

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA

JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS FILHO

PRINCÍPIO E CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUAS APLICAÇÕES NO
SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

RECIFE
2011

JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS FILHO

PRINCÍPIO E CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUAS APLICAÇÕES NO
SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da
Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP,
como requisito parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia.

RECIFE
2011

D541p Dias Filho, Joaquim José de Barros
Princípio e cláusula geral da boa-fé objetiva e suas aplicações no sistema processual civil brasileiro / Joaquim José de Barros Dias Filho ; orientador Lúcio Grassi de Gouveia, 2011.
125 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, 2011.

1. Processo civil - Brasil. 2. Boa fé (Direito). 3. Direito processual - Brasil. 4. Confiança. I. Título.

CDU- 347.9 (81)

JOAQUIM JOSÉ DE BARROS DIAS FILHO

PRINCÍPIO E CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUAS APLICAÇÕES NO
SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da
Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP,
como requisito parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia
Orientador

Prof. Dr. Hélio Silvio Ourem Campos

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

Prof. Dr. Francisco Antonio de Barros e Silva Neto

RESUMO

A presente pesquisa aborda as alterações ocorridas no modo sobre o qual se desenvolve o processo civil brasileiro, na perspectiva de superar os estigmas de uma jurisdição omissa e recheada de concepções privatistas e enveredar pelo caminho que se orienta por uma concepção de ser o processo um mecanismo apto a dar mais efetividade ao direito e à promoção da justiça, quando realizado em sintonia com os valores constitucionais. Trabalha-se sob o paradigma da superação da visão individualista do direito processual e da elevação de sua expressão social, atento às disposições do Estado Constitucional, a partir do marco teórico do formalismo-valorativo, a ser realizado por meio de uma legislação menos casuística e atrelada aos princípios fundamentais, que permitem a construção de um processo cooperativo, desenvolvido a partir do princípio do contraditório e da observância a padrões de boa-fé estabelecidos objetivamente.

Palavras-chave: Processo civil. Boa-fé. Paradigmas. Formalismo. Formalismo-valorativo. Boa-fé processual objetiva. Princípio do contraditório. Cooperação. Lealdade. Proteção da confiança.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O PROCESSO ENQUANTO MECANISMO DE PODER E SUA SUBMISSÃO A ARQUÉTIPOS DE BOA-FÉ, LEALDADE E PRESERVAÇÃO DA CONFIANÇA	12
3 FACES E DEFINIÇÕES DO INSTITUTO DA BOA-FÉ	16
3.1 A BOA-FÉ EM SEU ASPECTO SUBJETIVO	18
3.1.1 A aplicação da boa-fé em seu aspecto subjetivo	19
3.2 A BOA-FÉ EM SEU ASPECTO OBJETIVO	22
3.2.1 Embasamento teórico da boa-fé objetiva	24
3.3 EXPERIÊNCIAS DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS ORDENAMENTOS FRANCÊS E ALEMÃO EM COTEJO COM A EXPERIÊNCIA NACIONAL	27
3.4 CONCEITO DE BOA-FÉ	29
4 CIÊNCIA JURÍDICA E A INFLUÊNCIA DOS PARADIGMAS	32
4.1 A CIÊNCIA POR MEIO DOS PARADIGMAS E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO	32
4.2 PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS COMO ELEMENTOS DE RUPTURAS E EVOLUÇÃO DO MODO DE PENSAR E APLICAR O PROCESSO CIVIL	32
4.3 NEOCONSTITUCIONALISMO (OU PÓS-POSITIVISMO) E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DESENVOLVIMENTO DA BOA-FÉ PROCESSUAL OBJETIVA.....	37
4.4 FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO CIVIL E A POSSÍVEL SUPERACÃO DO INSTRUMENTALISMO	40
4.4.1 Fase sincretista e as bases para o cientificismo: pré-história do direito processual	40
4.4.2. O instrumentalismo processual e sua influência na atual doutrina e jurisprudência .	43

5 O FORMALISMO-VALORATIVO COMO MÉTODO DE APLICAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.....	46
5.1 O FORMALISMO PROCESSUAL EM FACE DE VALORES CONSTITUCIONAIS: CONCEPÇÃO DO FORMALISMO-VALORATIVO	47
5.2 O FORMALISMO-VALORATIVO E O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	51
6 NATUREZA JURÍDICA DA BOA-FÉ EM SEU PLANO OBJETIVO	54
6.1 DEFINIÇÃO DE PRINCÍPIO. CRITÉRIOS PARA A DISTINÇÃO DE PRINCÍPIOS E REGRAS	55
6.2 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA (E SUA FUNÇÃO) COMO MÉTODO DE APLICAÇÃO DO DIREITO	60
6.2.1 O sobreprincípio e o subprincípio da boa-fé objetiva	62
6.3 CLÁUSULA GERAL: ORIGEM, SIGNIFICADO E PROPÓSITO.....	64
6.3.1 Cláusula geral: conceito e distinções.....	68
6.3.2 A vagueza conceitual e outras características das cláusulas gerais	71
6.3.3 A concreção como método de aplicação das cláusulas gerais.....	74
6.3.4 Cláusula geral da boa-fé processual objetiva. inciso II do artigo 14 do código de processo civil brasileiro como núcleo axiológico do dever de lealdade no processo. consequências normativas para o desrespeito a uma cláusula geral	78
6.5 A BOA-FÉ PROCESSUAL OBJETIVA E A APLICAÇÃO PRÁTICA DA PROIBIÇÃO DO EXERCÍCIO INADMISSÍVEL DE POSIÇÕES JURÍDICAS PROCESSUAIS.....	81
7 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO COMO MEIO DE INTRODUÇÃO DA BOA-FÉ PROCESSUAL OBJETIVA NO SISTEMA BRASILEIRO	88
7.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA A PARTIR DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO.....	89
7.2 A NECESSIDADE DE UM DEBATE JUDICIAL ÉTICO E SUA REALIZAÇÃO POR MEIO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	92

7.3 O JUIZ EM FACE DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA COOPERAÇÃO. ATIVISMO JUDICIAL.....	93
8 O PROCESSO COOPERATIVO	98
8.1 BASE TEÓRICA DO PROCESSO COOPERATIVO	100
8.2 OPERACIONALIZAÇÃO OU CONCRETIZAÇÃO DA ATIVIDADE DIALÉTICA E COOPERATIVA: ESPÉCIES DO GÊNERO COOPERAÇÃO DOS TRIBUNAIS COM AS PARTES	105
8.2.1 Dever de Esclarecimento.....	106
8.2.2 O dever de prevenção	108
8.2.3 O dever de consultar as partes	111
8.2.4 O dever de auxiliar as partes.....	113
8.3 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO COMO REPRESENTAÇÃO DE UM MODELO DE PROCESSO AUTORITÁRIO.....	114
9 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	116
REFERÊNCIAS	119

1 INTRODUÇÃO

As questões a seguir expostas decorrem da necessidade do desenvolvimento do estudo da ciência processual em sintonia com o direito material e em observância à realidade que o cerca, sob pálio dos ditames constitucionais estabelecidos, com o fim de dar maior efetividade ao direito e à promoção da justiça. Trata-se da busca na mudança do perfil do estudo e aplicação do direito processual civil, desenvolvendo-se um pensar processual sob a ótica dos princípios.

O processo, em linha natural de consequência, pode configurar-se como um simples instrumento de poder, desprovido do intuito de promover justiça. A revisão da postura institucional da atividade jurisdicional, afastando-se dos estigmas de uma jurisdição omissa, é um indicativo de oposição a esse quadro, na medida em que passa a exigir um processo que funcione como ferramenta hábil para convalidar a jurisdição, tornando legítimas suas ordens, posto que as mesmas não seriam o resultado da conclusão de um simples rito, mas decorrente de um mecanismo que reflete valores de uma sociedade. O processo aviado de forma adequada e razoável contribui para que se profiram decisões justas.

Já não se faz suficiente a existência de uma jurisdição que se contenta em aplicar o direito infraconstitucional e que não leva em conta os preceitos que ensejam a construção de uma democracia efetiva ou que não faça uso de um corpo legislativo provido de normas jurídicas das quais decorre o imprescindível dever do Estado de realização da justiça.

Ao Poder Judiciário não é dado apenas o poder de aplicação mecanizada do texto da lei. No exercício da jurisdição exige-se do aplicador do direito um conhecimento interdisciplinar e atenção à realidade fática que circunda o caso em análise.

Em sendo o processo o mecanismo que permite o exercício da jurisdição, é preciso analisar a suposta antinomia existente entre formalismo processual e justiça, a partir da perspectiva do estudo do processo sob o olhar dos valores constitucionais que, sem desprezar o formalismo, dispõe que o direito processual vincula-se ao direito constitucional e a este deve observância, a fim de sagrar-se como ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social, através da jurisdição (OLIVEIRA, 2003).

O estabelecimento de padrões objetivos para exigir e apurar existência de cooperação entre as partes processuais e o desenvolvimento de uma atividade calcada no diálogo, envolve

formas avançadas de encarar o processo, especialmente quanto ao seu escopo social, já que conseguem apaziguar os anseios dos contendores de forma mais eficaz.

Nessa toada, a definição da boa-fé processual objetiva assume grande importância no respeito à condição alheia, aos interesses do outro, às suas esperanças e expectativas, o que remete, em última análise, à chamada tutela da confiança. Nessa perspectiva, busca-se a superação das concepções privatistas do direito processual e a ascensão de sua face publicista, na qual o processo é um ambiente de coparticipação e as decisões são o resultado de uma comunidade dialética de trabalho.

Há que se tomar a atividade judiciária como uma atuação do Estado destinada a compor os conflitos e anseios sociais. Atenta a essas diretrizes, a ciência do processo de há muito está cautelosa na limitação do exercício das posições subjetivas das partes, impondo deveres, obrigações e ônus processuais, através da boa-fé processual objetiva, em face da qual o indivíduo vai pautar seu comportamento, lastreado em honestidade, lealdade e probidade, o que pode decorrer do exercício do direito fundamental ao contraditório, alinhado a um regime de diálogo e cooperação entre os seus participantes.

Com a evolução social e o desenvolvimento de uma sociedade com inédito grau de complexidade, passamos a exigir do legislador mais do que as simples tipificações casuísticas, afastando-o da “Era da Certeza”, na qual o código refletia a existência de um sistema fechado, que englobava a totalidade dos conceitos e regras da ordem jurídica, capazes de responder a toda e qualquer questão que se apresentasse (TEPEDINO, 2001); em via inversa, inicia-se a adoção de um método menos tipificante e casuístico, caracterizado pelo maior uso de normas abertas, conceitos jurídicos abstratos e cláusulas gerais (MARTINS-COSTA, 2000).

Ante o estabelecimento de novos paradigmas, à ciência processual não mais seria possível conformar-se com a precisão formal legislativa que acerca de tudo pretendia tratar particularmente. Com efeito, restou exposta a incapacidade de o direito positivo englobar a totalidade dos fatos, sem atentar para as transformações sociais, econômicas e políticas, ensejadoras de profundas mudanças na maneira de aplicar o direito.

Definir o processo como mero instrumento, cuja aplicação é exigida de forma imediata a partir do sistema, sem observar a carga axiológica dos conceitos ou princípios doutrinários, valores positivados ou extrajurídicos, é desconhecer a necessidade de o processo civil submeter-se às diretrizes constitucionais, de desenvolver-se sob um regime de cooperação, no qual o órgão

jurisdicional tem o poder-dever de esclarecer, prevenir, consultar e auxiliar as partes, por meio de um diálogo judicial (contraditório) lastreado em parâmetros de confiança e boa-fé.

Este é o quadro no qual se pretende a inserção dos valores que defluem da boa-fé, por ser um instituto hábil a fazer com que o processo seja tomado como fonte de instrumentos cuja aplicação resta conformada com valores constitucionais e éticos.

É preciso trazer a ética para o seio do direito e do processo. É preciso entender que a ética e o direito não funcionam como figuras antagônicas, mas como faces diversas de uma mesma moeda, já que não se concebe a subsistência de um direito ‘não-ético’. Foi esse contexto que nos moveu a apresentar como pertinente este estudo.

Como restará evidenciado, a boa-fé desponta como meio capacitado a fazer a união dessas faces, a ser realizada a partir da aplicação do direito sob o olhar dos valores constitucionais, bem como por meio do efetivo exercício de um contraditório e do desenvolvimento de um processo cooperativo. Não é simples a tarefa de fazer atuar os valores decorrentes da boa-fé em todas as searas do direito e menos ainda no campo do direito público, entretanto, faz-se necessária, em vista dos novos paradigmas que influem o direito na atualidade.

2 O PROCESSO ENQUANTO MECANISMO DE PODER E SUA SUBMISSÃO A ARQUÉTIPOS DE BOA-FÉ, LEALDADE E PRESERVAÇÃO DA CONFIANÇA

Em face do alto grau de sintonia entre o modelo de organização estatal aos vários modos de conformação do aparelho judiciário nele existente, seja em razão da autonomia de seus membros, efetividade de suas decisões e as normas processuais postas, não se pode desconsiderar o poder de modificação que o Estado detém ao atuar de forma mais proativa para garantir um efetivo acesso à jurisdição e à realização de um processo justo, de forma a resgatar ou afirmar sua parcela de poder na definição dos destinos dos membros desta comunidade, em acordo mútuo com os ideais democráticos.

Bem se sabe que, em determinado período de desenvolvimento da sociedade, não faria sentido perquirir-se sobre a utilização do processo civil como tática de poder, haja vista que sequer havia estratégia alguma tendente a construir um modelo processual a ser aplicado. Todavia, hoje não se olvida que há uma íntima relação entre o processo civil posto e a organização política do Estado no qual ele se insere, quando o mesmo é alçado à condição de ferramenta de poder (SILVA, 2004).

Com o maior desenvolvimento das relações sociais, no seio de uma sociedade complexa, a própria instituição de um Poder Judiciário e a percepção de que o processo civil integra os interesses estatais, consubstanciando-se como uma das estratégias governamentais para o exercício do poder, torna-se necessária a análise desse instrumento de força, que poderá ser definido como um conjunto de regras ocas e desprovidas de valores ou como mecanismo que se estabelece como um meio hábil à realização da jurisdição, respondendo os anseios sociais e promovendo justiça.

Esmiuçando tais questões, enquanto o processo judicial no Estado do “*laissez faire*” configurava-se como um duelo entre indivíduos (como os únicos interessados na contenda), no Estado intervencionista o processo judicial insere-se como parte integrante da estratégia de impor os valores oficiais nos mais vastos espectros da vida em sociedade. Já o Estado Social de Direito conjugou os princípios do estado burguês com premissas de direitos sociais, econômicos e culturais (SILVA, 2004, p. 10-15).

Em todos, contudo, observamos a força do Estado na definição das feições do processo. Portanto, para que o mesmo não figure como simples espelho de uma ideologia qualquer, é preciso adequá-lo a padrões mais perenes e vinculados a uma ordem maior, que tenha por base princípios fundamentais, como os dispostos nos arts. 1º, 3º e 5º da Constituição Federal do Brasil, capazes de fazer do processo um instrumento de inclusão social, de realização da justiça e de um regime democrático efetivo¹.

Por conseguinte, os mecanismos estruturados pelo Estado para a realização da justiça e do regime democrático, concretizadores da igualdade material, não podem ser concebidos de forma a tolerar ações desconexas com a ética.

A premissa posta deve ser aplicada ao processo, que figura como um mecanismo de poder do Estado, munido de substância e disposições que não devem ser tomadas apenas como formalidades, mas como normas conformadas com princípios e garantias, inclusive em sede constitucional, que asseguram o desenvolvimento do processo sob a tutela dos mais elevados valores dispostos na sociedade.

O processo é instrumento posto pelo Estado em favor das partes como um mecanismo de acesso à jurisdição. Por conseguinte, em um Estado Democrático de Direito, o processo deve restar calcado em princípios de igualdade, boa-fé, lealdade e preservação da confiança, já que em seu sentido social é ele um mecanismo de realização da justiça, e nenhum instrumento de justiça pode existir fundado em inverdades (RIBEIRO, 2004).

A presente perspectiva é anunciada na exposição de motivos do nosso Código de Processo Civil brasileiro (Código Buzaid), nas seguintes passagens:

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

¹ Mesmo ciente da dificuldade na configuração e definição daquilo que vem a ser um regime democrático efetivo, especialmente quando muitos Estados totalitários assim estão denominados por disposição própria, é preciso observar que o processo, enquanto mecanismo de poder, pode servir como fonte de estudo para apurar a existência de uma real democracia em determinados Estados.

fundamento; d) não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito (art. 17). E, em seguida, dispôs que “responde por perdas e danos todo aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente” (art. 19). No art. 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; f) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; g) provocar incidentes manifestamente infundados.

Percebe-se, portanto, que o Código de Processo Civil brasileiro adotou de forma irrestrita lealdade e a boa-fé processual não só em relação às partes como também em relação a todos aqueles que, de uma forma direta ou indireta, participam da causa.

No Brasil é inegável a influência da boa-fé, como se vê nas disposições dos arts. 37 e 85, V da Constituição Federal de 1988². No Código de Processo Civil os exemplos são ainda mais generosos: em relação aos participantes do processo: art. 14, II do CPC; em relação ao órgão do Ministério Público: art. 85; em relação ao juiz: art. 133; em relação ao depositário e ao administrador: art. 150 do CPC; em relação ao intérprete: art. 153 etc³.

Nessa toada, ciente do poder de modificação que o Estado detém na definição dos destinos dos indivíduos submetidos à sua ordem e de que o processo, enquanto mecanismo de

² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) V - a proibição na administração;

³ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001) (...)

II - proceder com lealdade e boa-fé;

Art. 85. O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude.

Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Art. 150. O depositário ou o administrador responde pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar à parte, perdendo a remuneração que lhe foi arbitrada; mas tem o direito a haver o que legitimamente despendeu no exercício do encargo.

Art. 153. O intérprete, oficial ou não, é obrigado a prestar o seu ofício, aplicando-se-lhe o disposto nos arts. 146 e 147. (Art. 147. O perito que, por dolo ou culpa, prestar informações inverídicas, responderá pelos prejuízos que causar à parte, ficará inabilitado, por 2 (dois) anos, a funcionar em outras perícias e incorrerá na sanção que a lei penal estabelecer).

poder, é reflexo da organização política do Estado no qual ele se insere, não se pode negar-lhe a condição de instrumento de realização da justiça e do regime democrático.

Alçado a tal patamar torna-se imperiosa a análise desse instrumento de força, que poderá ser definido como um mecanismo em favor dos detentores do poder ou aflorar como indutor de realização de justiça e do regime democrático.

Como o processo judicial não deixará de ser parte integrante da estratégia do Estado para impor os valores oficiais, é preciso vinculá-lo a padrões mínimos, objetivos e perenes, como a boa-fé objetiva, a lealdade e a preservação da confiança. Tal perspectiva enseja uma ciência processual em harmonia com o direito material e, atenta aos valores constitucionais estabelecidos, convalida uma jurisdição legítima, afastando-se da ideia de processo como instrumento de simples manutenção de poder.

Pertinente é a repetição do disposto na exposição de motivos do nosso Código de Processo Civil, ao afirmar que, ante a índole eminentemente dialética do processo civil, “é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever, da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos”. Demonstra, portanto, que o Estado cumpriu com o seu mister, ao menos formalmente, ao impor de forma obrigatória e objetiva o dever de cooperação entre as partes e o desenvolvimento de uma atuação calcada no diálogo, quando será preciso que valores constitucionais impregnem a técnica processual, por meio do formalismo-valorativo (MITIDIERO, 2005).

3 FACES E DEFINIÇÕES DO INSTITUTO DA BOA-FÉ

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

Anuncie-se, todavia, que não se objetiva adentrar na difícil seara da construção histórica da boa-fé, nas diversas fases evolutivas do direito romano ou no direito canônico, em vista da longa explanação necessária sobre o tema e dos inúmeros questionamentos que porventura fomentaram as bases do instituto.

É por demais extensa a formação da boa-fé, com diversas formulações e construções ao longo do direito romano, atingindo a idade média com a identificação da boa-fé à ausência de pecado, ante o domínio da igreja católica, até chegar à idade moderna com intenso acento subjetivista, em decorrência da ascensão da burguesia e todos os valores a esta relacionados, quando o princípio da boa-fé foi inteiramente absorvido pelo dogma da autonomia da vontade (PRETEL, 2006).

Apesar do fortalecimento da feição subjetivista dada à boa-fé durante séculos, atente-se para o aspecto duplo de seu conceito, que prevê também o aspecto objetivo, o qual, já nos tempos romanos, traduzia sentidos de honestidade, confiança e sinceridade.

É forte a ressonância na doutrina acerca da dualidade de sentidos dispostos a uma ampla cognição da boa-fé, especificamente tomada em seus aspectos subjetivo e objetivo, compreendidos, respectivamente, como um 'estado' e como uma 'regra' de conduta. Alerta-se, entretanto, para a existência de posições contrárias a essa dualidade conceitual, o que deflagra a formação de duas correntes a abordar a questão.

