, possui implicações em todos os ramos do direito. Por derradeiro, alguns doutrinadores, dispõem que houve uma “constitucionalização” do direito civil e do direito processual civil.

Nesta constitucionalização, desempenha papel de destaque o princípio da boa-fé, ou seja, é tido como fundamento ou qualificação essencial da ordem jurídica, ao lado, por óbvio, do princípio da dignidade da pessoa humana.

## 4 A BOA-FÉ OBJETIVA COMO CLÁUSULA GERAL

### 4.1 Definição de cláusula geral

#### 4.1.1 A opção do novo Código Civil

O novo diploma substancial civil, diferentemente do estatuto anterior, passou a vigorar num momento em que o ordenamento jurídico insta por uma flexibilização. Surge no auge da geração dos direitos de solidariedade. Insere-se no denominado sistema jurídico aberto.

Os preceitos adotados pelo novel estatuto, com certeza, exigirão muito mais dos julgadores, detentores de uma função criadora, haja vista que a lei passou a ser permeável às modificações sociais, econômicas e às exigências do caso concreto.

Tais regras se consubstanciam em cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, e, juntamente com os princípios, possuem importante papel em nossa ordem jurídica atual. Uma destas cláusulas é justamente a “boa-fé objetiva”.

Esta opção legislativa ocasionou um enorme debate doutrinário, sendo que foram levantadas diversas vozes, umas favoráveis e outras, contrárias.

Se, por um lado, alguns doutrinadores afirmam que tais cláusulas ocasionam uma insegurança na aplicação do direito e até mesmo o arbítrio dos juízes, em razão do alto grau de abstração, amplitude e vagueza, por outro ângulo, há aqueles que acreditam que esses conceitos promovem uma verdadeira densidade normativa, com a efetiva utilização dos valores constitucionais, sendo o juiz convocado para a criação do direito, atuando com maior liberdade e responsabilidade.

Nos dizeres de Luis Eduardo Franco Bouéres (2005):

O novo Código Civil Brasileiro retrata, sem sombra de dúvida, uma mudança substancial nas regras das relações de cunho privado em nosso país. Há uma efetiva modificação no enfoque do Direito Civil, que deixa para trás o cunho individualista das suas regras, trazendo à baila, conceitos outrora ignorados nas relações interindividuais. Mais do que isso houve, por certo, uma significativa mudança de forma na exposição

das disciplinas do Direito Civil, passando, da ultrapassada técnica das situações-tipo, para o modelo das cláusulas gerais.

Para uma melhor compreensão deste debate, da opção do legislador, e, em especial, da cláusula da boa-fé objetiva, mister o entendimento acerca do que seriam as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.

#### **4.1.2 Conceito de cláusula geral**

Não é unânime a doutrina acerca da conceituação de cláusula geral. Pondera Judith Martins-Costa (2000), que a definição assumiria, segundo o ângulo de análise adotado, uma significação diversa.

As cláusulas gerais são formulações genéricas e abertas da lei, normas orientadoras, diretrizes, dirigidas ao juiz, que, simultaneamente, vinculam-no e lhe conferem liberdade para decidir, aplicar o direito no caso concreto.

De acordo com Nelson Nery (2002, p. 5) “são formulações contidas na Lei, de caráter significativamente genérico e abstrato”.

E segundo Alberto Gosson Jorge Júnior (2004, p. 22), “as cláusulas gerais são normas jurídicas, originadas de um processo legislativo constitucionalmente previsto, que as posiciona na categoria forma de leis”.

As cláusulas gerais se relacionam diretamente aos princípios jurídicos. Em verdade, constituem o instrumento legislativo que permite a entrada, no ordenamento, de princípios valorativos expressos ou implícitos (em especial, os constitucionais) e máximas de conduta. Ou seja, as cláusulas gerais permitem que princípios e valores tidos tradicionalmente como metajurídicos sejam alocados aos códigos, efetivados. Nos dizeres de Judith Martins-Costa (2000, p. 274):

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 positivo.

Complementados por Nelson Nery, que ressalta a maior concretude das cláusulas (2002, p. 5 a 7):

As cláusulas gerais têm função instrumentalizadora [...], porque vivificam o que se encontra contido, abstrata e genericamente, nos princípios gerais de direito e nos conceitos legais indeterminados, são mais concretas e efetivas do que esses dois institutos.

Tais disposições, tal qual anteriormente asseverado, inserem-se no contexto de movimentação da ordem jurídica em torno do sistema aberto, de auto-suficiência apenas relativa da lei (em que não se é buscada a completude, o absolutismo), tanto que nossa Lei Fundamental é farta em modelos abertos.

#### ***4.1.3 Breves considerações acerca da origem das cláusulas gerais***

As cláusulas gerais, diferentemente dos princípios, para que existam, devem ser expressas.

As origens deste instituto remontam o Código Alemão, que, conforme leciona Judith Martins-Costa (2000), fazia uma referência justamente à cláusula da boa-fé, com a denotação de um caráter elástico. O § 242 deste diploma concedia uma extraordinária capacidade criadora e inovadora aos juízes. Esta norma era tida por toda a doutrina como a “cláusula geral por excelência”. Iniciava-se o direito vivente, com formulações genéricas. A lei passava a ser vista não como um limite, mas sim como ponto de partida para a criação do direito.

Porém, em razão do influxo do positivismo legalista, tais cláusulas permaneceram como letra morta, durante um vasto período temporal.

Os códigos mais recentes, em sua maioria, possuem a técnica de legislar mediante o emprego de cláusulas gerais.

Pondera Alberto Gosson Jorge Júnior (2004, p. 62):

Com a doutrina do ‘direito livre’, preparou-se o terreno para a utilização das cláusulas gerais como instrumento de conformação do sistema jurídico, para o preenchimento das lacunas presentes no ordenamento, que já não mais necessitava sustentar a ficção a uma plenitude não encontrada na realidade dos fatos.

No que pertine ao ordenamento jurídico brasileiro, tanto a Constituição quanto o novo Código Civil são fartos em cláusulas gerais. Todavia, não pode ser esquecido que os referidos diplomas também contam com regras casuísticas.

#### ***4.1.4 Cláusula geral enquanto técnica legislativa. Contraposição das cláusulas gerais às casuísticas. Traços comuns das cláusulas gerais e dos princípios de direito.***

A cláusula geral como técnica legislativa se contrapõe à casuística. Isto é, o modelo da cláusula geral é justamente o da adoção de premissas genéricas, o da não-casuística.

A casuística é uma concreção especificativa, há a regulação de uma matéria mediante a delimitação e a determinação jurídica em seu caráter específico, evitando generalizações amplas ou adaptáveis ao caso concreto. Há uma verdadeira tipificação de condutas, sendo que o legislador delimita o sentido e o alcance da regra. Por conseqüência, as normas são rígidas.

Nas cláusulas gerais, ao contrário, há o caráter de mobilidade, através de uma intencional imprecisão dos termos utilizados pelo legislador. Não há uma tipificação de condutas, mas sim um grau mínimo de tipicidade. As normas não são rígidas. Não se pretende responder automaticamente o problema, as respostas são construídas pela jurisprudência. O juiz exerce sua função criadora e inovadora na ordem jurídica (há o comando legislativo a fim de que crie ou complemente, no caso concreto, normas jurídicas). Caracterizam-se como valores éticos, exigências da eqüidade.

Leciona Judith Martins-Costa (2000), que as cláusulas gerais atuam como metanormas, enviando o juiz a critérios aplicativos determináveis. Não se trataria de apelo à discricionariedade, mas sim de envio para valorações objetivamente válidas no ambiente social. Isto é, do ponto de vista legislativo, as cláusulas genéricas seriam disposições normativas com linguagem aberta. Por derradeiro, conclui que (2000, p. 299) há a “possibilidade de circunscrever, em determinada hipótese legal, uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial e não legal”.

A generalidade não é característica das cláusulas gerais, mas sim a vagueza.

#### **4.1.5 A linguagem das cláusulas gerais**

Para Judith Martins-Costa (2000) não se constitui num paradoxo dispor que as cláusulas gerais não são gerais. Segundo a doutrinadora, para a compreensão desta afirmação, é necessário se avaliar o que seriam enunciados gerais, ambíguos e vagos.

Geral é aquele enunciado que vale para todos os objetos pertencentes a uma determinada classe, sem exceção. Um enunciado é genérico quando não se refere à presença de especificação.

Ambíguo, por sua vez, é o que, em razão da homonímia, pode assumir mais de um significado sem que o contexto em que empregado permita classificar em tal ou qual significado está o mesmo sendo compreendido (por exemplo, a boa-fé, quando não explicado se referida sua feição objetiva ou subjetiva).

Enunciado vago é aquele cuja área varia segundo o universo do discurso tido em consideração. Há a imprecisão do significado. Por derradeiro, há a necessidade de indicação do contexto em que opera e qual pode ser sua conotação. O uso de tal enunciado apresenta, além das hipóteses centrais e não controversas, alguns casos limites.

As cláusulas gerais não são, necessariamente, gerais, genéricas ou ambíguas, mas sempre são vagas.

O critério de utilização de normas vagas, assenta-se na necessidade de o direito necessitar de um certo grau de imprecisão a fim de se tornar adaptável ao caso concreto, utiliza-se de valorações tipicizantes das regras sociais. As cláusulas gerais, conseqüentemente, adquirem um significado específico pelo seu uso em um determinado contexto. O juiz, com sua função criadora do direito, deve avaliar este contexto e determinar o significado.

#### **4.1.6 Distinção entre cláusulas gerais e princípios**

As cláusulas gerais não se confundem com os princípios nem tampouco com os conceitos jurídicos indeterminados.

Tais cláusulas, na verdade, são expressões abstratas que possuem a função de efetivar os princípios jurídicos em determinado caso concreto.

Segundo Judith Martins-Costa (2000, p. 316):

A equiparação entre princípios jurídicos e cláusulas gerais decorre, fundamentalmente, da extrema polissemia que ataca o termo 'princípios'; as cláusulas gerais não são princípios, embora na maior parte dos casos os contenham, em seu enunciado, ou permitam a sua formulação.

Ora, se as cláusulas gerais promovem a efetivação dos princípios, é óbvio que, na grande maioria das hipóteses, devem conter em seu enunciado um princípio ou mesmo permitir a sua formulação, reenviando ao valor que este exprime.

Já fora afirmado que os princípios constituem pensamentos diretores da ordem jurídica, representantes de valores sociais, não vinculados a uma situação específica, mas que, ao mesmo tempo, careceriam de mediações concretizadoras, não possuindo aplicabilidade direta. As cláusulas gerais, por conseguinte, caracterizando-se como normas, funcionariam como as mediações concretizadoras, possibilitando a sua aplicação.

Neste sentido, é que 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.

#### ***4.1.7 Distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados***

Os conceitos jurídicos indeterminados também não podem ser confundidos com as cláusulas gerais. Esses conceitos se referem sempre a valores ou realidades fáticas. São conceitos vagos, imprecisos e genéricos. Exemplos em nossa legislação seriam: “coisas necessárias à economia doméstica”, “divisão cômoda” e até mesmo, a “boa-fé”.

Aclara Judith Martins-Costa (2000, p. 326), que todos os conceitos jurídicos indeterminados se referem à realidade fática, à descrição de um fato, e que, podem ser precisados num determinado momento, ter o seu significado tornado preciso com base nas regras de experiência, às quais o juiz deve recorrer por força de mandamento legal (mais precisamente, o disposto no artigo 335 do Código de Processo Civil Brasileiro):

[...] 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.

De tais ensinamentos, pode se extrair a conclusão de que, como os conceitos jurídicos indeterminados se referem, em todos os casos, à descrição de um fato, em sua precisão de significado pelo juiz, há apenas interpretação e não criação do direito. E aí reside a sua distinção substancial com relação às cláusulas gerais, isto é, enquanto as cláusulas gerais exigem que o juiz crie o direito no caso concreto (concorra ativamente para a formulação das normas jurídicas, numa atuação deveras complexa), os conceitos jurídicos indeterminados exigem apenas interpretação das normas por parte do magistrado. A liberdade do julgador é restrita.

De acordo com Nelson Nery (2002), preenchido o conceito jurídico indeterminado, a solução já está preestabelecida na própria norma legal, competindo ao magistrado apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma função criadora.

A cláusula geral exige do juiz um ato de conhecimento. O conceito jurídico indeterminado exige, por sua vez, um ato de interpretação.

## **4.2 As cláusulas gerais no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no Código Civil de 2002**

### **4.2.1 O Código Civil de 1916**

O Código Civil de 1916 era farto em regras casuísticas e não de cláusulas gerais, sendo que era sacrificada a liberdade e a flexibilidade do juiz, teoricamente, para a garantia de maior segurança jurídica. De acordo com Paulo Bonavides (1996), segurança não no sentido dos resultados que a atividade privada alcançaria, mas quanto à disciplina balizadora, quanto às regras do jogo a serem aplicadas.

Suas idéias eram inspiradas, basicamente, no liberalismo, no princípio da autonomia da vontade e, em geral, na concepção político-filosófica vigorante após a Revolução Francesa.

Adotava-se um sistema fechado, com uma visão individualista. O legislador desprezou os costumes, os princípios, as concepções do magistrado e tudo aquilo que não estivesse expressamente previsto em lei.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2000, p. 18), leciona que a ausência quase que absoluta de cláusulas gerais no Código Civil de 1916, significou, na prática, "o afastamento da possibilidade de aplicação judicializada dos contratos de acordo com uma preocupação de realizar a justiça material".

Acentue-se que, não apenas no âmbito contratual, mas em todos os ramos do direito não havia qualquer possibilidade de aplicação judicializada da lei.

Com o passar do tempo, todavia, essas idéias começaram a se apresentar como ultrapassadas e insuficientes para as novas relações sociais. Por derradeiro, foi necessário o advento do novo Código Civil, em 2002, que, como se sabe, surgiu num momento em que o ordenamento jurídico insta por uma flexibilização, inserido no contexto do sistema aberto e repleto de cláusulas gerais.

#### ***4.2.2 A Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002***

A era de estabilidade e segurança representada pelo Código Civil de 1916 entrou em declínio e passou a transparecer a perda do seu caráter de exclusividade na regulação das relações patrimoniais privadas.

Em um determinado momento, pode se afirmar que o Código Civil perdeu, definitivamente, o seu caráter de Constituição do direito privado. A Carta Constitucional de 1988 definiu uma série de princípios e cláusulas gerais relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao diploma material civil.

Conforme Paulo Bonavides (1996, p. 8):

[...] O mecanismo é finalmente consagrado, no caso brasileiro, pelo texto constitucional de 5 de outubro de 1988, que inaugura uma nova fase um novo papel para o Código Civil, a ser valorado e interpretado juntamente com inúmeros diplomas setoriais, cada um deles com vocação universalizante.

E complementa (1996, p. 10) que “o direito civil perde, então, inevitavelmente, a cômoda unidade sistemática antes assentada, de maneira estável e duradoura, no Código Civil de 1916”.

Não mais era possível ser admitido um ordenamento jurídico fechado. Não mais se poderia imaginar que o legislador pudesse prever todas as situações para as resoluções de litígios e aplicação das regras. Passou a ser necessária, simultaneamente com uma interpretação conjunta de todo o ordenamento jurídico, a criação de normas abertas, cujo conteúdo seria definido ante a análise do caso concreto.

A Constituição de 1988, como é de conhecimento notório, possui uma série de princípios e também de cláusulas gerais. Mas, como já se preceituara, as cláusulas gerais, na verdade, podem ser tidas como expressões abstratas que possuem a função de efetivar os referidos princípios em determinado caso concreto.

É fato, portanto, que a Carta Magna se consubstanciou no marco de uma nova opção legislativa. Entretanto, era necessária uma adequação do diploma civil a esta realidade. Por essa razão, em 2002, após um longo período de tramitação no Congresso Nacional, foi promulgado o novo Código Civil.

O diploma possui, em seu bojo, um grande número de cláusulas gerais (dentre elas, a cláusula geral da boa-fé) e, ademais, detém como características básicas a eticidade, a sociabilidade e a operabilidade. De acordo com Alberto Gosson Jorge Júnior, a eticidade estaria diretamente relacionada às cláusulas gerais (2004, p. 82), posto que “este caráter ético que permeia toda a nova codificação resultou num ambiente propício para um desenvolvimento ainda maior de aplicações das cláusulas gerais”.

Neste contexto, caberá à doutrina e a jurisprudência a função de identificação e delimitação do potencial de utilização dessas normas no ordenamento jurídico.

Ainda em consonância com Alberto Gosson Jorge Júnior (2004, p. 82-83):

Dizemos que haverá de se identificar a presença das cláusulas gerais diante da ausência de uma formulação típica para esta categoria normativa. Se algumas cláusulas gerais revelam-se patentes, outras deverão ser ‘descobertas’ no ordenamento, pois nem sempre é o arcabouço da proposição normativa que por si só as caracterizam.

O ordenamento jurídico não afirma expressamente quais são as cláusulas gerais. Por consequência, a presença das cláusulas gerais deve ser identificada ante a ausência de uma formulação típica.

Já fora mencionado que a opção legislativa pelas cláusulas gerais ocasionou um intenso debate doutrinário.

Discussões à parte, não pode se olvidar, diante os ensinamentos de Judith Martins-Costa (2000), que as referidas cláusulas têm a vantagem de proporcionar a mobilidade e adequação do direito e, de Ruy Rosado Aguiar Júnior (2000), que, do emprego da cláusula geral decorre o abandono do princípio da tipicidade e fica reforçado o poder revisionista do magistrado.

#### ***4.2.3 Os limites das cláusulas gerais***

Ante o exposto, insta a conclusão de que as cláusulas gerais possuem um limite, qual seja, sempre devem ser adequadas às normas de princípios constitucionais estabelecidas na Magna Carta.

As cláusulas gerais reclamam uma maior atuação do magistrado, mas os princípios constitucionais atuam no sentido de limitar a interpretação e restringir a discricionariedade judicial. Por esta razão, é incorreto o raciocínio de que as cláusulas gerais sacrificam a segurança jurídica.

Não se pode afirmar que o ordenamento jurídico estará inseguro, haja vista que sempre haverá a limitação na Lei Maior. O operador do direito sempre deverá se basear nos valores e princípios norteadores do ordenamento jurídico.

Nas palavras de Alberto Gosson Jorge Júnior, (2004, p. 110), “em razão da hierarquia normativa estabelecer-se-á o controle das cláusulas gerais por via de princípios constitucionais, o que parece natural”.

### **4.3 A cláusula geral da boa-fé**

#### ***4.3.1 Breve histórico acerca da cláusula geral da boa-fé***

Em outras oportunidades no presente estudo, foi disposto acerca da origem das cláusulas gerais e do instituto da boa-fé. No momento, pretende-se apenas ressaltar, que as cláusulas gerais tiveram origem no Código Alemão, e que, justamente, era mencionada a cláusula geral da boa-fé. Também foi afirmado que esta era denominada de “cláusula geral por excelência”.

Dispunha o § 242 do referido código que “o devedor está obrigado a executar a prestação como a boa-fé, em atenção aos usos e costumes, o exige”.

A boa-fé que se encontrava no centro desta norma, era a boa-fé objetiva, caracterizada, pela lealdade, honestidade e dever de correção, em contraposição da boa-fé subjetiva, que carrega insitivamente a idéia de ignorância, de crença errônea. Estava cristalizada a cláusula geral da boa-fé, que permitia, por óbvio, a aplicação do princípio da boa-fé às situações materiais concretas.

Por derradeiro, a aplicação desta cláusula deveria ser feita de acordo com as particularidades do caso concreto.

Essa idéia pode ser reforçada pelos dizeres de Alberto Gosson Jorge Júnior (2004, p. 63):

A aplicação do enunciado da boa-fé deverá ser feita de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, levando-se em conta considerações de equidade para a adequação ao caso concreto dos ideais jurídicos contidos no princípio da boa-fé. [...] Para uma determinação mais precisa destes ideais jurídicos a ciência do Direito desenvolveu as doutrinas do abuso do direito, da caducidade, do desaparecimento da base do negócio, etc.

A cláusula geral da boa-fé não havia sido prevista no Código Civil anterior. Todavia, esta falta de previsão legislativa, para Judith Martins-Costa (2000), não teria impedido a utilização do princípio da boa-fé objetiva. A jurisprudência brasileira, em especial, a gaúcha, passou a se utilizar do princípio como se o fosse cláusula geral. Pode se afirmar que, mediante uma tarefa complexa, passou a se agregar o caráter e a função de cláusula geral a um princípio. Isto porque, embora as cláusulas gerais não sejam princípios, na maior parte dos casos, os contém em seu enunciado. Tratava-se de uma forma de burlar o atraso legislativo.

O novo Código Civil dispôs expressamente a cláusula geral da boa-fé.

### **4.3.2 A cláusula geral da boa-fé e o Código Civil de 2002**

O Código Civil atual consagrara a boa-fé objetiva, notadamente nos artigos 113, 187 e 422.

Assim preceitua em seu artigo 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Neste dispositivo, encontram-se relacionados o princípio da boa-fé e a cláusula geral da boa-fé (haja vista que esta cláusula contém o princípio citado em seu enunciado). Releva-se o princípio da boa-fé, mais uma vez ressaltando, que se trata da boa-fé objetiva.

Referindo-se ao contrato, o legislador brasileiro, dispôs acerca da necessidade de observação do princípio da boa-fé. Caberá ao juiz, no caso concreto, avaliar se os contratos observaram ou não o referido princípio, convocado para a criação do direito.

O artigo 422 deve ser analisado em sintonia com o artigo 113, que, por sua vez, propõe que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Ora, não apenas no campo contratual, como erroneamente dispõem muitos doutrinadores, encontra-se a incidência da boa-fé objetiva. Todos os negócios jurídicos, bem como todas as relações jurídicas, devem ser interpretados de acordo com a boa-fé. Todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado consoante o princípio da boa-fé. Trata-se de um princípio constitucional que hoje não encontra qualquer óbice à sua utilização, ante a existência da cláusula geral da boa-fé e dos anseios generalizados pela ética e lealdade.

Na opinião de Alberto Gosson Jorge Júnior (2004, p. 85), este artigo:

Deverá constituir-se em poderosa ferramenta para que o intérprete e os profissionais do direito possam determinar intervenções – seja propondo ou declarando a nulidade dos negócios jurídicos, seja simplesmente alterando cláusulas abusivas com a preservação do negócio – quando constatado vício ou desequilíbrio decorrente de desvio ético no comportamento de qualquer das partes.

A noção de boa-fé traz ínsita a idéia de atuação honesta, com lealdade e dever de informação, sendo que, todas as vezes em que um negócio jurídico não

for realizado neste sentido, será possível declarar a sua nulidade ou alterar as suas cláusulas, propugnando pela atuação principiológica no caso concreto.

Ademais, ressalte-se que o artigo 187 reza 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 e pelos bons costumes”. É introduzida, de forma inequívoca, a concepção do abuso do direito.

A boa-fé é relacionada ao campo da responsabilidade civil e à teoria do abuso do direito. Todo ato ilícito impõe o dever de indenizar. Se o titular do direito excede os limites impostos pela boa-fé, ou seja, não tem a atuação leal que se espera, assim como no caso da realização de um contrato ou de um negócio jurídico, haverá a atuação do princípio da boa-fé no caso concreto, uma vez que existe a cláusula da boa-fé para instrumentalizá-lo e, por consequência, determinar-se-á o dever de indenizar. O abuso de direito é equiparado ao ato ilícito e gera o dever de indenização.

Por Alberto Gosson Jorge Júnior (2004, p. 86):

[...]Basta que o sujeito do direito exceda qualquer um dos elementos contidos na norma, seja o fim econômico, o social, a boa-fé ou os bons costumes, para que esteja configurado o abuso de direito e a consequente ilicitude do ato-fato perpetrado.

Pode se concluir que o atual diploma civil se filia à corrente objetiva ao indicar que o exercício do direito que exceda os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes configurará ato ilícito. A teoria objetiva do abuso do direito é relacionada à aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

Parece que tais disposições terão os seus raios de incidência ampliados para todo o ordenamento jurídico. Em outras palavras, os ditames da boa-fé objetiva não ficarão restritos e sim serão expandidos para todo o direito civil.

As cláusulas gerais, conforme dispõe Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2000), tendem a funcionar como recursos para os juízes brasileiros encontrarem as decisões justas.

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).

## 5 AS FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA

### 5.1 Considerações gerais

A boa-fé objetiva, qual seja, a boa-fé lealdade, como já fora salientado em diversas ocasiões, relaciona-se com a honestidade, lealdade e probidade com a qual a pessoa condiciona o seu comportamento. Pode ser considerada como uma verdadeira regra ética, um dever de guardar fidelidade à palavra dada ou ao comportamento praticado, na idéia de não fraudar ou tampouco abusar da confiança alheia.

Os deveres resultantes dessa boa-fé lealdade normalmente são mencionados sob o título de deveres anexos ou secundários e não decorrem da vontade do sujeito (ressaltando-se que esta concepção de boa-fé jamais se relaciona ao elemento volitivo). Neste sentido, preceitua Teresa Negreiros (1998, p. 236):

Os deveres jurídicos decorrentes da boa-fé costumam ser referidos sob a rubrica genérica de deveres secundários, laterais, anexos, acessórios ou instrumentais, como tais qualificados os deveres [...], cuja fonte não é a manifestação volitiva.

Tais deveres anexos são resultados das funções atribuídas à boa-fé.

A doutrina brasileira costuma afirmar que a boa-fé objetiva possui basicamente três funções ou finalidades, quais sejam: interpretativa (constante do artigo 113 do Código Civil), integrativa (artigo 422) e controladora (artigo 187). Outros estudiosos, como Sônia Regina Negrão e Angélica Bezerra Manzano Guimarães (2005), entendem que as funções da boa-fé objetiva se consubstanciam na criação de deveres jurídicos e no limite ao exercício dos direitos subjetivos, ressaltando a existência da teoria dos deveres anexos.

Todavia, deve ser ressaltado que, ainda que de forma minoritária, parte da jurisprudência brasileira não tem aplicado o princípio da boa-fé como um dever acessório, mas sim baseado na idéia geral de confiança.

## 5.2 As funções da boa-fé

### 5.2.1 A função interpretativa

Toda a aplicação do direito exige um trabalho de interpretação.

Interpretar significa extrair a intenção, explicar, explanar ou aclarar o sentido. A questão de interpretação das leis ganha relevo com a edição do novo diploma civil, inserido no contexto do ordenamento jurídico aberto.

Por derradeiro, a boa-fé assume a característica de cláusula geral cujos contornos vêm traçados pelo legislador, mas que cumpre ao intérprete, mais precisamente, ao juiz, quando da aplicação do direito, preenchê-los.

Com a função interpretativa da boa-fé, abrange-se tanto a interpretação objetiva quanto a subjetiva. A interpretação subjetiva permite a elucidação da vontade do agente, enquanto que a objetiva possibilita a análise de suas condutas, conforme os padrões éticos exigidos.

Interpretar a lei ou o contrato de acordo com os ditames da boa-fé objetiva será sempre adequá-los a regras éticas (note-se que uma das características do novel diploma civil é a eticidade). A saber, o entendimento de José Fernando Simão (2006):

Então, interpretar a lei ou o contrato de acordo com a boa-fé será sempre a busca da ética nas relações jurídicas, aplicando-se a norma ao caso concreto, da maneira que melhor atenda à justiça naquela determinada hipótese.

Considera-se que através desta função, pode se determinar o sentido das estipulações contidas no negócio celebrado, permitindo-se até mesmo a sua reconstrução pelo julgador, que pode interferir, conseqüentemente, nos direitos e deveres das partes envolvidas na relação jurídica obrigacional. Em outras palavras, o recurso interpretativo conforme a boa-fé é a forma pela qual o operador do direito preserva a finalidade econômico-social de toda e qualquer relação jurídica.

Segundo Flávio Alves Martins (2000), uma das funções que desempenha a boa-fé é a de ser limite ao exercício dos direitos, limite da conduta admissível. Por conseqüência, a interpretação de toda norma deverá ser realizada conforme as

orientações que surgem da boa-fé. Interpretar de acordo com a boa-fé seria uma forma de manter a paz e a harmonia, realçando a segurança<sup>4</sup>.

E consoante Sônia Regina Negrão e Angélica Bezerra Manzano Guimarães (2005, p. 85):

Esta função, num primeiro passo, se refere à interpretação objetiva de qual comportamento seria o correto sem se avaliar a vontade das partes, de onde, num segundo momento, exsurge a função interpretativa determinativa de equilíbrio que se consubstancia na função de sentença determinativa por parte do Estado juiz como meio de prestar equilíbrio nos sinalagmas.

Com a utilização da interpretação conforme a boa-fé, o juiz não permite que o contrato ou a lei atinja a finalidade oposta ao que seria lícito esperar.

O já mencionado artigo 113 do Código Civil ao propor que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, sobressalta essa função interpretativa.

Para Nelson Rosenvald (2005, p. 90), a cláusula geral da boa-fé estampada neste dispositivo remete o magistrado a um espectro amplo, possibilitando uma interpretação hermenêutica conforme o caso concreto e integração da relação jurídica com os deveres anexos. Em suas próprias palavras:

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 o 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).

E prossegue (2005, p. 91):

A boa-fé seria aqui um segundo critério objetivo à procura do desígnio comum dos contratantes, mediante o preenchimento das declarações imprecisas ou lacunosas, momento no qual o intérprete definiria uma normativa de comportamento leal, conforme a diligência ordinária para aquele tipo de contrato, de acordo com o padrão social das partes envolvidas.

---

<sup>4</sup> Eduardo de Oliveira Gouvêa (2002) ressalta que outra interpretação do mister interpretativo da boa-fé diz respeito à significação a atribuir ao contrato quando contenha cláusulas dúbias, em que se deve dar primazia ao mais razoável.

Assim, ante todo o exposto, pode se concluir que todos os negócios devem ser interpretados no sentido de buscar a ética, garantir a paz social, de acordo com a noção de sociabilidade sempre constante no novel diploma. Não se trata da boa-fé como imperativo ético abstrato e sim como condição matriz do comportamento humano e da hermenêutica jurídica.

### **5.2.2 A função integrativa (ou ativa)**

Integrar, por sua vez, consiste em completar, inteirar, integralizar, determinar de forma explícita. Integrar uma lei ou um negócio jurídico é determinar de forma explícita, o seu conteúdo, completando-o de acordo com os ditames do ordenamento jurídico num determinado caso concreto e propugnando a criação de deveres anexos. O conteúdo de uma relação jurídica é dado pela vontade e integrado pela boa-fé.

De acordo com o entendimento de Flávio Alves Martins (2000), a boa-fé constitui o princípio genérico suscetível de fornecer soluções concretas, de fecundar a adequação da lei ao caso particular, explicitando os deveres de comportamento. Quanto maior o desenvolvimento normativo formal do princípio da boa-fé, maior o campo de sua atuação e mais fácil será a explicitação de tais deveres de conduta.

Há uma atuação da boa-fé como verdadeira fonte de direito, no sentido de propiciar a criação de direitos e deveres, 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 jurídico.

Especificamente, considera-se tal função como aquela responsável pela imposição de deveres anexos de conduta, independentes da vontade das partes.

Tal colocação se encontra expressa no artigo 421 do Código Civil.

Acrescenta Judith Martins-Costa (2000), que a boa-fé quando utilizada como cânone hermenêutico integrativo também possui um papel metodológico, pois permite a sistematização das decisões judiciais. Isto porque substitui o chamamento de outros princípios (tais como a equidade e a honestidade),

demasiadamente genéricos, surgindo como resultante da “exigência de encontrar uma noção operativa, dotada de um valor prático real”.

### **5.2.2.1 A boa-fé e a criação de deveres jurídicos (secundários ou anexos)**

Pode ser asseverado que toda relação jurídica ocasiona direitos e deveres.

Tais deveres, entretanto, podem ser classificados como primários ou secundários. Os deveres primários são aqueles decorrentes da vontade das partes enquanto que os secundários surgem independentemente da vontade das partes (sejam elas contratantes ou litigantes), sendo, a seu lado, resultantes da boa-fé objetiva. Toda relação jurídica sempre deve ser observada de forma globalizante.

Nelson Rosenvald ressalta a característica da boa-fé como fonte de deveres e norma de conduta (2005, p. 92), “a boa-fé é a mais imediata expressão da confiança, verdadeiro alicerce da convivência social. Apresenta-se de modo multifuncional e, especificamente, como norma de conduta”.

Ainda no que tange aos deveres secundários, Judith Martins-Costa (2000) efetua uma bipartição – existiram os deveres anexos meramente acessórios (aqueles que apenas se destinam a assegurar a prestação principal, com uma menor relevância) e os deveres anexos de prestação autônoma (os quais se revelam como verdadeiros sucedâneos da relação jurídica, coexistentes ao dever principal, de maior importância e que serão objetos do presente estudo).

Os deveres secundários ou anexos de prestação autônoma se caracterizam como verdadeiros deveres de conduta, cooperação ou de proteção, dirigidos a ambos os integrantes da relação jurídica. Referem-se ao exato processamento da relação jurídica, com a conseqüente satisfação dos interesses globais envolvidos. Sempre é considerada uma conduta ética e harmônica, de acordo com as circunstâncias concretas da situação. São os deveres de lealdade, cooperação e colaboração, informação (aviso e esclarecimento), previdência e segurança, prestação de contas, proteção e cuidado, entre outros.

