

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ

EDUARDO AUGUSTO RADEMAKER NOVO

**A BOA-FÉ OBJETIVA COMO PRINCÍPIO NORTEADOR E LIMITADOR DA
ATUAÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO**

**Rio de Janeiro
2013**

EDUARDO AUGUSTO RADEMAKER NOVO

**A BOA-FÉ OBJETIVA COMO PRINCÍPIO NORTEADOR E LIMITADOR DA
ATUAÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO**

Dissertação apresentada como requisito para a
obtenção do título de Mestre em Direito no
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Estácio de Sá - UNESA

Orientador: Prof. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Rio de Janeiro
2013

N945 Novo, Eduardo Augusto Rademaker

A Boa-fé objetiva como principio norteador e limitador da atuação jurisdicional do estado/ Eduardo Augusto Rademaker Novo. – Rio de Janeiro, 2013.

187 f.; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito)– Universidade Estácio de Sá, 2011.

1.Boa-fé Objetiva. 2. Neoprocessualismo. 3. Princípios.
4. Ética. 5. I-Título.

CDD: 342.12513



Estácio

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação

**A BOA FÉ OBJETIVA COMO PRINCÍPIO NORTEADOR E LIMITADOR DA ATUAÇÃO
JURISDICIONAL DO ESTADO**

elaborada por

EDUARDO AUGUSTO RADEMAKER NOVO

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi aceita pelo Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de

MESTRE EM DIREITO

Rio de Janeiro, 28 de Fevereiro de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Humberto Dalla
Presidente
Universidade Estácio de Sá

Prof. Dr. Rogério Bento
Universidade Estácio de Sá

Prof. Dr. Edson Alvisi Neves
Universidade Federal Fluminense

Aos meus pais pela eterna confiança e incentivo, indispensáveis para minha evolução profissional e pessoal.

Aos meus irmãos, que me antecederam nesta vida, pelo exemplo e carinho sempre demonstrados.

A todos aqueles que de uma forma ou outra, passaram por minha vida, ou ainda se encontram nela, pois traçam a minha história pessoal, quer seja de maneira positiva, quer seja de maneira negativa.

A Deus, por toda a graça com que me tem abençoado.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Humberto Dalla, pelo incentivo e exemplo de vida, assim como por toda paciência a mim dedicada em todos os momentos, principalmente quanto à calma demonstrada para a conclusão deste trabalho.

A todo primoroso e valioso corpo docente do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade Estácio de Sá, em especial aos professores de quem tive a honra de ser aluno, em especial aos professores: Edna Raquel, Vicente Barreto e Rogério Bento.

Aos funcionários do programa, Fábio, Paulo e William pela completa e indiscutível disponibilidade apresentada no auxílio aos alunos e professores, com diligência, profissionalismo, atenção e um constante sorriso no rosto.

A todos os colegas disseses, pelo companheirismo, excelente convivência e pelos incontáveis momentos de descontração proporcionados.

RESUMO

No estágio atual do desenvolvimento da prestação jurisdicional, em que setores respeitáveis da doutrina processual reivindicam cada vez mais a ideia de justiça e efetividade do processo, torna-se necessária a investigação acerca da importância que ganha, sob este aspecto, a conduta ética de autores, réus e todos quantos participem do processo, para que estas mudanças de paradigmas possam ser efetivamente implementadas. Desta maneira, o presente trabalho, vinculado à linha de pesquisa “acesso à justiça” do curso de Mestrado em Direito Público e Evolução Social da Universidade Estácio de Sá, estudará o princípio da boa-fé, o desenvolvimento teórico dentro do direito civil e fundamentará, com base na doutrina e nas evoluções do direito processual civil, sua aplicabilidade dentro da relação jurídica processual, tanto entre partes, quanto entre estas e o Estado-Juiz, isto por se considerar, como premissa básica estabelecida, que o princípio da boa-fé é um meio para o alcance dos novos rumos a que o Processo Civil está sendo impulsionado.

Palavras-Chave: Boa-fé Objetiva. Neoprocessualismo. Princípios. Ética. Colaboração.

ABSTRACT

In the present stage of development of court's judgments, in which sectors respectable doctrine of procedural increasingly claim the idea of fairness and effectiveness of the process, it becomes necessary research about the importance of winning in this respect, ethical conduct of authors, defendants and all who participate in the process, so that these paradigm shifts can be effectively implemented. Thus, the present work, linked to the research line "access to justice" of the Master in Public Law and Social Evolution at the University Estácio de Sá, consider the principle of good faith, the theoretical development within the civil law and justify based on developments in doctrine and civil procedural law, its applicability within the procedural legal relationship between both parties as between them and the State Judge, this by considering, as a basic premise established, that the principle of good faith is a means for achieving the new directions that the Civil Procedure is being driven.

Keywords: objective Good-faith. Neoprocessualismo. Principles. Ethics. Processual co-participation.

ABREVIATURAS

- Art. - artigo
- CC - Código Civil
- CDC - Código de Defesa do Consumidor
- CF - Constituição Federal
- CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
- CPC – Código de Processo Civil
- NCPC – Projeto de Lei 166 de 2010
- PL – Projeto de Lei
- Ibidem - na mesma obra
- Idem - do mesmo autor
- Op. cit - na obra citada
- Trad. – tradução
- Cf. – Confira
- v.g. – *verbi gratia* (por exemplo)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
Capítulo 1 – Noções Preliminares da Boa-fé	15
1.1 - A noção de boa-fé: indeterminação de conteúdo na atualidade	15
1.2 - A dicotomia existente na aceção do conceito de boa-fé – pontos de relevância	17
1.3 - A natureza jurídica da boa-fé objetiva	20
1.4 - Raízes históricas da boa-fé	21
1.4.1- Da Boa-fé no direito Romano.....	22
1.4.2 - Da boa-fé no direito Canônico	30
1.4.3 - A boa-fé codificada	33
Capítulo 2 – A Boa-fé como Princípio	44
2.1 - Dos Princípios Jurídicos	45
2.1.1 - Noções Preliminares – o porquê de se falar em princípios?	45
2.1.2 - O que são os princípios – Definição.....	53
2.1.3 - Características e funções dos princípios jurídicos	56
2.1.4 - Distinção entre princípios e regras.....	65
2.2 - A justaposição da boa-fé objetiva como princípio jurídico	70
2.2.1 - Funções da boa-fé objetiva.....	83
2.2.1.1 - Da função interpretativa ou hermenêutica da boa-fé objetiva	84
2.2.1.2. Da função integrativa (criadora) da boa-fé objetiva	89
2.2.1.3 - Da função controladora, reativa ou limitadora da boa-fé objetiva.....	94
2.2.2 - Princípios decorrentes ou subprincípios da Boa-fé objetiva – crítica ao modelo atual de reconhecimento de princípios ou subprincípios no direito e, em especial no direito processual civil (pan-principiologismo)	99
Capítulo 3 – A abertura do sistema e a constitucionalização do direito processual civil	109
3.1 - A abertura do sistema jurídico	110
3.2 - A Constituição como vértice axiológico de todo o sistema jurídico (sistema aberto)	112

3.3 - A Constitucionalização do processo civil	117
3.4 - Neoprocessualismo e sua relação com o princípio da boa-fé.	127
3.5 – Acesso à Justiça, boa-fé e Neoprocessualismo - a ideia de um processo justo?	131
Capítulo 4 – a perspectiva interpretativa da norma processual a luz do princípio da boa-fé: força eticizante	134
4.1- Aplicação do princípio da boa-fé na relação processual – busca ou esforço pela eticidade do processo, por meio do reconhecimento das funções da boa-fé objetiva.	136
4.2- O Juiz Contemporâneo, a Boa-fé e o processo – traços de uma linha de limitação da atividade jurisdicional, decorrente da efetivação do princípio da boa-fé nas relações processuais (partes – Estado Juiz).....	154
CONCLUSÃO(ÕES).....	171
REFERÊNCIAS.....	177

INTRODUÇÃO

O tempo presente é marcado por grandes mudanças. A sociedade tecnológica e de consumo, cujos meios de comunicação e troca de informações são cada vez mais presentes no cotidiano, transforma tudo e todos rapidamente. O direito, a seu turno, vive uma crise existencial, encontrando severas dificuldades de promover valores essenciais como a segurança e, principalmente, a justiça.

O processo civil, como ramo do direito, direcionado que é a efetividade, vem sofrendo influxos destas mudanças sociais e já apresenta, como resposta, indícios de que não irá tolerar condutas processuais que impeçam – ou pretendam impedir – a realização do direito material por seu intermediário.

Por tais razões, fala-se tanto na atualidade, em abuso de direito, ilícito processual, ato atentatório à dignidade da justiça, *contempt of court* e etc., como formas de coibir o exercício inadmissível de posições jurídicas processuais.

Vê-se, assim, grande preocupação com o tema em vários ordenamentos, não só no Brasil.

Observa-se, também, que a preocupação ainda não deu lugar, notadamente no Brasil, a um debate mais aprofundado da questão, com propostas de soluções eficientes para prevenir e coibir as condutas desleais e indevidas das partes no processo civil.

Todavia, fato é que o tema é muito rico e comporta diversas e profundas discussões.

Desta forma, ante a diversidade e amplitude do tema, a presente dissertação tem por objetivo desenvolver as bases para uma discussão mais aprofundada acerca da aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva no direito processual civil contemporâneo, partindo de um pressuposto básico da necessidade de uma maior eticidade no processo, para o alcance último que é a maior efetividade e a garantia de acesso à uma ordem jurídica justa.

Por outro lado é certo que, para se compreender o objetivo da presente dissertação será necessário entendermos, já de início, os rumos que o processo civil

vem tomando, quer seja por sua natureza juscultural¹, quer seja como um reflexo do cultura jurídica atual.

Neste sentido, como uma introdução ao tema e, ao mesmo tempo, uma limitação do campo de estudo com a indicação da metodologia adotada, pode-se dizer que para se entender o processo civil contemporâneo, há a necessidade de se compreender que este ramo do direito tem como base de entendimento três vetores metodológicos, que se inter-relacionam e resultam na forma atual de se enxergar ou de se estudar o processo civil.

Com base nisto, pode-se dizer que os três vetores do processo civil contemporâneo são: (i) a relação entre a teoria do direito e o direito processual civil; (ii) a relação entre a constituição e o direito processual civil; e, (iii) a relação entre direito material e direito processual.

Partindo do primeiro vetor – inter-relação entre a teoria do direito e o direito processual civil – há que se entender que a teoria do direito, mais precisamente a teoria das fontes e a hermenêutica jurídica, sofreu profundas modificações nos últimos anos. Dentre as transformações, as mais relevantes quanto à teoria das fontes são: o reconhecimento da força normativa dos princípios, o papel normativo da jurisprudência e a latente mudança na técnica legislativa. Por outro lado, quanto à hermenêutica jurídica, as mais relevantes modificações foram a distinção entre texto e norma, o reconhecimento que a interpretação é uma forma de criação e, de forma mais latente ainda, o desenvolvimento das máximas da proporcionalidade e da razoabilidade.

No segundo vetor – referente a inter-relação entre o direito constitucional e o direito processual, temos como principais modificações o reconhecimento da força normativa da constituição, o agigantamento da jurisdição constitucional e o desenvolvimento inegável da teoria dos direitos fundamentais, dentre eles, por óbvio, o acesso à justiça.

No terceiro e derradeiro vetor, qual seja a inter-relação entre o direito processual e o direito material, há que se reconhecer a instrumentalidade do processo, pois o processo, apesar de ciência autônoma, não existe sem o direito

¹ TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, v. 63, n. 1, mar. 2009. p. 90.

material a ser tutelado, o processo não é assim um fim em si mesmo, mas uma técnica desenvolvida para a tutela do direito material.²

Desta maneira, a relação entre o direito material e o direito processual é circular, de tal forma que o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele.³

Assim, adotando-se a ideia de circularidade do direito material e o direito processual, “a instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como o valor que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais.”⁴, de tal forma que para se compreender a boa-fé objetiva no direito processual é necessário estabelecer o desenvolvimento do tema dentro do direito material, para se compreender dentro do direito processual - o processo se servindo.

Estabelecidos estes pontos importantes e os adotando como premissas para o desenvolvimento do presente estudo, a presente dissertação foi seccionada em quatro partes, as quais compõe um todo dirigido à fundamentação da aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva como um reflexo de todo o desenvolvimento teórico existente e da necessidade de maior eticidade no processo civil.

Assim, tendo em vista o objetivo e a metodologia adotada, o primeiro capítulo foi inteiramente dedicado a delimitação e apresentação das definições básicas do que seja a Boa-fé, seu conteúdo – ou sua indeterminação de conteúdo – a natureza jurídica do instituto e suas raízes históricas, no intento precípua de demonstrar todo um desenvolvimento teórico já consolidado no pensamento jurídico, notadamente no direito material.

Após, no capítulo 2, serão abordados o conceito de princípios jurídicos suas funções dentro do ordenamento e, por fim, aplicar tais conhecimentos para justificar a afirmativa de se tratar a boa-fé objetiva como um princípio jurídico. Entretanto,

² Neste sentido imperioso se faz ressaltar as Palavras de Calmon de Passos, ao afirmar que: “ (...) separar o direito, enquanto pensado, do processocomunicativo que o estrutura como linguagem, possibilitando sua concreção como ato decisório, será dissociar-se o que é indissociável. Em resumo, não há um direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer-se que o direito pensado e o processo do seu enunciar fazem um. Falar-se, pois, em instrumentalidade do processo é incorrer-se, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves consequências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível disso-ciar-se o ser do direito do *dizer* sobre o direito, o ser do direito do *porocesso* de sua produção, o direito material do direito processual. Uma e outra coisa fazem um”. (Cf. PASSOS, Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*. São Paulo:RT, 2001, nº 102, p.64.)

³ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol I, 9ª ed. Bahia:Juspodivum, 2008. p.58

⁴ *Idem, Ibidem*.

cabe ressaltar que o estudo foi direcionado não só a uma fundamentação estritamente jurídica, mas sim, buscando bases tanto na filosofia quanto na psicologia, para dar maior conteúdo ao conceito de boa-fé e sua fundamentação como princípio.

No terceiro capítulo, continuando o intento de justificar e melhor fundamentar a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva ao processo civil, serão tratadas as questões relativas a importância dos princípios a luz das mudanças sociais, a constitucionalização do direito e por fim reflexos havidos dentro do ramo específico do direito processual civil, por meio da identificação das diversas fases evolutivas desta importante disciplina, sem se olvidar das diversas modificações sociais e do pensamento jurídico.

Por fim, no quarto e último capítulo, de posse de todos os fundamentos apresentados pelos capítulos anteriores, será realizado um estudo voltado a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva no direito processual civil, tomando por base sua força eticizante e o contexto social no qual se insere a valorização deste e de outros princípios.

Contudo há que se deixar claro que o tema é muito rico e comporta diversas e profundas discussões, sendo certo que a presente dissertação não trará um completo exaurimento do tema, posto que a boa-fé por si só já representa um microcosmo de possibilidades teóricas e discussões.

Capítulo 1 – Noções Preliminares da Boa-fé

É certo que o ordenamento jurídico, ao conceder um direito subjetivo, um poder ou uma faculdade, o faz na crença de que o seu titular, ao exercê-lo, agirá com boa-fé. Isto porque, o princípio de que quem exercita um direito não causa dano, é balizado pelo princípio da boa-fé que, por sua vez, deve reger a conduta de todas as pessoas no tráfico jurídico (relações jurídicas em *lato sensu*), uma vez que a confiança e a lealdade são indispensáveis em todo e qualquer relacionamento humano, quer sejam familiares, negociais, obrigacionais, processuais, dentre outros.

Entretanto, partindo deste primeiro suposto, qual seria o conteúdo da boa-fé, pois se é uma baliza ou um parâmetro que rege as condutas humanas (dentro de relacionamentos), qual o seu conteúdo?

Desta maneira, neste primeiro momento, intenta-se uma análise da boa-fé, seu conteúdo, sua aceção e raízes históricas, pois o conhecimento destes pontos é a pedra fundamental de todo o desenvolvimento e objetivo deste estudo, notadamente no que concerne a aplicação deste instituto no direito processual civil.

1.1 - A noção de boa-fé: indeterminação de conteúdo na atualidade

A boa-fé possui, antes de tudo, uma natureza juscultural, o que exige para a sua compreensão, o entendimento de que se trata de uma criação humana, fundada, dimensionada e explicada em termos históricos.⁵

Sendo uma criação do direito, a boa-fé não opera com um conceito comum, de forma que uma definição de seu conteúdo seria uma tentativa inapta frente ao alcance e a riqueza do próprio instituto⁶. Desta maneira, pela impossibilidade de uma plena delimitação, podemos dizer que a boa-fé se traduz em um “estádio juscultural”, manifestando uma verdadeira ciência do direito e exprimindo um modo de decidir próprio de certa ordem jurídica.⁷

É a boa-fé, portanto, uma noção jurídica que não possui um conceito comum, delimitável através de uma definição precisa, pois comporta uma série de significados e compreensões que são determinadas à luz do caso concreto e das

⁵ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. 1ª Edição. Coimbra: Almedina, 1997, p.18

⁶ Vale mencionar que fragmentos da noção do que seja o princípio da boa-fé, hordienamente, são elementos de fundamentação de outros princípios, tais como o princípio da cooperação, da lealdade, da vedação de condutas contraditórias e assim por diante (Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Direito Processual Civil Teoria Geral do Processo*, vol. 1, 4ª ed. Rio de Janeiro:Saraiva, 2012. p.112)

⁷ MENEZES CORDEIRO, *op cit.*, p. 20

convicções históricas, sociais e filosóficas dominantes em cada período de tempo e espaço na sociedade.

Em outras palavras, não é possível uma determinação precisa do conteúdo da boa-fé⁸, pois esta, como dito, decorre de uma noção jurídica tão antiga quanto obscura, que varia de acordo com o tempo e o espaço, na medida em que tal conceito pode ser associado diretamente à ancestralidade do próprio direito, como forma de organização social, uma vez que reflete a ideia de uma conduta leal e confiável, ou seja, da própria essência do direito.

Contudo, não se pode deixar de propalar que a indefinição do conteúdo da boa-fé traz para o legislador, quando da sua utilização, um mecanismo privilegiado para atribuir ao intérprete e ao aplicador instrumentos capazes de promover uma busca mais apurada da justiça.

Neste sentido, pode-se dizer que os atuais contornos da boa-fé sugerem análises que sinalizam para um renascimento da ideia de direito. Direito este construído pelos juristas com base na aplicação de princípios, que resulta diretamente numa nova conceituação do sistema jurídico.⁹

Nesta toada, vale lembrar que o efeito que é visto da aplicação dos princípios para o julgamento dos casos, é uma consequência lógica da utilização dos conceitos teóricos do processo de constitucionalização do direito, a partir do qual se impôs uma revisão das normas através do reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e, por conseguinte, do tipo de sistema por estes forjado.¹⁰

Assim, sob a ótica da constitucionalização do direito, o princípio da boa-fé pode ser configurado como um agente transformador do sistema jurídico, com vistas

⁸ Vale lembrar que no direito, qualquer definição é quase impossível, pois como bem afirmam Sergio Urquhart de Cademartori e Caroline Ferri: “uma definição deve, com efeito, indicar o que é definido, mas limitando-se apenas ao que ele é e exprimindo tudo o que ele é.” Daí o obstáculo inerente a toda e qualquer tentativa de definição de um conceito, ou seja, a dificuldade de se conseguir a identificação clara e precisa daqueles elementos que são fundamentais para enunciar aquilo que forma a substância do objeto de estudo, bem como todos os problemas daí derivados, quando da necessidade de observação dos atributos contidos nestas definições particulares e a posterior união de tais elementos. Assim, aquele que se propõe a estudar o Direito em sua acepção conceitual acaba por, necessariamente, se deparar com uma amplitude de definições dadas a ele no transcurso dos estudos realizados. A polivalência e maleabilidade do direito se mostram como grandes obstáculos epistemológicos para sua definição.” (Cf. CADEMARTORI, Sergio Urquhart de. FERRI, Caroline. A relação entre direito e moral como um problema jurídico conceitual: um debate entre Hans Kelsen e Robert Alexy. *Revista JurisPoesis*. ano 14, n.14, jan-dez. 2011. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, p. 63-65)

⁹ NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.7

¹⁰ Sobre este assunto, vide Capítulo 3, itens 3.1 e 3.2, nos quais serão abordados os temas relativos à abertura do sistema jurídico e a normatização dos princípios.

a um resultado necessário de conformação à hierarquia dos interesses fixados constitucionalmente.

Em suma, não se pode determinar um conteúdo preciso e estático da boa-fé, posto que, a priori, é um princípio que possui em seu amago, ou como destino necessário, sua força eticizante dentro do sistema, força esta que determina um conteúdo variável de acordo com o tempo e o espaço, numa determinada sociedade¹¹.

Logo, por expressar um conteúdo ético, força eticizante de um sistema, que conduz a uma ideia de justiça, não se pode conceituar a boa-fé a partir das estruturas normativas, uma vez que tal compreensão traria somente o conhecimento de parcela de seu conteúdo, parcela esta já positivada.

1.2 - A dicotomia existente na acepção do conceito de boa-fé – pontos de relevância

Como se não bastasse a indeterminação de conteúdo, vista no item anterior, não existe consenso doutrinário, quer seja na doutrina nacional, quer seja na doutrina estrangeira, acerca da unicidade de conceitos da boa-fé, visto que, conforme o enfoque que se dê a boa-fé, ela poderá ser encarada de um ponto de vista subjetivo ou do ponto de vista objetivo.

Desta forma, como ocorre em grande parte das discussões jurídicas, podemos identificar a existência de dois pensamentos distintos acerca do conceito dicotômico ou não da boa-fé. Neste sentido, um primeiro pensamento sustenta a superação da distinção, fundamentando que, apesar de ser possível traçar distinções relativamente à função e aos efeitos assumidos pela boa-fé, em sua base, esta teria um significado unitário.¹²

¹¹ Vale como ponto a rememorar que, para Aristóteles: a ética é a ciência das condutas, menos exata na medida em que se ocupa com assuntos passíveis de modificação. Ela não se ocupa com aquilo que no homem é essencial e imutável, mas daquilo que pode ser obtido por ações repetidas, disposições adquiridas ou de hábitos que constituem as virtudes e os vícios. Seu objetivo último é garantir ou possibilitar a conquista da felicidade. Partindo das disposições naturais do homem (disposições particulares a cada um e que constituem o caráter), a moral mostra como essas disposições devem ser modificadas para que se ajustem à razão. Estas disposições costumam estar afastadas do *meio-termo*, estado que Aristóteles considera o ideal. Assim, algumas pessoas são muito tímidas, outras muito audaciosas. A virtude é o meio-termo e o vício se dá ou na falta ou no excesso. Por exemplo: coragem é uma virtude e seus contrários são a temeridade (excesso de coragem) e a covardia (ausência de coragem). As virtudes se realizam sempre no âmbito humano e não têm mais sentido quando as relações humanas desaparecem, como, por exemplo, em relação a Deus. Totalmente diferente é a virtude especulativa ou intelectual, que pertence apenas a alguns (geralmente os filósofos) que, fora da vida moral, buscam o conhecimento pelo conhecimento. É assim que a contemplação aproxima o homem de Deus.

¹² GIL, Antonio Hernandez de. *Obras Completas – Conceitos Jurídicos Fundamentales*. 1ª Edição. Madrid: Espasa – Calpes S.A., 1987, p. 561

Fundamentam, para tanto, que a unidade do conceito reside em dois motivos: de um lado, qualquer que seja a hipótese, a boa-fé atua sempre como pauta de comportamento ditada pela moral social, de outro, tanto na denominada boa-fé subjetiva quanto na objetiva existe normatividade embora em graus distintos.

Contudo, tal pensamento não se sustenta, na medida em que não há qualquer relação entre uma norma de conduta e um agir, no sentido de comportamento intrínseco, intenção.

Assim, num segundo posicionamento temos, em Menezes Cordeiro, a ideia de que existe distinção entre as duas acepções da boa-fé, pois a boa-fé subjetiva diz respeito diretamente a algo interior do sujeito, ou seja, a sua intenção ou ignorância, por seu turno a boa-fé é objetiva quando, ao revés do que ocorre na subjetiva, esta se refere a algo exterior ao sujeito, ou seja, uma regra de conduta que lhe é imposta, a qual nunca é definida na lei, sendo comum remissão a princípios, regras, ditames, limites por ela impostos ou simples comando para que aja de acordo com a boa-fé.¹³

Ademais, a aludida distinção entre a boa-fé objetiva e a subjetiva não pode ser confundida com a contraposição entre a psicológica e a ética, na medida em que as duas últimas estariam no âmbito da boa-fé subjetiva, correspondendo a primeira a um estado de ignorância e a segunda também, só que valorado pelo direito. Entretanto, cabe o alerta de que o próprio conceito de boa-fé objetiva leva em consideração aspectos psicológicos, como será devidamente abordado no Capítulo 2 da presente dissertação.

A doutrina nacional, por sua vez, apesar de o nosso Código Civil não ter deixado clara a distinção entre as acepções de boa-fé¹⁴ – boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva -, não hesitou em acolher o entendimento da existência de distinção entre as acepções de boa-fé, razão pela qual também a adotamos neste estudo, reiterando, outrossim, que o alvo de nossa pesquisa é a boa-fé em sua vertente objetiva.

Neste sentido, por exemplo, vale conferir as observações de Fernando Noronha, onde se tem que:

¹³ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Op Cit.*, p.1199

¹⁴ É corrente na doutrina a afirmação de que o Código Civil adota a dicotomia existente no conceito de boa-fé. Contudo, na acepção do artigo 1.201 há extensas discussões acerca da subjetividade ou não da boa-fé, visto que no caso da posse de boa-fé, prevista no referido artigo, levam-se em consideração a ignorância de um vício ou obstáculo que impede a aquisição da coisa, mas o mesmo Código afirma a existência de uma presunção de boa-fé, o que indica uma certa objetividade. (Cf. Pinto, Cristiano Vieira Sobral. *Direito Civil Sistematizado*. Rio de Janeiro:Forense, 2010. p. 348)

“Mais que duas concepções da boa-fé, existem duas boas-fés, ambas jurídicas, uma subjetiva, a outra objetiva. A primeira diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito, a segunda a elementos externos, a normas de conduta, que determinam como ele deve agir. Num caso, está de boa-fé quem ignora a real situação jurídica; no outro, está de boa-fé quem tem motivos para confiar na contraparte. Uma é boa-fé estado, a outra, boa-fé princípio”.¹⁵

Diante do exposto, pode-se afirmar que enquanto a boa-fé subjetiva deve ser compreendida como um estado psicológico, a objetiva deve ser encarada como uma regra de conduta, ou seja, um dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, para não frustrar a confiança legítima da outra parte.

Insta salientar, ainda, que a boa-fé objetiva não necessariamente aponta às partes uma simples atitude de correção, consistente num não fazer, para impedir a lesão à esfera jurídica de outrem. Pode, igualmente, traduzir uma colaboração ativa, a fim de satisfazer as expectativas alheias, criadas ou não.

Em outras palavras, para melhor esclarecer o que aqui se expôs, pode-se afirmar, em linhas gerais, que não se pode confundir o princípio da boa-fé com a exigência de boa-fé, pois este é ligado a um elemento do suporte fático de alguns atos jurídicos, sendo subjetivo, posto que um fato e, portanto, de ordem intrínseca do ser, ligado a vontade. Por outro lado, a boa-fé objetiva é uma norma de conduta, que impõe e proíbe condutas além, é claro, de criar situações jurídicas ativas e passivas, sendo, dessa forma, como o próprio nome já indica, objetivo e assim passível de ser considerado um princípio, como demonstraremos melhor no próximo item.

Há que se ressaltar ainda, que a boa-fé objetiva, tida como um princípio, ao contrário do que ocorre com a subjetiva, determina condutas objetiva, ou objetivamente consideradas, independentemente da intenção (tida por subjetiva) do sujeito.¹⁶

Outrossim, para arrebatar qualquer dúvida existente no que aqui se expôs, podemos dizer, ainda, que a boa-fé objetiva como regra de conduta, consiste numa razoável e equilibrada ponderação dos interesses dos outros, a honestidade e a lealdade nos comportamentos e, designadamente, na celebração e na execução de

¹⁵ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1994, p.130

¹⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 171, p.35, 05/2009

toda e qualquer atividade que envolva seres humanos em relação de reciprocidade ou adversidade.

1.3 - A natureza jurídica da boa-fé objetiva

Como se não bastasse a indeterminação do conteúdo da boa-fé objetiva, por ser expressa através de cláusulas gerais que demandam valoração e argumentação para a necessária composição do modelo de decisão para o caso concreto. E, ainda, da existência de dúvidas acerca da dicotomia ou não da acepção da boa-fé.

A boa-fé objetiva ainda representa tormentosa discussão quanto à sua natureza jurídica, pois apesar de ser corrente a referência, na doutrina nacional, ao “princípio da boa-fé” entre os diversos estudiosos do direito, até a presente data, poucos foram o que tentaram responder à tormentosa indagação de se a boa-fé seria realmente um princípio, uma regra, uma cláusula geral¹⁷ ou um *standard* jurídico.

Assim sendo, em face da impossibilidade de um maior aprofundamento desta questão, sob pena de acarretar prejuízos consideráveis ao escopo da presente dissertação, se opta por dar reconhecimento de que a boa-fé objetiva é um princípio jurídico, conforme vasta doutrina e jurisprudência nacional.

Adotado este posicionamento, vale lembrar que a boa-fé objetiva, como princípio jurídico, pode ser definida como “Los pensamientos directores de una regulación existente o posible”.¹⁸ Contudo, não se pode esquecer que os princípios jurídicos, para serem condensados em normas e decisões, precisam de uma concreção a qual exige um adicional “juízo de valor”.

O princípio da boa-fé tem um significado maior do que um simples princípio, pois traduz o interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes devem sempre agir com lealdade e confiança recíprocas, em quatro palavras, devem proceder com boa-fé¹⁹, mas tal aferição demanda, necessariamente, um juízo de valor, valor este ético, conforme será devidamente demonstrado no capítulo 2, o qual nos reportamos.

¹⁷ Vale ressaltar que o entendimento corrente acerca do conceito de cláusula geral nos conduz a ideia de que o princípio da boa-fé, quando positivado nas regras do Código Civil (artigo 113, 187 e 422), foi idealizado como cláusulas gerais, pois estabelece uma pauta de valores a serem preenchidos pelo magistrado a luz do caso concreto.

¹⁸ LARENZ, Karl. *Derecho justo – fundamentos de ética jurídica*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civistas S.A., 1985, p.32

¹⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. 12ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.43

Por fim, insta acrescentar que só é possível falar em princípio da boa-fé relativamente à boa-fé objetiva, se adotada a teoria dicotômica, pois somente na boa-fé objetiva que teremos um dever de agir, visto que a boa-fé subjetiva se liga a intenção ou vontade – de cunho eminentemente subjetivo.²⁰

Vale ainda advertir que o princípio da boa-fé não pode ser confundido com um princípio geral ou uma espécie de panaceia de cunho moral, incidente da mesma forma a um indefinido número de situações. Ao contrário, é uma autêntica “solução jurídica”, sendo certo que a sua juridicidade é oriunda do fato de remeter a solução do caso concreto à estrutura e às normas do sistema jurídico.²¹

Sendo assim, a boa-fé objetiva, como princípio, não prescreve um preciso comportamento a ser seguido, mas apenas reconduz a um fim a ser atendido pelo destinatário, o qual pode buscá-lo através de uma pluralidade de comportamentos alternativos, desde que sejam os meios necessários ao fim prescrito (ético, moral, social e político).

1.4 - Raízes históricas da boa-fé

Feitas as devidas observações acerca da noção de boa-fé, sua indeterminação de conteúdo, a dicotomia sobre seu conceito existente e sua natureza jurídica, neste ponto, para construir melhores fundamentos para as discussões futuras se torna necessário realizar um estudo das raízes da boa-fé.

Neste sentido, antes de adentrarmos a qualquer assunto de cunho histórico, vale lembrar que o recurso às fontes históricas de um instituto jurídico se justifica como um caminho eficiente para a sua delimitação conceitual. Assim, dada a origem de nosso ordenamento jurídico, a busca através do estudo do Direito Romano funciona como um verdadeiro porto seguro, a partir do qual se pode analisar os institutos que, tendo ali surgido, até nossos dias integram o sistema jurídico em vigor.

Entretanto, como um alerta, não se pode olvidar que a busca das origens suscita indagações de ordem metodológica, na medida em que não há como habilitar categorias e conceitos resultantes da experiência jurídica contemporânea à análise, supostamente histórica, de uma experiência passada. Significa dizer, trazer

²⁰ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 129

²¹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Sistema e cláusula geral (A boa-fé objetiva no processo Obrigacional)*, Tese (doutorado em direito Civil). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado de São Paulo, 1996, p.330-346

a experiência jurídica romana, tomada em seu original, a vistas da experiência contemporânea, torna o discurso uma busca de identidade o que o distancia da ideia de um discurso propriamente histórico.

Em outras palavras, e de forma mais simples, como bem lembrar François Furet: “os homens fazem a história, mas não conhecem a história que fazem.”²²

Diante destes apontamentos de ordem metodológica, visamos no presente item, buscar através da revisão bibliográfica, principalmente da obra de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro²³, traçar um breve histórico acerca do princípio da boa-fé.

1.4.1- Da Boa-fé no direito Romano

O exame da doutrina romanística e suas fontes assinala a presença da boa-fé no Direito Romano. Porém, não é pacífico o entendimento de que, já naquela época, a boa-fé teria a natureza jurídica de princípio.

A corrente que nega a existência da formulação do princípio da boa-fé no Direito Romano se apoia no fato de os juristas romanos terem sido contrários à formação de princípios ou a remissões extrajurídicas. Assim, sendo certo que sequer elaboraram uma Teoria geral do Direito, tendo se preocupado sobretudo com o plano prático, privilegiando o trabalho pragmático de institutos singulares em detrimento de construções gerais de caráter teórico, não seria correto admitir tal possibilidade.²⁴

Em sentido contrário, há quem afirme que o dever de lealdade entre as partes, decorrente do princípio da boa-fé, remontaria ao conceito romano de *fides*, o qual impunha a abstenção de todo comportamento que pudesse tornar a execução do contrato mais difícil ou onerosa.²⁵

Seja como for, é possível identificar uma evolução do conceito primordial *fides* até o conceito final e mais importante que é a *Bona fidei iudicia*. Dessa forma,

²² FURET, François. *Pensando a Revolução Francesa*. Tradução de Luiz Marques e Martha Gambini, 2ª Edição, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p.37

²³ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. 1ª Edição. Coimbra: Almedina, 1997.

²⁴ Op. Cit., p.36

²⁵ AMARAL, Francisco. A boa-fé no processo romano. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, nº 78, pp.195-204, out./dez. 96.

começaremos na Roma Antiga pelo conceito de *fides* até o período Pós-clássico, com o conceito de *Bona fides iudicia*.²⁶

Partindo do conceito de *fides*, é possível dizer que este é definido como ser de palavra, ter palavra. Porém, a questão não é tão simples assim, pois apesar da inequívoca relevância do estudo da natureza primitiva e das linhas subsequentes de evolução da *fides*, o tema tem sido alvo de confessado desinteresse científico para o qual corroboram, em especial, não só a falta de documentação histórica e elementos existentes, como também o fato de a *fides* possuir diferentes significados semânticos.

Assim, nos concentrando no problema semântico da *fides*, pode se dizer que esta possui três prismas semânticos diferentes, pois durante o período pré-classico, a *fides* podia ser entendida como *fides-sacra*, *fides-fato* ou *fides-ética*. A *fides-sacra* teria conotação religiosa, expressa no culto da deusa *Fides* e nas sanções religiosas para os defraudadores de certas relações de lealdade.

Por outro lado, a *fides-fato* não teria qualquer conotação moral ou religiosa, sendo encontrada em garantias do tipo pessoal nas relações da clientela, ou seja, dos indivíduos que compunham uma família, submetidos a um *pater*.

Por sua vez, a *fides-ética* teria a conotação moral expressa na qualidade de pessoa, pois desde o momento em que a garantia expressa pela *fides* (*fides-fato*) passou a residir na qualidade de uma pessoa, esta teria ganho uma coloração moral, na medida em que implicaria em um dever, mesmo que não integralmente recebida pelo direito.

Contudo, apesar de as manifestações semânticas da *fides* serem importantes para o desenvolvimento posterior do conceito, adverte Menezes Cordeiro, que a semântica da *fides* somente torna possível o entendimento de que a *fides* consistiria em um impedimento de comportamento, inicialmente não jurídico que, nos primórdios, seria mágico, depois religioso e por final moral.²⁷

Outrossim, ainda no período pré-clássico, vale ressaltar que apesar das dificuldades semânticas da *fides*, suas manifestações poderiam ser percebidas

²⁶ A história interna do Direito Romano, que tem por objeto as instituições do Direito Romano, pode seguir a divisão em três fases, sendo a primeira, a do direito antigo ou pré-classico – que vai das origens de Roma à Lei Aebutia, de data incerta, compreendida aproximadamente entre 149 a 126 a.C., a segunda, do direito Clássico, daí ao término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C., e a terceira, do direito pós-clássico, daquela até a morte de Justiniano, em 565 d.C.

²⁷ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. 1ª Edição. Coimbra: Almedina, 1997. p. 53-58

através das relações internas e externas das cidades. Caracteriza-se, assim, em âmbito interno, três formas básicas de manifestação, a derivada da clientela, a *fides-poder* e a *fides-promessa*. A primeira, como apontado linhas atrás, implicava diretamente na existência de pessoas que estariam sujeitas a deveres de lealdade e de obediência perante outras pessoas, em troca de proteção. Já a segunda forma de manifestação, em âmbito interno, a *fides-poder* era representada justamente pelo poder do *patronus* em face de sua clientela, ou seja, há uma relação de reciprocidade entre a primeira e a segunda, pois a primeira destina-se a regular a relação de lealdade da clientela com *pater*, e a segunda a relação do poder do *pater* sobre sua clientela. Por último, a *fides-promessa* era um ato de garantia que o *cliens* tinha em relação ao *pater*.²⁸

Outrossim, no que tange a relação externa, entre Roma e os demais povos, a *fides* assumia a conotação de fator de submissão dos povos a Roma, sendo a base de convênios livremente assumidos com o Império Romano.

Passada esta fase, com a bipolarização da estrutura social interna, no final do período arcaico e pré-classico romano, denota-se um crescente enfraquecimento da *fides*, na medida em que o Direito Romano foi evoluindo. Mas, o que vale ser esclarecido e ressaltado é que apesar do enfraquecimento da *fides*, a mesma se manteve disponível para traduzir o sentido que lhe deu, posteriormente, o cristianismo, ou seja, fé.

Contudo, é certo, ainda, que a *fides* não pode ser diretamente vinculada aos desenvolvimentos posteriores. Isto porque, até mesmo em decorrência da multiplicidade semântica existente, a *fides* não passava de um conceito ético, mera expressão de confiança recíproca extrajurídica, só vindo a ser objetivada depois que recebeu o adjetivo *Bona*, o qual lhe deu, então, um conteúdo semântico próprio, distinto das acepções éticas.

Entretanto, a passagem da *fides* à *fides bona* e à *bona fides*²⁹, não possui grande definição histórica-jurídica, de forma que o seu estudo estaria esvaziado de precisão e conteúdo, conforme bem salienta Menezes Cordeiro³⁰.

²⁸ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. 1ª Edição. Coimbra: Almedina, 1997. p.59-64.

²⁹ Importante ressaltar que a *bona fides*, a par da inexistência de uma definição histórica precisa, teve participação relevantíssima no direito privado, em especial, no que tange aos direitos reais. Ela constituía, e até hoje constitui, requisito essencial para se pleitear a usucapião: o da ignorância, por parte do possuidor-adquirente, do vício ocorrido no negócio transmissivo do direito real. Moreira Alves, quanto trata da *usucapio*, afirma que a *bona fides* constituía um dos requisitos essenciais para a

Contudo, a par da ausência de conclusões históricas, afirma o mesmo Autor que a atenção deve ser voltada para a questão da *bonae fidei iudicia*, uma vez que há a necessidade de uma análise do sistema jurídico romano, pelo seu viés processual, na medida em que o mesmo possuía grande acento processual.

Neste sentido, afirma o Autor português que:

“O sistema jurídico romano tinha por base processual: assentava não no reconhecimento abstracto de posições subjectivas, mas na atribuição concreta de ações. Houve, nesse campo, uma evolução duplamente milenária em cujo decurso irromperia, a dado passo a *fides*. E com consequências bem maiores do que as indiciadas pelo já em si largo desenvolvimento concedido, atualmente, à boa fé;

O esquema processual romano mais antigo era dado pelo sistema das *legis actiones*. Tratava-se de um processo rígido, altamente formalizado, consubstanciado, essencialmente, em cinco acções: *sacramentum*, com aplicação mais geral, *per iudicis arbitrive portulationem*, para divisão de herança e obrigações *ex stipulatione*, *per conductionem*, para condenação em débitos certos e na restituição de coisa certa, *per manus iniunctionem*, para execução de obrigações dentro do esquema da responsabilidade pessoal, e *per pignoris capionem*, em certos casos restritos de respnsabilidade patrimonial, já admitida. Estas acções apenas viabilizavam a composição de uma margem estreita de litígios. Incapazes de corresponder à evolução exonomico-social subsequente à expansão territorial romana, as *legis actiones in odium venerunt*. Não foram expressamente revogadas, dentro do espírito romano de respeito pelas instituições tradicionais, mas caíram em desuso, nomeadamente quando a *Lex Aebutia* (130 a.C.) veio oficializar o processo formulário. Descrevendo, com base nele, a marcha do processo romano, há a registrar dois tempos. O primeiro decorria perante o pretor que, apurando o litigio, concedia a fórmula. Na fórmula destacava-se a *intentio* – a base jurídica da solução eventual ou, se quiser, a previsão normativa do caso – e a *condemnatio* ordem dada ao juiz para condenar ou absolver, consoante o que apurasse a nível de factos. O segundo tempo desenrolava-se perante o juiz e respeitava à produção da prova, que permitiria a concretização da fórmula. A criação e subsequente concessão da fórmula podia ter uma de duas origens, o que ocasionou uma bipartição: por um lado, as fórmulas de direito civil, base das *actiones in ius conceptae*, caracterizadas por a sua *intentio* se fundar no *ius civile*, normalmente uma *lex*; por outro, as fórmulas honorárias, fonte de acções honorárias e que, fundadas apenas no *imperium* do pretor eram, por seu turno, ditas *in factum conceptae*, quando não fizessem qualquer recurso ao *ius civile*, *utiles*, quando se alicerçassem no *ius civile* mas fossem, pelo pretor, usadas em situações diversas das propriamente previstas e *ficticiae* quando, nelas, o pretor recorresse a ficções para obter, no respeito formal do *ius civile*, objetivos por este não visados diretamente.”³¹

ocorrência do instituto, sendo os demais formados pela *res habilis, iusta causa e possessio e tempus*. Especificamente sobre a *bona fides*, sustenta o autor ser conceito ético, baseado na precusnao do possuidor de não estar violando direito de terceiro. Em suas palavras: “Com relação à *bona fides* (também designada simplesmente *fides*), é ela – como o demonstrou Bonfante – um conceito ético acolhido, sem modificação pelo direito; é a crença do possuidor, ao entrar na posse da coisa, de que não esta ferindo direito alheio. Em geral, a boa-fé se baseia num erro – o de que quem está transferindo a coisa é seu proprietário – que não precisa ser escusável. Para que se preencha o requisito da boa-fé, basta que ela exista no início da posse, pois vigorou, no direito romano, o princípio de que a má-fé superveniente não prejudica (*mala fides superuniens non nocet*). A boa-fé se presume, cabendo à parte contrária demonstrar sua existência”(Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, Vol I, 13 ed., Rio de Janeiro;Forense, 2004. p. 313)

³⁰ Idem, ibidem, p.69-70

³¹ Idem, lbidem, p. 72

Com base nisto, o autor português afirma que são *bonae fidei iudicia*, os que, postulando, no período clássico, *actiones in ius conceptae*, tinham, entretanto, uma *intentio* assente na *fides*, agora acompanhada do adjetivo *bona*.³²

Entretanto, não se pode esquecer que a questão de origem, e mesmo da natureza do *bona fidei iudicia* é alvo de muitas críticas e divergências, razão pela qual se pode falar, com breve consenso, somente na ideia de que a criação do *bona fidei iudicia* está associada aos contratos consensuais.³³

Isto porque, não obstante inicialmente as contratações tivessem sido marcadas pelo excesso de formalidades, as necessidades de aceleração do tráfego jurídico, e mesmo de contratação com os estrangeiros, não destinatários do *ius civile*, vieram a ensejar o desenvolvimento da *fides* como elemento objetivo, então apelidada de *bona*. A *fides* objetiva, por sua vez, teria um sentido duplo, funcionando como norma jurídico, determinando o dever de cumprir, na obrigação, seja no sentido simples do respeito pelo estipulado, seja no da forma de determinação do seu conteúdo ou, ainda, para permitir a inclusão junto do dever principal, de outras convenções laterais ou integração de lacunas no negócio jurídico. Por outro lado, num segundo sentido, a *fides* seria a própria fonte de exigibilidade judicial das figuras *ex fide bona*, reconhecidamente sem base legal no Direito Romano clássico.³⁴

Desta forma, a verdade é que as fontes acerca dos *bonae fidei iudicia* não indicam elencos precisos, divergindo os autores sobre quais *actiones* podem ser consideradas *bonae fidei*. Por esta razão, a doutrina afirma que os *bonae fidei iudicia*, também denominados *actiones boane fidei*, destacavam-se das demais *actiones* pelo fato de neles o juiz possuir uma maior margem de julgamento, não meramente restrita às leis.

Buscando elucidar tais controvérsias, afirma Ebert Chamoum que:

“As *actiones bonae fidei*, também chamadas *iudici bonae fidei*, protegiam certas relações que, não sendo determinadas pela lei ou pela fórmula do *pretor*, eram julgadas com maior elasticidade pelo juiz, na base das normas sociais de honestidade e convicção (*ex fide bona*). No direito clássico eram de boa-fé os juízos *ex empto vendito*, *locato conducto*, *negotiorum gestorum*, *mandati*, *depositi*, *fiduciae*, *pro sócio*, *tutela*, *rei uxoriae* e, no tempo de Severos, a *actio communi dividundo* e a *familiae erciscundae*. Eram muito números no

³² Idem, *Ibidem*, p. 73

³³ Idem, *Ibidem*, p. 90

³⁴ Idem, *Ibidem*, p. 91

direito justiniâneo, quando se opunham às *actiones stricti iuris* ou *stricta iudicia*, isto é, às ações *in personam* que o juiz tinha de julgar rigidamente, sem recurso à equidade.”³⁵

Desta forma, como dito acima, os poderes mais amplos de apreciação de fatos que o juiz detinha nas *iudicia bonae fidei*, nas quais devia julgar de acordo com a *ex fide bona*, davam-lhe a oportunidade de, em primeiro, levar em consideração o dolo de um dos litigantes, ainda que o réu não tenha inserido na fórmula – leia-se processo – a *exceptio doli*, ou ainda que o autor, ao invés de agir mediante a *actio doli*, se utilize de ação que protege a relação jurídica objeto do litígio. Em segundo, o de fazer, ao determinar o valor da condenação, a compensação dos créditos e débitos existentes entre autor e réu, desde que decorrentes da mesma causa e, em terceiro, o de incluir, na condenação, o valor dos frutos e juros que se computam não só no período de mora, mas também a partir da *litis contestatio*.³⁶ O que nos leva a verificar que nas *iudicia bonae fidei*, o *iudex* não se detinha ao formalismo estrito, o que o levava até a essência das questões postas em debate.

Mas, o mais importante é o entendimento de que não sendo o *iudex* romano um jurista, mas sim um simples cidadão que era incumbido de estabelecer os fatos que, perante as fórmulas do processo formulário dada pelo pretor, compunha o litígio, bem como em se considerando que o Direito Romano era contrário às remissões extrajurídicas, a fórmula *oportet ex fide bona* há que ser entendida apenas como uma maior liberdade de decisão que gozava o *iudex* que não estaria tão restrito ao determinado no *ius civile*. Razão pela qual, não pode ter qualquer procedência o entendimento das concepções que veem no *oportet ex fide bona* uma remissão simplória do juiz para critérios de decisão ética, social ou com base em um simples juízo de equidade.³⁷

Apesar de toda esta aparente complexidade, vale ainda destacar um ponto importante acerca dos *bonae fidei iudicia* que diz respeito, exatamente, à sua aplicabilidade e extensão, pois, apesar de não se poder dizer que era universal, a aplicação era extensa, na medida em que decorria do fato de ser a *fides* um dado extrajurídico, ético-social, ditado pela vida e, portanto, insensível às restrições próprias do *ius civile*, abarcando todos que se enquadrassem em certa conduta. Diante disto, os *bonae fidei iudicia*, teriam relação direta, também, com as

³⁵ CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Rio. 1997, p.116

³⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 2v. Rio de Janeiro: Forense. 1999, p232-233.

³⁷ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Op. Cit*, p.82

excepciones, dentre as quais a *exceptio doli*, que nada mais era que um compromisso assumido por uma parte perante a outra, de não existência de *dolus malus* quando da celebração do contrato.

Outrossim, vale ainda lembrar que as *exceptio* era uma cláusula condicional negativa, no sentido de que era aditada a pedido do réu entre a *intentio* e *condemnatio*, e produzia substancial alteração do sentido da formula, na medida em que exercida como meio de defesa, disponibilizava ao réu a possibilidade de alegar qualquer circunstancia que viesse a corroborar a seu favor, traduzindo uma efetiva defesa diante da causa *pretendi* deduzida pelo autor, numa verdadeira espécie, mal versando, de reconvenção com contestação dos dias atuais. Por outro lado, não se pode esquecer que a *exceptio*, como defesa material do réu, tinha como fonte o *ius honorarium*, ou seja, o instrumento introduzido pelo pretor para abrandar os rigores da estrita aplicação do *ius civile*, lei.

Saindo um pouco da discussão sobre o aspecto processual romano, a titulo de informação para estabelecer alguns dados, no Direito Romano mais antigo, não era possível um contrato sem uma exteriorização da forma, sendo a forma mais importante do que o conteúdo ou vontade dos contratantes.

Assim, alguns contratos consensuais conseguiam se afastar da formalidade pois não haveria forma e sim a prevalência da boa-fé, o valor da palavra dada. Em razão destes contratos é que surgiu a *iudicia bonae fidei*, pois nos contratos formais eram protegidos por ações de direito estrito (*iudicia stricti iuris*), nas quais o *iudex* estaria totalmente adstrito a lei estrita e aos fatos narrados pelo autor, de forma que se verdadeiros condenaria o réu, ou em caso contrário, o absolveria. Já nos contratos de boa-fé (v.g. *mandatum*), as ações que os tutelavam era ações de boa-fé (*iudicia bonae fidei*), com o aditamento da formula pela *fide bona*, o que resultava no fato de que era determinado ao juiz que ordenasse a prestação que o demandado devia desempenhar, levando em conta as exigências da boa-fé (cláusula *ex fide bona*) diante das características individuais da hipótese concreta e não somente a letra fria da lei.

Daí que se pode inferir que a clausula *ex fide bona* representava um apelo à boa-fé contratual, à honorabilidade para o cumprimento da obrigação.

Contudo, com o passar dos anos, com a necessária fluidez da economia, o Direito Romano, ainda em sua era clássica, começou a atenuar as rígidas distinções existentes entre as ações de direito estrito e as ações de boa-fé (*iudicia bonae fidei*),

e por conseguinte a distinção existente entre os contratos. Assim, a partir do século III a.C., as necessidades do comércio passaram a exigir, cada vez mais, novas figuras acessíveis tanto aos cidadãos quanto aos estrangeiros, o que ocasionou o recuo do formalismo exacerbado, marcando o velho *ius civile* romano, ocasião esta na qual a *fides* passou a integrar o mundo jurídico. Deste modo, é possível afirmar que a boa-fé foi a ponte que permitiu a passagem do formalismo para o consensualismo na prática contratual romana, e por conseguinte processual, fazendo, inclusive, desaparecer a certeza da forma e fazendo florescer a ideia de que é a boa-fé das partes contratantes que dá sustento à relação jurídica.³⁸

Diante disto, pode-se afirmar que a distinção existente, no Direito Romano, entre contratos de boa-fé e de direito estrito não subsiste até os dias atuais, pois a própria evolução do Direito Romano veio a comprovar de forma empírica que o importante em todos os contratos e relações humanas é a boa-fé – mas diga-se, esta boa-fé é subjetiva e objetiva, visto que na aferição do contrato é subjetiva, mas regulada por meio de condutas, o que a torna objetiva.

Encerrando este breve comentário acerca da boa-fé no Direito Romano, de uma forma bem resumida, podemos apontar, no escólio de Menezes Cordeiro, que a inovação trazida pelos *bonae fidei iudicia* é que tornou possível a criação de figuras 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, pois 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 passar dos anos, a acarretar a sua diluição, corroborando para a perda de um significado técnico preciso, passando a *bona fides* a transmitir o que o referido autor denominou de “vaga ideia apreciativa”.³⁹

Independente de resultados concretos, o que se pretendeu demonstrar é a simples constatação de que o mundo moderno pautou os padrões comportamentais por meio da adesão a valores consagrados e reconhecidos pelo Direito Romano, dentre os quais, necessariamente, se encontra a *fides*.