A primeira corrente admite ser possível traçar distinções atinentes à função e aos efeitos assumidos pela boa-fé, mas, em sua base, esta teria um significado unitário, dado que a boa-fé tem sua aplicação pautada a partir do comportamento ditado pela moral social e também porque, tanto a boa-fé subjetiva como a objetiva conteriam uma normatividade, embora em graus

distintos, ou seja, ambas seriam regras. É esta posição defendida por Antônio Henadez Gil (*apud* SLAWINSKI, 2002).

Conforme expõe Célia Barbosa Abreu Slawinski (2002), a corrente que defende a unidade conceitual, não desconsidera a possibilidade de traçar distinções relativamente à função e aos efeitos assumidos pela boa-fé, entretanto, a unidade conceitual residiria em duas razões: a primeira, no fato de ambas as formas de boa-fé sempre decorrerem de uma pauta de comportamento ditada pela moral social; e a segunda no fato de que, tanto na denominada boa-fé subjetiva quanto na objetiva existe normatividade, embora em graus distintos.

Em face da segunda corrente, Menezes Cordeiro, Judith Martins-Costa, Teresa Negreiros, dentre outros, acolhem a distinção conceitual da boa-fé, ao passo que apontam a boa-fé subjetiva como algo que diz respeito ao interior do sujeito, ao seu aspecto psicológico, quando o mesmo crê que seu obrar está em conformidade com o direito aplicável; já a boa-fé objetiva, ao revés, é algo exterior ao sujeito, quando sua atuação é apurada a partir de um modelo objetivo de conduta social, no *standard* jurídico exigido de um homem reto, probo e leal (RIBEIRO, 2004).

Embora os sentidos subjetivo e objetivo da boa-fé sejam componentes expressos de disposições legislativas, Teresa Negreiros (1998)⁴ não estranha a confusão estabelecida, posto que a mesma decorreria da ausência de precisão semântica que permite o surgimento de dúvidas a respeito da dualidade de sentidos imputáveis à boa-fé.

A autora segue a linha que enxerga a boa-fé no seu aspecto subjetivo como um fato (intelectivo ou volitivo) e, no seu aspecto objetivo, como critério de comportamento, entretanto, observa que os alemães usam termos diferentes, afastando-se da imprecisão terminológica. Nesse sentido, a boa-fé disposta como dever de conduta é estabelecida na expressão alemã *Treu und Glauben* e configura o núcleo do famoso § 242 do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*)⁵. Essa, por sua

⁴ Atente-se que a autora faz referência a diversas obras e doutrinadores contrários aos aspectos distintivos de ‘subjetivo’ e ‘objetivo’ da boa-fé, dentre eles Stefano Rodotà. Noutro ponto, são dispostas as seguintes observações: “parece questionável, no entanto, o alcance dogmático destas críticas, uma vez que a unificação das vertentes subjetiva e objetiva da boa-fé acaba por elevar ainda mais o nível de abstração dos conceitos em exame, como é o caso do ‘dever de agir corretamente’, referido por Rodotà. Ainda no âmbito da doutrina italiana, cumpre citar Emilio Betti, que se posiciona a este respeito de forma diversa: discorda da duplicação subjetiva-objetiva do conceito de boa-fé, mas reconhece que o tratamento legislativo desta noção deva ser sistematizado a partir de uma clara distinção entre a boa-fé contratual e as demais referências à boa-fé esparsas no Código Civil italiano”. (NEGREIROS, 1998, p. 10-11).⁴

⁵ Aqui temos o § 242 do BGB, cujo desenvolvimento foi deveras significativo pela doutrina e jurisprudência alemãs, a partir de 1896, em que se lê: O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego.

vez, não se confunde com o conceito de *Guter Glaube*, por nós tomada pela situação ou fato psicológico de boa-fé.

3.1 A BOA-FÉ EM SEU ASPECTO SUBJETIVO

Em conjunto com massiva parcela da doutrina e jurisprudência pátria, concordamos com a dualidade de sentidos dispostos a uma ampla cognição da boa-fé, visto que a dualidade permite uma maior concretização do abstrato conceito de boa-fé. Nessa toada, embora o foco primário da nossa pesquisa recaia sobre a boa-fé objetiva, é pertinente o uso de algumas linhas para tratar da boa-fé subjetiva. Em síntese, entende-se que a boa-fé em seu aspecto subjetivo caracteriza-se como um estado, consciência, baseada em elementos psicológicos, internos do sujeito, onde o juiz terá de pronunciar-se sobre o estado de ciência ou de ignorância do sujeito.

A partir das lições de Judith Martins-Costa (2000, p. 411-412), observamos que:

[...] a expressão ‘boa-fé subjetiva’ denota ‘estado de consciência’, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjetiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.⁶

Por se entender que a boa-fé subjetiva caracteriza-se como um estado, consciência, baseada em elementos psicológicos, internos do sujeito, como ser possível ao juiz pronunciar-se sobre o estado de ciência ou de ignorância do sujeito? Salvo diante da possibilidade de se

⁶ Judith Martins-Costa (2000, p. 411-412) ao reforçar sua exposição ratifica que “a boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente etc). Pode denotar, ainda, secundariamente, a idéia de vinculação ao pactuado, no campo específico do direito contratual, nada mais aí significando do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado, de modo a se poder afirmar, em síntese, que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição “egoística” à literalidade do pactuado”.

conhecer de forma direta a má-fé do sujeito, através da confissão, *e.g.*, os indícios existentes apenas permitem constatar que, nas condições por ele representadas, uma pessoa, com perfil do agente, se encontra, numa ótica de generalidade, em situação de ciência ou ignorância (CORDEIRO, 2007).

Adentremos, portanto, na difícil seara da aplicação da boa-fé subjetiva, que será analisada em sequência.

3.1.1 A aplicação da boa-fé em seu aspecto subjetivo

É preciso estabelecer a noção de que o princípio da boa-fé processual também tem aplicação em face de condutas processuais animadas pela má-fé, ou seja, quando se vislumbra a ausência de boa-fé subjetiva. Trata-se da atuação do princípio da boa-fé processual, que é a fonte de deveres diversos, inclusive o de não agir *com* má-fé (DIDIER JR, 2010).

A boa-fé processual adjetiva como ilícitas as condutas processuais animadas pela má-fé (sem boa-fé subjetiva). Por sua vez, a cláusula geral da boa-fé processual implica, entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má-fé, que passa a ser suporte fático de alguns ilícitos processuais.

É possível, a partir da legislação processual civil, apurar diversas passagens que reprimem as situações processuais dolosamente criadas, como as situações dispostas nos incisos I, II, III e IV do art. 17 do Código de Processo Civil⁷, que configuram má-fé subjetiva e são qualificados como hipóteses de litigância de má-fé.

Na mesma linha está o requerimento doloso da citação por edital, art. 233 do CPC. Bem como a atuação dolosa do magistrado, do membro do ministério público e outros participantes do processo, quando têm sua conduta apurada a partir de uma atuação intencional. É o que podemos extrair, “*e.g.*”, dos arts. 85; 133, I; 147; 150 e 153 todos do Código de Processo Civil.

⁷ Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

II - alterar a verdade dos fatos; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980)

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980); (...)

A propósito da dificuldade de aplicação da boa-fé subjetiva, perfilhamos o caminho traçado por Menezes Cordeiro (2007), que vislumbra a necessidade de estabelecer distinções no âmbito da boa-fé subjetiva, com o fim claro de promover sua efetiva aplicação pelo direito e não apenas uma utilização fictícia.

De imediato, lembre-se que o autor é partidário da corrente que vislumbra distinções entre a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva. Nessa toada, alerta que não podemos confundir a presente distinção com a contraposição disposta entre a ‘boa-fé subjetiva psicológica’ e a ‘boa-fé subjetiva ética’, haja vista que ambas restariam insertas no seio da boa-fé subjetiva, correspondendo a primeira a um estado de ignorância, enquanto a segunda também representaria um estado de ignorância, distinta da ‘psicológica’ pelo fato de representar um estado de ignorância valorado pelo direito.⁸

Ao tratar da efetiva aplicação da boa fé subjetiva, cabe ressaltar a difícil missão que é imposta ao julgador, no sentido de pronunciar-se sobre o simples estado de ciência ou de ignorância do sujeito. Tal exercício não é cumprido com facilidade pelo direito, visto que ao sistema escapa a possibilidade de controle desta forma de apreciação do caso, quando até fatores não condizentes com a neutralidade do julgador podem vir a influir ou definir o sentido da decisão a ser expedida. Diante da boa-fé subjetiva de base ‘ética’, restamos menos onerados em face da difícil tarefa de empreender uma descoberta do pensamento do sujeito, visto que a mesma tem por base estabelecimento de padrões, tomados por desconhecimento indesculpável (CORDEIRO, 2007).⁹

⁸ Neste sentido, expõe Menezes Cordeiro (2004, p. 514-516) que “Cabe ponderar a repercussão, no próprio conceito de boa fé subjectiva, das funções que lhe são atribuídas. Na boa fé possessória, cujo primado histórico-cultural foi, a seu tempo, justificado, ocorrem dois entendimentos conceptuais possíveis, conhecidos, por tradição, como psicológico e ético: para o primeiro, a boa fé seria a simples ignorância de certo facto; para o segundo, ela seria uma ignorância desculpável. A desculpabilidade corresponde a um juízo cuja fonte objectiva reside no acatar de bitolas normativas de actuação: há por desconhecimento indesculpável quando o sujeito ignore certo facto, por ter procedido com desrespeito por certos deveres de cuidado”. (...) “Por todas estas razões, o Direito civil português tem, da boa fé subjectiva, uma noção ética, sendo de entender, a essa luz, as definições esparsas compreendidas no Código. A boa fé traduz um estado de ignorância desculpável, no sentido de que, o sujeito, tendo cumprido com os deveres de cuidado impostos pelo caso, ignora determinadas eventualidade.” (...) “Torna-se significativo que, apesar de evoluções conturbadas, os Direitos alemão e italiano tenham acabado por se fixar na boa fé ética, enquanto o Direito francês, vítima da incipiência que o assola, sobretudo no campo da boa fé, se mantém nos entendimentos anteriores.”

⁹ Menezes Cordeiro (2007, p. 514-516) afirma que “Perante uma boa fé puramente fáctica, o juiz, na sua aplicação terá de se pronunciar sobre o estado de ciência ou de ignorância do sujeito. Trata-se de uma necessidade delicada, como todas aquelas que impliquem juízos de culpabilidade e que, como sempre, requer a utilização de indícios externos. (...) Na boa fé psicológica, não há que ajuizar da conduta: trata-se, apenas, de decidir do conhecimento do sujeito. Os indícios externos tornam-se magros.

Ciente de que ao direito, por vezes, não interessa saber se o sujeito efetivamente ignora determinada situação e que pode ser dispensável a promoção de uma declaração de ciência sobre a mente humana, é preciso estabelecer outro modo para a apreensão dos fatos. Portanto, como exposto por Menezes Cordeiro (2007), a aplicação da boa-fé subjetiva requer uma boa fé ética, cuja fonte reside em adotar bitolas normativas de atuação, apurando-se o desconhecimento indesculpável, quando o sujeito ignore certo fato, por ter procedido com desrespeito por certos deveres de cuidado.¹⁰

A par das próprias realidades materiais do caso considerado e pelas situações típicas tidas por normais, efetua-se uma valoração sujeito-indícios. Nesse diapasão, torna-se possível um controle do sistema sobre suas soluções, quando se torna desnecessária uma simples declaração de ciência sobre a mente humana.

Diante da configuração da boa-fé subjetiva sob seu aspecto ético, é possível compreender um possível motivo que leva doutrinadores à defesa da existência de um único conceito de boa-fé, visto que tanto a boa-fé objetiva quanto a subjetiva estariam lastreadas em padrões normativos, cuja diferença defluiria do seu grau de maior ou menor intensidade. Melhor explicando, enquanto a boa-fé subjetiva ‘psicológica’ reside no âmbito da ignorância de certo fato, a boa-fé subjetiva ‘ética’ decorre de desconhecimento desculpável. Essa desculpabilidade

Fora a hipótese de haver um conhecimento direto da má fé do sujeito – maxime por confissão – os indícios existentes apenas permitem constatar que, nas condições por eles representadas, uma pessoa, com perfil do agente, se encontra, numa óptica de generalidade, em situação de ciência ou ignorância.

Mas sendo assim – e é assim – a concepção psicológica da boa fé torna-se, aquando da aplicação, numa aparência. O esquema real é outro: reunidos os indícios, o juiz constata que a pessoa em causa deve encontrar-se nas referidas situações de ciência ou de ignorância porque, das duas uma: ou se encontra, de facto, nelas ou, não se encontrando, devia encontra-se, dados os factores que a rodeiam. Ou sabe, ou deve saber, sendo certo que apenas o último termo é susceptível de apreciação e de controlo.

Querer, como base absoluta, aplicar uma concepção psicológica da boa fé é um logro, a nível de decisão: como em qualquer esquema de aplicação do Direito, arredado o espectro da subsunção, é sempre necessário emitir um juízo, a cargo do intérprete-aplicador. E este, guiando-se pelas situações típicas tidas por normais, efectua uma valoração sujeito-indícios e não uma declaração de ciência sobre a mente humana. Esta escapa ao Direito, sendo desejável que assim continue. Tal valoração implica, na prática, o recurso encapotado à boa fé ética. Mas sendo encapotado, ele possibilita sempre a inclusão, no decidido, de factores afectivos ou, até, a manipulação da boa fé, consoante solução considerada ideal, em termos de equidade, para o litígio compor. Deve, pois, reconhecer-se, como fatal a boa fé ética para, então, se proceder à sua análise e aplicação conscientes”.

¹⁰ Menezes Cordeiro (2007, p. 514-516) sinaliza no seguinte no sentido de que um estado de ignorância é desculpável quando o sujeito, “tendo cumprido com os deveres de cuidado impostos pelo caso, ignora determinadas eventualidades”, por sua vez, “há por desconhecimento indesculpável quando o sujeito ignore certo facto, por ter procedido com desrespeito por certos deveres de cuidado”.

corresponde a um juízo cuja fonte objetiva reside no acatar de bitolas normativas de atuação, o que a aproxima da boa-fé objetiva, que são regras de condutas.¹¹

Portanto, a distinção proposta entre boa-fé subjetiva ética e psicológica, tem como objetivo principal não tornar inóqua a aplicação da boa-fé em seu sentido subjetivo, na medida em que a mesma passa a ser aferível por meio de situações típicas tidas por normais, através do uso da valoração sujeito-indícios, sem que haja a necessidade de promover uma declaração de ciência sobre a mente humana.

3.2 A BOA-FÉ EM SEU ASPECTO OBJETIVO

Acima versamos acerca da boa-fé subjetiva, em face da qual o intérprete deve considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção, extraindo-a de aspectos externos ou não. Sem negar a sua importância, é deveras interessante o estudo da boa-fé em seu aspecto objetivo, por ser elemento de transformação do direito atual.

Judith Martins-Costa (2000, p. 409)¹², ao promover a análise do tema no campo do direito obrigacional, afirma que a boa-fé objetiva “subverte” e transforma o direito obrigacional clássico. Surpreende-se a autora com a emergência ou ressurgência desta noção, há tempos confinada a aplicações marginais pelo direito civil, para figurar como regra de interpretação, como fonte de deveres acessórios e, especialmente, como limite ao exercício de direitos subjetivos, que são diretrizes capazes de promover uma transformação em diversos campos do direito e não apenas na seara do direito obrigacional clássico.

A boa-fé em sua faceta objetiva é um dever das partes dentro de uma relação jurídica, onde os indivíduos comportam-se tomando por fundamento a confiança que deve permear essa

¹¹ Ao nosso sentir, a presente configuração acaba por permitir o surgimento da dicotomia inicialmente abordada (dualidade ou unicidade conceitual da boa-fé), mas que não é suficiente para afastar a necessidade de segregação dos aspectos diversos da boa-fé, o que enseja a explanação acerca da boa-fé em seu aspecto objetivo.

¹² Judith Martins-Costa (2000, p. 409) assim expõe: “(...) convivendo no direito há dois mil anos, como poderia a boa-fé ‘subverter’, agora, o direito obrigacional? (...) No seu trato não se poupam os exclamativos, até os superlativos: um tema que mais se assemelha a ‘une mer sans rivage’, na opinião de Simone David-Constant, uma concepção que origina um importante ‘revirement doctrinal’ no direito obrigacional, nas palavras de Ludo Cornélius, que constitui, enfim, a legítima expressão da pós-modernidade do direito, na leitura que lhe é feita por Marcel Storme. É preciso ver, portanto, no que consiste este ‘espantoso fenômeno’, esta ‘subversão’ que é atribuída a uma das vertentes da boa-fé, a objetiva, o seu caráter de signo da pós-modernidade, expressão tão usada quanto contestada [...]”

relação, atuando de maneira correta e leal (MARTINS, 2000). Diversamente do que ocorre no campo da boa-fé subjetiva, aqui não há que se falar em má-fé, ou mesmo apurar qualquer ciência que o sujeito detém da realidade.

Operar nos moldes da boa-fé objetiva é agir ‘de acordo’ com a boa-fé. Esta boa-fé remonta origem na *fides bona* de Roma, cujo destaque é o elemento confiança (NEGREIROS, 1998). Conforme lições de Rui Stoco (2002), a boa-fé constitui atributo natural do ser humano e o agir em sua desconformidade seria o resultado de um desvio de personalidade. Entretanto, como não é possível esperar de todos os indivíduos de uma sociedade ou de todos os participantes de uma relação jurídica o agir com retidão, guiado por valores éticos e morais, é preciso estabelecer arquétipos de boa-fé objetiva, lastreado em padrões de conduta leal e confiável.

Temos na análise da boa-fé a disposição de uma regra de conduta fundada na honestidade, na retidão e na lealdade, a expor um dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, que não frustrem a confiança legítima da outra parte. É, principalmente, atinar e considerar os interesses do “alter”, que deve ser tomado como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado (MARTINS-COSTA, 2000).

Enquanto a ausência de boa-fé subjetiva enseja a ocorrência de má-fé, na antítese da boa-fé objetiva encontramos “a ausência de boa-fé, que ocorrerá quando não se proceder em conformidade com os deveres de conduta, qualquer que seja o motivo da desconformidade” (MARTINS, 2000, p. 75)¹³. Temos no agir em observância à boa-fé objetiva uma regra de conduta, consistente num fazer, numa atuação ativa, a fim de atender as expectativas alheias, ou mesmo um não fazer, quando a ação implicar lesão à esfera jurídica de outrem. A mesma recai, sempre, na preservação da confiança pelas expectativas legitimamente geradas nos demais membros da comunidade (MARTINS-COSTA, 2000, p. 412).

A boa-fé objetiva é, portanto, a disposição de uma regra conduta, apresentada a partir de um padrão de comportamento comum, em face de um caso concreto, tradutor do estabelecimento de padrões de comportamento ético no caso em apreço. “Trata-se de regra ética, um dever de guardar fidelidade à palavra dada ou ao comportamento praticado, na ideia de não fraudar ou

¹³ Para Carlos Alberto Molinaro e Mariângela Guerreiro Milhoranza (2008) “o dolo é a antítese da boa-fé objetiva, assim como o contrário da boa-fé subjetiva é a má-fé”. Mais claro é o entendimento posto por Flávio Alves Martins (2000, p. 75), ao expor que “na objetiva, a boa-fé não se contrapõe à má-fé ou o dolo, mas a ausência de boa-fé, que ocorrerá quando não se proceder em conformidade com os deveres de conduta, qualquer que seja o motivo da desconformidade”.

abusar da confiança alheia” (PRETEL, 2006, p. 22). Por tal se tem que “a boa-fé objetiva é lastreada no interesse coletivo das pessoas pautarem seu agir na cooperação, garantindo a promoção do valor constitucional do solidarismo” (PRETEL, 2006, p. 23).

Conforme Judith Martins-Costa (2000, p. 412):

[...] por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *Common Law* – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo.

Neste sentido, Clovis do Couto e Silva (1976) expõe que o princípio da boa-fé endereça-se sobre tudo ao juiz que, diante dos fatos postos, cria o direito do caso em apreciação. Por fim, existirá boa-fé objetiva quando o atuar do indivíduo enquadrar-se no modelo objetivo de conduta social, no *standard* jurídico exigido de um homem reto, probo, leal (RIBEIRO, 2004).

3.2.1 Embasamento teórico da boa-fé objetiva

É preciso observar, inicialmente, que a boa-fé, a segurança jurídica e a proteção à confiança são princípios que decorrem de uma mesma fonte de ideias, cuja aplicação passa a ser observada no processo.