Segundo Menezes Cordeiro, a boa-fé não seria a fonte de tais deveres, mas sim normativizaria certos fatos que seriam a fonte. Na tentativa de justificar o

seu entendimento, procede à realização de um paralelo com a fenomenologia da eficácia negocial. Em seus dizeres (2001, p. 646):

A fonte desses deveres não está na boa-fé. [...] A boa-fé apenas normativiza certos factos que, estes sim, são fonte: mantenha-se o paralelo com a fenomenologia da eficácia negocial: a sua fonte reside não na norma que mande respeitar os negócios, mas no próprio negócio em si. A enumeração dos fatos-fonte dos deveres de actuar de boa-fé resulta dos estudos efetuados: o início de negociações preliminares, a existência de um contrato, ou da sua aparência, a conexão de terceiro com uma obrigação ou o desaparecimento de um negócio. Todos eles têm em comum a verificação de um relacionar entre duas ou mais pessoas, através duma dinâmica que pressupõe uma conjugação de esforços que transcende o estrito âmbito individual. O Direito obriga, então, a que, nessas circunstâncias, as pessoas não se desviem dos propósitos que, em ponderação social, emergem da situação e que se achem colocadas: não devem assumir comportamentos que a contradigam – deveres de lealdade, nem calar ou falsear a actividade intelectual externa que informa a convivência humana – deveres de informação. Embora a estrutura e teleologia básicas sejam as mesmas, adivinha-se a presença de concretizações diversas, consoante os factos que lhes dêem origem.

Para Sônia Regina Negrão e Angélica Bezerra Manzano Guimarães (2005), embora o novo Código Civil não trate expressamente do tema, poderia ser mencionada a existência de uma teoria dos deveres anexos. Esta consistiria, na verdade, no que uma parte pode esperar da outra no transcurso de uma relação jurídica.

O descumprimento de tais deveres acarretaria o dever de indenizar pelos danos materiais e morais causados (quer tenha sido o dano produzido em razão de dolo ou culpa da outra parte).

Tal responsabilização seria resultante do princípio da boa-fé objetiva.

Para Nelson Rosenvald (2005, p. 103), os deveres de conduta ou anexos possuem a finalidade negativa de evitar a adoção de comportamentos desonestos ou injustificados:

Entendemos que todos os deveres de conduta exercitam uma finalidade negativa, visto que, em última instância, funcionam como uma espécie de 'blindagem' que tenciona evitar a adoção de comportamentos desonestos ou interesses injustificados que possam atingir o correto processamento da relação obrigacional. A função negativa dos deveres de conduta, porém, é meio para se atingir a sua função positiva, qual seja, conduzir o 'veículo blindado' ao seu destino [...].

Passar-se-á à análise específica de alguns dos deveres anexos.

### **5.2.2.1.1 Dever de lealdade**

O dever de lealdade decorre da própria essência da boa-fé objetiva. Quando da atuação em uma relação jurídica, a parte deve agir de forma honesta e leal, no sentido de não ocasionar quaisquer prejuízos intencionais e imotivados à parte contrária.

Agir com deslealdade implica em atingir frontalmente a dignidade da contraparte.

Nas palavras de Sônia Regina Negrão e Angélica Bezerra Manzano Guimarães (2005, p. 94):

Uma parte não deve agir de forma a causar um prejuízo imotivado à outra parte. [...] Esse dever acessório da lealdade obriga as partes a evitar a adoção de condutas que possam tornar inútil à contraparte a prestação ou ainda torná-la menos valiosa.

Complementadas por José Fernando Simão (2006):

O dever de lealdade é aquele segundo o qual uma das partes não pode agir de maneira a causar prejuízo imotivado à outra parte. Trata-se em geral de uma abstenção que evita causar danos desnecessários ao outro contratante.

A existência de interesses opostos não impede que cada parte respeite um mínimo ético e de lealdade. Neste sentido, Nelson Rosendal (2005, p. 94-95):

Como legado dos códigos oitocentistas, acreditava-se que os contratos envolveriam interesses divergentes, pois uma ordem de cooperação só existiria no âmbito de uma liberalidade (v.g., doação). A visão solidária da relação obrigacional, porém, demonstra que os contratantes assumirão a postura de parceiros e não simplesmente de pólos opostos em um vínculo negocial. Não há qualquer ingenuidade em supor uma *affectio contractus*, pois a existência de interesses opostos não impede que cada parte respeite um mínimo ético e indispensável de lealdade e cuidado para com o outro. Aliás, essa postura cooperativa permitirá que se alcance um ponto de equilíbrio no qual a relação logre êxito pelo adimplemento, [...], sem esquecer o cumprimento da função social externa da relação perante a coletividade.

Ressalte-se que tal dever não é imposto apenas aos contratantes, mas sim existente em qualquer relação jurídica, seja ela obrigacional ou processual (por

derradeiro, um litigante também deve pautar sua conduta no sentido de não ocasionar prejuízo imotivado ao seu oponente processual, em razão da necessidade de colaboração com a perfeita realização da justiça).

Não apenas em sede de contrato é que tem incidência o princípio da boa-fé objetiva com a conseqüente criação de deveres anexos, como, no caso, o da lealdade.

#### **5.2.2.1.2 Dever de cooperação ou colaboração**

Cooperar tem o sentido de trabalhar em comum, obrar simultaneamente.

O dever de cooperação é aquele que exige das partes certas condutas necessárias para que a relação jurídica atinja o seu fim, ainda que esta conduta beneficie apenas a contraparte. Por exemplo, um litigante tem o dever de apresentar os documentos que possui (salvo as escusas legais), ou seja, deve colaborar com a satisfação dos litígios (sendo que, se não o fizer, ser-lhe-ão impostas sanções).

Ressalte-se que, conforme o entendimento de Nelson Rosenthal (2005) o dever de cooperação não se limita apenas no sentido de uma atuação omissiva (não obstaculização), mas compreende a colaboração intersubjetiva de forma ativa.

#### **5.2.2.1.3 Dever de informação ou de esclarecimento**

Informar possui o sentido de instruir, ensinar, esclarecer.

As partes devem prestar as informações indispensáveis à relação jurídica, ainda que a publicidade lhe seja prejudicial (o atual ordenamento jurídico adota o critério da sociabilidade e não uma visão meramente individualista).

Neste sentido, Menezes Cordeiro (2001, p. 605):

O dever acessório de esclarecimento torna obrigatória às partes a prestação de todas as informações relevantes atinentes ao contrato, notadamente com relação às ocorrências correlatas, o objeto do contrato e respectiva execução, bem como dos efeitos possivelmente advindos desta.

Note-se que se exclui do dever de esclarecimento os fatos notórios, posto que, simultaneamente ao dever jurídico de informar, subsiste o ônus de ambas as partes de se informar, como medida de diligência na defesa de seus próprios interesses.

O direito à informação será ponderado de acordo com o princípio da proporcionalidade, ante interesses opostos de igual dignidade constitucional. Leciona Nelson Rosenvald (2005, p. 109):

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 informação.

O Código de Defesa do Consumidor, diploma anterior ao atual Código Civil, que já dispunha acerca da boa-fé objetiva, possui uma série de previsões em sede de deveres de informações do fornecedor (em razão, principalmente, da característica da vulnerabilidade do consumidor).

Assim preceituado por José Fernando Simão (2006):

O dever de informação é extremamente importante e já vinha disciplinado no Código de Defesa do Consumidor, com rígidas punições ao fornecedor que o descumprir (cf. regras sobre a publicidade enganosa). O contratante detentor de informações ignoradas ou imperfeitamente conhecidas pelo outro contratante deve fornecê-las, mesmo que tais lhe sejam prejudiciais [...].

Para Nelson Rosenvald (2005), ainda, os diplomas civil e consumerista repercutem de forma distinta na qualificação dos deveres de informação e esclarecimento, em decorrência das posições ocupadas pelas partes (no âmbito civil, encontramos-nos diante de uma igualdade, enquanto que, no consumerista, o público-alvo do microsistema é vulnerável, desigual).<sup>5</sup>

Atente-se, mais uma vez, que tal dever não é apenas inerente ao contrato, embora neste vínculo jurídico seja de mais fácil visualização.

---

<sup>5</sup> No Código de Defesa do Consumidor, os tutelados, por óbvio, são os consumidores, pólo mais fraco da relação de consumo. Neste sentido, o dever de informação se consubstancia como uma verdadeira norma de ordem pública capaz de propiciar o necessário reequilíbrio, com a redução da assimetria informativa de quem se encontra em desigualdade material. Segundo Nelson Rosenvald (2005, p. 110), “a tutela do débil acarreta uma valorização do dever de informação a ponto de este integrar o próprio contrato, gerando obrigações primárias ao fornecedor (art. 30 do CDC)”.

#### **5.2.2.1.4 Dever de segurança**

O dever de segurança se refere aos cuidados com os bens e direitos do outro contratante em situações que possam oferecer perigo. Exemplo típico, numa relação contratual, é o dever do empregador fornecimento de equipamentos de segurança aos seus funcionários. Também pode ser mencionado o dever de um estabelecimento comercial de guardar os carros com segurança, na hipótese de vir a conferir um estacionamento<sup>6</sup>.

#### **5.2.2.1.5 Dever de prestação de contas**

Nosso ordenamento jurídico prevê a existência da Ação de Prestação de Contas, consistente na ação que se destina a fazer com que sejam prestadas contas por quem as deve prestar, ou para exigir que as receba aquele a quem elas devem ser prestadas.

O dever anexo de prestação de contas não se confunde com a referida ação. Trata-se do dever, incumbido a ambas as partes de uma relação jurídica de prestar as contas necessárias ao conhecimento da parte adversa, em decorrência do princípio da boa-fé objetiva.

Não é necessário que seja manejada uma ação para a prestação de tais contas, sendo um dever acessório da própria relação jurídica.

#### ***5.2.3 A função controladora ou reativa (a boa-fé como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos)***

Controlar significa manter o controle, o domínio, fiscalizar, delimitar.

---

<sup>6</sup> É importante ressaltar que o dever de segurança ou proteção teve importante papel do desenvolvimento da interpretação do § 242 do BGB. No Brasil, este dever pode ser visualizado como fundamento da jurisprudência dos tribunais estaduais e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), principalmente nos julgados em que se verifica a imposição do dever de indenizar aos shoppings e supermercados por veículos furtados em seu estacionamento. Neste sentido, a Súmula 130 do STJ: "A empresa responde, perante o cliente, pela reparação do dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento". Segundo o entendimento desta Corte, o estacionamento seria uma assunção tácita do dever jurídico de guarda e vigilância.

Através da função controladora da boa-fé objetiva se exerce uma finalidade de controle, de limitação ao exercício de um ou mais direitos.

A origem dessa concepção da boa-fé, como modalidade de controle ou limite ao abuso do direito, conforme ensinam Sônia Regina Negrão e Angélica Bezerra Manzano Guimarães (2005), teria se dado na França, com a teoria do abuso do direito, no início do século XIX, logo após a promulgação do Código Napoleônico. No entanto, teria sido o Código Civil suíço, de 1907, o pioneiro na consagração do abuso de direito ligado à boa-fé objetiva, hoje estampado nas legislações da Itália, Alemanha, Grécia, Espanha, Portugal, Argentina, entre outras.

Acrescente-se a isso que também teria recebido influência de outras teorias, como as do ato próprio, da aparência, do “*venire contra factum proprium*” e a “*supressio*”<sup>7</sup>.

No entendimento de Flávio Alves Martins (2000), com base nesta função, o exercício dos direitos e deveres, que antes se recorria à assertiva de que “tudo o que não está proibido está permitido” e que, portanto, toda conduta não proibida seria um direito, hoje deve ser analisado sob a égide da boa-fé objetiva. Sempre que tais condutas, ainda que não expressamente proibidas, tiverem algum tipo de transcendência jurídica, ou seja, entrarem no ordenamento jurídico, limitar-se-á pela atuação da boa-fé.

Esta função, de certa forma, seria uma espécie de complementação da função anterior, haja vista que, quando da criação de deveres a uma das partes ou a ambas, pode se ter, por conseqüência, a limitação ou restrição de seus respectivos direitos. Assim entende Judith Martins-Costa (2000, p. 454):

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 formativos.

---

<sup>7</sup> Eduardo de Oliveira Gouvêa (2002) disciplina que são quatro as principais modalidades que assume o abuso do direito dentro do prisma objetivista da boa-fé: as situações de *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio* e *tu quoque*. Para o doutrinador, a teoria dos atos próprios ou a proibição do *venire contra factum proprium* protegeria a parte contra aquela que pretenda exercer um status jurídico em contradição com o comportamento assumido anteriormente; na *supressio*, um direito não exercido durante um determinado lapso de tempo não poderia mais sê-lo, por contrariar a boa-fé; a *surrectio* consistiria no nascimento de um direito conseqüente à prática continuada de certos atos; e, por fim, o *tu quoque* consistiria na situação daquele que descumpriu norma legal ou contratual, atingindo com isso determinada relação jurídica, não poder exigir do outro o cumprimento do preceito que ele próprio descumprira.

Ainda consoante Sônia Regina Negrão e Angélica Bezerra Manzano Guimarães (2005) esta função pode ser definida como “derrogatória de posições contraditórias”. Seria imposição da boa-fé a adoção de condutas não contraditórias seja no transcurso de um processo, durante as tratativas ou a execução de um contrato, etc.

A boa-fé se apresenta como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade, honestidade, probidade e correção, pois só assim atingirá a função social que lhe é atribuída.

Neste contexto, Judith Martins-Costa (2000) propõe que a boa-fé atua como norma de inadmissibilidade do exercício de direitos que a contrariem. É certo que quando uma das partes adota uma conduta contraditória, desrespeita o dever de agir com lealdade e correção. Em decorrência da lealdade e honestidade, as partes sempre devem agir de maneira coerente.

Em alguns casos, em sede de contratos, os ditames da boa-fé impossibilitam a invocação da exceção de contrato não cumprido. Tal concepção é amparada na teoria dos atos próprios, segundo a qual a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior interpretada objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé, ou quando o exercício posterior se choque com a lei, os bons costumes e a boa-fé, sendo que o seu efeito é impedir que a parte que tenha violado os deveres, exija o cumprimento pela outra parte, ou se valha do seu próprio inadimplemento para se beneficiar de disposição contratual ou legal.

Explica José Fernando Simão (2006):

Trata-se da possibilidade de defesa que a boa-fé objetiva permite em caso de ação judicial injustamente proposta por um dos contratantes. [...] Existiriam três aspectos da função reativa: O primeiro deles e um dos mais interessantes é a idéia de *venire contra factum proprium*. O *venire* parte da idéia de que as partes, em decorrência da confiança que permeia a relação jurídica, devem agir de maneira coerente, seguindo a sua linha de conduta e, portanto, não podem contrariar repentinamente tal conduta, por meio de um ato posterior. Exatamente por isso o contratante não pode contrariar a sua própria atitude. [...] A segunda função reativa da boa-fé objetiva é o *dolo agit qui petit quod statim redditurus est*. Trata-se de uma punição à parte que age com interesse de molestar a parte contrária e, portanto, age como ao pedir que deve ser restituído. Assim, determina o Código Civil que aquele que demanda por dívida já paga fica obrigado a pagar ao devedor o dobro do que houver cobrado (artigo 940 do Código Civil de 2002 e 1531 do Código

Civil de 1916). [...] A última das funções que cuidaremos nesse artigo é o *tu quoque* [...]. É a idéia de que ninguém pode invocar normas jurídicas após descumpri-las. Isso porque ninguém pode adquirir direitos de má-fé.

E complementa Judith Martins-Costa (2000, p. 461):

[...] 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. [...] A inexistência de previsão legal não impede a incidência do princípio da boa-fé.

Tal função é utilizada, em sede do estatuto consumerista para a correção de cláusulas abusivas.

Pode ser afirmado que a função controladora se encontra estampada no artigo 187 do Código Civil, o qual contempla a previsão legal do ato abusivo, assim dispondo: “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 e pelos bons costumes”.

Do enunciado pode ser retirado que a boa-fé e os bons costumes impõem, ou podem impor, limites ao exercício dos direitos e que estes têm um fim social ou econômica, o qual também limita ou pode limitar o seu exercício.

Consoante Menezes Cordeiro (2001, p. 661):

O Código Civil fere, [...] determinados actos como abusivos. Prevê, para tanto, o titular que exceda manifestamente, no exercício do direito, limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo seu fim social ou econômico. O elemento literal exprime um âmbito unificado por parte da previsão – o exercício do direito e o seu excesso manifesto perante certos limites – por uma qualificação, em epígrafe – o abuso – e pela estatuição – a ilegitimidade ou, melhor dizendo, a proibição; reparte-o, porém, por três áreas atinentes à previsão: em causa ficam limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico dos direitos. Do enunciado, por dedução, retira-se que a boa-fé e os bons costumes impõem, ou podem impor, limites ao exercício dos direitos e que estes têm, ou podem ter, um fim social e econômico o qual, por seu turno, limita também, ou pode limitar, o seu exercício.

Especificamente no que pertine à boa-fé, não restam dúvidas de que o dispositivo prevê a boa-fé objetiva, que não versa sobre fatores diretamente relacionados ao sujeito, mas a elementos relacionados a um padrão mediano de conduta leal.

As partes sempre devem exercer os seus direitos dentro de uma permissão normativa de aproveitamento específico. Um dos limites ao exercício do direito é a boa-fé, sendo que, de acordo com a circunstância particular, pode ser fonte do dever de indenizar, assim como já fora mencionado no capítulo anterior do presente estudo.

### **5.2.3.1 A teoria do abuso de direito**

A teoria do abuso de direito, no momento, será avaliada como uma correlação entre dois pontos de grande relevância no direito: a boa-fé objetiva e o exercício dos direitos subjetivos.

A boa-fé atua no sentido de contenção da visão individualista, de conceder um novo perfil à autonomia privada, conduzindo os direitos subjetivos a limites equilibrados, dentro do contexto da função social, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, preceitua Nelson Rosendal (2005, p. 116):

A teoria do abuso do direito somente desponta, no final do século XIX, como superação de concepções individualistas que entendiam o direito subjetivo como poder da vontade e da expressão maior da liberdade individual e, assim, ilimitado. Concedida liberdade e autodeterminação ao ser humano racional, deveria ele eventualmente arcar com a responsabilidade pelas condutas ofensivas ao ordenamento jurídico e, portanto, ilícitas. A introdução do abuso de direito permite vislumbrar uma via intermediária entre o permitido e o proibido.

No Código Civil anterior, existia uma previsão implícita da teoria abuso do direito. A referência era extraída da leitura, *ex vi*, do disposto no artigo 160, inciso I, que dispunha que não constituíam atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou exercício regular de um direito reconhecido. Todavia, não havia qualquer distinção entre ato ilícito e ato abusivo.

O atual diploma tratou do assunto com destaque no já mencionado artigo 187, que possui uma “cláusula geral de ilicitude”.

O legislador pátrio qualifica o abuso de direito como ato ilícito. Contudo, deve ser feita uma interpretação mais detalhada. No ato abusivo, o indivíduo não desrespeita a estrutura normativa, mas sim os seus valores. Atua de forma

contrária aos fundamentos materiais da norma. Não age de forma ética. Nas palavras de Nelson Rosenvald (2005, p. 123):

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, posto vulnerado o princípio que fundamenta e lhe concede sustentação sistemática.

Todo indivíduo deve exercitar os seus direitos nos limites estabelecidos pelo conteúdo do próprio direito (limites internos) ou por disposições que decorrem da proteção dispensada a terceiros e da colisão de direitos (limites externos). Em outras palavras, pode-se afirmar que, além dos limites que derivam da própria natureza do direito (objeto e conteúdo), existem outros, derivados da boa-fé e da função social (tal qual já fora devida explanada a teoria dos deveres anexos, que decorrem da boa-fé).

Neste raciocínio, o dispositivo do novel diploma civil se configura como uma demonstração de que o controle dos direitos subjetivos envolve tanto os princípios da autonomia da vontade, da solidariedade e, especificamente, o da boa-fé ao lado da função social.

Na ocasião adequada, será realizado um paralelo entre a teoria do abuso do direito e o tema da litigância de má-fé, além de uma confrontação entre a esta teoria e o princípio da vedação da conduta contraditória.

### **5.2.3.2 Conseqüências do ato abusivo. O desrespeito à boa-fé**

O ato abusivo é constatado no momento da violação do elemento axiológico da norma, qual seja, quando se desrespeita os valores contidos no ordenamento jurídico, atuando de forma contrária à ética.

De acordo com artigo 187 do Código Civil, a essência do abuso de direito é sempre auferida pela boa-fé, pelos bons costumes e pela função social e econômica dos direitos.

Para Nelson Rosenvald (2005, p. 130), o referido dispositivo se caracteriza na cláusula geral mais importante do diploma substancial:

[...] O mencionado artigo é a cláusula geral mais rica do novo Codex. Reúne em um único dispositivo os quatro princípios éticos que presidem o sistema. Bastaria acrescentar a ordem pública para tê-los todos em vista. [...] A boa-fé como *standard* é parâmetro de correção e honestidade nas relações obrigacionais. [...].

Para uma correta análise deste preceito, há que se distinguir que, embora a boa-fé e os bons costumes emanem de um mesmo anseio ético, tais conceitos não podem ser confundidos.

Leciona Menezes Cordeiro (2001) que os bons costumes surgem como algo exterior, exprimindo a moral social, a ponto de expressar regras impeditivas de comportamentos que não recebem consagração expressa por determinada coletividade, a certo tempo. Enquanto que, por sua vez, a boa-fé seria algo interior ao ordenamento jurídico. Com base em comportamentos típicos, ela seria sistematizada mediante a criação de esquemas normativos de atuação.

A boa-fé decorreria de um vínculo preexistente de confiança, de noções constantes no ordenamento jurídico.

Quanto ao ato abusivo contrário à função social e econômica, para a sua delimitação, deve se ter em vista os princípios da ordem econômica constitucional, da justiça e da solidariedade. O bem comum é o norte da regra. Ensina, ainda, Rosenvald (2005, p. 130):

Por último, ao descrever como abusivo o exercício do direito que excede manifestamente a sua função social e econômica, o legislador adverte que, sendo a ordem econômica constitucional submetida aos princípios da justiça e solidariedade (art. 170 da CF), será possível uma intervenção no âmbito da liberdade contratual se a forma pela qual o contratante atuar for lesiva ao bem comum. O exercício de um direito de modo contrário ao interesse geral é antijurídico, caracterizando o abuso do direito.

A principal consequência do abuso de direito, seja por desrespeito à boa-fé, os bons costumes ou à função social e econômica dos direitos, é o dever de indenizar. Assim como os atos ilícitos, os atos abusivos geram o dever de indenização.

Por derradeiro, conclui-se que, sendo a boa-fé um dos limites e princípios éticos estampados no Código, é possível que esta seja fonte de responsabilidade civil, tal qual já fora afirmado no capítulo anterior.

A teoria objetiva do abuso do direito é relacionada à aplicação do princípio da boa-fé objetiva, através da cláusula geral da boa-fé.

## **6 LEALDADE PROCESSUAL**

### **6.1 Considerações preliminares**

Até o momento, o presente estudo se concentrou no desenvolvimento dos conceitos, diferenciações, vertentes e funções da boa-fé. Ressaltou-se, especificamente, a existência da boa-fé objetiva ou boa-fé lealdade.

A partir de agora, inicia-se uma segunda fase, na qual serão introduzidas ao trabalho noções de acesso à justiça, lealdade processual e litigância de má-fé, buscando-se relacionar os novos ditames acerca da boa-fé contidos na Magna Carta e no diploma substancial civil, com os direitos e deveres das partes estipulados no artigo 14 e demais dispositivos do Código de Processo Civil.

Procurar-se-á o estabelecimento de uma convivência harmônica das disposições de todos os estatutos que compõem o nosso ordenamento jurídico.

### **6.2 Acesso à justiça**

#### ***6.2.1 A jurisdição, o processo, os direitos e as garantias constitucionais e o acesso à justiça***

Desde o momento em que o Estado tomou para si, com exclusividade, o exercício do poder jurisdicional, sendo-lhe privativa a função de pacificar com justiça todos os conflitos de interesses emergidos em uma determinada sociedade e proibida a vingança privada, foi-se necessário sua colocação na posição de julgador e a garantia do acesso à justiça por parte de todos os cidadãos.

Por conseqüência, sempre que surgido um conflito de interesses ou existente uma pretensão resistida, o indivíduo tem o direito de acionar o Estado-juiz, a fim de que decida conforme os ditames do ordenamento jurídico. A função do Estado de dizer o direito no caso concreto é denominada de jurisdição.

Assim define Luís Rodrigues Wambier (2002, p. 37):

A atividade jurisdicional, hoje, é reconhecida como sendo uma das funções do poder estatal (as outras são a administrativa e a legislativa),

incumbida de dar àquela parcela de cada conflito de interesses a ela submetida pelos interessados a solução que para tal tenha sido engendrada no âmbito do sistema jurídico. [...]

E nos dizeres de Athos Gusmão Carneiro (1999, p. 3):

Ao direito subjetivo de 'ação', pelo qual alguém pede ao Estado que lhe faça justiça, corresponde a atividade estatal da 'jurisdição', pela qual o Estado cumpre o dever de, mediante um devido processo legal, administrar a justiça aos que a solicitaram.

Ora, nesta conceituação de jurisdição está presente a noção de que o Estado sempre deve atuar mediante um devido processo legal e conferir a solução melhor engendrada no âmbito do sistema jurídico.

O processo, instrumento através do qual a jurisdição atua, trata-se de uma garantia, que deve ser norteada por todos os ditames constitucionais. Neste sentido, preceitua Vicente Greco Filho (1993, p. 43-44):

Observado que o processo é garantia ativa e passiva, cabe referir o sistema constitucional de garantias do próprio processo, que o torna instrumento de justiça e efetivação de direitos. [...] Se não se der ao processo garantias e ao Judiciário poderes, sua atuação será inócua ou impossível.

A Constituição Federal, principalmente em seu artigo 5º, elenca uma série de direitos e garantias processuais, como é o caso da imparcialidade do juiz, da proibição de criação de tribunais de exceção, do juiz natural, da igualdade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da proibição de utilização de provas ilícitas, da assistência judiciária gratuita, do duplo grau de jurisdição, da coisa julgada, da inafastabilidade do controle jurisdicional, entre outros. Acrescidos a estes, encontram-se outros, dispersos no texto ou decorrentes dos princípios do regime adotado pela própria Constituição (nos ditames expressos do § 2º do artigo 5º). Entre os outros princípios, tem-se a boa-fé objetiva.

Sendo a Magna Carta a lei fundamental de nosso ordenamento jurídico, mister que, quando das relações processuais, sejam elas na órbita civil ou penal, sejam devidamente observados os seus preceitos.

Vicente Greco Filho (1993) e Ada Pellegrini Grinover (1995) preceituam que, salvo quanto às garantias processuais gerais, foi quase omissa o texto

constitucional com relação às garantias especiais do processo civil, aplicando-se a ele o conjunto das garantias gerais e também o princípio da igualdade.

Em conseqüência desta igualdade, ambos os litigantes devem respeitar o princípio da boa-fé objetiva.

Quanto à questão do acesso à justiça especificamente considerada, é importante ressaltar que, durante um longo tempo, entenderam os doutrinadores brasileiros, por acesso à justiça, o acesso aos tribunais, em decorrência de ter a Constituição assegurado a inafastabilidade do controle jurisdicional.

Atualmente, considera-se que, a Lei Fundamental, em seu artigo 5º, inciso XXXV, assegurou o acesso à justiça, mas, não apenas no seu aspecto formal, e sim, garantindo uma tutela efetiva, adequada e tempestiva.

Não é efetivo e adequado simplesmente se assegurar um acesso ao tribunal.

Por conseqüência, tem-se ressalvado que as pessoas não poderão usufruir da garantia de fazer valer seus direitos perante os tribunais se não conhecem a lei nem o limite de seus direitos. Assim, o acesso à justiça seria não tão somente o acesso aos tribunais, mas sim o acesso à efetividade de seus direitos. Noutras palavras, deve ser encarado como o sistema, através do qual, as pessoas podem reivindicar os seus direitos e efetivamente resolver os seus litígios sob os auspícios do Estado.

No processo civil, a primeira tendência observada no sentido de assegurar os direitos e garantias fundamentais constantes da Lei Maior foi conferir, a todos, indistintamente, o acesso à justiça.

### **6.2.2 A relação jurídica processual**

Segundo Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 67):

O que caracteriza fundamentalmente o processo é a celebração contraditória do procedimento, assegurada a participação dos interessados mediante o exercício das faculdades e poderes integrantes da relação jurídica processual.

Ora, o processo se caracteriza como uma verdadeira relação jurídica, uma vez que impõe direitos e deveres, ônus e faculdades aos seus integrantes, mediante a observância do direito e do contraditório.

São partícipes da relação jurídica processual as partes e o juiz.

Não cabe ao presente estudo a verificação das minúcias desta relação jurídica nem tampouco de seus pressupostos de validade e existência. Interessa, apenas, asseverar que o processo é uma relação jurídica e quais são os deveres que as partes e o juiz devem observar no seu transcurso, notadamente, com relação ao dever de lealdade.

Antes de se atentar para o estudo dos direitos e deveres das partes, é mister uma breve análise acerca da função do magistrado nesta relação jurídica processual.

Como já fora afirmado, hoje o que se caracteriza é o sistema jurídico aberto, em que o juiz não mais atua como simples espectador de uma luta entre as partes, mas, por outro lado, é chamado para a criação do direito, possuindo maior liberdade e responsabilidade.

O magistrado não deve tão somente se comportar como “a boca da lei” e sim promover a efetivação dos direitos no caso concreto, inclusive criando direitos, quando isto lhe for possível, através das cláusulas gerais, pacificando com justiça.

Nos dizeres de Brunela Vieira De Vincenzi (2003, p. 54-55):

O juiz indiferente, impotente perante a vontade das partes, é inconcebível ante os novos anseios da sociedade. Além dos novos tipos de conflitos que brotam constantemente nas diversas regiões desse grande país, é preciso tutelar adequadamente os conflitos antigos e hoje potencializados pela rapidez que se desenvolvem as relações pessoais. [...] O juiz tem poderes-deveres decorrentes da função jurisdicional que exerce em nome do Estado.

O juiz exercerá uma função criadora, não se contraporá à ordem jurídica; mas sim tornará rigorosamente segura a prestação jurisdicional que lhe foi confiada, saciando as expectativas sociais.

Ensina, ainda, o doutrinador supracitado (2003) que os poderes-deveres do juiz, na relação jurídica processual constituem desdobramentos técnicos do próprio poder estatal.

E complementa Cândido Rangel Dinamarco (2001), que as situações jurídicas ocupadas por esse sujeito processual são, ao mesmo tempo, ativas e passivas, sendo uma manifestação do devido processo legal, garantido constitucionalmente com o objetivo de pôr limites ao exercício do poder e exigir que ele seja exercido com vistas ao bem-comum e à justiça social.

Ora, a função jurisdicional, mormente inserida no contexto pós Constituição de 1988 e Código Civil de 2002, por óbvio, deve ser exercida no intuito de busca do bem comum, da justiça e da função social, norteadas pela ética e pela sociabilidade.

O caminho percorrido pela ciência processual civil brasileira demonstra que houve uma ampliação paulatina dos poderes do juiz na relação jurídica processual, especialmente no que se refere aos poderes instrutórios, do controle e direção do processo e do julgamento das pretensões das partes. Da mesma maneira, simultaneamente, houve um crescimento do dever de ética, sendo necessária a definição dos limites de sua atuação. Ademais, deve o juiz exercer o controle ético das atividades das partes.

Nas palavras de Brunela Vieira De Vincenzi (2003, p. 57):

É inegável a tendência que se vem corporificando nos meios jurídicos, desde o século passado, de repensar os poderes dos juízes no processo civil, o que está comprovado com a aceitação paulatina de amplos poderes instrutórios. No Brasil, verifica-se essa tendência nas reformas feitas no Código de Processo Civil, com a ampliação dos poderes de controle ético das atividades das partes, dos poderes dos relatores nos tribunais e, principalmente, do poder de impor comandos no processo às partes obrigadas a prestar obrigação de fazer ou não fazer e de entregar.

Os juízes jamais podem deixar de ter respeito pelas garantias processuais e constitucionais. Neste diapasão, prossegue o mesmo autor (2003, p. 58):

Tais poderes são, na verdade, poderes-deveres, pois os juízes, conscientes de sua função estatal, como órgãos do Estado, devem ter respeito pelas garantias constitucionais, das partes e da jurisdição, a serem efetivadas no e para o processo, estabelecendo-se estas, como limites vinculadores da função diretiva, instrutória e julgadora dos juízes contemporâneos.

Com relação às partes (também denominadas de sujeitos processuais), podem ser consideradas como os sujeitos da relação jurídica de direito material (vulgarmente, o titular do direito e o suposto violador do direito).