Desta forma, o labor até aqui desenvolvido tem como principalmente ponto ou eixo de apreciação justamente na análise e percepção de que a origem da boa-fé

³⁸ VELASCO, Ignácio M. Poveda. *A boa-fé na formação dos contratos (Direito Romano)*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, nº 61, pp. 35-42, jul./set. 1992

³⁹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Op. Cit*, p.176

permite que hoje falemos na função do princípio da boa-fé como auxílio à prática judicial, critério orientador na interpretação e integração dos contratos e limite aos direitos subjetivos, sem que esqueçamos estar diante de uma herança do Direito Romano, onde o *ius praetorum* teve a finalidade de reforçar, suprir ou corrigir o *ius civile*.⁴⁰

1.4.2 - Da boa-fé no direito Canônico

Passado o estudo acerca da origem histórica-romana da boa-fé, como deixamos assinalado quando do estudo da *fides*, a boa-fé no Direito Canônico, assim como o romano, não possuía uma definição geral. Entretanto, a par da ausência de tal definição, é possível verificar a presença do conceito no pensamento jurídico da igreja.

Vale ressaltar que o conhecimento da ideia de boa-fé no Direito Canônico é importante ao presente estudo, na medida em que foi o Direito Canônico a inspiração direta para o nosso Código de Processo Civil, bem como o primeiro norte interpretativo da doutrina processual pátria, razão esta pela qual não poderemos nos afastar de buscar, na origem canônica, o conceito de boa-fé empregado pelo regime jurídico da igreja.

Assim sendo, afirma grande parte da doutrina que o conceito de *bonae fidei iudicia*, em virtude do alargamento dado pelo Direito Canônico e pelo próprio Direito Romano, acabou por ter uma perda de seu sentido. Isto também refletiu no fato de a *bona fides*, atrelada no Direito Romano a ideia de legitimação dos contratos consensuais, que não possuíam qualquer força obrigatória, passaram, no Direito Canônico, ao inverso do que ocorria, a possuir uma força obrigatória determinada.

Em outras palavras, enquanto no Direito Romano a aplicação da boa-fé, na *fides*, estava ligada à ideia de posição a *fraus* e ao *dolus*, traduzindo, portanto, a noção de honestidade, fidelidade, lealdade e consciência, no Direito Canônico a boa-fé passou a ter uma identificação conceitual na linha dos valores próprios da Igreja, ou seja, dependeria sempre da consideração do pecado, ou melhor, a boa-fé corresponderia à ausência de pecado.⁴¹

Porém, vale frisar, repetindo o que foi visto no sub item anterior, quando se tratou da boa-fé no Direito Romano, que não há, a rigor, indícios capazes de

⁴⁰ AMARAL, Francisco. *Op. Cit.*

⁴¹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Op. Cit.*, p.153-154

comprovar a existência, nas obrigações, do princípio jurídico da boa-fé de forma definitiva, pois, como dito, não se encontra naquele direito nada que possa ser chamado, com propriedade, de boa-fé nas obrigações, uma vez que os *bonae fidei iudicia* tinham um sentido técnico muito preciso, do qual apenas numa interpretação atualizadora seria possível determinar regras objetivas. Por outro lado, o Direito Canônico, ao contrário do Romano, vindicou à boa-fé seu caráter mais eticizante a lançado diretamente no aspecto subjetivo, ou se preferir na *intentio*.

Em outras palavras, a maior novidade trazida pelo direito Canônico, segundo Menezes Cordeiro, seria justamente no fator eticizante da boa-fé, na medida em que teria gerado o aparecimento da regra *mala fides superveniens nocet* – a má-fé superveniente não prejudica – a qual, por sua vez, não traduziu uma alteração efetiva na essência e na função da boa-fé, sendo identificado como um reajustamento do regime, a fim de dar respostas as situações novas.

Mas isto somente pode ser entendido se recordarmos, nos dizeres de Menezes Cordeiro, que:

“No Direito Romano, a *bona fides* instalou-se como forma aperfeiçoada de requerer, para a *possessio ad usucapionem*, uma origem não violenta e não furtiva, ou, se se quiser, um *iustum initium*. Trata-se, então, apenas, da constituição da propriedade. A figura estender-se-ia, por meio da *quase possessio*, à constituição de outros direitos reais, ganhando uma dimensão defensiva – com um deslocar concomitante, da tônica, para a extinção do direito do antigo titular – através da sua fusão com a *longi temporis praescriptio*.

No Direito Canônico – na sequencia, alias, da evolução processada no Direito comum através dos glosadores e pós-glosadores – ocorreria um alargamento considerável da figura. A *praescriptio* passou a atuar, também, no campo das acções pessoais e no das funções públicas. Em termos actualistas, todo o Direito privado e áreas notáveis do Direito público ficaram envolvidos. As dificuldades de comunicação e de publicidade facilitavam, nessa altura, as apropriações indevidas, sendo ainda de notar que, muitas vezes, os bens da Igreja eram especialmente atingidos.

O Consolidar da regra *bona fides superveniens nocet* visou, por tudo isto, dificultar a *praescriptio*.⁴²

Por estas razões é que o autor afirma que a verdadeira projecção da boa-fé no direito Canônico, ao invés de ser associada a aspectos pontuais ou contingentes de seu regime, deve ser relacionada ao sentido geral do Direito da Igreja.⁴³

Logo, com base em todo este contexto, e de forma mais significativa, assevera Menezes Cordeiro que houve uma eticização geral, em lugar de um puro

⁴² Idem, *Ibidem*, p. 155-156

⁴³ Idem, *Ibidem*, *passim*

tecnicismo ou mero esquema de funcionamento mecânico, por se traduzir numa concretização da lei de Deus.

Com efeito, é correto afirmar que foi na órbita do pensamento cristão que a boa-fé tomou os contornos axiológicos, ou dimensão axiológica, na medida em que antes era somente vista como um conceito técnico-jurídico.

Entretanto, apesar do contorno axiológico, alerta Menezes Cordeiro, que a boa-fé, por não ter desempenhado um papel específico nos contratos consensuais regulados pelo direito canônico, teve quase um desaparecimento naquela época. Assim, a boa-fé somente ressurgiu no IV Concílio de Latrão, no qual ocorreu a ampliação do âmbito de sua exigência, bem como passou a ser vista sobre o olhar teológico, sendo compreendida em seu aspecto negativo, pois a boa-fé pressupunha a ausência de pecado e a má-fé como perigo para a salvação eterna da alma.

Logo, enquanto no Direito Romano a boa-fé podia ser associada à falta de vontade lesiva, por exemplo, restrita ao momento de dar início à posse prescritiva, no Direito Canônico a boa-fé passa deste mínimo ético a uma máxima elevação teológica moral, que a exige como uma ausência de tudo aquilo que possa constituir perigo para a salvação eterna, o que passa a ser necessário não só no começo, mas durante todo o tempo determinado por uma lei para a prescrição.

Desta forma, a boa-fé no Direito Canônico passa a ser vista sob um aspecto negativo subjetivo, na medida em que está relacionada diretamente à ausência de pecado, ou como no exemplo acima, diretamente relacionada à validade da prescrição aquisitiva, mas lembrando-se que o juízo a ser exercido para aferição da boa-fé era um juízo negativo, baseado na moral teológica cristã, o que, conseqüentemente, tornava impossível a existência de um estado neutro entre a boa-fé e a má-fé, logo quem possuísse alguma coisa deveria ignorar qualquer vicissitude sob pena de, em caso de dúvida, não estar agindo de boa-fé. Em outras palavras, não obstante seja possível definir a boa-fé teológica negativamente, como ausência de pecado, psicologicamente haveria de comportara uma persuasão positiva de que não se estaria cometendo pecado.

Por fim, vale acrescentar que nos dias atuais, graças ao desenvolvimento realizado pelos decretalistas, os manuais modernos de teologia moral e de instituições de Direito Canônico, traçam uma diferença entre a boa-fé teológica moral e a boa-fé jurídica, conceituando a última como sendo aquela em que a lei

presume a sua existência e a primeira como sendo, justamente, a *fides vera*, pela ausência de pecado.⁴⁴

1.4.3 - A boa-fé codificada

Passado o estudo das origens romana e canônica da boa-fé, por uma questão didática explicativa, na busca da consolidação do conteúdo da boa-fé objetiva, passemos a descrever as primeiras codificações que fizeram expressa menção à boa-fé, ou seja, a boa-fé codificada ou positivada.

Neste sentido, é certo que as primeiras codificações se deram em França e na Alemanha. Por tal razão, utilizaremos como paradigma das codificações ocidentais o Código de Napoleão e o BGB alemão.

Assim, no código Civil francês, a boa-fé objetiva foi prevista somente em relação aos contratos, pois no artigo 1.134, havia a determinação de que:

*“les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.
Elles ne peuvent être révoquée que le leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorize.
Elles doivent être exécutées de bonne foi”*

Ocorre que apesar da previsão legislativa expressa, somente no final do século XX, o tema da boa-fé foi retomado. Isto porque, quando da promulgação do *Code*, o princípio da boa-fé estava totalmente diluído pela presença hegemônica do dogma da autonomia da vontade, nos contratos, numa concepção contrária a configuração do direito romano prevista pelos *bona fidei iudicia*.

Acrescente-se que quando da edição do *Code*, havia um ambiente político que determinou o estrito desenvolvimento da boa-fé objetiva na cultura francesa, isto porque, como se sabe, o positivismo exegético, posição doutrinária existente à época, dificilmente se compadecia com a aplicação de um princípio estatuído em forma de cláusula geral, como é o evidente caso da boa-fé⁴⁵.

Assim, devido à associação da escola da exegese e o limitado espectro atribuído doutrinária e jurisprudencialmente à alínea 3ª do citado artigo 1.134, se explica por que somente a partir do final do século passado é que passou a prosperar a tentativa, no direito francês, de conferir efetividade à boa-fé e não simplesmente a reduzindo a preceitos e outros institutos como a fraude, o dolo, a

⁴⁴ NAVARRETE, Urbano. *La buena fe de las personas jurídicas em orden a la prescripción adquisitiva – estudio histórico – canónico*. Roma:Universitá Gregoriana, 1959, passim.

⁴⁵ Confira a respeito do positivismo e a estrutura de sistema propugnada, o Capítulo 3, item 3.1, no qual está pormenorizado as características e o conceito de sistema para o pensamento positivista.

equidade e o abuso de direito, nem tampouco a relacionando a domínios extrajurídicos como o da ausência de pecado ou da conduta moralmente correta.

Diante deste quadro de timidez da cultura jurídica francesa acerca da boa-fé, afirma Menezes Cordeiro:

“Conclua-se pelo fracasso da boa-fé no espaço juscultural francês, prevista no Código de Napoleão com a coloração jusracionalista que, na altura, se lhe impunha, ela foi incapaz de evoluir à medida que lhe quebraram as amarras de origem. Imagem do bloqueio geral derivado de uma codificação fascinante e produto das limitações advenientes de um positivismo ingénuo e exegético, a boa fé napoleônica veio a limitar-se à sua tímida aplicação possessória e, para mais, em termos de não levantar ondas dogmáticas.”⁴⁶

Contudo, apesar da timidez inicial, hoje vemos no direito francês um avanço no reconhecimento da força eticizante da boa-fé, bem como sua larga aplicação nas relações contratuais, como princípio. Mas esta evolução, ou revitalização do princípio da boa-fé, é inexpressivo perto das múltiplas projeções teóricas e práticas que o mesmo princípio assumiu na Alemanha, razão pela qual se explique o fato de Menezes Cordeiro ter atribuído tal desenvolvimento à influencias germânicas no direito francês.⁴⁷

Com base nisto, não é demais afirmar que foi no direito civil Alemão que os contornos atuais da boa-fé objetiva foram desenhados, principalmente se levarmos em consideração o pensamento jurídico ocidental, pois este tem sido resultado direto da doutrina e da jurisprudência alemã.

No direito civil Alemão, a cláusula geral da boa-fé vem expressa no §242 do BGB, que assim dispõe que “O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfico”⁴⁸

Entretanto, vale mencionar que quando da elaboração do BGB,⁴⁹ já havia uma discussão acumulada e aprofundada de pelo menos três décadas sobre as teorias fundamentadoras da autonomia privada, tais como a teoria da vontade, da declaração e da confiança.

Nesta toada, a fim de demonstrar a importância do pensamento Alemão para o reconhecimento e desenvolvimento das teorias acerca da boa-fé objetiva, pode-se dizer que o legislador alemão não aderiu sem restrições à *teoria da vontade*,

⁴⁶ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Op. Cit.*, p.267

⁴⁷ *Idem*, *Ibidem*, p.268

⁴⁸ A tradução é de Antonio Menezes Cordeiro *Da boa Fé no Direito Civil, op. Cit.*, p. 325

⁴⁹ BGB - Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil)

preferindo a teoria da declaração, bem como uma terceira teoria, mais branda, denominada teoria da confiança.⁵⁰

Tais teorias acima referidas não surgiram concomitantemente e nem em uma relação de disputa umas com as outras, mas em momentos diferentes e para responder a necessidades históricas peculiares de uma vida que economicamente exigia uma formulação própria da ciência jurídica – fatores exógenos a ciência do direito.

De uma maneira geral e ampla, para se demonstrar e explicar o pensamento existente na Alemanha, pode-se afirmar que a *teoria da vontade*, defendida por Savigny, engendrava a invalidade do negócio sempre que fosse verificada uma divergência entre a vontade interna e a declaração, desprezando quaisquer outros requisitos.⁵¹

Por sua vez, a *teoria da declaração* afirma sua essência na declaração, ou melhor, no que foi exteriormente manifestado, residindo aí sua distinção para com a teoria da vontade, onde o fundamental era a vontade do declarante e não o que expressamente continha o contrato ou negócio jurídico.

A teoria da declaração comporta várias modalidades, sendo a primeira delas a característica dos formalistas, que afirmavam que prevalecia a expressão literal, desconsidera-se o objetivo querido e, desde que a forma tenha sido observada, os efeitos desta decorrentes serão produzidos. A segunda modalidade, que é mais branda, também chamada teoria da confiança, considera inválido o negócio se a divergência existente entre a vontade real e o sentido objetivo da declaração foi conhecida ou passível de ser conhecida pela contraparte⁵².

Há ainda a doutrina da aparência eficaz, que confirma os resultados da teoria da confiança, mas a limita e introduz uma terceira perspectiva, qual seja, a invalidade do sentido objetivo quando a contraparte não tenha efetivamente nele confiado.⁵³

⁵⁰ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo:Ed. RT, 1980. p. 12-15.

⁵¹ Esta teoria foi a que prevaleceu na doutrina alemã durante a passagem do século passado para o atual e foi defendida por Savigny e por Windscheid, conforme cita Carlos Alberto da Mota Pinto. (c.f. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. 7.^a reimpressão, Coimbra : Coimbra Editora Limitada, 1992. p. 467-468.

⁵² Vale mencionar que o Código Civil brasileiro abraçou esta ideia quando do conceito de estado de necessidade como um dos vícios dos negócios jurídicos, pois prevê a vicissitude da vontade pela necessidade, acrescido do conhecimento pela outra parte, artigo 156 do Código Civil.

⁵³ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. 7.^a reimpressão, Coimbra : Coimbra Editora Limitada, 1992. p. 468-469.

A *teoria da confiança*, compreendida dentro da teoria da declaração, concedia um valor relativo à declaração, tornando-a decisiva sempre que a confiança, no seu conteúdo, se pudesse fundar na boa-fé objetiva do destinatário.

A divergência entre a vontade interna e a declaração, desprezados quaisquer outros requisitos, na teoria da vontade, levou à formulação, por Jhering, da teoria da *culpa in contrahendo* que, fundada na teoria da vontade, determinava a obrigação do declarante de indenizar quando o negócio fosse anulado em razão da desconformidade entre a vontade e a declaração. Neste caso, segundo esta teoria, a indenização é cabível e visa a resguardar o chamado interesse contratual negativo ou, simplesmente, interesse da confiança, repondo o lesado, com a invalidade, na situação em que estaria se não tivesse chegado a concluir o negócio. Não é cabível a reparação do interesse positivo ou interesse no cumprimento da obrigação, que tem por objetivo repor as coisas na situação correspondente ao cumprimento de um contrato válido.⁵⁴

Visando ao aperfeiçoamento da teoria formulada por Jhering, num segundo momento, a *teoria da responsabilidade* considerava válido o negócio sempre que em caso de dolo ou culpa divergisse a vontade da declaração, mas estivesse de boa-fé a contraparte. Esta teoria dá maior importância à proteção da confiança por compreender insuficiente a tutela da teoria da culpa *in contrahendo*, sob a argumentação de ser legítimo que um declarante fique responsável pela aparência exterior de sua vontade, presumindo-se que tivesse querido esse sentido aparente.⁵⁵

Desta maneira, a proteção à confiança e o preceito da certeza jurídica são partes constitutivas e elementos essenciais do Princípio do Estado de Direito, ambos possuindo índole constitucional e, portanto, servindo de critério normativo.⁵⁶

É certo, ainda, que no direito Alemão a partir da Primeira Guerra Mundial, a preocupação ética com o enquadramento social do indivíduo e sua responsabilidade ampliou-se, possibilitando o crescimento da boa-fé objetiva na integração da teoria da vontade por meio do princípio da proteção à confiança, no esforço direcionado à

⁵⁴ *Idem, Ibidem.* p. 469

⁵⁵ *Idem, ibidem.* p.469

⁵⁶ A esse respeito ver, no âmbito do Direito Constitucional, doutrina atualizada na obra de Luís Afonso Heck. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais - contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional alemã.* Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 186.

justiça contratual material, na limitação do uso da propriedade com ênfase na sua vinculação social e, entre outros, na funcionalização dos direitos de crédito.⁵⁷

Desta maneira, não se pode deixar de anotar que o BGB refere-se à boa-fé em várias oportunidades, como por exemplo, nos §§ 138, 151, 157, 242, 320 e 826.⁵⁸⁵⁹

A doutrina dominante e a jurisprudência alemã, em especial, têm considerado que a boa-fé objetiva é um princípio supremo e absoluto que domina todo o direito das obrigações e todas as relações jurídicas, em todos os seus aspectos e em todo o seu conteúdo.

Sintetizando o que a doutrina Alemã afirma, pode-se dizer que a boa-fé objetiva proíbe que se cometa abuso com prestações jurídicas, formais ou aparentemente fundadas. A boa-fé objetiva visa, também, à proteção do devedor contra exigências impertinentes que colidem com o direito e/ou a equidade.

⁵⁷ RAISER, Ludwig. "O futuro do Direito Privado". *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul* 25/12. Porto Alegre, v. 9. 1979.

⁵⁸ § 138 Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher

(1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

(2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.

§ 151 Annahme ohne Erklärung gegenüber dem Antragenden

Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zustande, ohne dass die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Der Zeitpunkt, in welchem der Antrag erlischt, bestimmt sich nach dem aus dem Antrag oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden.

§ 157 Auslegung von Verträgen

Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

§ 242 Leistung nach Treu und Glauben

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

§ 320 Einrede des nicht erfüllten Vertrags

(1) Wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist. Hat die Leistung an mehrere zu erfolgen, so kann dem einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden. Die Vorschrift des § 273 Abs. 3 findet keine Anwendung.

(2) Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles, gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

§ 826 Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung

Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

⁵⁹ MARQUES, Claudia Lima. Cem anos de Código Civil alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916. *Revista dos Tribunais*, v. 741, São Paulo, RT, p. 11-37.

Neste sentido, afirmam os doutrinadores que foi por esta razão que o § 242 do BGB se inspirou nas mesmas ideias que fundamentaram a *exceptio doli generalis* do direito romano, frente à qual podia evitar-se que se exigissem de modo não equitativo as prestações. A boa-fé objetiva visa à proteção do credor também todas as vezes que o devedor assume uma conduta que viola a boa-fé objetiva como, por exemplo, nos casos em que as prestações são a destempo adimplidas.

Ponto que merece destaque é que a boa-fé objetiva, prevista no § 242 do BGB, autoriza o juiz a aplicá-la de ofício, sendo desnecessária a sua alegação e, por isso, percorre caminhos que a *exceptio doli generalis* desconheceu.

Desta forma, o §242 assume, através da atividade jurisprudencial, uma verdadeira posição revolucionária da matéria, pois o princípio da boa-fé, no cenário jurídico alemão, foi transformado em verdadeiro elemento fundamental para uma compreensão ética, ou metajurídica, da relação obrigacional.

É de se destacar ainda, que no pensamento Alemão, a boa-fé objetiva ganha cores e contornos, pois passa-se a ser reconhecida a existência dos deveres anexos ou secundários, a força eticizante e as funções interpretativa, integrativa e de controle.

Melhor dizendo o que acima foi exposto, nas palavras de Angelo Junqueira Guersoni:

“Com a unificação do Direito Comercial alemão, prossegue a aplicação da boa-fé objetiva como fonte de normas de conduta, como delimitação ao exercício de posições jurídicas, como elemento de reforço da ligação obrigacional e como bitola para interpretação dos negócios jurídicos.

Citando MENEZES DE CORDEIRO, transcrito da obra de Ubirajara Mach de Oliveira, onde colaciona exemplos jurisprudenciais de cada uma das funções da boa-fé objetiva no direito alemão, em decisões do Tribunal Comercial criado em Leipzig, a saber:

a) Como fonte de normas de conduta: O Tribunal Superior da Reich, em 29-10-1870, a propósito de um contrato de compra e venda, discorria sobre o valor do silêncio no tráfico negocial. Como regra, entendeu que o valor do silêncio como aceitação, fixado, em alguns casos, por lei ou por costume, não é consequência de um querer geral, mas apenas um princípio manifestado em certas direções. Admitiu que a omissão da declaração apareceria como violação da observância da boa-fé necessária no tráfico comercial, em especial quando o silêncio tenha manifestamente intenção de dolo. A simples ausência de resposta não integraria, por si só, violação da boa-fé. Ainda sobre o silêncio, numa questão de Direito marítimo, o Tribunal Superior do Império, em 26-11-1873, acentuou: “Segundo o princípio da boa-fé, imprescindível para o tráfico comercial, a autora, pelo envio de sua carta (...) ao réu, tinha a expectativa justificada de que ele, caso não estivesse de acordo com a redação expressa das condições contratuais, o exteriorizaria sem hesitação.” Assim é que, sem que haja expressa disposição contratual, extraiu-se da boa-fé uma regra do comportamento comercial.

b) Como delimitação ao exercício de posições jurídicas: Num caso de negociação de farinha, asseverou o BOHG (Tribunal Comercial Superior da União), em 09-03-1871, que,

tendo sido remetida uma mercadoria à prova, quando o comprador a guarde durante tempo suficiente para uma análise regular, sem dar conta, ao vendedor, de quaisquer falhas, se deve concluir que ele aceitou a celebração do negócio e renunciou a indenizações por quaisquer vícios.

c) Como reforço de ligações obrigacionais: ROHG (Tribunal Superior do Império), 11-03-1874, considerou como “dura violação contra o princípio da boa-fé que domina o comércio” a atitude do negociante que, não querendo sancionar determinada atuação, deixasse sem resposta uma comunicação feita oportunamente.

d) Como bitola para a interpretação de contatos: ROHG, 24-09-1873, entendeu que o princípio da boa-fé, que domina o tráfego comercial, manda apenas que a vontade real prevaleça para a determinação do conteúdo da declaração, e não que uma vontade incompleta seja de complementar pelo Juiz, quando lhe falta, para mais, pelas circunstâncias do caso, qualquer parâmetro objetivo para tanto. Em outras questões, porém, como em ROHG, 30-06-1874 e 23-11-1874, a boa-fé se mantém como amparo para interpretar o silêncio em declarações negociais.

Observa MENEZES DE CORDEIRO que as decisões da época mencionada reconhecem pacificamente a boa-fé como princípio geral do tráfego mercantil, destacando-se pelo pragmatismo das soluções encontradas, sem a preocupação em buscar qualquer apoio legislativo ou conceitual.⁶⁰

Deste modo, na Alemanha, por meio da doutrina e da jurisprudência⁶¹, ocorreu o reconhecimento do princípio da boa-fé, não só como decorrência de certos contratos (Direito Romano), ou decorrência da ausência de pecados (Direito Canônico), mas sim como verdadeiro princípio e vetor axiológico do sistema, como uma cláusula geral de conteúdo ético.

Neste sentido, Célia Barbosa Abreu Slawinski, ao expor o tema boa-fé objetiva na Alemanha, mencionou os ensinamentos contidos na clássica obra de Ludwig Enneccerrus, Theodor Kipp e Martin Wolf e procedeu à 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. A boa-fé proíbe que se cometa o abuso de pretensões jurídicas formais ou aparentemente fundadas. Ela protege o devedor contra as exigências impertinentes, 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. Em determinadas circunstâncias, a boa-fé pode acarretar uma ampliação da prestação devida em virtude de contrato ou da lei. De outro lado, a boa-fé pode, por vezes, ensejar a atenuação da prestação devida. 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.”⁶²

⁶⁰ GUERSONI, Angelo Junqueira. **boa-fé objetiva no direito contratual do código civil brasileiro**. Paraná, 2006. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal do Paraná. p. 27-29

⁶¹ PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **O princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro**. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 24, p. 199, Jul / 1997

⁶² 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. p.53-54

Desta forma, fica claro que a noção de boa-fé no direito alemão está intimamente relacionada à ideia de confiança geral, estabelecida no nível de comportamentos recíprocos e coletivos, tanto de direito quanto de deveres, sendo uma busca de adequação à vida como instrumento da manutenção e cumprimento da função social do direito.

Já no Direito Brasileiro temos o apogeu da Boa-fé com o Código de Defesa do Consumidor (1990) e, posteriormente, com o Código Civil de 2002, que trouxe diversas regras que privilegiam a boa-fé, tais como os artigos 175, 428, 476, 491 e 619, por exemplo. Contudo, é de se ressaltar que a Boa-fé se encontra positivada, no direito brasileiro, desde o Código Comercial de 1850, que dispunha no artigo 131:

“Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;

2 - as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas;

3 - o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato;

4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras;

5 - nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.”

Observa-se, desta forma, que a origem do princípio da Boa-fé é estritamente privada, ou seja, com fincas no direito privado. Porém, apesar de sua origem do ramo do direito privado, não se pode olvidar que, atualmente, a dignidade da pessoa humana é o valor fundamental da sociedade contemporânea, e, especialmente, no que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, foi expressamente consagrada no artigo 1º, inciso III da Lei Maior, orientadora de todo o ordenamento jurídico.

Sendo assim, pode-se preceituar 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, de forma que a própria 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.

Dessa forma, é sabido 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. Dessa forma, pode-se afirmar que o princípio da boa-fé se torna completamente aplicável tanto nos ramos do direito privado, onde originalmente disposto, quanto nos ramos do direito público, em atenção a dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da confiança e da lealdade.

Visto isso, podemos afirmar que o princípio da Boa-fé consiste em um dever de probidade⁶³ entre as partes, de transparência e lisura. A boa-fé objetiva, que é objeto do presente estudo, não está ligada ao ânimo interior das pessoas envolvidas na relação; em verdade constitui um conjunto de padrões éticos de comportamento, modelo ideal de conduta que se espera de todos os integrantes de determinada sociedade, modelo este que visa assegurar a máxima efetiva e interpretação das regras e normas de todo o ordenamento jurídico para, assim, dar a máxima efetividade a dignidade da pessoa humana e, por fim, ao próprio conceito de Estado de Direito⁶⁴.

Deste modo, o fundamento máximo do princípio da Boa-fé está no texto constitucional de forma implícita, mas seus efeitos encontram-se permeados pelo ordenamento jurídico como um todo.

Logo, 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,

⁶³ Fábio Millman assevera que o dever de probidade se encontra consubstanciado no artigo 17 do CPC, sendo o principal o dever de veracidade, ou de comprometimento com a verdade, para o alcance da finalidade última do processo, que é a realização da justiça. (Cf. MILLMAN, Fábio. *Improbidade Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P.58)

⁶⁴ No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, em alguns feitos, que o tema da confiança e da segurança jurídica tem assento constitucional no princípio do Estado de Direito. Questão de Ordem na Petição (MC) nº 2.900-RS.

da lealdade, que se relaciona com a honestidade e probidade com a qual toda pessoa deve condicionar o seu comportamento nas relações sociais.

Assim, é inegável que 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. Sendo certo que 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.

Igualmente inegável é que 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. 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).

Desta forma, 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, pois a partir da promulgação da Constituição a autonomia da vontade deve ceder, definitivamente, o seu lugar às exigências éticas da boa-fé, de maneira que todos os comportamentos sociais, regulamentados pelo direito, devem ser norteados pela lealdade e confiança.

Desta maneira, como os demais princípios, a boa-fé atua como uma luz irradiante para a interpretação constitucional, premissa básica da ordem jurídica, tendo seu assento na própria Constituição⁶⁵.

⁶⁵ Segundo bem sintetiza Ana Alvarenga Moreira: "A Constituição de 1988, em seu art. 3º, preceitua constituir um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Ao mesmo tempo, o art. 1º da Carta Magna reitera a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Da afirmação dos objetivos sociais de liberdade, justiça e solidariedade, é possível concluir a necessidade de serem as relações privadas e públicas pautadas pela eticidade entre as partes e dirigidas a um fim concorde aos comportamentos socialmente esperados. Isso porque sem uma conduta reta entre os pares sociais e sem uma relação proba entre as partes contratantes, o que se vê é a tangente da injustiça e a antinomia do solidarismo. Desta feita, a *boa-fé* afigura-se como requisito essencial para a consecução do objetivo republicano, ao mesmo tempo em que reafirma a condição de dignidade do ser humano ao contrapor-se às condutas individualistas, já que prega a máxima valorização do outro. A Boa-fé, portanto, materializa-se como princípio que permeia todo o direito, justificando-se constitucionalmente em vista

Em suma, o que se pretendia afirmar é que a Boa-fé objetiva norteia todo o ordenamento jurídico, como um princípio, valor e fundamento de validade a todos os atos relativos às relações jurídicas, quer sejam processuais, quer sejam contratuais.

da necessária adequação das relações jurídicas às exigências da solidariedade social. Da mesma forma, legitima-se a boa-fé como um dos pilares de sustentação da dignidade da pessoa humana; isso porque, ao mesmo tempo em que a liberdade contratual e a autonomia privada são inegavelmente conteúdos desta dignidade, não se pode jamais sublimar o fato de que a pessoa sobrevive em sociedade, em um meio no qual as relações interpessoais são imprescindíveis. E a dignidade se reconhece e se constrói exatamente no relacionamento com o *alter*. A conduta leal e respeitadora das expectativas legitimamente produzidas por força de uma relação obrigacional voluntária é da essência de um ser social, do direito *repersonalizado*, como se depreende das normas constitucionais. Ora, o homem é parte integrante de uma comunidade, e não um ser isolado, cuja vontade em si mesma seja absolutamente soberana, embora sujeita a limites externos. Se é reconhecida em sede constitucional a dignidade ínsita em toda pessoa humana, e a liberdade contratual e a autonomia privada são inegavelmente conteúdos dessa dignidade, a conduta leal exigida pela boa-fé objetiva somente o é na medida em que reforça as expectativas legitimamente geradas. Vê-se, por conseguinte, que a previsão constitucional do art. 3º é no sentido de transformar a boa-fé, de conceito técnico jurídico, em princípio normativo e, portanto, exigível em todas as minúcias das relações jurídicas.” (Cf. MOREIRA. Ana Alvarenga. Os princípios constitucionais da boa-fé e da confiança. *Revista Jurídica On-line. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas de Itabira*. V.5, n.1, 2008. Disponível em:< <http://www.funcesi.br/Default.aspx?tabid=963>>. Acesso em: 25.07.2012.)

Capítulo 2 – A Boa-fé como Princípio

Como restou consignado no item 1.3, do capítulo anterior, não existe um consenso, sequer um pequeno entendimento, acerca da natureza jurídica da boa-fé objetiva, pois de um simples instituto nasce uma verdadeira variedade de interpretações que vão desde o reconhecimento da boa-fé objetiva como *standard* até o entendimento da boa-fé como sobreprincípio.

Deste modo, por não haver nenhum consenso doutrinário acerca da natureza jurídica da boa-fé, partiremos da ideia, ou conceito, de que a boa-fé, sob a ótica objetiva, se trata de um verdadeiro princípio jurídico.

Explica-se a opção por dois aspectos metodológicos, o primeiro em razão da não existência, na doutrina nacional, de nenhum entendimento preciso sobre o que sejam os *Standards* jurídicos, para assim se poder considerar a boa-fé como tal, e o segundo aspecto, é que grande parte da doutrina nacional e estrangeira afirmam ser a boa-fé objetiva um princípio jurídico⁶⁶, o que torna mais efetiva e precisa a definição aqui albergada.

Entretanto, apesar de se dar o reconhecimento de princípio jurídico à boa-fé objetiva, não se pode dar continuidade ao presente estudo sem aprofundar os temas que indiscutivelmente orbitam a matéria relativa à princípios jurídicos, ou seja, há a necessidade de delimitar o que são os princípios jurídicos, entendendo-os, para num segundo momento, analisar como a boa-fé pode ser vista como um princípio jurídico, esmiuçando não somente a conhecida doutrina jurídica sobre o tema, mas buscando elementos exógeno (de outras ciências), e, por fim, quais as suas funções e quais as figuras que se assemelham ou derivam.

Neste intento, para se ter um começo, iremos partir da premissa da necessidade de despir as ideias, buscando as bases utilizadas para a formação do conceito. Em outras palavras, intentamos no presente capítulo, passar a analisar o que são os princípios, quais suas funções, características e definição, para depois

⁶⁶ V.g. MARTINS, Flávio Alves. *Boa-fé e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000; MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. As Cláusulas Gerais como fatores de mobilidade do Sistema Jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, ano 28, nº 112, out-dez. 1991, Brasília; e, na doutrina estrangeira MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. 1ª Edição. Coimbra: Almedina, 1997.

de realizada esta análise, adentrar na ideia do princípio da boa-fé, utilizando-se dos estudos de sua origem fixada no capítulo anterior, e traçar, na medida do possível, uma ótica diversa daquela anteriormente empregada, que teve como foco principal a demonstração da base histórica, a dicotomia existente nos conceitos e a natureza jurídica de forma sintetizada para simples posicionamento da matéria.

Assim, fincadas estas extremas iniciais, passemos à análise dos princípios jurídicos, sob a ótica tanto da cultura jurídica, como da filosofia, ramo das ciências humanas que não pode ser afastado quando a matéria versa sobre valores e fundamentos.

2.1 - Dos Princípios Jurídicos

2.1.1 - Noções Preliminares – o porquê de se falar em princípios?

Inicialmente, como é de comum sabença, os princípios não tinham força de norma jurídica, sendo simples exortações de ordem moral ou política, sugestões, ideias de direção.⁶⁷

Entretanto, com o passar dos anos e com a própria evolução da ciência jurídica, os princípios foram reconhecidos como verdadeiras normas com eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata. Deixaram, dessa forma, de ser simples orientações para se tornarem verdadeiros comandos dotados de efetividade e juridicidade, comandos estes que devem ser obedecidos por todos e que servem de lastro para a satisfação imediata de direitos subjetivos.

Mas como se deu esta mudança de paradigma?

Conforme análise realizada por Paulo Bonavides, os princípios em sua busca pela eficácia normativa, percorreram três fases distintas, que se sucederam cronologicamente.

A primeira fase, caracteriza pelo enfoque da corrente filosófica jusnaturalista⁶⁸, reservou aos princípios a função de “axiomas jurídicos” derivados de

⁶⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p.13

⁶⁸ Segundo Acquaviva: “Jusnaturalismo: Corrente de pensamento que propugna pela existência de um direito justo por natureza, independente da disciplina social imposta pelo legislador. Haveria na alma humana uma consciência inata, natural, do que é bom e justo, independentemente da orientação imposta pela lei ou direito positivo. (Cf. ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário de Acadêmico de Direito*. São Paulo: Editora Juridica Brasileira, 199. p.438)

uma formulação racional. Desta maneira, sob esta ótica, os princípios seriam tidos como um conjunto de verdades derivados da lei divina e humana.⁶⁹

Em outras palavras, a ideia básica do jusnaturalismo consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo.

Mas os princípios no jusnaturalismo eram reconhecidos como normas? Esta é uma pergunta que ficará sem resposta, pois não é admissível se transpor para o conceito do direito natural uma questão que tem como ponto de partida o próprio positivismo, notadamente no que concerne a teoria das fontes e da validade das normas.

Melhor dizendo, não podemos empregar o termo princípios na visão jusnaturalista, na medida em que o direito, visto como sistema jurídico de normas, estaria baseado e teria sua validade diretamente em elementos metajurídicos, sendo inadmissível qualquer expressão que não fosse condizente com a moral e a ética superior que lhes davam o fundamento.

É certo que a fase jusnaturalista, que tinha em seu amago a ideia da direta ligação entre o direito e a moral, viu o seu fim com o surgimento dos ideais iluministas, das grandes revoluções em busca da liberdade (Revolução Americana e Francesa), com o redescobrimento do valor do homem, da necessidade do reconhecimento de direitos fundamentais, da visão de que o Estado não seria o dono da verdade, daquele sentimento, hoje já incorporado ao pensamento de todos, de que o homem, a sociedade e a humanidade somente podem ser reconhecidos como tal, se respeitado ou garantido um mínimo de direitos (v.g. direito de propriedade, segurança, vida e liberdade).

À luz da modificação do pensamento social, impulsionado por uma sociedade de novas feições (burguesia), houve uma busca, ou clamor social, pela segurança jurídica⁷⁰ de forma que os juízos de valor – subjetivos e tão relevantes para o pensamento jusnaturalista - fossem substituídos por um pensamento objetivo, visando a segurança jurídica por direto respeito à legalidade.

⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., São Paulo:Malheiros, 1996. p.234

⁷⁰ Importante notar que a revolução francesa, impulsionada pela burguesia, voltou-se contra o sistema autoritarista implementado e mantido sobre as bases do “antigo regime”, buscando por meio da segurança jurídica, assegurar a legitimidade das leis, pela participação na elaboração das normas, servindo a legalidade como instrumento de garantia da liberdade (1ª Dimensão dos direitos fundamentais).

Logo, neste segundo momento ou segunda fase, de contornos ditos positivistas, tentou-se explicar os princípios através de um raciocínio lógico (dedutivo ou indutivo), mas teve como referencial o plano do ordenamento jurídico posto e não o plano metajurídico, como ocorria no jusnaturalismo.

O método positivista, assim, propunha para a investigação dos princípios gerais de direito a partir das disposições particulares da lei e elevar, por generalização crescente, o princípio no qual se enquadre o caso concreto não previsto pela disposição legal.⁷¹

Entretanto, temos que ter em mente que para o positivismo jurídico ou juspositivismo, os princípios não possuíam eficácia normativa, na medida em que o pensamento positivista tinha como principais características filosóficas: a) ser a ciência o único e verdadeiro conhecimento, depurado de indagações teleológicas ou metafísicas; b) que o conhecimento científico deveria ser objetivo, de tal maneira que se separa o sujeito do objeto e sustentava o método descritivo, a fim de que fossem desconsideradas opiniões e preferências ou preconceitos; c) que o método científico empregado nas ciências naturais, baseado na observação e na experimentação, deveria ser estendido a todos os campos do conhecimento, inclusive das ciências sociais.⁷²

Logo, como direta e imediata decorrência deste pensamento, o positivismo jurídico adquiriu como características marcantes a identificação plena do direito com a lei, a completude do ordenamento jurídico, o não reconhecimento dos princípios como normas, a dificuldade para explicar os conceitos indeterminados, a identificação entre vigência e validade da lei, o excessivo formalismo jurídico e o não tratamento da questão da legitimidade do direito.⁷³

⁷¹ RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, vol. 1, 3ª ed., São Paulo:Revista dos Tribunais, 1991. p.237

⁷² Importante destacar o pensamento de Herkenhoff, ao destacar que: “Dentro das matrizes do pensamento positivista, a reflexão jusfilosófica atrelou o Direito a uma função conservadora das estruturas sociais. No Brasil, o Positivismo, historicamente, exerceu uma grande influência sobre o pensamento nacional. No campo do Direito, essa influência foi devastadora. Alcançou as cátedras, os tribunais, a doutrina, a prática jurídica do dia-a-dia. Essa presença do Positivismo ainda hoje é muito forte no mundo do Direito. Continua atuante nos livros, nas faculdades, no foro. Confirmam-se, por exemplo, os discursos de posse dos altos magistrados e as declarações de ministros e procuradores a propósito de questões atuais. O Positivismo reduz o Direito a um papel mantenedor da ordem. Sacraliza a lei. Coloca o jurista a serviço da defesa da lei e dos valores e interesses que ela guarda e legitima, numa fortaleza inexpugnável (sistema)” (Cf. HERKENHOFF, João Baptista. *Para onde vai o Direito? Reflexões sobre o papel do Direito e do jurista*, Porto Alegre:Livraria do Advogado, 1996. p.15-16)

⁷³ *Idem*, *Ibidem*. p. 80-81

Há que se concluir, assim, que a teoria de sistema adotada é a fechada, pois o sistema seria completo por si só – completude do ordenamento -, não havendo necessidade ou razão de qualquer complementação de cunho metajurídico, na medida em que o sistema do tipo fechado seria uma “manifestação de uma unidade imanente, perfeita e acaba.”⁷⁴

Contudo, é arriscado, para não dizer ousadamente falacioso, continuarmos a tecer grandes comentários acerca do positivismo jurídico, pois, como se sabe, tal corrente filosófica do direito teve grandes e incontáveis defensores, bem como diversas correntes, cujo pensamento, a miúdo, traziam algumas diferenças. Assim, para evitar extensas discussões e questionamentos acerca do posicionamento aqui adotado, afirmamos que a ideia de positivismo jurídico adotada, se assim se pode dizer, é a corrente ideológica *lato sensu*, pois como se sabe, de um mesmo pensamento filosófico e ideológico temos o surgimento de diversas espécies do mesmo gênero positivismo, que tem como primordial pensamento a ideia de uma completa separação da ciência do direito e os juízos de valores, tendo por base a própria completude do ordenamento jurídico em si.

Realizada as devidas notificações e dando prosseguimento ao estudo, pode-se afirmar que o positivismo não reconhecia os princípios como normas, pois a sua utilização se resumiria à função subsidiária ou acessória de preenchimento de eventuais lacunas jurídicas (v.g. art. 126 do CPC), caso estas não pudessem ser colmatadas pela analogia ou pelos costumes.⁷⁵

Desta maneira, resta claro que os princípios não possuiriam força normativa, sendo que caberia a lei, ou aos códigos, disciplinar exaustivamente todas as condutas humanas juridicamente relevantes e as respectivas sanções, a fim de que o intérprete ficasse adstrito ao mero silogismo de adequação típica do fato a norma.

É certo que a visão positista e o positivismo somente encontraram sua derrocada quando, já no século XX, a sua utilização indiscriminada tornou o direito fonte imediata de injustiças e atrocidades, pois o regime Nazista instaurado na Alemanha⁷⁶, utilizando-se das bases ideológicas do positivismo, trazia uma noção de

⁷⁴ FERAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*, São Paulo:Atlas. 1997. p.33.

⁷⁵ CAMBI, Eduardo. *op cit.* p.82

⁷⁶ Realizando um apanhado histórico dos fundamentos do pós-positivismo, no mundo e em especial no Brasil, afirma com maestria e objetividade Luiz Roberto Barroso, que: “O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. A seguir, breve exposição sobre cada um desses processos. A

legalidade e legitimidade para todos os ignóbeis atos praticados na 2ª Grande Guerra.⁷⁷

reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2a. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria. A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã³), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional. No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito. Mais que isso: a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo da sua vigência, destituiu-se por *impeachment* um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Nessa matéria, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso. Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, manteve-se em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor. (Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 58, p. 129. Jan / 2007)

⁷⁷ há que se lembrar que a defesa de todos os acusados pelas atrocidades do regime nazista durante a 2ª Grande Guerra, no tribunal de Nuremberg, foi baseada na estrita legalidade dos atos praticados, pois a chamada "solução final dos judeus" era um complexo de normas que permitiam, dentre outras, a execução em massa dos judeus dentro dos campos de concentração. Nas palavras de Vinicius Justus Czovny: "A defesa dos nazistas alegou que quando os acusados praticaram as ações pelas quais eles estavam sendo julgados aquilo não era crime. Assim, sustenta Conde que "[...] do ponto de vista jurídico, delito é toda conduta que o legislador sanciona com uma pena. Isto é conseqüência do princípio *nullun crimen sine lege* que rege o moderno Código Penal [...]" (1988, p 22), ou seja, a defesa desta idéia significa dizer que o Tribunal estava ferindo um dos principais básicos do Direito Penal. A partir do momento que o Tribunal formula normas cuja aplicação é retroativa ele passava a ferir ainda outro primordial princípio do Direito Penal, o do princípio da legalidade. O princípio da legalidade foi muito utilizado em grande parte dos países daquela época. Entretanto, como afirma Rezek "[...] no caso de Nuremberg nunca se poderá negar o peso do imperativo ético [...] impôs o sacrifício de certos princípios elementares do Direito Penal [...]" (2002, p.147). Acreditamos que o sacrifício foi por uma causa justa, pois os crimes dos nazistas não poderiam ser esquecidos nem os criminosos pertencentes ao partido nazista poderiam ficar impunes, e para cumprir esta finalidade estas privações eram necessárias, sem o que dificilmente seria feita justiça contra os nazistas." (Cf. CZOVNY, Vinicius Justus. *O aniversário de 50 anos do Tribunal de Nuremberg e as relações entre*

Assim, com o final da 2ª Grande Guerra, é inaugurada uma nova fase no pensamento social, global e jurídico, esta nova fase é denominada por muitos como o pós-positivismo ou neopositivismo, este novo pensamento, voltado para a valorização dos direitos fundamentais, apresenta-se como uma nova forma de interpretação e aplicação do direito.

Entretanto, tal pensamento, parte das bases do positivismo jurídico, procurando somente demonstrar uma outra forma de compreensão do fenômeno jurídico.

Uma primeira e importante característica desta nova forma de enxergar o direito é a superação do legalismo, tão presente no pensamento positivista, que propugnava, pela Escola da Exegese, o ideário de que a lei seria a única fonte do direito, de tal modo que o direito se apoiaria somente na disposição legal, dependendo apenas do auxílio de um processo puramente lógico, de pura subsunção para obtenção da conclusão silogística.

Entretanto, com esta nova forma de verificar o fenômeno jurídico, ou o próprio direito, a norma não poderia somente ser identificada com o seu texto literal, pois, mesmo na interpretação gramatical, se tornou indispensável distinguir os diferentes sentidos da palavra, os quais devem ser esclarecidos tanto a partir de dados materiais como pela língua, a exigir a diferenciação e a avaliação normativo-jurídica dos campos associativos que lhe são conexos.⁷⁸

Assim, abandonou-se o ideário de o direito ter seu fundamento somente na lei, que seria a tradução da vontade geral e do bem comum, pois as constituições modernas, ao ocuparem o lugar dos Códigos, acabaram por superar a identificação do direito com a lei (legalismo formal), subordinando ou submetendo os códigos a uma filtragem ou conformação com os princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais.

Com efeito, esta terceira fase exige do interprete um atuar voltado a determinação do conteúdo ou do significado objetivo do texto, pois antes da interpretação não há norma, somente um texto. Desta maneira, a norma resulta do conteúdo de interpretação dos textos e das inúmeras relações que mantêm entre si.

Mas vale ressaltar que o texto, ainda que constitucional, é apenas um ponto

Direito e Moral. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11799/o-aniversario-de-50-anos-do-tribunal-de-nuremberg-e-as-relacoes-entre-direito-e-moral>>, acesso em: 25/10/2012.

⁷⁸ CAMBI, Eduardo. *op cit.* p. 85

de partida do processo de interpretação/concretização normativa. Isto significa que o texto ou a letra da constituição ou da lei não contem, a priori, a decisão do problema a ser resolvido concretamente.

A obtenção do conteúdo semântico do texto é tarefa da hermenêutica jurídica, que se baseia em postulados metodológicos diferentes da metodologia dedutivo-positivista. Isto porque, a letra da lei ou da Constituição passou a exigir a averiguação de seu conteúdo semântico, não se bastando identificar o conteúdo a partir da letra da lei, pois o âmbito normativo da própria norma está relacionado com elementos de concretização relacionados com o problema dependente de decisão.

Desta forma, pode-se dizer que o monopólio exclusivo do direito, concretizado pela regra jurídica, decaiu na medida em que a produção jurídica passou a ser realizada não só pelo legislativo, mas, e também, pelo judiciário quando da interpretação da norma e aplicação concreta. Neste sentido, Eduardo Cambi, informa que:

“o direito nunca está concluído nos textos legislativos. Não é obra exclusiva ou monopólio do autor da regra jurídica, porque o processo de produção jurídica não está todo contido na sua elaboração. Somente se inicia com os legisladores, mas vai terminar apenas quando devidamente efetivado, o que pode ocorrer por força de decisão administrativa ou judicial.”⁷⁹

Logo, nesta nova ótica do direito as Constituições passaram a constituir não apenas um limite para o legislador, mas e principalmente prever um programa positivo de valores que devem ser por eles primados e concretizados.

Os princípios, a seu turno, de meras regras subsidiárias ou complementares, passaram a ocupar lugar de destaque, pois passaram a ser reconhecidos como pilares axiológicos do sistema jurídico e, como consequência lógica desta constatação, passaram a possuir força normativa imediata, sendo considerados verdadeiras fontes primárias do direito, subjacentes às regras, expressando juridicamente os valores e os fins da sociedade.⁸⁰

⁷⁹ *Idem, Ibidem.* p. 88

⁸⁰ Entretanto cumpre destacar um pertinente aviso realizado por Eduardo Cambi, no qual alude que: “os valores não se confundem com os princípios ou com as regras. Aqueles possuem caráter somente axiológico, enquanto estes têm sentido deontológicos teleológicos. Os valores não determinam o que deve ser, mas o que é melhor. Por isso, dependem de apreciação subjetiva (problema de gosto), o que não impede sua aplicação racional. Na colisão entre dois valores, não se questiona o que é devido, apenas o que é melhor. Já os princípios, por conterem normas imediatamente finalísticas (sendo apenas, mediatamente, preocupam-se com as condutas), estabelecem fins a serem atingidos pela promoção de bens jurídicos (estado de coisa), que impõe condutas necessárias para a sua preservação ou realização. Logo, possuem caráter deontológico (porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições) e teleológico (porque as obrigações, permissões e proibições decorrem dos efeitos advindos de determinado

Assim, o pós-positivismo trouxe uma nova teoria da norma (teoria do direito), que possibilitou a conjugação de regras e princípios⁸¹, bem como uma nova teoria da interpretação jurídica que não se funda em ideários meramente mecanicistas.

Por outro lado, a constituição passou a ser concebida não apenas como um conjunto fechado e estático de normas jurídicas, mas sim como um processo público aberto e evolutivo, ou seja, a abertura do sistema provocada pelos valores e princípios jurídicos, exigiu uma nova ótica de sistema, que não se baseia tão-somente na completude, mas, e principalmente, na necessidade de complementação e interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais à luz dos princípios e dos direitos fundamentais⁸².

Neste sentido, precisas são as palavras de Teresa Negreiros, ao concluir que:

“No contexto pós-positivista, caracterizado pela abertura do sistema jurídico, os princípios passam a ser aplicados prioritariamente às normas específicas, pois que, segundo tal estruturação sistemática, eles são precisamente a ponte entre o sistema social e o sistema jurídico, e não mais apenas um recurso de manutenção do sistema como um sistema fechado, completo e avalorativo.”⁸³

De uma maneira geral e concluindo o que aqui se quis expor, é certo que a evolução do pensamento social, das necessidades humanas e da própria consciência da sociedade são fatores que impulsionaram o desenvolvimento do direito e das principais teorias acerca de sua interpretação e aplicação. Desta maneira, pode-se dizer que os postulados valorativos do pós-positivismo, com o reconhecimento dos princípios⁸⁴ como normas, e inegável ou inevitável abertura do

comportamento que preservam ou promovem determinado bem jurídico). Os princípios não se dissociam dos valores, porque representam o seu aspecto deontológico, por isso, além de demonstrarem que algo é bom e vale a pena ser buscado (caráter axiológico das normas), como fazem os valores jurídicos, também determinam que esse estado de coisas deve ser preservado ou promovido...]”(Cf. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 88-89)

⁸¹ Quanto à diferença entre regras e princípios, confira o Capítulo 2, item 2.1.4

⁸² Neste sentido, com bem aponta Lenio Streck: “Em síntese, o fenômeno do (neo)constitucionalismo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados a partir de uma característica especial: a existência de uma Consituição “extremamente embebedora” (pervasiva), invasora, capaz de condicionar tanto a legislação com a jurisprudência e o estilo doutrina à ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais.” (Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 2-3)

⁸³ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *op cit.* p. 146

⁸⁴ Quanto à relação dos princípios e a abertura do sistema jurídico é importante realizar uma advertência, pois conforme bem aponta Lenio Streck: “Por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir “múltiplas respostas”. Portanto, os princípios “fecham” a interpretação e não a “abrem”, como sustentam, em especial, os adeptos das teorias da argumentação, por entenderem que, tanto na distinção fraca como na distinção forte entre regras e

sistema jurídico foram uma decorrência lógica do reconhecimento da insuficiência dos sistemas lógicos-formais do positivismo para uma real garantia da justiça ou de justiça.

2.1.2 - O que são os princípios – Definição

O termo princípio, assim como a própria boa-fé, não é de fácil definição. Isto porque, o termo princípio pode ser utilizado em vários contextos e com diversos significados, sendo isto a única unanimidade entre os autores⁸⁵.