Sob a perspectiva do princípio da boa-fé objetiva e do princípio da cooperação, há uma expectativa à proteção da confiança e à instituição de uma conduta mais interativa e dialógica entre as partes na seara do processo, bem como a superação da vertente individualista do direito processual em favor de uma visão comprometida com valores constitucionais, que sinalizam no sentido de ser o processo um instrumento do qual se utiliza o Estado para a consecução das finalidades públicas e de que este não é apenas uma ferramenta livremente deixada ao ímpeto e às

vontades dos litigantes, que agora devem pautar suas ações sob os ditames da boa-fé objetiva e da proteção da confiança processual.

De imediato, observa-se que a boa fé aqui mencionada não é simplesmente aquela descrita pelo Código Civil brasileiro de 1916, e várias outras codificações, que conhecia apenas a chamada boa fé subjetiva ou boa fé possessória, tratada a partir de um estado psicológico de ignorância acerca de vícios que maculam um direito real. Aqui estamos no plano da concepção objetiva da boa fé, como *standard* de conduta leal e confiável (*Treu und Glauben*), independente de considerações subjetivistas.¹⁴

Como expõe Anderson Schreiber (2005, p.78), “foi apenas a partir da Primeira Guerra Mundial que a boa-fé objetiva veio realizar plenamente a sua vocação de cláusula geral apta a impor parâmetros de conduta para as relações sociais”, sobretudo por meio da criação de direitos e obrigações anexas, voltadas a alcançar a mútua e leal cooperação entre as partes.

Do ponto de vista jurídico, a valorização contemporânea da confiança abre uma brecha nas bases voluntaristas e individualistas do direito. Passamos à quebra de valores consagrados com a modernidade. Para tanto, o processo civil não desponta como simples mecanismo, porém “como um verdadeiro instrumento ético, sem que se deixe de reconhecer, no entanto, a sua estruturação igualmente técnica” (MITIDIERO, 2005, p. 19-20).

Entender a boa fé objetiva a partir do princípio geral de cooperação e lealdade recíproca entre as partes decorre, também, do fato de que ela representa expressão da solidariedade social, a atuar tanto no campo das relações privadas quanto públicas, visto ser um mandamento constitucional, destinado a conter o exercício desenfreado da autonomia privada, especialmente em face do formalismo exacerbado e desprovido de conteúdo, muitas vezes utilizado como manobra da parte para obtenção de interesses escusos através do processo.

Por conseguinte, observe-se que, do ponto de vista dogmático, a doutrina aponta uma tríplice função à boa-fé objetiva no sistema jurídico (SCHREIBER, 2005).

Em um primeiro plano, a boa-fé objetiva desenvolve uma função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos. Trata-se da atuação da boa-fé como critério hermenêutico, indutora de uma interpretação do direito que privilegie sempre o sentido mais conforme à

¹⁴ Trata-se da boa fé objetiva, também chamada de boa fé contratual, na sua forma desenvolvida pela doutrina e jurisprudência alemãs, a partir de 1896, com base no § 242 do BGB, em que se lê: “O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”.

lealdade e à honestidade entre as partes, afastando-se daquelas cujo sentido vise prejudicar a contraparte, que seja maliciosa.

Em um segundo plano, a boa-fé objetiva desenvolve uma função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal. Apesar de a mesma restar bem delineada no campo do direito obrigacional, a presente função tem aplicabilidade mais ampla, visto que os deveres de informação, de segurança, de colaboração etc. variam de acordo com cada relação jurídica concreta da qual decorram, o que chega a inviabilizar uma precisa identificação do seu conteúdo em abstrato¹⁵. Assim, temos uma variabilidade do conteúdo dos deveres criados pela boa-fé que, segundo Clóvis do Couto e Silva (1976), de modo geral consiste no dever de afastar danos, da guarda de cooperação e da assistência, aplicados independentes da vontade das partes.

No que tange à terceira função, a boa-fé desempenha um papel restritivo do exercício de direitos. Trata-se da perspectiva de impedir o exercício de direitos em contrariedade à recíproca lealdade e confiança, que visa afastar o chamado ‘exercício inadmissível de direitos’.

Aqui estamos diante da chamada aplicação da boa fé em seu sentido negativo ou proibitivo, quando visa impedir a utilização de direitos em contrariedade à recíproca confiança que deve imperar nas relações públicas e privadas. Seu objetivo é afastar os comportamentos que, embora legalmente assegurados (atos formalmente previstos), não se conformem aos *standards* impostos pela boa-fé objetiva.

É o que corresponde à proibição do comportamento contraditório, proibição do “*venire contra factum proprium*”, de larga importância ao processo, visto que trata da proibição à ruptura da confiança, por meio da incoerência promovida pelo participante do processo quando sinaliza que tomará uma conduta em determinado sentido e depois contradiz o comportamento anterior, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, por meio da incoerência (SCHREIBER, 2009).

Tal prática, conduta incompatível com comportamento anterior, promove ofensa à boa-fé objetiva (lealdade) e ao princípio da cooperação, que restam direcionados à proteção da confiança legítima dos demais sujeitos participantes da relação processual, bem como afronta as expectativas quanto ao curso do processo.

¹⁵ Em Menezes Cordeiro (2000) observa a diagramação dos deveres anexos em três aspectos: deveres de proteção, esclarecimento e lealdade.

Atente-se que a doutrina germânica contemporânea, em concepção que se difundiu por toda parte, situou na cláusula geral de boa-fé objetiva o fundamento normativo da ‘proibição do *venire*’, fazendo da confiança o fundamento contemporâneo do *nemo potest venire contra factum proprium*¹⁶. Por conseguinte, a identificação da boa fé objetiva como fundamento do princípio de proibição do comportamento contraditório é a orientação que se verifica na maior parte dos demais ordenamentos jurídicos, bem como é tomada como a melhor diretriz ao seu enquadramento no direito moderno.

Por fim, observe-se que no mesmo sentido estão dispostos outros institutos cujo fim é proteger a coerência e reprimir condutas incompatíveis, como a *Verwirkung* alemã, ou *suppressio* romana, que é o retardamento desleal de um exercício de direito; o *tu quoque*, literalmente “até tu”, que traduz a ocorrência de uma surpresa e perplexidade em face da contradição de comportamentos.

3.3 EXPERIÊNCIAS DA BOA-FÉ OBJETIVA NOS ORDENAMENTOS FRANCÊS E ALEMÃO EM COTEJO COM A EXPERIÊNCIA NACIONAL

Já restou exposto que não se objetiva promover uma análise histórica da boa-fé, especialmente no sentido da construção do instituto ao longo do período transcorrido entre a sistematização do direito romano e a codificação iniciada no séc. XVIII. Por tal, passamos a uma rápida análise da experiência ocorrida em alguns modelos jurídicos que contribuíram para a consolidação do conteúdo jurídico da boa-fé, embora, o tenham feito por caminhos diversos. Nesse aspecto tomamos como significativo para o desenvolvimento do presente trabalho as experiências constatadas nos modelos francês e alemão, como forma de melhor compreender o desenvolvimento da questão no nosso ordenamento.

A primeira premissa a ser posta decorre do fato de não sempre os sistemas perfilharem a mesma diagramação quanto ao aspecto positivo. Nos dois sistemas em destaque havia expressa previsão da boa-fé, sob a forma de cláusula geral. Entretanto, o que nos interessa no presente

¹⁶ Wieacker (1979) observa que a tutela da confiança atribui ao *venire* um conteúdo substancial, no sentido de que deixa de se tratar de uma proibição à incoerência por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, por meio da incoerência.

contexto é a verificação de que nestes ambientes jurídicos, o desenvolvimento do instituto alcançou desdobramentos distintos, em vista da concepção de sistema ser diversa em ambos (SCHREIBER, 2005).

Ao modelo francês, no seu *Code de Procedure Civile*, diversas são as críticas promovidas, porque o princípio da boa-fé estava sufocado pela forte presença do então dogma da autonomia da vontade, no qual não havia espaço para a formulação de deveres pelo Judiciário, já que “o positivismo exegético, dificilmente se compadecia com a aplicação de um princípio estatuído em forma de cláusula geral, como era o caso da boa-fé prevista no art. 1.134/3”. Tal situação perdura até o final do século XIX, “momento em que a metodologia exegética começa a ser questionada – quando passam a prosperar tentativas de conferir à boa-fé contratual um efeito útil” (NEGREIROS, 1998, p. 44-46).

Embora Menezes Cordeiro (2007) reconheça que atualmente não se possa duvidar da recente importância quantitativa de decisões a invocar o art. 1.134, al. 3, tal situação não livrou o sistema francês de receber suas críticas, haja vista a acanhada dimensão dada à cláusula geral da boa-fé, o que culminou nas conclusões de ser verdadeiro malogro a compreensão da cultura francesa acerca do instituto, visto que sequer procedia à distinção entre as versões objetiva e subjetiva.

Cenário diverso é aquele que desponta do sistema alemão, pelo menos após a Primeira Guerra Mundial (SCHREIBER, 2005; NEGREIROS, 1998). Apesar de figurar inicialmente como um sistema fechado e ‘seguro’, onde o BGB supunha uma atividade interpretativa do tipo subsuntivo, a qual, por si, impedia a aplicação da cláusula geral da boa-fé, não é, contudo, demasiado afirmar que tal quadro não perdurou, já que a atividade jurisprudencial desenvolvida a partir das disposições do § 242 BGB fez com que a mesma viesse a figurar como fundamento convergente para os mais variados juízos de valor.

Nessa toada é que se diz não ser:

[...] exagero afirmar que os contornos atuais da boa-fé objetiva no pensamento jurídico ocidental são resultado da doutrina e, principalmente, da jurisprudência alemãs. É comumente reconhecido que o desenvolvimento da cláusula geral da boa-fé constante do BGB pelo Poder Judiciário daquele país foi o principal responsável pela difusão do princípio em outros sistemas de direito codificado (NEGREIROS, 1998, p. 23).

A construção jurisprudencial do instituto da boa-fé objetiva permite concluir que a tentativa de estabelecer âmbitos para a sua atuação terá caráter meramente exemplificativo, visto ser impossível prescrever todos os casos passíveis de sua aplicação, dado que sua concepção decorre da criação jurisprudencial de variados casos típicos de especificação do conteúdo do princípio.

A breve menção ao modo de desenvolvimento da boa-fé nos sistemas francês e alemão tem como objetivo promover um paralelo com o modo de desenvolvimento da mesma em nosso ordenamento. Antes, contudo, observe-se que em muitos sistemas a construção da boa-fé desenvolve-se como fruto da legislação pós-codificada ou à margem de qualquer previsão legal, como ocorreu no Brasil, onde havia menção à boa-fé desde a década de 1970 por meio da doutrina e jurisprudência, ainda que a primeira menção positiva tenha ocorrido em 1990, com a edição do Código de Defesa do Consumidor (SCHREIBER, 2005, p. 49)

Entretanto, advoga-se a tese de que no Direito brasileiro encontramos reminiscências da boa-fé objetiva desde os idos de 1850 (CABRAL, 2005; MARTINS-COSTA, 2000), especificamente no Código Comercial brasileiro, no seu art. 131, 1¹⁷, a partir do qual passamos a ter uma experiência similar à ocorrida no direito francês, decorrente dos efeitos de um sistema fechado, lastreado apenas nos estritos termos do direito positivo, donde não se via mais que uma aplicação mecânica do texto da lei, que foi corroborada pelo Código Civil brasileiro de 1916, já que no mesmo não a havia mínima indicação do instituto da boa-fé em seu sentido objetivo.

O panorama começa a ser alterado a partir da modificação da forma sobre a qual se estrutura o sistema jurídico, ou seja, ante a mudança de paradigmas. Em um sistema no qual há uma absoluta e incontestável supremacia da lei, sistema fechado, não há espaço para o desenvolvimento da boa-fé objetiva, característica de um sistema aberto, fundado em regras, mas também em princípios, que o tornam mais flexível e adaptável à lei ao caso concreto.

A perspectiva, entre nós, de um sistema aberto, fundado em regras, princípios, e marcado por uma maior criatividade judicial, passa a ser vista com mais clareza a partir da Constituição Federal de 1988, fonte difusora do instituto, como se depreende, de forma mais

¹⁷ Código Comercial brasileiro, 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 a boa-fé, e ao verdadeiro espírito e a natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”.

latente, da análise do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, do Código Civil de 2002 e que dá lastro a uma interpretação constitucional ao art. 14, II do Código de Processo Civil brasileiro.

3.4 CONCEITO DE BOA-FÉ

Apesar da divagação acerca dos diferentes aspectos da boa-fé, até o momento não se apresentou qualquer definição ou conceito da mesma. Entretanto, esta é uma opção proposital, ante a enorme dificuldade de delimitar os diversos sentidos que podem advir do tema. A opção por não apresentar, de imediato, um conceito da boa-fé também seria justificável em vista do fato de que, ao se estabelecer ou tomar por apropriado determinado conceito, tal definição traria limites indesejáveis à sua aplicação.

Nessa toada, ao invés de definir, podemos apurar como ocorre a atuação da boa-fé. Para Menezes Cordeiro (2007, p. 648) “a actuação da boa fé concretiza-se através de deveres de informação e lealdade, de base legal, que podem surgir em situações diferenciadas, onde as pessoas se relacionam de modo específico”.

A presente dificuldade é relatada, dentre outros, por Darci Guimarães Ribeiro (2004, p. 246). Todavia, o autor também menciona o benefício que todo conceito traz ao impor certos limites que devem ser respeitados, sem prejuízo de serem inflexíveis, na medida em que permitam uma elasticidade sempre que se levem em consideração os valores sociais vigentes no momento da sua aplicação.

Assim, por questões didáticas, no estudo da boa-fé ou de qualquer outro instituto jurídico é recomendável a apresentação de um conceito, não obstante o perigo de este engessar a realidade social contida nele.

Nesse sentido, toma-se como apropriada a transcrição do conceito apresentado por Eduardo Couture (1991, *apud* RIBEIRO, 2004, p. 239), no qual entende ser a boa-fé a “*calidad jurídica de la conducta, legalmente exigida, de actuar en el proceso con probidad, en el sincero convencimiento de hallarse asistido de razón*”.

Justifica-se a escolha do presente conceito pelo fato de o mesmo parecer abarcar, de forma simples, as duas realidades postas à boa-fé, visto que a primeira parte é adequada ao que

estabelecemos por boa-fé em sentido objetivo, enquanto a segunda parte pode guarnecer a boa-fé em sentido subjetivo.

4 CIÊNCIA JURÍDICA E A INFLUÊNCIA DOS PARADIGMAS

4.1 A CIÊNCIA POR MEIO DOS PARADIGMAS E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DIREITO

A nossa pesquisa abarca aspectos das influências sociais e políticas na formação do direito processual, bem como na reconstrução do sentido dos seus textos. Deste modo, uma noção básica é hoje requerida: a noção de paradigma. No presente momento, após uma breve compreensão do que vem a ser um paradigma, passaremos a aferir sua aplicação no campo de estudo do direito, seguido de sua influência sobre o processo. A partir desta contextualização, espera-se ser possível estabelecer uma melhor compreensão acerca do surgimento de algumas disposições legislativas e mesmo as razões que embasam a sua interpretação e aplicação.

Para uma breve compreensão do que vem a ser um ‘paradigma’, faz-se necessário tratar da renovação havida no conceito de ciência, quando o saber científico passa a ser tomado como um saber que se sabe precário, desprovido de pretensões de conhecimento absoluto e não cartesiano. Conforme lições de Thomas Khun (1996), abstrai-se a ideia de precisão indiscutível, sobre a qual se assentavam as ciências da natureza, para abrir espaço a um pensar dinâmico que se renova e que pode expurgar paradigmas/arquétipos anteriormente incontestáveis (CARVALHO NETTO, 2009, p. 02). Aceita-se a concepção de que leis científicas, por definição, são temporárias e que teses anteriormente críveis e plausíveis podem ser refutadas (KHUN, 1996)¹⁸.

A presente acepção de ciência é deveras importante para o direito, já que as pretensões de conhecimento absoluto e preciso eram bem convenientes às ciências naturais e exatas, mas afetava o ideal do direito como ciência, visto que a base convencional do direito moderno, positivado, mutável e construído a partir dos casos concretos, não seria compatível com uma

¹⁸ Em seus ensinamentos o autor ressalta a necessidade de coerência interna às ciências, mas adverte que esta não pode ser tomada como um fato impeditivo de sua evolução. Logo, “a partir de valores postos cria-se a necessidade de coerência interna às ciências e de expurgar as anomalias existentes. Como a idéia de coerência varia de indivíduo para indivíduo, (...) algumas vezes a aplicação dos valores é consideravelmente afetada pelos traços da personalidade individual e pela biografia que diferencia os membros do grupo. Se todos os membros de uma comunidade respondessem a cada anomalia como se esta fosse uma fonte de crise ou abraçassem cada nova teoria apresentada por um colega, a ciência deixaria de existir. Se, por outro lado, nenhum reagisse as anomalias ou teorias novas, aceitando riscos elevados, haveria poucas ou nenhuma revolução”.

ideia de ciência que pudesse ser apresentada como um conhecimento indiscutível, perene e imutável.

Ante uma nova concepção de ciência, o momento atual é regido pela compreensão de que o conhecimento é limitado e passível de questionamento em suas bases, sendo, assim, precário, contingente e sempre aperfeiçoável e não se confunde com o mito iluminista de tomar a racionalidade humana como algo incontestável, o que leva à afirmação de que viveríamos em um período denominado de ‘pós-modernidade’, que se põe como nova em relação à modernidade (CARVALHO NETTO, 2009)¹⁹.

Ciente de que podemos aprender com nossas próprias vivências, não se estranha que as concepções pós-modernas modifiquem a ideia de ciência, que passa a ser formada a partir de um conhecimento não definitivo e que compreende a possibilidade de o conhecimento produzido ensejar desconhecimento, se o entendemos como imutável.

Com o evoluir natural do ser humano e a sua capacidade de aprender e somar conhecimento, a visão de mundo dos indivíduos passa a ser variável e modificável. Este é o chamado pano-de-fundo sobre o qual tecemos nossas conclusões, a partir de ‘verdades’ que ali restam dispostas, a partir de um modo de pensar ou visão de mundo daquele instante.

Nessa toada, temos no ‘paradigma’ uma espécie de pano-de-fundo tacitamente compartilhado e a partir do qual construímos nossas conclusões. Estes podem decorrer de um acordo racional ou ser um mero preconceito, cujo conteúdo não é mais absoluto, dado que podem ser alterados. Para Thomas Kuhn (1996), embora não seja possível sair de uma condição paradigmática, podemos, sim, trocar de paradigmas. De forma salutar, há nesse processo a oportunidade de rupturas. Neste sentido, o conceito de paradigma científico em Thomas Kuhn para o desenvolvimento das ciências.

¹⁹ o autor dispõe, ainda, que “o impacto das mudanças havidas com e após a Segunda Guerra Mundial marcou a segunda metade do século XX, inclusive com o advento de uma nova compreensão da ciência, de seus riscos e limites. (...) fazendo surgir uma época “radicalmente nova em relação à modernidade, em que viveram Galileu, Descartes, Maquiavel, Rousseau, Montesquieu, Voltaire, Jefferson, Kant, Newton, Kelsen e Einstein, entre tantos outros”, face a superação do mito da razão moderna, o que o leva a concluir que “Na companhia de Niklas Luhmann e Jürgen Habermas, no entanto, preferimos reconhecer nossos tempos como mais modernos do que aqueles dos homens que cunharam esse termo para designar a sua época, exatamente por não mais acreditarmos naquela racionalidade mítica, na ciência como saber absoluto”.(CARVALHO NETTO, 2009, p. 04).

Por tais razões é que faz sentido afirmar que é bastante saudável o olhar daqueles que não fazem parte da mesma comunidade científica, ou seja, o olhar de fora da ciência, como forma de somar o conhecimentos, promover descobertas e quebrar paradigmas.²⁰

4.2 PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS COMO ELEMENTOS DE RUPTURAS E EVOLUÇÃO DO MODO DE PENSAR E APLICAR O DIREITO

Por concordar que o direito é ciência na acepção pós-moderna do termo, visto ser conhecimento que se sabe precário, provisório e que permite a transformação de padrões e valores anteriormente estabelecidos, a noção de paradigma passa a ter aplicação na nossa seara de estudo, o que pode ser aferido diante da simples análise da história ou etapas evolutivas do direito constitucional e do direito processual, de onde podemos perceber as rupturas no modo de pensar, construir e aplicar o direito.

No presente tópico observaremos que as fases/rupturas evolutivas do direito constitucional promovem influências em todos os ramos do direito, incluindo aí o direito processual. Por conseguinte, especificamente dentro do campo processual, poderemos diagnosticar o mesmo fenômeno evolutivo, que permite transformações no modo de pensar e aplicar o processo.