Define Luiz Rodrigues Wambier (2002, p. 246):

Regra geral, denominam-se partes os chamados sujeitos parciais do processo – autor e réu – que são, respectivamente, aquele que formula pedido em juízo, relativo à pretensão de que se diz titular, mediante o exercício da ação, e aquele contra quem se pede a tutela jurisdicional. [...] Diz-se que essa é a regra geral, porque há casos em que não há identidade entre aquele que formula pedido em juízo (parte autora) e o titular da afirmação de direito deduzida em juízo.

Há que se atentar que o conceito de parte não se confunde com o conceito de parte legítima.

Parte legítima é aquela que está autorizada em a lei a demandar sobre o objeto de determinada causa, enquanto que, parte é aquela que tem capacidade para litigar, sem se perquirir acerca da legitimidade.

Consoante Vicente Greco Filho (1993, p. 99):

Na verdade, dois conceitos podem ser atribuídos ao termo parte: o conceito de parte legítima, que é aquela que está autorizada em lei a demandar sobre o objeto da causa; e o conceito simplesmente processual de parte, isto é, aquela que tem capacidade para litigar, sem se indagar, ainda, se tem legitimidade para tanto.

A noção de parte se relaciona ao problema da capacidade processual. A capacidade processual é um pressuposto processual relativo às partes (se inexistente, não é possível a constituição e o desenvolvimento válido e regular do processo).

Para o presente estudo, interessa tão somente a idéia de parte como pressuposto processual da relação jurídica entre autor, juiz e réu e os direitos e deveres desta decorrentes, deixando em segundo plano os aspectos distintivos entre capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória.

### **6.2.3 Dos deveres das partes. Os princípios éticos**

O atual diploma adjetivo civil realçou os chamados princípios éticos do processo, destacando o dever de lealdade que deve imperar entre as partes litigantes.

Segundo leciona Vicente Greco Filho (1993, p. 106), o Código se baseou no entendimento de que, embora as partes estejam em conflito, devem atuar como colaboradores da justiça, visando a correta aplicação do direito:

O Código partiu da idéia de que as partes em conflito, além do interesse material da declaração de seus direitos, exercem também importante função de colaboração com a justiça no sentido da reta aplicação da ordem jurídica. Esses princípios éticos aparecem realçados em diversas passagens do Código, como, por exemplo, no rol dos deveres, na definição do litigante de má-fé, na responsabilidade do dano causado pelo processo, na enumeração dos atos atentatórios à dignidade da justiça e outros.

O artigo 14 do Código de Processo Civil enumera uma série de deveres das partes, que podem ser reduzidas ao princípio básico de que todas as pessoas devem colaborar com a administração da justiça, fazendo valer as suas razões, porém, atuando de forma leal, sem o emprego de subterfúgios ou atitudes antiéticas. A parte não fica tolhida no exercício de todas as suas faculdades processuais, mas sim deve exercê-las de maneira correta, leal e sem abuso.

Embora no direito brasileiro seja pouco desenvolvido o tema da lealdade processual, o estatuto processual o destaca, posto que se considera impossível a separação dos princípios de conduta moral.

Ademais, diversos outros dispositivos prevêm deveres éticos das partes, como o dever de se comportar de forma conveniente em audiência (artigo 445, inciso II), de não atentar contra a dignidade da justiça (artigo 599), de tratar as testemunhas com urbanidade (artigo 416), de se tratar reciprocamente com urbanidade (artigo 446, inciso III), de não atuar de forma contraditória em sede de instrução probatório (artigo 358, inciso II), etc.

## **6.3 Lealdade processual**

### ***6.3.1 Ética, moral, direito e lealdade processual***

### **6.3.1.1 Breves noções de ética e moral**

A ética é o estudo dos juízos de apreciação referentes à conduta humana suscetível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal, a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade, pressupondo sempre uma reflexão sobre a moral.

Do próprio conceito de ética, pode se extrair que ética e moral não são sinônimos. Se a ética pressupõe uma reflexão sobre a moral, logicamente, não pode ser considerada como idêntica à moral.

A moral, por sua vez, pode ser conceituada como o conjunto de condutas reconhecidas como adequadas e convenientes ao comportamento humano em uma determinada sociedade. Não se baseia em uma reflexão filosófica ou científica nem tampouco possui qualquer pretensão universalizante.

Nos dizeres de Guilherme Assis de Almeida e Martha Ochsenhofer Christmann (2002, p. 15):

O comportamento moral não se baseia numa reflexão, mas nos costumes de determinada sociedade em determinado lugar, em um preciso tempo histórico. Ele é portanto costumeiro, tradicional e não filosófico.

Gilberto Cotrim aclara a distinção (2001, p. 264):

Embora os termos ética e moral por vezes sejam usados como sinônimos, há uma distinção entre eles. A moral é o conjunto de normas e condutas reconhecidas como adequadas ao comportamento humano por uma dada comunidade humana. A moral estabelece princípios de vida capazes de orientar o homem para uma ação moralmente correta. [...] A ética é um estudo sistematizado das diversas morais, no sentido de explicitar os seus pressupostos, ou seja, as concepções sobre o ser humano e a existência humana que sustentam uma determinada moral. Neste sentido, a ética é uma disciplina teórica sobre uma prática humana, que é o comportamento moral.

A ética seria um verdadeiro estudo da moral e ambas se caracterizariam como verdadeiros elementos formadores que influenciam a legislação escrita e lhes dão os necessários substrato e apoio.

E completam Guilherme Assis de Almeida e Martha Ochsenhofer Christmann (2002, p. 15):

Uma vez exposto o conceito de ética e moral, concluímos que a moral baseia-se no comportamento da sociedade e que a ética, com a reflexão desse comportamento, criará normas universais com a finalidade de estabelecer as melhores ações.

As normas éticas não necessitam de força estatal para o seu cumprimento, mas são a base para a criação da legislação estatal.

### **6.3.1.2 Ética e direito**

Tanto a ética quanto o direito têm em vista a conduta humana. Pode se afirmar, sem medo de errar, que tanto a moral quanto à ética possuem um objetivo idêntico, qual seja, o ordenamento do comportamento social. Segundo Stoco (2002), a vida ética supõe contínuo esforço direcionado à consecução da perfeição e da justiça.

A ética constitui um verdadeiro substrato do direito, sendo que a aproximação dos valores éticos ao direito é deveras importante no sentido de alcance da justiça.

A principal função do direito é ordenar o comportamento social, e, neste regramento, devem ser respeitados os limites da moral e da ética. Miguel Reale chega a afirmar (1986), que o direito está contido na ética e esta é sua garantia enquanto que Guilherme Assis de Almeida e Martha Ochsenhofer Christmann (2002) preceituam que ética e direito são duas disciplinas integradas e coesas.

### **6.3.1.3 Rápidas noções acerca de leis éticas**

As leis éticas não se confundem com as leis físicas.

As leis físicas são, conforme leciona Goffredo Telles Júnior (2001) fórmulas elaboradas pelo homem para revelar o que a ciência descobriu.

Em sede de direito, na verdade, tem-se as leis éticas, as quais são formuladas pelo ser humano no intuito de ordenar o comportamento social. São leis imperativas, cuja validade independe de demonstração e indicam qual deve ser a conduta de um ser humano num determinado momento.

### **6.3.2 Conceito de lealdade processual. A boa-fé na relação jurídica processual**

A lealdade processual é um dos princípios que norteiam o processo, devendo as partes ser leais, não apenas e tão somente uma com a outra, mas também quando ambas se dirigem ao juiz.

Já fora salientado que, na relação processual, o Estado (representado pela pessoa do juiz) e as partes unem esforços no intuito de encontrar uma solução satisfatória para o litígio.

Enquanto as partes propugnam à defesa de interesses privados, o Estado busca a pacificação social com justiça e a prevalência do império da ordem jurídica. Em outras palavras, simultaneamente, as partes buscam à satisfação de seus interesses pessoais e o Estado, a correta aplicação das leis que compõem o nosso ordenamento jurídico.

Por derradeiro, objetiva-se a concretização de um o processo útil e eficaz e surge a preocupação com a atuação de boa-fé. Ora, embora as partes se encontrem em conflito, presume o Código que devem atuar como colaboradores da justiça.

Agir de boa-fé numa relação processual consiste em não afirmar, durante todo o transcorrer do processo, premissas contrárias à verdade, no intuito de conseguir um direito que sabe efetivamente não possuir.

Segundo preceitua Adroaldo Leão (1986, p. 13), “a lealdade processual está intimamente ligada ao tema abuso de direito”.

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 pessoas, existem regras e limites a serem lembrados.

Neste sentido, Brunela Vieira De Vincenzi (2003, p. 78):

O desenvolvimento de teorias sobre a natureza jurídica do processo, em especial o estudo das posições ativas e passivas exercidas pelos sujeitos parciais no processo civil, revela constante preocupação com o comportamento das partes. Nota-se, assim, no direito alemão, a preocupação com o dever de veracidade e de boa-fé; no direito italiano, o dever de lealdade; assim também é no processo brasileiro. Ressaltam

essas teorias, não obstante a tese principal defendida por cada uma delas, que os deveres de veracidade e de lealdade são os principais deveres das partes no processo civil, e disso se pode concluir que a ciência do processo desde há muito está atenta para a limitação do exercício das posições subjetivas das partes, impondo a ela deveres, obrigações e ônus processuais.

O nosso diploma adjetivo civil, como já fora disposto, enumera uma série de deveres das partes e estabelece (em diversas passagens) que todos os eventuais partícipes do processo devem pautar suas condutas de acordo com a dignidade da justiça, respeito entre os litigantes, ética, lealdade e boa-fé.

Todo tipo de fraude processual, recursos torcidos, provas deformadas, tratamentos desajustados, condutas contraditórias e imoralidades são considerados desrespeitos à lealdade processual e à boa-fé e, por conseqüência, passíveis de sanção, em obediência aos dispositivos do Código de Processo Civil.

Assim, nas lições de Rui Stoco (2002, p. 33):

Se é certo que toda demanda é o resultado de duas pessoas haverem entendido coisas diferentes ao ler a mesma norma, [...], não menos correto que essa leitura há de ser feita segundo critérios éticos, informada pela boa-fé, enquanto padrão de comportamento exigido de todos quantos aceitarem viver em sociedade, onde a igualdade e o respeito ao próximo constituem garantias constitucionais asseguradas ao cidadão, como individualidade protegida, e à sociedade, enquanto estrato e tegumento que permeia a nação politicamente organizada.

E para José Roberto dos Santos Bedaque (2004, p. 84-85):

O dever de lealdade e boa-fé [...] implica a necessidade de os sujeitos parciais, bem como os seus procuradores, manterem 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 os parâmetros éticos do contraditório e da ampla defesa.

Se a boa-fé exigida durante todo o transcurso do processo é aquela derivada de um padrão de comportamento exigido de todos aqueles que aceitaram viver em sociedade e relacionada a uma conduta leal, pode se afirmar que a boa-fé ordenada é a boa-fé objetiva, haja vista que se consubstancia em uma regra ética, um dever de guardar fidelidade à palavra dada ou ao

comportamento praticado, na idéia de não fraudar ou abusar da confiança alheia durante a resolução do litígio.

Segundo Hélio de Ângelis (2000), se o nosso ordenamento jurídico se restringisse totalmente à análise do subjetivismo do litigante para caracterizar a má-fé, seria praticamente impossível a aplicação de sanções pelo descumprimento dos referidos deveres processuais.

A lei estabelece a boa-fé como regra programática e o homem deve ser guiado pela ética.

Para Rui Stoco (2002), a boa-fé, tal qual a ética, é premissa para o perfeito exercício da jurisdição e decorre do primado da pessoa humana (fundamento constitucional).

O direito deve ser norteado pela ética e pela boa-fé. Parte integrante ao direito, o processo, e, por conseguinte, a relação jurídica processual, também deve ser orientada por tais ditames. O processo civil atual, sob o contexto do processo de resultado, tem o compromisso com a realização de escopos sociais. Assim, não se caracteriza como um duelo entre as partes, mas como uma relação jurídica de direito público, principal meio de realização do direito e de pacificação com justiça.

A boa-fé do litigante é presumida.

Preceitua Brunela Vieira De Vincenzi (2003, p. 78-89), acerca deste assunto, ressaltando que, apesar da preocupação com as condutas éticas e da expressa previsão legal, a realidade é outra:

Na concepção mais recente do fenômeno processual, ademais, os atos das partes têm especial importância para a realização do processo civil de resultados. Observa-se que, ao contrário do que se defendida até a primeira metade do século passado, o processo civil contemporâneo tem compromisso com a sociedade e a realização, além do escopo jurídico, dos escopos sociais e políticos da jurisdição. Importa dizer que o processo já não deve ser visto como um jogo ou um duelo entre as partes, pois, em sentido contrário, o processo é fenômeno que revela uma relação jurídica de direito público, e é o principal meio de realização do direito, de pacificação social, de educação e de legitimação política da sociedade num estado democrático de direito. [...] Ocorre que, não obstante o desenvolvimento desse pensamento contemporâneo, o processo civil de resultados amparado por condutas éticas das partes e do juiz, é preciso considerar que a realidade é outra. [...] O processo civil é, infelizmente, verdadeiro palco de batalhas judiciais, ou melhor, de luta das partes pelo direito de que cada uma delas entende ser titular, com a ressalva de que nem sempre aquele que tem o direito é o vitorioso na luta.

É trágica a realidade.

### **6.3.3 As condutas desleais e o Código de Processo Civil de 1939**

O Código de Processo Civil de 1939, apesar de não ter sistematizado os deveres das partes e de seus procuradores, demonstrou uma preocupação em coibir o exercício abusivo dos direitos e a ética em sede processual.

Desde então já se visava coibir que o processo fosse utilizado como um instrumento de práticas ilícitas, com fundamento de que todo o ordenamento jurídico deveria ser norteado pela ética.

O artigo 3º deste diploma assim preceituava: “Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro”.

E completava o parágrafo único do dispositivo 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”.

Tais enunciados relacionavam o abuso de direito no exercício da demanda e nos meios de defesa à teoria dos atos ilícitos, da responsabilidade civil e do abuso do direito material, disciplina hoje constante nos artigos 186 e 188, inciso I do Código de Processo Civil.

Era nítida a possibilidade de configuração de responsabilidade dos litigantes, mas era preciso ou que a demanda fosse intentada por espírito de emulação, capricho ou erro grosseiro ou que o réu opusesse resistência injustificada (fatores condicionantes).

Por sua vez, completava a noção o artigo 115 do mesmo codex, que rezava que o juiz teria poderes para prevenir ou reprimir o uso do processo para a obtenção de fins ilícitos e para a realização de atos simulados, determinando que fosse proferida sentença que obstasse o objetivo simulado ou ilegal. Tratava-se, neste caso, do dolo processual bilateral. Em outras palavras, a hipótese em que ambas as partes se encontravam em discordância com os ditames da ética e da lealdade processual.

Já se propugnava a idéia de partes como colaboradores da justiça.

### **6.3.4 As condutas desleais e o Código de Processo Civil de 1973**

O Código de Processo Civil atual, diversamente do anterior, promoveu à sistematização dos deveres das partes e de seus procuradores em seus artigos 14 e 15.

A intenção ética é até mesmo ressaltada na Exposição de Motivos do diploma, que reprova qualquer atuação desleal e artifícios fraudulentos das partes no transcorrer do processo.

Todos os deveres mencionados decorrem do princípio da lealdade processual e da boa-fé. Há a preocupação com a prevenção e a repressão de lides temerárias.

Nas palavras de Adroaldo Leão (1986, p. 12):

O Código de Processo Civil de 1939 não sistematizou os deveres das partes e dos partes e dos seus procuradores. Coube ao de 1973 fazê-lo nos seus arts. 14 e 15. Os deveres decorrem do princípio da lealdade. O princípio do art. 14 é extensivo ao advogado, ao assistente simples, ao oponente, enfim, a todos que litigarem.

Complementadas por Brunela Vieira De Vincenzi (2003, p. 92):

[...] Revela-se, com o novo Código, inequívoca preocupação de prevenir e reprimir condutas temerárias, em busca de um processo civil pautado por condutas éticas.

E por José Carlos Barbosa Moreira (1978; p. 15):

É antiga, nos legisladores, a preocupação de combater a incorreção das partes no seu comportamento em juízo. Bem se compreende a necessidade de tentar impedir que a falta consciente à verdade, uso de armas desleais, as manobras ardilosas tendentes a perturbar a formação de um reto convencimento do órgão jurisdicional, ou procrastinar o andamento do feito, embarquem a administração da justiça e desviem do rumo do justo a atividade jurisdicional.

Em todas as demandas, o comportamento ético se configura como condição essencial, tal qual afirma Stoco (2002, p. 53):

No plano das relações em juízo o comportamento ético é condição primeira, estabelecida pelo art. 14 do CPC, ao enunciar que 'compete às partes e aos seus procuradores: I- expor os fatos em juízo conforme a verdade; II – proceder com lealdade e boa-fé'. [...] Isto porque a

lealdade é o nome da boa-fé. É a transparência e a sinceridade. Não se exterioriza apenas no princípio da lealdade processual, mas na lealdade como poder de realizar o justo.

Conforme já disposto, relaciona-se o tema com toda a teoria da boa-fé, sendo que, a boa-fé exigida, consoante o entendimento de Rui Stoco (2002) e também de Baptista da Silva (por aquele citado) é a objetiva, como manifestação do princípio geral, já deveras explanado no presente estudo.

Brunela Vieira De Vincenzi (2003), todavia, procede a uma crítica, através de uma pertinente observação, de que não teria sido atingida uma perfeita coerência entre os institutos criados e as sanções processuais cominadas. Em suas palavras:

[...] Importante ressaltar que não foi atingida uma perfeita coerência entre os institutos criados e as sanções processuais indicadas no Código. A realidade revela que os institutos são de difícil aplicação prática.

Passa-se a uma análise do artigo 14 do Código de Processo Civil.

#### **6.3.4.1 O artigo 14 do Código de Processo Civil atual**

O artigo 14 do Código de Processo Civil determina e elenca quais são os principais deveres das partes e de seus procuradores:

- I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;
- II – proceder com lealdade e boa-fé;
- III – não formular pretensões nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;
- IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa de mérito;
- V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

De acordo com Dinamarco (2001), são elencados verdadeiros imperativos de conduta das partes, no interesse do Estado, da outra parte e, precipuamente,

da sociedade, que indiretamente aguarda a realização dos escopos da tutela jurisdicional.

Explica Hélio de Ângelis (2000), que os incisos I a III se tratam de verdadeiras particularizações do princípio da lealdade processual, feitas para destacar partes do conteúdo do referido princípio, enquanto que o item IV se dirige mais à figura do advogado, uma vez que, embora a parte possa praticar tais atos, na grande maioria das vezes, a hipótese pode ocorrer pela falta de habilidade ou capacidade do advogado. O inciso V, por sua vez, não constava da redação inicial do Código de Processo Civil e se refere ao dever de todos os cidadãos de cumprir as ordens judiciais.

A seu turno, Brunela Vieira De Vincenzi (2003, p. 94), preceitua que o mais amplo dever das partes do processo é o da lealdade, haja vista que o Código não estabelece muitos deveres para as partes e ressalva, ainda, que, embora expressamente proclamados, nem o dever de lealdade, nem o de boa-fé, tampouco o de veracidade, não estão sendo diretamente aplicados ao processo, mas se encontrando diretamente dependentes da caracterização da litigância de má-fé. Porém, o mesmo doutrinador nota que esta não deveria ser a interpretação nos dias atuais. Em suas palavras:

Importante notar, todavia, que, apesar de expressamente proclamados pelo Código, nem o dever de lealdade, nem o de boa-fé, tampouco o de veracidade, são aplicados diretamente ao processo. [...] Seu descumprimento faz incidir as sanções da litigância de má-fé e as dos atos atentatórios à dignidade da justiça. Diante dessas circunstâncias, a conclusão que segue é a de que as figuras da litigância de má-fé e a dos atos atentatórios à dignidade da justiça, tipificadas nos arts. 16, 17, 18, 600 e 601 do Código, são a concretização dos deveres capitulados de forma genérica no art. 14. Os postulados da lealdade, da veracidade e da boa-fé, pode-se dizer, seriam preceitos gerais, sem qualquer conteúdo prático, não podendo ser aplicados diretamente, exceto quando verificada uma das hipóteses de litigância de má-fé ou de atentado à dignidade da justiça. Não parece ser essa a melhor interpretação, todavia. A solução inicialmente adequada aos princípios norteadores do processo civil contemporâneo – dos postulados éticos – fica prejudicada pelo temor em conferir amplos poderes ao juiz no processo civil, decorrente da tendência moderna de controlar em fórmulas predeterminadas os poderes do juiz para evitar que ocorram abusos e ilegalidades nos julgamentos.

Concorda-se que a interpretação majoritária é equivocada. A lealdade, a veracidade e, sobretudo, a boa-fé, não devem ser consideradas como preceitos sem conteúdo prático, principalmente porque a boa-fé considerada é a objetiva,

que possui incidência em todo o ordenamento jurídico atual, em razão da influência direta da Magna Carta.

Já fora explanado, no momento adequado, que a boa-fé objetiva é sinônimo de lealdade e que é exigida em todas as relações jurídicas. O processo, relação jurídica que é, não refoge a essa regra. É evidente a incidência do princípio da boa-fé.

Tal discussão será retomada em ocasião posterior.

#### **6.3.4.1.1 O dever de veracidade**

O dever de dizer a verdade foi retirado da esfera moral para ser consagrado definitivamente na esfera jurídica. Refere-se a circunstâncias e dados fáticos e não ao conteúdo propriamente dito de regras jurídicas, abrangendo todos os fatos manifestáveis (orais ou escritos).

Segundo Pontes de Miranda (1973, p. 365), o dever de verdade ou veracidade “impõe que o autor e o réu apresentem fatos verídicos e não alterem, intencionalmente, os fatos apresentados” (Ressalte-se que tal conceituação fora elaborada à época que o dispositivo exigia expressamente a “intenção”).

Hélio de Ângelis (2000), citando o doutrinador Lopes da Costa, procede a uma análise da verdade através de três sistemas: moral, ônus processual e obrigação. O dever moral não teria qualquer coação, o ônus processual seria a tradução de uma necessidade da parte, enquanto que a obrigação seria a única que teria como consequência uma sanção.

Assim explica a lealdade como obrigação (2000, p. 41):

O terceiro sistema de acordo com o citado processualista, institui o dever de lealdade como obrigação. A parte aqui é obrigada a obedecer, sob direta sanção, citando como exemplo deste sistema, o autor que por edital obtiver a intimação do réu, havendo para isso dolosamente afirmado que o outro se achava em lugar incerto e não sabido. Incorrerá na multa de uma determinada quantia. Isto é, apura-se a infração e aplica-se a pena. [...] Assim, sanciona-se o dever de lealdade e de colaboração na descoberta da verdade processual, não só por meio dos ônus processuais, como também por verdadeiras obrigações jurídicas, impostas sob sanção disciplinar.

Aquele que omite ou expõe os fatos como não foram, falta com o dever de veracidade. Nas palavras de Pontes de Miranda (1973, p. 366):

Quem omite, de jeito a não ser veraz, falta ao dever de veracidade. Quem expõe os fatos como não foram, ou não são, ou diferentemente do que foram, ou são, ainda que só ou nada lhes acrescente, não procede verazmente. Tem-se pretendido que o dever de veracidade derogou, ou pelo menos, modificou, o princípio dispositivo; mas, com isso, não se atende a que a coexistência dos dois princípios é que, nos resultados, dá ao princípio dispositivo contactuação que não aconteceria se não existisse o dever de verdade.

As partes possuem a faculdade de escolher os fatos que pretendem mencionar em juízo, o que não significa, todavia, que possam deformá-los ou alterá-los, do modo que entenderem por conveniente ou oportuno.

Ainda constante as idéias de Pontes de Miranda (1973, p. 366):

As partes têm a escolha dos fatos que hão de apontar ao exame judicial, mas, no expô-los, qualquer delas não pode deformá-los, podá-los, aumentá-los, no que tenham importância para o processo. Porque os fatos, que são trazidos a juízo, podem ser favoravelmente utilizados ou desfavoravelmente utilizados contra quem os comunicou ou enunciou. Isso não significa que o autor tenha de mencionar fatos que serviriam a reconvenção por parte do réu, ou alguma ação de diferente fundamento. Certamente, a verdade é objetiva. Mas o que se entende por dever de veracidade (= dever de verdade) é o dever de manifestação do que elas consideram verdade.

O dever de veracidade conteria, ínsito em si, o dever de completude. As partes teriam o dever de narrar e expor os fatos de forma a não omitir o que fundamentaria objeção, exceção ou réplica.

Discute a doutrina se a retirada da expressão “intencionalmente” do Código de Processo Civil teria alterado o intuito da disposição.

Alguns estudiosos, como Hélio de Ângelis (2000) e Adroaldo Leão (1986) entendem que é necessário o elemento subjetivo, sendo que seria evidente que o ato de alterar um fato pressuporia a intenção malévola, ao passo que também é perfeitamente admissível o entendimento de que as partes deveriam expor a verdade, de acordo com um padrão de conduta mediano, qual seja, consoante a boa-fé objetiva.

O dever de veracidade se relaciona a ações e omissões e se dirige tanto às partes quanto aos seus advogados (haja vista que ambos são partícipes da relação jurídica processual). Nos dizeres de Hélio de Ângelis (2000, p. 42):

A conclusão a que se chega, seja por ação ou omissão o certo é que o advogado, em juízo, não pode falsear a verdade, mentir, mas não está obrigado a dizer o que contrariar os interesses de seu cliente.

Aprofundados por Pontes de Miranda (1973, p. 366-367):

Os procuradores, representantes, presentantes e advogados têm dever de veracidade, razão por que, se já conhecem o que o procurado ou cliente conhece, têm de manifestar o que o procurado ou cliente conhece, tal como vieram a conhecer, ou, se ainda não estão inteirados, se devem inteirar, ainda que precisem de prazo, o que se lhes há de deferir.

Sempre deve ser seguido o limite do razoável. Não poderia ser admitida qualquer falsidade. Mas, a verdade absoluta caberia ao juiz e não às partes ou seus advogados. Deve se avaliar os ditames da lealdade, na busca da perfeita administração da justiça.

Ressalte-se que, o dever de verdade nasce entre as partes e o Estado e não entre os sujeitos parciais do processo (diferente da lealdade, que possui contornos significativos e é exigida no relacionamento entre as próprias partes). Consoante os preceitos de Pontes de Miranda (1973, p. 367):

O dever de verdade nasce entre as partes e o Estado, e não entre as partes. Já existe quando existe a pretensão à tutela jurídica e começa de ter de ser observado desde que se inicia o exercício da pretensão à tutela jurídica. Preexiste ao processo, de modo que já pode infringir que expõe fatos em petição inicial ou em ação preparatória. [...] O dever de verdade ligado ao exercício da tutela jurídica é entre a parte e o Estado.

Para Brunela Vieira De Vincenzi (2003), o dever de veracidade estaria intimamente relacionado aos deveres de lealdade e boa-fé, consubstanciando-se no dever de proceder honestamente.

Quanto ao juiz, ao verificar a existência de proposição falsa, de uma ou de ambas as partes litigantes, deve declarar a falsidade. Não pode obrigar a parte a reconhecer a inveracidade da manifestação, mas pode sujeitá-la às conseqüências.

#### **6.3.4.1.2 O dever de lealdade e boa-fé**

Quanto à lealdade, ensina Pontes de Miranda (1973, p. 372), que a palavra é empregada no sentido de “sinceridade, fidelidade, o que exige não só verdade do que se diz como também o dever de não omitir”.

Estabelece-se o dever de proceder, por atos, inclusive, gestos e palavras, com sinceridade, não se confundindo com a veracidade do inciso precedente.

Num segundo momento, passa-se à análise da boa-fé, não se perdendo de vista a íntima relação existente entre os dois conceitos.

Por diversas vezes no transcorrer do presente estudo, já fora realizada a distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva e acentuado que a vertente objetiva se caracteriza como lealdade, probidade e honestidade.

Ademais, já se rezou que hoje não existe mais qualquer óbice para a incidência do princípio da boa-fé em qualquer que seja a relação jurídica.

No contexto atual é que se deve proceder à análise do dever contido no artigo 14, inciso II do Código de Processo Civil.

No início da explanação acerca dos deveres processuais, já foi firmada a premissa de que tais são deveres imperativos das condutas das partes, no interesse da outra parte, do Estado e da sociedade.

Para a maioria da doutrina pátria, deveres como os contidos no artigo 14 estariam amparados em postulados limitadores estabelecidos em outros artigos do Código de Processo Civil ou até mesmo de outros institutos e não teriam razão de ser. Não teriam uma autonomia. Brunela Vieira De Vincenzi (2003, p. 95), pondera que talvez tenha sido esse o motivo pelo qual não houve um grande desenvolvimento de tais deveres, sempre considerados como complementares aos ditames da litigância de má-fé. *In verbis*:

Deveres como os contidos no art. 14, que, no entender de grande parte da doutrina nacional, amparam-se nos postulados limitadores estabelecidos em outros artigos do Código, não teriam razão de ser. Talvez seja esse o motivo pelo qual pequeno foi o desenvolvimento de estudos a respeito desses deveres na doutrina brasileira, que se conforma em aceitar a associação dos deveres do art. 14 à litigância de má-fé. Na verdade, somente o dever de veracidade foi debatido e analisado mais detidamente no início da vigência do novo Código.

Por sua vez, Rui Stoco (2002, p. 53) acredita que, apesar da regra do artigo 14, inciso II, se cristalizar apenas em uma regra programática, sem qualquer poder de coerção, ante a inexistência de previsão de sanções, é

possível que a parte interessada busque a reparação dos danos causados através de ação autônoma, com fundamento na responsabilidade civil aquiliana:

Entretanto, nada impede que, ocorrendo ofensa ao dever genérico de lealdade, estabelecido no art. 14 do CPC, mas não prevista expressamente nas hipóteses clausuladas do art. 17, a parte interessada busque, através de ação autônoma, reparação ou indenização com supedâneo no Direito Comum, desde que esse comportamento se transmude em ato ilícito, com ingresso no campo da responsabilidade civil aquiliana.

Há uma relevante discussão doutrinária sobre se o dever de boa-fé exigido seria no âmbito objetivo ou subjetivo.

Brunela Vieira De Vincenzi (2003) citando Alfredo Buzaid, afirma que o dever de boa-fé estaria relacionado à concepção subjetiva. A parte, ao exhibir os fatos em juízo, subjetivamente acreditaria que os fatos por ela expostos correspondem à verdade. Em suas palavras (2003, p. 96), “a boa-fé, então, seria a crença subjetiva da parte de que revelou ao juiz a verdade inerente a seus requerimentos”.

No mesmo sentido, Adroaldo Leão (1986, p. 13-14):

No que pertine à boa-fé (art 14, II), princípio prestigiado pelo Direito, que consiste num estado de espírito desarmado de malícias, não há definição legal. A sua idéia deve ser captada na vida social, no comportamento do homem. A lei especifica, sim, o que é a má-fé. É o casuísmo do art. 17, na interpretação do qual, ‘contrario sensu’, se detecta, no campo do processo civil, aquele princípio. O juiz deve aguçar o seu espírito na apreciação da boa-fé, uma vez que a sua caracterização varia de pessoa para pessoa, com grandes mutações culturais, inclusive regionais ou geográficas.

A explanação não é deveras elucidativa, posto que sempre devem ser separadas as vertentes de boa-fé, observando-se que a má-fé é apenas antítese da espécie subjetiva e que o princípio geral, por outro lado, relaciona-se à objetiva.

Quanto à má-fé, será oportunamente analisada.

Por outro lado, para Rui Stoco (2002, p. 54), embasando-se também em Baptista da Silva, propõe que a boa-fé exigida é a objetiva, um padrão de conduta leal da parte, independentemente de qualquer questionamento subjetivo. Mas, o referido doutrinador também relembra as lições de Calamandrei:

A lealdade que se exige das partes assemelha-se à lealdade 'mel guioco', posto que não se pode exigir da parte em juízo senão a convicção de que esteja com a razão e de que a decisão de mérito haverá de atribuir-lhe essa razão, reconhecendo seu direito.

Ora, inobstante às louváveis posições em contrário, melhor seria, no contexto atual, o entendimento de que a boa-fé exigida também seria a objetiva, posto que o processo se trata de uma relação jurídica, e, portanto, possui incidência do princípio geral da boa-fé.

Mais uma vez, assevere-se que, deve ser seguido pelas partes um mínimo ético. Caso contrário, as partes sempre alegariam crença errônea, na defesa de seus interesses em juízo e a regra estaria esvaziada em seu conteúdo.

A verdade, a lealdade e a boa-fé não são incompatíveis com os direitos de ação e de defesa.

#### **6.3.4.1.3 O dever de não formular pretensões nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento e de não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa de mérito**

Grande parte da doutrina nacional considera que os deveres descritos nos incisos III e IV do artigo 14 do Código de Processo Civil se dirigem mais aos advogados do que às próprias partes.