A título de exemplo do que acima se expôs, pode-se afirmar que as diversas áreas do saber utilizam o termo princípio, cada qual com o seu entendimento, mas sempre ligado a uma ideia de verdade fundamental, alicerce, origem, causa máxima, orientação de caráter geral, guia.

Neste sentido, precisas são as palavras de Ruy Samuel Espíndola, que afirma 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”⁸⁶

Assim, na acepção ordinária, princípio é a indicação do momento em que se faz alguma coisa pela primeira vez; a primeira formação de uma coisa; origem; começo⁸⁷, mas entre todos os sentidos em que possa surgir, são os elementos, rudimentos, regras fundamentais e gerais de qualquer ciência ou arte, ou ainda, proposições, opiniões que o espírito admite como ponto de partida; regra fundamental.⁸⁸

Por outro lado, na filosofia, Aristóteles⁸⁹, por exemplo, dá o sentido de causa a princípio, do mesmo modo como Christian Wolff⁹⁰, o faz no séc. XVIII, no sentido de que contém em si a razão de alguma coisa.

princípios, existe um grau menor ou maior de subjetividade do interprete. A partir disso é possível dizer que é equivocada a de que os “princípios” seriam “cláusulas abertas”, espaços reservados à “livre atuação da subjetividade do juiz”, na linha, alias da defesa que alguns civilistas fazem das cláusulas gerais do novo Código Civil, que, nesta parte, seria o “Código do juiz” – sic.” (Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2009. p. 166-167)

⁸⁵ a título de exemplo vale referenciar o contido na obra de Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz, *Princípios, fines y derechos fundamentales*, às páginas 30 e seguintes e na obra de José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo* às páginas 95 e seguintes.

⁸⁶ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *op. cit.* p.45

⁸⁷ *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa Caldas Aulete*, vol IV, p. 2.943.

⁸⁸ *Idem, ibidem.* p. 2.944.

⁸⁹ *Metafísica*, Liv. V, 1, 1012b 32-1013 a 19.

⁹⁰ *Ontologia*, § 866.

A seu turno Kant, afirma que “os princípios *a priori* levam este nome não só porque contêm em si os fundamentos de outros juízos, mas porque eles mesmos não se fundam em nenhum conhecimento mais alto e geral.” Com base nisto, Silvio de Macedo define como uma restrição do termo ao campo gnoseológico, isto é, utilizados como condição de conhecimento, porque resulta de uma indução da experiência⁹¹.

Como distinção filosófica, pode-se apontar uma versão escolástica⁹², na qual o termo princípio seria qualquer coisa que precede algo e apresenta duas ordens, lógica e antológica. A ordem lógica apresenta um conceito ou uma proposição da qual se procede para conhecer uma outra. No antológico, é aquele do qual procede a uma outra coisa na sua realidade, sendo que esse processo pode ser externo ou interno. Externo é quando aquilo que é originado pelo princípio nada recebe dele, mas está em uma ordem de sucessão. Interna, quando aquilo que se examina recebe qualquer coisa do princípio, ou seja, é causa do princípio, que dá seu efeito⁹³.

Já na cultura jurídica, o termo princípio no Direito Romano, anteriormente a Cícero, tem como sentido de “início”, indicando a ação ou ato de iniciar, ou parte inicial de algo, todavia Cícero o usa com todos os significados admissíveis. Em *Da República* é possível verificar sua relação de causalidade, isto é, uma concatenação no seguimento de algo até chegar a seu fim, portanto a locução *naturae principia*, em que a expressão é utilizada com a conotação temporal, ou como algo que se inicia e se desenvolve, uma implicação de movimento eterno⁹⁴.

⁹¹ *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 60, p. 504.

⁹² Escolástica ou Escolasticismo (do latim *scholasticus*, e este por sua vez do grego *σχολαστικός* [que pertence à escola], instruído) foi o método de pensamento crítico dominante no ensino nas universidades medievais europeias de cerca de 1100 a 1500. Não tanto uma filosofia ou uma teologia, como um método de aprendizagem, a escolástica nasceu nas escolas monásticas cristãs^[1], de modo a conciliar a fé cristã com um sistema de pensamento racional, especialmente o da filosofia grega. Colocava uma forte ênfase na dialética para ampliar o conhecimento por inferência, e resolver contradições. A obra-prima de Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, é frequentemente vista como exemplo maior da escolástica.

⁹³ *Enciclopédia Filosófica*, vol. III, p. 1.615: O sentido ontológico pode ser extrínseco ao princípio, como, por exemplo a causa eficiente e final, ou intrínseco, isto é, são os seus componentes ou elementos do princípio

⁹⁴ CÍCERO, *Da Rep.*, 6, 18, O Livro Sexto conhecido como *Somnum Scipionis*, ou *Sonho de Cipião*: "Eterno é o que sempre se move, mas o ser que recebe o movimento de outro e não faz senão transmiti-lo, é necessário que deixe de viver, uma vez que cessa o movimento que se lhe comunica. Só existe, pois, um ser que se move por si mesmo, que nunca cessará seu movimento, porque nunca se cansa. Todas as outras coisas que se movem acham nele o princípio do seu movimento. Mas, todo princípio carece de origem, posto que tudo nasce dele; não pode nascer ele de coisa alguma, porque, se de alguma nascesse, não seria princípio; e, se nunca começa, nunca acaba. Porque,

Em *Das Leis*, Cícero usa a expressão *principia iuris* no sentido de investigar a legitimidade de uma lei, pois está condicionada a um “elemento primeiro”, ou de acordo com a natureza, o fundamento do direito firmado na reta razão comum aos homens e aos deuses, como estrutura epistemológica⁹⁵. Ainda é possível encontrar um outro significado em sua obra para *principia*, como o enunciado que forma um dos fundamentos da doutrina de uma ciência.

Em Gaio a expressão ganha o significado de uma parte da estrutura de cada instituto e sistema jurídico vigente, sem negar a sequência temporal, mas passa a fazer parte da atividade interpretativa, já que é necessário uma complementação da realidade em todas as suas partes, desde a interpretação da Lei das XII Tábuas, pois a lei escrita seria uma maneira de limitar a variação de julgamentos.

Dessas acepções sobre o vocábulo princípio desenvolveu-se toda a sua noção.

Ingressando na seara jurídica propriamente dita, o termo princípios ganha “novas cores” e significados, pois nas precisas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello:

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”⁹⁶

De forma a complementar o pensamento, afirma Miguel Reale:

“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 valizes de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.”⁹⁷

No mesmo sentido, Walter Claudius Rothenburg, predispõe que:

“Os princípios são compreendidos de acordo com uma concepção sistêmica do ordenamento jurídico, por sua própria definição, eles reportar-se-iam a um conjunto

extinto um princípio, não poderia renascer de outro, nem criá-lo de si, se do princípio há de emanar forçosamente. Por isso, no ser que se move por si mesmo, está o princípio do movimento; nesse ser que não pode ter nascimento nem sorte sem que o céu se destrua e fique imóvel toda a Natureza, sem força nova que a movesse ao primeiro impulso..

⁹⁵ SCHIPANI, Sandro, *La codificazione del diritto romano comune*, Turim: g. Giappichelli Editore, 1999. p. 94

⁹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *op cit.* p.747-748

⁹⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 11.ed. São Paulo:Saraiva, 1986. p.60

concatenado, enquanto mandamentos nucleares, base ou fundamento, traves mestras jurídico-constitucionais.”⁹⁸

Por outro lado, José Afonso da Silva nos indica que “os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais”⁹⁹.

Temos ainda a primorosa definição lançada por Roque Antonio Carrazza, que afirma:

“Segundo nos parece, principio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”.¹⁰⁰

Finalizando as definições doutrinárias, Ivo Dantas aponta que:

“princípios são categorias lógicas e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados aum sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade”.¹⁰¹

Pelo que se observa, pode-se concluir que os princípios refletem os valores mais caros de uma sociedade, ou seja, princípio é uma norma com alto grau de abstração que expressa um valor fundamental de uma dada sociedade e, servindo de base para o ordenamento jurídico, limita as regras que se relacionam com ele, integra as lacunas normativas, serve de parâmetro para a atividade interpretativa e, por possuir eficácia, como será devidamente demonstrado, pode ser concretizado e gerar direitos subjetivos.

2.1.3 - Características e funções dos princípios jurídicos

Os princípios, numa visão pós-positivista¹⁰², contemporânea, apresentam as características de norma jurídica, imperatividade, eficácia, precedência material (superioridade axiológica) e abstração.¹⁰³

São normas jurídicas, pois são espécies da qual as normas são o gênero. Tal como ocorre com as regras, outra espécie do gênero norma, os princípios possuem caráter de norma jurídica, normatividade e juridicidade.

⁹⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. *op cit.* p.51

⁹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ªed. São Paulo:Malheiros, 2001. p. 96

¹⁰⁰ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 17ª ed. São Paulo:Malheiros, 2002. p.33

¹⁰¹ DANTAS, Ivo.*op cit.* p.59

¹⁰² Acerca da efetividade dos princípios e a visao pós-positivista confira capítulo 3 da presente dissertação.

¹⁰³ Idem, *ibidem* p.17

Possuem também a característica de imperatividade, pois têm, na visão contemporânea, a obrigatoriedade de obediência a seus comandos por parte das pessoas às quais se dirigem, sejam estas pessoas individuais, coletivas ou os próprios órgãos do Poder Público.¹⁰⁴

Os princípios também possuem eficácia, pois segundo Luiz Roberto Barroso, “a eficácia é um atributo associado às normas e consiste na consequência jurídica que deve resultar de sua observância, podendo ser exigida judicialmente se necessária.”¹⁰⁵

Há que se ressaltar, ainda, que a eficácia pode ser observada sob quatro aspectos distintos, quais sejam, eficácia positiva ou simétrica, que indica a possibilidade de se exigir judicialmente um direito subjetivo garantido por um princípio, como, por exemplo, no caso da inobservância do contraditório e da ampla defesa no processo civil por desrespeito ou inobservância de regra processual que permita a parte deduzir alguma alegação em um determinado prazo, ou impeça injustificadamente a produção de alguma prova anteriormente requerida. Há, ainda, a eficácia interpretativa, que vige na necessidade de se interpretar as normas inferiores em conformidade com as superiores, adotando-se o conceito piramidal de sistema, no qual a constituição está em seu ápice, lembrando ainda a ideia de que os princípios, ao contrario das regras, possuem um conteúdo axiológico maior, que indicam a necessária observância em virtude de sua característica de imperatividade. Por outro lado, os princípios possuem a eficácia denominada de negativa, que determina, ao seu turno, que todas as normas ou atos que sejam incompatíveis com os princípios sejam declarados inválidos, neste caso a eficácia dos princípios encontra-se na própria égide da segurança determinada pelo conteúdo axiológico contido nos princípios. Em outras palavras, quando estamos tentando imaginar a eficácia negativa dos princípios jurídicos, vinculamos a imagem da declaração de inconstitucionalidade por ofensa, por exemplo, ao princípio da individualização da pena, como ocorreu quando do julgamento, em controle concreto exercido pelo Supremo Tribunal Federal, da regra contida no §1º do artigo 2º da lei 8.072/90 (HC 111.247-MG)¹⁰⁶, onde a regra jurídica restou afastada pela incidência

¹⁰⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Ney. *Normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. P.75

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *op.cit.* p.168

¹⁰⁶ EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 EM SEU GRAU MÁXIMO

do princípio antes mencionado, determinando, assim, que o regime inicial de cumprimento da pena fosse motivado pela pena efetivamente aplicada. Por fim, os princípios possuem eficácia vedativa do retrocesso, que por sua vez, está intimamente relacionada com a eficácia negativa e aos princípios fundamentais, uma vez que permite que seja exigido, do Poder Judiciário, a invalidação de uma norma que revogue outra (que disciplina ou aumenta um direito fundamental) sem a respectiva substituição (ou contrapartida).¹⁰⁷

Tendo em vista que os princípios refletem os valores supremos de uma sociedade, eles possuem precedência axiológica sobre as demais normas. Sob o ponto de vista material, há uma preeminência dos princípios sobre as regras. Entretanto, pode-se identificar, ainda, uma possível diferenciação valorativa entre princípios, de tal forma que há princípios que possuem em sua valoração maior carga axiológica que outros.

Por derradeiro, quanto às características, os princípios ainda possuem alta abstração, por serem normalmente extraídos de conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas abertas, como por exemplo ocorre com a boa-fé, expressa nos artigos 113 e 422 do Código Civil, onde para sua real aplicação ao caso concreto será necessária a complementação por meio de uma valoração a ser exercida pelo aplicador do direito.

Entretanto, mais importante do que estabelecer as características dos princípios é conhecer ou identificar as funções.

(2/3). IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. I – O Tribunal de Justiça local considerou favoráveis todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, para fixar a pena-base no mínimo legal, valendo-se da natureza e da quantidade de entorpecente apreendido (sete invólucros contendo cocaína, com peso total de 1,44 gramas) apenas aplicação do redutor na fração de 1/3. II – A fixação do quantum de redução da pena no patamar intermediário foi devidamente fundamentada na natureza e na quantidade de entorpecente apreendido, aspectos não considerados na aplicação da pena-base. III – A regra do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 tem sido afastada por esta Turma quando presentes os requisitos do art. 33, II, c, do Código Penal, para impor ao paciente o regime inicial aberto. IV – **Ante a declaração incidental de inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contida no referido art. 44 do mesmo diploma legal, deve ser reconhecida, mediante avaliação do caso concreto, a possibilidade da concessão do benefício da substituição da pena, segundo os requisitos do art. 44 do Código Penal.** V – Ordem parcialmente concedida, para fixar o regime aberto como o regime inicial de cumprimento da pena, bem como para determinar que o juízo das execuções criminais avalie se o paciente reúne os requisitos necessários, previstos no art. 44 do Código Penal, para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (grifo nosso)

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *op.cit.* p.168-171

Neste sentido, quanto às funções, vale inicialmente lembrar que os princípios, ao lado das regras, são normas jurídicas¹⁰⁸. Porém, os princípios exercem, dentro do sistema normativo, um papel diferente daqueles exercidos pelas regras. Isto porque, as regras descreverem fatos hipotéticos, possuindo, assim, uma nítida função de regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se enquadrem nas molduras típicas por elas descritas.

Entretanto, tal assertiva não ocorre, por óbvio, com os princípios, que são normas generalíssimas dentro do sistema e que, por muitas vezes sequer possuem texto, como por exemplo o princípio da segurança jurídica.

Dessa forma, em verdade, os princípios são multifuncionais, sendo que pelo menos três funções podem ser identificadas:

- a) função fundamentadora;
- b) função orientadora da interpretação;
- c) função de fonte subsidiária.¹⁰⁹

Por outro lado, não podemos esquecer que os princípios servem como um limite da atuação dos juristas, melhor dizendo, no mesmo passo em que os princípios funcionam como um modo de interpretação, o princípio tem como função também limitar a vontade subjetiva do aplicador do direito, isto quer dizer, os princípios estabelecem balizamentos dentro dos quais o jurista exercerá sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso concreto¹¹⁰.

¹⁰⁸ "a dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas as quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema" (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 141). Deve ser ressaltado, outrossim, que alguns autores (Perez Luño, Pietro Sanchis e García de Enterría) incluem os valores, ao lado dos princípios e das regras, como espécies de norma. Porém, por transcender aos estreitos limites do objeto desse estudo, deixaremos de tratar dos **valores como espécie de normas**, preferindo incluí-los como parte componente do próprio *princípio*, tendo em vista a enorme carga valorativa que nele está inserida.

¹⁰⁹ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. Malheiros, São Paulo, 1999, p. 46. No mesmo sentido, o jurista espanhol F. de Castro assim compendiou: a função de ser "fundamento da ordem jurídica", com "eficácia derogatória e diretiva", sem dúvida a mais relevante, de enorme prestígio no Direito Constitucional contemporâneo, a seguir, a função orientadora do trabalho interpretativo e, finalmente, a de "fonte em caso de insuficiência da lei e do costume" (*apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 255).

¹¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 256

Vale ainda lembrar que os princípios funcionam também como fonte de legitimação (padrão de legitimação constitucional) da decisão. Vale dizer: quanto mais o magistrado procura torná-los eficazes, mais legítima será a decisão; por outro lado, carecerá de legitimidade a decisão que desrespeitar esses princípios constitucionais.

Desta maneira, é correto dizer que os princípios podem ser vislumbrados em distintas dimensões: fundamentadora, interpretativa, supletiva, integrativa, diretiva e limitativa.¹¹¹

Entretanto, retomando a ideia basilar das funções expressadas por José de Albuquerque Rocha, notadamente no tocante à função fundamentadora, é importante destacar que se o princípio enquanto "mandamento nuclear de um sistema"¹¹², exerce a importante função de fundamentar a ordem jurídica em que se insere, fazendo com que todas as relações jurídicas que adentram ao sistema busquem, na principiologia constitucional, "o berço das estruturas e instituições jurídicas". Dessa forma, os princípios são, enquanto valores, "a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada"¹¹³.

Com efeito, neste sentido, afirma Norberto Bobbio¹¹⁴ que:

"os princípios, até por definição, constituem a raiz de onde deriva a validade intrínseca do conteúdo das normas jurídicas. Quando o legislador se apresta a normatizar a realidade social, o faz, sempre, consciente ou inconscientemente, a partir de algum princípio. Portanto, os princípios são as idéias básicas que servem de fundamento ao direito positivo. Daí a importância de seu conhecimento para a interpretação do direito e elemento integrador das lacunas legais."

Vê-se, assim, que os princípios embasam as decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte e expressam os valores superiores que inspiram a criação ou reorganização de um dado Estado, fincando os alicerces e traçando as linhas mestras das instituições, dando-lhes o impulso vital inicial, de sorte que, ruindo o princípio, há a destruição de todo o arcabouço normativo que por ele está embasado.¹¹⁵

¹¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo:Malheiros, 1998. p.254

¹¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. p.72

¹¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op cit.* p.254

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7ª ed. Brasília:UNB, 1996. p. 46

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Op cit.* p.146

Ora, sendo a Constituição um sistema de regras e princípios que resulta do consenso social sobre os valores básicos, e considerando mais que os princípios, dada a sua qualidade normogênica, fundamentam as regras, parece bastante fácil compreender que os princípios estão no ponto mais alto da pirâmide normativa, são "*norma normarum*" ou "norma das normas", "fonte das fontes".

Neste sentido, nas palavras de Bonavides, "são qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma constituição"¹¹⁶.

Há, ainda, conforme a visão apontada, a função interpretativa, que decorre diretamente da função fundamentadora. Isto porque, talvez, empiricamente, a função precípua dos princípios seja, justamente, a de servir de bússola ao intérprete do direito, quando da análise das normas originadas da aplicação dos princípios através da posituação de preceitos.

Em outras palavras, a função interpretativa decorre diretamente do reconhecimento da função fundamentadora, pois o princípio somente poderá servir de bússola ou norte ao aplicador, se antes reconhecer a existência do mesmo e o seu fundamento na norma jurídica.

Neste sentido são as precisas palavras de Luís Roberto Barroso ao indicar que os princípios são:

"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 com fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui"¹¹⁷

Fica clara a existência de uma interligação ou decorrência lógica entre a função fundamentadora e a função de interpretação, pois, segundo José Albuquerque Rocha a função orientadora da interpretação desenvolvida pelos princípios:

"decorre logicamente de sua função fundamentadora do direito. Realmente, se as leis são informadas ou fundamentadas nos princípios, então devem ser interpretadas de acordo com os mesmos, porque são eles que dão sentido às normas *rectius*, regras. Os princípios servem, pois, de guia e orientação na busca de sentido e alcance das normas regras"¹¹⁸.

Importante constatar é a consequência direta da aceitação desta função, notadamente no que concerne aos princípios constitucionais, pois, albergando o

¹¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *op cit.* p.265

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *op.cit.* p.141

¹¹⁸ ROCHA, José Albuquerque. *op. cit.* p.47

conceito e ideia posta, se chega a constatação de que não são os princípios constitucionais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos princípios.¹¹⁹

Por fim, nunca é demais lembrar que a cada dia, a função interpretativa dos princípios vem ganhando a sua importância devida, notadamente com a falência dos sistemas puramente positivistas, pois percebeu-se que a lei (regra), como norma genérica¹²⁰ e abstrata, pode na casuística levar à injustiça flagrante. Desta maneira, aos princípios cabe a importante função de guiar o juiz, muitas vezes contra o próprio texto da lei, na formulação da decisão justa ao caso concreto¹²¹. O juiz cria o direito, quer queiram quer não. E nessa atividade de criação do direito ao caso concreto, os olhos do juiz devem estar voltados para os princípios, quer constitucionais, quer gerais, balizas do próprio sistema jurídico.

Finalizando quanto à esta específica função dos princípios, bem informa Eduardo Cambi que:

“As constituições modernas, ao ocuparem o lugar dos Códigos, acabam por superar a identificação plena do direito com a lei (legalismo), fruto da concepção liberal do direito. O princípio da supremacia da lei não mais prevalece, pois a lei não é mais vista como produto perfeito e acabado, submetendo-se à Constituição e devendo ser conformada pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais.”¹²²

Por último, quanto à função subsidiária dos princípios, vale advertir que tal função, muito apontada por diversos autores, dentre eles José de Albuquerque, está ultrapassada na perspectiva atual dos sistemas jurídicos, pois, recordando o início

¹¹⁹ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. Brasília: Sérgio Fabris Editor, 1996. p.17

¹²⁰ É óbvio que os princípios são mais genéricos que a regra. Porém, a generalidade dos princípios tem uma vantagem não achada na regra que é a abertura. Na lição de CARMÉM ROCHA: "... eles não pontuam, com especificidade e minudência, hipóteses concretas de regulações jurídicas. O complexo principiológico que fundamenta o sistema constitucional estabelece a gênese das regulações específicas e concretas, mas não as determina em si mesmas, senão dirigindo o seu conteúdo (que virá em outras normas) e excluindo qualquer ditame jurídico que lhe contrarie a diretriz. São, pois, gerais, para serem geradores de outros princípios e das regras constitucionais (...). A generalidade destes princípios possibilita que a Constituição cumpra o seu papel de lei maior concreta e fundamental do Estado, sem amarrar a sociedade a modelos inflexíveis e definitivos, que a vida não permitiria algemar-se em travas de lei. (...)." (...) "A generalidade dos princípios permite, pois, que sendo a sociedade plural e criativa, tenha seu sistema de Direito sempre atual, sem se perder ou mascarar modelos contrários aos que na Lei magna se contém como opção constituinte da sociedade política" (apud ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 77)

¹²¹ No caso Riggs vs. Palmer, citado por Dworkin, o Tribunal de Nova Iorque, utilizando-se do princípio de que "ninguém pode beneficiar-se de sua própria torpeza", decidiu, em detrimento da própria lei (regra) testamentária, que o neto não poderia receber a herança do avô pelo torpe fato de haver assassinado este. Ou seja, prevaleceu o princípio ao invés da lei.

¹²² CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 86

do estudo do direito temos uma “verdade” de que o ordenamento jurídico é completo, sem *lacunas*.

Deste axioma de completude do ordenamento se retiram duas regras tidas por fundamentais, a primeira de que o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentarem a seu exame e, a segunda, deve julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema.¹²³

Em nosso ordenamento jurídico, fica mais clara esta ideia, na medida em que restou positivado no artigo 126 do Código de Processo Civil, que:

“o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

Outrossim, no artigo 4º da lei de introdução ao Código Civil, restou estabelecido que: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

Dessa forma, na qualidade de fonte subsidiária, os princípios serviriam como elemento integrado ou forma de colmatação de lacunas do próprio ordenamento jurídico, na hipótese de inexistência de texto legal aplicável à espécie.

Logo, nesta função os princípios seriam aplicáveis somente no caso de o juiz não encontrar disposição legal capaz de suprir a plena eficácia da norma constitucional definidora de direito, devendo, assim, buscar outros meios de fazer com que a norma atinja sua máxima efetividade, como a analogia, os costumes e, *por fim*, os princípios gerais de direito.

Desta maneira, os princípios seriam a última forma ou o último meio de integração, a *ultima ratio*.

Exemplificando, em caso de não haver lei aplica-se a analogia, não foi possível a analogia como meio de integração capaz de sanar a omissão ou lacuna, aplicam-se as regras consuetudinárias, não há costumes aplicáveis ao caso, aplicam-se, enfim, os princípios.

Ponderando sobre esta postura tradicional o prof. José de Albuquerque Rocha reflete que:

"nos casos de lacunas da lei os princípios atuam como elemento integrador do direito. A função de fonte subsidiária exercida pelos princípios não está em contradição com sua função fundamentadora. Ao contrário, é decorrência dela. De fato, a fonte formal do direito é a lei. Como, porém, a lei funda-se nos princípios, estes servem seja com guia para a

¹²³ BOBBIO, Norberto. *op.cit.*, p. 118.

compreensão de seu sentido (interpretação), sejam como guia para o juiz suprir a lacuna da lei, isto é, como critério para o juiz formular a norma ao caso concreto"¹²⁴

Contudo, esta ideia ou ideologia está plenamente ultrapassada, pois ao se conferir normatividade aos princípios¹²⁵, estes perderam o caráter subsidiário e, logo, passaram a impor uma aplicação obrigatória – observância obrigatória, força normativa -, se tornando fonte direta e imediata.

Neste sentido é o pensamento elucidativo de Eduardo Cambi, ao afirmar que:

“As constituições atuais não apenas constituem limites para o legislador, mas também preveem um programa positivo de valores que devem ser por eles concretizados. Diferentemente da concepção incorporada no modelo positivista de direito (arts. 4º da LICC e 126 do CPC), que conferia caráter secundário e subsidiário aos princípios jurídicos, a Constituição se firma com uma ordem objetiva de valores ou um sistema aberto de princípios e regras. Os princípios são reconhecidos como pilares axiológicos do sistema jurídico e, conseqüentemente, possuem força normativa imediata. Não exercem apenas a função secundária de preenchimento de lacunas na lei. São fontes primários do direito subjacentes às regras, expressando juridicamente os valores e os fins de uma sociedade.”¹²⁶

Resta claro, assim, que não é correta a consideração de os princípios possuírem uma função subsidiária.

Aliás, pode-se dizer que é até um erro utilizar o princípio como fonte subsidiária e não como fonte primária e imediata de direito. Isto porque, desde o início deste estudo estamos deixando transparecer a força normativa dos princípios, de forma tal que não podemos admitir que os princípios sejam subjugados à condição de meros instrumentos supletivos em caso de lacuna de lei.

Isto porque, como até então apontado e demonstrado, é exatamente o contrário, adotando-se em sua máxima plenitude a função fundamentadora dos princípios jurídicos, seria a lei que deveria completar e esclarecer os mandamentos dos princípios, numa forma “supletiva”.

Logo, "os princípios não são meros acessórios interpretativos. São enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos na lei, aplicam-se cogentemente a todos os casos concretos"¹²⁷.

¹²⁴ ROCHA, José de Albuquerque. *op.cit.* p.47

¹²⁵ Confira a respeito, item 3.1 da presente dissertação, pois qualquer comentário seria mera repetição do que lá tratamos de forma mais detalhada.

¹²⁶ CAMBI, Eduardo. *op.cit.* p.88

¹²⁷ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 3ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. P.14

Realmente, com a inserção dos princípios nos textos constitucionais, a sua força vinculante impõe ao aplicador do direito a sua observância sempre. Portanto, havendo, em um caso concreto, conflito entre uma lei (regra) e um princípio constitucional, é óbvio que este último será aplicado, podendo, inclusive, afastar a incidência da norma pelo efeito vinculante da decisão de inconstitucionalidade nos moldes do artigo 103-A da Constituição Federal de 1988.

Nas precisas palavras de Paulo Bonavides:

"de antiga fonte subsidiária em terceiro grau nos Códigos, os princípios gerais, desde as derradeiras Constituições da segunda metade deste século, se tornaram fonte primária de normatividade, corporificando do mesmo passo na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional".¹²⁸

Concluindo, ainda afirma o mesmo autor que:

"Dantes, na esfera juscivilista, os princípios serviam à lei; dela eram tributários, possuindo no sistema o seu mais baixo de hierarquização positiva como fonte secundária de normatividade.

Doravante, colocados na esfera jusconstitucional, as posições se invertem: os princípios, em grau de positivação, encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercer aquela função axiológica vazada em novos conceitos de sua relevância."¹²⁹

Por fim, vale destacar o posicionamento de Eduardo Cambi, que comentando acerca da nova função dos princípios e visando combater aquele entendimento de subsidiariedade de maneira precisa afirma que:

"Regras e princípios se complementam, já que ambas as espécies normativas envolvem, mediata ou imediatamente, comportamentos e fins. Aquelas se preocupam em descrever condutas para atingir certas finalidades, enquanto estes preveem fins, cuja realização ou preservação depende de determinados comportamentos.

Em razão dessa complementaridade, pode-se afirmar, a título de esquema geral, que a estrutura das regras facilita a realização do valor da segurança jurídica, enquanto a dos princípios favorece a justiça das decisões."¹³⁰

2.1.4 - Distinção entre princípios e regras

Por derradeiro, quanto ao estudo dos princípios, não se pode deixar de levar ao conhecimento a discussão existente quanto a diferenciação ou distinção entre princípios e regras.

¹²⁸ BONAVIDES, Paulo. *op.cit.* p.254

¹²⁹ BONAVIDES, Paulo. *op.cit.* p. 263

¹³⁰ CAMBI, Eduardo. *op.cit.* p.89

Partindo da noção de que princípios e regras são espécies do mesmo gênero denominado de normas, podemos sustentar, no esteio de J.J. Gomes Canotilho que a distinção entre princípios e regras, pode ser notada quanto:

a) *Grau de abstracção*: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.

b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.

c) *Caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico 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).

d) *"Proximidade" da ideia de direito*: os princípios são standards juridicamente vinculantes radicados nas exigências de "justiça" (Dworkin) ou na "ideia de direito" (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

e) *Natureza normogenética*: os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante".¹³¹

Por outro lado, no entender de Willis Santiago Guerra Filho, princípios e regras distinguem-se quanto à sua estrutura lógica e deontológica, sendo que as regras vinculam-se a fatos hipotéticos específicos, utilizando-se de um operador normativo ("proibido", "obrigatório", "permitido"), enquanto os princípios transmitem uma prescrição programática genérica. Vale acrescentar que desse primeiro critério, ao entender do autor, decorre a técnica de aplicação, pois quanto aos princípios, podem eles colidir diante de casos concretos, levando ao "sopesamento" para a aplicação do mais adequado; já as regras, estão submetidas à subsunção e, caso conflitem com outras de grau superior, a de inferior é derogada.¹³²

Interessante notar que o entender do autor citado está embasado nas ideias de Robert Alexy, o qual propugna que "tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser"¹³³. Entretanto, para se diferenciar as espécies

¹³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almeida, 1991. p. 172-173

¹³² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p.127

¹³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87. A condensação da ideia de regras e princípios como espécies do gênero norma não parece uníssona. No mesmo sentido de Robert Alexy, já se posicionou a maior parte da doutrina, embora, sem a "conceituação precisa de normas e regras", como aponta José Afonso da Silva (op. cit., p. 92), entre os quais se destacam: "O decisivo, por enquanto, é saber que a qualificação de determinadas normas como princípios ou como regras depende da colaboração constitutiva do intérprete" (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 35); "(1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de

de norma, deixa-se de lado o critério da generalidade, filiando-se ao critério hipotético-condicional, procedendo a uma “distinção qualitativa, e não uma distinção de grau”,¹³⁴ ou “de caráter lógico”:¹³⁵ enquanto estes seriam *mandamentos de otimização*, realizados dentro das realidades fático-jurídicas existentes no momento da aplicação, estas seriam *mandamentos de determinação*, ou seja, valem ou não valem, são satisfeitas ou não são satisfeitas.

Para aclarar a ideia contida nesta diferenciação proposta, parte-se para a verificação dos diferentes comportamentos tomados quando se verifica um conflito de regras e uma colisão entre princípios.

Isto porque, no caso das regras, a solução ideal seria a introdução de uma cláusula de exceção, elegendo-se uma das regras conflitantes como geral e, a outra, como excepcional. Em não sendo possível a adoção de tal solução, parte-se para a

normas” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2006. p. 1160); “Já se torna cada vez mais difundido entre nós esse avanço fundamental da teoria do direito contemporânea, que, em uma fase ‘pós-positivista’, com a superação da antítese entre o positivismo e o Jusnaturalismo, distingue normas jurídicas que são regras, em cuja estrutura lógico-deôntica há a descrição de sua ocorrência, daquelas que são princípios, por não trazerem semelhante descrição de situações jurídicas, mas sim a prescrição de um valor, que assim adquire validade jurídica objetiva, ou seja, em uma palavra, positividade” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 5. ed. ampl. São Paulo: RCS, 2007. p. 62-63); “[os princípios] Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão somente aos conceitos; as normas jurídicas é que se dividem em *normas-princípios* e em *normas-regras*” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: Constituição*. 5. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Ed. t. II. p. 250.); “As normas constitucionais encontram-se estruturadas normativamente sob a forma de princípios e de regras” (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. A estrutura normativa das normas constitucionais: notas sobre a distinção entre princípios e regras. In: PEIXINHO, Manoel Messias et al (coords.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 3). Na jurisprudência brasileira, não podemos fechar os olhos para o voto do Min. Eros Grau no julgamento da ADPF 33-5/PA: “Sr. Presidente, como é possível que, no futuro, alguém leia esse acórdão com interesse acadêmico, eu queria ressaltar que, para mim, preceito é princípio e regra; ou seja, preceito ou norma é gênero, espécies são princípio e regra. Única e exclusivamente com cuidado acadêmico, deixo isso registrado” (STF, ADPF 33, Pleno, j. 07.12.2005, v.u., rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 27.10.2006).

¹³⁴ ALEXY, Robert, op. cit., p. 91.

¹³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1/607-630, em destaque p. 612. Explicando o caráter hipotético-funcional, Humberto Ávila comenta: “Em primeiro lugar, há o critério do caráter *hipotético-condicional*, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008 p. 39), vale dizer, aquelas permitem a subsunção de comportamentos, enquanto estes, para Alexy, possuem um caráter ideal no momento de aplicação (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre a justificação e aplicação de normas jurídicas: análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy. *Revista de Informação Legislativa* 171/81-90, em especial p. 82).

aplicação das regras de solução de antinomias conhecidas pelos brocardos latinos *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*.¹³⁶

Neste ponto o importante é reconhecer que a decisão de qual regra é aplicável, é uma decisão sobre validade da norma, não sendo possível que dois juízos que sejam contraditórios, e com soluções diversas no modo *se, então*, sejam ambos válidos.¹³⁷

Já quanto à colisão de princípios, Robert Alexy aponta que a solução deverá ser encontrada na dimensão do peso, pois em face das condições concretas, o hermeneuta deverá verificar qual dos princípios tem precedência em face do outro, sendo que este último terá de ceder.¹³⁸

Logo, para Alexy, a diferenciação decorre de uma das principais características dos princípios, que é o caráter *prima facie*¹³⁹, ou seja, “os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”¹⁴⁰

Assim, se pode concluir na obra de Alexy, que “a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela”. Assim, dá-se maior força à ideia de que o sopesamento é primordial para a realização de um princípio em face de outro antagônico.¹⁴¹

Visto o sopesamento para a solução de conflitos decorrentes do caráter *prima facie* dos princípios, bem como a inevitável aplicação do princípio da

¹³⁶ Livre tradução: lei posterior derroga lei anterior e lei especial derroga lei geral.

¹³⁷ ALEXY, Robert, op. cit., p. 92-93.

¹³⁸ *Idem, Ibidem*. p. 96. Por meio de símbolos, Alexy resume: “(K) Se o princípio *P1* tem precedência em face do princípio *P2* sob as condições *C*: (*P1 P P2*), e se do princípio *P1*, sob as condições *C*, decorre a consequência jurídica *R*, então, vale uma regra que tem *C* como suporte fático e *R* como consequência jurídica: *C R*. Uma formulação menos técnica seria: (K') As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.

¹³⁹ Neste mesmo sentido, Eduardo Cambi afirma que: “os princípios são constituídos por um conjunto de normas de condutas, tendo um componente representacional altamente complexo. Não preveem, diretamente, a conduta a ser seguida, estabelecendo apenas fins normativamente relevantes. Contem comandos *prima facie*, porque a esfera de aplicabilidade dos princípios é relativamente indeterminada.

Um direito, jurídica e estruturalmente, considerado *prima facie* não pode ser considerado como definitivo, posto que seu conteúdo somente se revelará após a ponderação ou o balanceamento, exigidos pela proteção de outros bens com ele coincidentes, momento em que, pelas circunstâncias concretas atribuir-se-á pesos a cada um dos direitos contrapostos” (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.92)

¹⁴⁰ *Idem, Ibidem*. p. 104-105.

¹⁴¹ *Idem, Ibidem* p. 116-120.

proporcionalidade¹⁴², chega-se à conclusão do autor de que não pode subsistir a ideia de princípios absolutos no ordenamento jurídico, pois, se assim o fosse, a realização de determinado princípio não conheceria nenhum limite jurídico, somente fático.¹⁴³

Ocorre que a distinção *prima facie* dos princípios em face das regras, as quais sendo válidas devem ser aplicadas, não exclui a possibilidade de que essas também possuam um caráter *prima facie*¹⁴⁴, o que ocorre com a introdução de cláusulas de exceção.¹⁴⁵

Em suma, pode-se dizer que a principal diferenciação proposta por Robert Alexy está quanto à colisão e a solução de tal para a aplicação, ou seja, subsunção para as regras e sopesamento com ponderação para os princípios.

Entretanto, tal diferenciação não é despida de críticas, pois Humberto Ávila evita distinguir princípios e regras com base no critério do tudo ou nada, pois afirma que as regras, a exemplo dos princípios, também precisam de um processo prévio de interpretação, a fim de demonstrar quais as consequências que serão implementadas. E, ainda, somente a aplicação diante dos casos concretos é que irá corroborar as consequências predeterminadas.

Desta maneira, para o citado autor, a ponderação, como método de sopesamento de razões e contrarrazões que resulta na decisão de interpretação, não é um método privativo de aplicação dos princípios, podendo envolver também as regras, seja quando, diante de um caso concreto, couber ao interprete/julgador

¹⁴² O princípio da proporcionalidade é composto por três subprincípios: (a) o da adequação, (b) o da necessidade e (c) o da proporcionalidade *stricto sensu*. Pelo primeiro, verificamos o meio correto para levar ao fim um determinado interesse. É importante, nesse passo, que a medida leve, necessariamente, ao fim pretendido, que seja idônea. Pelo segundo, verifica-se a indispensabilidade da medida para a conservação do direito, vale dizer: se é o meio menos gravoso. Pelo terceiro. Verifica-se a própria exigência do sopesamento, apreciando-se o conteúdo e a relação custo-benefício da medida a se adotar. Aparenta-se, portanto, à equidade, conforme comentado por Paulo Bonavides, visando uma distribuição equânime de ônus (ALEXY, Robert, op. cit., p. 116-117; BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 396-398 e 425-427; e BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 124-135).

¹⁴³ Nem mesmo a dignidade da pessoa humana, na doutrina de Alexy, é considerada como absoluta. Isso porque não se trata apenas de um princípio, mas de duas normas da dignidade da pessoa humana: o princípio e a regra. Não é o princípio da dignidade da pessoa humana que é absoluto, mas a regra diante das realidades fáticas postas para sua realização (ALEXY, Robert, op. cit., p. 111-114).

¹⁴⁴ Humberto Ávila critica a ideia de que somente os princípios possuem dimensão de peso, pois a dimensão axiológica é lemento que integra qualquer norma jurídica. Por exemplo, quando se pensa na interpretação, extensiva ou restritiva, de uma regra jurídica também se pode dar a ela diferentes dimensões de peso.(cf.ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. São Paulo:Malheiros, 2009. p.59)

¹⁴⁵ Idem, p. 103-105.

atribuir um peso maior a uma ou mais regras em conflito, seja quando tiver que ponderar as razões internas de uma mesma norma, seja quando concretiza cláusulas jurídicas abertas e conceitos indeterminados.

Portanto, a distinção entre regras e princípios assumiria caráter pluridimensional, devendo-se considerar três critérios, a saber: natureza da prescrição normativa, pois as regras descrevem objetos determináveis, enquanto os princípios prescrevem um estado ideal de coisas a serem promovidas; natureza da justificação, pois na aplicação das regras exige-se exame de correspondência entre a descrição normativa e os atos praticados ou os fatos ocorridos, enquanto os princípios dependem da avaliação da correlação entre os efeitos da conduta adotada e o estado de coisas a ser promovido; natureza da contribuição, pois as regras têm pretensão de decidibilidade, ao passo que os princípios, pretensão de complementaridade, na medida em que se servem de razões a serem conjugadas com outras para a solução de um problema.¹⁴⁶

2.2 - A justaposição da boa-fé objetiva como princípio jurídico

Realizada a análise da importância dos princípios, sua definição, características, funções e a necessária distinção entre estes e as regras, - notadamente concernentes ao primeiro vetor exposto na introdução - é chegada a hora de determinar a posição da boa-fé como tal, ou seja, a boa-fé objetiva como um princípio jurídico, premissa essa fixada inicialmente e necessária para o prosseguimento do presente estudo.

Em verdade, o que se pretende neste ponto é demonstrar o porquê de a boa-fé ser tida como um princípio jurídico, na medida em que não nos basta a mera afirmação doutrinária neste sentido, posto que o pensamento jurídico (pensamento da ciência do direito) já construído não nos mostra efetivamente a base utilizada.

É possível afirmar que a boa-fé, antes de tudo, é vislumbrada como um valor, um norte, uma norma de conduta, que exprime a confiança, a lealdade, e o desejo de não causar danos a outrem¹⁴⁷, bem como agir de forma a satisfazer tanto os seus interesses quanto o do outro parceiro em uma relação jurídica.

¹⁴⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.78-83

¹⁴⁷ neste sentido, muito bem pontua Maria Clara Osuna Diaz, na conclusão de sua tese: "Os princípios que regem a humanidade podem ser reduzidos a três: *honeste vivere, alterum non laede, suum cuique tribuere*. Com efeito, aqui se tem a síntese de todas as máximas de direito, em que todas as outras não passam de um desdobramento dessas."(cf. FALAVIGNA, Maria Clara Osuna

A boa-fé, nesta visão, muito se assemelha com a boa intenção, a educação e o respeito ao próximo, conceitos estes diretamente ligados à religião católica e ao conceito de fé.

Neste contexto, a fé pode ser vista como uma palavra que expressa a extrema confiança em algo que não é possível comprovar. Desta forma, pode-se dizer que é por fé que se acredita em um Deus todo poderoso, nos milagres; a confiança no intangível.

Fé, assim, nada mais é do que confiança, logo boa-fé pode ser tida como boa confiança, acreditar no que é bom, crer na bondade alheia.

Os homens se desenvolveram através da possibilidade de comunicação entre os membros das comunidades, pois com isto houve a transmissão do pensamento e do conhecimento, o que nos levou à vitória sobre os demais homínídeos, mesmo porque o uso da linguagem se mostrou uma ferramenta superior a qualquer outra na escala evolutiva, possibilitando aos seres humanos a tentativa de dominar a si e a natureza.

É por esta poderosa ferramenta¹⁴⁸, que hoje transmitimos os nossos conhecimentos, mantemos as mais diversas e diversificadas relações, em suma vivemos.

Diaz. *Os princípios gerais do Direito e os standards jurídicos no Código Civil*. São Paulo, 2007. p. 292
Tese (doutorado em direito) – Universidade de São Paulo, 2007)

¹⁴⁸ Neste mesmo sentido, J.J. Calmon de Passos afirma: Refletindo sobre a relação entre linguagem e pensamento, Giovanni Sartori nos diz que são possíveis quatro respostas a esta pergunta. A primeira nega qualquer relação intrínseca entre pensamento e palavra. Não pensamos com palavras. Há um mundo das idéias, dos arquétipos, dos universais, que se sobrepõe e se impõe às palavras. Segunda resposta seria a de que há identidade entre a linguagem e o pensamento. Falar em linguagem é o mesmo que falar em pensamento. Impossível dissociá-los ou distingui-los. Essas duas posições perderam força, por conspirarem contra elas algumas evidências. Temos mais pensamentos que palavras, tanto que precisamos criar novas palavras ou dar às existentes nova significação para que a linguagem tenha a extensão do pensamento. Por outro lado, é impossível pensar sem palavras, nem se sabe bem o que seria esse puro pensar. Erramos, portanto, se distinguimos ou identificamos, em termos radicais, a linguagem e o pensamento. Mais fecundo considerarmos pensamento e linguagem como coisas distintas, embora não independentes. Admitindo-se isso, abrem-se duas alternativas. A primeira, é a de que a linguagem não é indispensável para o pensamento, e sim para sua comunicação. Somos capazes de pensar sem palavras; elas são, contudo, essenciais para comunicar o que pensamos. De modo sumário, poderia sintetizar a objeção básica a esse entendimento com a afirmativa de que é impossível pensar sem imagens, mesmo idealizadas, e que a imagem, para ser imagem, reclama a palavra que a significa. Como diz Giovanni Sartori, o solilóquio ou conversa com nós mesmos se dá mediante palavras, ainda que não exteriorizadas, e a intuição só se distingue do pensamento discursivo por ser um ato inicial arbitrário o qual, na verdade, apenas condensa e focaliza, num entendimento conclusivo, um longo trabalho de incubação. Resta, por conseguinte, como a mais justificável e aceita, uma segunda alternativa, que configura, por sua vez, a quarta resposta possível à pergunta inicial. *Embora o pensamento não deva ser reduzido à linguagem, as palavras são indispensáveis tanto para a comunicação como para o próprio pensamento*. Se o ato de pensar pode ser considerado abstratamente como um prius da linguagem, o mesmo não se pode dizer da atuação do pensamento. Pensar é pensar em algo, sobre algo, a

O poder da palavra é algo inimaginável, pois cria relações, as desfaz, recria, coordena, destrói, constrói, mitifica, e por assim dizer gera as mais diversas reações humanas.

Como bem aponta Maria Rita Kehl:

“Desde as formas mais primitivas de animismo, não há crença que não passe por uma formulação verbal. As crenças são sempre sustentadas por algum elemento imaginário que se transmite através de narrativas. Essas, por sua vez, dependem de que a própria palavra seja confiável. As lendas mais inverossímeis conquistam, pelo menos no momento em que são narradas, a credulidade daquele que escuta ou lê. A teia de palavras envolve o leitor não tanto pela veracidade do que é contado, mas pela verossimilhança de sua estrutura interna. Não é a relação direta da palavra com o Real que importa aqui, mas a capacidade da palavra de cercar o Real, dar contorno e forma ao que até então permanecera inominável. A palavra gera as condições de sua credibilidade. Ou, em termos lacanianos: a palavra instaura a existência do que ela enuncia; avaliza a existência daquele que diz: “eu sou”¹⁴⁹.

E, ainda, arremata a referida Autora afirmando que:

“A palavra é o recurso que distingue o humano do animal. Ainda que reconheçamos que os animais possuem alguma forma de linguagem e que alguns mamíferos sejam capazes de comunicação com o homem em níveis bastante sofisticados, o recurso à palavra é exclusivamente humano. A palavra possibilita que se estruture uma forma superior de linguagem. Ela não serve apenas para indicar as coisas. Estabelece os mais variados tipos de relação entre as coisas. Só a palavra é capaz de instaurar entre as coisas que ela designa, complexas relações temporais, espaciais, causais, paradoxais, etc. A palavra pode comentar a si mesma – é o que faço nesse momento. E também pode mentir, inventar, fabular. Só o humano é capaz disso, e mais, ainda: só o humano é capaz de construir realidades objetivas – isto é, socialmente compartilhadas – a partir das mentiras, ou fabulações, que inventa. O homem constrói com sua teia de palavras, projetos, seitas,

respeito de algo, pensamento discursivo, portanto, que tem por substância a linguagem. Não podemos pensar sem palavras: a lógica é, ao mesmo tempo, onomatologia. Esse nexos entre pensamento e linguagem se faz presente em tudo quanto diz respeito ao conhecimento humano, seja ele perceptivo ou empírico, especulativo ou conceitual, imaginativo ou expressivo. O mesmo se dá tanto em nível de linguagem materna ou coloquial, meio de que nos valem para interagir no que se pode denominar de "mundo da vida", o mundo da espontaneidade da existência humana, quanto no particular do conhecimento científico, para o qual estruturamos linguagens especiais e artificiais. Pensamento e linguagem sempre fazem um e essa simbiose, por sua vez, estrutura o que chamamos de realidade. Não foge desse imperativo o direito. Diria, inclusive, que o direito, mais que outro qualquer saber, é servo da linguagem. Como direito posto, é linguagem, sendo em nossos dias de evidência palmar constituir-se de quanto editado e comunicado, mediante a linguagem escrita, por quem com poderes para tanto. Também linguagem é o direito aplicado ao caso concreto, sob a forma de decisão judicial ou administrativa. Dissociar o direito da linguagem será privá-lo de sua própria existência, porque, ontologicamente, ele é linguagem e somente linguagem. Sendo assim, separar o direito, enquanto pensado, do processo comunicativo que o estrutura como linguagem, possibilitando sua concreção como ato decisório, será dissociar-se o que é indissociável. *Em resumo, não há um direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer-se que o direito pensado e o processo do seu enunciar fazem um.* (Cf. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*, vol. 102, Abr / 2001. p. 55)

¹⁴⁹ KEHL, Maria Rita. *Crença na Palavra aposta no Sujeito*. Disponível em: <http://www.mariaritakehl.psc.br/resultado.php?id=311>, acesso em 21.09.2012.

ordens, reinos, e até formas eficientes de magia, tais como as relatadas por Lévi-Strauss no seu clássico “A eficácia simbólica”.¹⁵⁰

Mas a linguagem, muito embora pareça comum a todos, representa a condição social do indivíduo e na vasta diversificação brasileira indica a regionalidade, pois presente uma grande variação das maneiras de expressão do mesmo idioma em solo pátrio, todavia o sentido deverá ser comum a todos, muito embora a falta de homogeneidade da língua falada, por diversidade de sotaques ou expressões.

Corroborando com o acima expendido, preceitua Yonne Leite e Dinah Callou, que:

“A variação existente hoje no português do Brasil, que nos permite reconhecer uma pluralidade de flares, é fruto da dinâmica populacional e da natureza do contato dos diversos grupos étnicos e sociais nos diferentes períodos da nossa história. São fatos dessa natureza que demonstram que não se pode pensar no uso de uma língua em termos de “certo” e “errado” e em variante regional “melhor” ou “pior”, “bonita” ou “feia”.”¹⁵¹

Apesar de haver uma diversidade de expressões e modo de fala distintos dentro de um mesmo território, como no caso brasileiro, a Boa-fé tem o significado corrente e comum de honestidade, confiança, ou no significado que lhe empresta o *Dicionário Houaiss*¹⁵², “retidão ou pureza de intenções; sinceridade, ou ainda, convicção de agir ou portar-se com justiça e lealdade com relação a alguém, a determinados princípios”.¹⁵³

Na compreensão da natureza humana não é possível afirmar que o homem é um ser bom ou mau, isto é, que há pessoas que nascem totalmente boas e outras que são más, já que comportamentos bons ou maus estão em todos e decorrem de inúmeros fatores, não só de formação sócio-educacional, mas também genéticos ou patológicos, pois um indivíduo definido pela medicina forense como psicopata não terá ferramentas conscientes para avaliar a moralidade de sua conduta.

Neste sentido, pode-se dizer que a boa-fé, antes de um conceito jurídico é um conceito psicológico, ligado a ideia de expectativas e frustrações, melhor dizendo, é um conceito ligado à ideia de confiança.

¹⁵⁰ *Idem, ibidem.*

¹⁵¹ LEITE, Yvonne e CALLOU, Dinah. *Como falam os brasileiros*, 3ªed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005, p.57.

¹⁵² BOA-FÉ. In: *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, p.470.

¹⁵³ BOA-FÉ. In: *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*, p. 265: “certeza de agir com amparo da lei, ou sem ofensa a ela; ausência de intenção dolosa; sinceridade, lisura”.

Neste sentido, muito bem denota André Comte-Sponville, ao afirmar que a boa-fé:

“é um fato, que é psicológico, e uma virtude, que é moral. Como fato, é a conformidade dos atos e das palavras com a vida interior, ou desta consigo mesma. Como virtude, é o amor ou o respeito à verdade, e a única fé que vale.”¹⁵⁴

Desta maneira a boa-fé objetiva, como norma de conduta, pode ser vista sob o enfoque tanto da lealdade, quanto à confiança, sendo esta última, um conceito que determina o próprio conteúdo da boa-fé dita objetiva, visto que é através da confiança que há o respeito à boa-fé, em aspecto psicológico do ser humano.

Melhor dizendo, a boa-fé, para a psicologia, é tida como a confiança¹⁵⁵, que traduz a ideia de verdade ou reciprocidade entre os seres humanos.

Logo, o conceito da boa-fé, visto como a boa-fé confiança, não se limita somente à ideia psicológica, mas sim a uma ideia tanto sociológica, como psicológica.