No campo do direito constitucional, com influência nos demais ramos do direito, três seriam os grandes paradigmas que representam rupturas no seu processo evolutivo: o primeiro deles é o do Estado de Direito, que põe em xeque o paradigma antigo-medieval e abre espaço a um modo de pensar que é reflexo de uma sociedade representada por um aglomerado de homens livres, iguais e proprietários, não mais necessitados de uma conformação social baseada na escravidão ou servidão. Pela primeira vez a sociedade passa a dispor de um único ordenamento

²⁰ “Paradigma é um conceito da filosofia da ciência de Thomas Kuhn que, por sua vez, afirma ter sido por influência de Gadamer, o autor de Verdade e Método, um autor vinculado à hermenêutica filosófica, à reflexão do status do conhecimento no terreno das chamadas ciências do espírito, das ciências humanas, das ciências que têm por objeto precisamente a interpretação de textos ou de equivalentes a textos, que pensou em trabalhar este conceito. Kuhn, em A Estrutura das Revoluções Científicas, avança a tese de que o conhecimento não progride evolutiva e pacificamente, mas, ao contrário, o progresso do conhecimento nas ciências, e é de se destacar que seu enfoque se centra nas ciências ditas exatas ou da natureza, se daria por rupturas, por grandes saltos, por profundas alterações de paradigmas”. (CARVALHO NETTO, 2009, p. 07).

jurídico, cuja base mestra é a instituição de leis gerais e abstratas, válidas a todos, independente de sua condição de nascimento, visto que todos são iguais perante a lei, todos são proprietários, todos são sujeitos de direito.

Aqui observamos o estabelecimento de um paradigma que traduz a ideia de liberdade como a simples possibilidade de fazer tudo aquilo que um mínimo de leis não proíbam, visto que, em tese, todos são iguais e possuidores de uma liberdade calcada na “idéia de igualdade de uma sociedade onde todos os seus membros são proprietários, no mínimo de si próprios, pois ninguém mais pode ser propriedade de outrem e, assim, todos são sujeitos de Direito” (CARVALHO NETTO, 2009, p. 06). Entretanto, estabelecida a igualdade formal e a invenção do indivíduo nos moldes postos, isolado e cheio de egoísmo, perde-se a noção de que o mesmo faz parte de um todo, a sociedade.

Não sendo perfeita a ideia do Estado mínimo, garantidor ao máximo de liberdade aos indivíduos, pouco louváveis foram suas consequências, configuradas na exploração do homem pelo homem, ensejadoras do acúmulo de riquezas para uma pequena parcela e de miséria a um sem-número de indivíduos.

É nesse cenário propício a rupturas que ocorre o surgimento do chamado constitucionalismo social ou paradigma do Estado Social, como promotor de uma redefinição dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade, objetivando torná-los palpáveis, existentes de fato. Surge uma nova dimensão de direitos, que seriam sociais, coletivos, a partir de uma mudança de paradigma que redefine o conceito de liberdade e igualdade, que deixa de significar liberdade como ausência de leis e igualdade como a igualdade meramente formal, para tentar promover um real acesso à cidadania, viabilizadora de uma democracia efetiva (CARVALHO NETTO, 2009).

Como o objetivo proposto não foi atingido e permaneceu a necessidade de se estabelecer a cidadania como um processo de participação efetiva, chegamos a um novo pano-de-fundo à formação da compreensão do direito. Desse paradigma advêm novos tipos de direitos, alinhados com a ideia de proteção jurídica dos interesses difusos e de uma revisão da dicotomia ‘público x privado’, que passam a confundir-se no âmbito dos chamados direitos de última geração, quando a sociedade civil organizada passe a atuar como defensora de interesses públicos contra o próprio Estado, ao mesmo passo em que se publicizam relações anteriormente deixadas ao alvedrio único do direito privado, da autonomia da vontade. É chegado um novo estágio onde estas faces já não

são tão distintas, quando se exige que as dimensões pública e privada são postas em similar patamar de importância, como pressupostos de cidadania e democracia efetiva (CARVALHO NETTO, 2009).²¹

A partir das três fases evolutivas do direito constitucional resta clara a existência de paradigma no direito e que os mesmos são postos em xeque em variados períodos de tempo, sejam estes momentos de crise ou não, cuja sucessão por novos paradigmas permite o surgimento de outros lastros que fundamentam a forma de pensar e de construir o direito. Nessa toada, manter-se sob os auspícios de concepções ultrapassadas significa ‘não-evoluir’, significa não permitir que o progresso natural se instale.

Neste recinto, portanto, não mais há espaço para o chamado ‘processo liberal’, marcado pelo individualismo exacerbado e pela construção de uma legislação que pensava ser possível prever e regular todos os fatos e relações da vida, conduzida por um tipo de interpretação precisa e de sentidos unívocos, espelho de um sistema fechado.

Livre dos grilhões do liberalismo, um novo paradigma se instala, a partir de uma visão comunitária, de fundo solidarista, quando se torna imprescindível a formação intelectual do julgador que deve conhecer e compreender o fenômeno social e apreciá-lo a partir de um sistema aberto. Afastam-se as ultrapassadas percepções do direito como fenômeno isolado das demais ciências, como pregava, por exemplo, a pureza do direito kelseniana, em relação à noção de um direito conectado com os avanços sociais (ABREU, 2010).

A par dos novos paradigmas estabelecidos como pano-de-fundo para a formação e aplicação do direito, tratamento similar deve ser dado ao processo, como forma de viabilizar a introdução de valores até então não encontrados em seu cerne, ao mesmo tempo determinar o seu necessário afastamento de padrões já não mais consagrados ou superados. O presente exercício é necessário e sua ordem de grandeza é estabelecida no nível de que sua ocorrência permitirá a

²¹ Ainda na linha estabelecida por Carvalho Neto (2009, p. 14), o autor “ressalta a necessidade de se ver a equi-primordialidade das dimensões pública e privada, exatamente para a questão da cidadania. Para voltarmos à questão proposta por Chantal Mouffe e por Friedrich Müller, segundo a qual, a democracia requer uma identidade em constante tensão com as diferenças, um conceito aberto de povo em permanente revisão, podemos compreender agora que isso se dá precisamente porque a democracia requer o reconhecimento equi-primordial das dimensões pública e privada. Também as esferas pública e privada são dimensões em permanente tensão e interdependentes, pois a redefinição requerida pelo aporte, por exemplo, dos direitos da criança ou da mulher casada fizeram com que mesmo aquele espaço mais privado, o lar ou o leito conjugal, se transformasse em espaço público, onde direitos são garantidos contra os pais ou o marido”.

existência presente e futura do processo enquanto mecanismo de poder e de realização de uma democracia efetiva.

À vista de novos paradigmas, é preciso repensar o processo sob outros valores, sob valores constitucionais, sob o olhar da ética e repudiar os padrões decorrentes de uma visão egoística e privatista.

É este, portanto, o ambiente em que se pretende comprovar e compreender a presença da boa-fé objetiva no nosso sistema, apresente-se ela como obrigação, ônus ou dever, ou mesmo como um valor que paira acima de qualquer instituição jurídica, desde que seja reflexo dos deveres de veracidade, lealdade e confiança, como os principais deveres dos participantes do processo civil e que impõem limites ao exercício das posições subjetivas das partes.

No direito alemão há a preocupação constante com o dever de veracidade e boa-fé; no direito italiano com o dever de lealdade, como ocorre no direito brasileiro. Ressaltam essas teorias que os deveres de veracidade e de lealdade são os principais deveres das partes no processo civil. Conclui-se, portanto, que a ciência do processo desde há muito está atenta à limitação do exercício das posições subjetivas das partes, impondo deveres, obrigações e ônus processuais (PRETEL, 2009).

4.3 NEOCONSTITUCIONALISMO (OU PÓS-POSITIVISMO) E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DESENVOLVIMENTO DA BOA-FÉ PROCESSUAL OBJETIVA

O emprego de expressões como “neo” (novo) ou “pós” (posterior) pode ter o objetivo de chamar a atenção para mudanças de paradigmas ou simplesmente realçar o enfoque do tema ao destinatário, como o aplicador do direito, para situações que põem em crise dois modos possivelmente diversos de operar o direito. É o que propõe Eduardo Gambi (2007), quando adverte que a situação não é diversa com o uso da expressão neoconstitucionalismo, utilizada no sentido de chamar a atenção dada a importantes alterações para a compreensão do direito constitucional contemporâneo. Para o mesmo fenômeno também encontramos as denominações pós-positivismo ou movimento de constitucionalização do direito (BOTELHO, 2010).

A compreensão do tema não escapa da influência dos valores culturais e fatos históricos que atingem o direito. É o que se observa da derrocada de regimes totalitários (nazi-fascistas), quando se aferiu a importância do estabelecimento de catálogos de direitos e garantias fundamentais para a defesa do cidadão, como forma de deter abusos advindos do Estado ou governantes, quando a dignidade da pessoa humana passa a ser o núcleo axiológico da tutela jurídica.

A ideia inicial de neoconstitucionalismo decorre da conscientização de que a supremacia do direito deve ser respeitada pela face legislativa do Estado, “e que a Constituição mais do que um limite ao poder político, é conjunto de normas fundamentais, que contribuem de forma decisiva para este novo modo de pensar constitucional” (BOTELHO, 2010, p. 39).

Daí a percepção de um paradigma que dispõe no sentido de não mais ser suficiente à validação do direito o simples cumprimento dos requisitos formais na sua criação. Não basta ao Estado atender efetivamente aos ditames do processo legislativo para que a lei venha a ser expressão do direito, já que esse “deve ser compreendido dentro das respectivas relações de poder, sendo intolerável que, em nome da “vontade do legislador”, tudo que o Estado fizesse fosse legítimo. Assim, estreitam-se os vínculos entre Direito e Política” (CAMBI, 2007).

Luis Roberto Barroso (2005)²² observa que na atualidade não há mais espaços para aceitação do dogma liberal-burguês no sentido da plena identificação do direito com a lei, onde esta representa a expressão da “vontade geral”, quando formalmente atendidos os requisitos para sua elaboração, contudo, com baixa legitimação. Por tal, a hermenêutica jurídica desenvolveu a distinção entre as regras e os princípios, para dar força normativa a estes, com o escopo de ampliar a efetividade da Constituição.

Esses são, portanto, os elementos básicos à compreensão do chamado neoconstitucionalismo, que na visão dos autores mencionados, e a partir das premissas postas, caracteriza-se pela necessidade de reconhecimento de força normativa à Constituição, seguido da expansão da jurisdição constitucional e do desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Relevo especial deve ser dado ao último aspecto, por ser reflexo da superação do positivismo jurídico, e por possibilitar o desenvolvimento de uma interpretação não apenas

²² O autor alicerça o presente fenômeno em três pontos: 1. na força normativa da Constituição. 2. na expansão da jurisdição constitucional. 3. e no desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional.

gramatical, histórica, sistemática e teleológica ao revitalizar a hermenêutica jurídica por meio da teoria dos princípios e teoria das regras, cujo benefício maior é o estabelecimento de um equilíbrio entre a ‘vinculação’ e a ‘flexibilidade’ (CAMBI, 2007).

A partir da distinção de que, em face das regras, estaremos na dimensão do tudo ou nada, pela teoria dos princípios é possível buscar soluções ajustadas às pretensões sociais legítimas, que sejam, ao mesmo tempo, vinculantes e flexíveis, viabilizando-se a possibilidade de ajuste da Lei Fundamental às circunstâncias do caso concreto, o que muito nos interessa, visto que a boa-fé objetiva funciona como valor norteador de todo o ordenamento jurídico e como mecanismo hábil à concretização do direito, isto porque, exprime-se como um princípio da confiança e lealdade, que condiciona o comportamento das partes no diálogo judicial (CORDEIRO, 2007, p. 1249).

Por conseguinte, observe-se que o neoconstitucionalismo ou neopositivismo corresponde ao próprio Estado Constitucional de Direito em funcionamento (Estado Constitucional em prática), posto tratar-se do modo de pensar próprio do Estado Constitucional, baseado na lógica argumentativa, como reflexo da adoção de constituições e legislação ricas em enunciados normativos fluidos ou vagos (abertura semântica), que passam a exigir do jurista maior conhecimento interrelacional das diversas ramificações do direito.

Assim, a técnica legislativa de inserção de enunciados normativos ricos em conceitos jurídicos indeterminados é outro fator de forte influência na formação do Estado Constitucional, no qual “o juiz é convocado a criar (ou a reconstruir) o direito mediante o preenchimento desses conceitos, a exemplo do que ocorre atualmente com a boa fé, a função social ou o perigo de dano irreparável” (BOTELHO, 2010, p.40-41)²³

Nessa ordem de ideias, observe-se que a boa-fé, enquanto princípio, concretiza a força normativa e amplia a efetividade da Constituição. Como regra, é, em essência, uma norma formada por enunciado fluido ou vago (inciso I do art. 14 do CPC, art. 422 do CC), que para sua aplicação exige um maior esforço do julgador e que o mesmo detenha conhecimento das diversas

²³ Guilherme Botelho (2010, p. 40-41) observa que “outro fator de forte influência na formação do Estado Constitucional também deita suas raízes no apagar das luzes do século passado. Está-se a fazer referência à proliferação das cláusulas gerais que se caracterizam pela utilização de expressões de textura aberta ou porque não dizer, maleáveis. (...) Essa, todavia, não parece ser a consequência, mas causa do Estado Constitucional. Em decorrência da substituição do direito constituído por regras, pelo constituído por princípios, rompe-se o positivismo do Estado liberal”.

ramificações do direito e da realidade fática, a fim de proferir soluções ajustadas às pretensões sociais legítimas.

4.4 FASES METODOLÓGICAS DO PROCESSO CIVIL E A POSSÍVEL SUPERAÇÃO DO INSTRUMENTALISMO

Dentre as correntes culturais ligadas ao desenvolvimento do processo civil, no que tange à sua metodologia, destacam-se três formas diversas de encarar o processo, que servem como degraus evolutivos ao modo de pensá-lo contemporaneamente, especialmente quando as encaramos como fases sucessivas que proporcionam o desenvolvimento do direito processual. Tomemos, portanto, o ‘praxismo/sincretismo’, o ‘processualismo/cientificismo’ e o ‘instrumentalismo’ como fases distintas no modo de criar e compreender o processo, construídas a partir das concepções e valores culturais sociais que o influenciaram (influenciam) em distintas épocas, aliadas à possibilidade de surgimento de uma nova etapa no modo de pensamento.

Adiante-se, deste modo, que não é incomum, no âmbito acadêmico, a existência de autores que defendem a vivência contemporânea de uma quarta fase metodológica do processo civil brasileiro

4.4.1 Fase Sincretista e as bases para o cientificismo: pré-história do direito processual

Temos no ‘praxismo’, ‘procedimentalismo’ ou fase ‘sincretista’ o primeiro desses estágios evolutivos do processo, cuja maior característica é a ausência de autonomia do direito processual em face do direito material, quando direito e ação confundem-se, o que enseja a sua designação como fase pré-processual. “Nesse período, o direito processual é um direito adjetivo ao direito material, sendo negada a condição do direito processual civil como ciência” (BOTELHO, 2010, p. 22).

Daniel Mitidiero (2009, p. 30) lembra que:

[...] o praxismo corresponde à pré-história do direito processual civil (...) em que não se vislumbrava o processo como um ramo autônomo do direito, mas como mero apêndice do direito material. Direito adjetivo, pois, que só ostentava existência útil se ligado ao direito substantivo.

Na síntese de Cândido Rangel Dinamarco (2008, p. 18-19):

[...] foi esse sincretismo jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal que no Século XIX principiou a ruir. Primeiro, questionou-se o tradicional conceito civilista de ação e afirmou-se a sua grande diferença, seja no plano conceitual ou funcional, em face da *actio romana*: ela não é (como esta) instituto de direito material, mas processual. Não se dirige ao adversário, mas ao juiz; não tem por objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional. A celeuma provocada a essas afirmações revolucionárias (hoje, tão naturais aos olhos do jurista moderno) acabou gerando reações em cadeia, que chegaram até à plena consciência da autonomia não só da ação, mas dela e dos demais institutos processuais. A primeira dessas repercussões foi a tomada de consciência para autonomia da relação jurídica processual, que se distingue direito substancial pelos seus sujeitos, seus pressupostos, seu objeto. Com a descoberta da autonomia da ação e do processo, institutos que tradicionalmente ocupavam com exclusividade a primeira linha das investigações dos processualistas, pode ser proposta desde logo a renovação dos estudos de direito processual, surgindo ele como ciência em si mesmo, dotada de objeto próprio e então esboçada a definição de seus próprios métodos.

Abrem-se os espaços para o ‘cientificismo’, ‘processualismo’ ou ‘autonomia do direito processual como ciência’, fase em que o direito processual ganha ares de ramo do direito, onde a ação passa a ser direito autônomo e dirigido contra o Estado, cujas normas passam a fazer parte do direito público e “o direito processual deixa de ser visto como ‘o direito judiciário’ para ganhar o status de ciência” (BOTELHO, 2010, p. 24)²⁴.

²⁴ Segundo Guilherme Botelho, (2010, p. 24), a autonomia do direito processual como ciência tem marco com a doutrina remansosa, na obra Oskar Büllow em 1868 (*Excepciones procesales y presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ejea, 1964). Por sua vez, Cândido Dinamarco (2008, p. 24) observa que o próprio Oskar Büllow na verdade não criou a idéia da relação jurídica processual e sua configuração tríplice, mas apenas a racionalizou e desenvolveu propondo desdobramentos, a partir de fontes como a obra de Bethmann-Holweg, que já fazia alusão à relação

A presente fase também teria como substrato a influência da cultura sobre o direito, à medida que a deflagração de guerras em partes do globo e perseguição impostas por regimes totalitário precipitaram o exílio de eminentes processualistas na América, o que enseja o surgimento de inúmeras obras que analisam o direito processual civil como ramo próprio e autônomo do direito, quando o processo passa a ser desenvolvido sob outro paradigma, afastando-o da esterelidade científica, que pode ser identificado entre nós com a edição do primeiro Código de Processo Civil brasileiro, que já demonstra a preocupação em sistematizar e organizar os institutos processuais (BOTELHO, 2010)²⁵

Nesta fase, a ação deixa de ser considerada um apêndice do direito material e toma ares de direito público subjetivo autônomo, e o processo deixa de ser mero procedimento, “convertendo-se na abstrata relação jurídica, que obedece a pressupostos próprios de existência e validade” (MITIDIERO, 2005, p. 34)²⁶.

Observe-se, por fim, que na presente fase doutrinária houve uma centralização dos estudos sobre a ação, o que a define como pólo metodológico do direito processual civil nesse estágio, culminando com a conclusão de que esta passa a ser um direito autônomo e dirigido contra o Estado.

jurídico-processual. “A inovação racionalizadora teve por mérito principal o destaque dos dois planos do próprio ordenamento jurídico, a partir da visão da relação jurídica processual e da relação de direito privado como duas realidades distintas”.

²⁵ Nesse sentido, “o embrião do processualismo no Brasil, que marca o anoitecer do procedimentalismo e do velho procedimento do Direito intermediário dos autores portugueses da época das Ordenações Filipinas, é a obra a Ação Rescisória contra sentenças de Pontes de Miranda, publicada no ano de 1934 e que reconhece pioneiramente no Brasil o processo como uma relação jurídica que almeja atuar o direito objetivo e a ação como um direito subjetivo público. (...) Desde o Código de Processo Civil de 1939, e ainda antes do Código vigente, podem ser destacados inúmeros autores, que em seus estudos comprova o abandono do praxismo no Brasil (ex. Alfredo Buzaid, Moacyr Amaral dos Santos, José Afonso da Silva, José Frederico Marques, José Afonso da Silva e José Estellita) (...) Em todas essas obras, fica evidente que o processo civil deixa de ser “(...) mera complementação formal do Direito Privado, para adquirir feição autônoma como ciência jurídica filiada ao Direito Público”, conforme expõe Guilherme Botelho, (2010, p. 25-27). Em sentido contrário, há o entendimento no sentido de que a vigência da fase processualista no Brasil ocorreu no entorno do surgimento do Código de Processo Civil de 1973, conforme Daniel Mitidiero (2005, p. 37-38).

²⁶ Mitidiero (2005, p. 34) observa, todavia, que “esse clima processualista acabou por isolar em demasiado o direito processual civil do direito material e da realidade social. Paulatinamente, o processo passa a perder o seu contato com os valores sociais. Quanto mais precisos ficavam os seus conceitos, quanto mais elaboradas as suas teorias, mais o processo se distanciava de suas finalidades essenciais”.

4.4.2. O instrumentalismo processual e sua influência na atual doutrina e jurisprudência

Após o fim da Segunda Grande Guerra Mundial, constata-se que os novos textos constitucionais passam a ser recheados de princípios fundamentais, valores e objetivos vitais perseguidos pelos Estados Democráticos de Direito, como as garantias constitucionais do processo, com “valores que expressam os direitos essenciais da atividade jurisdicional” (BOTELHO, 2010, p. 28)²⁷, inaugurando uma nova forma de pensar o direito processual, influenciando os processualistas em estudos que demonstram preocupação com o viés constitucional.