Na medida em que a ação e a resposta são formuladas por advogados (posto que estes são os detentores da capacidade postulatória), o mínimo que se exige é que encontrem amparo nos planos fático e jurídico material. No entendimento de José Roberto dos Santos Bedaque (2004, p. 85), "ainda que controvertidas as teses apresentadas, é necessário que ao menos sejam sustentáveis".

Segundo Adroaldo Leão (1986, p. 14):

O art. 14, III está relacionado com o art 17, I. Em termos práticos é um comportamento condenável do advogado. 'Não formular pretensões, nem defesa, cientes de que são destituídas de fundamento' (art 14, III, CPC), tem no advogado, o destinatário da norma. O critério a ser observado é o objetivo, face ao emprego da expressão 'reputa-se litigante de má-fé' empregada pelo legislador no art 17, caput. [...] O elenco do art. 14 é encerrado com proibição ético-jurídico às partes e

aos seus procuradores que não devem 'produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito'.

E prossegue (1986, p. 14):

Parece-nos que o juiz nos casos dos incisos III e IV terá plena condição de conter qualquer violação dos deveres impostos às partes e aos seus procuradores. O magistrado dirige o processo e a lei lhe confere a competência para conter de imediato, qualquer iniciativa abusiva. Poderá, assim, o juiz, na leitura da inicial ou da resposta do réu, sustar, de pronto, a pretensão destituída de fundamento ou o requerimento de produção de provas e atos desnecessários à declaração ou defesa de direito, isso em qualquer tipo de procedimento.

Para Pontes de Miranda (1973, p. 373), quanto aos direitos, pretensões, ações e exceções, há que se entender que as partes e seus procuradores têm “o dever de somente exercerem pretensão pré-processual, ou de direito material, ou de direito processual se estão cientes de que têm fundamento”.

Com relação aos atos e incidentes meramente protelatórios, tais como os inúteis ou desnecessários, também são terminantemente vedados pelo sistema, posto que, conforme José Roberto dos Santos Bedaque (2004, p. 85), “o processo é constituído apenas pelos atos imprescindíveis à formulação da regra de direito material (...) ou à satisfação do direito”.

E complementa Pontes de Miranda (1973, p. 373):

O art. 14, IV, não exige que tenha havido má-fé, ou falta de sinceridade ou de lealdade ou boa-fé (Art 14, I-III): supõe que a prova que se produziu, ou se fez produzir, tenha sido desnecessária ou inútil. Há provas e atos que não são necessários, segundo a lei de direito material ou de direito processual, mas são úteis, ou podem ser úteis. O dever é o de não se meter no procedimento, ato desnecessário e inútil ou prova desnecessária e inútil.

Hélio de Ângelis (2000, p. 43), por sua vez, faz uma observação de que a violação dos deveres de lealdade por parte dos advogados, em relação aos referidos dispositivos gera o problema da morosidade da justiça. Pondera que o advogado tem uma grande parcela de responsabilidade na rápida administração da justiça:

[...] A violação dos deveres de lealdade por parte dos advogados, em relação aos referidos dispositivos gera um crucial problema, que é a morosidade da justiça. [...] A morosidade da justiça, esse problema terrível, que de certa forma atinge a quase todos, não tem sido somente

uma preocupação constante da sociedade, mas dos vários segmentos que especificamente a representam, sejam pessoas, sejam instituições, não só responsáveis como indispensáveis à administração da justiça. [...] Aliás, o advogado tem uma grande parcela de responsabilidade quanto à rápida administração da justiça, que já estava sistematizada dentre os deveres fundamentais, no revogado Estatuto do Advogado (Lei nº 4.215/63, art. 87, I).

Na verdade, os deveres constantes nos incisos III e IV do artigo 14 possuem natureza mais concreta em relação aos incisos anteriores e se tratam de casuísticas dos deveres genéricos de lealdade e boa-fé.

#### **6.3.4.1.4 O dever de cumprir ordens judiciais**

O inciso V do artigo 14 não constava da redação original do Código de Processo Civil, tendo sido acrescentado pela lei 10.358 de 27 de dezembro de 2001.

De acordo com tal preceito, a parte possui o dever de cumprir todas as ordens judiciais e de não criar quaisquer óbices à efetivação das decisões proferidas pelos respectivos magistrados.

A segunda previsão, qual seja, da necessidade de não criar óbices ou embarcados à efetivação de provimentos judiciais é mais ampla, e acaba por englobar a primeira.

José Roberto dos Santos Bedaque (2004, p. 85) assim conclui:

A segunda previsão é bastante ampla e acaba abrangendo a primeira. Os provimentos judiciais de natureza cognitiva podem ser meramente declaratórios, condenatórios, constitutivos, mandamentais e executivos lato sensu. Não criar embaraços à efetivação qualquer deles compreende o dever de cumprir com exatidão os mandamentais.

O que o legislador pretendeu foi estabelecer que todas as ordens judiciais, cuja efetivação depende da colaboração da parte, devem ser cumpridas sem quaisquer hesitações ou perquirições.

## 7 LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E ABUSO DE DIREITO

### 7.1 Linhas gerais

No capítulo anterior, foram inseridas ao estudo noções de lealdade processual e dos deveres do juiz, das partes e de seus procuradores no decorrer da relação jurídica processual, procedendo-se, inclusive, a uma análise detalhada do artigo 14 do Código de Processo Civil atual.

Avaliou-se que, embora existam vozes divergentes, o melhor entendimento é de que a boa-fé exigida durante o processo e expressamente mencionada no artigo 14 de nosso estatuto processual também engloba a boa-fé objetiva.

Tema correlato à exigência de lealdade processual é o da litigância de má-fé, sendo as condutas tipificadas no artigo 17 e a responsabilidade cristalizada no artigo 16 do diploma adjetivo.

Quanto ao abuso de direito, já foram firmadas as primeiras premissas no capítulo 5, quando da discussão das funções da boa-fé objetiva, porém, os conceitos serão retomados, no intuito de serem relacionados ao processo e à conseqüente responsabilidade por danos processuais.

### 7.2 A litigância de má-fé

#### 7.2.1 Conceito de má-fé

As definições de má-fé são até mesmo anteriores aos estudos de direito, relacionadas ao existencialismo de Sartre.

A expressão, segundo nos ensina Plácido e Silva (1993, p. 123), é derivada do baixo latim “*malefatus*”, que significa o que tem mau destino ou má-sorte, sendo empregada na terminologia jurídica para “expressar tudo que se faz com entendimento de maldade ou do mal, que nele se contém”.

Em verdade, a má-fé se caracteriza como um recurso semelhante ao da mentira, do engodo, mas com a peculiar diferença de que nesta estão envolvidas

duas consciências, quais sejam, a do enganador e do enganado, estruturalmente assentadas, sobre uma mesma e única consciência.

Na má-fé, portanto, o enganador está inteiramente consciente do engano que ele mesmo formula. É a antítese da boa-fé subjetiva, pois envolve a crença errônea, o conhecimento. Trata-se da intenção dolosa, da perfídia.

Nos dizeres de Rui Stoco (2002, p. 44), a má-fé “decorre do conhecimento do mal, que se encerra no ato executado, ou do vício contido na coisa, que se quer mostrar como perfeita, sabendo-se que não é”.

E para Maria Helena Diniz (2005, p. 207), é “o dolo, a intenção de prejudicar alguém ou de alcançar um fim ilícito, conhecimento do vício, ciência do mal, do engano ou da fraude”.

Por derradeiro, preceitua Plácido e Silva (1993, p. 123), que:

Se, pelas circunstâncias que cercam o fato ou a coisa, se verifica que a pessoa tinha conhecimento do mal, estava ciente do engano ou da fraude, contido no ato, e, mesmo assim, praticou o ato ou recebeu a coisa, agiu de má-fé, o que importa dizer que agiu com fraude ou dolo. [...] E quando não haja razão para que a pessoa desconheça o fato, em que se funda má-fé, está é, por presunção, tida como utilizada.

As partes ou intervenientes, de maneira alguma, podem atuar de má-fé no transcurso de um processo judicial, haja vista que, ainda consoante os ensinamentos de Rui Stoco (2002, p. 45), “resgatar a ética no processo é obrigação de cada um e de todos”.

### **7.2.2 Litigância de má-fé (má-fé processual)**

O direito regulamenta o comportamento humano e não há como dissociá-lo de valores éticos e leis.

Assim como já fora disposto no capítulo anterior, no transcurso do processo, relação jurídica que é, devem ser observadas algumas regras, notadamente os deveres de lealdade, probidade, boa-fé e todos aqueles arrolados no artigo 14 do Código de Processo Civil.

Todos os códigos de processo civil dos países ditos civilizados são norteados por regras éticas e vedam as condutas temerárias do litigante e a má-fé

processual. O nosso diploma, por óbvio, não se caracteriza como exceção a esta regra.

O comportamento das partes em juízo é regido por normas procedimentais. Consoante as lições de Rui Stoco (obra cit.), exige-se das partes não somente obediência às regras estabelecidas, mas também que o conteúdo da manifestação em juízo seja lícito, portanto, ético e de boa-fé.

Para que seja alcançado o objetivo final do processo, isto é, a prestação jurisdicional com justiça, a efetiva pacificação social, são estabelecidos direitos e deveres para as partes e para todos os demais sujeitos do processo, que devem agir de boa-fé.

Segundo se extrai de uma minuciosa interpretação do Código de Processo Civil, conforme a melhor doutrina, devem ser obedecidos os ditames da boa-fé objetiva e da boa-fé subjetiva.

Isto porque a boa-fé objetiva é mencionada no inciso II do artigo 14, juntamente com a lealdade processual, exigindo-se um padrão de conduta leal da parte, independentemente de qualquer questionamento subjetivo, ao passo que a boa-fé subjetiva é exigida no momento em que se penaliza todo e qualquer comportamento de má-fé, sendo capituladas as condutas no artigo 17. Haveria uma complementariedade entre os respectivos institutos.

Rui Stoco (2002, p. 87), assim define a má-fé processual:

A má-fé é a qualificação jurídica da conduta, legalmente sancionada, daquele que atua em juízo, convencido de não ter razão, com ânimo de prejudicar o adversário ou terceiro, ou criar obstáculos ao exercício do seu direito.

E continua, definindo litigante de má-fé (2002, p. 88) como “a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária”.

No mesmo sentido, a conceituação de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (1997, p. 288):

É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o *improbis litigator*, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo, procrastinando o feito.

Existe uma grande e intensa divergência doutrinária, no sentido de que, para alguns, a imputação da lei seria subjetiva, dependendo da verificação de culpa, enquanto que, para outros, essa imputação seria objetiva, bastando que o comportamento do agente se subsumisse ao arquétipo legal, sem a necessidade de qualquer outra indagação. Por conseguinte, segundo estes últimos, o Código de Processo Civil trataria da boa-fé objetiva. Essa tese poderia ser sustentada pelo fato da expressão “intencionalmente” ter sido retirada de todos os incisos do artigo 17, pela redação que lhes foi conferida pela lei 6.771/80.

Citando Baptista da Silva, o doutrinador supra afirma que a boa-fé exigida seria a objetiva (2002, p. 89):

A denominada boa-fé objetiva é condição essencial para o direito. Toda construção jurídica a pressupõe. [...] O Código atual serviu-se de critérios objetivos que nos parecem mais apropriados e de mais fácil verificação, em cada caso concreto.

Também discute a doutrina acerca da caracterização de uma responsabilidade civil objetiva ou subjetiva ante as condutas de litigância de má-fé, pela consideração ou não do elemento culpa (se as condutas do artigo 17 exigiriam ou não a necessidade do elemento subjetivo).

### **7.2.2.1 Critérios para a verificação da má-fé processual**

As condutas que induzem a má-fé, tal qual já fora disposto diversas vezes, encontram-se previstas no artigo 17 do Código de Processo Civil.

Há um embate doutrinário e jurisprudencial se tal previsão consiste no estabelecimento da responsabilidade civil objetiva ou se se trata de previsão meramente objetiva, ou seja, conduta na própria norma, definida em tipo fechado. Para alguns doutrinadores, o critério seria a intenção do agente.

Rui Stoco (2002), define claramente a existência dessas duas posições: 1) Os critérios para a verificação da má-fé seriam tão somente aqueles contidos na própria lei em vigência (basta a conduta se adequar a uma das situações legais); 2) Os critérios para a verificação da má-fé seriam aqueles contidos na própria lei, mas, além da conduta antijurídica, há de se verificar se o agente ingressou no

campo da culpabilidade, sendo que divide deste entendimento (além da adequação, mister a intenção).

Tal discussão, se aprofundada, resultaria no embate existente, e que será discutido o momento oportuno, entre as vertentes da boa-fé objetiva e subjetiva.

### **7.3 O abuso do direito**

#### ***7.3.1 A boa-fé objetiva e a limitação do exercício de direitos***

Em sede do capítulo 5 do presente estudo, procedeu-se a uma rápida análise da teoria do abuso de direito, no sentido de relacioná-la às funções da boa-fé objetiva, especialmente à função controladora desta modalidade de boa-fé, aliando-a ao exercício de uma finalidade de controle, de limitação ao exercício de um ou mais direitos.

A boa-fé objetiva implicaria na limitação de direitos subjetivos.

Já foram citadas Sônia Regina Negrão e Angélica Bezerra Manzano Guimarães (2005), as quais definem essa função como “derrogatória de posições contraditórias”. No momento, intenta-se ressaltar que essas condutas não contraditórias devem ser respeitadas seja no transcurso de um processo e que neste também não podem as partes se utilizar de direitos de forma abusiva.

#### ***7.3.2 A teoria do abuso do direito***

A teoria do abuso de direito se relaciona ao tema da litigância de má-fé e encontra assento nos artigos 16 e 17 do Código de Processo Civil.

##### **7.3.2.1 A definição “abuso do direito”**

À primeira vista, tal qual doutrina Jorge Americano (1923, p. 2-3), é imprescindível a análise da própria expressão “abuso de direito”, posto que a união desses vocábulos deveria ser repelida. Se um ato é ilícito, não constituiria

direito, nem tampouco o exercício de um direito. Mas, deve sempre se atentar que o direito cessa onde se inicia o abuso e que os direitos quase nunca são absolutos. Em suas próprias palavras:

[...] O abuso de direito não constitui uma categoria distinta do acto ilícito. Não nos deixemos iludir pelas palavras: o direito cessa onde começa o abuso, e não pode haver uso abusivo de um direito pela razão irrefutável de não poder o mesmo acto ser ao mesmo tempo conforme o direito e contrário o direito. A verdade é que os direitos quasi nunca são absolutos; são, na maior parte, limitados em sua extensão e o seu exercício exige certas condições. Quando se excedem estes limites ou quando não se observam estas condições, age-se realmente sem direito. Pode haver abusos, pois, na conducta dos homens, mas não quando exercem os seus direitos e sim quando os excedem; abusa-se das cousas, não se abusa dos direitos. No fundo, toda gente está de accordo; a diferença está em que onde uns dizem: há uso abusivo de um direito, dizem os outros: há um acto realizado sem direito.

Após realizar uma verdadeira análise gramatical e jurídica das palavras, o mesmo doutrinador conclui ser aplicável a expressão (1923, p. 5):

Si da linguagem grammatical passarmos á linguagem jurídica veremos que não é menos applicavel a expressão abuso do direito. Dentre a enorme extensão que abrange o conceito de acto ilícito, há uma série de actos que, embora illicitos, procedem do próprio direito, ou por uma falsa noção que delle temos ou pela desmedida extensão que lhes damos, consciente ou inconscientemente, e que, por invocarmos o direito que nos attribuimos, não deixam de causar damno a outrem. Si, por um lado, a noção do direito exclúe a idéia de abuso, porque o abuso desnatura o direito e faz com que deixe de o ser, por outro lado não há contestar a realidade dos factos, que verifica, numa série de actos illicitos um falso assento em direito, diversamente do acto ilícito, genericamente considerado, em que se não invoca nenhum assento em direito. E, pois, neste sentido, póde haver abuso do direito, excesso no seu exercício. De tudo se abusa, até das normas tendentes a evitar abuso [...] Si não ha, subjectivamente, um direito de abusar, ha, na realisação objectiva do direito, abuso no seu exercício.

Ora, a existência de um direito não permite o exercício abusivo deste mesmo direito. Pode se afirmar que o abuso de direito é um fato, o qual possui como causa originária a má compreensão do direito.

Ressalta Hélio de Ângelis (2000), que a teoria do abuso do direito, em razão das mais variadas denominações, tem causado grande confusão, pois para denominar o referido instituto são usadas muitas expressões.

### **7. 3.2.2 Fundamento e conceito da teoria do abuso de direito**

No mundo jurídico, existe um grande número de direitos e conseqüentemente, um grande número de detentores de direito.

Todavia, essa subsistência não é confortável, sem qualquer choque. Os direitos, para sobreviverem numa sociedade, não podem ser absolutos. Não há como se admitir a existência de uma concepção absolutista ou atômica dos direitos.

O exercício de um direito pode lesar o outro e vice versa. E, por essa razão, há a necessidade de estabelecimento de regras e limites.

Nos dizeres de Pontes de Miranda é bem explicitada essa realidade (1973, p. 378):

Os exercícios dos direitos topam uns nos outros. Cruzam-se. Molestam-se. Têm crises de lutas e de hostilidades. Exercendo o meu direito, posso lesar a outro, ainda se não saio do meu direito, isto é, da linha imaginária do que é o meu direito. A regra *nemo iniuria facit qui iure suo utitur* traduziu bem o que pensam os que vêem nos direitos um absoluto. Há limites aos direitos e há abusos sem traspassar limites.

Sempre que o legislador vislumbra a possibilidade de exercício perigoso ou abusivo de um direito, estabelece algumas limitações consubstanciadas em regras jurídicas. Assim prossegue o mesmo autor (1973, p. 378):

Quando o legislador percebe que o contorno de um direito é demasiado, ou que a força, ou intensidade, com que se exerce, é nociva, ou perigosa a extensão em que se lança, concebe as regras jurídicas que o limitem, que lhe ponham menos avançados os marcos, que lhe tirem um pouco da violência ou do espaço que conquista. Não era sem certa razão que os juristas passavam a incorporar ao conceito, diga-se assim, a própria restrição.

E completa Rui Stoco (2002), no mesmo sentido, que a teoria do abuso do direito se apóia no princípio da convivência, impondo-se conciliar a utilização do direito, respeitando-se a esfera jurídica alheia, fixando-lhe um limite. O direito sempre seria relativo, sendo que desta relatividade é que haveria a possibilidade de utilização abusiva.

Não pode alguém exercitar um direito de tal forma irregular ou excessiva a fim de ocasionar danos a outrem ou prejudicá-los.

O abuso de direito seria o ato realizado, com apoio em preceito legal, ou seja, juridicamente protegido, que causa dano a outrem ou mesmo o prejudica, lesando-se princípios éticos e sociais, objetiva e subjetivamente. Em outras palavras, é a utilização de um direito com fins escusos ou com o objetivo precípua de lesar, prejudicar ou causar danos a outrem.

### **7.3.3 O abuso de direito processual**

Quando do exercício do direito de ação ou do exercício do direito de defesa, devem ser observados e compatibilizados os ditames da teoria do abuso de direito, a fim de se evitar o abuso de direito na órbita processual (exercício abusivo do direito à ação). Neste sentido, preceitua Adroaldo Leão (1986, p. 18):

A teoria do abuso do direito não é incompatível com o direito de demandar ou o direito de defesa. Ela é incompatível, sim, com o seu exercício abusivo. [...] Não é abusivo o ato de demandar ou defender, [...] mas é o homem quem, usando do direito de demandar ou defender-se, comete abuso, destinando o ato jurídico a um fim diverso daquele a que se destinou o corpo social.

E complementa Rui Stoco (2002, p. 76):

E, como instrumento da paz social e distribuição de justiça, visando não só dar a cada um o que é seu, mas ainda, dar a cada um o que deve ser seu, e também, tendo como meta optata precípua solucionar as pretensões resistidas em juízo, a teoria do abuso do direito faz-se presente no procedimento, posto que se exige das partes em juízo que atuem de boa-fé, procedendo com lisura e lealdade. O descumprimento desses ditames induz má-fé, que se subsume no conceito de abuso do direito e do ato ilícito que, por sua vez, integra o campo maior da responsabilidade civil. Portanto, o abuso do direito está para a má-fé assim como a responsabilidade civil está para o ato ilícito.

Como já fora afirmado, no universo jurídico coexistem diversos direitos, os quais podem, eventualmente, chocar-se. Situação diversa não ocorre no processo, relação jurídica na qual há uma evidente colisão de direitos.

Os limites estabelecidos para o exercício dos direitos de ação e de defesa se caracterizam como a correlação existente entre a teoria do abuso de direito e a litigância de má-fé (responsabilidade por danos processuais).

O descumprimento dos limites impostos ocasiona a existência da litigância de má-fé.

Ressalta Rui Stoco (2002), que, no campo do direito processual civil, o ato abusivo expressa e retrata a má-fé processual, do dolo e a fraude, além do abuso de estar em juízo ou de utilizar os remédios jurídicos postos à disposição das partes.

A legislação pátria nada diz concretamente acerca das conseqüências normativas do ato abusivo, limitando-se a qualificá-lo como ilegítimo, nas hipóteses em que exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelos fins econômicos desse direito (tal qual já fora explanado por ocasião do capítulo 5).

Adverte Venosa (2004), que, para efeitos práticos, as conseqüências do ato abusivo seriam as mesmas do ato ilícito, haja vista que o artigo 187 do Código Civil expressamente menciona que o abuso de direito é ato ilícito.

Mas, algumas observações são necessárias em sede de processo, sendo que, como derradeiro, o ato abusivo teria como conseqüências, além do dever de indenizar, outros impedimentos ou restrições de direitos, tais como a proibição de falar nos autos, de interpor novos recursos ou de só poder proceder em juízo após o recolhimento do valor correspondente à sanção aplicada.

Hélio de Ângelis (2000) perfaz uma pertinente colocação, dispondo que a grande dificuldade, em sede de processo, ao ser analisada a responsabilidade de má-fé, é o estabelecimento de um limite razoável entre o direito de ação e o direito de defesa, assegurados pela Magna Carta e o exercício abusivo desses mesmos direitos, atentando-se para os próprios fins do processo e da jurisdição.

Às partes é vedado fazer uso da jurisdição no intuito de buscar um direito que sabe não possuir ou de prejudicar outrem, desvirtuando a finalidade do direito e da própria atividade jurisdicional.

Adroaldo Leão (1986) ressalta que, o abuso existe, ainda que não tenha efetivamente ocorrido dano à parte contrária, simplesmente pelo fato de o abuso representar um dano ao Estado.

### **7.3.3.1 A responsabilidade por danos processuais. A caracterização da má-fé processual (o exercício abusivo do direito processual)**

Na presente pesquisa, foram mencionados tanto o abuso de direito em sede de direito material, quanto o abuso de direito em sede de processo. Os institutos, embora contem com muitas peculiaridades (como, por exemplo, relacionarem-se à exigência matriz do ordenamento jurídico de boa-fé quando das relações jurídicas), possuem algumas diferenças básicas, tal qual ensina Hélio de Ângelis (2000, p. 63):

[...] A diferença fundamental entre os dois institutos, é que, no direito civil, o 'Abuso do Direito', geralmente, envolve a parte lesada ou terceiros, ao passo que o 'Litigante Processual de Má-fé' atinge, além da parte, ou partes, o Estado, através do Poder Judiciário, que vê a sua dignidade arranhada e diminuída pela sua nefasta atuação.

Ora, já se ressaltou que na relação jurídica processual, estão envolvidas as partes e o Estado juiz e, também, que o abuso de direito processual se evidencia ainda que não tenha efetivamente ocorrido qualquer dano à parte contrária, mas simplesmente pela parte abusiva ter agido de modo a contrariar os princípios e os escopos da jurisdição. Por derradeiro, parece até óbvia a conclusão de que a litigância de má-fé atinge tanto as partes quanto o Estado, através do Poder Judiciário.

O Código Civil de 1939, embora expressamente mencionasse em seu artigo 3º o abuso de direito e demonstrado uma preocupação em coibir o exercício abusivo dos direitos e assegurar a ética em sede processual, não procedeu à cominação de quaisquer sanções. Não houve uma limitação ou mesmo a previsão de requisitos legais para a caracterização do abuso. Assim aclara Pontes de Miranda (1973, p. 385):

Existe direito de litigar – dito direito de ação – e nenhuma limitação se fazia a esse direito no texto de 1939. Tampouco à pretensão à tutela jurídica, que nasce dele. Ou do uso das formas. O que se condenou, no texto legal, foi o abuso. A liberdade de se defender em justiça é essencial à própria liberdade de pensamento e de ação, sem a qual a sociedade se envilece e regride. Onde a justiça falha, a infelicidade humana se insinua; onde se cerceia a defesa, estrangula-se a liberdade humana, antes mesmo que a justiça falhe. Assim, o abuso de direito processual só existe se compõem os seus pressupostos segundo texto legal; e nunca se aprecia antes de ter produzido os seus efeitos, porque

então se estariam a peneirar, liminarmente, a pretensão à tutela jurídica, a pretensão processual, a ação e a prática dos atos processuais.

O atual Código de Processo Civil acatou a teoria do abuso de direito e tratou da responsabilidade por dano processual no artigo 16, que preceitua: “Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente”.

Entende-se que o legislador adotou o principal princípio norteador da ciência processual atual, qual seja, a boa-fé. Daí se comportar de boa-fé se caracteriza como uma exigência imposta a todos os que participam do contraditório instaurado perante o juiz (quer, conforme o caso, seja exigida a sua vertente objetiva ou subjetiva). De acordo com José Roberto dos Santos Bedaque, acerca do alcance da regra da litigância de má-fé e das perdas e danos (2004, p. 91):

O legislador processual adotou um dos princípios norteadores da ciência processual moderna: a boa-fé. Daí por que se comportar em conformidade com esse preceito é um dos deveres impostos a todos os que participam do contraditório instaurado perante o juiz. Autor, réu e terceiro interveniente, ainda que formulem pretensões contraditórias, muitas vezes não amparadas pelo sistema jurídico, devem manter a lealdade e a boa-fé, sob pena de responderem por perdas e danos.

Por conseguinte, os pressupostos para a existência da responsabilidade por danos processuais seriam:

- 1) A condição de parte ou interveniente;
- 2) A incorreção do comportamento.

#### **7.3.3.1.1 A condição de parte ou interveniente**

A responsabilidade por danos processuais é imputável àquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Os conceitos de autor e réu traduzem a noção de parte. As partes que atuarem de má-fé responderão por perdas e danos processuais (sendo que o conceito de parte já fora explanado no presente estudo). A idéia deve ser estendida para as expressões “exequente” e “executado” em sede de execução e “requerente” e “requerido”, em se tratando de processo cautelar. Em havendo

litisconsórcio, qualquer dos litisconsortes é responsabilizável, sozinho ou em conjunto com os demais.

Quanto ao interveniente, ensina José Carlos Barbosa Moreira (1978, p. 22), que “entende-se todo aquele que, não participando do processo desde o início, e fora da hipótese de sucessão, nele ingresse voluntariamente, para postular direito seu ou da parte originária, ou se veja citado para integrá-la”. E pondera que (1978, p. 23), “não é interveniente o embargante, nos embargos de terceiro; mas sujeita-se, como autor que é à responsabilidade por dano processual”.

Não poderia ser esquecida, de forma alguma, da má-fé daquele que nomeou à autoria, de quem litisdenuciou, de quem chamou alguém no processo e de quem ofereceu oposição.

E complementa Hélio de Ângelis (2000, p. 67):

O litigante de má-fé não é somente o autor, réu ou interveniente como se refere o art. 16, pois a responsabilidade das partes por dano processual, atinge também quem quer que se inseriu ou se insira na relação jurídica, ou suscite outra, no mesmo processo, ou acessoriamente, ou incidentalmente. [...]

A litigância de má-fé, tal qual lecionam José Carlos Barbosa Moreira (1978) e Hélio de Ângelis (2000) também pode se caracterizar nos incidentes de execução em que intervenham terceiros como o arrematante, o credor hipotecário que requeira adjudicação e o remidor de bem penhorado.

Ressalte-se que o dispositivo se refere tão somente à responsabilidade dos litigantes e não a de seus respectivos procuradores, ficando, entretanto, resguardado, o direito de regresso contra estes, se as faltas lhe são pessoalmente imputáveis.

#### **7.3.3.1.2 A incorreção do comportamento**

Não existe qualquer regra no direito processual brasileiro no sentido de se prevenir os abusos de direito processual ou material, haja vista que a primeira premissa que deve ser fixada é que sempre se presume de boa-fé quem vai litigar, está litigando ou mesmo litigou.

Se se partir do pressuposto inicial que a parte se encontra de boa-fé, não subsiste qualquer razão para se estabelecer medidas cautelares ou preventivas. A boa-fé é presumida, enquanto que a má-fé deve ser provada.

Nas palavras de Pontes de Miranda (1973, p. 385):

Presume-se de boa-fé quem vai ligitar, ou está litigando, ou litigou. Tal presunção somente pode ser elidida *in casu* e quando haja má-fé, propriamente dita; a apreciação do exercício abusivo do direito processual tem de partir daí. Outrossim, o recorrente, o requerente de medidas acauteladoras ou provisórias, ou que, em geral, pratica ato processual, tem-se de presumir de boa-fé.

Para a verificação da incorreção do comportamento do litigante, devem ser analisadas as suas ações e omissões, no transcorrer do processo, de forma separada. Somente procedendo desta forma será possível se avaliar se a má-fé se caracterizou desde o início do procedimento ou a partir de um dado momento processual. Deve sempre ser buscado o liame da responsabilidade, o nexos causal (elemento indispensável em todas as hipóteses de responsabilidade civil).

Continua o doutrinador supra (1973, p. 386):

O princípio é o de que se não de tratar, para os efeitos de se caracterizar o abuso, separados, pluralisticamente, os atos e omissões do litigante. Se o exercício abusivo do direito se deu *ab initio*, quer dizer, desde o pedido, então se estabelece a má-fé quanto à ação mesma, à demanda ao processo, e não só quanto a parte ou ato do feito. Em todo caso, à abusividade referente ao pedido podem vir a somar-se abusividades posteriores, independentes, reforçadas das perdas e danos, sempre que, se tais novos atos não tivessem sido praticados, as perdas e danos teriam sido menores. O nexos de causalidade entre atitude e perdas ou danos é essencial.

Num segundo plano, deve se verificar que o artigo 16 adota uma regra genérica para indicar o fato de que decorre a responsabilidade civil por danos processuais. É responsabilizado aquele que atua de má-fé, sem a existência de qualquer definição ou conceito de má-fé. Nas lições de José Carlos Barbosa Moreira (1978, p. 23):

No art. 16, adota o Código fórmula genérica para indiciar o fato de que deflui a responsabilidade por dano processual: nela incorre quem 'pleitear de má-fé'. Não ministra o texto, no entanto, a definição de 'má-fé': consoante já registrado, preferiu o legislador de 1973 valer-se, no art. 17, da mesma técnica utilizada nos diplomas português e colombiano.

A incorreção do comportamento se completa com a realização, pelas partes ou pelos intervenientes das condutas tipificadas expressamente no artigo 17 do Código de Processo Civil.

**7.3.3.2 Situações ensejadoras da responsabilidade por danos processuais.**  
**Análise do artigo 17 do Código de Processo Civil**

Dispõe José Frederico Marques (1962, p. 294):

Como toda relação jurídica disciplinada pelo Direito, também a relação jurídico-processual cria obrigações para os que nela intervêm. E se é certo que os imperativos jurídicos são impostos, no tocante às partes, mediante grande cópia e número de ônus, menos exato não é, entretanto, que em vários casos ficam elas sujeitas a obrigações de cujo descumprimento resultam sanções adequadas.

Em diversas ocasiões já se consolidara a premissa de que o Código de Processo Civil estabelece uma série de deveres éticos para as partes litigantes. Por sua vez, o artigo 17 do Código de Processo Civil se refere, especificamente, ao tema da litigância de má-fé, e dispõe que, reputa-se litigante de má-fé quem:

- 1) Deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- 2) Alterar a verdade dos fatos;
- 3) Usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- 4) Opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- 5) Proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- 6) Provocar incidentes manifestamente infundados;
- 7) Interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Já em uma análise superficial do dispositivo, pode se constatar que se encontra relacionado com o artigo 14 do mesmo diploma. A diferença é que, enquanto este estabelece, de forma genérica, deveres processuais das partes, que podem ser resumidos na expressão “boa-fé”, o dispositivo ora analisado descreve quais as condutas se configuram como violação daqueles deveres e devem ser consideradas como litigância de má-fé ou má-fé processual.

Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque (2004, p. 92):

Agora, no dispositivo examinado, descreve quais condutas configuram violação daqueles deveres e devem ser consideradas litigância de má-fé. Trata-se de rol taxativo, no qual se pretendem tipificados todos os atos não compatíveis com a boa-fé. [...] Existe, pois, intenso nexos entre os arts. 14 e 17.

Complementadas por Pontes de Miranda (1973, p. 391): “Daí ter tido o legislador o propósito de enumerar, detidamente, os atos que revelam a má-fé, revelação, essa, *ex lege*”.