Assim sendo, pode-se dizer que uma das primeiras e principal reflexão sociológica a respeito da confiança se dá com Émile Durkheim, onde o autor chama a atenção para a inexistência de um esclarecimento mais profundo das circunstâncias fáticas que conduziriam à vinculação das pessoas nos contratos, e conclui que estes ajustes teriam, na realidade, um firme suporte na confiança.¹⁵⁶

Mais contemporaneamente, com Niklas Luhmann a ideia de confiança passa a ser cientificamente disseminada, na medida em que representaria a redução da complexidade social e, com isso, proporcionaria um aumento da possibilidade individual de cada componente do grupo social¹⁵⁷. Isto porque, segundo o Autor, o mundo é excessivamente complexo e repleto de incalculáveis possibilidades. Logo,

¹⁵⁴ COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*, trad. Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.213.

¹⁵⁵ Sobre o princípio da confiança, Paulo Nalin esclarece que: A confiança guarda íntima relação com o princípio da boa-fé objetiva, não só porque se louva dos deveres anexos de cuidado, informação, segurança e cooperação, construídos a partir de seus desdobramentos, como representa, ainda, um dos mecanismos de interpretação dos contratos, o qual se realiza em vista do comum significado que as partes atribuem ao conteúdo negocial. Pode-se dizer, efetivamente, que a confiança surge das diversas manifestações da boa-fé, sugerindo a doutrina a integração da confiança no conteúdo substancial da boa-fé. É evidente, assim, tratar-se de princípio que se afina, em conseqüências fáticas e jurídicas, com a formação da nova sistemática contratual. (Cf. NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 154)

¹⁵⁶ ENDRESS, Martin. *Vertrauen*. Bielefeld: Transcript, 2002, p.12.

¹⁵⁷ LUHMANN, Niklas. *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*.3., durchgesehene Auflage. Stuttgart: Ferdinand Enke, 1989.

em razão da ampliação da complexidade social, o ser humano precisa desenvolver formas eficazes para reduzir essas complicações.

Assim, sem confiança só existe a possibilidade de concretização de formas muito simples e imediatas de cooperação entre os seres humanos. A confiança será indispensável, assim, para elevar, acima desse nível elementar, a complexidade e o potencial das atividades em uma sociedade.¹⁵⁸

Basta pensar no exemplo mais basilar e corriqueiro de confiança existente, que é o dinheiro, pois em verdade, o dinheiro (papel moeda) é um pedaço de papel que pela confiança nele depositada, de maneira geral, se torna algo valioso. Entretanto, se retirarmos a confiança, seria somente um pedaço de papel sem valor algum, não prestando sequer para a finalidade mais basilar do papel que é a transmissão do pensamento com base na escrita.

Logo, fica claro que não se consegue construir uma sociedade complexa sem o pilar da confiança, pois ela torna a incerteza tolerável e é um elemento de toda interação social, qualquer que seja (familiar, sucessória, comercial, processual, consumerista e assim por diante) que se apresenta como um relevante fato sócio-psicológico.¹⁵⁹

A confiança desempenha o papel de generalizar expectativas de comportamento. Desta forma, ela reduz a falta de informações sobre condutas futuras e o risco quanto a incertezas.

A confiança exerce, na sociedade complexa, a função de complementação, pois um dado faltante sobre um possível comportamento dentre vários é substituído por um sentimento de segurança que é garantido internamente. Logo, onde existe confiança há, portanto, mais possibilidades de ação.

Ainda buscando escólio em Luhmann, verifica-se que quem demonstra confiança antecipa o futuro¹⁶⁰, pois a confiança torna o futuro mais seguro, ou seja, quem confia em algo age como se apenas certas possibilidades futuras existissem, todas elas com suporte na confiança, o que provoca a redução direta da complexidade social, permitindo o tráfico jurídico e a conseqüente interação entre os componentes sociais.

¹⁵⁸ *Idem, Ibidem*, p.98

¹⁵⁹ WERDER, Alexander. *Dispositionsschutz bei der Änderung Steuergesetzen zwischen Rückwirkungsverbot und Kontinuitätsgebot*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005, p.102.

¹⁶⁰ LUHMANN, Niklas. *Op cit.* p.8

Pode-se dizer que por meio da confiança são criadas condições básicas para o processo de interação social e é através dela que essas relações se estabilizam. Assim, a confiança serve como um mecanismo para a estabilização de expectativas.

Entretanto há que se reconhecer que a confiança não afasta todas as incertezas, que são riscos próprios do futuro, pois toda situação de confiança pressupõe uma dose de incerteza e compreende a possibilidade de frustração. Porém, apesar da possibilidade de frustração nas situações de confiança, estas ficam reduzidas na medida em que o rompimento da confiança gera, inegavelmente, maiores prejuízos que a sua manutenção.¹⁶¹

A confiança, vista sobre esta perspectiva, atua no sentido de reduzir a hesitação nas relações sociais, por estabilizar psicologicamente a instabilidade própria de tais relações, atuando, assim, como um mecanismo hábil a evitar o caos e a desordem que seriam evidentes se não houvesse confiança.

Pode-se afirmar que a confiança contém a insegurança por meio da filtragem e organização do grandioso volume de informação complexa que recebemos. Assim, a confiança serve para que a pessoa concretize suas próprias expectativas, sendo um fator elementar da vida social.¹⁶²

Nas palavras precisas de Valter Shuenquener:, sobre a confiança:

“Ela vai viabilizar as relações sociais por meio de uma estabilidade que é alcançada pela existência de expectativas recíprocas. Com ela, o passado se estende para o futuro e o potencial de modificação inesperada das relações sociais é reduzido, o que torna possível o convívio entre os seres humanos.”¹⁶³

Assim, a boa-fé, vista como confiança, guarda estreita relação com um fenômeno de crença nas próprias expectativas que não interessa apenas à ciência do direito, pois o conceito possui uma dimensão múltipla. Tratando-se, assim, de um elemento essencial à vida em sociedade, sendo inimaginável a existência de relações na sociedade e nos povos sem uma certa medida e temperança dada pela confiança.

¹⁶¹ ARAUJO, Valter Shuenquener. *Contornos Gerais do Princípio da Proteção da Confiança*. Rio de Janeiro: Editora Impetus. 2009, p.13

¹⁶² *Idem, Ibidem*. p .13

¹⁶³ *Idem, Ibidem*. p. 13-14

Vale dizer, a confiança, gerada pela boa-fé, estimula a criação de comportamentos que respeitam o modo de agir do outro, o que é extremamente relevante para uma sociedade plural, como a nossa.¹⁶⁴

Entretanto, apesar de a confiança estimular as relações sociais, exprimir a ideia primaz de uma crença na ocorrência de um comportamento futuro com lastro em um agir pretérito e ter sua dimensão múltipla nas sociedades, não podemos afastar a pergunta principal, qual seja, como se estabelece esta confiança?

Tal confiança somente pode ser estabelecida pelo uso da palavra, pois como afirma Maria Rita Kehl:

“No mínimo podemos afirmar, com Sausurre, que a confiança na palavra se estabelece em função de sua circulação social. O uso da palavra é que lhe confere poder de verdade – a bem dizer, a palavra, ao ser acolhida pelo Outro, tem o poder de tornar verdadeiro aquilo que enuncia. Pois não há nenhuma ligação evidente entre cada pequena partícula sonora a que chamamos palavra, cujo correspondente espacial é um agrupamento linear de sinais gráficos, e a verdade que ela tenta designar. A palavra define o lugar do que chamamos de verdade com uma estrutura de ficção”.¹⁶⁵

Assim, não podemos nos afastar da ideia de que a palavra é a fonte da confiança, na medida em que o simples agir, visto como conduta ou movimento corpóreo, em nada traduz a confiança intrínseca de um sujeito a um comportamento de outro.

Pensemos no exemplo de um contrato, expresso por palavras escritas ou verbais, contem determinações unilaterais ou bilaterais, que tem como base a confiança que os sujeitos da relações, reciprocamente depositam um no outro para o seu cumprimento, de acordo com as palavras dadas. Assim, a crença no cumprimento se dá pela utilização da palavra escrita ou falada, no ato da contratação, que gerará a confiança legítima na execução da avença pelas partes, ou seja, cada qual cumprirá a obrigação avençada, nos exatos termos das palavras dadas e não nos meros gestos por uma das partes realizado.

Desta maneira, vemos que a confiança na palavra gera a verdade, pois a palavra é a verdade descrita, e somente é verdade pela confiança depositada na palavra dada.

Assim, numa ideia psicológica da boa-fé, chegaremos a conclusão de que confiança e boa-fé são sinônimos e representam a essência das relações sociais, que necessariamente se exprimem por meio de palavras, tornando verdade os

¹⁶⁴ *Idem, Ibidem.* p.14

¹⁶⁵ KEHL, Maria Rita. *Op. cit.*

comportamentos e gerando expectativas de cumprimento de um dado comportamento.

Acrescente-se que a confiança, por si, não garante a ocorrência de um comportamento, mas assegura a presunção de que ele poderá acontecer em razão de um experiência pretérita.

Visto isso, como se pode aferir que a boa-fé é um princípio jurídico, ou melhor dizendo, o porquê de a boa-fé ser tido como um princípio jurídico?

Ora, com a evolução da sociedade há um orgulho de, em primeiro momento, sermos melhores que nossos ancestrais, pois construímos uma sociedade mais civilizada, que tenta a todo modo manter o que de melhor se conquistou em respeito à raça humana, razão pela qual se ordena a vida a fim de coibir os excessos do passado que representaram abusos, ainda que se esteja longe de se descobrir a perfeição, mas sempre acreditando ser possível o encontro de uma sociedade idealizada.

Senão outra a razão de se entender a necessidade de se acreditar na bondade das pessoas, pois se a desconfiança no próximo for uma impressão cotidiana, não seria possível manter relações sociais sadias, uma vez que somente a confiança em alguém pode gerar um adequado comportamento de conduta, com o escopo de melhorar as relações para a própria evolução da sociedade e nesse sentido os ordenamentos jurídicos são criados.

Caio Mário da Silva Pereira¹⁶⁶ ao discorrer sobre boa-fé compreende que há princípios eternos, que decorrem da natureza das coisas, que devem ser obedecidos, não em razão da coação humana, mas em virtude da necessidade, porque estão acima das paixões dos homens e lhes norteiam a formação moral, e assim, se desenvolveu a boa-fé, como decorrência da equidade natural. Equidade, o justo meio-termo de Aristóteles advém do Direito natural e se trata do sentir o justo inerente a todos.

Miguel Reale, por sua vez, entende boa-fé da seguinte forma:

“Uma das condições essenciais da atividade ética, nela incluída a jurídica, caracterizando-se pela sinceridade e probidade dos que dela participam, em virtude do que se pode esperar que será cumprido e pactuado sem distorções ou tergiversações, máxime se

¹⁶⁶ Enciclopédia Saraiva do Direito, coord. R. Limongi França, São Paulo: Saraiva, 1977. Vol. 11, p.485

dolosas, tendo-se sempre em vista o inadimplemento do fim visado ou declarado como tal pelas partes.”¹⁶⁷

Portanto, desta maneira, a boa-fé é uma forma de conduta, tanto quanto uma norma de comportamento.

Como uma certa crítica ao posicionamento firmado por Miguel Reale, consistente na ideia de que a boa-fé é uma norma de conduta prescrita em lei, Carnelutti¹⁶⁸ propõe uma interessante indagação sobre a eficácia das leis, com base no direito penal, no sentido de que, segundo o autor afirma, se a finalidade das normas de direito penal é evitar um comportamento que cause danos à sociedade, na medida em que tem a intenção de coibir a prática de crimes, ainda se for considerada a existência de regra que determina que ninguém se escusa de sua responsabilidade alegando desconhecer a lei, como então se justifica essa obediência à norma se a pessoa comum é leiga em direito, se não se dá uma instrução jurídica no cotidiano? Ou, ainda, como ele próprio afirma, o conhecimento do cidadão comum não é mais do que tomar parte da cultura comum; ao contrário, haveria necessidade de que cada um de nós, em todo momento da vida, tivesse ao lado um jurista a quem pedir conselho sobre se podia ou se devia fazer algo!

Larenz, ao seu turno, entende boa-fé ao estudar o princípio para qual lhe dá suporte, como o modo de transformar o personalismo ético, que é base da capacidade do homem para a auto decisão e a responsabilidade por si próprio, com o respeito à dignidade pessoal de cada ser humano elevado à categoria de imperativo moral supremo.

Assim, segundo o autor, é o princípio da boa-fé que se fundamenta em uma convivência pacífica e próspera de pessoas em comunidade que somente é possível se houver confiança, mesmo que geral, senão comprovada, mas confirmada. Em suas palavras:

“Uma sociedade na qual cada um desconfiasse do outro se assemelharia a um estado de guerra latente entre todos, e em lugar da paz dominaria a discórdia. Ali onde se perdeu a confiança, a comunicação humana está perturbada em seu mais profundo.”¹⁶⁹

A seu turno, Goffredo Telles Junior, assevera que o direito é obedecido por uma imposição racional nas pessoas, seguido voluntariamente, visto que não

¹⁶⁷ REALE, Miguel, *História do novo código civil*, São Paulo, RT, 2005. p.241

¹⁶⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*, trad. Ricardo Rodrigues Gama, 3º ed., Campinas: Russell, 2006, p. 12.

¹⁶⁹ LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, trad. José Lamego, 4ª. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 58-59.

poderíamos viver em sociedade se cada um fizesse o que bem entendesse, pois a vida em sociedade se tornaria intolerável, para não se dizer brutal¹⁷⁰. Entretanto, a dita adesão voluntária se dá pelo receio das consequências impostas pela norma jurídica, pois, conhecendo-se qual pode ser a reação do lesado, protegido pela norma, evita-se a prática de um determinado ato.

O direito tem uma função organizadora, além de possuir em sua fonte leis morais surgidas em determinada sociedade, não sendo possível a existência do grupo sem que haja aderência a uma moral¹⁷¹, concluindo-se o que diz Reale:

“Realizar o Direito é, pois, realizar os valores de convivência, não deste ou daquele indivíduo, não deste ou daquele grupo, mas da comunidade concebida de maneira concreta, ou seja, como uma unidade de ordem que possui valor próprio, sem ofensa ou esquecimento dos valores peculiares às formas de vida dos indivíduos e dos grupos.”¹⁷²

Partindo-se desse ponto de vista, é como fazer parte da cultura, qualquer um com grau normal de desenvolvimento mental saberá discernir sobre o certo e o errado, até porque desde criança se aprende normas de conduta.¹⁷³

Desde o nascimento se sabe que algo é bom e outra atitude deve ser evitada, sendo cada um de nós apresentados às regras de civilidade desde que nascemos e assim caminhamos até o fim de nossa existência, poder-se-ia dizer que é um processo sem fim, quase como uma “tábula rasa” que vai sendo preenchida com os valores que a sociedade elegeu como importantes para o bom convívio.

¹⁷⁰ Isto porque, conforme bem aponta Kline, discursando sobre a teoria Freudiana: O homem tem dois impulsos principais: sexualidade e agressão, juntos com motivos determinados pelo meio ambiente, tais como os conflitos de Édipo e de castração, que exigem expressão. Uma vez que estes operam um sistema de energia fechado, a expressão é vital. Através da mediação do ego em defesas bem e malsucedidas a expressão direta e indireta, na forma de sintomas neuróticos e atos simbólicos, é conseguida. Este modelo de homem necessita de um alto grau de controle na sociedade e saídas institucionalizadas para os impulsos. Sem esses, de acordo com o modelo freudiano, viveríamos de forma arriscada (KLINE, Paul. *Psicologia e Teoria Freudiana*. Rio de Janeiro:Imago, 1988. p.143)

¹⁷¹ Como bem aponta Michel Villey: “A vida em comum seria insustentável num lugar em que se roubasse, em que ninguém ousasse deixar o carro estacionado, nem a pá e picareta no local de trabalho, em que não se pudesse confiar em nenhuma promessa. Nenhum grupo de homens poderia sobreviver a longo prazo sem adesão a uma moral.”(VILLEY, Michel. *Filosofia do direito . definições e fins do direito. Os meios do direito*, trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar, São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 60)

¹⁷² REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986. p. 701

¹⁷³ Como bem pondera o professor de Filosofia da USP, Luiz Felipe Pondé, quando da análise da Natureza Humana em Hobbes e Rousseau: “Para Hobbes, a natureza humana é egoísta, amedrontada e traiçoeira. Por isso ele dizia que o homem é mau, e a sociedade o faz menos mau. Já Para Rousseau, o homem nasce bom e a sociedade é que o estraga. Daí ele propor que devemos fazer uma sociedade em que os pobres mandem, porque eles tiveram menos sucesso com a sociedade corrompida existente. A chave de análise de Rousseau está na suposição de que nossa natureza ‘pura’ só deseja o que é necessário. Os ricos puderam desejar além do necessário, e foram corrompidos por eles, os pobres não”.(PONDÉ, Luiz Felipe. *O Homem Insuficiente*. São Paulo:EDUSP, 2001. p. 71)

Neste sentido, podemos dizer que a família¹⁷⁴ é a primeira a exercer esse papel de ensinamento, mas ela própria foi moldada pela cultura em que foi formada e assim se vai transmitindo, de geração em geração, aquilo que se julgou relevante, porém com as fortes influências da evolução dos conceitos.

É assim com o conceito de boa-fé, o viver e agir honestamente¹⁷⁵.

Assim sendo, pode em um primeiro momento decorrer desta narrativa a ideia de que a boa-fé foi imposta à sociedade em razão de sua recepção pelo ordenamento positivo, mas esta ideia não é a correta, pois ao contrário do que pode ter restado transparecido, a sociedade a impôs a boa-fé como valor fundamental de sua existência e harmonia, sem a qual não seria possível a simples convivência cotidiana.

Nas sempre precisas palavras de Miguel Reale:

“O Direito é uma projeção do espírito, assim como é momento de vida espiritual toda experiência ética. Mas é, propriamente, o espírito como intersubjetividade objetiva, visto como ordena o ego e o alter na realidade integrante do nós. Na comunidade juridicamente ordenada os indivíduos não se dissolvem, nem se desintegram, porque é próprio do Direito, dado o seu caráter essencial de atributividade, tanto mas estabelecer nexos de cooperação, de interdependência e de complementariedade, quanto mais discrimina esferas autônomas de agir (...) Realizar o Direito, é, pois, realizar os valores de convivência, não deste ou daquele indivíduo, não deste ou daquele grupo, mas da comunidade concebida de maneira

¹⁷⁴ Neste sentido caminham todos os recentes estudos do cristianismo, que indicam a família como centro formador do caráter e da fé da pessoa humana. Nas palavras do Pe. Mariano Legere: “A superação de todos os problemas da sociedade moderna - seja no nível psicológico, seja no social ou político - está condicionada, como vimos, à revitalização da sua célula básica: a família. Porém, todos os esforços e as iniciativas humanas por fazer reflorescer esta instituição serão insuficientes sem que as bênçãos e a Graça de Deus se pousem sobre ela. Daí a especial ênfase que o Encontro está pondo na importância da oração e na promoção da vida espiritual dos seus membros. Só com a ajuda de Graças intimamente ligadas ao Sacramento do Matrimônio, a família poderá cumprir sua importante missão nesta Terra e preparar para o Céu as almas daqueles que a compõem. Assim lembrou o Papa Bento XVI na clausura do V Encontro, celebrado em Valência, Espanha: “A família cristã - pai, mãe, filhos - está chamada a cumprir os objetivos assinalados não como algo imposto de fora, mas como um dom da graça do Sacramento do matrimônio infundida nos esposos. Se eles permanecerem abertos ao Espírito e pedirem a sua ajuda, Ele não deixará de lhes comunicar o amor de Deus Pai manifestado e encarnado em Cristo. A presença do Espírito ajudará os esposos a não perder de vista a fonte e medida do seu amor e entrega, e a colaborar com Ele para o refletir e encarnar em todas as dimensões da sua vida. Desta forma, o Espírito suscitará neles o anseio do encontro definitivo com Cristo na casa de seu Pai e nosso Pai.”(LEGERE, Mariano Antonio. *A família, formadora nos valores humanos e Cristãos*. Disponível em: <http://www.amrc.org.br/leaf/5420/A-familia-formadora-nos-valores-humanos-e-cristaos.html>, acesso em 25/09/2012.). Mas vale ressaltar que esta ideia não é nova, pois desde 1964, com a publicação do livro *Conjoint Family therapy*, a psicóloga americana Virginia Satir já afirmava que a família é a “fábrica” onde as pessoas são feitas, e que “curando a família se curaria o mundo”(c.f. SATIR, Virginia. *Terapia do Grupo Familiar*, São Paulo:Francisco Alves. 1974)

¹⁷⁵ Aqui, vale lembrar o que já afirmava o Direito Romano, que apresentava o princípio da honestidade como preceito fundamental de todo o Direito, registrando nas *Institutas do Imperador Justiniano*, no Livro I, Título I, §3º: “Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não causar dano a outrem, dar a cada um o que é seu”.(cf. Cf. JUSTINIANUS, Flavius Petrus. *Institutas do Imperador Justiniano*. CRETELLA JUNIOR, José e CRETELLA, Agnes (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.22.)

concreta, ou seja, como uma unidade de ordem que possui valor próprio, sem ofensa ou esquecimento dos valores peculiares às formas de vida dos indivíduos e dos grupos.”¹⁷⁶

Desta maneira, o agir de boa-fé é um valor elevado da sociedade, motivo pelo qual ela sempre se presume e está presente, mesmo que não haja regra escrita que lhe imponha algo que lhe é inerente. Pensamento contrário a este, determinaria a existência de uma não sociedade, ou seja, de um verdadeiro caos¹⁷⁷, sobretudo porque o direito é uma necessidade de coesão da sociedade, de regulação e “convivência” pacífica e ordenada.

Desta maneira, fica claro que na evolução humana foi possível compreender que o agir honestamente era mais adequado a ponto de garantir a sobrevivência individual e do grupo.

Trilhando nesta mesma linha conclusiva, Steven Pinker afirma que:

“As pessoas fazem mais por seus semelhantes do que retribuir favores e punir trapaceiros. Freqüentemente têm atos de generosidade sem a menor esperança de retribuição, desde deixar uma gorjeta em um restaurante aonde nunca mais irão a atirar-se sobre uma granada para salvar seus irmãos de armas. Trivers, juntamente com os economistas Robert Frank e Jack Hirshleifer, mostrou que a magnanidade pura pode evoluir em um meio de pessoas que buscam distinguir os amigos das horas boas dos aliados leais. Sinais de lealdade e generosidade sinceras servem como garantia das promessas do indivíduo, reduzindo a preocupação do companheiro quanto à possibilidade de vir a ser logrado. O melhor modo de convencer um cético de que se é digno de confiança e generoso é ser digno de confiança e generoso.”¹⁷⁸

Neste mesmo sentido e entendimento, Villaça Azevedo afirma que a boa-fé é um estado de espírito e essência do entendimento dos seres humanos, o que faz crer que boa-fé nada mais é do que confiança e essa, por sua vez, é sinônimo de todo o ordenamento, enquanto organização que visa assegurar um controle efetivo da sociedade, razão pela qual se desenvolvem as relações jurídicas.¹⁷⁹

Resta claro, assim, que a boa-fé está presente no ordenamento jurídico sendo um de seus pilares. Logo, não há como se afastar o entendimento predominante em doutrina de que a boa-fé é um princípio jurídico, quer seja pela sua densidade axiológica, quer seja pelo seu próprio conteúdo que nos remete diretamente as bases estruturantes do sistema jurídico, tanto da atualidade quanto

¹⁷⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. p.700

¹⁷⁷ Neste sentido, AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Aspectos controvertidos do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 34: afirma que o princípio da boa-fé traz para a ordem jurídica um elemento de Direito Natural, que passa a integrar a norma de direito.

¹⁷⁸ PINKER, Steven, *Tábula rasa. a negação contemporânea da natureza humana*, trad. Laura Teixeira Motta, São Paulo: Cia das Letras, 2004. p.354

¹⁷⁹ AZEVEDO, Alvaro Villaça. *Op. Cit.* p.34

da antiguidade, como foi bem demonstrado quando do estudo das raízes históricas da boa-fé no capítulo antecedente.

Por fim, cumpre deixar claro que para falarmos de princípio da boa-fé, estaremos diante, adotada a teoria dicotômica, da boa-fé objetiva, posto que a boa-fé subjetiva, está intimamente ligada a vontade, de cunho íntimo, do sujeito no momento da realização do ato, em termo de direito penal, poderíamos apontar como o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de produzir um determinado resultado.

Por sua vez, a boa-fé objetiva, que pode ser considerada um princípio jurídico, como já por vezes apontado, é uma norma de conduta que impõe e proíbe condutas além, é claro, de criar situações jurídicas ativas e passivas, sendo assim, como o próprio nome já indica, objetivo e passível de ser considerado um princípio, uma vez que determina condutas objetivas, ou objetivamente consideradas, independentemente da intenção (tida por subjetiva) do sujeito, sem desconsiderar, por óbvio, os efeitos subjetivos gerados naquele que tem a justa expectativa.¹⁸⁰

2.2.1 - Funções da boa-fé objetiva

Como restou justificado, a boa-fé objetiva se relaciona diretamente com a honestidade, lealdade e probidade com a qual a pessoa condiciona o seu comportamento.

Assim a boa-fé pode ser considerada com uma verdadeira regra ética, um dever de guardar fidelidade à palavra dada ou ao comportamento praticado, na ideia de não fraudar, frustrar ou abusar da confiança alheia.

Ocorre que, como os princípios de uma maneira geral¹⁸¹, a boa-fé objetiva possui funções que decorrem inegavelmente de sua adequação e valoração intrínseca necessária a sua efetividade dentro do sistema, sistema este aberto¹⁸².

A doutrina brasileira, de maneira quase uníssona, costuma afirmar que o princípio da boa-fé objetiva possui basicamente três funções ou finalidades, que podem ser identificadas dentro das regras de direito civil, dispostas na lei 10.406 de 2002, quais sejam: interpretativa (consoante o disposto no artigo 113 do Código

¹⁸⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 171, p.35, 05/2009

¹⁸¹ Vide item 2.1.3, supra.

¹⁸² Para se evitar uma redundância de argumentos, recomendamos a leitura dos itens 3.1 e 2.1.1, infra e supra respectivamente.

Civil), integrativa (artigo 422 do Código Civil) e controladora ou limitadora (consoante o disposto no artigo 187 do Código Civil).¹⁸³

Vale ressaltar que o pensamento realizado e propugnado pela doutrina nacional da atualidade, em síntese, remonta as ideias da doutrina Alemã, com quase um século de diferença, ou melhor atraso, uma vez que as funções da boa-fé já são discutidas e comentadas desde 1904, no direito Alemão, como visto no primeiro capítulo da presente.

Por uma questão metodológica, para melhor compreensão da matéria, passaremos a dividir, por tópicos, cada uma das funções da boa-fé objetiva.

2.2.1.1 - Da função interpretativa ou hermenêutica da boa-fé objetiva

A função interpretativa da boa-fé está disposta, segundo a doutrina nacional, no artigo 113 do Código Civil, assim redigido: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

É certo que toda a aplicação do direito exige um trabalho de interpretação. Interpretar significa extrair a intenção, explicar, explanar ou aclarar o sentido.

Nas palavras de Plácido e Silva:

“Do latim *interpretativo*, do verbo *interpretare* (explicar, traduzir, comentar, esclarecer), é compreendido, na acepção jurídica como a tradução do sentido ou do pensamento, que está contido na lei, na decisão, no ato ou no contrato. Neste conceito, a interpretação vem, em realidade, sondando a intenção ali contida, fixar a inteligência verdadeira do que se interpreta para que assim se possa cumprir o pensamento do elaborador. Mas, tendente a esclarecer ou explicar, por outras palavras, o exato sentido contido em um escrito, não deve a interpretação ir além da intenção presumidamente ali objetivada. Nesta razão, deve a interpretação esclarece-la ou traduzi-la, mais para valida-la que para a anular.”¹⁸⁴

É igualmente certo que a questão de interpretação das leis ganha relevo com a edição do novo diploma civil, inserido no contexto do ordenamento jurídico aberto.

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

¹⁸³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado...* cit., p. 427. Classificação semelhante é adotada por Mário Júlio de Almeida Costa (*Direito das obrigações*, p. 87), para quem: “O ordenamento jurídico acolhe a boa-fé sob diferentes ângulos e atribui-lhe efeitos diversos. Merecem destaque os seguintes: causa de exclusão da culpa num acto formalmente ilícito, determinando a atenuação ou exoneração da sanção; causa ou fonte de deveres especiais de conduta, exigíveis em cada caso, de acordo com a natureza da relação jurídica e com a finalidade visada pelas partes; causa de limitação do exercício de um direito subjectivo ou de qualquer outro poder jurídico”

¹⁸⁴ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Vol. II, Rio de Janeiro:Forense, 1978. p. 852-853

Assim procedendo, interpretar a lei ou o contrato de acordo com os ditames da boa-fé objetiva será sempre adequá-los às regras éticas, conforme bem aponta José Fernando Simão, ao afirmar que:

“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.”¹⁸⁵

Considera-se que através desta função da boa-fé se pode determinar o sentido das estipulações contidas em um determinado negócio jurídico celebrado, permitindo-se até mesmo, em caso de litígio, 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 pode preservar a finalidade econômica-social de toda e qualquer relação jurídica, assim como a tão estimada estabilidade.

Segundo nos informa Flávio Alves, 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.¹⁸⁶

Neste mesmo sentido Sônia Regina Negrão e Angélica Bezerra Manzano Guimarães, afirmam que:

“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 de sentença determinativa de equilíbrio que se consubstancia na função de sentença determinativa por parte do Estado juiz como meio de prestar equilíbrio nos sinalagmas.”¹⁸⁷

Com a utilização da interpretação conforme a boa-fé, o juiz não permite que o contrato ou a lei atinja finalidade oposta ao que seria lícito esperar – espelha-se, mais uma vez, a confiança inerente à boa-fé objetiva.

¹⁸⁵ 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>. Acesso em: 15/06/2012.

¹⁸⁶ MARTINS, Flávio Alves. *Boa-fé e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000. p.58

¹⁸⁷ 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. p. 85

Desta maneira, fica claro que o artigo 113 do Código Civil, ao afirmar que os negócios jurídicos devem ser interpretados em conformidade à boa-fé, assim como os usos e costumes do lugar de sua celebração, sobressalta a função interpretativa deste primoroso princípio, na medida em que o determina como norma de interpretação.

Já para Nelson Rosenvald, que entende a boa-fé como cláusula geral¹⁸⁸, o artigo 113 do Código Civil remete o magistrado a um espectro amplo, o que possibilita uma interpretação hermenêutica, conforme o caso concreto, e uma integração da relação jurídica com os deveres anexos da boa-fé.

Nas palavras do eminente jurista:

“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 será facultado estender a proteção a ponto de integrar o negócio jurídico por deveres anexos (artigo 422 do CC) ou limitar o exercício dos direitos subjetivos (artigo 187 do CC).”

E arremata, afirmando:

“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 interprete definiria uma normativa de comportamento leal, conforme a diligência ordinária para aquele tipo de contrato, de acordo com o padrão social das partes envolvidas.”

Neste mesmo sentido, ensina Judith Martins-Costa:

“(...) a boa-fé objetiva é mais do que o apelo à ética, é noção técnico-operativa, que se especifica no campo de função ora examinado, como o dever do juiz de tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança incumbente às partes contratantes, por forma a não permitir que o contrato atinja finalidade oposta ou divergente daquela para a qual foi criado.”¹⁸⁹

¹⁸⁸ Neste sentido vale ressaltar o já mencionado entendimento de Judith Martins Costa, para qual a boa-fé objetiva constitui uma norma proteiforme, que convive com um sistema necessariamente aberto, isto é, que enseja a sua própria e permanente construção e controle (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 413). Igualmente, na mesma linha de raciocínio, Nelson Nery Junior afirma que depende do caso concreto a função que vai ser assumida pela boa-fé objetiva, que pode ser entendida como princípio geral de direito, princípio de direito privado, cláusula geral ou conceito legal indeterminado. (NERY JUNIOR, Nelson. *Contratos no Código Civil: apontamentos gerais*. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos et al. (orgs.). *O novo Código Civil : homenagem ao Professor Miguel Reale*, p. 449)

¹⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 437

Sendo assim, na interpretação dos contratos, o juiz deve verificar quais foram as verdadeiras intenções das partes na sua celebração, de forma a explicitar direitos e deveres que, embora não escritos, decorrem do acordo firmado.¹⁹⁰

Como bem aponta Couto e Silva:

“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 à 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.”¹⁹¹

Diante disto, pode-se afirmar que o juiz irá, por meio do princípio da boa-fé, “moldar” a solução para o caso concreto, pois a boa-fé nos moldes do artigo 113 do Código Civil é apenas uma moldura que será preenchida pelo magistrado de acordo com a natureza do caso em litígio. Logo, é claro que ficará delegado à jurisprudência a responsabilidade de, a partir da cláusula geral (forma pela qual o princípio está positivado na lei substancial civil), criar as soluções para os diversos tipos de casos.

Nesse sentido, defendeu Marcelo de Nardi, Juiz Federal no Rio Grande do Sul, na justificativa do enunciado por ele proposto na I Jornada de Direito Civil no STJ:

“Para atingir tal mister, seguindo a tradição romano-germânica de lei escrita, é inevitável superar a técnica legislativa utilizada na pandectística, pela qual o legislador prevê determinados fatos e imputa à sua concreção certas conseqüências jurídicas, em operação subsuntiva direta. A subsunção cede passo à ponderação, cometendo-se ao juiz a competência, o mandato, o poder de deliberar no caso concreto se as exigências do padrão socialmente aceito estão atendidas, produzindo solução individualista não diretamente prevista pelo legislador. Desaparece o maniqueísmo pressuposto do 'incide' ou 'não incide', para abrir-se o sistema às minúcias do caso concreto através das cláusulas gerais.”¹⁹²

Indiferentes à ampliação do poder criativo do juiz proporcionado pela boa-fé objetiva, os opositores do sistema de cláusulas gerais costumam apontar essa

¹⁹⁰ Karina Nunes Fritz adverte que o uso da boa-fé como instrumento de interpretação acaba por potencializar também uma função corretiva, inserindo no negócio jurídico direitos e deveres não decorrentes diretamente nem da lei, nem da vontade das partes. (Cf. FRITZ, Karina Nunes. A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã. *Revista de Direito Privado* 29/216).

¹⁹¹ COUTO E SILVA, O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.p. 42.

¹⁹² O trecho citado foi extraído da justificativa apresentada por Marcelo de Nardi para o Enunciado ao art. 422 do CC/2002, proposto por ele na I Jornada de Direito Civil do STJ. O enunciado proposto foi aprovado, sendo o seguinte o seu conteúdo: "Enunciado 26: A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes". Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>, acesso em 16.10.2012.

liberdade conferida aos magistrados como perigosa tendência à arbitrariedade e ao subjetivismo judiciais, um vez que permitiria o ingresso de ideologia do magistrado, no ato decisório.¹⁹³

Contudo, a crítica não se mostra correta, pois se de um lado o sistema confere certa liberdade ao juiz para verificar qual a melhor solução ao caso concreto, de outro, o magistrado está limitado pelas próprias balizas legais, devendo decidir sempre de acordo com a prudência, o bom senso e o que seja socialmente aceito e considerado razoável.¹⁹⁴

Isto porque, não se pode negar o entendimento de que a Constituição é a referência que o legislador deu ao magistrado para amparar as suas interpretações e a aplicação que ele faz da lei. Até porque o risco de infiltração de ideologia na sentença judicial existe sempre, seja em um sistema de direito civil fechado, seja em um sistema que contém princípios positivados por meio de cláusulas gerais.

Em qualquer sistema há espaço para que o juiz exercite suas preferências ideológicas, o que poderá ser feito pela interpretação de um dispositivo, pela preferência da aplicação de um artigo em vez de outro ou até mesmo pela interpretação do conjunto de provas trazido aos autos. Além disso, a infiltração da ideologia no mundo do direito ocorre sempre, mesmo no sistema fechado, no momento de confecção das leis, em que grupos distintos na sociedade travam disputas e negociações para fazer prevalecer seus interesses.⁴⁹

O controle da atividade judicial, portanto, depende mais da existência de uma estrutura institucional sólida, formada por pessoas comprometidas com o cumprimento da Constituição, do que do uso de um sistema de direito civil fechado, que pretenda cumprir a impossível tarefa de prever minuciosamente soluções para todas as hipóteses de ocorrência.

¹⁹³ Neste sentido, Mario Júlio de Almeida Costa relata que: "as cláusulas gerais não têm concitado apenas aplausos, mas também críticas agudas. Estas referem-se à insegurança jurídica e ao arbítrio do julgador, mercê do subjetivismo que se considera inerente às cláusulas gerais. Desenvolveu-se uma extensa controvérsia sobre o tema, principalmente, a partir do momento que Hedemann começou a referir-se a uma 'fuga (do legislador) para as cláusulas gerais' (*Die Flucht in die Generalklauseln* - 1933)"(c.f. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1979. p.93)

¹⁹⁴ Neste sentido, como bem aponta Rosa Maria de Andrade Nery: "Corre-se o risco de haver infiltração de ideologia do juiz nas decisões em que a interpretação da lei se subordina a princípios, mas isso encontra controle e limite nas pretensões ideais buscadas pela consciência civil e política, por meio do que se realiza a ligação dos princípios constitucionais com as cláusulas gerais." (c.f. NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema de direito privado. *RDPriv* 17/65-70. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar 2004.)

Confirmando e corroborando ao acima disposto, Paulo Luiz Netto Lôbo adiciona:

"O juízo de equidade conduz o juiz às proximidades do legislador, porém limitado à decidibilidade do conflito determinado, na busca do equilíbrio dos poderes privados. Apesar de trabalhar com critérios objetivos, com standarts valorativos, a equidade é entendida no referido sentido aristotélico da justiça do caso concreto. O juiz deve partir de critérios definidos referenciáveis em abstrato, socialmente típicos, conformando-os à situação concreta, mas não os podendo substituir por juízos subjetivos de valor."¹⁹⁵

Desta maneira, não se pode negar que assiste razão ao citado jurista, pois a lei não autoriza que o juiz interprete arbitrariamente o contrato, mas que, dentro das balizas legais, encontre a melhor solução para o caso.

A função hermenêutica da boa-fé vem sendo largamente utilizada pela Jurisprudência nacional, se constituindo em um importante instrumento à disponibilidade do magistrado, que o permite "criar" a solução do caso concreto, corrigindo eventuais desequilíbrios da relação obrigacional.¹⁹⁶

Ante o exposto, resta claro que todos os negócios jurídicos devem ser interpretados no sentido de buscar a ética, garantir a paz social, de acordo com a noção de sociabilidade sempre constante. Desta maneira, neste ponto, a boa-fé não será vista como um imperativo ético abstrato, mas sim como condição do comportamento humano e da hermenêutica jurídica.

2.2.1.2. Da função integrativa (criadora) da boa-fé objetiva

¹⁹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 94-95.

¹⁹⁶ Nesse sentido, vale conferir, como exemplos, a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça, publicada no Informativo de Jurisprudência nº 469, que compreende o período de 11 a 15 de abril de 2011, proferido pela Segunda Seção:
"SEGURO. VIDA. SUICÍDIO. Trata-se, no caso, de saber se, nos contratos de seguro de vida, o suicídio do segurado de forma objetiva, isto é, premeditado ou não, desobriga as seguradoras do pagamento da indenização securitária contratada diante do que dispõe o art. 798 do CC/2002. A Seção, por maioria, entendeu que o fato de o suicídio ter ocorrido no período inicial de dois anos de vigência do contrato de seguro, por si só, não exime a companhia seguradora do dever de indenizar. Para que ela não seja responsável por tal indenização, é necessário que comprove inequivocamente a premeditação do segurado. Consignou-se que o art. 798 do CC/2002 não vai de encontro às Súmulas ns. 105-STF e 61-STJ, mas as complementa, fixando um período de carência no qual, em caso de premeditação, a cláusula de não indenizar é válida. Registrou-se, contudo, que, segundo os princípios norteadores do novo Código Civil, o que se presume é a boa-fé, devendo a má-fé ser sempre comprovada. Assim, o referido art. 798 da lei subjetiva civil vigente deve ser interpretado em conjunto com os arts. 113 e 422 do mesmo diploma legal, ou seja, se alguém contrata um seguro de vida e, depois, comete suicídio, não se revela razoável, dentro de uma interpretação lógico-sistemática do diploma civil, que a lei estabeleça uma presunção absoluta para beneficiar as seguradoras. Ressaltou-se, por fim, que o próprio tribunal a quo, expressamente, assentou que os elementos de convicção dos autos evidenciam que, na hipótese, o suicídio não foi premeditado. Precedente citado: REsp 1.077.342-MG, DJe 3/9/2010. AgRg no Ag 1.244.022-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 13/4/2011)"

Por outro lado, como dito anteriormente, a boa-fé possui ainda a função integrativa, prevista no artigo 422 do Código Civil, que dispõe que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Integrar consiste em completar, inteirar, integralizar, determinar de forma explícita. Integrar a lei ou um negócio jurídico é determinar de forma explícita o seu conteúdo, complementando-o de acordo com os ditames do ordenamento jurídico.

No entendimento de Flávio Alves Martins, 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.¹⁹⁷

Neste sentido, quanto à função integrativa da boa-fé, pode-se dizer que há uma atuação da boa-fé como verdadeira fonte de direito, pois propiciará a criação de direitos e deveres, ditos estes como secundários, anexos ou acessórios¹⁹⁸.

¹⁹⁷ MARTINS, Flávio Alves. *Op cit.* p. 63

¹⁹⁸ É certo que a jurisprudência pátria, em atenção a doutrina nacional, vem reconhecendo a existência de tais deveres, inclusive, com a força necessária para provocar a alteração e adequação dos negócios jurídicos, a seus ditames. Neste sentido vale conferir a decisão, em sede de recurso Especial, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do REsp nº 925313 / DF, publicado em 26/03/2012, a saber: "PLANO DE SAÚDE E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO ACERCA DE VIOLAÇÃO À RESOLUÇÃO. DESCABIMENTO. RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL. CONSUMO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 30 DA LEI 9.656/98. NORMA AUTO-APLICÁVEL, QUE PRESCINDE DE REGULAMENTAÇÃO. 1. O artigo 30 da Lei 9.656/98 confere o direito, após a cessação do vínculo laboral do autor, de ser mantido nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava durante a vigência de seu contrato de trabalho, desde que assuma o pagamento integral da contribuição. 2. O autor despendia R\$ 110,75 (cento e dez reais e setenta e cinco centavos) pela assistência médico-hospitalar, e o empregador arcava com R\$ 166,13 (cento e sessenta e seis reais e treze centavos), totalizando R\$ 276,88 (duzentos e setenta e seis reais e oitenta e oito centavos). Com a mudança para outro plano, com pior cobertura, dentro do período em que o consumidor tinha direito a ser mantido no plano primevo, passou a pagar R\$ 592,92 (quinhentos e noventa e dois reais e noventa e dois centavos), não se podendo admitir que o tenha feito espontaneamente. 3. Os denominados deveres anexos, instrumentais, secundários ou acessórios revelam-se como uma das faces de atuação ou operatividade do princípio da boa-fé objetiva, sendo nítido que a recorrente faltou com aqueles deveres, notadamente os de lealdade; de não agravar, sem razoabilidade, a situação do parceiro contratual; e os de esclarecimento; informação e consideração para com os legítimos interesses do parceiro contratual. 4. Os artigos 6º, incisos III, IV, V, 46, 51, incisos I, IV, XV, parágrafos 1º e 2º do Código de Defesa do Consumidor e 16, inciso IX, da Lei 9.656/98 impõem seja reconhecido o direito de o autor permanecer no Plano em que se enquadrava, com as mesmas condições e cobertura assistencial, no período subsequente ao rompimento de seu vínculo empregatício com o Banco. 5. Todavia, como o artigo 30, § 1º, da Lei 9.656/98 impõe a manutenção do ex-empregado como beneficiário do plano de saúde, contanto que assuma o pagamento integral, pelo período máximo de 24 meses e, no caso, por força de antecipação dos efeitos da tutela, o autor permanece no denominado "Plano Associado" desde o ano de 2003, não pode ser mais imposto à ré a manutenção do recorrido naquele Plano. 6. Recurso especial parcialmente provido."

É certo que tais deveres são diretamente resultantes da confiança e da lealdade exigidas em toda e qualquer relação jurídica, e, por esta razão, não se restringem ao campo ético ou moral, inserindo-se no campo obrigacional, inter-relacional, como um todo, fonte de obrigações e de observância necessária, imprescindível ou inarredável pelas partes envolvidas.

Desta maneira, a função integrativa da boa-fé é a responsável pela imposição de deveres anexos de conduta independentemente da vontade das partes.

Neste sentido, como bem informa Judith Martins-Costa, a boa-fé quando utilizada como cânone hermenêutico integrativo possui, também, um papel metodológico, na medida em que permite a sistematização das decisões judiciais, pois substitui o chamamento de outros princípios (tais como equidade e a honestidade), demasiadamente genéricos, surgindo como resultante da exigência de encontrar uma noção operativa datada de um valor prático real.¹⁹⁹

Reafirmando o que se disse, em outras palavras, é certo que toda obrigação, qualquer que seja ela, gera deveres e direitos, que além dos deveres primários, consistentes em um fazer, não fazer e assim por diante, gera os chamados deveres secundários, que surgem independentemente da vontade das partes (sejam elas contratantes ou litigantes), resultantes da direta aplicação operativa do princípio da boa-fé.

Explicando o que se quis dizer, afirma Nelson Rosenvald que a boa-fé possui como uma de suas principais características a criação de deveres e norma de conduta, pois é a boa-fé a mais imediata expressão da confiança, verdadeiro alicerce da convivência social, se apresentando de modo multifuncional e, especificamente, como norma de conduta.²⁰⁰

Desta maneira, os deveres secundários ou anexos se caracterizariam como verdadeiros deveres de conduta, cooperação ou de proteção, dirigidos a ambos os integrantes da relação jurídica, pois irão se referir ao exato processamento da relação jurídica, com a conseqüente satisfação dos interesses globais envolvidos.

Pode-se dizer, assim, que os deveres secundários ou anexos consistiriam, na verdade, no que uma parte pode esperar da outra no transcurso de uma relação

¹⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Op.cit.* p. 78

²⁰⁰ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. 1ª Ed. São Paulo:Saraiva, 2005. p. 92

jurídica, sendo que o seu descumprimento, acarretaria o dever de indenizar pelos danos materiais ou morais sofridos, sendo a responsabilização, como é de se esperar, diretamente ligada ou resultante do princípio da boa-fé objetiva.²⁰¹

Por outro lado, para Nelson Rosenvald, 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 ultima instancia, 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 o meio para se atingir a sua função positiva, qual seja, conduzir o ‘veículo blindado’ ao seu destino [...]”²⁰²

Por todo o exposto, resta latente que a função integrativa da boa-fé determina, gera ou induz a criação de deveres anexos às relações jurídicas, que têm por objetivo a garantia do respeito à boa-fé, por meio de utilização de elementos operativos, ou seja, os vários deveres anexos apontados pela doutrina, quais sejam, lealdade, cooperação, informação, segurança, prestação de contas, dentre outros²⁰³,

²⁰¹ Vale ressaltar que, segundo Menezes Cordeiro, a boa-fé não é a fonte de tais deveres, mas sim normativizaria certos fatos que seriam a fonte. Em seus dizeres: “a fonte desses deveres não está na boa-fé. [...] A boa-fé apenas normativizaria 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 negocio. Todos eles têm em comum a verificação de um relacionar entre duas 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 deem origem.” (c.f. MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. 1ª Edição. Coimbra: Almedina, 1997, p.646)

²⁰² ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit.* p.103

²⁰³ A título de exemplo, vale conferir o rol de deveres acessórios oferecido por Judith Martins-Costa:

"Entre os deveres com tais características encontram-se exemplificativamente: (a) os deveres de cuidado, previdência e segurança, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito; (b) os deveres de aviso e esclarecimento, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seu *desideratum*, o do consultor financeiro, de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou o do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda na fase pré-contratual, o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial; (c) os deveres de informação, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (arts. 12, 14, 18, 20, 30 e 31 do CDC, entre outros), seja em atenção aos mandamentos da boa-fé objetiva; (d) o dever de prestar contas, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; (e) os deveres de colaboração e cooperação, como o de colaborar para o correto inadimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de

são em verdade facetas da boa-fé, que tem na diferença da definição de tais deveres, seu elemento de operatividade e obrigatoriedade no sistema.

Logo, conferindo-se a operatividade à boa-fé, por meio dos deveres anexos, estaremos conferindo a atividade ao desrespeito à boa-fé objetiva (efeito ativo da boa-fé objetiva).

Vale ressaltar, por fim, que os deveres anexos, gerados pela função integrativa da boa-fé, na doutrina civil pátria, já encontram respaldo dentro da doutrina processualista nacional, mas sob outras denominações, pois a doutrina processual civil refere-se aos deveres anexos como verdadeiros princípios do direito processual, o que torna o estudo um pouco confuso neste ponto.

Desta maneira, visando satisfazer os objetivos da presente dissertação, deixaremos de realizar estudo pormenorizado dos deveres anexos, pois há uma verdadeira explosão de tais deveres na doutrina, não havendo um consenso preciso de quais são, pois há um elenco que varia de acordo com cada doutrinador. Entretanto de uma maneira geral, perfunctória, podemos indicar o reconhecimento de três deveres básicos, que são a proteção, a informação e a cooperação.

De maneira sucinta, podemos indicar que o dever de proteção, também chamado de dever de cuidado, visam a preservar a partes de danos à sua integridade pessoal, moral e patrimonial.

Os deveres de cuidado e de proteção podem ser exemplificados como a obrigação do transportador de zelar para que nenhum dano sobrevenha à bagagem ou às pessoas transportadas, executando o serviço com as devidas condições de segurança.

Exige-se também que o credor efetue a cobrança da forma menos gravosa ou lesiva possível, evitando constrangimentos desnecessários. Da mesma forma, deve o credor zelar pela pronta retirada do nome do devedor do cadastro de inadimplentes, assim que quitada a dívida que deu ensejo à inscrição.

Por sua vez, o dever de informação implica o reconhecimento da veracidade das afirmações, da necessidade de transparência. Assim sendo, a informação visa a

não dificultar o pagamento, por parte do devedor; (f) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte, como, v.g., o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; (g) os deveres de omissão e de segredo, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares, pagamento por parte do devedor etc.” (MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* p.439)

assegurar a transparência da relação, para a obtenção de um consentimento refletido e consciente.

Por fim, o dever de cooperação se interrelaciona com a ideia de lealdade, ou seja, um agir leal, pois cooperar significa ajudar a outra parte a atingir um determinado fim, de forma a não obstaculizar ou apresentar embaraços.

De uma maneira geral e nem um pouco exauriente do tema, o que se quer dizer e demonstrar é que os deveres anexos representam à operatividade da boa-fé, ou o reconhecimento de aplicação a uma determinada hipótese do princípio da boa-fé.

2.2.1.3 - Da função controladora, reativa ou limitadora da boa-fé objetiva

Por fim, como princípio que é, a boa-fé objetiva ainda possui a função denominada de limitadora, controladora ou reativa.

No emprego ordinário a palavra controlar significa manter o controle, o domínio, fiscalizar, delimitar.²⁰⁴

Por meio da função controladora da boa-fé objetiva se exerce a finalidade de controle ou limitação ao exercício de um mais direitos subjetivos. A origem dessa função da boa-fé, como modalidade de limite ou controle ao abuso do direito²⁰⁵, teria se dado na França, no início do século XIX, com a teoria do abuso do direito, logo após a promulgação do Código Napoleônico. Porém, somente teria sido o Código Civil Suíço de 1907, o pioneiro na consagração do abuso de direito ligado à boa-fé objetiva, hoje já facilmente encontrado nas legislações de diversos países, tais como Alemanha, Argentina, Polônia, Itália, Bolívia, entre outros.²⁰⁶

²⁰⁴ Dicionário Houaiss.

²⁰⁵ No Vocabulaire juridique de Gérard Cornu:4 abuso, em linguagem jurídica, é o "uso excessivo de uma prerrogativa jurídica" ("usage excessive d'une prerogative juridique"). Planiol vê contradição na expressão abuso do direito, o que é uma logomaquia, pois, diz ele "se eu uso meu direito, meu ato é lícito; e é ilícito quando eu desrespeito meu direito e, portanto, estou agindo sem direito ou 'injuria', como dizia a Lex Aquilia".5 A expressão "abuso do direito", como relata Menezes Cordeiro, deve-se ao belga Laurent, mas serviu para nominar situações jurídicas ocorridas na França, nas quais os tribunais, apesar de reconhecerem o direito do réu, condenavam-no por irregularidades no exercício do direito.(Cornu, Gerard. Vocabulaire juridique. 8. ed. Paris: Ed. Quadriga/PUF, 2007)

²⁰⁶ Como bem aponta Luiz O. andorno: "La mayor parte de los autores están contestes en señalar que el Landrecht Prusiano de 1794, citado por Vélez Sársfield en la nota al art. 1.071, de nuestro Código Civil, constituye el primer cuerpo que consagro de una manera genérica el abuso del derecho. [...]Por su parte el Código Civil alemán de 1909, consagra expresamente el principio al disponer en su art. 226 que: "El ejercicio de un derecho es inadmisibile cuando solo puede tener por fin causar daño a otro". Tal norma debe ser coordinada con el parágrafo 825 del B.G.B. que dispone que "el que de un modo contrario a las buenas costumbres causa intencionalmente perjuicio a otra persona estará obligado a su reparación", acogíendose así una fórmula en la que el abuso del derecho aparece como un acto prohibido, contrario al derecho objetivo (Lehmann, Tratado, Parte General, I, p. 159, cit., por Jorge Carranza, Abuso del derecho, J. A., 1969-III, sec. prov., p. 674). También merece citarse en

Aponta Flávio Alves Martins que com base nesta função, o exercício dos direitos e deveres, que antes se recorria à assertiva de “tudo o que não está proibido está permitido” e que, portanto, toda conduta 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.