É o que se constata na Europa em meados da década de 1970, com um movimento renovador do processo civil, que passa a ser visto como um instrumento de justiça social e liberdade, cujo foco recai sobre os resultados obtidos pelo processo e não simplesmente com a diagramação de seus alicerces científicos. Trata-se “processo como instrumento mais aderente ao direito material, de matriz constitucional e com a jurisdição posta como novo pólo metodológico do direito processual civil” (MITIDIERO, 2005, p. 36-37).

Tal modo de pensar teve reflexo no Brasil, onde a ‘efetividade’ e ‘instrumentalidade’ passam a ser sentido de existir do processo, iniciando a fase denominada de ‘instrumentalidade’ que tem como baluarte a obra de Cândido Rangel Dinamarco (2008), acolhedora da visão que reaproxima o direito processual ao direito material e aos valores constitucionais e que fomenta a necessidade de construir o processo a partir do direito substancial e seus interesses, afastando-o, por conseguinte, do atuar de forma neutra e insípida.

Natural que o pólo metodológico desse estágio se alterasse, deixando de ser a ação, por revelar uma estrutura individualista e restrita do processo. Assim, “enquanto o cientificismo toma a ação como pólo metodológico, o instrumentalismo tem seu foco na jurisdição” (MITIDIERO, 2008, p. 47).²⁸

²⁷ Na mesma linha de pensamento, Daniel Mitidiero, (2005 p. 36), expõe que “essa nova postura conceitual pressupõe a relativização do binômio direito material e processo, uma maior interação entre a Constituição e o direito processual civil e a colocação da jurisdição como instituto-centro do sistema processual. Processo como instrumento mais aderente ao direito material, de matriz constitucional e com a jurisdição posta como novo pólo metodológico do direito processual civil”.

²⁸ Mitidiero (2005, p. 36-37) expõe com base nas lições postas por Dinamarco (2008, p. 79), que a alteração do pólo metodológico desse estágio, deixando de ser a ‘ação’ para ser ‘jurisdição’, toma por razão o fato de que a ‘ação’ revelaria uma postura individualista e restrita do processo. Para essa visão, ainda, o processo não pode ser encarado

Em sua ótica, Dinamarco (2008) observa que no presente estágio de evolução o processo civil rompe com a ideia de que o processo deve ser encarado apenas pelo seu ângulo interno e passa a vislumbrar para si escopos sociais, políticos e jurídicos, de onde deflui a persecução da paz social, da afirmação da autoridade estatal e a concretização da vontade lei.

Passamos a um direito processual civil que suplanta a perspectiva puramente técnica e destituída de endereçamento teleológico e que demonstra estar aberto à influência de valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material, que dão azo à construção de um sistema jurídico-processual apto a produzir os resultados pela sociedade a que se destina.

Não há como negar a forte presença na doutrina e jurisprudência pátrias das premissas representativas da instrumentalidade, como podemos aferir a partir de uma breve análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça, visto ser comum na fundamentação dos mesmos a menção ao compromisso com a função social do processo, para que este não se torne um instrumento de estrita observância da forma que, apesar de respeitada, deve observar o fim desejado pela norma e permitir o equilíbrio na análise do direito material em litígio²⁹. No mesmo sentido, quando põe em prevalência a celeridade, a economia processual³⁰ e a efetividade do processo³¹ em detrimento de formalidades exacerbadas e desprovidas de efeito prático.

Por não ser uma unanimidade, a fase da instrumentalidade processual recebe críticas que vão desde a terminologia utilizada para sua designação, até o modo de aplicação do direito que,

como pólo atrativo dos demais institutos de direito processual, porquanto “marcadamente formal”, trazendo “profunda e indisfarçável marca de formalismo”. Portanto, a jurisdição ocupa o lugar de destaque na teoria do processo, haja vista que essa constitui uma manifestação do poder estatal exercido pelos juízes para consecução dos fins do próprio Estado”.

²⁹ “[...] - Além do compromisso com a Lei, o juiz tem um compromisso com a Justiça e com o alcance da função social do processo para que este não se torne um instrumento de restrita observância da forma se distanciando da necessária busca pela verdade real, coibindo-se o excessivo formalismo.

- Conquanto mereça relevo o atendimento às regras relativas à técnica processual, reputa-se consentâneo com os dias atuais erigir a instrumentalidade do processo em detrimento ao apego exagerado ao formalismo, para melhor atender aos comandos da lei e permitir o equilíbrio na análise do direito material em litígio”.

REsp 1109357 / RJ RECURSO ESPECIAL 2008/0283266-8 Ministra NANCY ANDRIGHI 20/10/2009 DJe 01/07/2010

³⁰ “[...] - Em processo de execução, o terceiro afetado pela constrição judicial de seus bens poderá opor embargos de terceiro à execução ou interpor recurso contra a decisão constritiva, na condição de terceiro prejudicado, exegese conforme a instrumentalidade do processo e o escopo de economia processual.”

(Precedente: REsp 329.513/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2001, DJ 11/03/2002) REsp 1091710 / PR RECURSO ESPECIAL 2008/0211983-2 Ministro LUIZ FUX 17/11/2010 DJe 25/03/2011.

³¹ “[...] - Despiciendo, no caso concreto, a produção de provas na ação de repetição de indébito, por se tratar de matéria unicamente de direito, conforme prescrito no julgado repetitivo citado”.

Agravo regimental provido AgRg no Ag 1305199 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Ministro HUMBERTO MARTINS 2010/0078198-9 02/09/2010 DJe, 22/09/2010

em nome da simples efetividade, distancia-se da realidade na qual pretende interferir. Como o direito é um produto da organização política da sociedade que o produz e do processo político mediante o qual as reduções de complexidade se efetivam, não se podem ignorar os fatores que determinam a sua construção. Entretanto, acentua Calmon de Passos (2010) que essa é uma realidade desconhecida ou ignorada pela teoria da instrumentalidade do processo.

Nessa toada, o autor observa que o processo deixou de ser visto como um mero instrumento, impotente para interferir na substância mesma do direito e formar uma conexão substancial com o direito material. Afasta-se, portanto, das distorções geradas pela “instrumentalidade”, como a hipertrofia do papel do juiz, a redução dos problemas do Poder Judiciário a simples ‘solução’ das lides com fundamentos em “celeridade,” “efetividade,” “deformalização” etc, em desprezo, muitas vezes, à ampla defesa e ao contraditório.

Observa, por fim, que a instrumentalidade seria a causa direta da litigiosidade exacerbada e do arbítrio que, juntos, “estimulam os inescrupulosos a postular e decidir sem ética e sem técnica, transformando aos poucos o espaço forense no terreno ideal para a prática do estelionato descriminalizado”.

Concordemos ou não com as críticas postas por Calmon de Passos, é fato que vivenciamos etapas que indicam uma evolução do modo de pensar o processo civil e que, sem desconhecer a importância do instrumentalismo nessa tarefa, julgamos necessário observar os avanços aqui obtidos e conciliá-los a uma perspectiva de aplicação do processo com os direitos e garantias fundamentais.

5 O FORMALISMO-VALORATIVO COMO MÉTODO DE APLICAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Após a análise de algumas etapas de evolução do modo de pensar o processo é preciso avaliar se estamos a vivenciar a eventual formação de um novo estágio no qual se encontra o direito processual ou se restamos sob os auspícios do instrumentalismo por, idealmente, atender aos nossos anseios. Na presente tarefa seguimos os ensinamentos postos por Carlos Alberto Alvaro e Daniel Mitidiero (2008), sob a concepção de que da instrumentalidade passa-se ao formalismo-valorativo, como novo modo de pensar o processo.

Adiante-se que não é incomum, no âmbito acadêmico, a existência de autores que defendem a vivência contemporânea de uma quarta fase metodológica do processo civil brasileiro, representada por um processo aplicado a partir dos direitos fundamentais, independente da terminologia destinada à sua designação, seja como formalismo-valorativo (OLIVEIRA, 2003), neoprocessualismo (CAMBI, 2009) ou instrumentalismo substancial (BEDAQUE *apud* BOTELHO, 2010)³².

Daniel Mitidiero (2008)³³ promove elucubrações acerca do fato de que o novo normalmente se afirma a partir do confronto ou da contrariedade daquilo que resta estabelecido, o que poderia ser aferido perante o processo civil brasileiro, que adentra em uma quarta fase metodológica e passa a superar a fase instrumentalista. Para tanto, há de se observar que a ideia de um processo que incorpora normas na Constituição e visa cumprir escopos sociais e políticos pode ser aperfeiçoada.

³² Ao tentar explicar o movimento denominado de formalismo-valorativo e diferenciá-lo do neoprocessualismo, Fredie Didier Jr. (2007, p. 26), destaca que as premissas do primeiro são exatamente as mesmas do segundo, para acentuar posteriormente que aquele possui o “(...) reforço dos aspectos éticos do processo, com especial destaque para a afirmação do princípio da cooperação, em decorrência da cláusula geral da boa-fé processual”.

³³ Mitidiero (2008, p. 44-47), na presente fase, a partir ligação dos estágios vivenciados pelo direito processual civil aos seus pólos metodológicos, observa que “enquanto o cientificismo toma a ação como pólo metodológico, o instrumentalismo tem seu foco na jurisdição e o formalismo-valorativo, por sua vez, tem seu cerne no processo”. Para tanto, além de criticar a oposição posta por Dinamarco, em face da ideia de processo como pólo metodológico central da teoria do processo civil contemporâneo expõe que “(...) a jurisdição não pode mais ser colocada como centro da teoria do processo civil. Insistir nessa postura revela uma visão um tanto quanto unilateral do fenômeno processual, sobre ignorar a dimensão essencialmente participativa que a democracia logrou alcançar na teoria do direito constitucional hodierno. Não se nega, evidentemente, o papel fundamental que se atribui à jurisdição no quadro do processo. De modo nenhum. Antes, reforça-se a condição das partes, igualmente fundamental, para o bom desembargo do processo e para o alcance da justiça no caso posto em juízo. O formalismo processual ideal encerra um justo equilíbrio entre as posições jurídicas do Autor, do Juiz e do Réu”.

Assim, ao benefício proporcionado pelo instrumentalismo com a reaproximação e adequação das normas processuais ao direito substancial posto, com o fim de tornar efetiva a proteção jurisdicional, acresça-se o liame que se estabelece entre o direito processual civil brasileiro e os valores fundamentais que passam a compor o cerne do modo atual de conduzir a sociedade, tais como ética, moral, boa-fé e justiça, dentre outros, que, por sua vez, devem ser observados na diagramação do processo contemporâneo (BOTELHO, 2010).

5.1 O FORMALISMO PROCESSUAL EM FACE DE VALORES CONSTITUCIONAIS: CONCEPÇÃO DO FORMALISMO-VALORATIVO

Julgamos pertinente iniciar nossas considerações com a observação de que as formalidades processuais são mecanismos necessários ao estabelecimento da segurança jurídica e da efetividade processual. Afastemo-nos, portanto, do tom pejorativo que porventura venha a ser dado às mesmas, quando são representadas como uma simples reprodução de esquemas arcaicos e desprovidos de conteúdo.

No formalismo encontramos o elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo. Ao contrário do que venha a ser defendido em sentido oposto, de que as formalidades seriam causa da inefetividade do processo, esta encontra campo fértil para sua realização em um ambiente organizado e ordenado, distanciado do caos e da confusão que não colaboram para um processo ágil e eficaz.

Por conseguinte, a segurança decorre do seu poder disciplinador, por meio da previsibilidade no modo de aplicação do direito, que orienta o juiz na aplicação das regras e princípios.

A presente premissa visa deixar claro que não se pretende empreender uma crítica maniqueísta acerca do formalismo, mas, antes de tudo, na linha seguida por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2003), atinar acerca da necessidade de reconhecer a sua essencialidade e seus benefícios ao processo, para, a partir daí, tecer considerações ao seu aperfeiçoamento.

Observe-se que o formalismo, ou forma em sentido amplo, não se deve confundir com a forma do ato processual individualmente considerado, mas com a totalidade formal do processo,

que compreende não só as formalidades, mas também a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, para que o litígio não deságue numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário (OLIVEIRA, 2003).

Nessa toada, entende-se o formalismo processual como hábil mecanismo para promover o controle de eventuais excessos de uma parte em face da outra, funcionando como indutor de uma igualdade, pelo menos formal, das partes entre si, impondo-se uma equilibrada distribuição de poderes entre as mesmas, com o fim de dar efetividade ao contraditório que, no desenvolvimento concreto do procedimento, reclama o exercício de poderes pelo sujeito, de modo que sempre fique garantido o exercício dos poderes do outro.

Contudo, apesar de ciente da necessidade do formalismo para a consecução de um processo eficaz e tradutor de segurança jurídica, não há como escapar à constatação realizada pela doutrina, no sentido de que ao longo do tempo o termo sofreu desgastes e passou a simbolizar apenas o ‘formalismo excessivo’, de caráter essencialmente negativo, haja vista que o processo, enquanto mecanismo de poder, pode ser conduzido a produzir fins diversos daqueles para os quais foi criado, na medida em que “o poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do direito, aniquile o próprio direito ou determine um retardamento irrazoável da solução do litígio” (OLIVEIRA, 2003, p. 66).

Trata-se do ‘formalismo excessivo’, desprovido de essência e razão de existir, que não é reflexo de segurança jurídica, nem de efetividade, pois ao invés de colaborar para a realização da justiça material, passa a ser o seu algoz; ao invés de permitir uma rápida solução do litígio, prefere a sua extinção sem julgamento do mérito. Tomado por pernicioso ou negativo pela doutrina, o formalismo excessivo desvia a perspectiva da formalidade que enseja a segurança jurídica, a efetividade e a igualdade, o que demanda a estruturação de mecanismos capazes de obstar o engessamento do sistema pelo mesmo.

Como solução plausível, indica-se a promoção de uma releitura do processo de aplicação do direito, que deve restar atento às particularidades do caso concreto no momento de aplicação da norma, afastando-se da simples aplicação mecânica e silogística do processo, em vista de duas importantes razões: a primeira é a conclusão de que o legislador não consegue abarcar todos os fatos da vida em seus textos; a segunda decorre do aspecto de ser o direito/processo um fenômeno cultural, mutável, que não se contenta com sua aplicação com exatidão matemática,

pois ainda que se pretenda imprimir uma uniformidade para a lei processual, a mesma não será suficiente para a resolução dos conflitos.

No presente ambiente, é evidente que não se desconsideram:

[...] os riscos sempre presentes de um conflito entre o valor do formalismo e o da justiça na solução do caso trazido a consideração. Aliás, a questão torna-se exatamente problematizada na passagem do abstrato ao concreto, quando podem se criar situações-limite, não previstas expressamente em lei, capazes de romper com o sentimento de justiça (...). Transcende-se a justiça abstrata e genérica da lei para alcançar-se a justiça concreta e individualizada do caso, sai-se enfim da legalidade para ingressar no direito (...). Nessa linha de orientação, decidiu o Tribunal Constitucional espanhol que “(...) as normas que contêm os requisitos formais devem ser aplicadas tendo-se sempre presente o fim pretendido ao se estabelecer ditos requisitos, evitando qualquer excesso formalista” (...).[Contudo] O informalismo só pode ocorrer se atendida a finalidade jurídica primacial do processo de realização do direito material, em tempo adequado e preservadas as garantias e direitos fundamentais das partes.

De tudo que foi dito e analisado impõe-se afastar o formalismo oco e vazio, incapaz de servir às finalidades essenciais do processo — relativizada assim qualquer invalidade daí decorrente —, mormente quando atente contra os princípios e valores imperantes no ambiente processual, a exemplo da efetividade, da segurança, da boa-fé e lealdade e do princípio do processo justo. O que importa, ao fim e ao cabo, é o formalismo-valorativo (OLIVEIRA, 2003, p. 68-71).

Chegamos a um ponto importante de nossas considerações, quando se toma por pertinente a compreensão do formalismo-valorativo, traduzido como formalidade adjetivada por valores constitucionais, destacando-se a lealdade e a boa-fé, que devem ser seguidos pelos participantes no processo, como forma de promover a cooperação do órgão judicial com as partes e destas com aquele. Atente-se, ainda, que:

[...] a lealdade no emprego dessa liberdade nova atribuída ao órgão judicial é que pode justificar a confiança atribuída ao juiz na aplicação do direito justo. Ora, tanto a boa-fé quanto a lealdade do órgão judicial seriam flagrantemente desrespeitadas sem um esforço efetivo para salvar o instrumento dos vícios formais (OLIVEIRA, 2003, p. 74).

Afastemo-nos, portanto, da razão instrumental baseada no positivismo científico, que exige a aplicação das normas jurídicas de forma imediata e mecânica a partir do sistema, sem observar a carga axiológica que as embasa. Neste ambiente não há uma inquietação quanto à

aplicação do direito dissociada de princípios doutrinários, de valores positivados ou extrajurídicos, em desarmonia com a missão de legitimar as decisões jurídicas, à mercê de um contraditório efetivo, lastreados na cooperação e na relação dialógica, pontos de partida do processo civil no marco teórico do formalismo-valorativo, cuja aplicação aqui resta defendida.

Em uma sociedade complexa, de relações sociais intensas, a própria instituição de um Poder Judiciário e a percepção de que o processo civil integra os interesses estatais, determinam um indicativo da intenção de se controlar suas consequências. Regular as relações sociais por meio do processo consubstancia-se como uma das estratégias governamentais para o exercício do poder (SILVA, 2004). Daí a importância de vincular a sua instituição a partir de valores maiores dispostos no sistema.

A perspectiva constitucional do processo veio a contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social. Tal se mostra particularmente adequado no que diz respeito ao formalismo excessivo, pois sua solução exige o exame do conflito dialético entre duas exigências contrapostas, mas igualmente dignas de proteção, asseguradas constitucionalmente: de um lado, a aspiração de um rito munido de um sistema possivelmente amplo e articulado de garantias “formais” e, de outro, o desejo de dispor de um mecanismo processual eficiente e funcional. Nessa linha de entendimento, a Corte Européia dos Direitos do Homem em vários pronunciamentos vem proclamando que a Convenção Européia dos Direitos do Homem ostenta por finalidade proteger direitos não mais “teóricos ou ilusórios, mas concretos e efetivos”(...).

Essa mudança de paradigma, que introduz um direito muito mais flexível, menos rígido, determina também uma alteração no que concerne à segurança jurídica, que passa de um estado estático para um estado dinâmico. Assim, a segurança jurídica de uma norma se mede pela estabilidade de sua finalidade, abrangida em caso de necessidade por seu próprio movimento. Não mais se busca o absoluto da segurança jurídica, mas a segurança jurídica afetada de um coeficiente, de uma garantia de realidade (...). Em suma, a segurança já não é vista com os olhos do Estado liberal, em que tendia a prevalecer como valor, porque não serve mais aos fins sociais a que o Estado se destina. (OLIVEIRA, 2003, p. 64).

Passamos, destarte, a atuar sob um outro paradigma, especificamente aquele no qual se abdica de uma ótica positivista em favor de uma lógica argumentativa, onde o problema ou o caso concreto passam a figurar no centro de um procedimento interpretativo que vai além da simples subsunção, com o emprego de princípios, de conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade etc. Para tanto, faz-se necessário estabelecer o diálogo judicial ético, com notas de cooperação, como valor essencial à formação do juízo e à concreção do direito.

5.2 O FORMALISMO-VALORATIVO E O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Compreendendo que da instrumentalidade passa-se ao formalismo-valorativo, que estabelece o liame entre o direito processual civil brasileiro e os valores fundamentais, perfilhamos o entendimento no qual o processo justo é antes de tudo um processo substancializado em sua estrutura íntima pela existência de direitos fundamentais, onde o formalismo processual ideal encerra um adequado equilíbrio entre as posições jurídicas do ‘Autor’, do ‘Juiz’ e do ‘Réu’. Este é o produto de uma nova visão metodológica na aplicação do direito processual civil, em decorrência de nossa evolução cultural, por meio da doutrina e jurisprudência (MITIDIERO, 2009).

Não se nega, todavia, a ausência de um marco legislativo infraconstitucional bem definido em nosso ordenamento jurídico que sirva de lastro à presente perspectiva, daí a expectativa em alinhar as ideias aqui expostas aos ditames do projeto de lei nº 166/2010, que trata da criação de um novo Código de Processo Civil brasileiro, em substituição ao CPC de 1973 (BOTELHO, 2010).

Antes, contudo, observe-se que é bastante conhecido o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni (2010) acerca da necessidade de se identificar as tutelas aptas a dar efetividade ao direito material, como um fator necessário ao estabelecimento de um Código de Processo Civil inserido no Estado Constitucional. Entretanto, o autor também acentua, ao lado dessa perspectiva, a necessidade de se estruturar um processo que se apresente como justo e adequado aos fins propostos por este Estado Constitucional, que decorre especialmente da visão a respeito das relações que se estabelecem entre o juiz e as partes e das linhas mestras que devem presidir a densificação de nosso modelo constitucional de processo.