Sempre que verificada uma das situações de litigância de má-fé, será imposto o dever de indenizar, nos termos do artigo 16 do estatuto processual.

Note-se que o dispositivo tipifica uma série de condutas, porém, utilizando-se de expressões abertas, sem definições muito rígidas. O sentido das declarações deve ser definido, no caso concreto, pelo juiz.

Ainda consoante José Roberto dos Santos Bedaque (2004, p. 92):

As descrições das condutas consideradas inadmissíveis são repletas de termos abertos, com contornos indefinidos. Não obstante isso, estabelecem paradigma para a decisão do juiz a respeito da quebra dos deveres estabelecidos no art 14 e da conseqüente litigância de má-fé. [...] O sentido das expressões sem conteúdo preciso é determinado pelo juiz, que dispõe, nesses casos, de maior liberdade de interpretação, pois lhe compete o preenchimento das expressões sem conteúdo definido.

E, para Hélio de Angelis (2000, p. 76), o legislador brasileiro teria optado pela enumeração de situações de má-fé em razão da dificuldade de perquirição da intenção do agente em determinado caso concreto:

Todavia, em razão da dificuldade de pesquisar a intenção do agente, de modo a exigir sempre esse elemento subjetivo, o que impediria uma repressão mais enérgica da má conduta da parte, o nosso código optou por caminhos diferentes de outras legislações, [...], ou seja, a nossa legislação não define má-fé nem culpa grave, mas, por outro lado, enumera os casos em que se reputa de má-fé a conduta, incluindo, de um lado, hipóteses em que a intenção malévola é dispensável e outras em que é exigida.

A discussão acerca da necessidade da intenção malévola será feita em momento adequado. Pertinente, agora, a apreciação de cada um dos casos enumerados no artigo 17.

### **7.3.3.2.1 Dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso**

A primeira observação é de que o dispositivo, em sua redação original, contava com a expressão “intencional”.

A parte ou as partes ou mesmo o interveniente, para serem tidos como litigantes de má-fé, deveriam, intencionalmente, deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso.

Na atual redação, determinada pela lei 6.771 de 23 de março de 1980, não mais se menciona a necessidade de qualquer intenção. Assim, pautar-se-ia pela noção de que seria exigido da parte um comportamento padrão, do homem mediano, de acordo com os ditames da lealdade.

O problema nesta interpretação, consoante os ditames da Constituição Federal (que conta com o princípio da boa-fé) e do atual diploma civil (que expressamente consagrou, em diversos dispositivos, a boa-fé objetiva), é que a má-fé seria a antítese da boa-fé subjetiva e não subjetiva. É ínsita no próprio conceito de má-fé a intenção malévola.

Para se avaliar, no presente caso, como uma exigência de boa-fé objetiva, precisaria se avaliar o processo como uma relação jurídica, na qual seria exigida os ditames da boa-fé objetiva (assim como se procede em um contrato) e se admitir uma incidência direta dos referidos diplomas. O problema residiria em qual seria a interpretação conferida à expressão utilizada, qual seja, a “má-fé”.

É preferível a solução de que, de que a boa-fé objetiva seria exigida pelo artigo 14 (conforme já fora explanado no presente estudo), enquanto que o artigo 17 se relacionaria apenas com a boa-fé subjetiva. Por conseguinte, estando os dispositivos relacionados, e por muitos doutrinadores tidos como complementares, no transcorrer do processo, seriam exigidas as duas vertentes da boa-fé.

Antes, exigia-se a caracterização da má-fé, do dolo, sendo que hoje se discute se a ingenuidade excessiva ou a absurda interpretação da lei seriam suficientes para a caracterização do dever de indenizar.

Indaga-se se não seria exigida a crença errônea, mas sim a boa-fé como norma de conduta.

Nos dizeres de José Carlos Barbosa Moreira (1978, p. 24), a situação deveria ser analisada diante do princípio da razoabilidade:

Não basta a falta de fundamento da pretensão ou da defesa; nem é preciso que se comprove o efetivo conhecimento dessa falta pelo litigante. É necessário e suficiente que, ao ver do juiz, não pudesse aquele 'razoavelmente' desconhecê-la. O *standard* da razoabilidade deve ser concretizado, caso a caso, pelo órgão judicial, mediante a consideração atenta das circunstâncias objetivas (de lugar, de tempo, etc.) e subjetivas (características mentais do litigante, grau de instrução, estado psicológico, etc), peculiares à espécie.

O princípio da razoabilidade se liga diretamente à exigência de um padrão mediano de conduta.

A discussão será retomada.

Procura-se, então, uma análise das expressões contidas no inciso I do artigo 17.

É litigante de má-fé aquele que deduz alegação contrária a texto exposto em lei ou a fato incontroverso, isto porque, formula pretensões destituídas de fundamento (nos termos do artigo 14, inciso III), ou seja, não amparadas no sistema jurídico material ou por contrariarem matéria fática não impugnada (haja vista que o fato incontroverso independe de qualquer prova, ante a ausência de impugnação).

Nos dizeres de Antônio Cláudio da Costa Machado (1993, p. 18):

A hipótese representa violação frontal ao dever previsto no art. 14, I (dedução de alegação contra a verdade – fato incontroverso) ou ao do art. 14, III (dedução de alegação sem fundamento jurídico – texto exposto de lei).

E explicam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (2005, p. 288):

Quanto ao autor, o problema se situa na causa de pedir e no pedido; quanto ao réu, normalmente na contestação. Os fundamentos de fato deverão ser deduzidos em consonância com os fatos incontrovertidos, pois, do contrário, haverá má-fé.

Ademais, os referidos autores (2005, p. 288), ressaltam que, relativamente aos fundamentos jurídicos, a falha, na maioria das vezes, será imputada ao

advogado, haja vista que este é que possui capacidade postulatória e que, em tese, deveria conhecer o direito (detentor de conhecimentos técnicos). Todavia, ainda assim, será a parte responsável pelos danos, em face do litigante adversário, ficando-lhe resguardado, o direito de regresso. *In verbis*:

Relativamente aos fundamentos jurídicos (litigar contra texto expresso de lei), a falha normalmente será do advogado, pois a parte não tem conhecimentos técnicos para saber se está ou não litigando contra texto expresso de lei. Mas mesmo assim, será responsável pela indenização à parte contrária, podendo voltar-se em regresso contra o seu advogado. O erro deverá ser inescusável para considerar a má-fé.

### **7.3.3.2 Alteração da verdade dos fatos**

A alteração da verdade dos fatos se relaciona diretamente com o dever de veracidade ou verdade expressamente previsto no artigo 14, inciso I do Código de Processo Civil. É sancionado o não cumprimento do dever de veracidade.

Deve se atentar que são cabíveis as mesmas observações acerca da supressão da expressão “intencionalmente” do respectivo inciso.

Para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (2005), a retirada da expressão consistiu na eliminação de qualquer elemento subjetivo, sendo que, por conseqüência, não se exige mais a intenção ou dolo de alterar a verdade dos fatos, sendo suficiente a culpa ou o erro inescusável.

A infração do dever de veracidade pode consistir tanto na afirmação de fato inexistente, quanto na negação de fato existente ou na descrição equivocada de fatos em juízo, sem qualquer correspondência com a realidade circundante.

Não se exige que a alteração seja feita com qualquer propósito ou finalidade específica. Basta que a verdade seja modificada.

Consoante José Carlos Barbosa Moreira (1978, p. 24):

[...] Não se exige que a falsa alegação seja feita com algum propósito específico; a alteração reputa-se ‘intencional’ desde que o litigante a faça consciente e voluntariamente. Destarte, incide a regra ainda que ele falte ao dever de veracidade ‘apenas como expediente para vencer um pleito em que tenha razão’.

Assim como se preceituou, convém lembrar que o dever de dizer a verdade foi retirado da esfera moral para ser consagrado definitivamente na esfera jurídica, inclusive com a expressa cominação de sanção para o faltoso.

### **7.3.3.2.3 Utilização do processo para conseguir objetivo ilegal**

A redação original também contava com um inciso que sancionava a omissão intencional de fatos essenciais ao julgamento da causa. Como era reprimido o dever de completude, inerente ao dever de veracidade, o inciso fora suprimido do ordenamento jurídico.

Atualmente, o inciso III, que fora renumerado, refere-se à utilização do processo para a obtenção de objetivo ilegal.

A interpretação do dispositivo deve ser feita no sentido do litigante possuir o intuito de conseguir qualquer objetivo não diretamente ligado ao *petitum*, pois caso, contrário, não haveria qualquer razão de ser, encontrando-se abrangido pelo inciso I. Neste sentido, continua José Carlos Barbosa Moreira (1978, p. 24):

llegal significa 'contrário à lei'; poderia parecer que esta hipótese se configura sempre que algum litigante pretenda resultado em contradição com o direito positivo. Assim entendido, porém o dispositivo abrangeria o caso do n. I, fazendo-o supérfluo. [...] O 'objetivo ilegal' de que trata o n. IV há de ser outro, não diretamente ligado ao *petitum* – por exemplo, 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.

Ressalte-se que se trata apenas de ato unilateral da parte, uma vez que, se bilateral, haverá conluio caracterizador do processo fraudulento, ensejando até mesmo a rescisão da sentença de mérito.

Pondera José Roberto dos Santos Bedaque (2004, p. 93), que “o processo é meio de atuação coercitiva do direito, não se prestando a fins escusos ou contrários à lei”.

A utilização do processo como instrumento para alcançar quaisquer objetivos ilegais é sancionada em razão de revelar a falta de lealdade e de boa-fé com a parte contrária e com a própria justiça.

#### **7.3.3.2.4 Oposição de resistência injustificada ao andamento do processo**

A resistência injustificada ao andamento do processo se caracteriza como ato atentatório à dignidade da justiça e, devendo as partes atuar sempre como colaboradores, visando a correta administração da justiça, não há como tal conduta não ser sancionada pelo ordenamento jurídico.

Tanto o autor quanto o réu podem ser os causadores de tal resistência injustificada, sendo que os seus comportamentos podem ser comissivos ou omissivos.

Nos ditames de José Carlos Barbosa Moreira (1978, p. 25):

O comportamento do litigante pode ser comissivo, isto é, traduzir-se na prática de atos protelatórios (v.g. a parte ausenta-se do domicílio para evitar intimação, provoca retardamento na realização da perícia), ou omissivo (v.g. a parte não comparece à audiência para dar causa a adiamento, deixa de cumprir ordem judicial).

Complementados por Antônio Cláudio da Costa Machado (1993, p. 18):

Trata-se da prática de quaisquer atos que, fundados na malícia, tenham por fim criar obstáculos ao encaminhamento do processo rumo à providência jurisdicional. Pertencem a essa categoria os atos previstos no art. 600 do CPC.

E concluindo por Pontes de Miranda (1973, p. 392) que “também é elemento suficiente da má-fé a atitude do figurante que dificulte ou demore ou de qualquer modo perturbe o procedimento”.

A resistência se consubstancia em atitudes tendentes a perturbar, atrapalhar, procrastinar e dificultar a marcha da relação jurídica processual.

Não é toda resistência que se configura como má-fé processual, mas apenas e tão somente a resistência injustificada. Não há que se falar em resistência injustificada quando há oposição ao andamento de processo ilegal ou arbitrário.

#### **7.3.3.2.5 Procedência de modo temerário, em qualquer incidente ou ato do processo**

Assim como o inciso anterior, proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo se caracteriza como litigância de má-fé em razão da provocação da realização de atos inúteis ou desnecessários.

Para José Carlos Barbosa Moreira (1978, p. 26), “esta figura é de índole puramente formal, não dependendo de ter ou não razão (na causa ou no próprio incidente) o litigante, mas apenas da maneira porque ele se comporta”.

E acrescenta Antônio Cláudio da Costa Machado (1993, p. 19), que “o procedimento temerário, sinônimo de prática maliciosa em sentido lato, é previsto aqui como ilícito que pode contaminar quaisquer incidentes do processo”.

A lei veda ao litigante agir de modo temerário seja quando propõe ação, conteste-a ou atue em qualquer incidente ou fase do processo.

Proceder de modo temerário, conceitua Nelson Nery Júnior (1997, p. 289), é “agir afoitamente, de forma açodada e anormal, tendo consciência do injusto, de que não tem razão” e completa que “o procedimento temerário pode provir de dolo ou culpa grave, mas não de culpa leve”.

Já segundo José Carlos Barbosa Moreira (1978, p. 26):

É temerário o procedimento considerado, afoito, imprudente, precipitado, como o da parte que procura frustrar o normal desenvolvimento de contraditório, impedindo ou cerceando a manifestação do adversário: promove o cumprimento ou a execução de providência a seu favor antes do momento oportuno, ou *in genere* sem a cabal satisfação dos pressupostos legais; escolhe o meio mais vexatório e danoso para o outro litigante, a despeito de poder atingir por forma diversa o mesmo resultado.

O litigante que atua de modo temerário, age de má-fé, haja vista que busca uma vitória que sabe não lhe ser devida ou merecida.

#### **7.3.3.2.6 Provocação de incidentes manifestamente infundados**

A provocação de incidentes manifestamente infundados também se relaciona e encontra fundamento na prática de atos processuais inúteis.

Mas, ao contrário do inciso anterior, trata-se da hipótese em que o incidente suscitado já é manifestamente infundado, enquanto que, naquele, o que

se vedava era o comportamento da parte, independentemente de estar ou não com a razão, quando do incidente.

Aqui, a parte litigante não possui qualquer razão. Neste diapasão, são elucidativos os dizeres de José Carlos Barbosa Moreira (1978, p. 26):

[...] Cogita este da hipótese de incidente suscitado necessariamente sem razão, ou, em termos mais exatos, com manifesta falta dela, isto é, sem o mínimo de elementos objetivos que possam ao menos fazer supor no litigante a convicção sincera, conquanto errônea, de ter razão. Não basta, pois, que o incidente venha a ser resolvido de modo desfavorável ao suscitante: é preciso que, logo à primeira vista, ressalte a inexistência de qualquer argumento sério, ponderável, digno de meditação. Se o órgão judicial precisou fundamentar com cuidado, senão extensamente, a decisão contrária, se lhe deu muito trabalho a demonstração de que o incidente era infundado, não há cogitar de má-fé.

Resumindo, trata-se do litigante que suscita incidente de forma procrastinatória, sem qualquer fundamentação razoável.

Note-se que o termo “incidente” deve ser interpretado em seu sentido lato, qual seja, incluindo o incidente processual (exceção, impugnação do valor da causa, entre outros) e também ação incidente (reconvenção, incidente de falsidade, denunciação da lide, etc).

#### **7.3.3.2.7 Interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório**

A interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório também possui fundamento na vedação dos atos processuais inúteis, infundados ou desnecessários.

O recurso manifestamente protelatório, tal qual define José Roberto dos Santos Bedaque (2004, p. 93), “é aquele interposto com base em alegações não condizentes com a realidade fática ou completamente desprovidas de amparo jurídico”.

A parte não pode interpor recurso sem fundamento em razão desta atitude se consubstanciar em lesão aos deveres de lealdade e boa-fé, sempre exigidos pelo ordenamento jurídico pátrio.

### **7.3.3.3 A teoria do abuso do direito. A litigância de má-fé. A responsabilidade por dano processual. Considerações e conclusões**

Fora firmada a premissa de que, no mundo jurídico, há um grande número de direitos garantidos e um imenso número de detentores de direitos.

Também se ponderou que a todos, para a garantia e segurança de seus direitos é assegurado o acesso à justiça, cristalizado no direito de ação.

Simultaneamente a todos esses direitos e garantias, são impostos alguns limites. Os sujeitos de direitos não podem abusar de seus direitos.

Assim, a parte não abusar de seu direito de ação.

Para que os objetivos precípuos do processo sejam alcançados, tem-se como impossibilitados o exercício abusivo do direito e a litigância de má-fé. O abuso do direito está para a má-fé assim como a responsabilidade civil está para o ato ilícito.

As partes e os intervenientes devem proceder de forma correta, proba, leal.

Deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso é conduta tipificadora da litigância de má-fé e também revela abuso de direito, assim como todas as demais hipóteses do artigo 17, ou seja, alterar a verdade dos fatos, utilizar do processo para a obtenção de objetivos ilegais, opor resistência injustificada ao andamento do processo, proceder de forma arbitrária, provocar incidentes infundados e interpor recursos com intuito protelatório.

A parte que atua de boa-fé e apenas busca em juízo aquilo que lhe é efetivamente devido, jamais pratica tais condutas.

São assegurados direitos. É vedado o exercício abusivo desses direitos. É facultada a litigância. É vedada a litigância de má-fé.

### **7.3.3.4 O montante da responsabilidade das partes por dano processual. Observações finais acerca desta responsabilidade**

Não pertine ao presente trabalho uma discussão muito aprofundada acerca do montante da indenização resultante da responsabilidade das partes por danos processuais. O objetivo é tão somente o estudo da lealdade processual e a

análise da boa-fé objetiva em sede da relação jurídica processual; é avaliar as situações capazes de originar tal responsabilidade.

Cabe, apenas, considerar que, todas as vezes em que a parte ou o interveniente for tido como litigante de má-fé, ou seja a sua conduta se enquadrar em uma das hipóteses supra explicadas do artigo 17 do Código de Processo Civil, haverá o dever de indenização.

O estatuto processual impõe, nos artigos 16 e 18, a sanção de ficarem os litigantes responsáveis por perdas e danos, além do disposto nos artigos 125, inciso III e 129, cuja aplicação fica ao prudente critério do juiz.

Caso nos próprios autos do processo não existam elementos para a determinação da indenização por perdas e danos, o juiz, na própria sentença, pode mandar apurá-las por arbitramento.

Ademais, são atinentes duas observações:

A primeira, que se refere especificamente à responsabilidade, consiste na possibilidade, lembrada por Rui Stoco (2002) de se responsabilizar a parte, com fundamento no artigo 14 (e não 16 e 18) se utilizando dos ditames e pressupostos da responsabilidade civil aquiliana. Esta possibilidade de responsabilização seria um argumento favorável à exigência das duas modalidades de boa-fé no transcorrer do processo, sendo os artigos 14 e 17 complementares.

A segunda é referente às conseqüências do ato abusivo (intimamente ligado à litigância de má-fé). Já fora mencionado que esta espécie de ato, além de ocasionar o dever de indenizar, gera uma série de impedimentos e restrições de direitos ao litigante improbo, como a proibição de falar nos autos, de interpor recursos ou de só poder proceder em juízo após o recolhimento do valor correspondente às sanções que lhes foram aplicadas.

## **8 A BOA-FÉ OBJETIVA E A VEDAÇÃO DA CONDUTA CONTRADITÓRIA**

### **8.1 Noções preliminares. A coerência e a incoerência na história da sociedade**

A boa-fé, tal qual já se mencionou diversas vezes no presente trabalho, caracteriza-se como um verdadeiro princípio constitucional, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana e interligada à solidariedade, eticidade e sociabilidade do novel diploma civil.

Relaciona-se intimamente às cláusulas gerais, à teoria do abuso do direito, à lealdade processual e por derradeiro, à vedação das condutas ou dos comportamentos contraditórios.

Isto porque, ao mesmo tempo em que se exige um padrão de comportamento de um determinado indivíduo, pode se dispor que se encontra ínsita a necessidade de coerência, qual seja, que o indivíduo pratique os comportamentos necessários, de acordo com o padrão do homem mediano e em harmonia com as suas condutas anteriores.

Não seria exagero se afirmar que a repugnância à incoerência é tão antiga quanto às noções do princípio da boa-fé objetiva e pode ser encontrada registrada na própria história universal, desde os gregos e romanos, sendo até mesmo considerada como indispensável para a própria evolução humana.

Nos dizeres de Anderson Schreiber (2005, p. 9):

A repugnância à incoerência é um sentimento tão inato ao ser humano quanto à própria incoerência. O comportamento incoerente, entendido como aquele que se põe em desarmonia, em desconexão, e, especialmente, em contradição com um comportamento anterior, é condenado em inúmeros registros da cultura universal.

E continua (2005, p. 12):

Sem embargo de tudo isto, e muito embora seja a coerência geralmente apontada entre as mais altas qualidades humanas, não se pode dizer que a incoerência, a contradição, a mudança de comportamento estejam afastadas deste campo. De fato, a incoerência, no sentido de

rompimento com o estado ou conduta anterior, aparece como passo necessário à própria evolução do homem.

Embora as noções de incoerência e a interpretação destas sejam necessárias para a evolução humana, faz-se mister destacar que, com relação à história do direito, já houve diversas formas de tratamento dispensado ao tema e que, atualmente, o contexto é de vedação de toda e qualquer conduta contraditória, existindo até mesmo um princípio jurídico de proibição ao comportamento contraditório.

## **8.2 A dignidade humana, a solidariedade social e o princípio da boa-fé objetiva**

A dignidade da pessoa humana é o valor fundamental da sociedade contemporânea, e, especialmente, no que pertine ao ordenamento jurídico brasileiro, foi expressamente consagrada no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

Pode se dispor que, atualmente, este princípio é complementado pelos ditames de solidariedade expressos pelo novo Código Civil, tidos como uma verdadeira reação às noções individualistas e ao absolutismo do princípio da autonomia da vontade.

A liberdade e a autonomia privada passam a estar condicionadas ao atendimento dos anseios humanitários.

Explica Anderson Schreiber sobre a solidariedade atual (2005, p. 49-50):

O conceito contemporâneo de dignidade humana é assim informado pela solidariedade. E, da mesma forma, a concepção atual da solidariedade não pode ser entendida senão como “instrumento e resultado” da dignidade humana. Difere assim de outras concepções, anteriores, de solidariedade que exigiam a renúncia de aspectos da própria personalidade – liberdade, integridade psicofísica, privacidade – em favor do grupo, da comunidade ou do Estado. A solidariedade contemporânea não é coletivista, mas humanitária: dirige-se ao desenvolvimento não do grupo, mas da personalidade de todas as pessoas. O solidarismo atual não se confunde nem com o coletivismo, nem com o individualismo. [...] O solidarismo contemporâneo reage contra a ética liberal-individualista, e exige a tutela da condição humana, de todas as pessoas, e, sobretudo, entre todas as pessoas. Impõe o reconhecimento de que toda atuação individual repercute, de alguma forma, sobre os outros, e nos torna todos responsáveis pela

preservação da alheia condição humana. Foi nesse sentido que a solidariedade foi incorporada pelas Constituições contemporâneas.

Já se ponderou que a boa-fé objetiva se relaciona à limitação ao exercício da autonomia privada e, ademais, que o princípio da confiança que deve nortear todas as relações jurídicas, independentemente de qualquer questionamento subjetivo. Por conseguinte, também possui íntimos pontos de contato com a solidariedade social, a cooperação e a lealdade entre as partes e a vedação das condutas contraditórias.

Assim preceitua Anderson Schreiber (2005, p. 79):

Embora a construção inicial da boa-fé objetiva – como um princípio geral de cooperação e lealdade recíproca entre as partes – tenha prescindido de fundamentações axiológicas precisas, não há hoje, dúvida de que ela representa expressão da solidariedade social no campo das relações privadas. E, justamente na esteira da ótica da solidariedade que se consolidou ao longo do século XX, a boa-fé alcançou amplo desenvolvimento, na medida em que os juristas e legisladores das diversas nações iam se sensibilizando à necessidade de conter o exercício desenfreado da autonomia privada dos contratantes.

Completa Teresa Negreiros (1998, p. 269) que “o princípio da boa-fé nos parece um destes instrumentos jurídicos capazes de conformar o direito civil à hierarquia de valores e de interesses prevista constitucionalmente. (...)”

E Menezes Cordeiro (1984, p. 753) que “o *venire contra factum proprium*, porque dotado de carga ética, psicológica e sociológica negativa atenta, necessariamente, contra a boa-fé (...)”

### **8.2.1. A conduta contraditória no Código Civil de 2002. O fundamento constitucional**

O Código Civil de 1916, do mesmo modo com que não continha expressamente norma consagradora do princípio da boa-fé objetiva, também não tratava do tema da vedação do comportamento contraditório nas relações jurídicas.

O novo diploma substancial, todavia, também não trouxe uma norma geral expressa acerca da proibição das condutas contraditórias, optando, mais uma vez, pelas normas casuísticas.

Nas palavras de Anderson Schreiber, o diploma, em decorrência de seu longo período de tramitação, não poderia promover qualquer inovação relevante neste assunto (2005, p. 69):

[...] Não se poderia esperar que o novo Código Civil brasileiro inovasse trazendo uma norma geral expressa de proibição ao comportamento contraditório. Repetiu, contudo, aquelas diversas normas casuísticas – passadas do direito romano às codificações européias e daí ao Código Civil de 1916 -, que parecem revelar uma subjacente repressão legislativa ao comportamento incoerente.

Diversos exemplos de repressão ao comportamento contraditório podem ser extraídos de nossa legislação, mais precisamente, citem-se os artigos 175<sup>8</sup>, 428<sup>9</sup>, 476<sup>10</sup>, 491<sup>11</sup> e 619<sup>12</sup> do atual Código Civil.

É correto afirmar que, assim como a boa-fé objetiva tem fundamento constitucional, também a vedação da conduta contraditória o possui. Justamente por essa razão, a aplicação de suas noções não se restringe ao âmbito contratual ou obrigacional, mas, pelo contrário, estende-se a todas as relações jurídicas.

A falta de normatização específica deve ser suprida com a inclusão de seus preceitos na cláusula geral da boa-fé.

Assim sintetiza Anderson Schreiber, ressaltando, inclusive, o fundamento constitucional (2005, p. 103-104):

---

<sup>8</sup> Art. 175. A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor.

<sup>9</sup> Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: I- se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; II- se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; III- se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado; IV- se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

<sup>10</sup> Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

<sup>11</sup> Art. 491. Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço.

<sup>12</sup> Art. 619. Salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra.

Em síntese, portanto, pode-se dizer que, à falta de norma específica que consagre o *nemo potest venire contra factum proprium*, sua inclusão no âmbito da cláusula geral de boa-fé objetiva facilita a sua aplicação às relações privadas. Todavia, mesmo reconhecendo-se no artigo 422 do Código Civil um importante fundamento normativo para o princípio de proibição do comportamento contraditório no direito brasileiro, não se pode ignorar seu fundamento constitucional, nomeadamente o artigo 3º, inciso I, da Constituição da República, que consagra a solidariedade social. Deste modo, não se exclui a sua aplicação, por meio de outros institutos, naqueles campos em que, por hipótese, não se venha a admitir a incidência da boa-fé objetiva. Eis a solução que parece mais razoável a luz da própria finalidade do *nemo potest venire contra factum proprium*, pois (i) sendo ele destinado a evitar rupturas de confiança pela adoção de comportamentos contraditórios, e (ii) sendo a confiança um fenômeno fático, humano, não limitado pelas linhas teóricas do direito contratual ou do direito privado, não há qualquer razão para que o princípio de proibição do comportamento contraditório hesite em ultrapassá-las.

### **8.2.2 As funções da boa-fé objetiva e a vedação da conduta contraditória**

Em sede do Capítulo 5, dispôs-se que a boa-fé objetiva possui uma notória tríplice função, quais sejam, interpretativa (constante do artigo 113 do Código Civil), integrativa ou criadora de deveres anexos (artigo 422) e controladora ou restritiva ao exercício de direitos (artigo 187).

Já foi deveras explanado o conteúdo e a importância de cada uma dessas funções.

Na ocasião, interessa salientar que a vedação do comportamento contraditório é decorrência lógica da terceira função da boa-fé, qual seja, do controle ao exercício de direitos.

Ora, esta função tem o objetivo de impedir o exercício de direitos ou de posições jurídicas em contrariedade à recíproca lealdade e confiança que deve permear as relações jurídicas.

Explica, ainda, Anderson Schreiber (2005, p. 83-84):

A terceira função geralmente atribuída à boa-fé objetiva é a de impedir o exercício de direitos em contrariedade à recíproca lealdade e confiança que deve imperar nas relações privadas. Trata-se de uma aplicação da boa-fé em seu sentido negativo ou proibitivo: vedando comportamentos que, embora legal ou contratualmente assegurados, não se conforme aos *standards* impostos pela cláusula geral. Aqui, a doutrina utiliza frequentemente a expressão exercício inadmissível de direitos, referindo-se ao exercício aparentemente lícito, mas vedado por contrariar a boa-fé.

Assim, o indivíduo, ao mesmo tempo em que respeita (e deve respeitar) os ditames da boa-fé objetiva, obedece às normas de vedação ao comportamento contraditório.

Continua o referido autor (2005, p. 84):

Esta leal consideração pela posição da contraparte, pelas suas particularidades e seus interesses, consiste na razão do amplo desenvolvimento da boa-fé objetiva em um direito contemporâneo dirigido à realização da solidariedade social, e se confunde mesmo com o seu conteúdo [...].

A tutela da confiança, do comportamento leal, insere-se no campo da solidarização do direito e valoriza a dimensão social do exercício dos direitos em toda relação jurídica.

Segundo Anderson Schreiber (2005, p. 88-89):

A confiança, inserida no amplo movimento de solidarização do direito, vem justamente valorizar a dimensão social do exercício dos direitos, ou seja, o reflexo das condutas individuais sobre terceiros. [...] Em outras palavras, o reconhecimento da necessidade da tutela da confiança desloca a atenção do direito, que deixa de se centrar exclusivamente sobre a fonte das condutas para observar também os efeitos fáticos da sua adoção. [...] Daí o aviso lançado também entre nós, segundo o qual a 'revalorização da confiança como valor preferencialmente tutelável no trânsito jurídico corresponde a uma alavanca para repensar o direito civil brasileiro contemporâneo e suas categorias fundamentais'. [...] A tutela da confiança revela-se, em um plano axiológico-normativo, não apenas como principal integrante do conteúdo da boa-fé objetiva, mas também como forte expressão da solidariedade social, e importante instrumento de reação ao voluntarismo e ao liberalismo ainda amalgamados ao direito privado como um todo.

E Menezes Cordeiro (1984, p. 756):

A confiança permite um critério de decisão: um comportamento não pode ser contraditado quando ele seja de molde a suscitar a confiança das pessoas. A confiança contorna, ainda, o problema dogmático, de solução intrincada, emergente da impossibilidade jurídica de vincular, permanentemente, as pessoas aos comportamentos uma vez assumidos. [...] A confiança dá um critério para a proibição do *venire contra factum proprium*. [...].

Em nosso ordenamento jurídico, a proibição ao comportamento contraditório tem por fim a manutenção da coerência em todas as relações jurídicas e a efetivação dos ditames do princípio da boa-fé objetiva e da lealdade.

### 8.3 A vedação do comportamento contraditório, a doutrina do “*venire contra factum proprium*” e a aplicação efetiva do princípio da boa-fé

A noção do “*venire contra factum proprium*” se insere perfeitamente na tutela da confiança e na efetivação dos ditames da boa-fé.

Menezes Cordeiro (1984, p. 742), assim explica o significado e o real conteúdo desta expressão:

A locução ‘*venire contra factum proprium*’ traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível. A articulação interna do ‘*venire contra factum proprium*’, o seu âmbito, a sua fundamentação, as suas ligações às outras regulações típicas do exercício inadmissível dos direitos e, até, a sua recondução à boa-fé suscitam, pelo contrário, controvérsias aceras.

E prossegue (1984, p. 745-746):

*Venire contra factum proprium* postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo. [...] Só se considera como ‘*venire contra factum proprium*’ a contradição directa entre a situação jurídica originada pelo *factum proprium* e o segundo comportamento do autor.

Ora, para a caracterização de um suposto comportamento contraditório, é óbvia a necessidade de prática de dois comportamentos, pelo indivíduo, lícitos em si e em tempo diverso. Ademais, deve ser ressaltado que esta incoerência só é vedada no momento em que puder violar as expectativas criadas numa contraparte ou terceiro e causar-lhe prejuízos.

Complementa Anderson Schreiber (2005, p. 90):

Mais que contra a simples coerência, atenta o ‘*venire contra factum proprium*’ à confiança despertada na outra parte, ou em terceiros, de que o sentido objetivo daquele comportamento inicial seria mantido, e não contrariado. Ausentes tais expectativas, ausente tal atentado à legítima confiança capaz de gerar prejuízo a outrem, não há razão para que se imponha a quem quer que seja coerência com um comportamento anterior.

Assevere-se que o doutrinador Menezes Cordeiro (1984, p. 747 a 749), propõe que a casuística da vedação do comportamento contraditório seja classificada em três grupos básicos:

A pessoa que manifeste a intenção de não praticar determinado acto e, depois, o pratique, pode ser condenada, em certas circunstâncias, ainda quando o acto em causa seja permitido, por integrar o conteúdo de um direito subjectivo. Pode ordenar-se a vasta casuística existente em três grupos. [...] Num primeiro, o titular-exercente manifesta a intenção de não exercer um direito potestativo, mas exerce-o. No segundo, o titular-exercente indicia não ir exercer um direito subjectivo comum, mas exerce-o. No terceiro, finalmente, a pessoa age ao abrigo de uma permissão genérica de actuação e não de um direito subjectivo, potestativo ou comum; neste âmbito – autonomia privada, liberdade de deslocação, por exemplo – declara não ir tomar determinada atitude, mas acaba por assumi-la. Esta hipótese de *'venire contra factum proprium'* não tem sido suficientemente esclarecida pela doutrina e jurisprudência. De facto, ela prende-se com a possibilidade de constituição de obrigações através de comportamentos concludentes ou com a simples discussão em torno dos modos de produzir declarações negociais. [...]