De certa maneira, esta função da boa-fé seria uma complementação à função integrativa, vista anteriormente, pois quando da criação de deveres anexos pode se ter, como uma consequência lógica, a limitação ou restrição de seus respectivos direitos. Neste sentir, ensina Judith Martins-Costa que:

“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.”²⁰⁷

esta comente al Código Civil Suizo, cuando en el art. 2, regla II de su Título Preliminar dispone que: “Cada uno está obligado a ejercer sus derechos y ejecutar sus obligaciones según las reglas de la buena fe”. “El abuso manifiesto de un derecho no es protegido por la ley”. Se trata de un principio general que otorga un amplio margen de apreciación al órgano jurisdiccional llamado a decidir si en un caso particular ha existido violación a la regla moral o desviación de las finalidades perseguidas por la ley. Por su lado el art. 135 del Código Civil de las Obligaciones de Polonia, prescribe que: “El que en ejercicio de su derecho., con intención o por negligencia, ocasiona daño a otro, que excede de los límites fijados por la buena fe o por el fin para el cual ese derecho le ha sido conferido, está obligado a repararlo”. Conforme es dable inferir de su texto, este cuerpo legal adopta un criterio finalista en cuanto exige que el acto debe exceder los límites fijados por la buena fe o el derecho. Pero al mismo tiempo es menester la existencia del elemento intencional de causar perjuicio a otro. El moderno Código Civil italiano de 1942 prescribe en su art. 833 que: “El propietario no puede ejecutar actos que no tengan otro fin que el dañar o acarrear molestias a otros”. Se trata de una disposición que veda la realización de actos emulativos en el campo del derecho de propiedad. No obstante, la doctrina y jurisprudencia italianas extendieron la aplicación del principio a otras instituciones toda vez que la estimativa del ejercicio abusivo de los derechos abarca un espectro muy amplio. Todo derecho susceptible de ser “usado”, es pasible de “abuso”. Como lo pone de relieve Spota, tal precepto, del Código Civil italiano, unido a otras normas del mismo cuerpo legal, permite inferir que el mismo acogió el principio “del abuso del derecho, tanto en su forma diminuta del acto de emulación, como en su forma amplia del acto incompatible con los fines sociales y económicos del derecho” (Tratado, t. I, Parte General, vol 2, p. 530, 1967). Encontramos asimismo normas consagradorias de la institución que estamos estudiando en los Códigos de Chile (arts. 945 y 2.110); Uruguay (art. 1.321); Méjico (art. 840) y Venezuela (art. 1.185).[...]Por su parte el nuevo Código Civil de Bolivia, vigente desde el 2 de abril de 1976 prescribe en su art. 107 que: “El propietario no puede realizar actos con el único propósito de perjudicar o de ocasionar molestias a otros, y, en general, no le será permitido ejercer, su derecho en forma contraria al fin económico o social en vista al cual se le ha conferido el derecho”. Conforme hemos tenido oportunidad de manifestado en oportunidad de la mesa redonda auspiciada por la filial Rosario de la Asociación Argentina de Derecho Comparado que se ocupó de dicho cuerpo legal; el mencionado artículo transcrito precedentemente constituye una disposición novedosa en relación al anterior Código y marca la orientación funcional perseguida por los autores del mismo, aún cuando haya de lamentarse el hecho de limitar la institución solamente al derecho de propiedad (El nuevo Código Civil de Bolivia, por María Antonia Leofanti, Luis Alberto Ramunno, Carlos M. Aletta de Sylvas, Luis O. Andorno y Ornar U. Barbero, ZEUS, t. 13, D-7).[...] (c.f. ANDORNO, Luis O. Abuso Del derecho. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. vol. 4, Out / 2010. p. 747)

²⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* p. 454

Entretanto, apesar de aparentemente complementar, a função limitadora da boa-fé possui escopo e definição próprias, pois visa, principalmente, um atuar reativo da boa-fé, na medida em que serve de limitadora ao exercício abusivo de direitos.

Buscando uma definição à função limitadora, pode-se afirmar que esta função pode ser definida como derogatória de posições contraditórias, por meio da imposição da boa-fé, que induz a adoção de condutas não contraditórias (ideia ligada diretamente à confiança), seja no transcurso de um processo, durante as tratativas ou na execução de um contrato.²⁰⁸

A luz da definição e do que já foi mencionado, pode-se dizer que a função limitadora da 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 (socialidade e efetividade informam esta função).

Nesta linha propõe Judith Martins-Costa que a boa-fé, vista sob esta ótica, atua como norma de inadmissibilidade do exercício de direitos que a contrariem, uma vez que é certo que quando uma das partes adota uma conduta contraditória, desrespeita o dever de agir com lealdade e correção, pois em decorrência destas (lealdade e honestidade), as partes sempre devem agir de maneira coerente.²⁰⁹

A função controladora da boa-fé está insculpida no artigo 187 do Código Civil, o qual contempla também 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.”

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

Neste entendimento, afirma Menezes Cordeiro, consoante igual disposição existente no Código Civil português que:

“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

²⁰⁸ 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.

²⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* p. 456

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 impõe, 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.”²¹⁰

Deveras, o que é importante salientar, e deixar de maneira clara, é que a função limitadora da boa-fé objetiva está na ideia da vedação do comportamento contraditório, por meio do controle do abuso no exercício de direito.²¹¹

Desta maneira, esta função da boa-fé 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.

Como bem explica Anderson Schreiber:

“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 do princípio 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 ilícito, mas vedado por contrariar a boa-fé.”²¹²

E continua o Autor:

“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.”²¹³

²¹⁰ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. 1ª Edição. Coimbra: Almedina, 1997, p.661

²¹¹ Neste sentido afirma Eduardo de Oliveira 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 descumpriu. (c.f. GOUVÊA, Eduardo de Oliveira. O princípio da boa-fé e sua repercussão nos contratos: algumas reflexões. *Revista de Direito da PGM RJ*. 2002. Vol. 3. p.47-64.)

²¹² SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.83-84

²¹³ *Idem, Ibidem*. p.84

Logo, não se pode deixar de notar que a tutela da confiança, do comportamento leal ou esperado, insere-se no campo da solidarização do direito e valoriza a dimensão social do exercício dos direitos em toda relação jurídica.

Nos dizeres de Anderson Schreiber:

“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 transito 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.”²¹⁴

Corroborando, afirma Menezes Cordeiro:

“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*.”²¹⁵

Desta maneira, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro abriga a ideia da proibição dos comportamentos contraditórios, na medida em que reconhece a função limitadora da boa-fé objetiva, tendo este, por fim, a finalidade da manutenção da coerência em todas as relações jurídicas e a efetivação dos ditames do princípio da boa-fé objetiva²¹⁶.

²¹⁴ *Idem, Ibidem*. p.88-89.

²¹⁵ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *op cit*. p.756

²¹⁶ Neste sentido, imperioso destacar as conclusões informadas por Daniel Mitidiero, acerca da vedação de comportamentos, afirma ele: “O que implica reconhecer uma série de *comportamentos* como vedados aos seus participantes. A boa-fé objetiva revela-se no comportamento merecedor de fé, que não frustre a confiança do outro. Age com comportamento adequado aquele que não abusa de suas posições jurídicas. A doutrina aponta que são manifestações da proteção à boa-fé no Direito a *exceptio doli*, o *venire contra factum proprium*, a inalegabilidade de nulidades formais, a *supsessio* e a *surrectio*, o *tu quoque* e o desequilíbrio no exercício do direito (na doutrina em geral, António Menezes Cordeiro. *Daboa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001; na doutrina brasileira, Judith Martins-Costa. *Aboa-fé no direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2000). Em todos esses casos há abuso do direito e frustração à confiança e, daí, à boa-fé como regra de conduta. A *exceptio doli* é a exceção que tem a pessoa para paralisar o comportamento de quem age dolosamente contra si. O *venire contra factum proprium* revela a proibição de comportamento contraditório. Traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Age contraditoriamente quem, dentro do mesmo processo, frustra a confiança de um de seus participantes. A inalegabilidade de vícios formais protege a boa-fé objetiva na medida em que proíbe a alegação de vícios formais por quem a eles deu causa, intencionalmente ou não, desde que por aí se possa surpreender aproveitamento indevido da situação criada com a desconstituição do ato. A *supsessio* constitui a supressão de determinada posição jurídica de alguém que, não tendo sido exercida por certo espaço de tempo, crê-se firmemente por alguém que não mais passível de

2.2.2 - Princípios decorrentes ou subprincípios da Boa-fé objetiva – crítica ao modelo atual de reconhecimento de princípios ou subprincípios no direito e, em especial no direito processual civil (pan-principiologismo²¹⁷)

Pois bem, analisado o princípio da boa-fé objetiva e discriminada as suas funções, resta-nos, agora, traçar algumas considerações acerca do que alguns denominam de subprincípios ou figuras correlatas, decorrentes ou derivadas do princípio da boa-fé objetiva.

Isto se dá porque, no estudo da doutrina processual civil pátria, encontramos diversos princípios sendo informados, apontados e discutidos. Porém, tais princípios estão intimamente ligados ou as funções da boa-fé, ou a uma de suas facetas, de forma que não há como se separar precisamente o que é um verdadeiro princípio ou o que é uma função da boa-fé, própria do direito processual, por meio do reconhecimento da aplicabilidade direta e imediata do princípio da boa-fé objetiva. Em outras palavras, não há como se entender ou mesmo visualizar de forma autônoma os diversos princípios que hoje a doutrina aponta, sem ter em mente a necessária e indiscutível origem, que é o princípio da boa-fé objetiva.

Neste diapasão, com a finalidade de explicar e ao mesmo tempo tentar dar uma coesão lógica-sistêmica, passaremos a discorrer sobre o que denominamos de subprincípios da boa-fé, realizando a cada momento sua ligação com algumas das funções da boa-fé, conforme os ditames traçados pela doutrina, para ao final, traçarmos a nossa crítica, de maneira fundada.

Inicialmente, vale mencionar que a divisão aqui proposta não encontra similitude na doutrina nacional, pois os autores consultados revelaram ou apresentaram os princípios de forma autônoma, referenciado à boa-fé somente como o cunho 'ético' ou 'valorativo' dos referidos princípios.

exercício. A *supressio* leva a *surrectio*, isto é, ao surgimento de um direito pela ocorrência da *supressio*. O *tu-quoque* traduz a proibição de determinada pessoa exercer posição jurídica oriunda de violação de norma jurídica por ela mesma patrocinada. O direito não pode surgir de uma violação ao próprio Direito ou, como diz o velho adágio do *common law*, "equity must come with clean hands". A ideia de desequilíbrio no exercício do direito revela, em seu conjunto, o despropósito entre o exercício do direito e os efeitos dele derivados. Três são as manifestações do exercício desequilibrado do direito: o exercício inútil danoso, a ideia subjacente ao brocardo *dolo agit qui petit quod statim redditurus est* e a desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem (assim, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni. Código de Processo Civil (LGL 1973\5) *comentado*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011; também, Fredie Didier Junior. Op. cit., p. 79-103)" (Cf. MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prôt-à-porter? Um convite ao diálogo para lenio streck. *Revista de Processo*, vol. 194, Abr / 2011, p. 55)

²¹⁷ Termo empregado por Lenio Luiz Streck (Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009)

Denote-se, ainda, que não há realmente qualquer diferenciação expressa entre a boa-fé e os princípios que aqui serão expostos, pois na verdade os princípios se revelam como pequenas parcelas de um todo que é a boa-fé objetiva, ou, em outras palavras, os princípios aqui ditos derivados, em verdade, são facetas de um mesmo fenômeno que é a aplicação da boa-fé no seu caráter objetivo, como norma de conduta.

Porém, a par da ausência de uma diferenciação clara e das dificuldades inerentes em se tentar conceituar princípios, podemos indicar ou apontar, na doutrina nacional, pelo menos três princípios que decorrem diretamente do reconhecimento da aplicação do princípio da boa-fé objetiva no direito processual civil, mas especificamente na relação jurídica processual.

Desta maneira, o primeiro princípio apontado pela doutrina nacional é o princípio da lealdade processual.

Neste sentido, pode-se dizer que o atual diploma processual pátrio realçou os chamados princípios éticos do processo, destacando o dever de lealdade que deve imperar entre as partes litigantes.

Pode-se dizer que o atual Código de Processo se baseou no entendimento de que, embora as partes estejam em conflito, devem atuar como colaboradores da justiça, visando à correta aplicação do direito.²¹⁸

Neste sentido, o artigo 14 do Código de Processo Civil²¹⁹ prevê, enumera ou dispõe 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. Desta maneira, 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.

²¹⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual civil brasileiro*. 8.ed. São Paulo:Saraiva, 1993. p. 106 ²¹⁹ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito. V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Assim, pode-se afirmar que 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.

Isto se dá porque, enquanto as partes propugnam à defesa de interesses privados, o Estado (juiz) busca, como escopo do exercício da jurisdição²²⁰, a pacificação social com justiça e a prevalência do império da ordem jurídica, de maneira que há uma simultaneidade entre as partes, que buscam à satisfação de seus interesses pessoais, e o Estado, que busca a correta aplicação das leis que compõe o nosso ordenamento jurídico.

Mas o que é a lealdade? Numa análise filológica, a lealdade pode ser entendida como; a) a qualidade ou procedimento de quem é leal; b) sinceridade, franqueza, honestidade.²²¹

Entretanto, sob o prisma que interessa a este estudo, a lealdade processual é voltada à análise da postura e das atividades desempenhadas pelos indivíduos que, em maior ou menor escala, tomam parte do sistema estatal de prestação jurisdicional. Assim, se é certo afirmar que o processo representa um instrumento estatal por excelência para a solução de conflitos, mais certo, ainda, é afirmar que, na defesa de seus legítimos interesses, as partes possam apresentar suas razões e se valer de todos os instrumentos legais para fazer valer seu direito em detrimento daquele sustentado pelo outro litigante. Contudo, não se pode admitir, por outro lado, que essa prerrogativa se apresente de forma absoluta, imune a qualquer tipo de limitação, em especial de ordem ética.

Dessa forma, o dever de lealdade configura, sob esta ótica, um nítido limite legal à liberdade de atuação das partes, tendo em vista a necessidade de que sejam preservadas outras liberdades e garantias do processo, para que seja assegurada a estrita observância às “regras do jogo”.

²²⁰ Interessante notar o disposto pela ilustre Brunela Vieira de Vincenzi, que afirma que a identificação dos escopos a serem atingidos pelo processo civil contemporâneo é indispensável para a definição de objetivos e para que se saiba para que se exerce a jurisdição. [...] os escopos são os fins almejados com o exercício da jurisdição pelo Estado. O processo, instrumento que é da jurisdição, deve trilhar determinado caminho com objetivo certo, com fins predeterminados, para pacificar com justiça para educar. A grade meta do processualista contemporâneo passa a ser a realização dos escopos sociais e políticos da jurisdição, utilizando-se de técnicas e institutos processuais que permitam o exercício das garantias constitucionais pelas partes. [...] a limitação ao exercício de posições jurídicas pelas partes na relação processual contribui para a concretização dos escopos da jurisdição e, também, confirma a garantia do devido processo legal, com a prestação da tutela jurisdicional de forma adequada e tempestiva.” (C.f. VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo:Atlas, 2003. p.48-49)

²²¹ Dicionário Enciclopédico Ilustrado: Veja Larousse – São Paulo:Editora Abril, 2006, p.1526

Neste sentido, afirma José Roberto dos Santos Bedaque:

“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 limite. [...] Lealdade e boa-fé representam parâmetros éticos do contraditório e da ampla defesa.”²²²

Logo, a lealdade, encarada sob a perspectiva ou à luz do princípio da boa-fé, representa um padrão ético, uma norma de conduta. Em outras palavras, a conduta das partes no processo deve ser pautada por um agir leal, na ideia de não fraudar ou abusar da confiança alheia durante a resolução do litígio.

Bem resumi Humberto Theodoro Junior, tudo o que aqui já se expos:

“Estado e partes conjugam esforços no processo para solucionar o litígio. Enquanto as partes defendem interesses privados, ou particulares, o órgão judicial procura um objetivo maior, que é o da pacificação social, mediante a justa composição do litígio e a prevalência do império da ordem jurídica. Há, por isso mesmo, relevante interesse público no processo, que não pode ser considerado como atividade privada, e que, assim, inegavelmente se filia ao direito público. O Estado e a sociedade, de maneira geral, apresentam-se profundamente empenhados em que o processo seja eficaz, reto, prestigiado, útil ao seu elevado desígnio. Daí a preocupação das leis processuais em assentar os procedimentos sob os princípios da boa fé e da lealdade das partes e do juiz. A lei, pois, não tolera a má fé e arma o juiz de poderes para atuar de ofício contra a fraude processual (art. 129). E também as partes encontram remédio contra a malícia do juiz não só nos recursos, como também nos incidentes de suspeição e impedimento (arts. 134 e ss.). A propósito do tema, lembra Echandia que “a lealdade processual é consequência da boa fé no processo e exclui a fraude processual, os recursos torcidos, a prova deformada, as imoralidades de toda ordem”. Para coibir a má fé e velar pela lealdade processual, o juiz deve agir com poderes inquisitoriais, deixando de lado o caráter dispositivo do processo civil. São atos contrários à boa fé e à lealdade processual, por exemplo, a requisição de provas inúteis ou impertinentes, a ocultação de documentos ou outras provas úteis; a alteração intencional da verdade; a dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei; a oposição de resistência injustificada ao andamento do processo; enfim, a conduta temerária nos incidentes processuais, etc. (art. 17). Para coibir tais abusos, o juiz pode agir por conta própria, independentemente de provocação da parte prejudicada. O que está em jogo, na hipótese, mais do que o interesse do litigante, é a lisura do processo e o prestígio da Justiça (arts. 16, 17 e 18).”²²³

Desta maneira, pode-se dizer que o princípio da lealdade processual nada mais é do que a aplicação do princípio da boa-fé objetiva no processo civil, notadamente quanto à sua ideia limitadora, uma vez que da mesma forma que se mostra na doutrina civilística pátria (quando da análise da função limitadora da boa-fé), a lealdade processual impõe um limite ao exercício de direitos subjetivos.

²²² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. et al. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo:Atlas, 2004. p.84-85

²²³ JÚNIOR, Humbertho Theodoro. Princípios gerais do direito processual civil. *Revista de Processo* vol. 23, Jul / 1981. p. 173

Entretanto, não podemos deixar de consignar que a lealdade processual ainda determina a criação de deveres para as partes, tais como o dever de veracidade, de não obstaculizar o cumprimento de decisões, de não produzir incidentes inúteis e de não deduzir pretensão sem fundamento. Contudo, tais deveres, nada mais representam do que a tipificação pelo legislador de condutas, o que de fato não diminui a importância e nem altera a compreensão do próprio princípio, na medida em que o legislador, por não possuir condições de tipificar ou qualificar todas as possíveis condutas contrárias à lealdade, insculpiu no próprio artigo 14 do Código de Processo Civil, uma cláusula aberta, que permite a máxima efetividade ao próprio princípio, pois o referido artigo determina que: “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: proceder com lealdade e boa-fé;”

Assim o fazendo, permitiu o legislador a ampla discussão e elaboração pelo interprete da adequação do princípio à sua exigência ética, matéria esta já plenamente discutida no início deste capítulo.

Por fim, quanto ao princípio da lealdade processual, insta esclarecer que não se quer discutir ou desmentir toda a valorosa doutrina já sedimentada no sentido da autonomia deste princípio, mas, e tão-somente, demonstrar que a lealdade é só mais uma expressão do reconhecimento da boa-fé objetiva, expressão está incluída no Código de Processo Civil

Por outro lado, ainda na análise dos princípios que decorrem da boa-fé, aponta a doutrina nacional mais recente, a existência do princípio da confiança, que se traduz pela vedação de comportamentos contraditórios, evitando-se a surpresa, assegurando-se uma estabilidade às expectativas legítimas diante de uma mudança comportamental, ou seja, o princípio da confiança promove a previsibilidade do Direito a ser cumprido, assegurando que a fé na palavra dada ou escrita não é infundada.

Do princípio da Confiança, como já visto quando da análise da função limitadora da boa-fé, decorrem figuras correlatas, decorrentes, derivadas ou laterais que são apontadas pela doutrina nacional como sendo a: a *Supressio*, a *Surrectio*, o *tu quoque*, o *duty to mitigate the loss* e, por fim, o *venire contra factum proprium*.²²⁴

²²⁴ Acerca destas figuras, pode-se afirmar que a *supressio* ou *Verwirkung* da doutrina alemã, consiste na redução do conteúdo obrigacional pela inércia de uma das partes em exercer direito ou faculdades, gerando na outra legítima expectativa. Dessa forma, a inércia qualificada de uma das

Cada figura correlata representa uma forma de conduta vergastada pelo ordenamento jurídico com base na observância da Boa-fé objetiva, por meio da dita proteção à confiança. Mas vale dizer que, todas as expressões citadas, representam parcelas da boa-fé, pois tencionam dar um limite ao exercício dos direitos subjetivos de cada parte.

partes gera na outra a expectativa legítima (diante das circunstâncias) de que a faculdade ou direito não será exercido, ou, por outras palavras, verifica-se a *supressio* quando, pelo modo como as partes vêm se comportando, certas atitudes que poderiam ser exigidas originalmente passam a não mais poderem ser exigidas na sua forma original (sofrem uma minoração), por ter se criado uma expectativa de que aquelas disposições iniciais não seriam exigidas daquela forma. Advém, daí a supressão de direito ou faculdade ou a redução de seu alcance. A aplicação da boa-fé sob a forma da *supressio* tem recebido respaldo da jurisprudência, exigindo-se, contudo, para sua configuração, decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido e desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício e prejuízo de uma parte a outra. Já a *surrectio*, ao contrário da *supressio*, representa uma ampliação do conteúdo obrigacional. Aqui, a atitude de uma das partes gera na outra a expectativa de direito ou faculdade. Ordinariamente, a doutrina tem apontado para a necessidade da presença de três requisitos, quais sejam um certo lapso de tempo, por excelência variável, durante o qual se atua uma situação jurídica em tudo semelhante ao direito subjetivo que vai surgir; requer-se uma conjunção objetiva de fatores que concitem, em nome do Direito, a constituição do novo direito; impõe-se a ausência de previsões negativas que impeçam a *surrectio*. Por sua vez, a locução significa "tu também" representa as situações nas quais a parte vem a exigir algo que também foi por ela descumprido ou negligenciado. Em síntese, a parte não pode exigir de outrem comportamento que ela própria não observou. Exemplo do instituto está no artigo 150 do Código Civil. Em suma, Gerada expectativa por fato próprio, não ressoa ético aquele que anteriormente não observou um comportamento exigi-lo de outrem. Já o *Duty to mitigate the loss*, pode ser caracterizado pelo disposto no enunciado nº 169, da III jornada de Direito Civil, que afirma que o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo. Levando-se isso a esfera processual, podemos afirmar que o *duty the mitigate the loss* está presente, por exemplo, nas *atreintes* e na possibilidade de redução das mesmas, quando a parte que lhe é beneficiária mantém-se inerte para o consequente aumento do valor a ser executado de forma a prejudicar o devedor. Por último, mas não menos importante, temos a figura correlata, que é o *venire contra factum proprium*. Nesta hipótese, as partes, ou qualquer um que intervenha no processo, assumem um determinado comportamento o qual é posteriormente contrariado por outro comportamento seu. É uma vedação diretamente decorrente da aplicação do princípio da proteção à confiança, tratando-se, em verdade, de um tipo de proteção aos atos abusivos. A locução '*venire contra factum proprium*' traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Dessa forma, pode-se dizer que o *venire contra factum proprio* postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro - *factum proprium* - é, porém, contrariado pelo segundo. Esta fórmula provoca, à partida, reações afectivas que devem ser evitadas. Dessa forma, o comportamento anterior gera expectativa na outra parte a qual é frustrada por posterior ação que antagoniza seu anterior posicionamento. A proibição relaciona-se á confiança recíproca, ou seja, a proibição de toda e qualquer conduta contraditória seria, mais do que uma abstração, um castigo. Estar-se-ia a enrijecer todas as potencialidades da surpresa, do inesperado e do imprevisto na vida humana. Portanto, o princípio que o proíbe como contrário ao interesse digno da tutela jurídica é o comportamento contraditório que mine a relação de confiança recíproca minimamente necessária para o bom desenvolvimento do tráfego jurídico. (Cf. DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e *supressio*: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. *Revista de Processo*, vol. 171, Mai / 2009, p. 35; PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. *Revista de Direito Privado*, vol. 27, Jul / 2006. p. 252; MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para lenio *streck* *Revista de Processo*, vol. 194, Abr/2011. p. 55; e, SOMBRA, Thiago Luís Santos. A tutela da confiança em face dos comportamentos contraditórios. *Revista de Direito Privado*, vol. 33, Jan/2008. p. 307)

Isto se dá na medida em que não se considera os atos separadamente vistos, mas sim um todo, de tal forma que, analisando-se uma determinada conduta isoladamente, poderia a mesma se dizer válida, mas com a análise das condutas anteriores pode ser fixada a sua invalidade pela inobservância do dever de cuidado, bem como, e para doutrina que assim entende, pela inobservância ou desrespeito ao princípio da proteção da confiança.

Dessa forma, vemos que o dito princípio da confiança em muito se relaciona com a boa-fé, principalmente se considerarmos a função limitadora da boa-fé objetiva e o próprio entendimento acerca do que é a boa-fé, sob a ótica psicológica e sociológica.

Salta aos olhos, portanto, a ideia de que a criação ou determinação do princípio da confiança nada mais é do que a retirada, captura ou observação de pequena parcela de aplicabilidade da boa-fé objetiva, individualizando, e aplicando um substantivo diferente para um mesmo fenômeno, cuja essência permanece a mesma.

Em outras palavras, fazendo um paralelo e aproveitando o que a literatura tem de melhor, em Shakespeare, vemos no romance *Romeu e Julieta*, o que aqui se quis expor:

"Meu inimigo é apenas o teu nome. Continuará sendo o que és, se acaso Montecchio tu não fosses. Que é Montecchio? Não será mão, nem pé, nem braço ou rosto, nem parte alguma que pertença ao corpo. Sê outro nome. Que há num simples nome? O que chamamos rosa, sob uma outra designação teria igual perfume. Assim Romeu, se não tivesse o nome de Romeu, conservara a tão preciosa perfeição que dele é sem esse título. Romeu risca teu nome e, em troca dele, que não é parte alguma de ti mesmo, fica comigo inteiro."²²⁵

Da mesma maneira e surpresa que demonstra a brava Julieta em seu discurso no balcão (sacada), temos que encerrar o princípio da confiança, pois o nome que se dê a boa-fé objetiva, não lhe mudará ou transformará sua essência (perfume), de forma que se retirarmos a real definição da confiança, será notado que a boa-fé objetiva é o fundamento e o conteúdo, razão pela qual a definição deste princípio, dentro do processo civil, se mostra desnecessária e inoportuna, criando maiores entraves do que soluções.

Por último, mas não menos importante, a recente doutrina nacional vem apresentando e sedimentando a existência de mais um princípio ligado tanto à

²²⁵ SHAKESPEARE, William. *Romeu e Julieta*, trad. Nuno Fernandes, São Paulo:Objetiva, 2001. p.157

lealdade quanto à boa-fé. Preconiza tal doutrina a existência ou o reconhecimento do princípio da Cooperação.

Afirmam para tanto que a aplicação do princípio da cooperação gera poderes-deveres as partes e ao órgão jurisdicional que podem ser divididos em quatro aspectos, sendo o primeiro o dever de esclarecimento, o qual consiste no dever de o Tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as alegações, pedidos ou posições em juízo. O segundo, consiste no poder-dever de consulta, que consiste em um poder-dever de cunho assistencial, não podendo o magistrado decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que a mesma possa ser reconhecida de ofício, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. O terceiro poder-dever consiste na prevenção, sendo este concretizado no dever de convite ao aperfeiçoamento pelas partes dos seus articulados ou de suas conclusões, tendo um âmbito mais amplo, pois vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo. Por sua vez, o quarto e último poder-dever gerado pela aplicação do princípio da cooperação é o dever de auxílio, que consiste no dever de o Tribunal auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais, de forma que caberia ao juiz, a luz do caso concreto, providenciar, sempre que possível, a remoção de qualquer obstáculo que impeça a parte de cumprir, conseguir ou exercer qualquer dever ou direito no curso do processo.²²⁶

Entretanto, como é notório, o dito 'princípio' da cooperação está umbilicalmente ligado à ideia contida na função criadora da boa-fé objetiva, mais notadamente quanto aos deveres anexos, na medida em que o órgão jurisdicional deverá atuar de forma a se evitar qualquer surpresa ou inconveniente processual, buscando a proteção, cooperação e informação a cada momento, o que denota que se trata de uma parcela da boa-fé objetiva, aplicada ao nosso processo civil.

Acrescente-se, ainda, que o código de processo civil em sua exposição de motivos, já dispunha acerca do reconhecimento do princípio da boa-fé objetiva e suas funções para o exercício da jurisdição, isto porque, no item nº 17, assim já dispunha:

²²⁶ Neste sentido conferir: DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra:Almedina, 2011. p. 17

“Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do Direito e realização da Justiça. Tendo em conta estas razões ético-jurídicas, definiu o projeto como dever das partes: a) expor os fatos em juízo conforme a verdade; b) proceder com lealdade e boa-fé; c) não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; d) não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do Direito (artigo 17). E, em seguida, dispôs que “responde por perdas e danos todo aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente” (artigo 19). No artigo 20, prescreveu: “Reputar-se-á litigante de má-fé aquele que: a) deduzir pretensão ou defesa, cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer; b) alterar intencionalmente a verdade dos fatos; c) omitir intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa; d) usar do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal; e) opuser resistência injustificada ao andamento do processo; 1) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; g) provocar incidentes manifestamente infundados.”²²⁷

Fica claro, assim, que o processo civil desde 1973 já reconhecia a índole dialética do processo e a importância da boa-fé, sob o aspecto objetivo, razão pela qual o pan-principiologismo²²⁸ hoje em voga, não se mostra razoável e sequer aceitável e salutar para o direito, pois há uma enxurrada cada vez maior de princípios, subprincípios, figuras correlatas e por aí vai.

²²⁷ Exposição de Motivos nº GM/473-B, de 31-7-72, apresentada pelo então Ministro de Estado da Justiça, Professor ALFREDO BUZAI, disponível em: < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/177828/1/CodProcCivil%201974.pdf>>, acesso em 25.09.2012

²²⁸ Neste sentido, precisas são as palavras de Lênio Streck: “Início esta coluna semanal (como se diria em linguagem jornalística, “hebdomadária”) falando de um assunto que está na pauta cotidiana da doutrina e da jurisprudência. Com efeito, venho denunciando de há muito um fenômeno que tomou conta da operacionalidade do direito. Trata-se do pan-principiologismo, verdadeira usina de produção de princípios despídos de normatividade. Há milhares de dissertações de mestrado e teses de doutorado sustentando que “princípios são normas”. Pois bem. Se isso é verdadeiro – e, especialmente a partir de Habermas e Dworkin, pode-se dizer que sim, isso é correto – qual é o sentido normativo, por exemplo, do “princípio” (sic) da confiança no juiz da causa? Ou do princípio “da cooperação processual”? Ou “da afetividade”? E o que dizer dos “princípios” da “proibição do atalhecimento constitucional”, da “pacificação e reconciliação nacional”, da “rotatividade”, do “deduzido e do dedutível”, da “proibição do desvio de poder constituinte”, da “parcelaridade”, da “verticalização das coligações partidárias”, da “possibilidade de anulamento” e o “subprincípio da promoção pessoal”? Já não basta a bolha especulativa dos princípios, espécie *desubprime* do direito, agora começa a fábrica de derivados e derivativos. Tem também o famoso “princípio da felicidade” (desse falarei mais adiante!). No livro *Verdade e Consenso* (Saraiva, 2011), faço uma listagem de mais de quarenta desses *standards* jurídicos, construídos de forma voluntarista por juristas descomprometidos, em sua maioria, com a deontologia do direito (lembramos: princípios são deontológicos e não teleológicos!). Outro fator que colabora para o desenvolvimento desse tipo de fragilização do direito é o ensino jurídico, ainda dominado – ou fundamentalmente tomado – por uma cultura estandardizada. Leituras superficiais, livros que buscam simplificar questões absolutamente complexas. A pergunta que faço é: alguém se operaria com um médico que escrevesse um livro chamado “cirurgia cardíaca simplificada”? Ou o “ABC da operação de cérebro”? Se a resposta for “não”, então (re)pergunto: então, por qual razão, no campo jurídico, o uso desse tipo de material é cada vez mais recorrente? (c.f. STRECK, Lenio Luiz. SENSO INCOMUMO pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>, acesso em 25.07.2012)

Logo, antes de discutimos a existência autônoma ou não de princípios como a Cooperação, a proteção à Confiança e a própria lealdade, mais valor teria, ao ensinamento jurídico e ao direito, uma análise mais aprofundada do princípio da boa-fé, seu conteúdo, suas funções dentro do sistema e sua decorrente aplicação tanto como meio de interpretação, como limite e baliza do agir, dentro do ordenamento jurídico.

Em outras palavras, o que se quis demonstrar é que o princípio da boa-fé objetiva já a muito consagrado na doutrina e jurisprudência, produz, quando da sua operacionalização, diversos resultados e fenômenos que se não olhados sob uma ótica crítica, podem ser confundidos com a existência ou o reconhecimento de novos princípios, ditos autônomos, o que de fato não ocorre e nem mesmo se mostra evidente, pois a confusão de conceitos somente está tornando impossível a precisa e necessária determinação do âmbito de atuação e operacionalização jurídica, o que acaba por desprover completamente de sentido e aplicabilidade tais “decorrências”.

Assim, encerramos o presente capítulo enaltecendo a ideia de que o princípio da boa-fé objetiva é o norte a ser seguido quando estivermos diante da necessidade de cooperação pelas partes no processo, da vedação ou limite ao exercício de direitos subjetivos, a interpretação dos atos visto como um todo, e assim por diante, pois sem esta sedimentação é impossível prosseguir com a ideia central de sua aplicabilidade, objetivo da presente dissertação.

Capítulo 3 – A abertura do sistema e a constitucionalização do direito processual civil

A abordagem empreendida nos capítulos anteriores tende a apresentação do conceito da boa-fé, sua determinação como princípio, além de tecer algumas pequenas críticas aos recentes princípios criados a partir de pequenas “expressões” de aplicabilidade do princípio da boa-fé. Porém o que se quis demonstrar ou evidenciar, foi o componente necessário para a aplicação do princípio da boa-fé, sobre aquelas bases, no direito processual civil, ou seja, apresentar os vetores relativos às inter-relações entre o direito material e o processo e entre a teoria do direito e o processo.

Neste capítulo, temos por objetivo evidenciar a importância dos princípios constitucionais como conexões, axiológicas e teleológicas entre a constituição e a legislação infraconstitucional, notadamente no que concerne às leis processuais civis, trazendo a baila a ideia contida no segundo vetor que é a inter-relação entre o direito constitucional e o processo.

Isto porque, na atualidade, é impossível não se reconhecer que é através dos princípios constitucionais que se torna possível proceder a uma reconstrução constitucional do direito processual civil, pois a função primordial dos princípios é a de integrar e conformar a legislação ordinária à Lei Maior.

Pode-se afirmar que esta releitura, com olhos voltados à Constituição e principalmente a seus princípios, coaduna com um novo conceito jurídico de sistema, o qual, como se tentará demonstrar, confere aos princípios constitucionais um grau de eficácia normativa sensivelmente diferente.

É fácil perceber esta evolução, pois pelo simples cotejo entre os manuais clássicos e os contemporâneos dessa disciplina, percebe-se que nos primeiros, temas como o princípio do contraditório ocupavam não mais que uma página. Na atualidade, os doutrinadores demoram-se em assinalar o maior elastério conferido a esse princípio que do simples binômio *informação-reação* passou ao trinômio *informação-reação-diálogo*.

De outra parte, a interminável discussão sobre o direito de ação, pois há notícia da existência de mais de cem teorias sobre sua natureza, cedeu lugar a outra ordem de considerações, tais como a ação é uma garantia constitucional e, portanto, são inconstitucionais tentativas do legislador ordinário (e também do

Executivo por meio de medidas provisórias) de restringi-la ou embaraçar seu exercício. Vale, a propósito, fazer referência à advertência de Bedaque: "Não parece mais conveniente continuarmos nos grandes debates sobre a natureza da ação. Devemos extrair dessa garantia constitucional significado útil para o destinatário, cujo objetivo é obter a satisfação do suposto direito violado".²²⁹

Nos escritos mais recentes, temas como os princípios constitucionais do processo, tutela jurisdicional e efetividade da jurisdição mereceram especial atenção dos processualistas.

Essa nova postura dos especialistas não resultou do acaso, mas é decorrência direta da nova ordem constitucional e da nova maneira de pensar o direito, que impôs um novo olhar crítico acerca do conceito de sistema jurídico.

Numa outra visada, no que tange ao objeto desta dissertação, pode-se dizer que o princípio da boa-fé é reconhecido como um princípio aplicável ao direito processual civil, notadamente na relação jurídica processual, o que faz com que seja duplamente afetado por estas primeiras considerações, na medida em que aos princípios constitucionais constituem um recurso para a sua concreção jurídica e, ao mesmo tempo, passam a ser instrumentos de uma interpretação constitucionalizada das relações sobre as quais o primeiro incide.

Entretanto, para que possamos falar em todos os efeitos que se querem presentes na aplicação do princípio da boa-fé, bem como poder se falar na constitucionalização do processo civil, teremos que demonstrar o porque da força normativa dos princípios e a decorrência lógica de sua aceitação, que é a consequente abertura do sistema jurídico.

Desta maneira, este é o ponto de partida do presente capítulo.

3.1 - A abertura do sistema jurídico

Como restou demonstrado no capítulo anterior, com o surgimento (evolução) e a adoção do pensamento pós-positivista, houve uma refundação da ideia de sistema jurídico, que passou a radicar em postulados valorativos, e não mais lógicos-formais, ou seja, passou a conferir às propriedades racionais do pensamento

²²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 66.

sistemático contornos valorativos, no sentido de exigências de otimização e justiça.²³⁰

Desta maneira, pode-se dizer que o grau de eficácia conferido aos princípios, na visão pós-positivista, não estava mais ligada ou assentada sobre imperativos lógicos, mas diretamente de critérios valorativos, o que “inverteu”²³¹ a hierarquia entre princípios e regras.

Hodiernamente, os princípios constitucionais, reconhecidos como valores fundamentais da ordem jurídica, condicionam a interpretação e aplicação das regras infraconstitucionais, como as previstas no âmbito do direito processual civil. Assim, o novo papel atribuído ao sistema jurídico e, por via de consequência lógica e imediata, aos princípios é de um processo aberto, dinâmico e efetivo.

Entretanto o termo sistema aberto admite diversos e diferentes sentidos, mas para o escopo do presente trabalho, adotamos o entendimento de que o que caracteriza o sistema aberto é a sua mutabilidade, decorrente da própria essência de modificação dos valores fundamentais em razão de tempo e espaço, o que é uma decorrência lógica da historicidade típica do direito e da sociedade.

Com efeito, considerar o sistema como “aberto” é aceitar ou admitir a existência e reconhecimento de mudanças que venham de fora para dentro, ou, em termos técnicos, que provenham de fontes não imediatamente legislativas. Significa dizer, assim, que admitir que o direito, como dado cultural, não se traduz num sistema de “auto-referência absoluta”.²³²

Neste sentido, explica a professora Judith Martins-Costa que a expressão sistema aberto:

“(...) indica o modelo de sistema que, embora guardando propriedades fundamentais de reunião dos elementos que o compõem, da relação ordenada entre esses (e daí a ideia de ordem) e unidade entre os elementos – e não a mera justaposição, porque os elementos supõem uma certa identidade, caracterizada em especial sob o aspecto da não-identidade com o que está fora do sistema -, permite a contínua absorção dos dados e elementos que estão às suas margens, promovendo, em relação a estes uma permanente ressystematização.”²³³

Fica mais evidente, pois, o que antes já foi dito e comentado, uma vez que a adoção de um sistema aberto, sob a premissa acima estabelecida, importa,

²³⁰ NEGREIROS, Teresa. *op. cit.* p.159

²³¹ o termo encontra-se entre aspas, em virtude de uma simples constatação, que é a não existência de uma hierarquia propriamente dita.

²³² *Idem, Ibidem.* p. 163

²³³ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. As Cláusulas Gerais como fatores de mobilidade do Sistema Jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, ano 28, nº 112, out-dez. 1991, Brasília, pp.13-32

igualmente, na adoção de um entendimento focado nas mudanças da própria configuração da sociedade que repercutiram diretamente no Direito.

Em outras palavras, não há como se admitir a unidade legislativa baseada em um sistema fechado, lacrado, hermético ou indene às mudanças sociais, pois tal entendimento ruiu junto com o pensamento positivista e o modelo de sociedade hegemonicamente centrado na figura do burguês empreendedor e confiante no progresso, pois o reconhecimento da pluralidade e da complexidade da tessitura das relações sócias de base, inseriu a necessidade de uma ampliação e abertura da hermenêutica jurídica ao reconhecimento de fatores exógenos.

Entretanto, vale acrescentar que várias foram as causas determinantes para esta nova mentalidade jurídica, pois como bem aponta Judith Martins-Costa, houve inclusive uma mudança na própria técnica legislativa, com a utilização cada vez mais frequente de cláusulas gerais e a identificação da importância, seja como causa, seja como consequência, do novo papel assumido pela Constituição, que tornou possível estabelecer uma relação entre o sistema aberto e a força normativa dos princípios, como verdadeiro vértice axiológico do sistema.²³⁴

Em suma, a dita da abertura do sistema jurídico importa, necessariamente, no reconhecimento de uma nova hermenêutica jurídica, não mais ligada aos critérios lógicos-dedutivos, característicos dos sistemas fechados, mas sim no reconhecimento e aplicabilidade dos princípios e regras constitucionais, como verdadeiros filtros ou limites das normas derivadas ou infraconstitucionais, importando em verdadeiras membranas purificadoras de cunho axiológicos e deontológicos do sistema.²³⁵

3.2 - A Constituição como vértice axiológico de todo o sistema jurídico (sistema aberto)

Como decorrência inevitável do reconhecimento da abertura do sistema e da impossibilidade lógica da não mais conceptualização do sistema jurídico como axiomático-dedutivo ou simplesmente fechado, os princípios, como elementos do

²³⁴ *Idem, Ibidem.*

²³⁵ Há que se deixar claro que a separação ou a decorrência lógica apontada, entre a hermenêutica e a abertura do sistema jurídico, não é absoluta, pois, pode-se chegar a uma conclusão de que a hermenêutica foi desenvolvida a partir do reconhecimento da abertura do sistema e vice-versa, não se podendo precisamente afirmar ou em um ou em outro sentido. Sendo que o posicionamento esboçado se mostrou mais razoável na forma de entender.

sistema e norma, funcionam como meio hábil a conexão deste mesmo sistema jurídico a outros sistemas, tais como: o social, o cultural, o ético e assim por diante.

Desta maneira, a partir do momento em que se passou a reconhecer a abertura do sistema jurídico, os princípios passaram a ser reconhecidos como chave para aplicação e realização do direito, deixando de lado a antiga visão de meros meios de integração supletiva - quando se reputava ao sistema jurídico a ideia de um sistema autônomo, neutro, auto-referente e completo.²³⁶

Com efeito, os valores fundamentais designados na formulação constitucional ganham uma dimensão efetiva e com capacidade de decisão.

Assim, o ordenamento jurídico não é considerado completo, mas, completável.²³⁷ Não há prevalência de uma determinada fonte do direito (lei) sobre todas as demais fontes, sendo admitidos os princípios, os costumes, as decisões jurisdicionais, a equidade entre outros.

Dessa forma, na modernidade, não pode ser admitida, de modo algum, a atuação arbitrária do Estado. Razão pela qual 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 direito²³⁸. Ora, por conseguinte, tem-se que a Lei Maior se configura como verdadeiro vértice axiológico do sistema jurídico aberto.

²³⁶ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *op cit.* p.168

²³⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Bauru: Edipro, 2011. p.152

²³⁸ Vale lembrar que o conceito de fontes do direito é mutável ou variável de acordo com o tempo, espaço e sociedade, pois, por exemplo, em Hans Nawiasky, encontramos em sua *Teoria general del derecho*, p. 93, a distinção das fontes do direito em duas grandes classes, classes essas relacionadas com a forma de manifestação externa do direito: fontes jurídicas não escritas e fontes jurídicas escritas. Por outro lado, em Norberto Bobbio encontramos, em seu trabalho intitulado *Teoría del ordenamiento jurídico*, pp. 153 e ss., quatro tipos de fontes, a saber: fontes diretas; fontes indiretas, que se subdividem em fontes reconhecidas e fontes delegadas. As fontes reconhecidas referem-se ao que Bobbio denomina de "la recepción de normas ya formuladas, producto de ordenamientos diversos e procedentes"; as fontes delegadas Bobbio relaciona com "la delegación del poder de producir normas jurídicas en poderes u órganos inferiores"; poder negocial: esse poder é fonte de normas provenientes dos atos dos particulares quando regulam voluntariamente os seus próprios interesses; e, por fim, a fonte das fontes: por ela entende Bobbio o Poder Originário, jurídica, mas não historicamente. Ainda a título de exemplo, em Zuleta Puceiro, no capítulo V de sua obra *Teoría del derecho*, o autor analisa a questão das fontes do direito, primeiro sob uma perspectiva histórico-crítica e, ao depois, nas pp. 124 e ss., opina no sentido de que no moderno Estado Social, os grupos sociais participam cada vez mais da vontade ordenativa do Estado, tendo em vista uma maior socialização da política e consequente legitimação do poder. Temos então que, com a legitimação democrática, abre-se o leque humano participativo da formulação da vontade estatal, o que, para Puceiro, significa um enriquecimento das fontes do direito. Por último, Francesco Carnelutti entende que existem três fontes do direito, sendo esta idéia defendida nas pp. 158 e ss., do seu livro *Teoria geral do direito*. A primeira é o que

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

Nas palavras de Ruy Samoel Espíndola:

“[...] 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’.”²³⁹

Exemplificando, a lei fundamental, compreendendo a importância dos princípios em nosso ordenamento jurídico e também a sua função de vértice axiológico do próprio sistema, ao mesmo tempo em que expressamente dispôs alguns princípios, admitiu ser fonte de inspiração de diversos outros, 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 que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Por esta razão que se consideram ser admitidos tanto os princípios positivos do direito quanto os princípios gerais do direito pela nossa constituição.

A conclusão, neste ponto, não poderia ser diversa, sob pena de ser desconsiderada toda a explanação acerca da adoção de um sistema aberto, na medida em que se fossem apenas considerados os princípios positivados, estaria se engessando o ordenamento jurídico, por expressamente considera-lo como completo.

Neste ponto, pertinente se mostra a observação de Ruy Samuel Espíndola, ao afirmar que “sem dúvida, a teoria dos princípios é, antes de tudo, um capítulo

ele denomina de fonte legislativa; a segunda, fonte jurisdicional e, a terceira, refere-se à fonte subordinada, que é a fonte administrativa. As fontes subordinadas, entretanto, envolvem também a autonomia contratual privada, bem como a autonomia corporativa. (Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Bauru: Edipro, 2011. / CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. SP, Ed. Saraiva, 1942. / NAWIASKY, Hans. *Teoria general del derecho*, Madrid, Ed. Rialp S.A., 1962. / PUCEIRO, Enrique Zuleta. *Teoría del derecho - una introducción crítica*. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1987.)

²³⁹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 74

deveras rico e inovador na teoria jurídica contemporânea, na era do pós-positivismo”.²⁴⁰

Assim fica claro que, na visão pós-positivista ou neoconstitucionalista do direito, a Constituição toma novas feições, pois suas normas passam a possuir eficácia nunca antes vista, sendo um verdadeiro vértice interpretativo-axiológico, na medida em que o reconhecimento da existência dos princípios, impulsionados pela abertura do sistema, reaproxima o estudo do direito à fontes exógenas e ao caráter ético e de justiça, perdido pelo positivismo.

Em resumo, quanto ao aspecto mais importante do neoconstitucionalismo, que é a interpretação ou reconhecimento da verticalidade do sistema, onde a constituição é o vértice interpretativo, Luís Roberto Barroso, com precisão, demonstra de forma objetiva e completa tudo o que aqui se quis sintetizar, ao afirmar que:

“[...] Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si - com a sua ordem, unidade e harmonia - mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Aplica-se a Constituição:

a) *Diretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (art. 150, VI, da CF/1988) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (art. 5.º, LVI, da CF/1988);

b) *Indiretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões:

(i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada;

(ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.”²⁴¹²⁴²

²⁴⁰ *Idem, Ibidem.* p 71

²⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 58, p. 129. Jan / 2007

²⁴² Vale como uma importante nota de referência, pela simplicidade, objetividade e capacidade de resumo, o afirmado por Haroldo Lourenço, ao discorrer sobre as principais características que impulsionaram o neoconstitucionalismo: “O neoconstitucionalismo pode ser dividido em três aspectos distintos: (i) histórico, (ii) filosófico e (iii) teórico.

(i) Sobre o aspecto **histórico**, as transformações mais importantes no Direito Constitucional contemporâneo se deram a partir da 2ª Grande Guerra Mundial, na Europa, pois, com a derrota dos

regimes totalitários, verificou-se a necessidade de serem criados catálogos de direitos e garantias fundamentais para a defesa do cidadão, frente aos abusos que poderiam vir a ser cometidos pelo Estado ou por quaisquer detentores do poder em quaisquer de suas manifestações (político, econômico, intelectual etc.), bem como mecanismos efetivos de controle da Constituição (jurisdição constitucional). Assim, a era da validade meramente formal do direito foi superada, não bastando o Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser expressão do direito. Foram estreitados os vínculos entre Direito e Política, na medida em que conceitos como os de razoabilidade, senso comum, interesse público etc. são informados por relações de poder. A dignidade da pessoa humana passa a ser o núcleo axiológico da tutela jurídica, não se restringindo ao vínculo entre governantes e governados, mas se estendendo para toda e qualquer relação, mesmo entre dois sujeitos privados. Os reflexos das alterações constitucionais, ocorridas na Europa, foram sentidos, significativamente, no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988 que marca, historicamente, a transição para o Estado Democrático de Direito.

(ii) No aspecto **filosófico** a expressão “vontade da lei” foi superada pela hermenêutica jurídica, distinguindo regras e os princípios, para dar força normativa a estes, com o escopo de ampliar a efetividade da Constituição. Seria de pouca valia os direitos fundamentais se não dispusessem de aplicabilidade imediata, porque não passariam de meras e vagas promessas. A tal raciocínio denomina-se de pós-positivismo, na medida em que os princípios jurídicos deixam de ter aplicação meramente secundária, como forma de preencher lacunas, para ter relevância jurídica na conformação judicial dos direitos. Nessa linha, por exemplo, o artigo 126 do CPC, reprodução do art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que é de 1942, consagra a proibição ao *non liquet*, impondo ao magistrado ter que decidir o litígio, não podendo abster-se, demonstra esse resquício, pois não resiste às interpretações evolutivas do direito e teológica do papel do juiz, na medida em que a norma jurídica, enquanto resultado do processo hermenêutico, não mais se enquadra na arcaica visão da decisão enquanto um silogismo jurídico (premissa maior: a regra jurídica; premissa menor: os fatos; e conclusão), seja porque se adota no Brasil, desde a Constituição Republicana de 1891, o judicial *review* (isto é, o controle difuso da constitucionalidade), nos moldes norte-americanos, decorrente do caso *Marbury vs. Madison* (1803), com a possibilidade de se negar – no plano formal e/ou material - validade à regra jurídica por se opor a um princípio constitucional, seja porque a técnica legislativa se ampara cada vez mais nas cláusulas gerais (p. ex., art. 421, CC/02, ao tratar da função social do contrato; art. 1228 §1º CC/02, ao prever a função social da propriedade; art. 113 do CC/02, prevendo que os contratos devem ser interpretados à luz da boa-fé etc.), sendo os textos legislativos polissêmicos, a possibilitar mais de uma interpretação possível.