Estabelece-se, portanto, a importância da colaboração do Estado para com as partes. Trata-se do dever de cooperação entre os sujeitos do processo, desenvolvido a partir do princípio da boa-fé objetiva, ante a necessidade de um direito processual civil brasileiro alinhado a valores fundamentais como o atuar de maneira leal e com preservação da confiança (DIDIER JR, 2007).

Destarte, não há como deixar de mencionar a expectativa que se produz em torno de possível aprovação do projeto de lei que cria um novo Código de Processo Civil brasileiro, apresentado no Congresso Nacional em junho de 2010 (projeto nº 166 de 2010), e já aprovado o Senado Federal, no qual observamos a existência de capítulo inicial dedicado à diagramação de princípios que envolvem a aplicação do direito processual civil, com destaque, nesse âmbito, à colaboração que, a partir de um contraditório que não se exaure no direito de informação-reação, estabelece um ambiente dialético, que torna mais legítimo o ato decisório.

Nesse sentido, põem-se em evidência alguns artigos do projeto do novo CPC, como os arts. 1º, 6º e 108, por estabelecerem que a ordenação, o disciplinamento e a interpretação do processo civil serão realizados conforme os valores e princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, bem como por definir que, ao aplicar a lei, o juiz observará, dentre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana, que é uma das vias de introdução do princípio da boa-fé no nosso sistema.

Por conseguinte, desponta um novo olhar sobre o exercício do contraditório, como visão na estrutura cooperativa que deve ter o processo, destacando-se o art. 10; o parágrafo único do art. 110 e o inciso IX do art. 107, que ratificam a necessidade de manifestação prévia das partes antes de proferir decisão sobre a matéria, mesmo que esta decorra de questões que possam ser passíveis de conhecimento de ofício pelo julgador ou mesmo quando se trate de matéria de ordem pública. Tudo em nome do exercício do contraditório como dever de consulta e fomento do diálogo judicial, fixando o juiz como destinatário de seus ditames, e não apenas as partes. Na mesma toada, alinham-se a esta diretriz os artigos 469, parágrafo único; 475, parágrafo único e 845, parágrafo único (MARINONI, 2010).³⁴

Independentemente da aprovação do referido projeto de lei, enxergar o processo civil a partir dos valores constitucionais já é uma decorrência do direito fundamental de acesso à justiça, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal³⁵, que deve ser traduzido como o direito a uma ordem jurídica justa, representada por um conjunto de garantias e de princípios

³⁴ No mesmo sentido, Guilherme Botelho (2010, p. 55) afirma que “o direito à colaboração também ganha destaque através de sua inserção entre os direitos informadores do código em combinação com os artigos 110, parágrafo único e 107, inciso IX, que determinam a prévia oitiva dos litigantes para conhecimento de matéria de ordem pública impedindo a surpresa dos jurisdicionados e a obrigatória concessão de oportunidade para a supressão de ausência de pressuposto processual e o saneamento de nulidades, cooperando com as partes para o fechamento do litígio”.

³⁵ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

constitucionais fundamentais ao direito processual e não apenas à simples admissão ao processo ou à possibilidade de ingresso em juízo.

Portanto, o artigo 5º, inciso XXXV, da CF enseja uma visão ampla do *acesso à ordem jurídica justa*, que redundará:

i) no ingresso em juízo; ii) na observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; iii) na participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); iv) na adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); v) na construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos) (CAMBI, 2007, p. 32).

Os meios constitucionais são, portanto, hábeis mecanismos ao estabelecimento de um novo olhar sobre o processo, na sua criação e aplicação, alinhando-o aos valores mais caros da sociedade na atualidade, como a ética, a lealdade e a boa-fé, que passam a ser meios de efetivação do processo justo.

6 NATUREZA JURÍDICA DA BOA-FÉ EM SEU PLANO OBJETIVO

A proposição do presente tópico decorre da dificuldade observada no estabelecimento de uma definição a respeito da natureza jurídica da boa-fé objetiva, pois, apesar de ser corrente a referência ao ‘princípio da boa-fé’ entre os estudiosos do direito, não é comum, tampouco tranquilo, estabelecer o significado da boa-fé como um princípio ou como uma cláusula geral. Por conseguinte, uma melhor compreensão da boa-fé nesse aspecto, certamente facilitará a aplicação do instituto.

A boa-fé pode ser tomada como diretriz, *standards*³⁶, quando o seu significado não é exposto de imediato, assemelhando-se às cláusulas gerais, visto ser norma inteiramente aberta, que estabelece valores a serem aplicados com o surgimento da casuística. Sob as luzes de Judith Martins-Costa (2000), ao estudar o que vem a ser uma cláusula geral de direito, a autora dispõe que a mesma pode ser desenhada como técnica legislativa, de origem germânica, capaz de permitir a introdução de princípios valorativos no ordenamento jurídico.

Sem desconsiderar a função da boa-fé objetiva como cláusula geral do direito, Rui Stoco (2002, p. 41) dispõe que “a boa-fé, após recolher no passado os dados da experiência, apropriando-se da sabedoria dos romanos, apresenta-se, no direito moderno, sob a forma de princípio”. No mesmo sentido o autor faz referência à doutrina estrangeira ao transcrever o pensamento de Jesus Gonzales Perez (1983 *apud* STOCO, 2002, p. 41-42), que identifica a existência do princípio geral da boa-fé, “como uno de los principios generales que sirven de fundamento al Ordenamiento, inforaman la labor interpretativa y constituyen decisivo instrumento de integración”. Demonstra, ainda, que o mesmo raciocínio também é defendido pelo civilista português Cunha de Sá, no sentido de ratificar que a boa-fé constitui princípio geral de direito, previsto no Código Civil português.

Empreenderemos nossos esforços no sentido de trazer um enquadramento da questão, muitas vezes não valorizada pela doutrina, que faz uso indistinto da boa-fé enquanto cláusula

³⁶ Larenz (1997, p. 660-661) afirma: “os usos do tráfego são formas de comportamento social típico que são atuadas, em geral, por membros de um determinado grupo social (...). Os usos do tráfego, os usos comerciais e a moral social, enquanto tais, têm para os jurista o significado de standards, quer dizer, de pautas normais de comportamento social correcto, aceites na realidade social. Tais standards não são (...) regras configuradas conceptualmente, às quais se possa efectuar simplesmente a subsunção via do procedimento silogístico, mas pautas móveis, que têm que ser inferidas da conduta reconhecida como típica e que têm que ser permanentemente concretizadas, ao aplicá-las ao caso a julgar”.

geral ou princípio, como se ali não residisse qualquer distinção. Alfim é possível que enveredemos para a conclusão de que em face de quaisquer delas podemos desvendar a natureza jurídica da boa-fé.

6.1 DEFINIÇÃO DE PRINCÍPIO. CRITÉRIOS PARA A DISTINÇÃO DE PRINCÍPIOS E REGRAS

Diversos são os entendimentos e definições acerca do termo princípio dentro e fora do campo do direito. A partir de variados textos e autores podemos entender, em primeiro plano e em qualquer seara do conhecimento, que a ideia de princípio assinala a existência de um conjunto de pensamentos ou normas subordinados ou fundados em um pensamento chave. O princípio é a base dos sistemas de ideias, normas ou pensamentos, é o seu início, o seu vetor. O princípio é a ordem que fundamenta os sistemas.³⁷

Karl Larenz (1991 *apud* ÁVILA, 1999) observa que os princípios são normas de grande valor para o ordenamento jurídico, posto que através destes obtemos fundamentos para a interpretação e aplicação do direito, de forma direta ou indireta, como dispõe Claus-Wilhelm Canaris (1999 *apud* ÁVILA, 1999), ao entender que os princípios precisariam de concretização por intermédio de regras.

Para Teresa Negreiros (1998), o termo “princípio” não tem um sentido unívoco na linguagem doutrinária. Nessa toada, Judith Martins-Costa (2000), a partir dessa premissa, ressalta sete acepções para o termo princípio jurídico, dentre as quais destacamos aquelas que entendem que os princípios refletem a ideia de ‘núcleo básico’, de ‘característica central’ de algo, de ‘premissa’, ‘axioma’ ou ‘verdade teórica postulada como evidente’.

Sob a mesma perspectiva segue Humberto Ávila (1999), ao conceber que, diversamente do que ocorre com os objetos materiais (sensorialmente perceptíveis, coisas), os princípios

³⁷ Haja vista não ser o objeto de nosso estudo o aprofundamento em questões nesta seara, observo que, em um primeiro plano, tomaremos como equivalentes a essência dos conceitos de princípios jurídicos constitucionais (fonte de valores fundamentais e da validade da ordem jurídica, devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes de Direito) e princípios fundamentais, mas ciente de que estes constituem decisões políticas fundamentais concretizadoras em normas conformadoras do sistema constitucional positivo (arts. 1º a 4º do Título I da Constituição), conforme expõe, dentre outros, José Afonso da Silva (2007).

jurídicos são instrumentos analíticos abstratos (linguisticamente formulados), que trazem em si a dificuldade de estabelecer uma só definição, ensejando a afirmação de que haveria quase tantas definições de princípios quantos são os autores que sobre eles escrevem.

A presente imprecisão reflete-se na aplicação jurisprudencial dos princípios e na própria técnica legislativa. Nesse campo, Teresa Negreiros (1998) sublinha que as:

[...] breves referências à matéria já são suficientes para sugerir a afirmação – delineada como verdadeiro “lugar comum” do discurso jurídico – segundo a qual a palavra “princípio” é uma amostra emblemática, na linguagem jurídica, do fenômeno lingüístico denominado polissemia, caracterizado pela utilização corrente de um mesmo vocábulo em acepções diversas. Diante deste fenômeno, duas alternativas se põem: optar por uma destas várias acepções, de forma a que, dali em diante, a utilização do termo não leve a ambigüidades semânticas, ou, ao contrário, reconhecer nesta ambigüidade algo que, paradoxalmente, nos ajude a delimitá-lo conceitualmente.

[...]

Optando-se pela segunda alternativa, partimos de uma idéia encontrada em Popper, para quem “não se deve fazer da precisão, sobretudo da precisão lingüística, um fim em si mesmo, posto não raramente o excesso de precisão prejudicar a própria clareza da expressão”. Mas vamos além: vislumbramos na falta de precisão que marca o termo “princípio”, ao invés de um mal a ser corrigido, um componente de sua significação, especificamente a multifuncionalidade sistêmica dos princípios, ligada a uma nova maneira de se pensar a ordenação sistemática do tecido normativo.”

A partir do benefício de sua imprecisão, observamos que os princípios jurídicos têm uma função estruturante dentro do sistema jurídico, nas suas diferentes densidades. Tal característica é o que, em primeiro plano, os distingue das regras que, em conjunto com os princípios, formam este conjunto ordenado.

Parte-se, portanto, da perspectiva de que princípios e regras são normas com caracteres e funções distintas no sistema jurídico, mas de existência conjunta, dada a necessidade de abarcar uma realidade complexa na qual não seriam suficientes as indeterminações dos princípios ou valores que ele exprime, tampouco a limitada atuação das regras, que exigem uma infindável e inglória atuação legislativa, para abarcar todas as situações fáticas de uma sociedade complexa.

Segundo Humberto Ávila (1999), temos na distinção entre princípios e regras uma primeira etapa de redefinição das normas jurídicas, no sentido de que todas são válidas e

cogentes, tanto aquelas que possuem prescrição determinada (regras) quanto as que estabelecem prescrições ligadas a valores.³⁸

A presente questão é deveras importante a todos aqueles que se dedicam ao mais elementar estudo dos princípios jurídicos, especialmente em contexto no qual se objetiva apreender o real enquadramento da boa-fé no sistema jurídico e o modo pelo qual será dada sua aplicação.

São muitos os autores a elencar o grau de abstração e generalidade como um elemento distintivo destas espécies normativas. Assim, enquanto os princípios são dirigidos a um número indefinido de pessoas e de circunstâncias, as regras seriam menos gerais e conteriam mais elementos de concretude relativamente à conduta.

Para Robert Alexy (1989) a distinção entre regras e princípios por meio do grau de abstração/generalidade não seria suficiente, pois uma regra pode ser geral sem que assuma contornos de norma principial, como ocorre nos casos em que a mesma é formulada por meio de conceito jurídico indeterminado.

Essa é a base da chamada “*tesis débil de la separación*” ou ‘tese fraca da separação’ das regras e princípios, visto que tais normas são possuidoras da mesma propriedade, em medidas diversas, onde os princípios, mais indeterminados, possuem maior mobilidade valorativa, enquanto as regras sofrem maior restrição em sua aplicação³⁹. Por conseguinte, toda regra também é um meio para a realização de um valor, assemelhando-se aos princípios, o que torna o

³⁸ Expõe Àvila (2006, p.39) que “Os princípios são normas de elevado grau de abstração (destinam-se a um número indeterminado de situações) e generalidade (dirigem-se a um número indeterminado de pessoas) e que, por isso, exigem uma aplicação influenciada por elevado grau de subjetividade do aplicador; contrariamente, às regras, que denotam pouco ou nenhum grau de abstração (destinam-se a um número quase determinado de situações) e generalidade (dirigem-se a um número quase determinado de pessoas) e, que, por isso, demandam uma aplicação com pouca ou nenhuma de subjetividade do intérprete. Essa é a teoria clássica do Direito Público, inicialmente difundida pelos estudos de Direito Administrativo e depois transplantada para os trabalhos de Direito Constitucional. É dessa concepção que vem a afirmação de que os princípios são os alicerces, as vigas-mestras ou valores do ordenamento jurídico, sobre o qual irradiam seus efeitos”.

³⁹ Alexy, (1989, p. 144). O autor explica que “El criterio de distinción más frecuentemente citado es el de la generalidad. Según ello, los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas, normas de un grado relativamente bajo. Un ejemplo de norma de un grado relativamente alto de generalidad es la norma de que todos gozan de libertad de creencias. En cambio, tiene un grado relativamente bajo de generalidad una norma que dice que todo recluso tiene el derecho de apartar a otros reclusos de sus creencias. Quien considera la generalidad como decisiva llega a la conclusión de que entre las reglas y los principios existe sólo una distinción de grado. Esto puede designarse como la «tesis débil de la separación». La tesis fuerte de la separación la representa, en cambio, quien afirma que la diferencia entre reglas y principios no es simplemente de grado, sino de tipo cualitativo. Esta tesis es correcta. Queda por saber cómo hay que fundamentarla”.

caráter fundante (conteúdo valorativo) dessas normas mais uma similitude que uma diferença (ÁVILA, 2006).

Passemos, portanto, ao chamado ‘método de aplicação dos princípios e das regras’ como um fator mais eficiente à diferenciação entre ambos. Melhor explicando, é no momento da aplicação dessas espécies normativas que a distinção seria mais perceptível⁴⁰, estabelecidas no sentido de que:

[...] os princípios são normas que se caracterizam por serem aplicadas mediante ponderação com outras e por poderem ser realizadas em vários graus, contrariamente às regras, que estabelecem em sua hipótese definitivamente aquilo que é obrigatório, permitido ou proibido, e que, por isso, exigem uma aplicação mediante subsunção.

(...)

É dessa concepção que vem a afirmação de que os princípios são diferentes das regras relativamente ao modo de aplicação e ao modo como são solucionadas as antinomias que surgem entre eles. A diferença quanto ao modo de aplicação é a seguinte: enquanto as regras estabelecem mandamentos definitivos e são aplicadas mediante subsunção, já que o aplicador deverá confrontar o conceito do fato com o conceito constante da hipótese normativa e, havendo encaixe, aplicar a consequência, os princípios estabelecem deveres provisórios e são aplicados mediante ponderação, na medida em que o aplicador deverá atribuir uma dimensão de peso aos princípios diante do caso concreto (ÁVILA, 2005, p.87).

Deste modo, além do usual critério da generalidade para a distinção entre princípios e regras, entende-se que as regras seriam aplicáveis na forma do ‘tudo ou nada’, ou seja, no bojo da aplicação de regras conflitantes, só haverá duas possibilidades: ou a regra é válida com todas as suas consequências jurídicas ou é inválida e deve ter afastada a sua aplicação (SCOTT, 2009). Contrariamente, os princípios têm uma dimensão que as regras não demonstram, que é uma dimensão de peso aferida na colisões entre princípios, onde haverá a prevalência do valor de maior peso para aquela situação, sem que se afete a validade do segundo princípio, que poderá ser o prevalente em um outro momento de aplicação^{41 42}.

⁴⁰ Negreiros (1998, p. 121-122) expõe que “A consideração do método empregado na aplicação dos princípios e das regras como fator de distinção entre ambos não é de forma alguma original. Alexy e Dworkin são autores que (...) trabalham a partir desta perspectiva. Segundo o primeiro, em cuja esteira se orienta o pensamento do segundo, “o conflito de regras se resolve na dimensão da ‘validade’, a colisão de princípios da dimensão do ‘valor’; é na colisão de princípios e no conflito entre normas que a distinção entre uns e outros é mais nítida. Os princípios teriam um peso diverso conforme o caso concreto em que são chamados a intervir”.

⁴¹ “Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (“dimension of weight”), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior sobrepe-se ao outro, sem que este perca sua validade. Nesse sentido, a distinção elaborada por DWORKIN não

Conforme Humberto Ávila (1999), é, ainda, no momento de aplicação que podemos constatar a existência de regras mais ou menos vagas ou ambíguas, que não expressam de forma imediata a consequência jurídica a ser implementada, tais como as cláusulas gerais, já que a vagueza não é característica exclusiva dos princípios, mas elemento que pode ser aferido em qualquer enunciado prescritivo, seja ele um princípio, seja ele uma regra, distinguindo-se apenas quanto ao grau de abstração anterior à interpretação, maior junto aos princípios e menor junto às regras. O que enseja a conclusão de que a distinção entre princípios e regras não se satisfaz com método do ‘tudo ou nada’, dado que as regras podem necessitar de um processo de interpretação semelhante ao dos princípios, até que se chegue a uma conclusão, a um resultado.

Atente-se, por conseguinte, que tanto as regras, quanto os princípios, são detentores de força normativa. Assim, não apenas as normas que possuem uma prescrição determinada (regras) são dotadas de consequências normativas, mas também os princípios, estabelecidas a partir da análise dos valores em face dos casos concretos, pois pouca valia teriam os direitos fundamentais se não dispusessem de aplicabilidade imediata, porque não passariam de meras e vagas promessas. Esta é uma característica do chamado ‘pós-positivismo’, quando os princípios jurídicos deixam de ter emprego meramente secundário, como forma de preencher lacunas, para ter relevância na aplicação do direito (CAMBI, 2007).

consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto a estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios, em vez de comparativos, como afirma ALEXY”. (...) “A distinção entre princípios e regras, segundo ALEXY, não pode ser baseada no modo “tudo ou nada” de aplicação proposto por DWORKIN, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas tem sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; diferença quanto à obrigação que instituem, já que as regras instituem obrigações absolutas, já que não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações prima-facie, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes”. (ÁVILA, 1999, p. 161-162).

⁴² Alexy (1989, p. 143 – 144) expõe que: “*El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello no es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados. Hay por tanto distintos grados de cumplimiento. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla*”.

A compreensão desse fenômeno é deveras importante para o embasamento teórico da boa-fé, na medida em que se busca uma ampla aplicação dos seus ditames por meio de preceitos normativos, na forma de princípios ou cláusulas gerais, especialmente quando se constata que: (i) o emprego das regras depende da conjunta interpretação dos princípios que a elas digam respeito; (ii) reconhece-se força normativa ao princípio da boa-fé; (iii) bem como porque a implementação de consequência predeterminada das regras também decorre de um processo interpretativo baseado nos valores que o fundamentam, que se dará, igualmente, com observância ao princípio da boa-fé.

De tal modo, é possível imprimir às regras e aos princípios a ideia de que os mesmos sejam, ao mesmo tempo, flexíveis e vinculantes, em suas medidas, como forma de permitir a aplicação dos valores fundamentais às circunstâncias do caso concreto, em especial a boa-fé, que em si é um valor constitucional que adjetiva os demais.

6.2 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA (E SUA FUNÇÃO) COMO MÉTODO DE APLICAÇÃO DO DIREITO

A partir da compreensão do princípio da boa-fé objetiva como um valor norteador de todo o ordenamento jurídico, julgamos pertinente o seu reconhecimento como um princípio geral de direito, a estabelecer verdadeiros padrões de conduta no caso concreto e atuar como instrumento de interpretação constitucionalizada das relações sobre as quais incide.

Trata-se de mecanismo hábil à concretização do direito, isto porque, exprime-se como um princípio da confiança, lealdade e probidade com o qual toda pessoa deve condicionar o seu comportamento nas relações jurídicas (PRETEL, 2009). Como dispõe Menezes Cordeiro (2007), é a partir deste princípio que se admite uma proteção genérica da confiança.