Ora, todos os exemplos específicos de vedação ao comportamento contraditório citados no Código Civil podem ser encaixados em um destes três grupos, e, além disso, sempre deve se atentar a dois fatores: primeiro, que, em alguns dos casos, não se tem por objetivo a manutenção do comportamento anterior, haja vista que este é antijurídico; e, em segundo plano, que a norma sempre leva em consideração um elemento adicional, qual seja, a confiança (despertada na outra parte) e, que, por óbvio, relaciona-se aos ditames da boa-fé.

Mais uma vez, podem ser utilizadas as palavras de Anderson Schreiber (2005, p. 93):

[...] Por trás de qualquer norma em que se possa vislumbrar vedação ao comportamento contraditório pode-se sempre identificar a tutela da confiança. Não se trata, contudo, de situações em que seja tecnicamente aplicável o *nemo potest venire contra factum proprium*. Nas hipótese em que a lei autoriza o comportamento contraditório (v.g. artigos 428, IV, 791 e 1.969), não se poderia mesmo cogitar de sua aplicação, diante do posicionamento legislativo expresso. Ainda que venha a surgir, na prática, a confiança, a própria previsão legal de revogabilidade ou mudança de comportamento a tornaria ilegítima, em um sistema que impõe a todos o conhecimento da lei.

E continua (2005, p. 94):

De igual maneira, nas hipóteses em que se prevê de forma expressa a vedação ao comportamento contraditório (v.g., artigos 175, 476 e 491), a impossibilidade de vir contra os próprios atos não deriva aí – ao menos não diretamente – de um princípio segundo o qual o *nemo potest venire contra factum proprium*, mas de regras específicas ditadas pelo Código Civil. Não se deve, tampouco nestes casos, proceder a investigações acerca da existência ou não de confiança legítima, porque ela foi presumida, incorporando-se positivamente no texto legal a solução que pareceu ao legislador mais adequada. O mesmo acontece com relação àqueles atos considerados vinculantes pelo próprio ordenamento, que já determina sanções para sua contradição. A violação a uma estipulação contratual, por exemplo, não configura em nosso sistema jurídico um *venire contra factum proprium*, mas inadimplemento contratual em sentido estrito. A invocação do *nemo potest venire contra factum proprium* nestas situações é desnecessária.

Pode se ultimar que a vedação da conduta contraditória se aplica apenas aos atos não originariamente vinculantes e sobre cuja possibilidade de contradição o legislador não tenha expressamente se manifestado.

E por Menezes Cordeiro (1984, p. 758)

A hipótese de um exercício inadmissível de direitos postula, contudo, que a posição jurídica de cuja actuação se trate não seja, directamente, interferida por normas jurídicas, ainda que de aplicação analógica.

Trata-se da tutela da confiança por meio da vedação da incoerência. Aplica-se a cláusula geral da boa-fé no sentido de proteger as legítimas expectativas criadas na contraparte ou em terceiro.

Finaliza Anderson Schreiber (2005, p. 95), acerca dos fundamentos do “*nemo potest venire contra factum proprium*”:

A tutela da confiança atribui ao venire um conteúdo substancial, no sentido de que deixa de se tratar de uma proibição à incoerência por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, por meio da incoerência. A incompatibilidade ou contradição de comportamentos em si deixa de ser vista como o objeto da repressão para passar a ser tão somente o instrumento pelo qual se atenta contra aquilo que verdadeiramente se protege: a legítima confiança depositada por outrem, em consonância com a boa-fé, na manutenção do comportamento inicial. [...] Em outras palavras, é a tutela da confiança o fundamento contemporâneo do *nemo potest venire contra factum proprium*.

Prefere-se a consideração do “*nemo potest venire contra factum proprium*” como integrante do princípio expresso da boa-fé do que como princípio geral de direito, no sentido de facilitar a sua aplicação e não tão somente relegá-lo a uma função integradora do sistema, atuando em caso de lacunas. Tal enquadramento

é possível, tal qual se afirmara, em razão da função da boa-fé de controle do exercício de direitos.

Por derradeiro, as normas específicas que vedam o comportamento contraditório assumem o caráter meramente ilustrativo. São apenas exemplos.

Além disso, deve ser ressaltado que o princípio da boa-fé e as normas de proibição do comportamento contraditório têm o mesmo alcance – podem ser aplicados em todas as relações jurídicas, com as mesmas limitações.

Explicita Anderson Schreiber (2005, p. 98-99):

Na concepção vinculada à boa-fé, aqui adotada, o *nemo potest venire contra factum proprium* desempenha um papel mais amplo do que um princípio geral de direito, sendo aplicável a todas as relações que se incluam no âmbito daquela cláusula geral. A análise das normas específicas que proíbem o comportamento contraditório adquire, assim, valor meramente ilustrativo. E a referência ao *nemo potest venire contra factum proprium* como um princípio de proibição do comportamento contraditório ganha não o sentido clássico, de princípio geral de direito, entendido como meio subsidiário de integração de lacunas do sistema jurídico, mas tão somente o significado de um comando de conteúdo não-casuístico, genérico, abrangente de uma série relativamente ampla de situações. [...] A segunda consequência de se indicar a boa-fé como fundamento do *nemo potest venire contra factum proprium* e reflexo da primeira, é a necessidade de se admitir que o princípio de proibição do comportamento contraditório sofre as mesmas limitações que a cláusula geral na qual se insere. [...]

E finaliza Menezes Cordeiro (1984; p. 751):

Em suma: a proibição de *venire contra factum proprium* traduz a vocação ética, psicológica e social da regra *pacta sunt servanda* para a juspositividade, mesmo naqueles casos específicos em que a ordem jurídica estabelecida, por razões estudadas, por desadaptação ou por incompleição, lha negue. [...] O vincular uma pessoa às suas atitudes faz sentido, em particular, quando tenham um beneficiário; este, por seu turno, não poderia recusar as necessárias contrapartidas. As permissões normativas esgotar-se-iam no primeiro exercício e todo o relacionamento social converter-se-ia num edifício rígido de deveres irrecusáveis. A essência do jurídico contradiz, por si, tal possibilidade: numa crítica clássica, mas ainda actual, às tentativas de redução do Direito à sociologia, deve ter-se presente que o direito não sanciona o que está; tem uma vocação efectiva para dirigir, num sentido ou noutro, os comportamentos humanos.

A vedação ao comportamento contraditório, ao mesmo tempo em que dirige, num sentido ou em outro, os comportamentos dos indivíduos, é, ante todo o exposto, instrumento de realização do valor constitucional da confiança e da boa-fé.

### **8.3.1 As relações do “*nemo potest venire contra factum proprium*” com a teoria do abuso de direito**

Por ocasião dos capítulos 5 e 7 do presente estudo, já foram bem delineadas as noções da teoria do abuso de direito.

A teoria do abuso de direito se relaciona aos temas da boa-fé objetiva e da litigância de má-fé. Por conseguinte, não poderia deixar de ser levantada a sua conexão com o tópico da vedação da conduta contraditória.

Basicamente, a referida teoria preceitua que a existência de um direito não permite o exercício abusivo deste mesmo direito. O abuso de direito é um fato, o qual possui como causa originária a má compreensão do direito.

Ademais, a teoria do abuso de direito possibilita uma verdadeira correlação entre dois pontos de grande relevância no direito: a boa-fé objetiva e o exercício dos direitos subjetivos.

Uma parte não pode abusar de um direito que possui, nem de maneira proposital (assim se relacionando às lições da litigância de má-fé), nem tampouco desrespeitando um padrão de comportamento (e, por óbvio, desobedecendo a boa-fé objetiva).

Segundo a melhor doutrina, apesar de subsistirem divergências, a vedação do comportamento contraditório não deve ser considerada como uma espécie de abuso de direito e sim como um desdobramento do princípio da boa-fé, conseqüência da sua função de controle ao exercício dos direitos.

Nas palavras de Anderson Schreiber (2005, p. 104):

[...] Há autores que se referem ao comportamento contraditório como espécie do gênero abuso do direito. Um exame inicial da doutrina poderia conduzir ao problema de se verificar se o *venire contra factum proprium* consiste, dogmaticamente, em uma violação à boa-fé objetiva ou em uma espécie de abuso de direito. A discussão, embora alimentada por prestigiada doutrina, refere-se a um falso problema. Revela-o a própria compreensão da evolução histórica e do atual estágio do conceito de abuso de direito.

Sem mais delongas, pode se concluir que, o fato da norma de proibição do comportamento contraditório decorrer do princípio constitucional da boa-fé

objetiva não a transforma, automaticamente, numa espécie de abuso de direito. Claro que os institutos se encontram relacionados. Mas, tal qual já se dispusera no atual estudo, o ato abusivo é constatado no momento da violação do elemento axiológico da norma, qual seja, quando se desrespeita os valores contidos no ordenamento jurídico, atuando de forma contrária à ética, enquanto que, o comportamento contraditório se caracteriza quando o indivíduo pratica um comportamento lícito, mas incoerente com um comportamento outrora praticado (há a necessidade de dois comportamentos distintos).

Convém, mais uma vez, repisar que o princípio de vedação ao comportamento contraditório deve ser entendido como expressão da cláusula geral da boa-fé objetiva, em todas as relações jurídicas a que esta pode ser aplicável.

### **8.3.2 A utilidade do “*nemo potest venire contra factum proprium*”**

O “*venire contra factum proprium*” é um verdadeiro modelo de contrariedade ao princípio da boa-fé objetiva. Dispõe Anderson Schreiber (2005), que o instituto apareceria, ao lado de outras figuras, como um verdadeiro modelo concreto de comportamento contrário à boa-fé, específico na sua própria generalidade.

Todavia, o fato deste se configurar como um modelo de conduta contrária ao princípio da boa-fé objetiva não implica que a cláusula geral boa-fé esteja presa a um rol taxativo de comportamentos típicos, simplesmente pela razão de que toda cláusula geral tem um conteúdo indeterminado capaz de incidir sobre uma série não delimitada de situações, devendo sempre ser avaliado o caso concreto.

Persiste o mesmo autor (2005, p. 121-122):

Não se pretende, [...] reduzir a cláusula geral da boa-fé a um rol taxativo de comportamentos típicos, mas apenas fornecer alguns parâmetros razoavelmente seguros para a inadmissão de comportamentos a princípio lícitos. Como se sabe, toda cláusula geral tem, por definição, um conteúdo indeterminado capaz de incidir sobre uma série não-delimitada de situações e moldar-se às exigências particulares de cada caso concreto. Deve-se, todavia, evitar o risco de cair em generalizações demasiado retóricas e vazias de conceito, afastando qualquer chance de tratamento científico do tema e transformando um

instrumento jurídico-positivo em uma noção puramente argumentativa, sujeita à invocação de todas as partes, e, portanto, ineficaz ao alcance de qualquer solução para os conflitos concretos.

Ora, o fato de a boa-fé se caracterizar numa cláusula geral não impede que sejam delimitados outros temas, como é o caso do “*venire contra factum proprium*”.

Todos os temas decorrentes da boa-fé, da dignidade da pessoa humana e também da solidariedade (todos norteadores de nosso ordenamento jurídico) podem e devem ser desenvolvidos.

#### **8.4 Os pressupostos específicos para a caracterização do “*venire contra factum proprium*”**

Para a caracterização do “*venire contra factum proprium*” se faz mister a existência de alguns pressupostos específicos, quais sejam: o “*factum proprium*”, a legítima confiança, a contradição ao “*factum proprium*” e o dano efetivo ou potencial.

Muito já fora explanado acerca do “*venire contra factum proprium*” e da forma de sua aplicação no ordenamento jurídico, além de sua correlação com diversos temas, todos ligados à boa-fé e à tutela da confiança. Agora, passar-se-á a uma breve análise dos pressupostos para a sua configuração.

É conveniente apenas ressaltar, diante das lições de Menezes Cordeiro (1984, p. 759) que tais requisitos são necessários, mas não imprescindíveis, sendo que “a falta de algum deles pode ser suprida pela intensidade especial que assumam os restantes”.

##### **8.4.1 O “*factum proprium*”**

O “*factum proprium*” é o comportamento, a conduta inicial do indivíduo.

Assim conceitua Anderson Schreiber (2005, p. 127):

O *factum proprium* é, por definição, uma conduta não-vinculante. Torna-se vinculante apenas porque e na medida em que, despertando a confiança de outrem, atrai a incidência do princípio de proibição do

comportamento contraditório e impõe ao seu praticante a conservação do seu sentido objetivo. O *factum proprium* não consiste em ato jurídico no sentido tradicional; passa a produzir efeitos jurídicos somente por força da necessidade de tutelar a confiança legítima depositada em outrem. Em síntese, não é jurídico, torna-se jurídico.

Ora, trata-se de uma conduta não vinculante, que apenas se torna vinculante em razão de desperta uma expectativa legítima na outra parte, por decorrência lógica dos ditames de lealdade e confiança que devem nortear todas as relações jurídicas existentes.

Não é necessário que “*factum proprium*” seja juridicamente relevante, isto porque somente por força da incidência do “*venire contra factum proprium*” é que este comportamento terá conseqüências no mundo jurídico. Apenas é preciso que repercuta na esfera alheia (da contraparte ou de terceiro, conforme o caso analisado), gerando uma legítima confiança.

Dos ensinamentos de Anderson Schreiber (2005, p. 130), pode se extrair que se trata, inicialmente, de uma matéria fática e não jurídica:

Como o *nemo potest venire contra factum proprium* se funda na confiança e na solidariedade social, não se pode aceitar como *factum proprium* aquela conduta que não seja capaz de repercutir sobre outras pessoas. [...] Se um comportamento transcendeu a esfera de seu praticante e atingiu outras pessoas é uma questão que não pertence à ciência do direito, mas ao conhecimento dos fatos por si só. Não se trata de uma análise jurídica, mas de uma análise fática.

E, segundo Menezes Cordeiro (1984, p. 758), é responsável pelo “critério de imputação da confiança gerada e de suas conseqüências”.

#### **8.4.2 A legítima confiança**

Além da prática do “*factum proprium*”, é indispensável que este desperte na contraparte ou em terceiro uma legítima confiança na conservação de seu sentido objetivo.

Quanto a esta confiança, ensina Anderson Schreiber, ressaltando a relevância da análise do caso concreto para a sua constatação (2005, p. 134):

A confiança que se perquire aí não é um estado psicológico, subjetivo, daquele sobre quem repercute o comportamento inicial. Trata-se, antes,

de uma adesão ao sentido objetivamente extraído do *factum proprium*. Somente na análise de cada caso concreto será possível verificar a ocorrência ou não desta adesão ao comportamento inicial, mas servem de indícios gerais não-cumulativos: (i) a efetivação de gastos e despesas motivadas pelo *factum proprium*, (ii) a divulgação pública das expectativas motivadas, (iii) a adoção de medidas ou a abstenção de atos com base no comportamento inicial, (iv) o grau elevado de repercussão exterior, (v) a ausência de qualquer sugestão de uma futura mudança de comportamento, e assim por diante.

E, no mesmo diapasão Menezes Cordeiro (1984, p. 758), relacionando os dois pressupostos já explanados, leciona que é preciso “a actuação de um fato gerador de confiança, em termos que concitem interesse por parte da ordem jurídica” e “a adesão do confiante a este fato”, “um determinado investimento de confiança”.

A existência de um prejuízo sugere a caracterização da confiança. É preciso, contudo, que esta confiança seja legítima, ou seja, derive diretamente do comportamento inicialmente praticado.

O “*factum proprium*” deve ser passível de despertar uma legítima confiança em uma pessoa normal, colocada na posição de confiante e que este adira ao fato gerador desta confiança.

Menezes Cordeiro (1984) preceitua que são exigidos, simultaneamente, um elemento objetivo, qual seja, a realização de um fato gerador de legítima confiança e um elemento subjetivo, consubstanciado na adesão do confiante a este fato. E complementa que, ainda que exista o elemento objetivo, se o confiante não aderiu, por qualquer razão ao fato gerador, não é cabível qualquer proteção jurídica.

#### **8.4.3 A prática de um ato posterior contraditório. A contradição ao “*factum proprium*”**

É preciso a realização de um comportamento posterior, em contrariedade à conduta inicial a fim de que se possa ser aplicado o “*nemo potest venire contra factum proprium*”.

Ressalte-se que, por decorrência do princípio da boa-fé objetiva, faz-se desnecessário qualquer questionamento de ordem subjetiva. Em outras palavras, não há qualquer perquirição acerca da vontade da conduta do agente. Basta que

o ato posterior seja praticado em contrariedade com o comportamento ou conduta inicial para que se possa aplicar o “*nemo potest venire contra factum proprium*”.

Não existe qualquer necessidade de que este comportamento seja ilícito, mas, pelo contrário, este comportamento é lícito. Apenas se caracteriza como uma conduta contrária àquela anteriormente praticada. O problema se funda, basicamente, na incoerência.

Consoante Anderson Schreiber (2005, p. 138):

[...] Há o aspecto aparentemente lícito do comportamento contraditório. Isto porque se a contradição à conduta inicial se dá por meio de um ato que o ordenamento jurídico já considera lícito, as sanções a este ato decorrerão de uma eventual proteção à confiança e à solidariedade nas relações sociais. [...] Havendo ilicitude não se faz necessária a aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório, por se tratar de ato combatido, com maior propriedade, pelas normas específicas que o sancionam. O *venire contra factum proprium* consiste em uma conduta aparentemente lícita, que se torna abusiva ou, na dicção do artigo 187 do Código Civil, ilícita, apenas no sentido em que violam por força da própria contradição, a confiança legítima de outrem e a boa-fé objetiva.

E continua (2005, p. 141):

Em síntese, portanto, quando se fala em um comportamento contraditório ao *factum proprio* o que se está a exigir é o exercício de uma conduta, aparentemente lícita, em contrariedade com uma conduta adotada anteriormente. Não é necessário que se trate tecnicamente de uma pretensão, nem que seja o comportamento contraditório deduzido em juízo ou praticado no âmbito processual. O que se exige, em síntese, são apenas dois comportamentos entre os quais se verifique contradição.

Tal qual já se dispôs em momento oportuno, trata-se de um comportamento lícito, mas que viola a tutela da confiança. Em toda e qualquer relação jurídica que houver o rompimento da confiança pela prática de uma conduta posterior, seja um contrato ou mesmo em sede de processo, privada ou pública, haverá a incidência do princípio da boa-fé objetiva, através da vedação do comportamento contraditório.

A contradição, por oportuno, deve ser entendida como a incompatibilidade existente entre os objetos dos dois comportamentos praticados.

É conveniente ressaltar a discussão doutrinária existente acerca da necessidade de um lapso temporal entre os dois comportamentos.

Num primeiro turno, deve se firmar a premissa de que a quantidade de tempo, ou seja, a extensão temporal entre os dois comportamentos é irrelevante. Posteriormente, é imprescindível se atentar que, os comportamentos contraditórios podem ser simultâneos, e, ainda assim, possibilitar a aplicação do “*nemo potest venire contra factum proprium*”, isto porque, ainda que simultâneos, é possível que o ato inicial desperte a legítima confiança e que a repercussão sobre aquele que invoca a o “*nemo potest venire contra factum proprium*” tenha se dado em momentos distintos.

#### **8.4.4 O dano efetivo ou potencial**

O que se pretende com a aplicação do “*nemo potest venire contra factum proprium*” é evitar a ocorrência de um dano àquele que legitimamente confiou num comportamento de outrem. Por derradeiro, não se pode perder de vista que é deveras importante a existência de um dano ou da ameaça de um dano (efetivo ou potencial).

Conforme reza Anderson Schreiber (2005, p. 145), o que se pretende com o “*nemo potest venire contra factum proprium*” é “prevenir ou reparar danos, protegendo aquele que legitimamente confiou na coerência alheia”.

Mas deve se salientar que basta o dano potencial.

Também não é necessário que sejam sempre danos patrimoniais. Os danos morais podem ser perfeitamente decorrentes da ruptura da legítima confiança.

#### **8.5 O impedimento da conduta contraditória e a possibilidade de reparação dos danos causados**

Deve se atentar que, muito mais hábil é prevenir, impedir a ocorrência da conduta contraditória em qualquer que seja a relação jurídica do que impor o ressarcimento dos prejuízos causados em momento posterior.

Nas palavras de Anderson Schreiber (2005, p. 155-156):

E, de fato, é mais eficiente, sob o ponto de vista da composição de conflitos de interesses e da tutela da confiança, impedir, com anterioridade, o *venire contra factum proprium*, que impor o posterior ressarcimento dos prejuízos resultantes da conduta incoerente.

A norma de proibição do comportamento contraditório possuiria um caráter muito mais preventivo do que repressivo, atuando no contexto da legislação moderna, em que se visa, cada vez mais a criação de instrumentos de prevenção dos danos, tais como a execução específica, a tutela antecipada, entre outros.

Neste sentido, continua o referido autor (2005, p. 156):

A norma de proibição do comportamento contraditório tem assim um caráter primordialmente preventivo, que se confraterniza com as mais festejadas teorias do direito contemporâneo. Com efeito, a complexificação da vida social, sem reformas profundas da estrutura do direito processual e do próprio Poder Judiciário, tem gerado, por toda parte, vicissitudes relacionadas à lentidão das soluções jurisprudenciais e à dificuldade de acesso à justiça. É como reação a tais vicissitudes que a legislação processual mais recente vem ampliar as hipóteses de antecipação de tutela, as possibilidades de execução específica e monitoria, e os meios alternativos de solução de conflitos, em especial a arbitragem. No âmbito do direito civil, entre outras medidas, tem se atribuído uma importância cada vez maior aos instrumentos de prevenção de danos, e o *nemo potest venire contra factum proprium* sintoniza-se com esta tendência.

Por conseguinte, pode se concluir que a sanção primordial ao comportamento contraditório seria a inadmissão ou o impedimento do exercício de determinada situação jurídica subjetiva em violação à boa-fé e à legítima confiança.

Mas, explicam, ainda, Anderson Schreiber (2005) e Menezes Cordeiro (1984) que a paralisação da conduta contraditória, embora recomendável, muitas vezes não seria possível, por uma série de motivos: primeiro porque a tutela jurisdicional nem sempre chega a tempo de obstar o exercício da conduta incoerente; segundo, porque ainda que chegue a tempo a referida tutela, pode ser que o órgão julgador opte por admitir a conduta contraditória, ainda que ilegítima, em atenção a outros valores protegidos em maior grau pelo ordenamento civil-constitucional; e, por último, tem-se a situação que, ainda que seja reconhecida a conduta contraditória, pode ocorrer, na prática, a violação deste comando jurisdicional.

Neste sentido, todas as vezes em que não se puder impedir a ocorrência do comportamento contraditório, e se encontrar caracterizada a violação à tutela

da boa-fé e confiança, surgirá, para a vítima, o direito à indenização pelos prejuízos causados. Trata-se da sanção secundária ou supletiva, decorrente dos ditames genéricos de nosso ordenamento jurídico.

Nas palavras de Anderson Schreiber (2005, p. 158-159):

É certo que o dano eventualmente causado por um *venire contra factum proprium* deve ser ressarcido. Alguns autores sustentam, todavia, que tal conclusão não deriva de qualquer elemento ou característica do *venire contra factum proprium*, mas da “regra geral” de que todo dano injustificadamente causado merece ressarcimento. [...] De fato, sendo o comportamento contraditório violador da confiança tomado como um comportamento abusivo, a vítima está, exatamente por esta razão, habilitada a obter indenização.

Basta que sejam provados todos os elementos caracterizadores da responsabilidade civil (ação ou omissão do agente, nexos de causalidade e dano) para que haja o dever de indenizar. Ou seja, provando-se que o prejuízo da vítima é conseqüência direta de uma conduta contraditória de outrem, e que houve a lesão à tutela da confiança, haverá o direito ao ressarcimento dos danos.

Não é preciso que se demonstre a culpa ou qualquer estado subjetivo daquele que praticou o “*venire contra factum proprium*”.

Ressalta Anderson Schreiber (2005) que se poderia enfrentar a questão como uma forma de abuso de direito, por violação à boa-fé objetiva, nos termos do disposto no artigo 187 do Código Civil.

Também é importante repisar que muito se discute na doutrina acerca da possibilidade de ser pleiteado o desfazimento da conduta contraditória.

Ora, ante todo o exposto, não é difícil se concluir que o desfazimento do comportamento pode ser tomado como uma verdadeira modalidade de reparação do prejuízo causado à vítima e deve ser possibilitado ante a tendência do direito contemporâneo de privilegiar a real satisfação dos interesses em conflito e a execução específica.

## **8.6 A conduta contraditória e o processo civil**

Já se explanara acerca do surgimento da vedação do comportamento contraditório, do seu conteúdo, da forma de caracterização e aplicação do “*venire*

*contra factum proprium*” e as suas relações com a tutela da confiança e os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e boa-fé objetiva, que norteiam o ordenamento jurídico pátrio.

Ponderou-se que, ao mesmo tempo em que se é correto afirmar que a boa-fé objetiva tem fundamento constitucional, também o é com relação à vedação da conduta contraditória. E que, por tal motivo, a aplicação de suas noções não se restringiria ao âmbito contratual ou obrigacional, mas, pelo contrário, estender-se-ia a todas as relações jurídicas, fossem elas públicas ou privadas.

Se a aplicação de suas noções é estendida a todas as relações jurídicas, é óbvio que também deverá sê-la ao processo civil.

As partes também não podem adotar comportamentos contraditórios durante o período em que se encontram litigando em juízo, isto porque, como já foi assentado diversas vezes no presente estudo, atuam como colaboradores da justiça. Isto é, não podem simplesmente, de maneira desregrada e desleal buscarem a satisfação de seus direitos, mas devem atuar com um mínimo ético, respeitando a confiança depositada pela contraparte.

As partes são obrigadas a respeitar o princípio da boa-fé objetiva enquanto atuam em juízo e, por conseguinte, o *“venire contra factum proprium”*.

O tema se relaciona ao abuso de direito e à prevenção e repressão do exercício inadmissível de posições jurídicas, cujas nuances específicas em sede de processo civil serão melhores aclaradas no capítulo seguinte.

## 9 A BOA-FÉ OBJETIVA E O PROCESSO CIVIL

### 9.1 As mudanças sociais, o direito e o princípio da boa-fé objetiva

A sociedade vive em constante evolução. O direito, que atua como instrumento regulador dos comportamentos sociais, por derradeiro, sempre tende a acompanhar as mudanças promovidas neste meio social.

A vida em comunidade, como prontamente se prescreveu neste estudo, implica na necessidade de uma série de regramentos aos comportamentos humanos. As regras jurídicas são as responsáveis por esta regulamentação.

Uma das conseqüências desse desenvolvimento foi o surgimento do princípio da boa-fé objetiva, assim como os da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

Como pondera Anderson Schreiber (2005, p. 79), este princípio reflete os valores da sociedade contemporânea, menos obcecada na proteção da autonomia privada e da liberdade, sensível e obediente à noção de solidariedade. Em suas próprias palavras:

[...] Na esteira da ótica da solidariedade que se consolidou ao longo do século XX, a boa-fé alcançou amplo desenvolvimento, na medida em que os juristas e legisladores das diversas nações iam se sensibilizando à necessidade de conter o exercício desenfreado da autonomia privada dos contratantes.

Não existe qualquer divergência de que a boa-fé objetiva se caracteriza, em uma de suas múltiplas facetas, como um verdadeiro princípio jurídico, mais precisamente, um princípio constitucional.

Por Brunela Vieira de Vicenzi (2003, p. 162):

A boa-fé objetiva também está na Constituição Federal. Sem rebouços, quando o constituinte estabeleceu que são princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Art 1º, IV) e que constitui objetivo fundamental da República, entre outros, construir uma sociedade livre, justa e solidária (Art 3º, I), está elevando a um grau máximo o dever de cooperação e lealdade no trato social, no desenvolvimento da economia por todos os seus meios.

Por conseguinte, para a melhor compreensão desta sua face, houve uma detalhada explanação acerca das conceituações de princípios, suas funções e relevância em nosso sistema.

Em linhas gerais, pode se lembrar que os princípios constitucionais são as normas que o legislador constituinte concebeu como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica instituída; os valores mais acentuados, condicionantes de toda interpretação e aplicação desta.

A boa-fé objetiva, por sua vez, pode ser vislumbrada como um valor, norteador de todo o ordenamento jurídico, isto porque se exprime 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 sociais. Caracteriza-se como um verdadeiro instrumento jurídico capaz de conformar o direito civil aos valores constitucionais.

Essa idéia pode ser bem traduzida nos dizeres de Brunela Vieira de Vicenzi (2003, p. 158):

A regra da boa-fé objetiva, por seu turno, vem estabelecer e definir novos limites para o exercício dos direitos. Com sua aplicação em cada caso concreto, o sistema jurídico ajusta sua solução ao mundo dos fatos (output); e, assim, além de pacificar o conflito – por meio de um processo judicial na maioria das vezes – realiza também o escopo educativo da jurisdição.

Trata-se de um princípio constitucional implícito, que possui incidência em todas as relações jurídicas. Não fica adstrito ao campo do subjetivismo, mas pelo contrário, relaciona-se a três âmbitos: cânone hermenêutico integrativo, criação de deveres jurídicos anexos, controle ou limitação ao exercícios de direitos subjetivos.

E continua o referido autor (2003, p. 159):

Com efeito, para que o princípio da boa-fé não fique vinculado a critérios subjetivos somente (quando então, caberia ao juiz a busca da vontade das partes), indica-se que sua aplicação seja feita em três âmbitos distintos: (i) como cânone hermenêutico-integrativo; (ii) como criador de deveres jurídicos; (iii) como limite ao exercício de direitos subjetivos.

A seguir, explanar-se-á sobre a correlação entre a boa-fé objetiva e o processo civil, concluindo e integrando todos os temas propostos ao longo do trabalho.

## **9.2 O princípio da boa-fé objetiva e as funções da boa-fé**

A aplicação do princípio da boa-fé está diretamente vinculada às funções da boa-fé.

A boa-fé possui três funções bem delineadas: a interpretativa, a integrativa e a criadora dos deveres jurídicos.

De acordo com a primeira delas, consubstanciada no artigo 113 do novo Código Civil, a lei, o contrato ou qualquer outra relação jurídica são interpretados de modo a adequá-los a regras éticas, é a forma pela qual o operador do direito preserva a finalidade econômico-social de toda e qualquer relação jurídica.

Nesta interpretação não há qualquer consideração ou perquirição da vontade íntima das partes quando das relações jurídicas. Em outras palavras, caracteriza-se como integrativa e não valorativa. O intérprete deve impedir que o ato atinja finalidade contrária àquela que seria lícito se esperar.

Num segundo momento, a aplicação do princípio da boa-fé se encontra na integração. Relaciona-se ao exercício dos direitos subjetivos. Consoante o já citado entendimento de Flávio Alves Martins (2000), a boa-fé constitui o princípio genérico suscetível de fornecer soluções concretas, de fecundar a adequação da lei ao caso particular, explicitando os deveres de comportamento.

E completa Brunela Vieira de Vicenzi (2003, p. 161):

Aplica-se o princípio da boa-fé para limitar o exercício de posições jurídicas de forma abusiva, ou seja, para impedir que o exercício de um direito subjetivo cause prejuízos à sociedade ou a outros sujeitos, amparando-se o agente numa suposta legalidade, ficando, assim, isento de responsabilidade sob a alegação – injusta – de exercício regular de direitos.

A função da boa-fé como modalidade de controle ao exercício abusivo dos direitos possui pontos de contato com os temas da lealdade processual, do abuso de direito e da vedação do comportamento contraditório.

Noutra oportunidade, prontamente se salientou de que o seu objetivo precípua é impedir o exercício de direitos ou de posições jurídicas em contrariedade à recíproca lealdade e confiança que deve permear as relações jurídicas.

Nos dizeres de Anderson Schreiber (2005, p. 83):

A terceira função geralmente atribuída à boa-fé objetiva é a de impedir o exercício de direitos em contrariedade à recíproca confiança que deve imperar nas relações jurídicas privadas. Trata-se de uma aplicação da boa-fé em seu sentido negativo ou proibitivo: vendando comportamentos [...].

No processo civil, não poderia se olvidar que a boa-fé atua como um limite ao exercício dos direitos subjetivos. São vedados determinados comportamentos em juízo (tal qual verificar-se-á mais adiante).

Por derradeiro, a última aplicação e função decorrente do princípio da boa-fé se consubstancia na criação de deveres anexos em qualquer que seja a relação jurídica. Trata-se de deveres secundários, não previstos expressamente pelas partes, tais como os de lealdade, informação, cooperação ou colaboração, segurança, entre outros. Estes deveres têm por fim assegurar a finalidade da relação jurídica em questão, exigindo-se das partes um determinado comportamento padrão. Ainda que a relação jurídica não consagre expressamente tais deveres, a sua não observância pode implicar, inclusive, em responsabilidade das partes, sejam elas litigantes ou contratantes.