Em conformidade com esse artigo, os “princípios gerais do direito” são a última fonte de integração das lacunas legislativas. Há uma grave imprecisão, inadequada à nova realidade do pensamento jurídico. Em 1942, norma era a lei, entendida como regra; princípios não tinham eficácia normativa; dependiam das regras para concretizar-se. O pensamento mudou; a interpretação há de mudar, também. O juiz não decide a “lide” com base na lei; o juiz decide a “lide” conforme o “Direito”, que se compõe de todo o conjunto de espécies normativas, inclusive os princípios. Os princípios não estão “fora” da legalidade, entendida essa como o Direito positivo: os princípios a compõem. (iii) O aspecto **teórico** reflete três vertentes: o reconhecimento da força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Afirmar a força normativa da Constituição é afastar o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político. Sua concretização ficava, invariavelmente, condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição. Daí se extrai a vetusta expressão de que a Constituição é uma carta de intenções. A vinculação positiva de todas as normas constitucionais, inclusive aquelas que a doutrina clássica taxava de programáticas, implica, conseqüentemente, na expansão da jurisdição constitucional. A expansão da jurisdição constitucional nunca esteve tão em voga, principalmente com a explosão de litigiosidade, bem como do acesso à justiça. A difusão das causas de menor complexidade (principalmente com os Juizados Especiais cíveis e criminais), os litígios de massa (regulamentação da ação popular e da ação civil pública), ampliação da atuação do Ministério Público, possibilitaram que questões relevantes ficassem mais em evidência e pudessem possibilitar um melhor acesso à justiça, efetivando direitos fundamentais, colocando o Judiciário no centro das atenções e das perspectivas da sociedade. Como dito, o judicial *review* aproxima o Judiciário da política, pois ações governamentais podem ser contestadas judicialmente. Nesse contexto, surgem críticas ao neoconstitucionalismo, onde se questiona o papel do juiz como um protagonista do sistema, eis que o magistrado não teria legitimidade democrática para tanto. Todavia, diante da crise

3.3 - A Constitucionalização do processo civil

Decorrência esperada do que se expôs no item anterior, é a ideia da constitucionalização do processo civil, posto que como norma infraconstitucional que é, sua aplicabilidade decorre da validade de suas regras, que são aferidas pela compatibilidade com a norma e os princípios que lhes são superior – ou constituição.

Desta maneira, reconhecer a constitucionalização do direito processual civil não é um fenômeno autônomo e incompatível com a realidade jurídica dos nossos dias.

Entretanto, tal fenômeno não pode ser visto de forma isolada ou simplesmente como uma aplicação decorrente das forças atuantes no universo jurídico – nova ótica ou hermenêutica jurídica -, mas sim como uma evolução própria de cada momento histórico distinto. Assim, não é errado afirmar que o processo civil, como todos os demais ramos da ciência do direito, possui uma evolução marcada pelas diversas passagens do pensamento social, filosófico e jurídico doutrinário.

Traçando um breve histórico, o processo civil em uma análise evolutiva passou por algumas fases metodológicas, onde prevaleciam algumas ideias que com o tempo foram se mostrando anacrônicas.

da democracia representativa, pois, na maioria das hipóteses, a vontade do representante não coincide com a vontade do representado, bem como pela falência do parlamento, pelo excessivo número de Medidas Provisórias; mesmo os membros do Judiciário não tendo sido eleitos pelo povo, isso não lhes retira a missão constitucional de efetivar direitos fundamentais. A reserva do possível, a reserva de consistência, o princípio da motivação e da proporcionalidade são os principais limites da atuação judicial. Logo, a postura do ativismo judicial deve ser reservada à concretização das condições materiais mínimas de tutela da dignidade da pessoa humana (mínimo existencial). A questão, por fim, do que vem a compor a esfera do mínimo existencial não está posta de forma explícita na Constituição, não prescindindo da necessária interação entre a Política e o Direito. Posturas do Judiciário, que demonstram claramente um ativismo judicial, como a concessão de remédio para aidéticos devem sempre ser lembradas. Como última barreira à atuação do Poder Judiciário, impõe-se o mito do legislador positivo, pelo qual o juiz pode, nos moldes do pensamento iluminista, apenas declarar a vontade concreta da lei ou, no máximo, atuar como legislador negativo declarando a inconstitucionalidade de uma lei contrária à Constituição, não tendo ampla liberdade para a concretização de direitos. Tal compreensão não se compatibilizando com o modelo de Estado previsto na Constituição Brasileira de 1988, requerendo, além das prestações negativas para a garantia dos direitos de liberdade, também prestações positivas inerentes à implementação de direitos fundamentais à subsistência, à alimentação, ao trabalho, à educação, à saúde e à moradia. As críticas são indispensáveis. A história do pensamento jurídico costuma desenvolver-se em movimento pendular: essas transformações puxam para um lado; as críticas, para o outro; no final do “cabo de guerra”, chega-se ao equilíbrio.” (Cf. LOURENÇO, Haroldo. O neoprocessoualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, p. 74-107, out.-dez. 2011. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista56/revista56_74.pdf>. Acesso em: 05.10.2012

Fazendo então uma breve digressão e contextualização histórica, para que possamos compreender a fase atual, denominada de neoprocessualismo ou formalismo valorativo, que emerge da influência sofrida pelo processo civil do direito constitucional ou uma constitucionalização do processo civil, podemos dizer que os modelos processuais que se sucederam no tempo são representados por quatro fases distintas: a) Praxismo (ou fase sincretista); b) Processualismo (ou fase do autonomismo); c) Instrumentalismo; e d) Neoprocessualismo ou formalismo valorativo ou formalismo ético.

A primeira fase (Praxismo), era marcada por uma confusão entre o direito material e o direito processual, sendo que o processo era somente estudado em seu aspecto prático, sem preocupações científicas.

Nesta primeira fase, a ação era o direito material em movimento, ou seja, uma vez lesado o direito material, a este adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Desta forma, não se visualizava a autonomia da relação jurídica processual em confronto com a relação jurídica material. O direito processual não era um ramo autônomo do direito e, tampouco, havia estudos para uma pretensa autonomia científica. O que havia era um conjunto de formas para o exercício do direito, sob uma condução pouco participativa do juiz.

Em suma, o processo, nesta primeira fase, era visto como mera sequência de atos formais, que tinham por finalidade precípua o reconhecimento do direito material por meio da atuação jurisdicional do Estado.²⁴³

Trata-se, assim, da concepção que está presente na maior parte da história do direito processual, sendo certo que a fase sincretista e sua visão reducionista do processo perduraram até o século XIX, pois com os estudos Alemães da natureza jurídica da ação, bem como da natureza jurídica do processo, tal fase começou a ruir, pois os conhecimentos eram empíricos, sem nenhuma consciência de princípios ou embasamento científico.

²⁴³ Insta esclarecer que esta primeira fase, dita praxista, coaduna com as ideias da teoria civilista do direito de ação, que assim podem ser resumidas: “Desde o direito romano até o século passado, considerava-se a ação, sob o ponto de vista civilístico, como simples aspecto do direito material da parte. Nada mais era a ação para os clássicos do que o próprio direito substantivo reagindo contra sua violação. Era, em outras palavras, “o direito de demandar perante os tribunais o que nos pertence, ou nos é devido. Assim, entendia-se que não podia haver ação sem direito, nem direito sem ação, como ensinava Savigny, e como ficou constando do art. 75 do nosso Código Civil de 1916.” (Cf. JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol I. 2ed. Eletrônica. Rio de Janeiro:Forense, 2003. p. 51)

Com a ruína desta primeira fase e com o desenvolvimento da doutrina alemã, surgiu uma nova etapa, ou fase, do direito processual (ou segundo momento metodológico), no qual o processo passou a ser estudado autonomamente, ganhando relevo a afirmação científica própria e distinta do direito material.

Não é demais afirmar que, nesta segunda etapa ou fase, durante praticamente um século tiveram lugar as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições da ação e os pressupostos processuais²⁴⁴.

Assim, neste segundo momento metodológico a afirmação da autonomia científica do direito processual foi uma grande preocupação, sendo neste período criadas as grandes estruturas do sistema e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos.

Pode-se dizer que a grande característica desta fase foi o seu caráter introspectivo, marcado pela ideia de o processo pelo processo. Desta forma, a rigor, esta fase se tornou autofágica, distanciada da realidade, gerando um culto exagerado as formas processuais, no afã de enfatizar a autonomia científica.

Sintetizando o que foi dito acima, a segunda fase metodológica do processo é marcada pela autonomia do processo, ou seja, pela desvinculação do direito processual – antes ligado ao direito material. Desta desvinculação adveio a ideia de um vínculo processual, que passou a unir autor e réu em subordinação ao Estado-juiz, de quem se exigia a prestação jurisdicional através do exercício de um direito autônomo, o direito de ação²⁴⁵.

Entretanto, a par do reconhecimento dos avanços e evoluções, esta fase ficou marcada pelo indesejado distanciamento do processo em relação à realidade,

²⁴⁴ Neste sentido, nunca é demais relembrar, que a obra de BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepcionales Procesales y los Presupuestos Procesales* é tida como “certidão de nascimento do processo civil” (Cf. DINAMARCO. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, São Paulo:Malheiros, 2001. p. 258), todavia, o estudo do processo como relação jurídica vem de Hegel, sendo mais tarde lembrado por Bethmann-Holweg para só então ser trabalhada por Bülow (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, Comentários ao Código de Processo Civil. 4. ed. Rio de Janeiro, 1997, tomo III, p. 435).

²⁴⁵ Nunca é demais relembrar que a teoria da ação, como direito autônomo, tem como origem uma disputa doutrinária entre dois alemães – Windscheid e Mütter – que começaram uma desavença em torno do conceito de “*actio*” no direito romano e de suas implicações no conceito de ação no direito Alemão. Assim, dessa desavença surgiu um importante aspecto para o direito processual: o direito de ação ficou desvinculado do direito material, sendo aquele independente deste. (Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed., São Paulo:Malheiros, 2006. p. 266)

o que acabou por transformar o processo e a ciência processual em instrumentos de questionável serventia.

Este distanciamento do processo em relação à realidade acabou se transformando em um verdadeiro terreno fértil de novas ideias tendentes a reaproximação da ciência processual e a realidade. Assim, surge a terceira fase ou metodologia do processo, conhecida como fase instrumentalista ou, simplesmente, Instrumentalismo do Processo.

Tal fase, como o próprio nome já nos indica, é marcada pela natureza ou ideia de o processo ser um instrumento de realização do direito material.

Em outras palavras, o processo, embora autônomo, passa a ser encarado como instrumento de realização do direito material, a serviço da paz social. Desta maneira, fazendo uma retrospectiva, como a primeira fase metodológica não visualizava o processo como instituição autônoma, a segunda fase acabou enfatizando, demasiadamente, a técnica e por via de consequência o formalismo. Nesse sentido, e no intento de trazer o processo à realidade, surgiu a instrumentalidade, negando o caráter puramente técnico do processo, demonstrando que o processo não é um fim em si mesmo, mas um meio para se atingir um fim, dentro de uma ideologia de acesso à justiça.

Essa fase é, eminentemente, crítica, pois o processualista moderno sabe que a sua ciência atingiu níveis expressivos de desenvolvimento, porém o sistema ainda é falho na sua missão de produzir justiça. O processo passou a ser analisado a partir de resultados práticos, levando em conta o consumidor do serviço judiciário. Por tal razão, esta fase também é conhecida ou denominada de fase da efetividade ou do acesso à justiça.

Deve ser destacado e enfatizado, que tal fase ainda não exauriu o seu total potencial reformista, porém já se tomou consciência do relevante papel do sistema processual e de sua complexa missão perante a sociedade e o Estado, basta nos recordarmos das ondas de acesso à justiça propugnadas e difundidas no ensinamento jurídico através da obra de Mauro Cappelletti²⁴⁶, que dentre outros efeitos no Brasil foi determinante para a criação dos Juizados Especiais Cíveis, da ação civil pública, do mandado de segurança individual e coletivo, da Defensoria Pública, do CDC e etc.

²⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material, nesta terceira fase se estabelece entre eles uma relação circular de interdependência: o direito processual concretiza e efetiva o direito material, que confere ao primeiro o seu sentido.

Por tal razão, esta terceira fase é também chamada de teoria circular dos planos processual e material²⁴⁷, na visão desenvolvida por Carnelutti onde o processo serve ao direito material, ao mesmo tempo em que é servido por ele²⁴⁸.

Entretanto, apesar de apresentar propostas louváveis em diversos de seus aspectos e de ter, em perspectiva histórica, representado enormes avanços no estudo do processo e na sua efetividade, os desvios verificados na implementação do instrumentalismo acabam por trazer a reboque uma carga indesejável de questionamentos acerca da legitimidade dos seus efeitos produzidos na prestação jurisdicional, cuja faceta mais visível talvez seja a forte concentração de poderes na mãos do magistrado e a conseqüente e inevitável redução da atividade das partes no processo judicial.

Diante destas contradições ou falhas e da mudança do pensamento jurídico vigente, sob a influência do neoconstitucionalismo levado a efeito pelo pensamento social após o término da 2ª Grande Guerra²⁴⁹, começou a ecoar na doutrina um novo pensamento acerca do direito processual e do processo, conhecido como neoprocessualismo, que se interage com o instrumentalismo, também denominado por uma parte doutrina como de formalismo-valorativo ou formalismo ético.

Assim, nesta quarta etapa, é importante reconhecer que o pensamento pós 2ª Guerra, como dito quando do estudo do pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, traz um novo contexto onde a lei deixou de ser o centro do

²⁴⁷ Neste sentido, Hermes Zaneti Junior (ZANETI JÚNIOR. Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.) desenvolve o que nomeou teoria circular dos planos (direito material e direito processual). De acordo com esta teoria, “[...] o processo devolve (sempre) algo diverso do direito material afirmado pelo autor na inicial, algo que por sua vez é diverso mesmo da norma expressa no direito material positivado. Diverso está aí como elemento de substituição, mesmo que idêntica à previsão legal: a norma do caso concreto passou pela certificação (pelo *accertamento*, como se diz na Itália) do Poder Judiciário. Pode-se dizer, nesse sentido, que entre processo e direito material ocorre uma relação circular, o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele”. (ZANETI JÚNIOR. Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 204-205.). Desta forma, a atividade interpretativa jurisdicional cria normas jurídicas individuais, pois reescreve a norma para o caso concreto.

²⁴⁸ Nesse sentido: DIDIER Jr., Fredie. Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo. Disponível em: <www.academia.edu/>, acesso em 25.07.2012.

²⁴⁹ Confira a respeito do tema o item 3.1 da presente dissertação.

ordenamento jurídico, passando a Constituição a ser o ponto de partida para a interpretação e a argumentação jurídica.

Desta maneira, a partir do momento em que os textos constitucionais, de uma maneira geral, passaram a contemplar amplos direitos e garantias, passou-se a se reconhecer a necessidade de conformação da legislação material e processual ao texto constitucional, não apenas no plano teórico, pois se exigiu do operador novas práticas, para que fosse possível resistir a toda forma de retrocesso.

E isto se dá em razão da própria mudança de centralidade (verticalidade) do ordenamento jurídico, pois quando em voga o pensamento positivista, a centralidade da interpretação encontrava-se na lei, em seu texto.

Neste sentido, afirma Eduardo Cambi:

“A partir da segunda Guerra Mundial, é inegável que a Constituição tomou o lugar dos Códigos, devendo os direitos infraconstitucionais ser compreendidos a partir da Lei Fundamental e a sua inserção no contexto internacional. O alargamento do espaço constitucional se deu a partir da constitucionalização dos direitos infraconstitucionais que, por sua vez, ampliou a extensão e a intensidade da vinculação constitucional do legislador ordinário.”²⁵⁰

Entretanto, com as mudanças impostas pelo pós-positivismo ou neopositivismo²⁵¹, e a reboque do pensamento neoconstitucionalista, o centro interpretativo voltou-se para a constituição e seus princípios – notadamente no que concerne aos direitos e garantias fundamentais -, o que impôs importantes mudanças basilares, tais como: os princípios tomaram cor e aplicabilidade, a subsunção deu lugar a ponderação, a justiça particular, com a análise individual e concreta, assumiu o lugar da justiça geral e abstrata e assim por diante.

Mas como se poderia conceituar o neoprocessualismo?²⁵²

²⁵⁰ CAMBI, Eduardo. *op cit.* p. 60

²⁵¹ Como bem lembra Gisele Leite: “O termo “neopositivismo” surgiu com a tradução literal da expressão “*New Legal Positivism*” que fora desenvolvida por Anthony J. Sebok. Esse novo positivismo legal propunha ressaltar a emergência da forma moderna de positivismo que pretende responder às provocações de Dworkin, baseadas no argumento empírico de que existem na prática jurídica dos Estados Constitucionais atuantes princípios jurídicos consubstanciando padrões morais, sem resvalar num ceticismo moral ou em teses originalistas de interpretação.” (Cf. LEITE, Gisele. *Neopositivismo, neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo: o que há realmente de novo no Direito?*, disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/neopositivismo-neoconstitucionalismo-e-o-neoprocessualismo-o-que-h%C3%A1-realmente-de-novo-no-di>>, acesso em 07/09/2012.

²⁵² A evolução histórica do direito processual costuma ser dividida em três fases: a) praxismo ou sincretismo, em que não havia a distinção entre o processo e o direito material: o processo era estudado apenas em seus aspectos práticos, sem preocupações científicas; b) processualismo, em que se demarcam as fronteiras entre o direito processual e o direito material, com o desenvolvimento científico das categorias processuais; c) instrumentalismo, em que, não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material, se estabelece entre eles uma relação circular de interdependência: o direito processual concretiza e efetiva o direito material, que

Partindo-se da ideia da abertura do sistema jurídico (pós-positivismo ou neoconstitucionalismo) e conjugando-a com a ideia de verticalidade do sistema jurídico, onde a constituição passa a ser o vértice axiológico interpretativo de todo o sistema, fica fácil compreender que o neoprocessualismo é o resultado esperado da valorização dos princípios constitucionais e da nova visão do direito, no ramo específico do processo civil.

Podemos simplificar o que seja o neoprocessualismo através das seguintes locuções, “*Direito fundamental ao processo justo*”²⁵³ e “*acesso à ordem jurídica justa*”²⁵⁴, que representam as expressões-síntese do dito “neoprocessualismo”²⁵⁵, que tal qual seu símile, o “neoconstitucionalismo”, teve início com a superação do mero “Estado de Direito” em prol de um “Estado Democrático de Direito”²⁵⁶, bem como com a ideia de reagregação de valores às codificações ocidentais²⁵⁷.

confere ao primeiro o seu sentido (sobre a instrumentalidade, ver item anterior). Parece mais adequado, porém, considerar a fase atual como uma quarta fase da evolução do direito processual. Não obstante mantidas as conquistas do processualismo e do instrumentalismo, a ciência teve de avançar, e avançou. Fala-se, então, de um Neoprocessualismo o estudo e a aplicação do Direito Processual de acordo com esse novo modelo de repertório teórico. Já há significativa bibliografia nacional que adota essa linha. O termo Neoprocessualismo tem uma interessante função didática, pois remete rapidamente ao Neoconstitucionalismo, que, não obstante a sua polissemia, traz a reboque todas as premissas metodológicas apontadas, além de toda produção doutrinária a respeito do tema, já bastante difundida. Demais disso, o termo Neoprocessualismo também pode ser útil por bem caracterizar um dos principais aspectos deste estágio metodológico dos estudos sobre o direito processual: a revisão das categorias processuais (cuja definição é a marca do processualismo do final do século XIX e meados do século XX), a partir de novas premissas teóricas, o que justificaria o prefixo neo. Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil), sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, costuma-se denominar esta fase do desenvolvimento do direito processual de formalismo-valorativo, exatamente para destacar a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual. As premissas deste pensamento são exatamente as mesmas do chamado Neoprocessualismo, que, aliás, já foi considerado um formalismo ético, na feliz expressão de RODRÍGUEZ URIBES. Embora seja correto afirmar que se trate de uma construção teórica que nasce no contexto histórico do Neoconstitucionalismo, o formalismo-valorativo pauta-se, também, no reforço dos aspectos éticos do processo, com especial destaque para a afirmação do princípio da cooperação (examinado no capítulo sobre os princípios do processo), que é decorrência dos princípios do devido processo legal e da boa-fé processual. Agrega-se, aqui, o aspecto da moralidade, tão caro a boa parte dos pensadores “neoconstitucionalistas”. (Cf. DIDIER JR., Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito*. Disponível em: < http://www.academia.edu/225914/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos>, acesso em 08/09/2012

²⁵³ Cf. Eduardo Cambi. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo *In*: Didier Jr., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: JusPODIUM, 2010. p. 251. Já Fredie Didier Jr. (*Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento – vol. 1*. 12. ed. Salvador: JusPODIUM, 2010. p. 30) prefere a expressão “*direito fundamental ao processo devido*”.

²⁵⁴ Roberto dos Santos Bedaque. *Tutela jurisdicional: a relativização do binômio direito-processo, como meio de acesso à ordem jurídica justa*. São Paulo: USP, 1994.

²⁵⁵ Cf. Eduardo Cambi. *Op. cit.*, p. 248-249.

²⁵⁶ Oportunas ao contexto as palavras de J. J. Gomes Canotilho (*Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2002. p. 100): “O Estado constitucional é “mais” do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para “travar” o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *delegitimação* do mesmo poder

Desta maneira, não é incorreto dizer que o neoprocessualismo ou a quarta fase de evolução metodológica do processo, é o reconhecimento da insuficiência do direito pelo direito, sendo necessário trazer ao sistema elementos exógenos que o ligue a moral, a ética, ao social e ao político, trazendo cada vez mais o processo à realidade social e à busca pela efetividade e justiça²⁵⁸.

Neste sentido, de grande valia é a contribuição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira para o estudo desta quarta etapa metodológica do processo civil, pois defende o citado autor que o fenômeno “neo” criou fase histórica do processo subsequente à *instrumentalista*, intitulada “*formalista-valorativa*”, na qual se destaca

(*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da *legitimidade de uma ordem de domínio* e da *legitimação do exercício do poder político*. O Estado “impolítico” do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da *soberania popular* segundo o qual “todo poder vem do povo” assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de “charneira” entre o “Estado de direito” e o “Estado democrático” possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de direito democrático*. Alguns autores avançam mesmo a ideia de democracia como valor (e não apenas como processo), irrevisivelmente estruturante de uma ordem constitucional democrática”. Também, Cássio Scarpinella Bueno. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 96.

²⁵⁷ Cf. Arruda Alvim. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo - sua evolução ao lado do direito material *In: Revista Jurídica*, n. 386. Sapucaia do Sul/RS: Notadez, dez/2009. p. 11.

²⁵⁸ O processo civil e direito constitucional caminham *pari passu*, devido a própria estruturação hierárquica do ordenamento jurídico, pois as normas encontram na Magna Carta seu fundamento de validade e seus valores mais caros, nos dizeres de Marcus Vinicius Rios Gonçalves: “O processo de hoje e do futuro busca os seguintes valores: facilitação do acesso a justiça: a lei deve adotar mecanismos que permitam que todos possam levar ao judiciário os seus conflitos, reduzindo-se a possibilidade da chamada litigiosidade contida em que a insatisfação não é levada a juízo, e permanece latente; duração razoável do processo: a demora na solução dos conflitos traz ônus gravosos àquele que ingressa em juízo, o que estimula o adversário a tentar prolongar indefinidamente o processo. devem-se buscar mecanismos que repartam esses ônus; instrumentalidade: o processo é instrumento que deve ser sempre o mais adequado possível para fazer valer o direito material subjacente. Assim deve-se buscar amoldá-lo sempre, de modo a que sirva da melhor forma à solução da questão discutida; tutela de interesses coletivos e difusos: é decorrência direta da exigência de garantia ao acesso a justiça. há direitos que estão pulverizados entre os membros da sociedade, o que traz o risco à sua proteção, se esta não for atribuída a determinados entes; universalização: todos os valores aqui mencionados poderiam ser resumidos neste: a busca pela democratização e universalização da justiça, única situação em que o Judiciário cumprirá idealmente o seu papel, que é o de assegurar a todos a integral proteção de seus direitos; constitucionalização do direito processual: os princípios do direito processual civil estão, em grande parte, na constituição, e as normas devem ser interpretadas sob a ótica constitucional, o que permite falar em direito constitucional processual; efetividade do processo: relacionada a todos os princípios anteriores. O processo tem de ser instrumento eficaz de solução dos conflitos. O consumidor do serviço judiciário deve recebê-lo de forma adequada, pronta e eficiente. A técnica não deve ser um fim último, mas estar a serviço de uma finalidade, qual seja, a obtenção de resultado que atenda ao que se espera do processo, o ponto de vista ético, político e social.”(Cf. GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Direito Processual Civil Esquematizado*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2011, pág. 41/42)

a importância dos preceitos constitucionais - fundamentais ou não - para o desenvolvimento regular do processo.²⁵⁹

Ademais, afirma Oliveira que a fim de combater o formalismo pernicioso, mostra-se necessária uma atitude mais aberta, talvez uma mudança de mentalidade²⁶⁰, algo que não se restrinja à mera observância de pré-requisitos²⁶¹. E, por consequência, se além da observância de preceitos constitucionais também se faz necessária essa “mudança de mentalidade”, significa que há uma questão de eticidade²⁶², também, implícita neste “formalismo-valorativo”²⁶³.

Importante destacar que Eduardo Cambi quando traça as principais características do chamado “neoprocessualismo”, elenca a visão publicística do processo²⁶⁴, o direito fundamental à ordem jurídica justa²⁶⁵, o direito fundamental ao processo justo²⁶⁶, o direito fundamental à tutela jurisdicional, a instrumentalidade do

²⁵⁹ Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo *In: Didier Jr., Fredie (org.). Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: JusPODIUM, 2010. p. 137-148.

²⁶⁰ *Idem, Ibidem*. p. 170.

²⁶¹ Não que a exigência de pré-requisitos seja algo apenas pernicioso. Neste sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Op. cit.*, p. 151) faz a ressalva: “Das considerações até agora realizadas, verifica-se que o formalismo, ao contrário do que geralmente se pensa, constitui o elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo. A efetividade decorre, nesse contexto, do seu poder organizador e ordenador (a desordem, o caos, a confusão decididamente não colaboram para um processo ágil e eficaz), a segurança decorre do seu poder disciplinador. Sucede, apenas, que ao longo do tempo o termo sofreu desgaste e passou a simbolizar apenas o formalismo excessivo de caráter essencialmente negativo”.

²⁶² É importante lembrar que quando da entrada em vigor do Código Civil de 2003 (ou novo código civil) a doutrina apontava que as principais características eram a eticidade, a socialidade e a efetividade, de tal forma que tais características podem também ser denotadas nesta quarta etapa metodológica, quer seja pela conformidade com os preceitos constitucionais, quer seja pela própria mudança de mentalidade levada a efeito pelo neoconstitucionalismo.

²⁶³ Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*Op. cit.*, p. 166). Em mesmo sentido, Pedro Luiz Pozza. O processo civil como fenômeno cultural na perspectiva do formalismo-valorativo *In: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito*, n. 15. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2007.2. p. 455.

²⁶⁴ “Com efeito, o processo distancia-se de uma conotação privatística, deixando de ser um mecanismo de exclusiva utilização individual para se tornar um meio à disposição do Estado para a realização da justiça, que é um valor eminentemente social” (Cf. CAMBI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 251)

²⁶⁵ Para o autor (Cf. CAMBI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 251), o acesso à ordem jurídica justa abrange: “i) o ingresso em juízo; ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; iii) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); v) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos)”²⁶⁶ “Este direito ao processo justo compreende as principais garantias processuais, como as da ação, da ampla defesa, da igualdade e do contraditório efetivo, do juiz natural, da publicidade dos atos processuais, da independência e imparcialidade do juiz, da motivação das decisões judiciais, da possibilidade de controle recursal das decisões etc.” (Cf. CAMBI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 251)

processo, e a construção de técnicas processuais adequadas à realização dos direitos materiais.²⁶⁷

Nesta mesma toada, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, ao enquadrar o estágio atual do sistema jurídico brasileiro dentro da nova fase positivista, destaca os princípios da dignidade humana, da razoabilidade, da impessoalidade, da eficiência, da duração razoável dos processos, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da efetividade, da tutela específica e tempestiva, e do acesso à ordem jurídica justa, todos aplicáveis ao processo.²⁶⁸

Construindo o raciocínio a partir da característica principal, que é a interpretação a partir da Constituição Federal, pode-se dizer que a CRFB de 1988, seja por dispositivos originários, seja por dispositivos acrescidos por Emenda Constitucional, traz uma série de comandos aplicáveis ao processo, em qualquer de suas formas.

Neste sentido, dentre outros se podem destacar o art. 5º, XXIV, que trata do procedimento de desapropriação por necessidade ou utilidade pública; o art. 5º, XXX, que garante o direito de herança; o art. 5º, XXXII, que assegura a defesa do consumidor (a ser promovida pelo Estado); o art. 5º, XXXIV, “a”, que trata do direito de petição; o art. 5º, XXXV, que traz o princípio da inafastabilidade do Judiciário; o art. 5º, LV, que assegura a cláusula do devido processo legal judicial e administrativo; o art. 5º, LVI, que veda as provas obtidas por meio ilícito; o art. 5º, LXII, que trata da comunicação da prisão ao juiz competente e à família do preso/pessoa por ele indicada; o art. 5º, LXXIV, que trata da assistência jurídica e integral aos que comprovarem insuficiência de recursos; o art. 5º, LXXVII, que preconiza a duração razoável do processo; os arts. 34 a 36 que tratam da intervenção para manter a integridade nacional, colocar fim a grave comprometimento da ordem pública etc.; e todo o Capítulo III, do Título IV

²⁶⁷ Acerca destas três últimas características, explica o autor (Cf. CAMBI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 252): “A percepção de que a tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada é um direito fundamental (art. 5º, inc. XXXV, CF) vincula o legislador, o administrador e o juiz isto porque os direitos fundamentais possuem uma *dimensão objetiva*, ou seja, constituem um *conjunto de valores objetivos básicos e fins diretos da ação positiva do Estado*. Assim, é possível quebrar a clássica dicotomia entre direito e processo (*substance-procedure*), passando-se a falar em *instrumentalidade do processo* e em *técnicas processuais*”.

²⁶⁸ FUX, Luiz. O novo processo civil *In*: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 04-24.

(organização dos Poderes) da Lei Fundamental, que regula a estruturação do Judiciário bem como alguns instrumentos impugnativos cabíveis (reclamação constitucional, recurso especial, recurso extraordinário, mandado de injunção, *p. ex.*).

Diante desta extensa gama de dispositivos, exemplificadamente demonstrados, correlatos ao processo, fica claro que há eficácia *jurídica* das Constituições, como defendido por Hesse, e não mais meramente política, sendo, portanto, vinculadora tanto da esfera privada como da esfera pública.²⁶⁹

Da soma de todos os argumentos, bem como a análise da Constituição Federal, pode-se extrair as seguintes proposições acerca do “neoprocessualismo” no Brasil: a *primeira*, de que, apesar de há tempos vigente no mundo ocidental – basta se lembrar do fenômeno “neo”, que começou com o fim da Segunda Grande Guerra, junto com o “neconstitucionalismo” -, no Brasil, o movimento neoprocessualista somente ganhou força em 1988, ou seja, quase quarenta anos depois de seu surgimento; a *segunda*, de que o “neoprocessualismo” representa a confirmação da ideia de que só instrumentalidade do processo não basta, afinal, de nada adiantarão os instrumentos colocados à disposição dos indivíduos se não houver um direito material a ser preenchido nem houver vinculação absoluta de qualquer comando legal/judicial à Constituição Federal de 1988; a *terceira*, de que a reaproximação entre direito e moral - algo típico da nova fase positivista -, no processo representado pela eticidade, permite o acesso à ordem jurídica justa, algo que já deveria, em verdade, ser intrínseco à própria concepção originária de processo, mas que, por exclusiva preocupação com formas processuais, acabou sendo esquecido.

Por outro lado, ainda fica claro que a dita constitucionalização do processo ou neoprocessualismo é a característica marcante da nova ótica do direito, imposta pelas forças sócias e pela própria necessidade de uma mudança na busca da valorização do ser humano e da própria razoabilidade, eticidade e justiça necessária para a vida em sociedade.

3.4 - Neoprocessualismo e sua relação com o princípio da boa-fé.

Como restou assentado no item anterior, a nova ótica interpretativa ou metodologia do processo, impulsiona os operadores do direito a enxergar a força

²⁶⁹ CAMBI, Eduardo. *op. cit.*, p.237

ética do meio (processo), para se alcançar o fim (pacificação social) de forma mais célere, efetiva e moral possível.

Palavra que é comumente aplicada ou empregada por todos os doutrinadores que se propõe a escrever acerca do neoprocessualismo é a eticidade, vista como uma valorização dos princípios em detrimento das regras, do interesse público em detrimento ao interesse privado, da busca da efetividade e da justiça e assim por diante.

Entretanto, a eticidade, entendendo-se como decorrência direta da busca pela ética no processo, não possui um conteúdo aferível ou determinável, pois depende da atuação de forças externas ao sistema jurídico, pois o que é ético para uma determinada sociedade em um determinado tempo, pode não o ser para outra sociedade em outro determinado espaço de tempo.

Contudo, a par da impossibilidade de se determinar um conteúdo a eticidade, palavra de ordem do neoconstitucionalismo, podemos determinar de acordo com o presente tempo e na sociedade brasileira contemporânea o seu direcionamento ou intenção.

Desta forma, pode-se dizer que o processo civil contemporâneo, direcionado à efetividade, já dá indícios de que não irá tolerar condutas processuais que impeçam ou pretendam impedir a realização do direito material por seu intermédio. Por tal razão, fala-se tanto, nos dias atuais, em abuso de direito, ilícito processual, ato atentatório à dignidade da justiça, *contempt of court* e etc., como formas de coibir o exercício inadmissível de posições jurídicas na relação processual.

Há, desta maneira, de modo geral, uma tendência a busca de um processo efetivo e justo, com a devida observância da lealdade e da cooperação entre todos os envolvidos.

O conteúdo ético do processo, em especial o exercício ético das faculdades, direitos, ônus e poderes processuais, revela-se postulado defendido de forma irrestrita no processo civil contemporâneo.

Desta maneira, pode-se dizer, que na atualidade, o processo civil brasileiro está voltado à eticidade por meio da aplicação do princípio da boa-fé como um instrumento de controle da atuação de todos os envolvidos na relação processual.

Entretanto, tal interpretação dada a eticidade não é nova, pois desde a exposição de motivos do atual Código de processo civil, o Prof. Alfredo Buzaid já confirmava tal tendência ao esclarecer que:

“posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever de verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece com a dignidade do instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para a atuação do direito e realização da justiça.”²⁷⁰

Por sua vez as reformas do Código de Processo civil, iniciadas na década passada, também revelam um movimento pela eticidade do processo, por meio da aplicação do princípio da boa-fé, coibindo recursos protelatórios e infundados, ampliando os poderes dos relatores nos tribunais, permitindo a antecipação da tutela de mérito quando ficar “caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

Na exposição de motivos do projeto de lei que deu origem a Lei 10.358 de 27 de dezembro de 2001, que alterou a redação do artigo 14 do CPC, os Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira afirmam:

“busca reforçar a ética no processo, os deveres de lealdade e probidade que devem presidir ao desenvolvimento do contraditório, e isso não apenas em relação às partes e seus procuradores, mas também a quaisquer outros participantes do processo, tais como a autoridade apontada coatora nos mandados de segurança, ou as pessoas em geral que devam cumprir ou fazer cumprir os mandamentos judiciais e abster-se de colocar empecilhos à sua efetivação.”²⁷¹

Neste mesmo sentido, não se pode deixar de enfatizar que o direito Processual Civil, desde 2010, aguarda aprovação junto ao Congresso, do projeto de lei PL 166 de 2010, que na mesma toada das reformas ocorridas desde 2001, propõe, agora, sob a forma de um novo código, a reforma das bases estruturais do processo que, de certa forma, vem justamente enaltecer o caráter ético e a colaboração, como modelo de organização do processo e a coesão com a constituição federal, de forma a valorizar os princípios éticos e sociais do processo.

Isto pode ser denotado, inclusive, na exposição de motivos do PL 166/2010, cuja síntese dos aspectos principais para um Novo Código Processo Civil, aponta, dentre outras:

²⁷⁰ Exposição de motivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

²⁷¹ A Lei nº 10.358/2001, ao alterar o artigo 14 do CPC, incluiu o inciso V, com a seguinte redação: “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraço à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”. E também incluiu-se um parágrafo único, com a seguinte redação: “Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente ao estatuto da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.” Observe-se, por fim, que a redação original não possui a exclusão dos profissionais vinculados à OAB (advogados).

“A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa. Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.”²⁷²

Fica claro assim, que os rumos do processo civil brasileiro e da metodologia neoprocessualista caminham juntos ao reconhecimento da necessidade de uma maior eticidade e efetividade no processo, através da busca da sintonia entre o Código, lei ordinária, e a Constituição da República e seus princípios, dentre eles, como dito à boa-fé.

Porém, é preciso aceitar que as leis, por si sós, não bastam para a mudança que se pretende ver implementada – uma vez que não é possível contemplar de uma maneira exauriente todos os possíveis atos (condutas) que vão de encontro a um processo mais ético. Razão pela qual, nos parece ser mais aceitável ou aferível que o princípio da boa-fé é a forma mais adequada - ou o veículo (numa ideia de meio) mais adequado - ao implemento da visão neoprocessualista do processo, especificamente no que concerne ao objetivo de maior eticidade.

Em outras palavras, verificada a inegável tendência da busca da eticidade do processo, não há como se escapar da ideia de que a aplicação do princípio da boa-fé é o veículo hábil a implementação da dita eticidade do processo e, por sua vez, a implementação de um, ou do, pensamento neoprocessualista.

Em outras palavras, pode-se afirmar que o princípio da boa-fé e sua consequente aplicabilidade no processo civil, estão intimamente relacionados à aceitação da nova metodologia processual, na medida em que a abertura do sistema jurídico e a busca da eticidade do processo, levou o pensamento jurídico de encontro a ideia da aplicabilidade do princípio da boa-fé em seu mais amplo espectro, ou seja, através de suas funções dentro do sistema processual civil.

²⁷² Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 8.046 de 2010, disponível em: < <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> > , acesso em 23/10/2012.

3.5 – Acesso à Justiça, boa-fé e Neoprocessualismo - a ideia de um processo justo?

Por último, para fecharmos, mesmo que temporariamente, a trilha traçada no presente capítulo, importante se torna enfatizar a relação ou inter-relação entre a boa-fé, o neoprocessualismo e a ideia de Acesso à justiça.

Para tanto, partiremos de uma ideia simplista que é a imagem de que a boa-fé objetiva, vista como um princípio ou uma regra, expressa através de uma cláusula geral, se traduz em um elemento dentro do sistema que permite a maior mutabilidade, abertura ou dinamismo – além do aspecto eticizante -, no seu plano objetivo e assim tende a privilegiar ou enaltecer o à acesso à justiça, na medida em que permite ao aplicador atualizar, no caso concreto, os valores mutantes vigentes na sociedade.

Em outras palavras, decompondo o que acima se sintetizou, é primordial identificar que o tema Acesso à Justiça não se limita com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo, mas antes de tudo, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se **adequadamente**.

Enaltece-se o termo adequadamente, pois, o processo não pode ser visto como um fim em si mesmo, mas sim, numa visão instrumentalista, como um meio de assegurar a resolução de um conflito social, por meio da prestação jurisdicional, que deverá ser efetiva, célere e na medida do possível justa²⁷³, por meio do atendimento ou observância das garantias mínimas estabelecidas.

Em outras palavras, para que se tenha um adequado meio de defesa ou busca dos direitos materiais violados, há que se ter em mente que o processo deverá ser regido e direcionado ao atendimento de todos os preceitos e garantias constitucionais do jurisdicionado.

²⁷³ Neste sentido, preleciona Kazuo Watanabe que: “Acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa (ainda, Kazuo Watanabe), ou seja, obtenção de justiça substancial. Não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas para suas pretensões, ou soluções que não lhe melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido. Todas as garantias integrantes da tutela constitucional do processo convergem a essa promessa-síntese que é a garantia do acesso à justiça assim compreendido.” (Cf. WATANABE, Kazou. *In: DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil*. 4.ed., São Paulo:Malheiros, 2004. p. 114 e 115)

Assim, o Acesso à justiça, como princípio, funciona como uma síntese diretiva de todos os princípios e garantias do processo. Nas precisas palavras de Dinamarco:

“(...) Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes) mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à idéia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios.”²⁷⁴

Com base nisto, não é incorreto afirmar que o Acesso à Justiça, sob a ótica do pensamento atual, é um princípio e ao mesmo tempo uma garantia da máxima atenção ou observância dos princípios constitucionais e infraconstitucionais do processo, a fim de prover o melhor e mais adequado meio de solução do conflito, através do processo.

Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque:

“Acesso à justiça, ou mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torna-lo equo, correto, *giusto*.”²⁷⁵

Por outro, voltando a ideia inicial e a sua decomposição, temos que a ideia de neo-processualismo, pode ser sintetizada através dos vetores apresentados na introdução deste trabalho, ou seja, o neo-processualismo (ou formalismo-valorativo) se traduz em um novo método ou fase evolutiva do direito processual civil, de uma forma reducionista, no reconhecimento da força normativa dos princípios e da própria constituição, de forma que as garantias constitucionais sejam observadas para o desenvolvimento de toda a ciência jurídica e o processo.

Assim, apesar da simplificação acima empregada, o que se deseja demonstrar é que neoprocessualismo e Acesso à justiça, são duas faces de uma mesma moeda, pois observando pela lado da metodologia jurídica, temos o neoprocessualismo como uma nova forma de se enxergar o fenômeno jurídico, por meio do reconhecimento da força normativa dos princípios e da própria constituição,

²⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2003. p. 372

²⁷⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 71.

e do outro lado, se observamos para dentro do sistema, temos o princípio do Acesso à Justiça como uma garantia máxima da efetivação dos preceitos do neoprocessualismo, ou seja, o neoprocessualismo indica a metodologia de que o processo deve ser regido pelas garantias constitucionais e o acesso à justiça determina que o processo seja modelado em conformidade com as mesmas garantias fundamentais, suficientes para torna-lo équo, correto, *justo*.

Desta maneira, é indissociável a ideia de Acesso à Justiça e Neoprocessualismo, de forma que são duas formas de enxergar ou direcionar um mesmo fenômeno.

Nesta toada, finalizando o que aqui se quis demonstrar e voltando a ideia primordial, se hoje se pretende falar de acesso à justiça sob a ótica neoprocessualista, temos que a boa-fé funcionará como princípio de cunho eticizante dentro do processo, de forma a melhor **adequa-lo** ao alcance último, que é a prestação jurisdicional de forma mais justa possível.

Capítulo 4 – a perspectiva interpretativa da norma processual a luz do princípio da boa-fé: força eticizante

Como dito no capítulo 1, a boa-fé é um princípio com assento constitucional, cuja principal função é a de nortear as relações jurídicas como um todo²⁷⁶. Outrossim, no capítulo 2, foi abordada a ideia do que seriam os princípios e a ideia de a boa-fé ser tida como tal, observando tanto as suas funções, como, em um primeiro momento, o seu conteúdo à luz da sociologia, da filosofia e da psicologia.

No terceiro capítulo, foram abordados os assuntos relativos à constitucionalização do direito, a abertura do sistema jurídico e a consequência lógica no processo civil, chamado de neoprocessualismo.

Passado todo este estudo preliminar - que representa, em verdade, a decomposição dos dois primeiros vetores de compreensão do direito processual civil contemporâneo citados na introdução - no qual foi possível observar o que entendemos como boa-fé, como funcionam e se aplicam os princípios jurídicos, abertura do sistema e aplicabilidade dos princípios, é chegada a hora de adentrarmos na ideia da aplicação do princípio da boa-fé no direito processual civil pátrio, como princípio que traz a força ética ao processo, ou como dito no capítulo anterior, nos traz a ideia de eticidade tão propalada pelo pensamento neoprocessualista, se utilizando, para tanto, da ideia da teoria da circularidade dos planos de direito material e processual.²⁷⁷

Por óbvio, o afirmado acima importará no reconhecimento da aplicabilidade dos preceitos da boa-fé objetiva na relação jurídica processual²⁷⁸ formada por todos os sujeitos do processo (autor, réu e Estado juiz), nos moldes determinados e desenvolvidos pela direito material.

²⁷⁶ Vide nota explicativa nº 52

²⁷⁷ Segundo as precisas palavras de Fredie Didier: “Ao processo cabe a realização dos projetos do direito material, em uma relação de **complementariedade** que se assemelha àquela que se estabelece entre o engenheiro e o arquiteto. O direito material sonha, projeta; ao direito processual cabe a concretização tão perfeita quanto possível desse sonho. A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que **o direito material coloca-se como o valor que deve preir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais.**” (foi grifado) (Cf. DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1, 14.ed. Bahia:JusPodium, 2012. p. 26-27)

²⁷⁸ Pode-se dizer que o reconhecimento da aplicabilidade da boa-fé objetiva no direito processual civil, não é algo novo, pois Menezes Cordeiro já afirmava: “Do Direito público, o primeiro setor atingido pela boa fé foi o Processo civil. A sua natureza instrumental perante o Direito civil e uma certa tradição literária de escrita sobre a boa fé em Processo terão facilitado a transposição. A jurisprudência foi receptiva ao movimento, fazendo, desde cedo, a aplicação da boa fé no campo processual” (MENEZES CORDEIRO, *op cit.*, p. 375).

Importa isto, pois, no reconhecimento de uma força eticizante ao processo, o que é inerente ao princípio, na medida em que o mesmo traduz um ideário de probidade²⁷⁹, lealdade, retidão ou confiança²⁸⁰.

Ou, nas palavras de Rui Stocco:

“Se é certo que toda demanda é o resultado de duas pessoas terem entendido coisas diferentes ao ler a mesma norma, como já se afirmou, 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.”²⁸¹

Desta forma, o que se pretende neste momento é, justamente, a demonstração da conexão existente entre todo o estudo já realizado e o objetivo desta dissertação, na medida em que o mesmo pode ter restado obscurecido pela necessidade de um pluralismo de fundamentos e razões para o reconhecimento da aplicabilidade do princípio da boa-fé e sua primordial contribuição, que é sua força eticizante.^{282 283}

²⁷⁹ Ensina Miguel Reale que a boa-fé “[...] é o cerne ou a matriz da eticidade”, qualificando-a como “[...] uma das condições essenciais da atividade ética, nela incluída a jurídica, caracterizando-se pela sinceridade e probidade dos que dela participam[...]”(Cf. REALE, Miguel. Estudos preliminares do código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 77).

²⁸⁰ Acerca da relação entre boa-fé, lealdade e ética, afirma o professor Humberto Dalla, que: “para assegurar a ética no processo, o CPC prevê uma série de limitações da combatividade permitida, além de diversas sanções à deslealdade que vão desde a perda de uma faculdade processual até a multa aplicada pelo magistrado (art. 18). Violando a parte seus deveres éticos, isto é, de lealdade e boa-fé processual (art. 14, II), ela é considerada litigante de má-fé por estar utilizando o processo com o objetivo de vencer a qualquer custo ou de, pelo menos, prolongar deliberadamente o seu curso normal, causando dano à parte contrária.”(Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Direito Processual Civil Teoria Geral do Processo*, vol. 1, 4ª ed. Rio de Janeiro:Saraiva, 2012. p.384)

²⁸¹ STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual: aspectos doutrinários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 34

²⁸² Como bem aponta Humbertho Theodoro Júnior, em seu artigo intitulado *Boa-fé e Processo – Princípios Éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz*, “O código Civil de 2002, fiel ao projeto de seus arquitetos de submeter os negócios jurídicos ao princípio da eticidade, invoca a conduta ética dos contratantes, em três circunstâncias diferentes, mas ideologicamente conexas: a) no artigo 422, estabelece-se a obrigação acessória de agir segundo os princípios da probidade e boa-fé (...); b) no artigo 113, estatui-sea função interpretativa da boa-fé; c) no artigo 187, reprime-se, como ato ilícito, a conduta do titular de um direito que, ao exercer-lo, excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé (...) **Em todas essas diversas situações a boa-fé objetiva cuida do disciplinamento ético do comportamento dos contratantes, um em relação ao outro. (...).**”

²⁸³ Dissertando sobre a ética e o processo, afirma Paulo Cesar Pinheiro Carneiro que: “Sob este enfoque o tema do comportamento ético dos personagens do processo coloca-se em posição de destaque. Isto por uma razão muito simples: se o processo é composto de pessoas, não só aquelas que formam a relação jurídica processual, mas, também, de tantas outras que contribuem para o seu desenvolvimento, é evidente que o comportamento, o modo que elas atuam será absolutamente fundamental. Em outras palavras, de nada valerá qualquer tipo de reforma processual, a criação de qualquer instituto mágico, se os personagens do processo não direcionarem as suas atividades para os fins almejados, pois, como afirmava Platão, “não pode haver justiça sem homens justos”. Daí a importância do aprofundamento do estudo da ética. Praticamente todas as modernas teorias éticas da justiça, de uma forma de outra têm em comum os princípios da liberdade, e o da minimização das

Para tanto, abordaremos a aplicabilidade do princípio da boa-fé sobre dois enfoques específicos, o primeiro, de cunho mais abrangente, trará a ideia da aplicação do princípio da boa-fé na relação jurídica processual travada entre Autor e Réu, e o segundo, de cunho mais restrito, trará a ideia ou o reflexo da aplicação do princípio da boa-fé na atividade jurisdicional, ou seja, o que se pode esperar pela aplicação ou reconhecimento da boa-fé no direito processual civil, notadamente quanto à atividade jurisdicional.

Por último, mas não menos importante, será considerada na análise proposta a questão, hoje em voga, dos princípios da cooperação ou colaboração, previstos no projeto de lei nº 166 de 2010 (Novo Código Civil), sob o enfoque da boa-fé objetiva, tentando, na medida do realizável, demonstrar a correlação (interdependência) existente entre estes diversos institutos.

4.1- Aplicação do princípio da boa-fé na relação processual – busca ou esforço pela eticidade do processo, por meio do reconhecimento das funções da boa-fé objetiva.

Até o presente momento muito foi afirmado e falado acerca dos princípios, da sua aplicabilidade de uma maneira genérica, do reconhecimento da abertura dos sistemas jurídicos e assim por diante. Contudo, algo que não foi esclarecido é a conectividade entre o estudo preliminar, reconhecidamente voltado ao direito privado e constitucional, e o direito processual civil.

desigualdades.⁴ A teoria da justiça desenvolvida por John Rawls se funda basicamente em dois princípios: o primeiro da liberdade e dos direitos humanos fundamentais, e o seu enunciado é de que “cada pessoa deve ter direito ao sistema mais largo de liberdade de base iguais para todos, compatível com sistema similar para todos os outros”; e o segundo princípio, o da diferença, no qual enuncia que “as desigualdades sociais e econômicas devem ser tais que, nos limites de um justo princípio, garantam maior vantagem possível ao menos favorecidos”. Não é diferente na sua essência a teoria que se tem firmado especialmente nos países latino-americanos denominada “da justiça e da ética de libertação”, que tem por finalidade a construção de uma nova sociedade baseada na igualdade e na justiça. A justiça é o cerne da ética da libertação, que nada mais é do que a luta para instaurar uma ordem social que possa abranger a todos os cidadãos, sem tolerar nenhuma forma de exclusão e marginalização. Também nesta mesma linha, mas sob um ângulo totalmente diverso, é a teoria da ética e do direito desenvolvida por Perelman no seu excelente livro “Ética e direito”. Este autor introduz a categoria do razoável na sua reflexão filosófica sobre o direito, destacando que neste último, ou seja, no direito, as idéias de razão e de racionalidade foram vinculadas, de um lado, ao modelo divino, e do outro a lógica e a técnica eficaz, enquanto as do razoável e de seu oposto, o desarrazoado, são ligados às reações do meio social e a evolução destas. Considera que nenhum direito pode ser exercido de forma desarrazoada, pois o que é desarrazoado não é direito. Reale centra a sua idéia de justiça no valor da pessoa humana, valor fonte de todos os valores, ambas devem ser consideradas “invariantes axiológicos”. O fundamental é que “cada homem possa realizar livremente seus valores potenciais visando a atingir a plenitude de seu ser pessoal, em sintonia com os da coletividade. É possível também trazer essas principais linhas para o processo. Particularizar estes enunciados na atuação dos principais personagens do processo: o juiz, as partes e seus advogados.”. (CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. *A ética e os personagens do processo*. Disponível em: <<http://pccp-prof.com.br/artigo2.pdf>>, acesso em: 02.02.2013)

Neste sentido, se busca demonstrar neste ponto, justamente a ideia da aplicabilidade do princípio da boa-fé na relação jurídica processual, como uma baliza orientadora e disciplinadora do atuar das partes no processo, voltado para a maior eticidade do meio (processo) com a finalidade de conseguir a maior efetividade do fim (justiça).

Contudo, cabe realizar uma colocação de ordem metodológica e informativa, pois, ao contrário de diversos manuais e trabalhos acadêmicos existentes, que comentam de forma pontual o princípio da boa-fé, buscando orientação, para tanto, dentro do texto normativo do Código de Processo Civil, a justificar a aplicabilidade em cada caso do princípio da boa-fé objetiva²⁸⁴, intentaremos neste item, de uma forma mais abrangente, determinar a aplicação do princípio, por meio de suas funções, de forma a realizar uma visão mais abrangente do tema.

Fixado o caminho a ser seguido e realizadas as devidas colocações, pode-se afirmar, a grosso modo, que o princípio da boa-fé objetiva foi mais desenvolvido fora do ramo do direito processual civil. Entretanto, pela constitucionalização do direito, os ideários de justiça, ética e socialização do direito, que permearam o pensamento social e jurídico no século XX, acabaram por minorar ou quase extirpar toda e qualquer separação dos diversos ramos do direito, notadamente se levarmos em consideração a clássica dicotomia entre direito público e privado, de tal forma que os institutos, antes vistos de forma estanque para cada “código” ou ramo do direito, passaram a atravessar ou difundir seus efeitos em todos os ramos da ciência jurídica, (principalmente em se tratando do princípio da dignidade da pessoa humana).