É no bojo dos princípios constitucionais que vamos ter acesso aos valores fundamentais à validade da ordem jurídica e nele resta inserida a boa-fé, mesmo quando se conclua pela ausência de qualquer preceito legislado a seu respeito⁴³, dado que a falta de previsão expressa não

⁴³ Alexandre de Moraes (2003) expõe que “Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no

lhe retira o valor intrínseco, conforme corrobora Clóvis do Couto e Silva (1976), ao afirmar que a suposta falta de consagração legislativa do princípio da boa-fé não afasta a sua incidência, visto ser o aludido princípio considerado fundamental, ou essencial, cuja presença independe de sua recepção legislativa.

Como prova de ser a boa-fé objetiva um princípio norteador de todo o ordenamento jurídico e, por conseguinte, um hábil mecanismo à concretização do direito, atente-se para sua expressão marcada em textos legislativos diversos e de relevante importância para o sistema, “e.g.”, como no art. 4º, III da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), no art. 422 do Código Civil brasileiro de 2002 e, mais ao nosso campo de estudo, o art. 14, II do Código de Processo de Civil brasileiro, a partir de sua interpretação contemporânea.

A eficiente aplicação do direito depende do reconhecimento da força normativa dos princípios e de sua relevância como fonte de interpretação no emprego das regras, o que faz com que, naturalmente, os princípios passem a figurar como elemento componente do método de aplicação do direito.

Nesse aspecto, maior relevância decorre do princípio da boa-fé, que deixa de figurar como ‘elemento reserva’ na aplicação do direito e exsurge como parte essencial do método de aplicação. Neste sentido expõe Teresa Negreiros (1998, p. 19):

[...] Se num primeiro momento tal interdependência foi posta em termos substantivos – a boa-fé como parte do conteúdo mínimo do Direito –, agora é posta em termos metodológicos. É que a aplicação do princípio da boa-fé revela, em termos específicos, um fenômeno estudado pela metodologia do Direito como lhe sendo co-essencial. A boa-fé constitui um exemplo riquíssimo de como o Direito é indissociável de sua aplicação. Com efeito, a realização do Direito através da decisão do caso concreto é constitutiva do seu conteúdo. A boa-fé, em sua acepção objetiva, carece de uma concretização metalegislativa, afigurando-se, por isso, como uma privilegiada base empírica para uma reflexão justeórica que parta da premissa segundo a qual a decisão – e portanto a interpretação – é parte constitutiva do Direito, no sentido que é constituído, e não pré-dado.

No mesmo espírito enquadra-se a reflexão de Menezes Cordeiro (2007, p. 43-44), a qual também contribui para especificar a identidade própria da boa-fé objetiva e para articulá-la às considerações aqui já sugeridas acerca dos caminhos da nossa pesquisa:

sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio.

A boa-fé objetiva não comporta uma interpretação-aplicação clássica. Desde cedo tem sido traçado seu paralelo com as lacunas. (...) Na sua aplicação, o processo subsuntivo torna-se impossível. (...) A boa-fé objetiva é entendida como do domínio do Direito jurisprudencial: o seu conteúdo adviria não da lei, mas da sua aplicação pelo juiz. (...) A boa-fé objetiva, embora jurídica, parece escapar da lei. Na fase anterior à formação de um Direito jurisprudencial seguro, ela implica uma atividade judicante que, sem mediações normativas, deixa face a face o sistema global e o caso a resolver. E como o Direito jurisprudencial, a formar-se, é sempre parcelar, deixando, em crescimento permanente, áreas por cobrir, o fenómeno mantém-se.

Compartilhamos o entendimento de que a boa-fé objetiva foi posta como um valor autônomo no nosso ordenamento jurídico, cuja aplicação é observada nos ramos do direito público e do direito privado, em vista do paradigma no qual a autonomia da vontade deve ceder, definitivamente, o seu lugar às exigências éticas da boa-fé. Repita-se que a mesma desponta como um fenómeno indissociável da aplicação e realização do direito, por meio da construção do seu conteúdo a partir da decisão do caso concreto, dada a fluidez e vagueza do seu enunciado, comportando-se, portanto, “como uma privilegiada base empírica para uma reflexão justeórica que parta da premissa segundo a qual a decisão – e portanto a interpretação – é parte constitutiva do Direito, no sentido que é constituído”.

6.2.1 O sobreprincípio e o subprincípio da boa-fé objetiva

Definir a natureza jurídica da boa-fé como princípio já não é suficiente na visão de alguns doutrinadores. Neste sentido, instigantes são as conclusões apresentadas por Darci Guimarães Ribeiro (2004, p. 242), na medida em que entende ser a boa-fé (especificamente a boa-fé processual objetiva) um “sobreprincípio do ordenamento jurídico, posto que paira acima dos demais princípios jurídicos, conseqüentemente condiciona, determinando no espaço e no tempo, sua interpretação”. Nessa toada, o princípio da boa-fé seria, indiscutivelmente, um valor que paira acima de qualquer instituição jurídica”.

Em defesa de sua tese, o autor afirma que não se pode negar que os demais princípios processuais, inclusive guindados à categoria constitucional, como por exemplo, o direito de ação,

o contraditório etc., fiquem imunes ao dever supraconstitucional de agir e de falar em juízo ou fora dele com boa-fé, com retidão e com lealdade.

Concordamos com o entendimento de que não há como tangenciar da relação processual o agir de acordo com padrões de boa-fé, visto que às partes ela surge como um dever e na relação processual atua como relevante fator no fenômeno de construção da decisão judicial. Todavia, há que se apreciar melhor a questões antes de defini-la como sobreprincípio.

Repise-se que os princípios são normas que são aplicadas a partir de sua ponderação com outras, e que o conflito entre eles enseja apenas o estabelecimento de uma regra de prevalência, diante de determinadas circunstâncias verificáveis no plano da eficácia das normas, excluindo-a, possivelmente, para aquela situação (ÁVILA, 2003).

Nesse sentido, como bem explica Fredie Didier (2010, p. 53-54) “os princípios não têm pretensão de exclusividade: um mesmo efeito jurídico (processo cooperativo) pode ser resultado de diversos princípios (devido processo legal ou boa-fé)”.

Por sua vez, a definição do princípio da boa-fé processual objetiva como um sobreprincípio, não é absoluta, haja vista que a mesma também pode servir como um subprincípio dos sobreprincípios do devido processo legal, da segurança jurídica ou da dignidade da pessoa humana. Portanto, “não há problema em relação a isso. Designar um princípio como *sobre* ou *sub* é apenas uma técnica de demonstrar em que posição o princípio está em uma relação com o outro”.

Essa mudança de posição decorre da própria essência dos princípios. Cabe, contudo, observar quando estão a exercer a função de sobreprincípio (normas mais amplas, que podem ser designadas como ‘sobreprincípios’) ou de subprincípio. Neste caso, atuando como subprincípio, passam a exercer uma função definitória em relação aos princípios, delimitando com maior precisão seu comando normativo.

Não se pode negar que a aplicação de importantes princípios processuais constitucionais, como o direito de ação e o contraditório, depende da concepção prévia de que estes venham a ser exercidos com a devida observância aos padrões de lealdade, confiança e retidão, o que coloca o princípio da boa-fé processual na posição de sobreprincípio. Entretanto, conforme entende Heloísa Carpena (2001), a boa-fé seria um subprincípio decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da ordem constitucional.

Sob uma forma ou outra, o certo é que não se nega que a boa-fé tem fundamento constitucional.

Logo, emparelhar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade substancial e da solidariedade aos valores da boa-fé, significa desenvolvimento no modo de pensar e aplicar o direito. Tomar o mesmo princípio da boa-fé como um subprincípio dos sobreprincípios do devido processo legal, da segurança jurídica; como expressão do princípio do contraditório; ou como sobreprincípio do princípio da cooperação, significa evolução no modo de pensar e aplicar o direito processual civil.

6.3 CLÁUSULA GERAL: ORIGEM, SIGNIFICADO E PROPÓSITO

Como forma de situar as cláusulas gerais no contexto histórico e determinar sua origem, observamos, em momentos e autores diversos, que a mesma defluiu do período final da década de 1920, especificamente numa Alemanha que vivenciava o final da Primeira Grande Guerra Mundial, marcada pela gravidade da situação político-econômica e sob o auspício do Tratado de Versalhes, dada a sua condição de derrotada no conflito.

Em um ambiente de desagregação político-econômica e de forte instabilidade social, especialmente quanto à vigência e execuções dos contratos, tornou-se imperioso um atuar do Poder Judiciário no sentido de promover a adequação de situações cuja solução não era prevista nas leis postas, o que ensejou a busca de mecanismos que permitissem a aplicação do Direito de modo mais flexível, a fim de garantir a prevalência dos bons costumes e a preservação de padrões mínimos de dignidade da pessoa.⁴⁴

⁴⁴ Conforme expõe Fábio Menke (2006, p. 82) na “Alemanha, final da segunda década do século XX: o caos econômico pós-Primeira Guerra Mundial impera. A hiperinflação descontrolada atinge em cheio toda a estabilidade do tecido social. As pessoas vão às compras com sacos de dinheiro, tamanha a desvalorização monetária. Os contratos sofrem os efeitos imediatos da crise, uma vez que se tornou praticamente inviável a manutenção das cláusulas atinentes ao preço, que estão não previam qualquer índice de correção monetária.

Como não poderia deixar de ser, o Poder Judiciário é chamado a intervir com vistas a equilibrar as situações iníquas advindas da crise econômica, principalmente aquelas que prejudicaram os credores de negócios jurídicos firmados com cláusula de preço que restou totalmente defasada.

À época o Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) contava com apenas duas décadas de vigência, e, em três parágrafos, até então praticamente adormecidos, a jurisprudência alemã encontraria a solução para afastar o desequilíbrio gerado em milhares de relações contratuais. Os três parágrafos foram mais tarde denominados de “famous three”. Eram os

Dourtrinadores localizam neste contexto o momento histórico que gerou no direito alemão as cláusulas gerais, ou pelo menos a efetivação do uso destas. Trata-se de uma atuação que se desenvolve a partir de certo abandono do rigor lógico do sistema, fundado no puro raciocínio dedutivo.⁴⁵

Aqui detectamos a ideia de que determinados momentos de crise podem deflagrar um processo pelo qual a cultura jurídica revê seus paradigmas. Constata-se uma relativização do paradigma de sistema fechado, de um sistema que se autorreferencia de modo absoluto, ao mesmo passo que se abre espaço para um paradigma que permite o desenvolvimento de um sistema aberto, um sistema de auto-referência relativa (MARTINS-COSTA, 2000).

Expõe Fábio Menke (2006, p. 72) que diversos fatores são apontados como indutores ao uso das cláusulas gerais pela Alemanha do pós-guerra, como o fato de a mesma ter sido o país ocidental menos influenciado pelos influxos das teorias econômicas individualistas, bem como pela existência de “movimentos havidos no direito alemão, ainda no século XIX, que indagavam profundamente acerca da existência de lacunas no direito positivo e do papel a ser desenhado pelo juiz”.

Tais questionamentos fizeram sufragar as bases ideológicas da ideia de uma unidade legislativa lastreada em uma linguagem uniforme, com interpretação precisa e sentidos unívocos. Passa-se à compreensão de que em uma sociedade complexa não se vislumbra como possível prever e regular todos os fatos e relações da vida.

Deixa de prevalecer o ideário de se acomodar sob o pálio de um único instrumento legislativo os mais diversos anseios e interesses, dado que “não há apenas um único sujeito social a ser ouvido, não há mais um sujeito comum, como aquele desenhado na esteira da revolução francesa pelo princípio da igualdade, abstrata, frente à lei” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 282)⁴⁶. Afastando-se dos padrões estabelecidos a partir de valores do liberalismo, busca-se a superação do paradigma de uma estrutura milimetricamente planejada e espelho de um sistema fechado.

parágrafos 138, 242, 826, cuja ‘característica central é a de autorizar explicitamente o uso de idéias morais como boa fé e bons costumes”.

⁴⁵ “(...) o papel desempenhado pela Excelsa Corte Alemã do Reich colocou o Judiciário como interventor dos negócios jurídicos privados, figurando as cláusulas gerais como meio de solucionar as questões decorrentes de desajustes econômico-sociais que tornaram díspares as relações contratuais nas cláusulas atinentes a preço.” (ABREU, 2010).

⁴⁶ Judith Martins-Costa (2000, p. 282) também chama a atenção para o fato de que “aos códigos civis foram sendo agregadas inúmeras ‘leis especiais’, no (...), na tentativa de afastar as suas falhas (...). Elas (leis especiais) acabam com a sistematicidade externa do direito privado e com um modelo que se quis pleno ou organicamente “total”, e, ao assim operar, ameaçam a própria sistematicidade interna”.

Por sua vez, o sistema, em sua concepção fechada, passa a ser gerador de insegurança aos que restam submetidos a uma estrutura codificada e incapaz de manter sua integridade lógica e capacidade de evoluir. Passa-se ao entendimento de que a segurança jurídica não se traduz, exclusivamente, a partir de uma ideologia de interpretação predeterminada, minimizando o conceito de positividade do direito ao seu elemento estático, onde a letra posta da lei seria o único objeto de interpretação jurídica.

Estabelece-se um novo paradigma na construção do sistema jurídico, posto através de técnica legislativa que permite uma mobilidade interna e externa, racionalizando a aplicação dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo, não mais sob a influência da “segurança jurídica” idealmente apresentada pelas antigas codificações, possuidoras apenas de normas casuísticas que não conseguem estender sua eficácia por longos períodos, ocasionando injustiças.⁴⁷

Pontes de Miranda (1972 *apud* MOLINARO; MILHORANZA, 2008) entende que a permanência da estabilidade pode gerar injustiça, já que a segurança jurídica não reside na estabilidade de leis ou códigos quando esses atos normativos não representem critérios justos. Na mesma linha de pensamento, entendemos que entre a ideia de justiça e a ilusão de segurança jurídica, a primeira opção dever ser preferível, sem, contudo, reduzir a importância da segunda, já que a segurança jurídica não pode servir como razão para se negar a concretização dos fundamentos da República disposto no art. 1º, inciso III, Constituição Federal de 1988.

Acresça-se a estas razões o fato de o:

[...] conceito de segurança jurídica vir acompanhado, indelévelmente, de um conceito de justiça; não de um conceito engessado que reflita a existência de uma *justiça mecânica*, resultado de operações lógicas que se firmam em cálculos proposicionais sofisticados;

⁴⁷ Em sentido oposto, há quem encare a presente configuração com certo temor, conforme expõe Fredie Didier (2010, p. 66) observa que, “A despeito do contexto político-social da época da decisão, as cláusulas gerais ‘possibilitam ao juiz fazer valer a parcialidade, as valorações pessoais, o arrebatamento jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo gênero, contra a letra e contra o espírito da ordem jurídica. Por outro lado, o uso inadequado, hoje cada vez mais freqüente, das cláusulas gerais pelo legislador atribui ao juiz uma responsabilidade social que não é a do seu ofício, conforme adverte Franz Wiecker”. Por conseguinte, chama a atenção ao fato de que o risco de insegurança jurídica decorrente do uso de cláusulas gerais “podem ganhar vulto em tempos de efervescência social, guerras ou crises econômicas” quando “há o perigo quase inevitável da fuga para as cláusulas gerais (*Die Flucht in die Generalklauseln*), conforme célebre expressão de HEDEMANN”. Todavia pondera no seguinte sentido: “Como parece ser inevitável a existência de cláusulas gerais no ordenamento jurídico, inclusive no Direito processual, cabe à teoria jurídica e à jurisprudência desenvolver técnicas dogmaticamente adequadas de manejo dessas espécies normativas”.

sim, de uma justiça cuja lógica seja *relacional-predicativa* predicativa incorporada num processo dialético (MOLINARO; MILHORANZA, 2008, p. 52).

Adequada a essa realidade estão as cláusulas gerais, por ser uma espécie de norma que decorre de técnica legislativa lastreada na não definição de fatos específicos ou casuísticos, a partir de seus enunciados intencionalmente abertos ou vagos, que permitem fazer uso de elementos de conexão entre diversos textos legislativos ou destes para com outros ramos do saber, na construção da decisão pelo julgador.

Nessa toada, expõe Judith Martins-Costa (2000, p. 285) que:

[...] as modificações da técnica e da linguagem legislativa estão, com efeito, no vértice deste complexo processo de alteração da cultura jurídica. Notadamente na segunda metade deste século, a técnica legislativa foi radicalmente transformada, assumindo a lei características de concreção e individualidade que eram próprias dos negócios privados: não mais a lei como *kanon* abstrato e geral de certas ações, mas como resposta a específicos e determinados problemas. Irrompem resultados desejáveis para o bem comum e a utilidade social, terminologias científicas, econômicas, sociais, compatíveis com os problemas da idade contemporânea.

Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística. Um código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo ou extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.

Para Karl Engish (2008, p. 228-229) a “casuística é aquela configuração da hipótese legal que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria”. Em via inversa, a cláusula geral decorre da formulação de uma hipótese legal que abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos. Compreende-se que a cláusula geral é o resultado de uma técnica legislativa, cujo modelo de construção defluiu da contraposição à técnica de legislar através da casuística (técnica que visa abarcar toda realidade fática existente, com plena especificação dos elementos que compõem a *fattispecies*).

Atualmente a técnica de legislar através de casuística não mais pode ser tomada como única ou como preponderante, mesmo quando necessária em determinadas situações. Advirta-se que sobre a mesma também recai a acusação de provocar o envelhecimento da legislação, dado o

seu caráter de rigidez na aplicação e/ou sua imutabilidade⁴⁸. Neste sentido, conclui-se pela não predominância de uma técnica legislativa cujo fim é abarcar toda realidade fática existente, com plena especificação dos elementos que compõem a *fattispecie*, a tipificar a conduta em seus mais diversos aspectos, sem deixar grande margem para a promoção de um processo interpretativo, através da subsunção da norma ao fato, vigorante em um sistema fechado e imóvel, fundado em uma dimensão a-histórica do direito, conforme constatação de Humberto Bergmann Ávila (1997).

Conclui-se, portanto, que a metodologia jurídica transformou-se sensivelmente a partir da segunda metade do século XX e que seus reflexos são sentidos no campo do direito processual civil, especialmente em face da transformação da hermenêutica jurídica, que a partir de enunciados vagos ou fluidos, inseridos em um sistema de concepção aberta, passa a reconhecer o papel criativo e normativo da atividade jurisdicional, como medida necessária e essencial ao desenvolvimento do direito, onde a técnica legislativa das cláusulas gerais exerce papel de fundamental importância (DIDIER JR., 2010).

6.3.1 Cláusula geral: conceito e distinções

Objetivando uma maior compreensão da matéria, julgamos pertinente a apresentação de alguns conceitos de cláusula geral, como o apresentado por Karl Englich (2008), que a entende como uma “formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”.

Para Judith Martins-Costa (2000) a cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado, o que enseja uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa. Trata-se de disposição normativa segundo a qual seus enunciados fazem uso de

⁴⁸ Observe-se, destarte, que a reflexão acerca da técnica legislativa que faz uso de cláusula geral não implica na exclusão da técnica oposta. Como expõe Judith Martins-Costa (2000, p. 302), “é de resto freqüente a combinação entre os métodos de regulamentação casuística e por cláusulas gerais, técnicas cuja distinção por vezes inclusive se relativiza, podendo ocorrer, numa mesma disposição, “graus” de casuísmo e de vagueza. Assim se verifica, em outro exemplo, no vigente Código Civil português, o qual, segundo bem predomina o caráter científico, com o seu conceitualismo e o emprego de cláusulas gerais, sem abdicar, contudo, do casuísmo nas matérias que constituem o núcleo básico do direito civil, pela vantagem da certeza do direito (...). Nesse sentido é o modelo que consta do Projeto do Código Civil brasileiro, como anotou o ilustre supervisor da Comissão elaboradora e Revisora, professor Miguel Reale ao apresentar o Anteprojeto.”

uma linguagem de tessitura ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, de ampla extensão semântica, que confere ao juiz um mandato (ou competência) para que, em face do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar dentro ou fora do sistema. Tais elementos fundamentarão a decisão e viabilizarão a ressystematização dos elementos extrassistemáticos no seio do ordenamento jurídico.

A autora adota um conceito restrito de cláusula geral, caracterizado pela imprecisão em todo seu espectro conceitual (hipótese fática e efeito jurídico). Um conceito de cláusulas gerais mais abrangente envolve a ideia de que tipos normativos abertos, com consequência jurídica determinada, podem ser consideradas como cláusulas gerais.

Nesse sentido posiciona-se Cláudia Lima Marques (2002), ao entender que os tipos normativos abertos que possuem consequências jurídicas determinadas são também cláusulas gerais. Para tanto, aponta como exemplo o inciso IV do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, que prevê a nulidade da cláusula contratual de consumo em desvantagem exagerada, incompatível com a boa-fé ou a equidade. Este, apesar da consequência jurídica (nulidade), poderia ser reputado como uma cláusula geral.

A opção da autora por um conceito de cláusula geral mais abrangente resta baseada na doutrina de Karl Engisch, Karl Larenz e Claus-Wilhelm Canaris e visa, portanto, a uma evolução do modelo clássico de cláusula geral, para um modelo que valorize as pequenas cláusulas gerais (MENKE, 2006).