Quanto a esta função criadora, pondera, ainda Anderson Schreiber (2005, p. 82):

Na verdade, os deveres anexos – também chamados de acessórios, instrumentais, ou tutelares – variam de acordo com cada relação jurídica concreta da qual decorram, e a precisa identificação do seu conteúdo é, em abstrato, inviável. Isto não apenas o mantém a salvo de qualquer tipificação, mas também conserva o caráter aberto da cláusula geral da boa-fé objetiva.

Uma vez repisadas tais funções, cabe agora se atentar que a aplicação do princípio constitucional da boa-fé objetiva sempre se opera através da cláusula geral da boa-fé, expressamente consubstanciada em nosso diploma material civil e que, ademais, a sua aplicação não mais se trata de uma hipótese subjetiva, de acordo com a discricionariedade do magistrado, mas sim de simples verificação

dos postulados ensejadores de sua aplicação, nas palavras de Brunela Vieira de Vicenzi (2003, p. 161) “quando nasce o dever do julgador de corrigir situações jurídicas insustentáveis e incorretas”.

Do mesmo modo, afirmou-se que, em sendo a lealdade processual e o princípio da vedação do comportamento contraditório conseqüências do princípio da boa-fé, também devem atuar através desta mesma cláusula geral.

### **9.3 O princípio jurídico e a aplicação da cláusula geral da boa-fé**

O sistema jurídico brasileiro é aberto.

Os princípios constitucionais são tidos como valores supremos de todo o ordenamento jurídico.

A boa-fé objetiva se caracteriza como um princípio constitucional implícito.

As cláusulas gerais, por sua vez, relacionam-se diretamente aos princípios jurídicos, constituindo-se no instrumento legislativo que permite a entrada, no ordenamento, de princípios valorativos expressos ou implícitos (em especial, os constitucionais) e máximas de conduta. Ou seja, as cláusulas gerais permitem que princípios e valores tidos tradicionalmente como metajurídicos sejam alocados aos códigos, efetivados. Por derradeiro, o princípio da boa-fé é efetivado através da cláusula geral da boa-fé.

O novo Código Civil (artigos 113, 422 e 187) e também o Código de Defesa do Consumidor (artigos 4º, inciso III e 51, inciso IV) contemplam esta cláusula geral da boa-fé.

Ressalte-se que, para alguns doutrinadores, por ser a boa-fé um princípio não expresso em nosso ordenamento, deve ser aplicada em consonância com o disposto no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, tratada como forma de analogia ou considerada como costume ou princípio geral do direito.

A propósito, os dizeres de Brunela Vieira de Vicenzi (2003, p. 162), quanto à aplicação do princípio da boa-fé objetiva:

Ademais, mesmo que não se entenda que seja um princípio expresso no ordenamento jurídico pátrio, a utilização da boa-fé objetiva pelos aplicadores do direito há de ser feita em consonância com o disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que, em caso de lacunas, determina a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios

gerais do direito. Destarte, a aplicação da boa-fé objetiva pode ser feita com analogia aos artigos mencionados. Também, pode se dizer, a aplicação da boa-fé objetiva é costume no direito brasileiro – mesmo que não seja ‘objetivamente’ – e, por fim, não se negue, a boa-fé é princípio geral do direito que não pode ser deixado de lado quando dos julgamentos.

Ora, data vênua as louváveis posições em contrário, deve prevalecer o entendimento de que a aplicação da boa-fé se opera através de cláusulas gerais, haja vista que, conforme ensina Nelson Nery (2005), tais cláusulas detêm função instrumentalizadora. Aplicar o instituto de outra forma seria negar a importância das cláusulas gerais (que se consubstanciaram na opção do legislador civil contemporâneo) e relegá-lo apenas à função de preenchimento de lacunas, o que é equivocado.

Em nível de complementação, preceitua-se que, através da cláusula geral da boa-fé é que se faz atuar a tutela da confiança, as noções de abuso de direito e a vedação da conduta contraditória no ordenamento jurídico pátrio. Diz-se que a cláusula geral da boa-fé se relaciona ao exercício inadmissível de posições jurídicas.

Por Brunela Vieira de Vicenzi (2003, p. 164):

A aplicação corretiva da regra da boa-fé objetiva diz respeito não só ao exercício de direitos subjetivos, como de um sem-número de posições jurídicas exercidas numa relação jurídica: poderes, faculdades, ônus, direitos potestativos e deveres. Por tal razão, transcendeu-se da nomenclatura de origem jussubjetiva – abuso do direito – para o exercício inadmissível de posições jurídicas.

Essas diversas posições jurídicas podem ocorrer em qualquer que seja a relação jurídica.

#### **9.4 Análise da influência da posituação da boa-fé objetiva no Código Civil de 2002**

Muito já fora explanado acerca da influência exercida pelo Código Civil de 2002, especialmente com relação à posituação da cláusula geral da boa-fé objetiva nos ditames do processo civil brasileiro.

Passa-se a uma análise detalhada deste tema.

#### **9.4.1 Precedentes. A positivação no Código de Defesa do Consumidor**

Num primeiro turno, é necessário que sejam lembradas e, agora, tão somente complementadas e contextualizadas as noções históricas dispostas por ocasião do capítulo 2.

O Código Beviláqua não fazia qualquer menção ao instituto da boa-fé objetiva como cláusula geral, contando apenas com simples menções à boa-fé subjetiva e sendo inexistente, conforme ensinam Sônia Regina Negrão e Angélica Bezerra Manzano Guimarães (2005) “qualquer adstrição das partes a deveres de conduta”.

Pondera Nelson Rosenvald (2005, p. 84), que, no máximo, poderia ser vislumbrado, de forma implícita, a boa-fé objetiva como princípio geral do direito ou conceito jurídico indeterminado e ressalta as dificuldades advindas de um modelo fechado:

No que concerne à boa-fé, o Código Civil de 1916 não a regravava como cláusula geral, sendo tratada como princípio geral do 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 no campo obrigacional. O modelo fechado e dedutivo não era capacitado a alcançar os anseios éticos que propiciaram o desenvolvimento do modelo. As mesmas razões explicam a ineficácia do princípio da boa-fé nas relações comerciais, não obstante a expressa e pioneira alusão a ela no hoje revogado art. 130 do Código Comercial de 1850.

Todavia, o novo Código Civil não foi o primeiro diploma a contar com a positivação da boa-fé objetiva em nosso ordenamento, posto que, antes dele, o Código de Defesa do Consumidor já havia cumprido este mister.

Explica João Hora Neto (2005):

Em verdade, considerado a lei rejuvenescedora do Direito Civil Brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor foi quem, pela vez primeira, positivou expressamente a boa-fé objetiva no ordenamento jurídico pátrio, mencionando-a em dois momentos, sendo o primeiro no capítulo da política nacional de relações de consumo (artigo 4º, III) e o segundo na seção das cláusulas abusivas (artigo 51, IV).

E complementa Nelson Rosendal (2005, p. 85):

A edição do Código de Defesa do Consumidor representou um corte epistemológico, pois a boa-fé assumiu a posição de modelo de comportamento no direito humano. Mas o que se pretende agora com a inserção definitiva da boa-fé no ordenamento privado é que os operadores do direito possam apoiar argumentações há muito desenvolvidas (v.g. adimplemento substancial, teoria da base objetiva do negócio) em normas expressas em código.

No primeiro dispositivo, a boa-fé foi expressa em sua acepção de princípio, ao passo que, no segundo, cristalizou-se como verdadeira cláusula geral.

*In verbis*, preceituam, respectivamente:

Artigo 4º: A Política Nacional das relações de Consumo tem por objetivos 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. 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.

A boa-fé representou o estabelecimento de um nível mínimo e objetivo de cuidados, de respeito e de tratamento leal com a pessoa do parceiro contratual e seus dependentes, qual seja, com a pessoa do consumidor, parte vulnerável da relação de consumo. Reconheceu-se a boa-fé como modelo de comportamento.

Já se elaborou uma distinção detalhada acerca das diferenciações da boa-fé objetiva em suas múltiplas facetas, seja como princípio ou cláusula geral. Por hora, apenas é pertinente a observação de que, ao estampar o instituto como princípio e cláusula geral dentro do diploma consumerista, o legislador entendeu e acatou a referida distinção, já facilitando a aplicação e a efetivação da boa-fé objetiva no caso concreto.

Pondera Anderson Schreiber (2005) que esta aplicação inicial nas relações de consumo, acabou por inserir na boa-fé um caráter protetivo, pró-consumidor, que não era inerente ao seu conteúdo dogmático, mas compunha a finalidade

normativa do próprio código consumerista. A jurisprudência se habituou a invocar o instituto, ao lado de outros instrumentos específicos, como justificativa de uma decisão favorável ao consumidor.

Hoje, o caráter protetivo se encontra superado.

Essa positivação, todavia, apesar de importante, não teve profundas influências no processo civil, ficando restrita ao âmbito das relações de consumo, razão pela qual é mais importante a análise daquela constante no diploma material civil.

#### ***9.4.2 A positivação da boa-fé no Código Civil de 2002. O direito constitucional civil. O direito constitucional processual civil***

Apesar de todas as críticas dirigidas ao novel diploma civil, fundamentadas na sua longa tramitação legislativa (de quase 30 anos) ou na possibilidade deste resultar num retrocesso político, social e jurídico, visto que não trata de questões como bioética ou engenharia genética, o fato é que a sua edição e promulgação representou o abandono de uma visão fechada de ordenamento jurídico, com os anseios de maior flexibilidade, maior importância à figura do juiz e o estabelecimento de cláusulas gerais, sendo que a positivação da boa-fé objetiva foi apenas um dos avanços catalogados.

Cabe lembrar o entendimento de Sônia Regina Negrão e Angélica Bezerra Manzano Guimarães (2005), de que, o novo Código Civil representou uma alteração no aspecto ideológico do ordenamento, firmando as diretrizes já citadas, da eticidade, sociabilidade e operabilidade, bem como a superação do formalismo jurídico e a orientação de que “a pessoa é o valor-fonte de todos os valores jurídicos”.

A expressa consagração da boa-fé objetiva se inseriu neste contexto, de fixação de novos valores e ideais, já que a eticidade se conceitua exatamente como a “prioridade dada à equidade, à boa-fé, à justa causa e outros critérios éticos na solução de conflitos”.

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 processual. Se outrora, apenas podia ser aplicada de forma implícita e tangencial, hoje, não existe qualquer dúvida ou mesmo discricionariedade quando da sua aplicação.

A boa-fé objetiva se acha inserida no novo Código Civil enquanto um princípio, de cunho social, decorrente do contexto pós-Constituição de 1988 (que o engloba como um princípio constitucional implícito, valor fundante e essencial de todo o ordenamento jurídico) estampado que se acha pela cláusula geral disposta nos artigos 113, 187 e 422.

Pondera Anderson Schreiber (2005, p. 86) que a boa-fé acaba refletindo “sobre todo o direito civil, e sobre o direito de uma forma geral”.

A positivação da boa-fé objetiva, além de ter possibilitado o desenvolvimento de temas correlatos, como o do próprio conteúdo, o das funções e dos deveres da boa-fé, além da vedação do comportamento contraditório, já largamente mencionados e explicitados, representou a mais clara expressão da moderna civilística, da qual decorre a ressystematização do sistema jurídico civil, a partir da Constituição Federal, enquanto vértice norteador do ordenamento jurídico, e não mera base deste.

Nos dizeres de João Hora Neto (2005), “é o chamado Direito Civil Constitucional, ou seja, a legislação civil lida e interpretada à luz do Texto Constitucional e não o inverso”.

E, no mesmo sentido Anderson Schreiber (2005) entende que o panorama atual revela um contexto em que o direito civil e todas as suas categorias fundamentais está sendo repensado.

Alcançou-se o ápice da distinção entre as duas vertentes de boa-fé. Mais nenhuma dúvida pode ser levantada. A boa-fé objetiva se refere a um padrão mediano de conduta, enquanto que a boa-fé subjetiva se relaciona à crença errônea, ao estado de ignorância de uma pessoa, discutindo sempre a intenção quando da realização ou não de um determinado comportamento.

Ainda que o processo se configure como uma relação jurídica de direito público, não há como não se admitir a influência da boa-fé objetiva, haja vista que se trata, definitivamente, de uma relação jurídica.

Ademais, caracterizando-se a boa-fé objetiva como a lealdade, ligada está ao tema da lealdade processual.

Se é exigido um comportamento ético e padrão das partes litigantes e dos intervenientes, é exigido o respeito à boa-fé objetiva.

Do mesmo modo, é vedada a prática de qualquer conduta contraditória em sede da disputa em juízo (conseqüência da função da limitação do exercício de direitos, especialmente, na órbita processual).

Acrescente-se a isso a existência dos deveres de colaboração e cooperação com a correta administração da justiça, já mencionados no presente estudo. Tratam-se de deveres anexos, secundários, acessórios, decorrentes, por óbvio, (das funções) da boa-fé.

Ora, se o direito civil deve ser interpretado à luz da Magna Carta e admitir os seus preceitos, visando efetivá-los, solução diversa não deve ser conferida ao direito processual civil.

O diploma processual também deve ser interpretado de acordo com a lei maior, o que significa admitir a existência e proceder a efetivação da boa-fé objetiva. Trata-se do “Direito Constitucional Processual Civil”.

### **9.5 O processo como relação jurídica e a incidência da boa-fé objetiva**

O processo, como se verificou por ocasião do capítulo 6, caracteriza-se como uma verdadeira relação jurídica, uma vez que impõe direitos e deveres, ônus e faculdades aos seus integrantes, mediante a observância do direito e do contraditório.

Consubstanciando-se em uma relação jurídica, da qual são partícipes as partes e o Estado-juiz, há a aplicação da regra objetiva no intuito de coibir exercícios inadmissíveis nas posições jurídicas.

Tal qual leciona Brunela Vieira de Vicenzi (2003), embora o processo se trate de uma relação jurídica de direito público, enseja posições imperativas que, se exercidas de maneira exagerada ou incorreta, impedem ou alongam em demasia o tempo necessário para a realização do direito material.

Em outras palavras, ainda que o processo, como não se nega, trate-se de uma relação jurídica de direito público, faz-se necessário um comportamento padrão, mediano, das partes, no intuito de assegurar o direito discutido em juízo num tempo razoável e atingir os reais escopos da jurisdição, qual seja, a

pacificação com justiça. Da mesma forma que se exige um padrão de comportamento, também se impera que não pratiquem comportamentos controvertidos.

Conforme doutrina Menezes Cordeiro (2001), há a aplicação da regra da boa-fé em consonância com a exigência dos deveres de lealdade das partes litigantes no sentido de proteger a confiança e propiciar a manutenção de relações jurídicas subjacentes.

Impede-se o exercício de posições lícitas contrárias à expectativa ou confiança criada na relação jurídica. O juiz não deve se comportar como expectador do embate entre as partes litigantes, e sim promover a efetivação dos direitos no caso concreto, através das cláusulas gerais, especificamente a cláusula geral da boa-fé, pacificando com justiça. Relaciona-se, por óbvio, ao tema da vedação do comportamento contraditório (a legítima confiança despertada na contraparte não poderá ser desrespeitada).

Aponta Brunela Vieira de Vicenzi (2003, p. 165):

[...] Cuida-se de tutelar uma situação jurídica num contexto muito mais amplo do que aquele em que é exercida determinada posição jurídica pelo sujeito. A intenção é de proteger um valor mais importante em detrimento de outro, mesmo que lícitamente exercido. Neste ponto, precisamente, observa-se a interferência da sociedade – e de seus valores – no sistema jurídico.

Já se afirmou, por diversas vezes, que os princípios são os valores mais elevados de um ordenamento jurídico.

A boa-fé é um princípio constitucional implícito. Os princípios possuem incidência em todas as relações jurídicas, inclusive no processo.

Logo, é inegável a influência direta do princípio da boa-fé em todas as relações jurídicas processuais, ainda que se tipifiquem como relações jurídicas tuteladas pelo direito público. A aplicação se sustenta na proteção da confiança das partes, para promover a efetivação dos direitos no caso concreto e para combater o formalismo.

Assevere-se que, na sociedade contemporânea, a tutela da confiança norteia todo o ordenamento jurídico.

A exigência da boa-fé objetiva às partes litigantes se encontra em perfeita harmonia com o artigo 14 do Código de Processo Civil, que enumera uma série

de deveres, os quais podem ser reduzidos ao princípio básico de que todas as pessoas devem colaborar com a administração da justiça, fazendo valer as suas razões, porém, atuando de forma leal. A honestidade e um mínimo de eticidade são exigidos de todo ser humano mediano.

### **9.5.1 A boa-fé no artigo 14 do Código de Processo Civil**

Por ocasião do capítulo 6 do atual estudo, também foram esboçadas as primeiras noções acerca da boa-fé exigida no artigo 14 do Código de Processo Civil.

Conforme ensina José Roberto dos Santos Bedaque (2004), todos os deveres impostos às partes litigantes, aos intervenientes e aos procuradores no transcurso de um processo, especificamente de um processo civil, podem ser resumidos e expressados nos deveres de lealdade e boa-fé.

Também já se ressaltava que a liberdade das partes e de seus procuradores para que defendam os seus respectivos interesses em juízo deve se desenvolver em consonância com os postulados éticos e morais.

Nas palavras do doutrinador mencionado (2004; p. 83-84):

Processo é instrumento estatal destinado à justa solução de controvérsias. Na medida do possível, a tutela jurisdicional deve assegurar a quem tem direito exatamente o direito que possui. Nem mais, nem menos. Por isso, imprescindível seja reproduzida, com maior fidelidade possível, a situação de direito material em crise, a fim de que o julgador, com a colaboração das partes e de seus procuradores, possa atuar corretamente a regra, eliminar o litígio e pacificar. [...] É fundamental, todavia, que essa atuação atenda à boa-fé e a princípios éticos, postulado aplicável a todos os sujeitos do contraditório instaurado perante o juiz, isto é, autor, réu e interveniente. [...] A lealdade processual é imprescindível ao bom funcionamento do instrumento instituído pelo Estado para a solução de controvérsias.

Ora, o tema da boa-fé está intimamente relacionado à exigência de lealdade processual (tanto que são mencionados exatamente no mesmo inciso do dispositivo do diploma processual).

Para Brunela Vieira de Vicenzi (2003, p. 167):

A boa-fé, [...] é regra expressa do direito processual civil brasileiro, pois proceder com boa-fé é considerado um dever das partes e de todo

aquele que de alguma forma participar do processo. Ademais, a boa-fé é princípio que permeia o direito processual civil. [...] Na concepção corrente, portanto, a boa-fé no processo civil funciona apenas como norma de conduta, baseada no homem honesto. [...]

E complementa que “em que pese às distinções, a regra da boa-fé é norma de conduta universal e é possível verificar sua aplicação nos mais variados campos do direito contemporâneo”.

Salientou-se, em demasia, que a boa-fé objetiva é tida como boa-fé lealdade e honestidade.

Ressaltou-se da incidência do princípio da boa-fé em todas as relações jurídicas através da cláusula geral da boa-fé.

O processo é uma relação jurídica que possui incidência desse referido princípio. Aliás, o processo insta por atuações leais e honestas.

Por derradeiro, conclui-se que o Código de Processo Civil, no seu artigo 14, encampa tanto da boa-fé subjetiva quanto da boa-fé objetiva, isso porque, enquanto, com relação à primeira, cataloga no artigo 17 as condutas tidas como litigância de má-fé (e que, como visto, exigem a intenção malévola), na segunda, exige-se um comportamento padrão das partes litigantes e intervenientes. Nesta, a boa-fé é norma de conduta.

Segundo já se observou, inclusive mencionando o entendimento de Hélio de Ângelis (2000), o ordenamento não pode ficar adstrito apenas à visão subjetiva, posto que, se o nosso ordenamento jurídico se restringisse totalmente à análise do subjetivismo do litigante para caracterizar a má-fé, seria praticamente impossível a aplicação de sanções pelo descumprimento dos deveres processuais.

Atente-se que a boa-fé do litigante é sempre presumida. Parte-se sempre da idéia de que a parte estará agindo conforme os ditames da honestidade, segundo os princípios éticos. Esta presunção, tal qual dispõe Brunela Vieira de Vicenzi (2003, p. 168), é necessária e útil para a criação de normas para movimentar o próprio procedimento:

Observa-se que a presunção de boa-fé no processo civil tem relevante utilidade para a criação de normas para movimentar o procedimento, pois somente com a confiança na conduta honesta das partes pode o legislador, em princípio, determinar a dialética processual, que impulsiona o avançar do procedimento.

O legislador deve acreditar que a parte se encontra atuando de boa-fé, que a parte terá o comportamento que o ordenamento jurídico exige, atuando no sentido de colaborar com a correta administração da justiça e não simplesmente de satisfazer os seus próprios interesses.

### **9.5.1.1 A boa-fé objetiva, o contraditório e a colaboração processual**

Conforme preceituam Brunela Vieira de Vicenzi (2003) e José Roberto dos Santos Bedaque (2004), a cooperação e a colaboração processuais decorrem, principalmente, da existência do contraditório, o qual atuaria como “instrumento legitimador da relação jurídica processual”.

O contraditório é um princípio constitucional. Trata-se da ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los.

Para o presente estudo, não é necessária uma maior análise acerca deste princípio, basta a fixação da noção de que o contraditório é, nos dizeres de Brunela Vieira de Vicenzi (2003, p. 169), “a garantia que têm as partes de participar efetivamente do processo”, mas que esta atuação deve ser controlada pelo juiz.

O juiz não possui apenas o papel de expectador passivo do embate entre as partes, cabendo a ele a missão de avaliar as condutas e os comportamentos dos litigantes ou qualquer participante na relação jurídica processual, inclusive no campo ético. Ele só decidirá o mérito da demanda se o processo tiver se desenvolvido de maneira regular, correta. Nas palavras de José Frederico Marques (1962, p. 295):

Com a propositura da ação, fica o juiz no dever de decidir o mérito da demanda, desde que a relação processual se tenha constituído regularmente e que preenchidas estejam as condições para o direito de ação.

É fato incontestável que as partes devem colaborar para o correto exercício da jurisdição, tal qual leciona Vicente Greco Filho (1993, p. 106):

O Código de Processo Civil em vigor deu realce aos chamados princípios éticos do processo. [...] O Código partiu da idéia de que as partes em conflito, além do interesse material da declaração de seus

direitos, exercem também importante função de colaboração com a justiça no sentido da reta aplicação da ordem jurídica.

Ora, se as partes devem proceder de forma leal e honesta, pode se preceituar que o dever de colaboração no processo resultaria da aplicação da regra da boa-fé objetiva, em decorrência de suas funções de interpretação, criação de deveres acessórios e limitação ao exercício dos direitos subjetivos.

A função interpretativa atuaria no sentido de avaliar as condutas das partes conforme os ditames exigidos no processo (celeridade, perfeita solução das controvérsias, solidariedade, etc.); a de criação de deveres anexos, como forma de efetivação do dever de lealdade não explicitado pelas partes, mas ínsito no processo, tal qual em qualquer relação jurídica (deveres de esclarecimento, de prestação de contas, de segurança, entre outros) e; por último, a limitação ao exercício de direitos subjetivos condicionaria as posturas dos litigantes (vedando, por exemplo, a lide temerária e o comportamento contraditório).

Não se trataria apenas de vedar atuações irregulares ou abusivas em juízo, mas de uma diligência especial que se deve entender como expressamente compatível com a possibilidade de se utilizar, de boa-fé, dos meios e instrumentos que são oferecidos pelo sistema.

Nas palavras de Brunela Vieira de Vicenzi (2003, p. 170):

O dever de colaboração das partes no processo civil resulta, em última análise, na aplicação da regra da boa-fé objetiva, pois esta, como criadora dos deveres acessórios, impõe a cooperação das partes para o fim do processo e a realização dos resultados programados pelo direito. Em suma, não se trata de simplesmente vedar atuações abusivas ou exclusivamente resistentes ao avanço do procedimento: é algo mais, trata-se de uma diligência especial que se deve entender expressamente compatível com a possibilidade de utilizar, de boa-fé, os meios e os instrumentos que são oferecidos pelo sistema. O que importa dizer que condutas contrárias a essa diligência especial, mesmo que não tenham o evidente propósito de obstruir a movimentação do processo, revelam inegável falta de colaboração processual e por essa razão devem ser controladas pelo juiz e apontadas pela parte prejudicada.

Todos os deveres da boa-fé objetiva devem ser aplicados ao processo civil. Brunela Vieira de Vicenzi (2003), perfaz um paralelo, elaborando uma verdadeira comparação entre o processo civil e os contratos. Tal qual no âmbito contratual, os deveres de lealdade, colaboração e cooperação determinam uma verdadeira diretiva para o comportamento das partes.

Esta diretiva deve ser interpretada como o dever das partes e dos intervenientes de manifestarem suas atitudes conforme o espírito de solidariedade que permeia o processo civil de resultado.

Não se deve simplesmente buscar a satisfação de seus direitos. Deve se atuar na busca da verdade e na rápida realização do processo. Esta é a correta aceção do contraditório. Ainda de acordo com Brunela Vieira de Vicenzi (2003, p. 172):

Assim, o processo civil, por meio da garantia do contraditório efetivo em sua aceção jurídico-política (ou prática), permite que a contraposição dialética das partes seja instrumento para atingir finalidades superiores de ordem objetiva no processo, como, por exemplo, a busca da verdade controvertida pelas partes em colaboração, ou, ainda, a realização rápida do processo. [...] Ressalta-se, por fim, que a garantia do contraditório, expressamente contemplada para o processo civil pela Constituição de 1988 (art 5º, LV), serve de suporte e limite para a aplicação da cláusula geral da boa-fé no processo civil, pois, quando aplicada de acordo com a concepção prática pelo juiz, importa em que as partes devem proceder com lealdade, em cooperação e colaboração para a realização dos escopos da jurisdição.

A aplicação da cláusula geral da boa-fé em sede de processo civil é perfeitamente coerente e compatível com o nosso ordenamento jurídico.

#### **9.5.1.2 A teoria do abuso de direito e os ditames da boa-fé objetiva em sede do processo civil**

Já foram bem delineadas e relacionadas as lições de lealdade processual, litigância de má-fé e abuso de direito.

No processo civil, poderia se avaliar que teria aplicação da teoria do abuso do direito no sentido de que as partes não podem abusar dos seus direitos de ação e de defesa. Tal qual já se afirmara, e se mencionara, inclusive, o entendimento de Adroaldo Leão (1986), o exercício dos direitos de ação de defesa não é incompatível com a lealdade processual, com a verdade e com os ditames éticos.

Agora, salienta-se que o exercício dos direitos de ação e de defesa deve ser compatibilizado com os ditames da boa-fé objetiva. As partes e os

intervenientes devem pautar as suas condutas em juízo de acordo com um padrão mediano de conduta, que respeite os mínimos de ética e lealdade.

Segundo Rui Stoco (2002), “a teoria do abuso do direito faz-se presente no procedimento, posto que se exige das partes em juízo que atuem de boa-fé, procedendo com lisura e lealdade”.

A existência de um direito não permite o exercício abusivo deste mesmo direito. O direito de ação e o de defesa não podem ser exercitados de forma abusiva e tampouco em descompasso com a ética, a lealdade, a verdade e a boa-fé objetiva.

Relaciona-se ao exercício inadmissível de posições jurídicas no processo e ao exercício inadmissível dos direitos de ação e de defesa.

A teoria do abuso de direito não deve ser apenas relacionada à vertente da boa-fé subjetiva, mas também à sua feição objetiva, de acordo com a interpretação que deve ser dada ao Código de Processo civil nos dias atuais.

O descumprimento dos limites impostos pela lei para o exercício dos direitos dos cidadãos em juízo, pode tanto ocasionar a litigância de má-fé quanto a responsabilidade civil resultante de desrespeito à boa-fé objetiva, mormente as disposições do artigo 187 do Código Civil.

Mais uma vez, ante a importância salutar da proposição, insta a lembrança de que, em sede de processo, o desrespeito à boa-fé objetiva poderia acarretar a proibição de falar nos autos, de interpor novos recursos ou de só poder proceder em juízo após o recolhimento do valor correspondente à sanção aplicada.

### ***9.5.2 A exigência de boa-fé e a responsabilidade por danos processuais***

Foram também analisadas, no decorrer da exposição, as hipóteses ensejadoras da responsabilidade por danos processuais.

Verificou-se que no artigo 17 do Código de Processo Civil são elencadas as situações caracterizadoras da litigância de má-fé, atentando-se sempre que a má-fé é a antítese da boa-fé subjetiva, posto que sempre pressupõe uma intenção malévola, dolosa.

Mas, conforme foi disposto por Rui Stoco (2002), existe a possibilidade concreta de se responsabilizar uma parte litigante, com fundamento no artigo 14

do estatuto processual, utilizando-se dos ditames e pressupostos da responsabilidade civil aquiliana, mormente predispostos no artigo 186 do Código Civil atual.

Esta possibilidade de responsabilização seria um dos argumentos harmônicos à exigência das duas modalidades (objetiva e subjetiva) de boa-fé no transcorrer do processo, sendo os artigos 14 e 17 do Código de Processo Civil complementares.

Segundo Brunela Vieira de Vicenzi (2003, p. 166), esta responsabilização, em decorrência da boa-fé objetiva, seria perfeitamente coerente e compatível com o nosso ordenamento jurídico, assim como seria possível a responsabilização em decorrência do abuso do direito, ainda que não caracterizada a culpa da parte. *In verbis*:

[...] A idéia de culpa, essencial à teoria da responsabilidade civil, há muito vem sendo mitigada, por vezes excluída. Exigi-la para configurar o abuso de direito seria retroceder, e, pior, não impedir o abuso ou não sancionar o causador dos danos quando não tenha agido com culpa ou intencionalmente, ou ainda naqueles casos em que a vítima não conseguir provar a culpa do agente.

Não é preciso que a parte tenha causado dano ao litigante adverso de maneira intencional. Basta que não tenha obedecido a um padrão de conduta.

E continua o citado autor (2003, p. 166):

É preciso estabelecer normas condutoras para o exercício do direito subjetivo sem penetrar na intenção do sujeito ou em seus fins escusos. Existindo a possibilidade de que o exercício do direito cause dano a outrem ou que tenha objetivamente causado dano (ou, ainda, sendo possível sua repetição no tempo), deverá incidir a regra da boa-fé objetiva.

Não deve ser verificado o dolo ou a culpa do agente, mas sim analisado se no caso concreto houve:

- 1) A prática de um ato em desconformidade com a confiança depositada na contraparte ou em desrespeito a uma situação jurídica equilibrada; ou
- 2) A prática de um ato em descompasso com os ditames éticos exigidos no transcorrer do processo civil; ou

3) O exercício inadmissível de uma posição jurídica amparada em formalismo exacerbado.

Todo e qualquer agente causador de danos no contexto de uma relação jurídica deve ser condenado a indenizar pelos prejuízos, a fim de que o processo possa cumprir com a sua função social.

No próximo item, avaliar-se-á não a condenação pecuniária, mas também a possibilidade de o juiz, no decorrer do processo, realizar atos que impeçam a prática de determinadas condutas pelas partes litigantes ou pelos intervenientes, no contexto de que a cláusula geral da boa-fé pode assumir um caráter preventivo.

### ***9.5.3 A efetiva aplicação da cláusula geral da boa-fé ao processo civil. Meio de prevenção e repressão do exercício inadmissível de posições jurídicas que não seja a aplicação de sanções pecuniárias***

O exercício dos direitos de ação e de defesa e, principalmente, a atuação em juízo das partes e dos intervenientes no transcorrer do processo civil, de acordo com tudo o que fora explanado até o presente momento, deve respeitar os ditames da Magna Carta, consubstanciados em suas garantias e princípios e, especificamente o princípio jurídico da boa-fé.

Fixou-se a premissa de que o princípio da boa-fé se efetiva através da cláusula geral da boa-fé e, por vezes, através do conceito jurídico indeterminado.

Mas, tão importante quanto se aceitar a incidência deste princípio em sede de processo civil, é identificar os meios de prevenir e reprimir o exercício inadmissível de posições jurídicas no processo, de molde a fazer incidir, na prática, a regra da boa-fé.

Consoante Brunela Vieira de Vicenzi (2003, p. 172):

Importante, também, é identificar os meios de prevenir e reprimir o exercício inadmissível de posições jurídicas no processo, de molde a fazer incidir a regra da boa-fé antes de ocorrer danos ao direito das partes no processo e ao próprio processo.

Nota-se que, da mesma forma em que se pode impedir o exercício inadmissível de posições jurídicas no processo através da cominação de multas,

é possível se impedir este comportamento através de atos praticados pelo juiz (no contexto de um juiz atuante, que deve sempre avaliar o comportamento ético das partes, além de dirigir corretamente o processo).

Trata-se de uma forma anômala de se impedir a realização de determinadas condutas e prevenir que o litigante ou o interveniente abusem da confiança nele depositada pelo Estado.