Assim, pode-se dizer que as ideias relativas às funções do princípio da boa-fé - vistas no capítulo 2 - são inteiramente aplicáveis ao direito processual civil por força, quer seja do princípio da solidariedade, quer seja pelo princípio da dignidade da pessoa humana, ou, ainda do próprio princípio do Acesso à Justiça, sob o enfoque determinado no item 3.5 da presente dissertação.^{285 286}

²⁸⁴ Exemplo disto encontra-se no extenso rol de aplicação do princípio da boa-fé objetiva, apresentado por Brunela Vicenzi, no qual identifica dezenas de artigos onde o fundamento está, justamente na boa-fé objetiva. (Cf. VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no Processo Civil*. São Paulo:Atlas, 2003.)

²⁸⁵ Vale lembrar, nas palavras de Patricia Ayub da Costa e Sergio Alves Gomes, que: “Portanto, no paradigma de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, da CF) fundamentado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), cujos objetivos são construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF); promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, CF) que rege suas relações

internacionais pelos princípios da igualdade entre os Estados (art. 4º, V, CF); defesa da paz (art. 4º, VI, CF); solução pacífica dos conflitos (art. 4, VII, CF); cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, IX, CF) só pode ser regido pelo princípio da boa-fé objetiva, pois é esse princípio que fundamenta o comportamento desse modelo de Estado.

Esses valores constantes na Constituição brasileira são valores éticos que demonstram que o Estado deve estar a serviço do ser humano e não o contrário. A boa-fé objetiva move a sociedade, ela é pressuposto dos demais princípios expressos na Constituição.

Deve-se observar ainda que a Constituição é a Carta Maior do Estado Democrático de Direito brasileiro e portanto, todos os demais princípios e regras constantes nas leis infraconstitucionais devem ser condizentes com as normas ali expressas. Se o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor trazem em seu bojo o princípio da boa-fé objetiva, tiveram que buscar sua validade na Constituição e ali, implicitamente, está o princípio da boa-fé objetiva.

Pode-se considerar ainda que a Constituição rechaça expressamente a má-fé em seu texto nos arts. 5º, LXXIII e 14, §11º. O fato de ser um princípio implícito não lhe retira o caráter de constitucional, pois o legislador não poderia prever expressamente todos os princípios, mas para tanto, rezou no §2º do art. 5º 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". Dessa forma, considerando-se a nova hermenêutica constitucional e o pensamento pós-positivista, procurou-se demonstrar que o princípio da boa-fé objetiva é princípio constitucional." (Cf. COSTA, Patricia Ayub da. e GOMES, Sergio Alves. *O princípio da boa-fé objetiva à luz da Constituição*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/patricia_ayub_da_costa.pdf>, acesso em:25.07.2012)

²⁸⁶ Neste sentido, precisas são as palavras de Fredie Didier, ao reconhecer: "mesmo que não houvesse texto normativo expresso, o princípio da boa-fé processual poderia ser extraído de outros princípios constitucionais, pois, a exigência de comportamento em conformidade com a boa-fé pode ser encarada como conteúdo de outros direitos fundamentais. Há quem veja no inc. I do art. 3.º da CF o fundamento constitucional da proteção da boa-fé objetiva. É objetivo da República Federativa Brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Haveria um *dever fundamental de solidariedade*, do qual decorreria o dever de não quebrar a confiança e de não agir com deslealdade. Nesta mesma linha de raciocínio, há quem veja a cláusula geral de boa-fé como concretização da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF). Para Menezes Cordeiro, por exemplo, a exigência de atuação de acordo com a boa-fé decorre do direito fundamental à *igualdade*: "a pessoa que confie, legitimamente, num certo estado de coisas não pode ser vista se não tivesse confiado: seria tratar o diferente de modo igual". Antônio do Passo Cabral entende que o fundamento da *boa-fé objetiva processual* é o princípio do contraditório, que não é apenas fonte de direitos processuais, mas também de deveres. O contraditório não serve apenas para dar aos litigantes o direito de poder influenciar na decisão, mas também "tem uma finalidade de colaboração com o exercício da jurisdição". O direito ao contraditório não pode ser exercido ilimitadamente: o respeito à boa-fé objetiva é exatamente um desses limites. Para Joan Pico I Junoy, o princípio da boa-fé processual compõe a cláusula do *devido processo legal*, limitando o exercício do direito de defesa, como forma de proteção do direito à tutela efetiva, do próprio direito de defesa da parte contrária e do direito a um processo com todas as garantias ("processo devido"). Cria, para tanto, eloquente expressão: o devido processo legal. O STF, órgão máximo da justiça brasileira, segue também essa linha de argumentação, de maneira ainda mais incisiva: a cláusula do devido processo legal exige um processo leal e pautado na boa-fé. A transcrição de trecho da fundamentação é necessária: "O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais. A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos. E arremata o STF com a confirmação de que a exigência de comportamento de acordo com a boa-fé atinge *todos* os sujeitos processuais, e não apenas as partes: "Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgão,

Independentemente da fundamentação que se dê para o reconhecimento da aplicabilidade do princípio da boa-fé no direito processual civil, certo é que reconhecida a aplicabilidade, inafastável será a ideia de que a sua aplicação decorrerá da própria funcionalização do princípio, ou seja, todo o desenvolvimento teórico da boa-fé adiantado e desenhado pelo direito civil é inteiramente aplicável ao processo, inclusive quanto às funções da boa-fé.

Neste sentido, e para adentrar ao que se deseja expor, rememorando o que já foi dito, a boa-fé possui três funções bem delineadas, a saber: (i) a interpretativa, (ii) a integrativa; e (iii) a limitadora.

De acordo com a primeira delas, consubstanciada no artigo 113 do Código Civil, a lei, o contrato ou qualquer outra relação jurídica (aí incluída a relação processual²⁸⁷) deve ser interpretada de modo a adequá-las às regras éticas.

Nesta interpretação, vale dizer, não há qualquer consideração ou perquirição da vontade íntima (tida por subjetiva) das partes quando das relações jurídicas. Em outras palavras, caracteriza-se como integrativa e não valorativa, pois o intérprete deve impedir que o ato atinja finalidade contrária àquela que seria lícito esperar, ignorando a existência, ou não, de má-fé pela outra parte.

Desta maneira, no direito processual civil, a função interpretativa da boa-fé objetiva já se encontra consolidada, como por exemplo, dentro das ideias de anulabilidade dos atos processuais, pois na interpretação deve sempre e sempre o juiz aproveitar ao máximo os atos, evitando-se a declaração da nulidade ou decretação da anulabilidade.

Como um exemplo do que foi dito, pensemos na ideia da citação nula. Pelo conceito legal de citação, esta é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou interessado a fim de que este possa exercer o seu direito de defesa.

públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça. Todas essas opções são dogmaticamente corretas. Adota-se a do STF, principalmente em razão de um aspecto prático: a caracterização do devido processo legal como uma cláusula geral é pacífica, muito bem construída doutrinariamente e aceita pela jurisprudência. É com base nesta garantia que, no direito estadunidense, se construiu o dever de boa-fé processual como conteúdo da garantia do fair trial. É mais fácil, portanto, a argumentação da existência de uma dever geral de boa-fé processual como conteúdo do devido processo legal. Afinal, convenhamos, o processo para ser devido (giusto, como dizem os italianos, equitativo, como dizem os portugueses) precisa ser ético e leal. Não se poderia aceitar como justo um processo pautado em comportamentos desleais ou antiéticos." (Cf. JÚNIOR, Fredie Didier. *Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. Revista de Processo*, vol. 171, p. 35. Mai / 2009)

²⁸⁷ Com a finalidade de recordar ensinamento básico de direito processual, deve-se recordar que o processo é um procedimento animado pela relação jurídica processual. (Cf. CAMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. 1, 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 150)

Imaginemos, agora, que a citação não tenha sido realizada, mas que o réu compareceu espontaneamente ao processo contestando o pedido e alegando a nulidade do ato. Assim, não há razões para que seja declarada a dita inexistência do ato, mesmo que latente, pois a sua finalidade ou função foi atingida independentemente do cumprimento ou não do estabelecido pela lei processual e independentemente da existência ou não de má-fé pela outra parte, na medida em que a finalidade de dar conhecimento do processo foi plenamente atingida, inclusive com o oferecimento de contestação pelo Réu.

Outro exemplo, mais fácil de ser percebido, é o caso da aplicação da teoria da aparência quando da citação de pessoas jurídicas, pois neste caso a lei processual vigente afirma textualmente que, como regra, a citação do Réu será pessoal, ou nos casos de Pessoas Jurídicas ao seu representante legal ou procurador legalmente autorizado.²⁸⁸

Interpretando o dispositivo à luz da boa-fé objetiva, teríamos que a citação realizada na pessoa de qualquer preposto da empresa, em sua sede ou endereço comercial, recebida sem qualquer ressalva, importaria na validade do ato. Isto porque, a boa-fé neste caso atuaria de forma a interpretar os dispositivos concernentes, abrandando os rigorismos formais previstos na lei e, assim, tendo como válida a citação feita a quem a recebe, em nome da pessoa jurídica, sem fazer qualquer ressalva para tanto.

É certo que neste casos, a jurisprudência realiza expressa menção à aplicação da teoria da aparência²⁸⁹. Contudo, a dita teoria da aparência nada mais é do que a efetiva aplicação do princípio da boa-fé como meio de interpretação e balizamento posterior de ato praticado anteriormente²⁹⁰.

²⁸⁸ Art. 215 Far-se-á a citação pessoalmente ao réu, ao seu representante legal ou ao procurador legalmente autorizado. § 1º Estando o réu ausente, a citação far-se-á na pessoa de seu mandatário, administrador, feitor ou gerente, quando a ação se originar de atos por eles praticados. § 2º O locador que se ausentar do Brasil sem cientificar o locatário de que deixou na localidade, onde estiver situado o imóvel, procurador com poderes para receber citação, será citado na pessoa do administrador do imóvel encarregado do recebimento dos aluguéis.

²⁸⁹ PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. TEORIA DA APARÊNCIA. RECEBIMENTO QUE SE APRESENTA COMO REPRESENTANTE LEGAL DA EMPRESA. Em consonância com o moderno princípio da instrumentalidade processual, que recomenda o desprezo a formalidades desprovida de efeitos prejudiciais, é de se aplicar a teoria da aparência para reconhecer a validade da citação da pessoa jurídica realizada em quem, na sua sede, se apresenta como sua representante legal e recebe a citação sem qualquer ressalva quanto a inexistência de poderes para representá-la em Juízo. Embargos de Divergência conhecidos e acolhidos. (STJ, EREsp 156970/SP, C.E., Rel. Min. VICENTE LEAL, DJ 22.10.2001. p. 261)

²⁹⁰ Curial, aqui, é referir o pensamento de doutrinadores a exemplo de Arnaldo Rizzardo, os quais apontam, como fundamentos da teoria da aparência, a necessidade de se conferir

Apesar destes pequenos exemplos, há que se ressaltar que a boa-fé sob a ótica ou função interpretativa, exige do Julgador um julgamento concreto, longe da abstração de outrora, pois o princípio impõe respostas concretas às situações jurídicas postas em debate.

Por outro lado, não se pode esquecer que este mesmo julgador deve, na perspectiva processual, interpretar tanto a relação jurídica material quanto à relação jurídica processual de forma a preservar o equilíbrio entre as partes e a manutenção da ética no processo.

Neste sentido, podemos apresentar, como um exemplo, a aplicabilidade da teoria da carga dinâmica do ônus probatório, pois, segundo preconiza Jorge W. Peyrano, jurista argentino, idealizador desta teoria, deve-se romper com a concepção estática da distribuição do ônus da prova, tendo em mente o processo em sua concreta realidade, atribuindo-se o ônus da prova à parte que, pelas circunstâncias fáticas, tiver melhores condições para demonstrar os acontecimentos do caso específico, independente de sua posição no processo (e se fato constitutivo, modificativo, etc).

Desta maneira, para Peyrano, a carga probatória dinâmica “obedece ao propósito de sublinhar que o esquema de um processo moderno deve necessariamente estar impregnado pelo propósito de ajustar-se o mais possível às circunstâncias do caso, evitando assim incorrer em abstrações desconectadas da realidade”²⁹¹.

Em linhas gerais, pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, (i) não se deve aceitar o estabelecimento prévio e abstrato do encargo (conforme previsto no artigo 333 do CPC; (ii) não importa a posição da parte no processo; (iii) não é relevante a clássica distinção entre fatos constitutivos, extintivos, modificativos, etc; é relevante apenas (i) o caso em concreto e a (ii) natureza do fato

segurança às operações jurídicas, de modo que, *in casu*, há de prevalecer sempre a boa-fé, determinante da decisão tomada pelo agente. É por esta boa-fé que se deve atribuir valor ao ato levado a efeito por alguém enganado por uma situação jurídica contrária à realidade, mas revestida exteriormente por características de uma situação jurídica verdadeira. Isto implica dizer que o sujeito que enseja uma situação jurídica enganosa não pode pretender que seu direito prevaleça sobre o direito de quem depositou confiança na aparência, de forma que o ato deve ser interpretado em prol daquele que foi enganado ou teve sua legítima confiança frustrada.

²⁹¹ PEYRANO, Jorge W. apud RUSCH, Erica. *Distribuição do ônus da prova nas ações coletivas ambientais*. In **Repro. Ano 34. nº 168. Fev/2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 365

a ser provado – imputando-se o encargo àquele que, pelas circunstâncias reais, encontrar-se em melhores condições de fazê-lo.²⁹²

Desta maneira, a boa-fé objetiva, impõe interpretação ao artigo 333 do CPC²⁹³, valorando a ética necessária a obtenção de um resultado desejado pelo processo.

É claro que estes são pequenos exemplos de como a boa-fé objetiva, por meio de sua função interpretativa, atua no processo, tanto na interpretação das normas processuais, como na interpretação dos atos propriamente ditos. Assim, o que se quer demonstrar é que a boa-fé objetiva, sob a ótica interpretativa, funciona como verdadeiro cânone hermenêutico, de forma a valorizar não só a ética necessária em todas as relações jurídicas (ética esta traduzida como lisura, um padrão comportamental probó), mas também atua de forma a valorizar outros princípios de ordem constitucional, tais como a igualdade material, a confiança, o devido processo legal, o acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa.

Visto isso, um segundo meio de se observar a aplicação do princípio da boa-fé no direito processual, se encontra sob a ótica de sua função integrativa, relacionando-se ao exercício de direitos subjetivos, pela criação de deveres anexos²⁹⁴.

Neste ponto, consoante o entendimento de Flavio Alves Martins, a boa-fé constitui um princípio genérico suscetível de fornecer soluções concretas, de fecundar a adequação da lei ao caso particular, explicitando os deveres de comportamento.²⁹⁵

Logo é imperioso reconhecer que a boa-fé atua como uma fonte de obrigações secundárias, na qual há um zelo ao comportamento das partes, impedindo o exercício contrário de posições jurídicas em relação à recíproca lealdade e confiança que deve permear as relações jurídicas em geral, e no vertente estudo, as relações jurídicas processuais.

Face a isto, sob o aspecto da função integrativa, o princípio da boa-fé se torna mais evidente, pois o próprio Código de Processo Civil vigente afirma no artigo

²⁹² TESHEINER, José Maria Rosa. *Ônus da prova*. In **Estudos de Direito Processual Civil Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Araújo**, coord. Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 364

²⁹³ Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

²⁹⁴ Vide Capítulo 2, item 2.2.1.2

²⁹⁵ MARTINS, Flávio Alves. *Boa-fé e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p.59

14, ser dever das partes litigantes, aos intervenientes e aos procuradores no transcurso do processo, especificamente de um processo civil, atuar com lealdade e boa-fé, dentre outros.

Pode-se afirmar, assim, que o atual diploma processual civil realçou os chamados princípios éticos do processo, pois destacou o primeiro dever decorrente da boa-fé, que é o dever de lealdade que deve imperar entre as partes litigantes.

Segundo aponta Vicente Greco Filho, o Código de processo 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 ideia 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.”²⁹⁶

Com base nisto, 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 suas razões, porém, atuando de forma leal, sem o emprego de subterfúgios ou atitudes antiéticas. A parte não fica tolhida, deste modo, de exercer todas as suas faculdades processuais, mas sim deve exercê-las de maneira correta, leal e sem abuso.

Pode-se dizer que a lealdade processual, como princípio – ou subprincípio decorrente da boa-fé - que norteia o processo civil, impõe um dever para as partes de serem leais, não apenas e tão somente uma com a outra, mas também em relação ao estado juiz, de forma que há uma união de esforços no intuito de encontrar uma solução para o litígio (cooperação).

E isto se dá porque, enquanto as partes propugnam à defesa de interesses privados, o Estado, por meio do processo, busca a pacificação social com justiça e prevalência do império da ordem jurídica (escopos social e jurídico da jurisdição²⁹⁷).

Contudo, a ideia contida por traz deste esforço de colaboração ou cooperação pode ser analisada à luz de uma ideia da prevalência do interesse público na prestação jurisdicional, ou seja, há verdadeira publicização do

²⁹⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 8.ed. São Paulo:Saraiva, 1989-1993. p. 106.

²⁹⁷ Vide nota nº 199.

processo²⁹⁸, com a necessária superação do privatismo até então reinante²⁹⁹, onde o processo era visto como um palco para embates entre as partes, cada qual buscando por todos os meios assegurar os seus pretensos direitos, com qualquer preocupação com a ética ou a lealdade processual.

Importante reconhecer que o princípio da boa-fé objetiva, atua como um veículo capaz de gerar por meio de sua aplicação concreta, além dos deveres diretamente ligados às partes, deveres ligados também à atividade jurisdicional, a qual não deve se limitar a simples solução do conflito, mas sim atuar de forma a educar, reafirmar o estado social e promover a justiça³⁰⁰.

Desta maneira, nesta segunda função da boa-fé objetiva - a lembrar função integrativa - vemos uma maior elasticidade e funcionalidade do princípio em questão, quer seja pela aplicação direta, quer seja pela concretização e aplicação de subprincípios, parcelas ou facetas como a lealdade, a confiança e a colaboração.

Destaque-se que a função da boa-fé objetiva, dita integrativa, sobreleva-se as demais, na medida em que indica e torna possível a aplicação direta do princípio da boa-fé, notadamente quanto ao atuar das partes no processo, pois ao criar, gerar ou concretizar deveres processuais, tende a regular diretamente a atividade processual.

Em outras palavras, quando se busca verificar a aplicação do princípio da boa-fé objetiva no processo civil, e mais precisamente na relação jurídica processual, acabamos por identificar a funcionalização do princípio por meio da integração, através do emprego dos deveres processuais, tais como a lealdade.

Dito isto, e retornando o pensamento a uma maior concretude, pode-se afirmar que o artigo 14 do Código de Processo Civil vigente, indica diretamente a função integrativa do princípio da boa-fé, ao enumerar ou determinar os principais deveres das partes e de seus procuradores, no atuar e desenrolar da relação jurídica processual.

²⁹⁸ Como um exemplo dos novos ventos e contornos do processo, basta lembrarmos a simples ideia da transmissão por meio de canal aberto das sessões de julgamento de nosso Tribunal Constitucional (Supremo Tribunal Federal), que de uma maneira ou de outra, tendem a demonstrar uma maior abertura e publicização dos julgamentos, função primaz da jurisdição.

²⁹⁹ Vale lembrar, neste momento, o traço histórico de evolução do processo civil, pois desde sua completa separação passou por diversas fases, onde o pensamento jurídico vigente influenciava diretamente a interpretação e função do direito processual, como largamente demonstrado no item 3.4, do capítulo anterior.

³⁰⁰ Neste sentido, vale lembrar outra vez que a jurisdição possui finalidades ou escopos, que segundo Cândido Rangel Dinamarco são: o escopo social, político e jurídico. (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. São Paulo:Malheiros, 2001. p. 125)

Isto porque, de acordo como Dinamarco, 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.

Tais deveres podem ser sintetizados como: o dever de veracidade, o dever de lealdade e o dever de colaboração³⁰¹.

A partir de uma leitura do atual artigo 14 do CPC, fica fácil perceber, sob a ótica depreendida, que o inciso I corresponde ao dever de veracidade, o inciso II e III correspondem ao dever de lealdade e os incisos IV e V correspondem ao dever de colaboração.

Vale notar que nenhum dos deveres, consubstanciados em condutas, elencados no artigo 14 do CPC, exige qualquer juízo acerca da vontade ou subjetividade na conduta, o que denota tratar-se de deveres objetivamente considerados.

Entretanto o que é verdadeiramente importante identificar, é que a função integrativa da boa-fé dá a concretude ao princípio que impõe a observância à ética. Isto porque, a boa-fé por si só, não possui uma aplicabilidade direta, na medida em que se trata de uma cláusula aberta cuja complementação demanda juízo de valoração. Já em se tratando de deveres, há uma clara conexão entre a hipótese normativo e o seu consequente normativo, em havendo inobservância dos deveres impostos pelo artigo 14 do Atual Diploma Processual Civil (hipótese normativa), haverá a imposição da penalidade prevista no artigo 18³⁰² do CPC, por força do reconhecimento da existência de litigância de má-fé (consequente normativo), conforme previsto no artigo 17 do mesmo diploma legal.

Ressalte-se, que a aplicação do artigo 17 do CPC, sob a ótica empregada neste estudo, não se refere a uma conduta subjetiva, ou seja, se há ou não intenção do agente causador do dano, pois, conforme o *caput* do referido artigo, o legislador

³⁰¹ Esta sintetização dos deveres impostos pela função integrativa da boa-fé encontra-se disciplinada nos incisos do artigo 14, pois em sua redação prevê: “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito. V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.”

³⁰² “Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.”

foi claro ao se referir que “Reputa-se”, no sentido da não necessidade de perquirição do ânimo – de ordem subjetiva - do agente.³⁰³

Em outras palavras, entendendo-se que os deveres dispostos no artigo 14 do CPC decorrem da função integrativa do princípio da boa-fé objetiva, como expressões ou exortações da ética por meio da imposição do dever de veracidade, lealdade e cooperação ou colaboração, importará no reconhecimento de que as condutas reputadas de má-fé, contidas no artigo 17 do CPC, são meras exortações correlatas aos deveres descritos no artigo 14 do mesmo diploma legal, ou seja, os incisos I e III do artigo 17 se refere a inobservância do dever de lealdade disposto no artigo 14, inciso III (ausência de fundamento), o inciso II do artigo 17, tem seu correspondente dever, insculpido no inciso I do artigo 14, e corresponde ao dever de veracidade (ou verdade), o inciso IV, V e VI do artigo 17, encontram o seu correlato no inciso IV do artigo 14, correspondendo ao dever de cooperação ou colaboração, por fim, o inciso VII do artigo 17, tem como correlatos os incisos III e V do artigo 14, correspondendo aos deveres de lealdade e cooperação.

Assim, não haveria a necessidade de perquirição do ânimo do agente, pois, se meras descrições de conduta, a sua realização, em que pese a vontade, já importaria no reconhecimento da existência de “má-fé”, que na verdade seria a quebra ou rompimento de um dos deveres anexos da boa-fé objetiva. Nos termos empregados pelo direito civil, haveria a violação positiva do contrato, que em caso é a relação jurídica processual, ou seja, adaptando-se o termo, haveria a “violação positiva da relação jurídica processual”.³⁰⁴

Neste sentido, há um arresto do Superior Tribunal de Justiça, que dispôs:

“PROCESSUAL CIVIL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REQUISITOS PARA SUA CONFIGURAÇÃO.1. Para a condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art.17, do CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5º, LV); e que da sua conduta resulte prejuízo processual à

³⁰³ Em sentido contrário ao que se expôs, afirma Humberto Dalla que: “A litigância de má-fé – espécie do gênero ato processual – decorre de fatos extraprocessuais, como, por exemplo, o descumprimento de um contrato; ou processuais, como a ausência de citação. A parte, ao litigar de má-fé, gera um fato processual, qual seja, um dano à parte contrária. Ao defini-la, o art. 17, CPC pressupõe a comprovação do dolo da parte

³⁰⁴ Some-se a este argumento a ideia de que o próprio CPC, quando exige a comprovação do elemento subjetivo dolo, assim dispõe expressamente, como é o caso do artigo 133 do referido diploma legal.

parte adversa.2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para excluir do acórdão recorrido a condenação por litigância de má-fé.”³⁰⁵

É certo, porém, que na prática, doutrina e a jurisprudência recente³⁰⁶ (de forma uníssona), são firmes em afirmar a necessidade de comprovação do dolo (má-fé – subjetiva) para o reconhecimento da litigância de má-fé e a consequente aplicação do artigo 18 do CPC.

Isto contudo, como é de curial conhecimento, acabou por tornar inefetiva ou quase inexistente a aplicabilidade da multa por litigância de má-fé, pois a necessidade de comprovação da existência do dolo, tornou impossível, ou muito difícil³⁰⁷, a aplicabilidade do disposto no artigo 18 do CPC, visto que, pelo do lado do juízo, não há qualquer segurança em se reputar autor ou réu como litigante de má-fé, pelo simples atuar (objetivo), demandado provas de que o referido atuar foi imbuído de dolo (subjetivo).

Entretanto, tal perspectiva talvez esteja encontrando o seu final, pois, *de lege ferenda*, o Projeto de lei nº 166 de 2010, conhecido como Novo Código de Processo Civil, tomado por todo o desenvolvimento teórico dos últimos anos, notadamente quanto à necessária valorização da boa-fé, cooperação e da ética no processo, trás importantes modificações quanto à litigância de má-fé e sua configuração.

Isto porque, conforme dispõe textualmente o artigo 83 do NCPC, “considera-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou

³⁰⁵ RECURSO ESPECIAL 250781 / SP, Relator Ministro JOSÉ DELGADO - PRIMEIRA TURMA – 23/05/2000, RSTJ vol. 135 p. 187

³⁰⁶ Neste sentido, assevera Vicente Grecco que: “o código vigente reiterou o princípio da sucumbência e separou as hipóteses de dano causadas pela má-fé. Assim, aquele que pleitear com dolo, isto é, com intenção de causar prejuízo, responde por perdas e danos em favor do prejudicado.” (Cf. GRECCO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.110)

³⁰⁷ Para comprovar tal ponto de vista, basta realizar uma pequena consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça, onde é perceptível o baixo número de condenações em litigância de má-fé, apesar do altíssimo número de processos distribuídos e da quantidade infindável de atos que ensejariam a condenação por litigância de má-fé.

ato do processo; VI – provocar incidentes manifestamente infundados; VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.”³⁰⁸

Em uma primeira observação, somente com base no artigo citado, pode parecer que houve somente uma atualização ortográfica do artigo 18 do CPC. Contudo, a modificação do termo “Reputa-se” para “Considera-se”, muito embora aparentemente só uma mudança de verbo, em virtude das próprias bases do NCPD, em verdade traduzem a aceitação de um novo ideário, fundado na maior acessibilidade da justiça, da maior eticidade das partes, da necessária colaboração dos personagens do processo e da ideia de uma maior dialética processual, baseada, a seu turno, na ideia de um processo democrático e cooperativo, ou seja, há uma verdadeira mudança de modelo de processo.

Corroborando ao que acima se expôs, temos nos primeiros artigos do Projeto do NCPD, justamente todo o arcabouço teórico primordial para a elaboração da referida norma. Entretanto, limitando ao assunto em tela, o artigo 5º do referido projeto deixa claro que: “As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.”

Discorrendo sobre este artigo, afirma Humberto Dalla que:

“Este dispositivo trata do Princípio da Cooperação, decorrente dos Princípios da Boa Fé e da Lealdade. Somente num ambiente protegido pelas garantias constitucionais, e havendo um permanente monitoramento da incidência dessas garantias é que se poderá ter o chamado processo justo. Ocorre que, como elementos imprescindíveis ao bom funcionamento desse sistema, encontramos a postura do juiz e a atitude das partes.”³⁰⁹

Decorre desta constatação que, adotando-se o princípio da cooperação, de desenvolvimento teórico em países como Alemanha, França e Portugal³¹⁰, haverá tanto para parte, quanto para o próprio Estado-Juiz, a criação de deveres que se não atendidos (de forma objetivamente considerados), resultam no reconhecimento da litigância de má-fé, e seus consectários.

³⁰⁸ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0F16016975B32D69D63A0E99EDA7C7F9.node1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>, acesso em 02.01.2012

³⁰⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de código de processo civil: breves considerações acerca dos artigos 1º a 12 do pls 166/10. *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil – REDP*, vol. 11, Jul. a Dez./2010. p. 49-93

³¹⁰

Assim, sob a ótica do princípio da cooperação, decorrente do princípio da boa-fé objetiva, em sua função integrativa como o dever anexo de cooperação³¹¹, deverão as partes atuar de forma a auxiliar, umas as outras reciprocamente, na solução do litígio, sob pena de considerar-se, em caso de inobservância, litigante de má-fé aquele que deu causa.

Interessante denotar, ainda, que o princípio da cooperação, em sendo reconhecido, importa numa mudança de modelo processual, o qual passa a ter o eixo central justamente na participação ativa de todos os sujeitos processuais para a consecução do fim que é a sentença. Contudo este ponto será devidamente abordado quando do estudo da relação entre a boa-fé e a atividade jurisdicional.

Voltando ao ponto em comento, por todo o exposto, quanto à função integrativa da boa-fé objetiva e os consequentários deveres de veracidade, lealdade e cooperação, podemos dizer que na atual legislação, sob o enfoque da interpretação dada pela doutrina e jurisprudência, o artigo 17 do CPC, não guarda relação, sob aquela ótica, com o princípio da boa-fé objetiva. Isto porque as condutas previstas neste dispositivo demandam a perquirição do ânimo (dolo) do agente (leia-se parte do processo).

Assim, sob a perspectiva da interpretação atual³¹², há um grande esvaziamento da boa-fé objetiva e da própria intenção ética do disposto nos artigos 14, 17 e 18 do CPC³¹³, posto que se houvesse o reconhecimento da existência da relação entre os deveres decorrentes da função integrativa da boa-fé, justamente sob o enfoque dos deveres das partes preconizado no artigo 14 CPC, a mera

³¹¹ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra:Coimbra Ed., 2010. p.99-101

³¹² V.g.

³¹³ Em que pese a exposição de motivos do atual Código de Processo Civil dispor textualmente que: "Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do Direito e realização da Justiça. Tendo em conta estas razões ético-jurídicas, definiu o projeto como dever das partes: a) expor os fatos em juízo conforme a verdade; b) proceder com lealdade e boa-fé; c) não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; d) não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do Direito (artigo 17). E, em seguida, dispôs que "responde por perdas e danos todo aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente" (artigo 19). No artigo 20, prescreveu: "Reputar-se-á litigante de má-fé aquele que: a) deduzir pretensão ou defesa, cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer; b) alterar intencionalmente a verdade dos fatos; c) omitir intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa; d) usar do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal; e) opuser resistência injustificada ao andamento do processo; 1) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; g) provocar incidentes manifestamente infundados."

inobservância dos deveres dispostos, traria como conseqüente normativo a aplicação da pena prevista no artigo 18 do CPC.

Infelizmente, há que se reconhecer que não é este o entendimento na atualidade, de tal sorte que se observa um diminuto número de condenações em litigância de má-fé, apesar de ser latente que diversos, para não dizer inúmeros, processos que tramitam junto ao judiciário contem diversos atos praticados pelas partes contrários à boa-fé objetiva e seus ditames.

Realizadas as observações acima, passemos a análise da última função da boa-fé objetiva, qual seja a função limitadora. Neste ponto, como afirmado no Capítulo 2, a função limitadora, de certa maneira, é uma complementação à função integrativa, pois se esta determina a criação de deveres (a lembrar: veracidade, lealdade e cooperação), como uma consequência lógica, há uma limitação ou restrição de direitos. Como bem aponta Judith Martins-Costa:

“A boa-fé objetiva, por fim, implica na limitação de direitos subjetivos. Evidentemente, a função de criação de deveres para uma das partes, ou para ambas, pode ter, correlativamente, a função de limitação ou restrição de direitos, inclusive de direitos formativos.”³¹⁴

Entretanto, como já antes afirmado, e neste momento ratificado, apesar de aparentemente complementariedade a função limitadora da boa-fé possui escopo e definição próprias, pois visa principalmente um atuar reativo da boa-fé objetiva, na medida em que serve de limitadora ao exercício abusivo de direitos.

Buscando uma definição à função limitadora, pode-se afirmar que esta função pode ser definida como derogatória de posições contraditórias, por meio da imposição da boa-fé, que induz a adoção de condutas não contraditórias (ideia ligada diretamente à confiança), evidentemente importante ao transcurso de um processo.³¹⁵

Pode-se dizer que a função limitadora da 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 (socialidade e efetividade informam esta função).

Nesta linha propõe Judith Martins-Costa que a boa-fé, vista sob esta ótica, atua como norma de inadmissibilidade do exercício de direitos que a contrariem,

³¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* p. 454

³¹⁵ 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.

uma vez que é certo que quando uma das partes adota uma conduta contraditória desrespeita o dever de agir com lealdade e correção, pois em decorrência destas (lealdade e honestidade), as partes sempre devem agir de maneira coerente.³¹⁶

Dentro do direito processual civil a teoria do abuso de direito está ligada ao exercício do direito de ação e de defesa, pois como bem afirma Adroaldo Leão³¹⁷, o exercício dos direitos de ação e de defesa não é incompatível com a lealdade processual, com a verdade e com os ditames éticos.

Neste sentido, 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 Stoco³¹⁸, 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 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.

Por outro lado, a função limitadora da boa-fé também possui um escopo relacionado à teoria dos atos próprios e, conseqüentemente, ao princípio da confiança, o que alarga a aplicabilidade do princípio da boa-fé a situações não expressamente previstas pelo artigo 17 do CPC.

Discorrendo sobre esta relação, entre a teoria dos atos próprios e o princípio da boa-fé, sob a ótica da função limitadora da boa-fé, no direito processual civil, Fredie Didier bem pontua que:

“O princípio da boa-fé atua mediante a aplicação de dois subprincípios ou princípios mediantes: (a) proteção da confiança, pelo qual se protege o sujeito que foi levado a acreditar em certo estado de coisas; (b) prevalência da materialidade subjacente: é preciso aplicar as normas jurídicas com atenção ao conjunto das particularidades da situação concreta que se busca resolver, em postura de combate ao formalismo, "então entendido como submissão rígida dos casos a decidir às proposições legais tidas por aplicáveis". Como diz Menezes Cordeiro: o subprincípio de primazia da materialidade

³¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* p. 456

³¹⁷ LEÃO, Adroaldo. *O litigante de má-fé*. 2.ed. Rio de Janeiro:Forense, 1986.

³¹⁸ STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual: Aspectos doutrinários*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002.

subjacente "traduz a vocação efectiva da Ciência do Direito para, em termos constituintes, resolver problemas concretos".³¹⁹

E arremata:

"De acordo com a sistematização procedida pela doutrina alemã, são quatro os casos de aplicação da boa fé ao processo: (a) proibição de criar dolosamente posições processuais, ou seja, proibição de agir de má-fé; (b) a proibição de *venire contra factum proprium*, (c) a proibição de abuso de poderes processuais; (d) *Verwirkung* (supressio, de acordo com a sugestão consagrada de Menezes Cordeiro): perda de poder processual em razão do seu não-exercício por tempo suficiente para incutir no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não mais seria exercido."³²⁰

Complementando o raciocínio, depreendido pelo citado autor, temos que Menezes Cordeiro relaciona os diversos tipos de exercício inadmissível de posição jurídica com os respectivos princípios "mediantes" da boa-fé, afirmando que:

"O *venire contra factum proprium*, certas hipóteses de inalegabilidades formais, a *supressio* e a *surrectio* mostraram que, em determinadas condições, as posições jurídicas, a exercer por si, licitamente, não podem ser actuadas por, com isso, se atentar contra situações de confiança que o Direito entende proteger. Outras hipóteses de inalegabilidades formais, o tu quoque e algumas manifestações de desequilíbrio no exercício põem antes a tónica na necessidade, a quando de um exercício irrepreensível, em si, de respeitar a realidade material subjacente ao edifício jurídico em jogo"³²¹

Como se pôde perceber, o princípio da boa-fé processual é a fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rúbrica do "abuso do direito" processual (desrespeito à boa-fé objetiva).³²²

Em outras palavras, a função limitadora da boa-fé objetiva, como já afirmado, tem um carácter complementar a função integrativa, de forma que se há a criação de um dever (obrigação primária), o seu descumprimento voluntário gerará um segundo dever (obrigação secundária), independentemente de sua vontade, que é o de indenizar.

Neste sentido, e buscando a rúbrica propalada de "abuso no exercício do direito", podemos resumir, ou dizer, que em havendo a inobeservência de um dos deveres anexos, decorrentes da função integrativa, haveria, em verdade, o exercício abusivo do direito de ação ou de defesa, por parte daquele que deduziu pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, alterou a verdade dos

³¹⁹ JÚNIOR, Fredie Didier. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. *Revista de Processo*, vol. 171, p. 35. Mai / 2009.

³²⁰ *Idem, Ibidem.*

³²¹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil* cit., p. 900

³²² Sobre a relação entre boa-fé e abuso do direito, mais uma vez CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil* cit., p. 861-902

fatos, usou do processo para conseguir objetivo ilegal, opôs resistência injustificada ao andamento do processo, procedeu de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, provocou incidentes manifestamente infundados ou, ainda, interpôs recurso com intuito manifestamente protelatório, se sujeitando, em qualquer dos casos, a multa prevista no artigo 18 do CPC (dever secundário).

Isto posto, há que se ressaltar que, em verdade, a função integrativa se reporta a própria inobservância do dever de lealdade e cooperação inerentes ao processo, decorrentes da função integrativa do princípio da boa-fé objetiva.

Pode parecer confusa a parte final da oração anterior, mas traduzindo, ou melhor explicando, o que se quis dizer é que as funções da boa-fé não são compartimentos estanques, mas sim círculos que se interligam ou relacionam. trazendo para uma figura da biologia, na ordem de hierarquia da classificação científica biológica, partindo da família, esta seria a boa-fé objetiva, as suas funções seriam uma sistematização com base a relação de gênero, para as diversas espécies de princípios que surgem de pequenas parcelas da aplicabilidade da boa-fé, de forma que numa imagem piramidal a boa-fé seria o ápice irradiando três funções a interpretativa, a integrativa e a limitadora, destas funções decorreriam os diversos princípios.

Entretanto, a par desta relação de decorrência direta, o que deve ficar claro é que o princípio da boa-fé objetiva é um verdadeiro instrumento multifacetário de controle da ética no processo civil, adotando tanto instrumentos de limitação com poder de coerção, por meio da imposição de condutas e de observância de deveres, assim como, sob uma segunda face é verdadeiro instrumento hermenêutico posto a disposição para controlar, limitar e integrar o sistema processual com o elemento exógeno que é a ética, entendida esta como um comportamento humano ideal, voltada para a lealdade, probidade e lisura (utilizando-se da figura da hierarquia biológica, seria a ética a ordem de onde advém a boa-fé, como família, e assim por diante)

Desta maneira, a luz desse instrumento, deverá o magistrado atuar como verdadeiro garantidor do *fair play* processual, de modo a impor, a todas as partes e terceiros intervenientes, a observância dos preceitos da boa-fé objetiva, como acima delineado.

4.2- O Juiz Contemporâneo, a Boa-fé e o processo – traços de uma linha de limitação da atividade jurisdicional, decorrente da efetivação do princípio da boa-fé nas relações processuais (partes – Estado Juiz)

Restou assentado no item anterior a relação entre a boa-fé e a ética, vista através de suas funções, no que tange a atividade das partes (em sentido lato).

Entretanto, algo que não foi falado e que merece um grande destaque é a aplicação do princípio da boa-fé em relação à atividade jurisdicional, ou seja, o controle dos atos do Estado-Juiz por meio da boa-fé, princípio ético, que como dito, valoriza a lealdade, a probidade, a justiça e a colaboração.

Porém, para o alcance do tema, será necessário realizar uma pequena digressão acerca dos modelos processuais e dos modelos de juiz, sob a ótica de deveres-poderes nas figuras utilizadas por François Ost³²³, para assim se estabelecer o tema proposto à luz do direito processual civil vigente, bem como, em prospecção, à luz do projeto de Lei 166 de 2010, conhecido como NCPD.

Partiremos então pela análise dos modelos processuais, pois, como é de comum sabença, há diversos modelos de direito processual, e todos eles podem ser considerados em *conformidade* com o princípio do devido processo legal. Tudo vai depender do que se entende por *devido processo legal*, que, por se tratar de cláusula geral, é texto cujo conteúdo normativo variará sobremaneira a depender do espaço e do tempo em que seja aplicado.

Desta maneira, a doutrina costuma identificar dois modelos de processo na civilização ocidental influenciada pelo iluminismo, a saber: o modelo dispositivo e o modelo inquisitivo, e mais recentemente, por influência de pensamento neoconstitucionalista, é possível identificar um terceiro modelo: o processo cooperativo.

Passemos a análise, começando pelos modelos tradicionais de processo.

A organização do processo não prescinde de uma distribuição das funções que devam ser exercidas pelos sujeitos processuais. Cada um deles exerce um papel, mais ou menos relevante, na instauração, no desenvolvimento e na conclusão

³²³ OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. In: DOXA, nº 14, 1993. pp. 169-194. < <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm>>. Acesso em 02 de novembro de 2010.

do processo³²⁴. Dentro desta perspectiva das funções dos sujeitos processuais, A doutrina costuma identificar dois *modelos* básicos de estruturação do processo: o modelo *adversarial* e o modelo *inquisitorial*.

O modelo *adversarial* configura-se sob a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir, ou seja, somente realizar a prestação jurisdicional.

A seu turno, o modelo *inquisitorial*, ou não adversarial, estrutura-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo, uma vez que detém maiores poderes e atua diretamente nos rumos do processo.

Pode se dizer, assim, que no primeiro modelo, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes, o que coaduna com as ideias do liberalismo, onde há um respeito exacerbado a autonomia da vontade. Já no segundo modelo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo³²⁵, o que coaduna com as ideias de um Estado Social, onde a autonomia da vontade sede lugar a ideia de interesse social.

Desta maneira, fala-se que, no modelo adversarial, prepondera o *princípio dispositivo*, e, no modelo inquisitorial, o *princípio inquisitivo*³²⁶. Assim, quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado *princípio dispositivo*;

³²⁴ É certo que a divisão do “trabalho” processual é tema clássico e dos mais importantes. Como afirma Barbosa Moreira, “falar dos poderes do juiz importa enfrentar problema central de política jurídica, a cujo respeito todo o sistema processual é chamado a definir-se: o problema da ‘divisão de trabalho’ entre o órgão judicial e as partes. (...) Aceita a premissa de que ao titular do direito, em princípio, toca livremente resolver se ele deve ou não ser defendido em juízo, daí não se extrairá, sem manifesto salto lógico, que lhe assista idêntica liberdade de influir na maneira por que, uma vez submetida a lide ao órgão estatal, deva este atuar com o fim de estabelecer a norma jurídica concreta aplicável à espécie. Se cabe ver no litígio uma como enfermidade social, a cuja cura se ordena o processo, antes parece lícito raciocinar analogicamente a partir do fato de que o enfermo, no sentido físico da palavra, livre embora de resolver se vai ou não internar-se em hospital, tem de sujeitar-se, desde que opte pela internação, às disposições do regulamento: não pode impor a seu bel-prazer horários de refeições e de visitas, nem será razoável que se lhe permita controlar a atividade do médico no uso dos meios de investigação indispensáveis ao diagnóstico, ou na prescrição dos remédios adequados”. (Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo”. *Temas de direito processual civil* – quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 45-46.)

³²⁵ DAMAŠKA, Mirjan R. *The faces of justice and State Authority*, cit., p. 3. No original: “The adversarial mode of proceeding takes its shape from a contest or a dispute: it unfolds as an engagement of two adversaries before a relatively passive decision maker whose principal duty is to reach a verdict. The nonadversarial mode is structured as an official inquiry. Under the first system, the two adversaries take charge of most procedural action; under the second, officials perform most activities”.

³²⁶ Princípio, aqui, é termo utilizado não no sentido de “espécie normativa”, mas, sim, de “fundamento”, “orientação preponderante”

tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o *princípio inquisitivo* o processo será. A dicotomia *princípio inquisitivo-princípio dispositivo* está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de “inquisitividade”; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparece a “dispositividade”.

Dentro desta perspectiva, e se utilizando das figuras de modelos de juiz, propaladas por François Ost, no modelo dispositivo, o juiz mais se coaduna com a figura do Juiz Júpiter,³²⁷ o qual caracteriza Ost como um Juiz passivo, que atende às exigências do Estado Liberal do Século XIX, sendo que o magistrado estaria adstrito à pirâmide normativa, independentemente da realidade do caso concreto, podendo-se dizer que seria um Juiz extremamente Procedimentalista e Normativista.

Logo, neste modelo, não haveria espaço para se falar na aplicabilidade do princípio da boa-fé, na medida em que os poderes do magistrado estariam previsto pela própria legislação, de tal sorte que somente se aplicaria às partes, no caso de expressa menção no texto normativo, por meio de regras de condutas expressas, sob pena do agigantamento não permitido do poder decisório do Juiz, isto sob uma ótica de modelo dispositivo fundado nos ideários libertalista.

Em outras palavras, no modelo dispositivo de processo, dada as suas próprias bases liberais positivistas, os poderes do Juiz são extremamente limitados,

³²⁷ lembremos que Júpiter (em latim, Iuppiter) era o deus romano do dia, comumente identificado com o deus grego Zeus. Também era chamado de Jovis (Jove). Filho de Saturno e Cibele, foi dado por sua mãe às ninfas da floresta em que o havia parido. Criado longe para não ter o mesmo destino cruel dos irmãos, devorados pelo pai que não queria dividir seu mando com nenhum rival, voltou à morada dos progenitores após saber por meio de sua águia de estimação todo o seu passado. Após libertar os irmãos do ventre paterno, empreendeu a revolta titanomaquia. Saturno procurou seus irmãos para fazer frente ao jovem deus rebelde que, com seus irmãos, reuniram-se no Olimpo. Casou-se com Juno, sua irmã e filha preferida de Cibele. Zeus era senhor do céu e deus supremo da mitologia grega. Filho mais novo de Cronos e Réia, nascido no Monte Ida, em Creta. Conhecido pelo nome romano de Júpiter, tinha como irmãos Posídon, Hades, Deméter, Héstia e Hera, de quem era também marido, e pai de diversos deuses, como Atena, Ártemis e Apolo.

Zeus sempre foi considerado um deus do tempo, com raios, trovões, chuvas e tempestades atribuídas a ele. Mais tarde, ele foi associado à justiça e à lei. Havia muitas estátuas erguidas em honra de Zeus, sendo que a mais magnífica era a colossal estátua de Zeus em Olímpia, uma das sete maravilhas do mundo antigo. Originalmente, os jogos olímpicos eram realizados em sua honra. Segundo o mito, durante muito tempo quem governou a Terra foi o tirano Urano (o Céu). Até que foi deposto por Cronos, seu filho. Então Urano profetizou que Cronos também seria destronado por seu próprio filho. Cronos, temendo a maldição, passou a devorar vivos os próprios filhos, logo que estes nasciam. Vários bebês tiveram esse destino. Sua mulher Réia, porém, não podia deixar de amar seus filhos. Assim, após dar a luz a um menino, Réia enganou o marido, dando um potro a Cronos. Este ansioso por se proteger da profecia, devorou o potro sem perceber o embuste. Alguns poetas, de forma diferente, dizem que Cronos engoliu um saco de pedras. Réia levou o filho salvo para um local seguro, dando-lhe o nome de Zeus (tesouro que reluz).

obedecendo a estreita legalidade, de tal forma que as partes, por sua autonomia, devem reger o processo, servindo o magistrado tão somente como um fiscal da legalidade. Noutra sentida, a atividade jurisdicional seria controlada diretamente por regras expressas, que independente de um juízo de valor, típico da aplicação de princípios, demandariam somente um juízo de tipicidade formal (análise da hipótese normativa e o seu conseqüente).

Em lado oposto, no modelo inquisito, como dito, a um agigantamento da atividade jurisdicional, por meio da dotação de maiores poderes ao magistrado na condução, dentro desta perspectiva, o modelo de juiz que se coaduna com este modelo de processo é a figura do Juiz Hércules³²⁸, caracteriza por Ost, como típico do Estado Social do Século XX, onde o Juiz passa a possuir um viés assistencialista, uma vez que é visto com base na pirâmide invertida, onde o caso “supera”o ordenamento, sendo um juiz ativista e não um substancialista, ou seja, como a próprio figura de Hércules, o juiz traz o mundo em suas costas, por meio da dotação de poderes, o juiz interfere ativamente na condução do processo em todas as suas fases, ativamente.

Desta maneira, sob a ótica de Hércules-inquisitorial, o princípio da boa-fé quanto à atividade jurisdicional começaria a ter relevância, pois o Juiz como o grande ator do processo, de um Estado Social, de viés assistencialista, onde a figura do Juiz seria tida como a mais importante dentro do processo, teria os atos como

³²⁸ Hércules (em Roma) ou Héracles (na Grécia) era filho de Alcmena (uma mortal) e de Zeus (Júpiter). Este disfarçou-se como seu legítimo esposo, Anfitrão, que se achava ausente nalguma de Tebas. Ao nascer, Zeus, para torná-lo imortal, pediu a Hermes que o levasse para junto do seio de Hera, quando esta dormia, e fizesse-o mamar. A criança sugou com tal violência que, mesmo após Hércules ter terminado, o leite da deusa continuou a correr e as gotas caídas formaram no céu a via-láctea e na Terra, a flor-de-lis. Foi Hércules o mais célebre dos heróis da mitologia, símbolo do homem em luta com forças da natureza. Desde que nasceu teve de vencer as perseguições de Hera. Tanto é que, com oito meses de vida estrangulou com as mãos duas serpentes que a deusa mandou ao seu berço para o matarem. Quando homem, sobressaiu-se por sua musculatura de aço e enorme força. A sua primeira façanha deu-se quando se dirigiu a Beócia, cidade próxima de Tebas, e perseguiu e matou apenas com as mãos um enorme leão, que devorava os rebanhos de Anfitrão e de Téspio. A caçada durou cinquenta dias consecutivos, durante que Hércules foi hóspede de Téspio, que aproveitou para unir cada uma das suas cinquenta filhas com ele, de maneira a criar uma aguerrida descendência, conhecidos pelos Téspíadas, que se espalharam até a Sardenha. Por livrar a cidade de Tebas de um tributo que tinha de pagar à de Orcómeno, o rei da primeira, Creonte (filho de Meneceu), casou a sua filha mais velha, Mégara. Num acesso de loucura provocado por Hera, Hércules matou os filhos tidos com Mégara. Após recuperar a sanidade, Hércules foi a Delfos consultar um oráculo sobre o meio de se redimir desse crime e poder continuar com uma vida normal. O oráculo ordenou-lhe que servisse, durante doze anos, o seu primo Euristeu, rei de Micenas e de Tirinte. Apresentando-se ao serviço, o rei, simpático a Hera, que não cessava de perseguir os filhos adúlteros de Zeus, impôs-lhe, com a oculta intenção de eliminá-lo, doze perigosíssimos trabalhos, de que o herói saiu vitorioso.

expressões de sua própria força destinada ao alcance da pacificação social, por meio da atividade jurisdicional.

Neste contexto, ao que nos parece, o princípio da boa-fé encontraria guarida de forma incipiente, pois ao mesmo tempo que o Juiz toma a si a condução do processo, por outro lado o mínimo de garantias de um Estado social deve ser assegurada, de tal forma que o princípio da boa-fé encontraria sua aplicabilidade, de forma reduzida, por meio de instrumentos de controle típicos, recursos e meios autônomos de impugnação da decisão judicial.

Entretanto, apesar deste traços iniciais acerca da diferenciação dos modelos de processo e seu equivalente nas figuras de François Ost, o que é certo é que a dispositividade e a inquisitividade, características dos modelos ditos, podem manifestar-se em relação a vários temas, tais como: a) instauração do processo; b) produção de provas; c) delimitação do objeto litigioso (questão discutida no processo); d) análise de questões de fato e de direito; e) recursos etc.

Certo, ainda, que nada impede que o legislador, em relação a um tema, encampe o “princípio dispositivo” e, em relação ao outro, o “princípio inquisitivo”. Exemplo disto pode ser visto no atual diploma processual civil, que preconiza os artigos 128, 263 e 460 do CPC, que quanto à fixação do objeto litigioso, o problema deve ser resolvido pelas partes, de forma que vigora o modelo dispositivo, já em relação à investigação probatória, o mesmo CPC admite que o juiz a determine de officio (artigo 130), de forma que vigora o modelo inquisitivo.³²⁹

Desta maneira, tarefa difícil é estabelecer um critério seguro para identificar a dispositividade (característica do modelo dispositivo) ou inquisitividade (característica do modelo inquisitivo) de um determinado sistema, com base nos modelos primordiais, pois nenhum sistema adotou um modelo puro, que não comporte exceção.

Pode se dizer, assim, que não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo, de tal forma que os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos *adversariais* e *inquisitoriais*.

³²⁹ Segundo Barbosa Moreira: “...fala-se de princípio dispositivo a propósito de temas como o da iniciativa de instauração do processo, o da fixação do objeto litigioso, o da tarefa de coletar provas, o da possibilidade de autocomposição do litígio, o da demarcação da área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, e assim por diante. Nada força o ordenamento a dar a todas essas questões, com inflexível postura, respostas de idêntica inspiração” (Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Reformas processuais e poderes do juiz”. *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53.)