Continua o mesmo autor (2003, p. 172):

[...] Parece possível impedir o exercício de posições inadmissíveis, sem cominar sanções ou multas, mas por meio de atos do juiz que impeçam a prática ou a continuidade de determinada conduta da parte, seja 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-fé.

Sempre que violado o dever de boa-fé, estampado no artigo 14 do diploma processual (e desde que provada tal violação ou desrespeito, haja vista que a boa-fé é presumida), deverá a parte assumir maiores obrigações e responder por deveres mais severos, como medida resultante da perda da confiança depositada pelo ente estatal.

Isto significa que a penação não se opera somente através de sanções pecuniárias, sendo que estas devem ficar restritas ao final do julgamento da lide.

Nas palavras de Brunela Vieira de Vicenzi (2003, p. 173):

Assim, quebrando o dever de boa-fé, que é presumido desde o início do processo, quando se concede às partes o direito de movimentar a máquina judiciária e dela obter a tutela adequada para seu conflito privado, deverá a parte que violou assumir maiores obrigações e responder por valores mais severos até retomar a credibilidade e a confiança perdidas. Somente na hipótese de estar o procedimento em fase de julgamento final, deverá a parte ser penalizada pecuniariamente, fazendo-se incidir as sanções e as multas previstas no Código de Processo. [...] A aplicação da cláusula geral da boa-fé no processo civil, ademais, permite impor medidas procedimentais que tenham função preventiva e educativa, além da repressiva que é atingida, precipuamente, pelo modelo processual brasileiro contemporâneo com a aplicação de sanções pecuniárias, que se revelam medidas tardias. [...].

Tanto a parte vencedora quanto a vencida no processo podem ser penalizadas por violação ao dever de boa-fé.

## **9.7 Conseqüências da aplicação da boa-fé objetiva e da teoria da vedação da conduta contraditória em sede de processo civil**

A boa-fé objetiva tem fundamento constitucional, assim como a vedação da conduta contraditória.

Em decorrência desta realidade, a aplicação dos ditames do princípio proibitivo do comportamento contraditório possui a mesma amplitude, não se restringindo ao âmbito contratual ou obrigacional, mas, pelo contrário, estendendo-se a todas as relações jurídicas.

Ora, a boa-fé objetiva tem incidência na relação jurídica processual por todos os motivos já declinados. Da mesma forma, a teoria da vedação da conduta contraditória. Esta terá uma função preventiva (impedir que seja frustrada a legítima confiança) ou repressiva (determinando a reparação do dano, ante a ocorrência da conduta lícita, mas vedada por um comportamento anterior).

A falta de normatização específica deve ser suprida com a inclusão de seus preceitos na cláusula geral da boa-fé.

### ***9.7.1 O direito à produção de provas. A incidência da boa-fé objetiva no campo probatório. Hipóteses vedação no comportamento contraditório***

A Constituição Federal assegurou o acesso à ordem jurídica justa. Às partes são assegurados os direitos de ação e de defesa. Como consequência direta destes, confere-se também o direito à produção de provas.

Superficialmente, esse direito seria a possibilidade conferida aos litigantes de demonstrar os fatos alegados em juízo.

Tal direito, contudo, não é incondicionado. Caracterizando-se a instrução como uma fase do processo civil, por óbvio, se sujeita à incidência do princípio da boa-fé.

Quando as partes atuam no sentido de comprovar as suas respectivas alegações, no contexto do processo civil de resultado e da solidariedade social,

devem se pautar com um mínimo de ética, de lealdade. Pode se afirmar que é estabelecido um padrão de comportamento em sede de instância probatória.

Desta premissa é conseqüência a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos (artigos 5º, inciso LVI da Constituição Federal e 332 do Código Civil); o dever de prestar depoimento pessoal quando requerido pela parte adversa; o dever das partes ou de terceiros de exibirem os documentos ou as coisas que se encontram em seu poder, nas hipóteses em que já fizeram menção a estes para fazer prova a seu favor ou for comum às partes pelo seu conteúdo; a presunção de paternidade ante a recusa da realização do exame pericial do exame de DNA, com fundamento nos artigos 231 e 232 do Código Civil, entre outros.

Passar-se-á a uma breve análise de alguns casos específicos.

#### **9.7.1.1 Inadmissibilidade das provas ilícitas**

O direito à produção de provas tem fundamento na Lei maior, mas nem por isso é ilimitado. Esbarra, entre outros, na incidência do princípio da boa-fé, que impõe o dever de lealdade e limita o exercício de direitos subjetivos.

Em perfeita consonância com os ditames da boa-fé objetiva se encontram os artigos 5º, inciso LVI da Constituição Federal e 332 do Código Civil, que pregam a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo civil.

A prova em si, não é ilícita. Ilícitos são os meios utilizados para a sua produção. A prova ilícita é aquela obtida por meio de violação a direitos e garantias individuais, especialmente os direitos da personalidade.

Tais meios são vedados pela boa-fé objetiva, posto que desrespeitam um mínimo ético. Desrespeitam também o princípio da dignidade da pessoa humana.

#### **9.7.1.2. Dever de prestação de depoimento pessoal**

O depoimento pessoal pode ser conceituado como o testemunho ou manifestação da própria parte em juízo. Apenas a parte contrária pode ter iniciativa para a requisição desta prova.

Ora, se a parte contrária requer a prestação de depoimento pessoal, tem-se como obrigação da parte o fazê-lo, sob pena de confissão, nos termos do artigo 343, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil.

O dever de prestação de depoimento pessoal se relaciona à exigência da boa-fé uma vez que as partes devem atuar como colaboradores da justiça e, por derradeiro, não se podem negar ao esclarecimento dos fatos em juízo.

É claro que, diferentemente das relações contratuais, nas quais se é possível visualizar um interesse comum, na demanda, as pretensões são antagônicas. Todavia, este caráter antagônico não retira o dever de colaboração com a justiça.

Mister a obediência aos deveres anexos de esclarecimento e cooperação.

### **9.7.1.3 Dever de exibição de documentos ou coisas**

O Código de Processo Civil, em seu artigo 358, trata das hipóteses em que a parte ou o terceiro não podem se negar à exibição de documentos ou provas em juízo.

*In verbis:*

Art. 358. O juiz não admitirá a recusa:

I - se o requerido tiver obrigação legal de exhibir;

II - se o requerido aludiu ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova;

III - se o documento, por seu conteúdo, for comum às partes.

A primeira hipótese, referente à obrigação legal de determinação de exibição não tem maior importância para a discussão da incidência da boa-fé.

Interessa melhor aclarar as disposições constantes nos incisos II e III.

No inciso II, o requerido no processo tem o dever de apresentar o documento ou a coisa justamente porque já o mencionara objetivando produzir provas. Ora, absurdo seria se não fosse exigido tal comportamento, uma vez que esta recusa em exibição posterior se tipifica como uma evidente conduta contraditória.

Não pode o documento ser utilizado apenas para beneficiar a parte, sendo desprezado naquilo que a prejudica, uma vez que tal atitude desrespeita o mínimo de ética e lealdade exigido das partes litigantes.

A parte não pode se olvidar do seu dever de cooperação (incidência da função de criação de deveres anexos) e possui uma limitação em seu direito subjetivo (pode ou não exibir o documento, mas se já o aludiu, deve exibi-lo, uma vez que não se permite frustrar a legítima confiança despertada na contraparte).

No inciso III, a seu turno, a lógica é a mesma.

Avaliam-se os deveres de cooperação e colaboração. Se o documento, por seu conteúdo, for comum a ambas as partes, é óbvio que o que se espera da contraparte é que faculte a sua utilização, colaborando assim com a perfeita concretização da justiça. Nenhuma parte pode ser tolhida ao uso deste documento, ao passo que a outra possui livre acesso.

Em qualquer das situações, inadmissível o comportamento contraditório, sendo que a vedação atuará através da cláusula geral da boa-fé.

#### **9.7.1.4 O dever da parte de se submeter à realização do exame pericial. A questão polêmica do DNA**

A prova pericial é aquela que reclama os conhecimentos técnicos de um terceiro para o auxílio no esclarecimento dos fatos da causa. Uma de suas modalidades é o exame, que recai sobre pessoas.

Questão polêmica e que aqui somente será discutida com relação ao âmbito da incidência da boa-fé em processo civil é a da obrigatoriedade da submissão da parte à realização do exame de DNA.

O tema enseja uma reflexão acerca da compatibilidade entre princípios constitucionais e das disposições contidas nos artigos 231 e 232 do novo Código Civil.

Nos dizeres de Marcus Vinícius Silva Martins (2003):

A questão que se afigura se relaciona com princípios outrora tidos como inquestionáveis no pensamento jurídico pátrio, mas que, atualmente, tem sua aplicação posta em xeque no tocante à prerrogativa de valor absoluto. Tais princípios são, basicamente, os da (a) inexigibilidade de alguém produzir prova contra si mesmo (de onde decorre o corolário do

direito ao silêncio), do (b) direito à intimidade e do (c) direito à inviolabilidade do próprio corpo. Esses são os princípios geralmente invocados pela parte que deseja se esquivar de se submeter a exames médico-periciais em geral, e, especificamente, ao exame de DNA.

Ora, da mesma forma em que existem os princípios da inexigibilidade de alguém produzir provas contra si mesmo, do direito à intimidade e da inviolabilidade do próprio corpo, tem-se, em contrapartida, os princípios constitucionais da boa-fé e da dignidade da pessoa humana.

O Supremo Tribunal Federal entendeu, em sede Habeas Corpus (HC 71.373)<sup>13</sup>, que a parte não está obrigada a se submeter à realização do exame. De outro lado, o Superior Tribunal de Justiça<sup>14</sup> cataloga que a recusa injustificada à realização do exame de DNA contribui para a presunção de veracidade das alegações da inicial quanto à paternidade.

Num primeiro momento, prestigia-se o direito à personalidade (sendo que ninguém é obrigado a produzir provas contra si). Mas, por uma questão lógica, aquele se nega à realização do exame de DNA não pode se aproveitar da própria recusa.

Trata-se de evidente proibição ao comportamento contraditório. A parte não é obrigada a realizar o exame, mas não pode se aproveitar dessa falta. Além disso, o juiz pode, para fortalecer a sua convicção, levar em consideração a recusa.

O novel diploma civil encampou tais idéias:

Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

---

<sup>13</sup> Neste acórdão, dispôs-se que não é possível a condução do réu “debaixo de vara” para a realização do exame, ante as garantias constitucionais implícitas e explícitas, tais como da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei, entre outras.

<sup>14</sup> No acórdão: RESP 409285/ PR, Recurso Especial 2002/ 0011489-0, o Superior Tribunal de Justiça dispôs que “a recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA constitui prova desfavorável ao réu, pela presunção que induz de que o resultado, se fosse realizado o teste, seria positivo em relação aos fatos narrados na inicial, já que temido pelo alegado pai”.

Parte da doutrina entende que o artigo 232 teria estabelecido uma confissão ficta, sendo que a paternidade, diante da situação da recusa do exame, restar-se-ia incontroversa. Porém, tal opinião não é a mais acertada, haja vista que, se o Pretório Excelso reconhece que a recusa é um direito, e, do exercício regular de um direito não pode decorrer qualquer sanção.

Outra parte de estudiosos, esta com mais razão, prega que os dispositivos constituiriam uma manifestação dos princípios da boa-fé objetiva, limitando direitos daquele que tem a conduta contraditória. Por derradeiro, aquele que se recusa não poderá se opor ao fato de o juiz considerar a recusa para ter como provado aquilo que seria demonstrado pelo exame.

Mais uma vez, saliente-se que o comportamento contraditório sempre será vedado pelo nosso ordenamento jurídico, atuando através da cláusula geral da boa-fé.

## CONCLUSÃO

A fim de encerrar o presente estudo, as idéias mais importantes até então apresentadas, serão dispostas de forma objetiva, com vistas a uma resumida sistematização.

1. O trabalho foi iniciado, como não poderia deixar de ser, com a conceituação do instituto da boa-fé. Por oportuno, ponderou-se que, no contexto atual, mormente ante as disposições da Constituição Federal e do Código Civil de 2002, embora existam divergências, a grande maioria da doutrina e da jurisprudência admite a existência de duas vertentes da boa-fé, quais sejam, a objetiva e a subjetiva. A boa-fé subjetiva ou boa-fé crença se refere a elementos psicológicos, internos do sujeito, há a valoração da conduta do agente, uma vez que agiu na crença, analisando-se a convicção na pessoa que se comporta conforme o direito. Por outro lado, a boa-fé objetiva, também denominada de boa-fé lealdade, relaciona-se a elementos externos, normas de conduta, que determinam a forma de agir de um indivíduo, conforme os padrões de honestidade socialmente reconhecidos. Não há qualquer perquirição da vontade ou intenção do agente. Trata-se de uma verdadeira regra ética, um dever de guardar fidelidade à palavra dada ou ao comportamento praticado, na idéia de não abusar da confiança alheia. Basicamente, a boa-fé subjetiva se caracterizaria como um estado e a objetiva, uma regra de conduta.

2. Quanto às origens históricas da boa-fé, fora realizada uma abordagem desde os tempos romanos, dispondo-se que, somente com a agregação da expressão "*bona*" é que se pôde destacar um tríplice aspecto: a boa-fé como espécie de força atuante na definição da estrutura negocial; na configuração da responsabilidade dos contratantes (e dos deveres anexos); e por derradeiro, relacionada à confiança existente na conduta adotada, delineando-se o aspecto objetivo da boa-fé. Ponderou-se que, durante o período canônico se asseverou uma modificação conceitual da boa-fé sob o signo da referência ao pecado, numa dimensão ética ou axiológica, abandonando-se completamente a dualidade de conceitos que a característica do direito romano, num profundo processo de subjetivação.

3. O direito e, especialmente, a codificação alemã foi a maior responsável pela formulação da noção de boa-fé que persiste até hoje nos ordenamentos jurídicos. O BGB adotou a distinção entre a boa-fé, admitindo a existência concomitante do instituto em seus aspectos objetivo e subjetivo. Dentro de um processo de superação do princípio da autonomia da vontade, do liberalismo burguês e da visão católica excessivamente subjetiva de boa-fé, os doutrinadores germânicos se demonstraram sensíveis às exigências de equidade, preferencialmente aos princípios logicamente deduzidos e criados pelo sistema.

4. Destacou-se também as diferenciações do instituto da boa-fé, conforme o ordenamento jurídico se caracterize como um sistema fechado ou aberto. No ordenamento fechado, o Código seria um conjunto unitário de leis, com a prevalência do princípio da autonomia da vontade sobre a boa-fé objetiva. Esta, embora se encontre consagrada nos diplomas civis, perde as suas acepções de princípio e cláusula geral, sendo impossível um grande desenvolvimento. A boa-fé pertenceria ao Código, mas esvaziada de conteúdo próprio. A seu turno, em um sistema jurídico aberto, convivem de forma harmônica, regras e princípios, o raciocínio jurídico é diverso e a boa-fé pode se desenvolver, possuindo conteúdo próprio, não se encontrando diluída ou subjetivada.

5. Com relação ao ordenamento jurídico pátrio, a noção de boa-fé objetiva pode ser encontrada desde as Ordenações Filipinas, passando pelo Código Comercial de 1850 e por diversos projetos de códigos civis. Ressaltou-se que o estatuto de Beviláqua não a positivou como regra geral, o que dificultou a compreensão de suas funções e de seu alcance. Mesmo com a ausência de disposição legislativa, a boa-fé objetiva era tida como essencial em sede de contratos. Hoje, a Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor e o novel Código Civil admitem a existência da boa-fé objetiva.

6. Mais importante do que a boa-fé objetiva se encontrar positivada, salientou-se a sua caracterização como princípio constitucional, cláusula geral e, por vezes, como um conceito jurídico indeterminado. Basicamente, levantou-se o tratamento da boa-fé vislumbrada como um valor, norteador de todo o ordenamento jurídico, exprimindo-se como o princípio da confiança, da lealdade, relacionada com a honestidade e probidade com a qual toda pessoa deve condicionar o seu comportamento nas relações sociais (inclusive, nas relações jurídicas). Acrescentou-se a sua utilização como cláusula geral e conceito jurídico

indeterminado no contexto do Código Civil de 2002 (fixando-se a premissa de que o princípio da boa-fé objetiva é efetivado através da cláusula geral da boa-fé).

7. Mencionou-se que a existência das três funções ou finalidades do instituto, quais sejam: interpretativa (artigo 113 do Código Civil), integrativa (artigo 422) e controladora (artigo 187), propugnando-se que tais funções se relacionariam à criação de deveres jurídicos e ao limite do exercício dos direitos subjetivos.

8. Na segunda parte do estudo, introduziram-se noções processuais. O processo fora entendido como um verdadeiro instrumento através do qual a jurisdição atua, uma garantia e o acesso à justiça como o sistema, através do qual as pessoas podem reivindicar os seus direitos e efetivamente resolver os seus litígios sob os auspícios do Estado. O processo se caracterizaria como uma verdadeira relação jurídica, impondo direitos e deveres, ônus e faculdades aos seus integrantes (partes e juiz), mediante a observância do direito e do contraditório.

9. De maneira breve, discorreu-se sobre os deveres das partes, preceituando-se que, no contexto de um sistema jurídico aberto, o juiz não atuaria nesta relação jurídica como simples espectador de uma luta entre as partes, mas, sim promoveria a efetivação dos direitos no caso concreto, inclusive criando direitos através das cláusulas gerais, enquanto que às partes seria cominada uma série de deveres éticos pelo Código de Processo Civil, dispostos no artigo 14 do diploma processual (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 de mérito; V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final) e que poderia ser reduzida ao princípio básico de que todas as pessoas devem colaborar com a administração da justiça, fazendo valer as suas razões, mas atuando de forma leal, mediante a obediência da boa-fé, sem o emprego de subterfúgios ou atitudes antiéticas.

10. O Código de Processo Civil se vale de princípios éticos. A ética fora conceituada como o estudo dos juízos de apreciação referentes à conduta humana, suscetível de qualificação do ponto de vista do bem e do mal, a ciência

do comportamento moral dos homens em sociedade, pressupondo sempre uma reflexão sobre a moral. Ponderou-se que a ética constitui um verdadeiro substrato do direito, sendo que a aproximação dos valores éticos ao direito seria importante no sentido de alcançar a justiça.

11. A lealdade processual, por sua vez, seria um dos princípios que norteiam o processo, devendo as partes ser leais, não apenas e tão somente uma com a outra, mas também quando ambas se dirigem ao juiz. Na relação jurídica processual, o Estado (representado pelo juiz) e as partes uniriam esforços visando encontrar uma solução satisfatória para o litígio. Enquanto as partes propugnariam à defesa de interesses privados, o Estado buscaria a pacificação social com justiça e a prevalência do império da ordem jurídica, surgindo a preocupação com a atuação de boa-fé.

12. Todos os participantes da relação jurídica processual deveriam agir com boa-fé. Agir de boa-fé numa relação processual consiste em não afirmar, durante todo o transcorrer do processo, premissas contrárias à verdade, no intuito de conseguir um direito que sabe efetivamente não possuir. Todo tipo de fraude processual, recursos torcidos, provas deformadas, tratamentos desajustados, condutas contraditórias e imoralidades são considerados desrespeitos à lealdade processual e à boa-fé e, por conseqüência, passíveis de sanção, em obediência aos dispositivos do Código de Processo Civil. Verificou-se que o ordenamento jurídico brasileiro exigiria a obediência das duas vertentes da boa-fé no transcorrer do processo. Se a boa-fé exigida durante todo o transcurso do processo é aquela derivada de um padrão de comportamento exigido de todos aqueles que aceitaram viver em sociedade e relacionada a uma conduta leal, poder-se-ia afirmar que a boa-fé ordenada é a boa-fé objetiva, haja vista que se consubstancia em uma regra ética, um dever de guardar fidelidade à palavra dada ou ao comportamento praticado, na idéia de não fraudar ou abusar da confiança alheia durante a resolução do litígio. Simultaneamente, porém, também deve ser avaliada a intenção malévola dos agentes, mormente às disposições contidas referentes ao tema da litigância de má-fé. A boa-fé do litigante é sempre presumida.

13. A má-fé fora catalogada como a antítese da boa-fé subjetiva. Caracterizar-se-ia como um recurso semelhante ao da mentira, envolvendo a crença errônea, o conhecimento; tratando-se da intenção dolosa, da perfídia. As

partes ou intervenientes, de maneira alguma, poderiam atuar de má-fé no transcurso de um processo judicial.

14. A boa-fé objetiva seria mencionada no inciso II do artigo 14, juntamente com a lealdade processual, exigindo-se um padrão de conduta leal da parte, independentemente de qualquer questionamento subjetivo, ao passo que a boa-fé subjetiva seria exigida no momento em que se penaliza todo e qualquer comportamento de má-fé, sendo capituladas as condutas no artigo 17. Haveria uma complementariedade (e não qualquer convivência antagônica) entre os respectivos dispositivos. Enquanto o artigo 14 estabelece, de forma genérica, deveres processuais das partes, que podem ser resumidos na expressão “boa-fé”, o artigo 17 descreve quais as condutas se configuram como violação daqueles deveres e devem ser consideradas como litigância de má-fé ou má-fé processual.

15. Estabeleceu-se uma correlação entre teoria da teoria do abuso de direito e a litigância de má-fé. As regras atinentes à litigância de má-fé não poderiam deixar de ser consideradas como verdadeiras limitações às condutas das partes no transcorrer da resolução do litígio. Por derradeiro, quando do exercício do direito de ação ou do exercício do direito de defesa, devem ser observados e compatibilizados os ditames da teoria do abuso de direito, no sentido de se evitar o abuso de direito na órbita processual. Salientou-se, ainda que, embora, para efeitos práticos, as conseqüências do ato abusivo sejam as mesmas do ato ilícito, diante da previsão contida no artigo 187 do Código Civil, em sede de processo, poderiam ser mencionadas outras diversas conseqüências, tidas como verdadeiros impedimentos ou restrições de direitos, tais como a proibição de falar nos autos, de interpor novos recursos ou de só poder proceder em juízo após o recolhimento do valor correspondente à sanção aplicada. O atual Código de Processo Civil teria acatado expressamente a teoria do abuso de direito e tratado da responsabilidade por dano processual no artigo 16. Comportar-se de boa-fé seria uma exigência imposta a todos os que participam do contraditório instaurado perante o juiz, sob pena de responsabilização por perdas e danos. Para a verificação da responsabilidade por danos processuais, haveria a necessidade de preenchimento de dois requisitos, quais sejam: a condição de parte ou interveniente e a incorreção do comportamento.

16. No que se refere à responsabilidade das partes litigantes e intervenientes se asseverou a possibilidade de responsabilização com

fundamento no artigo 14 (e não 16 e 18) se utilizando dos ditames e pressupostos da responsabilidade civil aquiliana.

17. No contexto de edição do novo Código Civil, com os valores da eticidade, sociabilidade e operabilidade, revelou-se uma verdadeira resistemização do sistema jurídico civil, a partir da Constituição Federal, enquanto vértice norteador do ordenamento jurídico, e não mera base deste. Do mesmo modo que seria correto asseverar o fundamento constitucional da boa-fé objetiva, também o seria com relação à vedação da conduta contraditória ou do comportamento contraditório, teoria também relacionada à tutela da confiança. O *“venire contra factum proprium”* traduziria o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente.

18. Concluindo, relacionou-se especificamente o instituto da boa-fé com o processo civil. No processo civil, outrossim, haveria a aplicação da regra da boa-fé em consonância com a exigência dos deveres de lealdade das partes litigantes no sentido de proteger a confiança e propiciar a manutenção de relações jurídicas subjacentes. Impede-se o exercício de posições lícitas contrárias à expectativa ou confiança criada na relação jurídica. O juiz deveria promover a efetivação dos direitos no caso concreto, através das cláusulas gerais, especificamente a cláusula geral da boa-fé, pacificando com justiça. A boa-fé, como um princípio constitucional implícito, teria incidência em todas as relações jurídicas, inclusive no processo. Propugnou-se que o ordenamento não pode ficar adstrito apenas à visão subjetiva, posto que, se o sistema se restringe totalmente à análise do subjetivismo do litigante para caracterizar a má-fé, torna-se praticamente impossível a aplicação de sanções pelo descumprimento dos deveres processuais.

19. Se as partes devem proceder de forma leal e honesta, pode se preceituar que o dever de colaboração no processo resultaria da aplicação da regra da boa-fé objetiva, em decorrência de suas funções de interpretação, limitação do exercício dos direitos e criação de deveres acessórios. No processo civil, poderia se avaliar que também teria aplicação da teoria do abuso do direito, no sentido de que as partes não podem abusar dos seus direitos de ação e de defesa. Relacionar-se-ia ao exercício inadmissível de posições jurídicas no processo e ao exercício inadmissível dos direitos de ação e de defesa. Da mesma forma, teria aplicabilidade a teoria da vedação da conduta contraditória, tendo,

conforme o momento, uma função preventiva (impedir a frustração da legítima confiança) ou repressiva (determinando a reparação do dano, ante a ocorrência da conduta lícita, mas vedada por um comportamento anterior).

20. Do mesmo modo que poderia ser impedido o exercício inadmissível de posições jurídicas e a conduta contraditória no processo através da cominação de multas, é possível se impedir este comportamento através de atos praticados pelo juiz. Sempre que violado o dever de boa-fé, e desde que provada tal violação ou desrespeito, haja vista que a boa-fé é presumida, deverá a parte assumir maiores obrigações e responder por deveres mais severos, como medida resultante da perda da confiança depositada pelo ente estatal. O dever de respeito à boa-fé (inclusive em sua feição de vedação do comportamento contraditório) repercute durante todo o transcurso processual, inclusive no campo probatório (questões de depoimento pessoal, provas ilícitas, exame pericial de DNA, exibição de documentos ou coisas).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Rui Rosado de. **Projeto do Código Civil: As obrigações e os contratos.** Revista dos Tribunais, 2000. v. 775.

ALMEIDA, Guilherme Assis de e CHRISTMANN, Martha Ochsenhofer. **Ética e direito: Uma perspectiva integrada.** São Paulo: Atlas, 2002.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. vol. 1.

AMARAL, Francisco. **A boa fé no processo romano. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial.** São Paulo, 1996. n. 78.

AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda.** São Paulo: Casa Vanorden, 1923.

ÂNGELIS, Hélio de. **O Litigante processual de má-fé na esfera do processo civil :doutrina, jurisprudência e legislação específica.** Camoinas: Agá Juris, 2000.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **O Abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

BIDART CAMPOS, Gérman José. **El Derecho de la constitucion y su fuerza normativa.** Buenos Aires: Ediar, 1995-2004.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** Compiladas pelo Dr. Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

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

BOUÉRES, Luis Eduardo Franco. **Direito civil.** Disponível em <<http://jornaldaparaiba.globo.com/quarta/direito.html>>. Acesso em 09.ago.2006.

BRAGA, Jorge Luiz. **Novo sistema de aplicação das regras do Código Civil de 2002**. Jus Vigilantibus. Vitória, 2006. Disponível em <[http://jusvi.com/doutrinas\\_e\\_pecas/ver/20022](http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/20022)>. Acesso em 24.abr.2006.

BRASIL. **Código Civil**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Anne Joyce Angher. 11. ed. São Paulo: Lex, 2005.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Anne Joyce Angher. 11. ed. São Paulo: Lex, 2005.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Atualização, notas e índices por Manoel Augusto Vieira Neto. 5. ed. Saraiva: 1971.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização dos textos por Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. **Vade mecum acadêmico de direito**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Anne Joyce Angher. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2005.

BRUNO NETO, Francisco. **Constituição Federal Academicamente Explicada**. 4. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2005.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência: exposição didática**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARVALHO, Paulo César de. **Cláusulas gerais no novo Código Civil. Boa-fé objetiva, função social do contrato e função social da propriedade**. Teresina, 2006. disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8077>>. Acesso em 24.abr.2006.

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

\_\_\_\_\_. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984. vol. 2.

COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da Filosofia**. História e Grandes Temas. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DANTAS, Ivo. **Constituição Federal Anotada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIEZ-PICAZO. **La doctrina de los propios actos**. Barcelona: Bosch, 1962.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **A reforma do Código de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais** : elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”.  
**Coordenação de pesquisa. Normalização para apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso da Toledo de Presidente Prudente**. 5. ed. Presidente Prudente, 2005.

GALVÃO, Edna Luiza Nobre. **Princípio do contraditório**. Teresina, 1999.  
Disponível em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=819>>. Acesso em 4.jul.2006.

GIANULO, Wilson. **Novo Código civil explicado e aplicado ao processo**. 1. ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2003. vol. 1.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOUVÊA, Eduardo de Oliveira. **O princípio da Boa-fé e sua repercussão nos contratos**: algumas reflexões. Revista de Direito da PGMRJ. 2002. vol. 3. p. 47-64.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1989-1993.

GRINOVER, Ada Pelegrini. et al. **Teoria Geral do Processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

HORA NETO, João. **O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil de 2002**. Teresina, 2006. Disponível em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8245>>. Acesso em 24.abr.2006.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas Gerais no Novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

LEÃO, Adroaldo. **O litigante de má-fé**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. **Código de Processo Civil**. Prática forense: comentários didáticos e práticos, com exemplos de petições e outros atos. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

LORDI, Antonio. **Relazione sull'incontro Buona fede. Equità. Equity**. Disponível em <<http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/Contract?Lordi1.html>>. Acesso em 18.jun.2005.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado**. Artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. São Paulo: Saraiva, 1993.

- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1962-1963. Vol. 2.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARTINS, Flávio Alves. **Boa-fé e sua formalização no direito das obrigações Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.
- MARTINS, Marcus Vinícius Silva. **Recusa à submissão a exame de DNA em processos de investigação de paternidade**. Teresina, 2003. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3987>>. Acesso em 09.ago.2006.
- MESA, Marcelo López. **De nuevo sobre el principio general de la buena fé y la doctrina de los actos propios**. Disponível em <[http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/lopez\\_mesa\\_actos\\_proprios2.htm](http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/lopez_mesa_actos_proprios2.htm)>. Acesso em 28.ago.2005.
- MEYER, Emílio Peluso Neder. **O caráter normativo dos princípios jurídicos**. Teresina, 2006. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8126>>. Acesso em 24.abr.2006.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I, arts 1º a 45. Rio de Janeiro: Forense; 1973.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Abuso dos direitos processuais**. 1. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000.
- \_\_\_\_\_. **A responsabilidade das partes por dano processual**. Revista de Processo nº 10, Ano 3, de Junho de 1978, Revista dos Tribunais.
- MURAD, Acir. **Princípios constitucionais do processo civil**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2004.
- MUSSI, Cristiane Miziara. **O princípio da boa-fé objetiva na sociedade contemporânea**. São Paulo, 2006. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6056>>. Acesso em 9.jan.2006.
- NEGRÃO, Sônia Regina Guimarães e GESSE, Angélica Bezerra Manzano. **Alguns aspectos de incidência da boa-fé sob a perspectiva do novo Código Civil**. Monografia de Pós-Graduação. Presidente Prudente: Associação Educacional Toledo, 2005.

NEGRÃO, Theotonio e GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código Civil e legislação civil em vigor**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

NERY, Daniel Christianini. **Aspectos do Novo Código Civil: O que mudou?** Disponível em <<http://www.revistaautor.com.br/artigos/2002/08dnn.htm>>. Acesso em 25.out.2005.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado e legislação extravagante**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação processual civil extravagante em vigor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NERY, Nelson. **Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Pedro dos Reis. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1959.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 1999.

SÁ, Christian de. **Limitando o limite**. Teresina, 2004. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5627>>. Acesso em 24.abr.2006.

SAMPAIO, Laerte Marrone de Castro. **A boa-fé objetiva na relação contratual**. Revista dos Tribunais, 2002.

SÁVIO, Camila Gomes. **A Superioridade dos Princípios Constitucionais**. Curitiba, 2004. Disponível em <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=1721>>. Acesso em 24.abr.2006.

SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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.

\_\_\_\_\_. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SIMÃO, José Fernando. **A boa-fé e o Novo Código Civil**. Disponível em <[http://www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/ARTIGOS/convidados/artigo\\_para\\_pablo\\_boa\\_f.pdf](http://www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/ARTIGOS/convidados/artigo_para_pablo_boa_f.pdf)>. Acesso em 25.jun.2006.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-fé Objetiva. O princípio da Boa-fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

SOUZA, Gelson Amaro de. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Universitária de Direito, 1990.

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

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade civil por acidentes no consumo na ótica civil-constitucional**, in Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **A boa-fé contratual no novo Código Civil**. São Paulo, 2005. Disponível em <<http://www.societario.com.br/demarest/svboafe.html>>. Acesso em 25.out.2005.

\_\_\_\_\_. **Direito civil: Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. Coleção direito civil, v. 4.

VICENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. 1.ed. Atlas, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

ZIMMERMANN, Augusto. **Princípios Fundamentais e Interpretação Constitucional**: Análise meta-jurídica dos fundamentos axiológicos do ordenamento constitucional. Disponível em <[http://www.achegas.net/numero/nove/augusto\\_zimmermann\\_09.htm](http://www.achegas.net/numero/nove/augusto_zimmermann_09.htm)>. Acesso em 24.abr.2006.