Logo, não é possível afirmar que o modelo processual brasileiro é totalmente *dispositivo* ou *inquisitivo*, sendo mais prudente falar em predominância em relação a cada um dos temas: em matéria de produção de provas, no efeito devolutivo dos recursos, na delimitação do objeto litigioso e etc.³³⁰

Sob esta perspectiva, pode-se dizer que o atual sistema processual civil é nitidamente misto, englobando aspectos tantos inquisitivos, quanto dispositivos. Desta maneira, o modelo juiz para o sistema vigente guarda relação com tanto com o juiz Júpiter, quanto com o Juiz Hércules, sendo certo que pelas reformas implantadas desde o ano de 2000, o protagonismo judicial vem denotando maiores características da presença de um juiz do modelo Herculeo.

Com mira nisto, quanto à boa-fé objetiva, notadamente na sua aplicação em face dos atos jurisdicionais, pode-se dizer que a boa-fé vem sendo utilizada de forma incipiente, ou seja, encontra aplicação a determinados atos e momentos, sem contudo ter a relevância prática, equivalente a denotada quando se trata da relação entre as partes litigantes.

É certo que são poucos autores que se preocuparam, sob a ótica do processo civil vigente, em identificar e apontar a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva no que concerne à atividade jurisdicional, notadamente na relação jurídica estabelecida entre Estado-Juiz e Jurisdicionado (parte).

Nesta linha e buscando fundamentos ao que aqui se quis demonstrar, é possível, dentro do modelo misto do processo brasileiro, somente se identificar a atuação do princípio da boa-fé objetiva, em relação ao magistrado, em duas situações. A primeira diz respeito à aplicação do princípio da boa-fé, por meio de sua função limitadora, no sistema de preclusão dos atos processuais. Explica-se.

A preclusão lógica consiste na perda de faculdade/poder processual por se ter praticado ato incompatível com seu exercício. Advem, assim, da prática de ato incompatível com o exercício da faculdade/poder processual. Trata-se da impossibilidade em que se encontra o sujeito processual de praticar determinado ato

³³⁰ Em razão disto Barbosa Moreira e Bedaque defendem uma outra acepção do princípio dispositivo: é “preferível que a denominação *princípio dispositivo* seja reservada tão-somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). (...) Trata-se de um princípio relativo à relação material, não à processual” (Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Reformas processuais e poderes do juiz”. *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004 e BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 90)

ou postular certa providencia judicial em razão da incompatibilidade existente entre aquilo que agora o sujeito pretende e sua própria conduta anterior.

Simplificando, importa no reconhecimento da vedação ao *venire contra factum proprium*, figura inerente ao princípio da boa-fé, que decorre de sua função limitadora.³³¹

A segunda situação que pode ser visualizada, se relaciona à exigência de fundamentação das decisões judiciais, isto porque, o artigo 131 do CPC, determina que o juiz deverá indicar no momento da prolação da sentença os motivos (fundamentos) que lhe formaram o convencimento. É fácil perceber que esta regra decorre do princípio da boa-fé, mais precisamente de sua função integrativa pelo dever de veracidade e informação.

Mesmo sendo possível somente se identificar estes dois casos, não quer dizer que o magistrado possa atuar imbuído de dolo ou má-fé, muito pelo contrário, estes dois casos elencados espelham somente aplicabilidade direta do princípio da boa-fé como um instrumento de controle, mas, por outro lado, deve sempre o magistrado atuar e pautar o seu comportamento dentro dos ditames da boa-fé, até mesmo pela função desempenhada dentro da sociedade.

Entretanto, tal perspectiva já encontra-se em plena mudança, pois a própria evolução do direito, com novos ideários e preocupações, empurram o processo civil a um terceiro modelo de processo, no qual, segundo a doutrina,³³² o princípio da boa-fé associado aos princípios do devido processo legal e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação.

Este princípio, define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito atual, caracterizando-se pelo redimensionamento do *princípio do contraditório*, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do *duelo* das partes³³³. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao

³³¹ Neste sentido DIDIER JR. Fredie. *Op cit.* p.310

³³² Cf. DIDIER JR. Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra:Coimbra Ed., 2010.

³³³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Garantia do Contraditório". *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 139-140.

aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida³³⁴.

Desta maneira, a condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal - dispositivo), e deixa, igualmente, de ter uma condução inquisitorial pelo órgão jurisdicional. Assim, assume uma posição simétrica em relação às partes, buscando, em verdade, uma condução *cooperativa* do processo³³⁵, sem destaques maior a qualquer dos sujeitos processuais.³³⁶

Disso surgem deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional, que assume uma dupla posição ou postura, pois, em um primeiro momento mostra-se paritário na condução do processo e no diálogo processual, já, em um segundo momento, se mostra assimétrico quando da decisão³³⁷.

É certo que no primeiro momento, o órgão jurisdicional não conduz o processo ignorando ou minimizando o papel das partes na “divisão do trabalho”³³⁸ - como ocorreria em um modelo puramente inquisitivo -, mas sim em uma posição paritária, com diálogo³³⁹ e equilíbrio.

Tal paridade e equilíbrio somente findam no momento da decisão, pois, como é óbvio, as partes não decidem com o juiz, por tratar-se de função que lhe é

³³⁴ Sobre esse papel do princípio do contraditório, neste contexto histórico, muito oportuna a leitura de MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, cit., p. 89-90.

³³⁵ “Colaboração essa, acentue-se, vivificada por permanente diálogo, com a comunicação das idéias subministradas por cada um deles [sujeitos processuais]: juízos históricos e valorizações jurídicas capazes de ser empregados convenientemente na decisão. Semelhante cooperação, ressalte-se, mais ainda *se justifica pela complexidade da vida atual*”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”, cit., p. 27, texto entre colchetes e grifo acrescentados.) O autor também defende a existência deste novo modelo de direito processual (cit., p. 28).

³³⁶ Dierle José Coelho Nunes, que fala em *modelo participativo de processo* como técnica de construção de um processo civil *democrático* em conformidade com a constituição, afirma que “a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e coparticipativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo” (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215. Neste mesmo sentido, ZANETI Jr., Hermes. *Processo constitucional*, cit., p. 60-61.)

³³⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, cit., p. 102-103.

³³⁸ Expressão consagrada em doutrina: JOLOWICZ, J. A. “Adversarial an inquisitorial approaches to civil litigation”. *On civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 182; MOREIRA, José Carlos Barbosa “O problema da ‘divisão do trabalho’ entre juiz e partes: aspectos terminológicos”. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1989, 4ª série, p. 35-44.

³³⁹ Bem aponta Rogério Nascimento, ao afirmar que a disputa retórica que envolve as partes num processo pressupõe um diálogo estabelecido a partir de posturas e opiniões confiáveis, o que significa imparcialidade, já que as partes, sujeitos concretos e situados no mundo que são, tem seus interesses que buscam ver reconhecidos, mas sim compromisso com o entendimento, com a melhor solução do problema. (NASCIMENTO, Rogério José Soares Bento do. *Lealdade processual: elemento da garantia de ampla defesa em um processo penal democrático*. Tese de pós-doutoramento apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Paraná, no ano de 2009, ainda sem publicação.)

exclusiva. Entretanto, apesar da cessação da paridade quando da decisão, pode se dizer que a decisão judicial é *fruto* da atividade processual em cooperação, sendo um resultado direto e imediato de todas as discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento.

Reconhece-se, assim, que a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizado. Neste momento, revela-se a necessária assimetria entre as posições das partes e do órgão jurisdicional: a decisão jurisdicional é essencialmente um ato de poder.

Perceba-se, que a assimetria, no modelo cooperativo de processo somente ocorre quando da decisão, já em um processo autoritário/inquisitorial, há essa assimetria³⁴⁰ *também* na condução do processo³⁴¹.

Pode-se dizer, assim, que o modelo cooperativo ou colaborativo de processo, tem como base de fundamentação o princípio da cooperação, que atua *diretamente*, imputando aos sujeitos do processo deveres, de modo a tornar ilícitas as condutas contrárias à obtenção do “estado de coisas” (comunidade processual de trabalho) que o princípio da cooperação busca promover.

É certo que este ideário independe da existência de *regras jurídicas* expressas. Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação desta situação jurídica passiva (dever) ao magistrado.

Repita-se: o princípio da cooperação torna *devidos* os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo.

O mais difícil é, realmente, sistematizar os deveres processuais que decorrem do dito princípio da cooperação. Para tanto, convém valer-se de tudo o

³⁴⁰ *Assimetria*, aqui, não significa que o órgão jurisdicional está em uma posição processual composta apenas por *poderes processuais*, distinta da posição processual das partes, recheadas de *ônus* e *deveres*. Os princípios do *devido processo legal* e do Estado de Direito imputam ao juiz uma série de deveres (ou *deveres-poderes*, como se queira), que o fazem também sujeito do contraditório, como já se disse. O exercício da função jurisdicional deve obedecer aos limites do devido processo. Assimetria significa, assim, apenas que o órgão jurisdicional tem uma função que lhe é própria e que é conteúdo de um poder, que lhe é exclusivo. (Cf. Assim, ZANETTI Jr., Hermes. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 198-199.)

³⁴¹ “No modelo assimétrico, todavia, o magistrado passa a gozar de amplos poderes de condução do processo, assumindo em definitivo a sua direção” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, cit., p. 98).

que já se construiu a respeito dos deveres decorrentes do princípio da boa-fé no âmbito do direito privado, uma vez que é inegável que o dever de cooperação é decorrente da função integrativa da boa-fé.

Neste sentido, somente para sistematizar o que aqui se expõe, os deveres de cooperação podem ser divididos em deveres de *esclarecimento*, *lealdade* e de *proteção*³⁴².

Vejamos algumas manifestações desses deveres em relação às partes: a) *dever de esclarecimento*: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (art. 295, I, par. ún., CPC); b) *dever de lealdade*: as partes não podem litigar de má-fé (art. 17 do CPC), além de ter de observar o princípio da boa-fé processual (art. 14, II, CPC); c) *dever de proteção*: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, arts. 879-881, CPC; há a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 475-O, I, e 574, CPC).

Contudo, neste terceiro modelo, é mais evidente a aplicação do princípio da boa-fé em relação ao órgão jurisdicional, por meio, ou intermédio, da aplicação do princípio da cooperação. Explica-se:

O órgão jurisdicional tem o *dever de lealdade*, de resto também conseqüência do princípio da boa-fé processual, conforme já examinado. Por outro lado, tem o dever de esclarecimento consiste no dever de o tribunal de se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo³⁴³, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas/apressadas³⁴⁴. Assim, por exemplo, se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a conseqüência prevista em lei para esse ilícito processual (extinção do processo, por exemplo). Do mesmo modo, não deve o magistrado indeferir a petição inicial, tendo em vista a obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao demandante – convém lembrar que há hipóteses em que se confere a não-

³⁴² CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*, cit., p. 604; VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 405.

³⁴³ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. p. 15-16.

³⁴⁴ Art. 266 do CPC de Portugal: “2 – O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de fato”.

advogados a capacidade de formular pedidos, o que torna ainda mais necessária a observância desse dever³⁴⁵.

Insta esclarecer, ainda, que o dever de esclarecimento não se restringe ao dever de o órgão jurisdicional esclarecer-se junto das partes, mas também o dever de esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes.

Desta maneira, é certo que esse dever decorre do dever de motivar, que é uma das garantias processuais já consolidadas ao longo da história. O dever de motivar contém, obviamente, o dever de deixar claras as razões da decisão. Essa circunstância não impede, porém, que se veja aqui também uma concretização do princípio da cooperação, já positivada. No Direito brasileiro, decisão obscura é impugnável por meio do recurso de embargos de declaração, consoante o disposto no art. 535, I, CPC.

Decorre, ainda, segundo Didier, do princípio da cooperação o *dever de consulta*.

Tal dever é variante processual do dever de informar, que é um dos aspectos do dever de esclarecimento, compreendido em sentido amplo. Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*,³⁴⁶ sem que sobre elas sejam as partes intimadas a

³⁴⁵Para Lúcio Grassi, é possível retirar este dever judicial, no direito brasileiro, dos artigos 130, 131, 339, 340, I, do CPC brasileiro ("Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real", cit., p. 51).

³⁴⁶Art. 3º, 3, CPC Português: "O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre ela se pronunciarem". Art. 8º, 2, CPC de Macau: "2. O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando conhecimento à outra parte dos resultados da diligência". Art. 16 Novo Código de Processo Civil francês: "Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir dans SA décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur le moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations". (na tradução de EDUARDO FERREIRA JORDÃO: "O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, na sua decisão, as questões, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos que estes tenham sido objeto de contraditório. Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha, previamente, intimado as partes a apresentar suas observações".) Art. 101, 2, CPC italiano, recentemente reformado: art. 101 do CPC italiano agora tem um "2º comma", com a seguinte redação: "Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione".

manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir³⁴⁷.

A concretização do princípio da cooperação é, no caso, também uma concretização do princípio do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de influenciar na solução da controvérsia³⁴⁸. Como cabe ao magistrado a investigação oficial de algumas questões (como, p. ex., os pressupostos processuais e as condições da ação, *ex vi* do § 3º do art. 267 do CPC), o respeito a esse dever revela-se fundamental.

Caso o magistrado “descubra” a falta de um requisito de admissibilidade, não deve determinar a extinção do processo (se esse for o efeito previsto) sem antes ouvir as partes sobre a questão (princípio da instrumentalidade).

Decorre, ainda, o dever de o magistrado apontar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser supridas. Trata-se do chamado dever de prevenção, variante do dever de proteção.

O *dever de prevenção* tem um âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo³⁴⁹.

São quatro as áreas de aplicação do dever de prevenção: explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de

³⁴⁷ “Ao ver do legislador alemão, uma das circunstâncias capazes de concorrer para que se alcance esse fim consiste na clareza com que, ao longo do processo, possam os litigantes formar idéia sobre o provável desfecho. Para tanto, é mister que saibam quais as questões de fato e de direito consideradas relevantes pelo órgão julgador e tenham oportunidade de trazer ao propósito a sua contribuição. O § 139 da ZPO já consagrava, em semelhante perspectiva, o chamado *Hinweispflicht*, isto é, o dever do órgão judicial de providenciar para que as partes elucidassem de modo completo todos os fatos relevantes e indicassem as provas respectivas, incumbindo-lhe, na medida da necessidade, discutir com os litigantes os aspectos fáticos e jurídicos do pleito e formular-lhes perguntas. A reforma trata de reforçar este dever. De acordo com a nova redação do § 139, em princípio é vedado ao tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambos valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão”. *Temas de direito processual – 8ª. série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201-202.)

³⁴⁸ GRASSO, Eduardo. “La collaborazione nel processo civile”. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1966, n. 4, p. 591-592 e 608; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003, n. 27, p. 28-29; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 39-42; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 224-231

³⁴⁹ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra:Coimbra Ed., 2010. p. 19-20.

uma certa atuação pela parte. Assim, por exemplo, o tribunal tem o dever de sugerir a especificação de um pedido indeterminado, de solicitar a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado, de referir as lacunas na descrição de um facto, de se esclarecer sobre se a parte desistiu do depoimento de uma testemunha indicada ou apenas se esqueceu dela e de convidar a parte a provocar a intervenção de um terceiro³⁵⁰.

No direito brasileiro, esse dever de prevenção está concretizado, a guisa de exemplo, no art. 284 do CPC, que garante ao demandante o direito de emendar a petição inicial, se o magistrado considerar que lhe falta algum requisito; não é permitido o indeferimento da petição inicial sem que se dê a oportunidade de correção do defeito³⁵¹. Não cumprindo o autor a diligência que lhe fora ordenada, a petição inicial será indeferida (art. 295, VI, CPC).

Note, enfim, que há o *princípio da cooperação*, que se destina a transformar o processo em uma comunidade de trabalho e a responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados³⁵², e há as *regras de cooperação*, que concretizam esse princípio. Mas o princípio da cooperação tem eficácia normativa direta, a despeito da inexistência de regras que o concretizam. A inexistência de regras que delimitam e/ou esclareçam o conteúdo do princípio da cooperação não é obstáculo intransponível para a efetivação desse mesmo princípio. Isto porque, como decorrência da boa-fé objetiva (princípio), se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual *venire contra factum proprium* do órgão julgador, o princípio da boa-fé, insculpido no CPC, pela sua função limitadora, importará no reconhecimento do princípio da cooperação e garantirá a imputação desta situação jurídica passiva.

Eis, assim, o princípio da cooperação, decorrência da aplicação do princípio da boa-fé, que enseja o modelo cooperativo de processo, sob a ótica atual.

Entretanto, ponto que merece destaque e ainda não foi observado, é o que diz respeito ao modelo de Juiz para este modelo de processo, pois, por óbvio, o Juiz deste modelo processual deverá adotar uma postura diferente dos modelos anteriores, consistente na intermediação, facilitando a comunicação, o diálogo entre

³⁵⁰ Idem, *Ibidem*. p. 19-20

³⁵¹ GRASSI, Lúcio. "Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real", cit., p. 52.

³⁵² SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed., cit., p. 62.

as partes, que devem se utilizar do processo para interagir e buscar, uma solução justa para o conflito, pois se a proposta de solução do Estado Democrático de Direito é pela busca de uma efetiva participação dos envolvidos na realização dos fins estatais. Esta proposta representa para o sistema de pacificação dos conflitos a necessidade de interação entre as partes que compõem a relação processual no âmbito da jurisdição.

Nesse sentido, segundo as figuras propaladas por Ost, o direito pós-moderno clama, ou importa no reconhecimento, de um Juiz Hermes que tem como principal característica a fluidez, no sentido de que se Júpiter insiste na convenção e Hércules na invenção, Hermes respeita o caráter hermenêutico do Direito (traço marcante de uma metodologia neoprocessualista), ou nas palavras de Ost, Hermes³⁵³ "é uma estrutura em rede que se traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e, ao mesmo tempo, dificilmente matizáveis, tal como pode ser um banco de dados"³⁵⁴.

Desta forma, o modelo cooperativo de processo, representa uma dialética entre transcendência e imanência. A proposta é de uma "teoria do direito como circulação de sentido", "um processo coletivo, ininterrupto e multidirecional de circulação do logos jurídico"³⁵⁵. Busca-se, assim, uma grande integração social.³⁵⁶

Assim sendo, nas palavras de Humberto Dalla:

"O juiz possui, também, o dever de equilibrar a relação processual. Sua atuação constitui-se num meio termo entre a inércia de Júpiter e o egocentrismo de Hércules. O juiz do presente modelo é mais humano, reconhece suas limitações e busca apoio nos interessados pelos desfechos da relação processual.

Verifica-se, pois, que a superação do princípio monológico que rege a atuação do juiz Hércules é exatamente pelo fato de que o mesmo afasta a idéia de cooperação como

³⁵³ "Vale recordar que Hermes é o deus da comunicação, da circulação, da intermediação; é um interprete, um mediador, um porta-voz. A idéia é a de que o direito, como signo lingüístico que ontologicamente é, sempre necessita de interpretação e, portanto, é inacabado; permanece continuamente se realizando (caráter hermenêutico ou reflexivo do juízo jurídico)."(Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporaneo*. Vol 1. 4 ed. Rio de Janeiro:Saraiva, 2012. p. 113)

³⁵⁴ OST, François. *Op cit*.

³⁵⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *op. cit*. p. 113

³⁵⁶ Interessante denotar que segundo Humberto Dalla, esta integração social somente será alcançada por uma legitimidade de duplo aspecto Em um primeiro momento, pela obediência a um procedimento que eleva o dissenso para promover o consenso. E, num segundo momento através da fixação de garantias para garantir a participação no momento da elaboração da norma. As partes tem que ter a possibilidade de influenciar, também, a outorga de sentido ao texto.

condição para o desenvolvimento de um procedimento de bases racional, discursiva e valorativa de determinação da justiça no caso concreto.”³⁵⁷

Vê-se com base nisto, que o modelo processual adequado ao Regime Democrático de Direito seria justamente, o modelo baseado no princípio da cooperação, que ao seu turno, como já antes mencionado, é decorrência da aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva.

Por último, não se pode deixar de comentar que ao se integrar o sistema jurídico, o princípio da cooperação garante o meio (imputação de uma situação jurídica passiva) necessário à obtenção do fim almejado (o processo cooperativo). Desta maneira, o seu expresso reconhecimento em um texto legal, tornará mais fácil e inarredável o entedimento acerca de sua aplicabilidade.

Neste sentido, há que se reconhecer que o projeto de lei 166 de 2010, NCPD, dá um grande salto para o reconhecimento de princípios éticos dentro do processo, notadamente quanto ao princípio da boa-fé e sua aplicabilidade como limite à atuação do magistrado, por meio da funcionalização do princípio da cooperação³⁵⁸.

Isto porque prevê, textualmente, o artigo 5º que as partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz, fornecendo-lhe subsídios para que, profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.

O destaque para conjunção coordenativa aditiva “e” na frase, se deu pelo fato que há clara intenção deste artigo em destacar a necessidade da cooperação entre todos os sujeitos do processo, partes, órgãos intervenientes, terceiros e Estado-Juiz, de forma que todos estão expressamente submetidos aos preceitos éticos, tais como a boa-fé e o seu decorrente dever genérico de cooperação.

Contudo, padeceu o projeto do mesmo problema do Código que pretende suceder, pois ao determinar no artigo 113, que o juiz somente responderá por perdas e danos no caso de comprovação de dolo, minorou ou quase estirpou qualquer aplicação dos deveres processuais do juiz previstos no artigo 107 do mesmo projeto, pois a mera inobservância no caso de culpa (não se discutindo uma responsabilização objetiva) restou completamente afastado.

³⁵⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *op cit.* p.114

³⁵⁸ Basta lembrar, para tanto, que o dever genérico de cooperação é uma das funções do princípio da boa-fé objetiva (função integrativa), sendo um dever secundário decorrente da observação do princípio em comento.

É claro, que isto se justifica em razão da própria complexidade da função, mas, por outro lado, representa um estreitamento da aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva, pela inexistência de um conseqüente direto (responsabilização pessoal) da não observância dos preceitos éticos da boa-fé dentro da relação jurídica processual, mesmo num modelo cooperativo de processo, que visa o aumento da valorização ética do processo, o que pode parecer um contrasenso.

Tentando sanar este aparente contrasenso e, ao mesmo tempo, determinar as conseqüências do não atendimento à necessária colaboração no processo, afirma Daniel Mitidiero que:

“Quais as conseqüências do não atendimento aos deveres de colaboração? Resposta: inconstitucionalidade por afronta ao direito fundamental ao processo justo (art. 5.º, LIV, CF/1988, possibilidade de responsabilização judicial (art. 133, CPC) e, especificamente no caso de dever de auxílio, possibilidade de multa punitiva à parte que, indiretamente, frustra a possibilidade de colaboração do juiz para com a parte contrária (art. 14, CPC).

O juiz que se omite no cumprimento de seus deveres de cooperação viola o direito ao processo justo. Os deveres de esclarecimento, de diálogo e de prevenção, como se resolvem em deveres que o juiz pode cumprir independentemente de qualquer conduta a ser adotada pela parte contrária perante a qual tem o dever de colaborar, podem gerar responsabilização do juiz por ausência (art. 133, CPC). Já o dever de auxílio, que muitas vezes depende de determinado comportamento da parte contrária para que o juiz possa colaborar com a outra, dá lugar à possibilidade de o órgão jurisdicional sancioná-la por descumprimento de seu dever de obediência ao juízo (art. 14, CPC).”³⁵⁹

Entretanto, com todo devido e merecido respeito, ousamos discordar do citado autor, na medida em que há uma aparente confusão entre as conseqüências à parte e as conseqüências ao Juiz, pois a todo o momento, cita o Autor somente o conseqüente normativo imputado à parte e não ao Juiz que descumpra o seu devido dever de observância aos preceitos éticos do processo.

Assim, independentemente disto, há que se ressaltar que, diferentemente do que ocorre com as partes, tanto no projeto do NCPC, quanto na Legislação atual, o sujeito processual Juiz, deve atender e dirigir o processo de forma a respeitar tanto os princípios constitucionais, quanto os princípios processuais, não pela imposição de multas ou sanções pecuniárias, mas sim pela pena da declaração de nulidade dos atos viciados pela inobservância de tais princípios. Isto porque o juiz não pode ser visto como um “litigante de má-fé”, mas deve sempre e prioritariamente reger o processo de forma a atender os preceitos da boa-fé, sob pena de sanções

³⁵⁹ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para lenio streck. *Revista de Processo*, vol. 194, Abr / 2011, p. 55

administrativas e da declaração de nulidade de seus atos, sendo estes os únicos consequentes normativos aferíveis.³⁶⁰

³⁶⁰ Acerca da impossibilidade de obtenção de consequentes normativos do princípio da Cooperação, afirma Lenio Streck: Então, definitivamente: cooperação processual, na formulação proposta por Daniel Mitidiero, *não é um princípio jurídico, já que não possui caráter deontológico*. E, sendo assim, é difícil distingui-la de um alibi teórico, de um argumento retórico ou de um enunciado performativo. Tenha-se presente, também, que esta conclusão não é alterada pela reivindicação de que a colaboração processual “determina a conformação e a compreensão das regras inerentes à estrutura mínima do processo justo”,³³ o que, na ótica do processualista gaúcho, guindaria à cooperação à categoria de princípio jurídico *mesmo na acepção apresentada em Verdade e consenso*.

Isso não é, absolutamente, o suficiente. Lembremos que os princípios retiram seu conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade, ou seja: os princípios são *vivenciados* (“faticizados”) por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum de uma sociedade. Sendo assim, há que se ter claro, de uma vez por todas, que *não é qualquer coisa que pode ser transformada em princípio*, sob pena de se admitir, por exemplo, que a doutrina seja uma espécie de *corretor* do legislador constitucional. Princípio é algo que se aplica *em princípio*. Portanto, deve ter normatividade. Um dever-ser. Por isso é que Habermas se irrita tanto com Alexy.

Expliquemos melhor: Habermas sabe – pois concorda expressamente com Dworkin nesse ponto – que os princípios recebem *sua carga deontológica em razão de sua manifestação histórico-cultural no seio de uma comunidade política*. Vale dizer: não é uma regra que oferece um “teste de pedigree” que confere validade jurídica a um princípio, mas, sim, um modo específico de a comunidade política se conduzir. Trata-se de um padrão decisório que se constrói historicamente e que gera um dever de obediência nos momentos posteriores.

Mas, entendamos isso, o ponto nevrálgico dessa definição reside no fato de que esse *padrão de conduta* não é fruto da *vontade* de um indivíduo isolado. No momento em que se invoca um princípio, surge imediatamente o ônus de se demonstrar o quanto ele se ajusta às práticas jurídicas desta mesma comunidade. E isso precisa ser feito de modo a reconstruir a cadeia da história institucional numa perspectiva de integridade do direito. Um princípio nunca pode ser fruto de uma afirmação arbitrária: seja ela proferida pelo legislador, pelos juízes ou pelos eruditos. É, fixemos pela repetição, *um fruto da história, a ser reconstruído num contexto de integridade.*” (Cf. STRECK, Lenio Luiz. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio?. *Revista de Processo*, vol. 213, Nov / 2012, p. 13)

CONCLUSÃO(ÕES)

Pretendeu-se discorrer, ao longo da presente dissertação sobre alguns temas fundamentais relacionados ao acesso à justiça e à efetividade do processo, linha de pesquisa do Mestrado em Direito da Universidade Estácio de Sá, em especial buscamos a questão da aplicação e reconhecimento do princípio da boa-fé objetiva na relação jurídica processual, como fruto de uma valorização ética do direito, da abertura dos sistemas, da constitucionalização e do reconhecimento da necessária complementação das normas não mais baseadas meramente em regras.

É certo que para tal intento, a presente dissertação foi dividida ou estruturada em três eixos fundamentais, cujas temáticas se inter-relacionam através de uma espécie de fluxo dialético.

Tais eixos não foram escolhidos ao acaso, mas são frutos do reconhecimento da existência de uma nova metodologia de estudo do processo, que é conhecida como neoprocessualismo.

Diante disto e voltando a introdução, foi afirmado naquele momento a existência de três vetores primordiais para a compreensão do direito processual civil contemporâneo, a lembrar: (i) a relação entre a teoria do direito e o direito processual civil; (ii) a relação entre a constituição e o direito processual civil; e, (iii) a relação entre direito material e direito processual.

Com base nestes vetores, a presente dissertação foi dissecada em três eixos principais, no primeiro eixo foi determinado o que seja o princípio da boa-fé, com a demonstração de sua construção histórica, sua definição e natureza jurídica, conforme a doutrina que a este respeito se formou, numa visão estritamente de direito civil, buscando as bases para o aprimoramento futuro das ideias que deságuam na relação entre o processo e o direito material, sendo possível observar o desenvolvimento e a evolução da doutrina civilística, que se formou ao longo dos anos, sobre este tema.

É certo, que o vetor correspondente a teoria do direito e a relação com o direito processual, teve por base o reconhecimento dos principais aspectos que decorrem das alterações sentidas na dita teoria, de tal forma que o Capítulo 2, se destinou ao estudo dos princípios, levando em consideração que o efeito mais sentido na teoria do direito, foi justamente o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios.

À Luz disto, foram fixadas e apresentadas as bases do que se entende por princípios jurídicos, aplicando-os a boa-fé, com intento de justificar a adoção do entendimento acerca da natureza jurídica da boa-fé objetiva como princípio jurídico. Também nesta oportunidade, foi demonstrada a necessidade de se compreender o princípio da boa-fé não só sob a ótica da dogmática normativa do direito, mas sim e principalmente sobre os seus aspectos filosóficos e psicológicos que lhe dão a forma e conteúdo, assim como, ao final, restou determinada a necessidade de uma revisitação de diversas discussões acerca de princípios, que em verdade nada mais são do que pequenas expressões da aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva.

Outrossim, no terceiro capítulo, passamos ao vetor da relação entre o direito processual civil e a Constituição, onde foi possível observar e lançar mão das ideias consistentes na constitucionalização do direito processual civil, e a direta e imediata aplicação do princípio da boa-fé como um veículo hábil para a consecução dos ideários neoprocessualista, voltados para a eticidade e justiça do processo.

Foi possível ainda denotar a relação existente entre os fenômenos observados pela evolução do direito e da sociedade, e a relação posta entre estes e a boa-fé objetiva e o Acesso à Justiça.

Por fim, no último capítulo, de posse de todo o instrumental decorrente do estudo separado dos vetores, levou-se a efeito a discussão acerca da aplicabilidade do princípio da boa-fé sob a ótica de sua força eticizante, em relação tanto às partes, quanto ao Estado Juiz.

Explicadas as razões de ordem metodológica, levadas a efeito para a consecução do presente trabalho, vamos às conclusões propriamente ditas.

No que tange ao princípio da boa-fé, muito embora não exista doutrinário acerca da natureza de “princípio” à ideia da boa-fé, onde parte da doutrina se posiciona no sentido de ser uma cláusula geral e outra no sentido de ser um *standard*, é seguro afirmar que independentemente de natureza, a boa-fé funciona como verdadeiro princípio, pois detem funções, características e conteúdo que transcendem a ciência do direito, buscando fundamentos tanto na filosofia, na psicologia e na sociologia.

Não é incorreto afirmar, que dentro desta ótica, a boa-fé assume um caráter de abertura do sistema jurídico para elementos meta-jurídicos, que tem seu conteúdo ligado diretamente à ética e aos valores sociais reinantes em um

determinado espaço e tempo – e aqui se fala isto se reconhecendo a existência do entendimento de Lenio Streck acerca da relação entre princípios e valores.

Conclui-se, quanto ao princípio da boa-fé objetiva, que o mesmo é um elemento eticizante dentro do sistema, que comporta diversas e diversificadas funções, que por muitas vezes são confundidas como princípio autônomos, mas em verdade somente são parcelas da “ grande conteúdo de normatividade” do princípio da boa-fé e sua funcionalização.

Exemplificando o que se quis dizer, não encontro forma melhor do que uma metáfora, assim, pensemos em uma majestosa árvore, como sabemos a árvore é composta, a grosso modo, de raízes, tronco ou caules e suas ramificações denominadas galhos onde brotam as folhas. Pensemos, neste exemplo, ainda, que o solo é a sociedade e os valores por ela prezados e queridos são os nutrientes contido no solo. Assim, O princípio da boa-fé objetiva é o tronco desta majestosa árvore, onde suas raízes buscam dentro do solo (sociedade) os nutrientes (valores sociais), para alimentar o tronco e seus galhos (fundamentar os elementos que lhe dão forma e conteúdo), para o crescimento da árvore (ramificação equivalente à funcionalização do princípio, adequando às necessidades de forma a abranger as situações contrárias aos próprios fundamentos que lhe dão forma) e a proteção do solo (solo) por sua sombra (manutenção dos valores).

A medida em que os nutrientes do solo se modificam, a árvore tende a crescer ou diminuir, adequando-se ao meio para sobreviver, ou perecer no caso de incompatibilidade. Desta mesma maneira, o princípio da boa-fé, na atualidade encontra grandes nutrientes no solo-sociedade, o que lhe torna cada vez mais funcional (ramificado). E isto decorre tanto do fato do reconhecimento da força normativa dos princípios, como do fato do reconhecimento da normatividade dos textos constitucionais e da visão de unicidade de sistema, quanto do reconhecimento da abertura dos sistemas.

Por outro lado, ainda se aproveitando da metáfora, da árvore, vemos que os valores sociais, voltados para a maior eticidade, cooperação, justiça, equidade, acessibilidade, dentre outros, vêm nutrindo o princípio da boa-fé e moldando o seu conteúdo para determinar o âmbito de proteção (sombra). Só que este âmbito de proteção somente é atingido por meio da funcionalização do princípio (galhos), que indicam concretamente para onde deve se dirigir a aplicabilidade do princípio, para o alcance de seu fim que é o controle da ética.

Desta maneira, quando indentificamos as diversas funções do princípio da boa-fé no item 2.2.1, da presente dissertação, estávamos justamente demonstrando ou dissecando os diversos galhos que compõe esta majestosa árvore.

Foi assim possível observar que a doutrina civilista, de a muito, já identifica três funções distintas e ao mesmo tempo consequências do princípio da boa-fé objetiva, a lembrar, a função interpretativa, a função integrativa e a função de controle, como galhos que se destacam do tronco de nossa árvore imaginária, sendo que cada um destes “troncos” admitem ramificações, que são as diversas expressões contidas nas funções da boa-fé examinadas no item 2.2.1.

Assim sendo, foi possível observar que as três funções da boa-fé se materializam e dão a normatividade esperada ao princípio (sombra), através da consecução de deveres e a imposição de limites do agir, pautados no conteúdo da boa-fé, de ordem eminentemente ética.

Tais deveres, que para a nossa metáfora representarão as folhas, podem ser sintetizados, sob a ótica do direito civil, nos deveres de proteção, informação e cooperação, descritos na função integrativa da boa-fé, mas deve se considerar que há uma inter-relação entre as funções, de tal forma que a vedação de condutas contraditórias, indentificadas pela doutrina na função limitadora da boa-fé, é somente mais uma expressão do dever de proteção imposto pela função integrativa, de tal forma que não pode ser reconhecido de forma isolada, mas sim conjunta.

Diante disto e para finalizar nossa metáfora quanto ao estudo inicial (capítulos 1 e 2), quando se denota a aplicação do princípio, se reconhecendo a sua normatividade, estamos, em verdade, vendo a sombra produzida por uma daquelas folhas, ou seja, quando aferimos a aplicabilidade do princípio no controle, na interpretação dos diversos atos jurídicos, estamos vendo o efeito concreto da aplicação de um dos deveres da boa-fé objetiva.

Desta maneira, o que se quis deixar bem claro é que não podemos confundir folha e árvore, pois a mera apreensão de parcelas da funcionalização do princípio, não representam novas árvores (princípios), mas sim decorrência do atingimento da finalidade principal de um princípio que lhe dá origem.

Assim, a conclusão preliminar que queríamos chegar é que, o princípio da boa-fé, é um preceito jurídico, que nos remete a observância de um conteúdo ético mínimo nas relações jurídicas diversas. Desta forma, por ter um conteúdo meta-jurídico, valorativo, de cunho ético, o princípio da boa-fé objetiva, para ser dotado de

normatividade, e logo coercibilidade (no sentido de observância e imposição), demanda a sua funcionalização sobre três aspectos, como regra de interpretação, como regra de controle e como regra de integração, decorrendo destas regras os deveres proteção, informação e cooperação, sob a ótica do direito civil, material.

Chegada a esta preliminar conclusão, que serviu como uma primeira premissa, intentamos no Capítulo 3 dissecar o vetor correspondente a inter-relação entre o direito processual civil e a constituição, para com isto demonstrar as bases do problema sob a ótica da metodologia jurídica atual. Isto porque, se os princípios são exatamente o que foi preconizado no capítulo 2, o porque eles se aplicam no sistema jurídico, que tem como fundamento a legalidade.

Neste intento foi levado a conhecimento a ideia da interligação entre o direito processual civil e a constituição, expondo as razões e fundamentos para tal fenômeno, inclusive discorrendo sobre os efeitos da nova ordem hermenêutica-metodológica do direito, chamada de neo-positivismo.

Foi possível observar e se concluir que o ordenamento é todo unitário, cujo vértice é a constituição de onde emanam todos os princípios e preceitos reconhecidamente necessários para o atendimento dos diversos interesses sociais. A boa-fé, a seu turno é princípio constitucional que tem íntima relação com esta nova metodologia do direito e do processo, sendo um instrumento adequado para a consecução da finalidade máxima do exercício jurisdicional que é a justiça, por meio da garantia de um acesso à justiça justa.

Tomando por base as conclusões anteriores, foi possível aferir no Capítulo 4, correspondente a junção dos três vetores inicialmente proposto, a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva na estrutura estabelecida na relação jurídica entre as Partes e entre estas e o Estado-Juiz.

Dentro deste contexto e a luz dos argumentos trazidos, foi possível concluir, dois pontos fundamentais, o primeiro reside no fato de que a boa-fé objetiva, mesmo em um modelo cooperativo de processo, não possui grande aplicabilidade no que se refere a relação estabelecida entre as partes e o Estado-Juiz, isto porque, apesar de a boa-fé ser um instrumento de controle, integração e interpretação, e o dito “princípio” da cooperação decorrer da mesma, concordamos com as críticas de Lenio Streck, no sentido de que padece de normatividade o princípio da cooperação de forma que não há, nas repostas às críticas elaboradas por Mitidiero, qualquer

solução ou indicação de normatividade do referido princípio, sob o escopo de um consequente normativo.

Um segundo ponto fundamental de conclusão que se chega é que o desenvolvimento da boa-fé objetiva, notadamente quanto às funções, quer seja no atual código de processo civil, quer seja no Projeto de lei 166 de 2010, com relação às partes, encontra completa guarida. Porém, acreditamos e desejamos que com o advento do NCPD, sua aplicabilidade seja mais efetiva no que tange à função integradora (deveres anexos), notadamente pela reforma no pensamento quanto à objetividade no cumprimento dos deveres das partes e o consequente normativo que é a decretação das penas por litigância de má-fé.

Por último, por certo, ainda mais do que o acima dito, a conclusão máxima a que chegamos é que a boa-fé objetiva é, independentemente do modelo processual, conforme anunciado no título da presente, *é um princípio norteador e limitador da atividade jurisdicional do Estado*, como verdadeira baliza comportamental e garantidora de preceitos fundamentais, no que tange a relação estabelecida entre as partes do processo, assim como é um veículo hábil a implementação de todos os preceitos neoprocessualistas, que são voltados justamente à ética no processo e a garantia de um devido processo legal justo, ou seja, a justiça como um fim último do meio que é o processo, balizado pela necessária observância de conceitos estritamente éticos derivados da aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

REFERÊNCIAS

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário de Acadêmico de Direito*. São Paulo: Editora Juridica Brasileira, 1990.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1979.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 2v. Rio de Janeiro: Forense. 1999.
- ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo - sua evolução ao lado do direito material *In: Revista Jurídica, n. 386*. Sapucaia do Sul/RS: Notadez, dez/2009.
- AMARAL, Francisco. A boa-fé no processo romano. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, nº 78, pp.195-204, out./dez.
- ANDORNO, Luís O. Abuso Del derecho. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. vol. 4, Out / 2010.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ARAUJO, Valter Shuenquener. *Contornos Gerais do Princípio da Proteção da Confiança*. Rio de Janeiro: Editora Impetus. 2009.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Aspectos controvertidos do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 58, p. 129. Jan / 2007.
- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 1998.
- _____; BARCELLOS, Ana Paula de. Começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.232, p.141-176, abr./jun. 2003.

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

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BEDAQUE, Roberto dos Santos. *Tutela jurisdicional: a relativização do binômio direito-processo, como meio de acesso à ordem jurídica justa*. São Paulo: USP, 1994.

BITTAR, Eduardo e ALMEIDA, Guilherme. *Curso de filosofia do direito*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2002

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7ª ed. Brasília:UNB, 1996.

_____. *Principi generali di diritto. Novissimo Digesto Italiano*. Turim: UTET, 1957. vol. 13.

_____. *O positivismo jurídico*. Trad. Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Ed. UnB, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 6ª ed., São Paulo:Malheiros, 1996.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BÜLLESBACH, Alfred. Princípios de teoria dos sistemas. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Sobre a justificação e aplicação de normas jurídicas: análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy. *Revista de Informação Legislativa* 171/81-90

CADEMARTORI, Sergio Urquhart de. FERRI, Caroline. A relação entre direito e moral como um problema jurídico conceitual: um debate entre Hans Kelsen e Robert Alexy. *Revista JurisPoiesis*. ano 14, n.14, jan-dez. 2011. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático *Revista de Processo*. vol. 153, p. 33. Nov / 2007.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almeida, 1991.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*, trad. Ricardo Rodrigues Gama, 3º ed., Campinas: Russell, 2006.

_____. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Saraiva, 1942.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CEZNE, Andrea Nárriman. A teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 52. p. 51-67. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2005.

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Rio. 1997.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*, trad. Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2002

CORNU, Gerard. *Vocabulaire juridique*. 8. ed. Paris: Ed. Quadrige/PUF, 2007.

COSTA, Patricia Ayub da. e GOMES, Sergio Alves. *O princípio da boa-fé objetiva à luz da Constituição*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/salvador/patricia_ayub_da_costa.pdf>, acesso em: 25.07.2012

COUTO E SILVA, O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CZOVNY, Vinícius Justus. *O aniversário de 50 anos do Tribunal de Nuremberg e as relações entre Direito e Moral*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11799/o-aniversario-de-50-anos-do-tribunal-de-nuremberg-e-as-relacoes-entre-direito-e-moral>>, acesso em: 25/10/2012.

DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1995.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 4. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Princípios gerais do direito*. Trad. Fernando de Bragança. Belo Horizonte: Líder, 2003.

DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 171, 05/2009

_____ (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: JusPODIUM, 2010.

_____. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento – vol. 1*. 12. ed. Salvador: JusPODIUM, 2010. p. 30) prefere a expressão “*direito fundamental ao processo devido*”.

_____. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, vol. 127, Set / 2005.

_____. *Teoria do Processo e Teoria do Direito*. Disponível em: <[http://www.academia.edu/225914/ Teoria_do_ Processo_e_Teoria_dos_Direitos](http://www.academia.edu/225914/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos)>, acesso em 08/09/2012

_____. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo*. Disponível em: <www.academia.edu/>, acesso em 25.07.2012.

_____. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Almedina, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. São Paulo: Malheiros, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Enciclopédia Saraiva do Direito, coord. R. Limongi França, São Paulo: Saraiva, 1977. Vol. 11.

ENDRESS, Martin. *Vertrauem*. Bielefeld: Transcript, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. *Os princípios gerais do Direito e os standards jurídicos no Código Civil*. São Paulo, 2007. p. 292 Tese (doutorado em direito) – Universidade de São Paulo, 2007.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos*. Brasília: Sérgio Fabris Editor, 1996.

FEDOZZI, Luciano. A nova teoria dos sistemas de Niklas Luhmann: uma leitura introdutória. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (orgs). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

FERAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*, São Paulo:Atlas. 1997.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FERRARI, Regina Maria Macedo Ney. *Normas constitucionais programáticas*. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. totalmente rev. e atual. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRITZ, Karina Nunes. A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã. *Revista de Direito Privado* 29/216

FURET, François. *Pensando a Revolução Francesa*. Tradução de Luiz Marques e Martha Gambini, 2ª Edição, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GIL, Antonio Hernandez de. *Obras Completas – Conceitos Jurídicos Fundamentais*. 1ª Edição. Madrid: Espasa – Calpes S.A., 1987.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 12ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. São Paulo:Ed. RT, 1980.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios, *Direito Processual Civil Esquematizado*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2011

GOUVÊA, Eduardo de Oliveira. O princípio da boa-fé e sua repercussão nos contratos: algumas reflexões. *Revista de Direito da PGM RJ*. 2002. Vol. 3. p.47-64.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1990.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual civil brasileiro*. 8.ed. São Paulo:Saraiva, 1993.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 5. ed. ampl. São Paulo: RCS, 2007.

_____. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GUERSONI, Angelo Junqueira. **boa-fé objetiva no direito contratual do código civil brasileiro**. Paraná, 2006. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal do Paraná.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *O discurso filosófico da humanidade*. Trad. Luiz Sérgio Repa e Roidnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais - contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional alemã*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

HEIDEGGER, Martin. *Identidade e diferença*. In. Os pensadores . Heidegger.

HERKENHOFF, João Baptista. *Para onde vai o Direito? Reflexões sobre o papel do Direito e do jurista*, Porto Alegre:Livraria do Advogado, 1996.

JÚNIOR, Humbertho Theodoro. Princípios gerais do direito processual civil. *Revista de Processo* vol. 23, Jul / 1981.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol I. 2ed. Eletrônica. Rio de Janeiro:Forense, 2003

JUSTINIANUS, Flavius Petrus. *Institutas do Imperador Justiniano*. CRETELLA JUNIOR, José e CRETELLA, Agnes (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

KEHL, Maria Rita. *Crença na Palavra aposta no Sujeito*. Disponível em: <<http://www.mariaritakehl.psc.br/resultado.php?id=311>>, acesso em 21.09.2012.

KLINE, Paul. *Psicologia e Teoria Freudiana*. Rio de Janeiro:Imago, 1988.

KUNZLER, Caroline Moraes. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Estudos de sociologia*. n. 16. p. 123-136. Araraquara: Unesp, 2004.

LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, trad. José Lamago, 4ª. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LARENZ, Karl. *Derecho justo – fundamentos de ética jurídica*. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civistas S.A., 1985.

LEGERE, Mariano Antonio. *A família, formadora nos valores humanos e Cristãos*. Disponível em:<<http://www.amrc.org.br/leaf/5420/A-familia--formadora-nos-valores-humanos-e-cristaos.html>>, acesso em 25/09/2012.

LEITE, Gisele. *Neopositivismo, neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo: o que há realmente de novo no Direito?*, disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/neopositivismo-neoconstitucionalismo-e-o->

neoprocessualismo-o-que-h%C3%A1-realmente-de-novo-no-di>, acesso em 07/09/2012.

LEITE, Yvonne e CALLOU, Dinah. *Como falam os brasileiros*, 3ªed., Rio de Janeiro:Jorge Zahar Editor, 2005.

LEMBO, Cláudio. *A pessoa: seus direitos*. Barueri: Manole, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOSANO, Mario G. *Introdução da obra de Hans Kelsen. O problema da justiça*. São Paulo:Martins Fontes, 1998.

LOURENÇO, Haroldo. O neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, p. 74-107, out.-dez. 2011. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista56_/revista56_74.pdf>. Acesso em: 05.10.2012

LUHMANN, Niklas. *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*.3., durchgesehene Auflage. Stuttgart:Ferdinand Enke, 1989.

_____. O conceito de sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (orgs). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

MARTINS, Flávio Alves. *Boa-fé e sua formalização no direito das obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. As Cláusulas Gerais como fatores de mobilidade do Sistema Jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, ano 28, nº 112, out-dez. 1991, Brasília.

_____. *Sistema e cláusula geral (A boa-fé objetiva no processo Obrigacional)*, Tese (doutorado em direito Civil). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado de São Paulo, 1996.

_____. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo:Malheiros Editores, 2000.

_____. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. 1ª Edição. Coimbra: Almedina, 1997.

Metafísica, Liv. V, 1, 1012b 32-1013 a 19.

MILLMAN, Fábio. *Improbidade Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prôt-à-porter? Um convite ao diálogo para lenio streck *Revista de Processo*, vol. 194, Abr/2011

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: Constituição*. 5. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Ed. 1980.

MORAIS, Dalton Santos. A subordinação processual constitucional do juiz contemporâneo no processo civil brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 17, n. 67, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30561>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

MOREIRA, Ana Alvarenga. Os princípios constitucionais da boa-fé e da confiança. *Revista Jurídica On-line. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas de Itabira*. V.5, n.1, 2008. Disponível em:< <http://www.funcesi.br/Default.aspx?tabid=963>>. Acesso em: 25.07.2012.

MUÑIZ, Joaquín Rodríguez-Toubes. *Principios, fines y derechos fundamentales*. Madrid:Dykinson, 2000.

NALIN, Paulo. Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2001

NASCIMENTO, Alysson Mascaro. *Lições de sociologia do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

NASCIMENTO, Rogério José Soares Bento do. *Lealdade processual: element da garantia de ampla defesa em um processo penal democrático*. Tese de pós-doutoramento apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Paraná, no ano de 2009, ainda sem publicação.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A teoria dos sistemas e a hermenêutica: ponderações introdutórias a respeito do papel do direito enquanto práxis social efetiva. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. n. 2. vol. 1. p. 51-64. Disponível em: [www.ufsm.br/revistadireito/eds/v1n2/a4.pdf]. Acesso em: 16.09.2010.

NAVARRETE, Urbano. *La buena fe de las personas jurídicas em orden a la prescripcion adquisitiva – estudio histórico – canônico*. Roma:Università Gregoriana, 1959, passim.

NAWIASKY, Hans. *Teoria general del derecho*, Madrid, Ed. Rialp S.A., 1962.

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, 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.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do Princípio da Boa-fé*. Rio de Janeiro:Renovar, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil: apontamentos gerais. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos et al. (orgs.). *O novo Código Civil : homenagem ao Professor Miguel Reale*. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2010.

_____. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Ed. RT, 2009.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema de direito privado. *RDPriv* 17/65-70. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar 2004.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta. Niklas Luhmann e sua obra. In: _____; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (orgs.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. 2ª Edição, São Paulo:Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo In: Didier Jr., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 8. ed. Salvador: JusPODIUM, 2010.

PEIXINHO, Manoel Messias et al (coords.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. *Revista de Direito Privado*, vol. 27, Jul / 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. A estrutura normativa das normas constitucionais: notas sobre a distinção entre princípios e regras. In: PEIXINHO, Manoel Messias et al (coords.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Direito Processual Civil Teoria Geral do Processo*, vol. 1, 4ª ed. Rio de Janeiro:Saraiva, 2012.

PINKER, Steven, *Tábula rasa . a negação contemporânea da natureza humana*, trad. Laura

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. 7.ª reimpressão, Coimbra : Coimbra Editora Limitada, 1992.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. *Direito Civil Sistematizado*. 1ª ed. Rio de Janeiro:Forense, 2010.

PONDÉ, Luiz Felipe. *O Homem Insuficiente*. São Paulo:EDUSP, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro, 1997.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 3ªed. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 1999.

POZZA, Pedro Luiz. O processo civil como fenômeno cultural na perspectiva do formalismo-valorativo *In: Revista do Programa de Pós-graduação em Direito, n. 15*. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2007.2.

PUCEIRO, Enrique Zuleta. *Teoría del derecho - una introducción crítica*. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1987.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAISER, Ludwig. "O futuro do Direito Privado". *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul* 25/12. Porto Alegre, v. 9. 1979.

RÃO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, vol. 1, 3ª ed., São Paulo:Revista dos Tribunais, 1991.

REALE, Miguel, *História do novo código civil*, São Paulo, RT, 2005.

_____. *Filosofia do Direito*. 11.ed. São Paulo:Saraiva, 1986.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. Malheiros, São Paulo, 1999.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. 1ª Ed. São Paulo:Saraiva, 2005.

SATIR, Virginia. *Terapia do Grupo Familiar*, São Paulo:Francisco Alves. 1974)

SCHIPANI, Sandro, *La codificazione del diritto romano comune*, Turim: g. Giappichelli Editore, 1999.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de Comportamento Contraditório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SHAKESPEARE, William. *Romeu e Julieta*, trad. Nuno Fernandes, São Paulo:Objetiva, 2001.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Vol. II, Rio de Janeiro:Forense, 1978.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ªed. São Paulo:Malheiros, 2001.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. ano 1. p. 607-630. Belo Horizonte: Del Rey, jan.-jun. 2003.

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>. Acesso em:15/06/2012.

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.

SÓFOCLES. *Antígona*. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1992.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. A tutela da confiança em face dos comportamentos contraditórios. *Revista de Direito Privado*, vol. 33, Jan/2008.

STRECK, Lenio Luiz. SENSO INCOMUMUM pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>, acesso em 25.07.2012

_____. *Verdade e Consenso*. 3ª ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2009.

TEIXEIRA, Motta. São Paulo: Cia das Letras, 2004.

VELASCO, Ignácio M. Poveda. *A boa-fé na formação dos contratos (Direito Romano)*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, nº 61, pp. 35-42, jul./set. 1992.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito . definições e fins do direito. Os meios do direito*, trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo:Atlas, 2003.

WERDER, Alexander.*dispositionsschutz bei der änderung Steuergesetzen zwischen Rückwirkungsverbot und Kontinuitätsgebot*. Berlim:Duncker & Humblot, 2005.

ZANETI JÚNIOR. *Processo Constitucional:o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.