Convém observar, a partir de um rigor técnico mais apurado, que há efetivamente uma diferença funcional entre as normas compreendidas em cláusulas gerais e aquelas caracterizadas como conceitos jurídicos indeterminados. Nesse sentido, Judith Martins-Costa (2000) entende que as consequências das cláusulas gerais só são formadas à vista do caso concreto, enquanto estas já estariam previamente estabelecidas de modo geral e abstrato nos conceitos jurídicos indeterminados.

Assim, embora os conceitos jurídicos indeterminados que tratam de valores possuam uma maior semelhança com as cláusulas gerais, visto que apresentam em sua estrutura uma vagueza semântica e o reenvio a *standards*, diferenciam-se pela mesma razão, já que o conceito jurídico indeterminado traz em seu bojo as consequências ou efeitos preestabelecidos. Por sua vez, as cláusulas gerais não apresentam solução prévia ao caso, exigindo uma operação

intelectiva mais complexa por parte do juiz, “pois é ele quem determina os efeitos, as consequências práticas (MENKE, 2006) ⁴⁹.

Por conseguinte, há que se apurar a relação das cláusulas gerais com os princípios. Resta aqui o indicativo de que para nós as cláusulas gerais não se confundem com os princípios, a despeito de funcionarem em muitos momentos como veículos para sua concretização ou mesmo quando contenham o princípio no seu próprio enunciado.

Entretanto, não se deixe de mencionar que há vozes de peso na doutrina a advogar a tese de que não haveria significativa distinção entre princípios e cláusulas gerais, quando os mesmos poderiam ser tomados por sinônimos, como parecia defender Pontes de Miranda, conforme dispõe e segue tal entendimento o jurista alagoano Paulo Luiz Netto Lobo (2011)⁵⁰.

Na linha de pensamento que prima pela distinção, expõe Fredie Didier a necessidade de diferenciar ‘cláusula geral’ e ‘princípio’, já que a primeira é um texto jurídico, enquanto o segundo é norma. Logo, são institutos que operam em níveis diferentes do fenômeno normativo, posto que a norma jurídica é produto da interpretação de um texto jurídico, ou seja, o texto jurídico vai ser objeto de uma interpretação, a fim de que se verifique qual norma dele pode ser extraída. Por tal razão é que um princípio pode ser extraído de uma cláusula geral, além de servir de suporte para o surgimento de uma ‘regra’.⁵¹

⁴⁹ Temos, portanto, os chamados conceitos jurídicos indeterminados concernente à realidade fática (“animal bravo”, art. 593, I do Código Civil de 1916) e os conceitos jurídicos indeterminados referentes a valores (“dinheiro necessário, art. 432 do Código Civil de 1916).

⁵⁰ Paulo Lôbo (2011) tece as seguintes considerações sobre o tema: “Devemos esclarecer que é corrente no Brasil a terminologia alemã de cláusula geral, ora com significado semelhante ao de princípio, ora com significado mais restrito de valor ou conjunto de valores, cujo conteúdo se concretiza na aplicação da norma que a contém. Preferimos tratar as duas hipóteses como princípios, assumindo os riscos da generalização, como o faz Pontes de Miranda. Frequentemente, ambas utilizam conceitos indeterminados, o que amplia a função de aplicação do direito e, conseqüentemente, a responsabilidade do aplicador”.

⁵¹ A título informativo, em relação à estrutura das cláusulas gerais, observamos que não há, ‘ontologicamente’, o que ser diferenciado “entre as normas geradas pela técnica da casuística, pela concreção dos princípios, dos conceitos indeterminados, e as normas formadas por cláusulas gerais”; todavia, há divergência de grau entre as normas estabelecidas casuisticamente e aquelas dispostas em cláusulas gerais, a ensejar uma “diferença metodológica concernente ao modo de raciocínio hábil a operar a sua aplicação”, Martins-Costa (2000, p. 329-331) observa, ainda, que “o exame da estrutura das cláusulas gerais importa numa tomada de posição: há os que, como Engisch, entendem que as cláusulas gerais não possuem “qualquer estrutura própria” do ponto de vista metodológico. Neste sentido, as cláusulas gerais não “existem” em sentido próprio, isto é, nada mais são do que normas ou preceitos jurídicos cujos termos são dotados de elevado grau de “generalidade”. E há os que, como Cláudio Luzzatti, afirmam que as cláusulas gerais constituem normas (parcialmente) em branco, as quais são completas através das referências às regras extrajurídicas.

6.3.2 A vagueza conceitual e outras características das cláusulas gerais

Já observamos a possibilidade de existência de regras dotadas de um maior ou menor grau de precisão semântica, que não expressam de forma imediata a consequência jurídica a ser implementada, tais como as cláusulas gerais, haja vista que a vagueza não é característica exclusiva dos princípios, mas elemento que pode ser aferido em qualquer enunciado prescritivo, seja ele um princípio, seja ele uma regra, distinguindo-se apenas quanto ao grau de abstração anterior à interpretação, quando será maior junto aos princípios e menor junto às regras (ÁVILA, 1999).

Em face das normas abstratas é possível contemplar aspectos de ‘generalidade’ e aspectos de ‘vagueza’. Entende-se que um enunciado será tomado por genérico na medida em que a expressão se referir indiferentemente a uma pluralidade de situações diversas, enquanto a ideia de vagueza semântica ocorre em presença de ‘zonas de penumbra’, a partir de uma imprecisão de significado. Na precisa lição de Judith Martins-Costa (2000)⁵² a vagueza é uma característica das cláusulas gerais, já que seus enunciados fazem uso de uma linguagem de tessitura ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’.

A vagueza semântica, especificamente a imprecisão do significado, exige do intérprete uma visão de outros pontos do ordenamento jurídico e dos valores que elas induzem, a fim de promover a tutela dos casos-limite. Por intermédio dos enunciados formados a partir de uma intencional imprecisão, torna-se necessário apreender em outras fontes legais ou metalegais os artifícios para a concretização do direito, que fazem com que a imprecisão do seu texto não seja um empecilho à sua imediata aplicação.

Apesar da imprecisão de significado, da linguagem ‘aberta’ e ‘fluida’ dos enunciados, ao final, exige-se uma precisão do seu sentido. Segundo Fábio Menke (2006), a doutrina alemã dispõe ao lado da vagueza a necessidade de precisão de seus sentidos ou fins. Melhor explicando, trata-se da necessidade de definir o campo de atuação da norma vaga perante o caso concreto, posto não ser a mesma uma norma pronta e acabada, mas que demanda precisão e construção por parte do intérprete.

⁵² Neste sentido: Ruy Rosado Aguiar Júnior (2000); Fábio Menke, (2006), dentre outros, que o fazem com base nas lições dispostas por Judith Martins-Costa, (2000)

Assim sendo, conforme expõe Larenz, a vagueza semântica da norma será esclarecida mediante a elaboração de ideias jurídicas novas e mais especiais, estabelecidas por meio das decisões judiciais, através de casos ilustrativos, em comparação com outros casos julgados e em conformidade com eles, enriquecendo cada vez mais o teor da pauta relativamente ‘indeterminada’, “concretizando-a em relação a certos casos e grupos de casos e, deste modo, criar finalmente um entrelaçado entre modelos de resolução em que possam ser arrumados, na sua maioria, os novos casos a julgar” (LARENZ, 1997, p. 411).

Destarte, temos na ‘vagueza’ a característica mais marcante das cláusulas gerais, embora outros pontos de distinção também sejam essenciais à sua diagramação, como os que serão tratados em seqüência.

Não se deixe de mencionar que o sistema não abriga cláusulas gerais implícitas, pois a partir de sua concepção como técnica legislativa, soaria no mínimo incongruente o fato de a mesma decorrer de forma implícita do sistema jurídico, logo, as cláusulas gerais devem ser expressas.

Enquanto um princípio pode integrar um sistema sem que nele seja positivado, como ocorria com o princípio da boa-fé antes do Código Civil de 2002, o mesmo jamais ocorrerá com uma cláusula geral, posto ser esta uma técnica legislativa, que não pode ter sua existência apurada por meio de conjecturas (MENKE, 2006).

A presente característica serve como uma luva a uma conclusão. Se a cláusula geral não decorre de forma implícita do sistema, a existência destas em determinado ramo do direito não abre espaço à sua utilização em campo diverso daquele que foi previsto. Nesse sentido, expõe Brunela Vincenze (2003) acerca da impropriedade de se estender o âmbito de domínio de uma cláusula geral concebida em determinado ramo do direito, fazendo-a incidir em seara diversa daquela na qual resta prevista.

Nessa toada, desde já podemos concluir que não é possível fazer uso de uma cláusula geral estabelecida no campo do direito privado, “e.g.”, art. 422 do Código Civil brasileiro, com fins de aplicá-la no campo do direito processual, apesar do freqüente uso dessa fórmula por diversos processualistas.⁵³

⁵³ Embora pareça óbvia a questão, não é incomum observarmos que diversos autores, sob a pretensão de estudar a aplicação da boa-fé objetiva no processo, por vezes tomam as disposições do instituto na legislação civil, como meio de introduzir a boa-fé objetiva no processo. Assim sendo, não seria compreender a aplicação da boa-fé objetiva no campo do direito processual a partir de disposições legislativas, ‘e.g.’, encontradas no Código Civil brasileiro.

Por conseguinte, outra característica da cláusula geral decorre de sua função de ensejar a abertura e a mobilidade do sistema jurídico, seja sob a ótica da mobilidade externa, quando se permite a inserção de elementos extrajurídicos no sistema jurídico, proporcionando a “adequação valorativa” de suas previsões, seja sob a ótica da “mobilidade interna, vale dizer, a que promove o retorno, dialeticamente considerado, para outras disposições interiores ao sistema” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 341).

Trata-se de uma importante função da cláusula geral, assegura Menezes Cordeiro, no sentido de munir o operador do direito com uma margem mínima para integrar no sistema ocorrências impossíveis de prefigurar nos meios legislativos clássicos. Portanto, se a lei não reage, a ordem jurídica deve fazê-lo. Assim, as cláusulas gerais revolucionam a tradicional teoria das fontes, visto que constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos, já que “conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente” (MARTINS-COSTA, 1998, p. 7).

Daí a característica das cláusulas gerais no sentido de promover o envio a outras passagens do próprio ordenamento jurídico, bem como “a valores existentes dentro ou fora do sistema, em razão de sua abertura, o “que faz com que o intérprete seja obrigado a buscar auxílio em outras fontes axiológicas para fundamentar sua linha argumentativa” (MENKE, 2006, p. 83).

A partir da presente característica, em simetria e concordância ao exposto por Teresa Negreiros (1998, p. 275)⁵⁴, podemos concluir que :

[...] a cultura jurídica abandona determinado paradigma de relacionamento com as demais instâncias do todo social – o paradigma do sistema fechado, um sistema que se auto-referencia de modo absoluto – e começa a se movimentar em torno do outro paradigma, o de sistema aberto, ou sistema de auto-referência relativa.

Felizmente, tal referência também é desnecessária, haja vista na que na seara processual encontramos diversos dispositivos legais que recebem clara influência do princípio da boa-fé objetiva, bem como observamos que lá resta disposta a ‘cláusula geral da boa-fé processual objetiva’, especificamente encontrada no inciso II do art. 14 do Código de Processo Civil brasileiro, que figura como núcleo axiológico do dever de lealdade no processo. Portanto, a aplicação da boa-fé objetiva não resume sua aplicação à seara do direito civil, ao campo das relações privadas. Nessa toada, há de se promover o reconhecimento da possibilidade de aplicação da ética e de valores constitucionais dentro do processo.

⁵⁴ Atente-se, contudo, que apesar de a conclusão servir em todos os seus termos ao contexto em análise, a mesma decorre da apreciação da autora no campo de estudo dos princípios, ao vislumbrar a mudança de paradigma na aplicação do direito.

Como última característica a ser analisada, observe-se que as cláusulas gerais são um mecanismo vocacionado a criar liames entre pontos diversos do ordenamento jurídico, que possibilitam ao intérprete decifrar os valores nela contidos. Portanto, as hipóteses que decorrem de sua interpretação não podem ser restringidas ou predeterminadas, melhor dizendo, não podem ser predispostas em *numerus clausus* pelo legislador.

6.3.3 A concreção como método de aplicação das cláusulas gerais

No campo de aplicação das cláusulas gerais, faz-se necessário escapar da simples fórmula de subsunção do fato à norma, mecanismo de raciocínio no qual a conclusão é disposta a partir do confronto entre premissa maior e premissa menor, por ser método que tem como pressuposto inafastável uma identidade entre o conceito fático e o conceito normativo.

Passemos à compreensão do método de aplicação do direito por meio da concreção, no qual o juiz tem de analisar todas as circunstâncias do caso concreto, numa atividade que vai além de perquirir o encaixe dos fatos à norma (MENKE, 2006).

Nesse passo, é preciso compreender o que justifica a substituição de um normativismo jurídico lógico-formal por um método de concreção na aplicação das cláusulas gerais. Como um prenúncio à desnecessidade de plena vinculação à fórmula de subsunção do fato à norma, Karl Larenz (1997) observa que na apreciação do caso concreto o julgador, além de generalizar o caso, deve também individualizá-lo, o que faz com que sua atividade não se esgote na subsunção. Assim, quanto mais complexos forem os aspectos do caso a decidir, mais difícil e mais livre será a atividade do juiz, afastando-o da mera subsunção.

Temos na concreção o método mais adequado para a aplicação das cláusulas gerais, que enseja a construção da premissa maior pelo julgador, quando se constrói o tipo legal carecedor de valoração por meio do exame da totalidade do contexto que circunda o caso concreto. Trata-se de atuação que vai além da adequação da norma ao fato, que exige visão ampla do sistema e

formação intelectual para a compreensão do fenômeno social, para que não trate o direito a partir de uma rigidez interpretativa intransponível e como um fenômeno distinto das demais ciências⁵⁵.

Mais intenso, portanto, é o esforço intelectual do operador do direito que trabalha com normas abertas, como são as cláusulas gerais, por carecerem de complementação valorativa, quando o intérprete se vê obrigado a buscar respostas em outras partes do sistema e fora dele, como meio para fundamentar sua decisão, ônus inafastável da operação com normas de textura aberta, aplicadas ao direito por meio da concreção (MENKE, 2006).

Por conseguinte, é importante observar que o reenvio promovido pelas cláusulas gerais, a partir de pautas de valorações do caso concreto, já está indicado em outras disposições normativas integrantes do sistema (caso tradicional de reenvio), ou são objetivamente vigentes no ambiente social em que o juiz opera (caso de direcionamento), visto que as cláusulas gerais são normas aptas a recolher e a concretizar os padrões efetivamente vigentes na sociedade, a partir do seu enunciado propositadamente flexível, que confere ao juiz um mandato (ou competência) para que, em face do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas (MARTINS-COSTA, 1998).

Entretanto, a opção pelo uso das cláusulas gerais induz forte discussão doutrinária acerca do seu benefício, especialmente no tocante à insegurança jurídica na aplicação do direito e o possível arbítrio dos juízes. Assim, é preciso observar o modo pelo qual se dará sua aplicação, estabelecendo-se padrões que minimizem aspectos geradores de insegurança e não transformam esta espécie de norma em simples instrumento do arbítrio dos julgadores.

Objetivando estabelecer um padrão à aplicação do direito por meio da concreção e efetiva aplicação das cláusulas gerais, Humberto Ávila (1997) propõe a observância de cinco elementos: a finalidade concreta da norma, a pré-compreensão, a valoração judicial dos resultados da decisão, o consenso e a formação do precedente judicial.

⁵⁵ “O julgador na aplicação das cláusulas gerais não exerce um papel meramente discricionário, uma vez que aqui a discricionariedade na aplicação do direito não se confunde com a discricionariedade do direito administrativo onde figuram os elementos conveniência e oportunidade. A discricionariedade no caso das cláusulas gerais tem um sentido vinculativo, uma vez que a cláusula geral é norma a qual o julgador está vinculado. (...) Portanto as cláusulas gerais fazem prospectar das relações sociais, numa linguagem luhmanniana, que o direito deve ser entendido como “a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido.” Sob essa perspectiva, devem ser abandonadas “as antigas percepções do Direito como fenômeno isolado das demais ciências, como pregava, por exemplo, a pureza do direito kelseniana, em relação à noção de um Direito conectado com os avanços sociais”.(ABREU, 2010).

Por meio da aferição da ‘finalidade concreta da norma’ busca-se apurar o desígnio para o qual a mesma foi criada, o que pode ser traduzido como a utilização do método teleológico de interpretação. Em seguida devemos promover a ‘pré-compreensão’, que é apuração da subjetividade do julgador, sob aspectos de sua bagagem intelectual, que de algum modo afete a decisão, por mais que não haja plena liberdade ao aplicar a lei. Em um terceiro momento, há de se apurar a ‘valoração judicial dos resultados da decisão’, quando será exigido do julgador a capacidade de compreender os possíveis resultados decorrentes de sua decisão, fazendo-o optar pelo caminho que lhe pareça mais razoável à resolução do caso prático. A quarta etapa é definida como o ‘consenso’, que decorre da apreciação do caso com vista a valores consagrados na atualidade, como isonomia, dignidade da pessoa humana, dentre outros, que passam a funcionar como parte da fundamentação da decisão.

Como último elemento que permite a integração do direito por meio da concreção e aplicação das cláusulas gerais temos a observância ao ‘precedente judicial’. Este deve ser promovido de forma relativa e não absoluta, já que a fonte primordial de direito no sistema romano-germânico é a lei⁵⁶. Atente-se, contudo, que a valorização do precedente judicial ressalta a ideia de que a introdução das cláusulas gerais nos sistemas da *civil law* promove uma aproximação dos sistemas da *common law*, fortemente marcado pela construção judicial do direito (MARTINS-COSTA, 2000).

Por conseguinte, não há como escapar ao debate acerca da juridicidade do reenvio para elementos cuja concretização esteja fora do sistema. Esses arquétipos ingressam continuamente no sistema através das cláusulas gerais, normas aptas a recolher e a concretizar os padrões efetivamente vigentes na sociedade na medida em que consubstanciam modelos jurídicos complexos e de significação variável, de acordo com uma experiência jurídica dinâmica, aberta e não-estática.

⁵⁶ “A relação entre cláusula geral e o precedente judicial é bastante íntima. Já se advertiu, a propósito, que a utilização da técnica das cláusulas gerais aproximou o sistema do *civil law* do sistema do *common law*. Esta relação revela-se, sobretudo, em dois aspectos. Primeiramente, a cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais: a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral, sem, contudo, esvaziá-la; assim ocorre, por exemplo, quando se entende que tal conduta típica é ou não exigida pelo princípio da boa-fé. Além disso, a cláusula geral funciona como elemento de conexão, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados.” (DIDIER JR, 2010, p. 22).

Compreende-se, assim, que o objeto do reenvio promovido pelas cláusulas gerais não é, na verdade, o *standard* ou o valor em si mesmo considerados. Este “vale” apenas, como já aludi, quando reconhecido como arquétipo exemplar da experiência social, assim posto em fonte consuetudinária ou negocial, ou como “valoração tipicizante” das regras sociais, assim operada pela fonte jurisprudencial.

[...]

Um *standard* ou um valor moral, retirados da prática da sociedade civil, se considerados por si sós não são, por evidente, normas juridicamente aplicáveis. Contudo, mediados pelas fontes [lei, a jurisdição, o costume ou o negócio jurídico] constituirão o conteúdo – e, portanto, o critério de aplicabilidade – dos enunciados (ou modelos) abstratamente previstos nas cláusulas gerais.

A conformação deste critério de aplicabilidade se dá enquanto os *standards* advindos dos usos e costumes, posto reconhecidos como arquétipos exemplares daquela experiência concreta, exprimirem um ponto de vista, um tópico, um critério diretivo para a pesquisa dos valores que o juiz deve traduzir na norma de decisão. Pode, então, o *standard* reenviar a um valor moral, exemplificativamente, a lealdade na relação comercial. Trata-se, contudo, de moral juridicamente controlável, porque provinda de fonte reconhecida pelo ordenamento e traduzida por decisões juridicamente fundamentadas. O objeto do reenvio será um valor moral, se a cláusula geral reenviar a um princípio valorativo. Já então se poderá dizer que o objeto do reenvio está no plano do jurídico, e não em outro plano ou instância do todo social (MARTINS-COSTA, 2010, p. 333-339).

Daí a afirmação de que na aplicação de uma cláusula geral, como a da boa-fé, não há reenvio para a moral ou para ordenamentos similares, mas ao próprio ordenamento jurídico. Dentre as múltiplas e efetivas possibilidades de sua aplicação, ainda quando de origem extrajurídica, serão fundamentadas juridicamente no ato de decisão e, por isso, controláveis, em termos de direito. Logo, há uma juridicização dos valores externos, por meio da fundamentação da decisão, que, por sua vez, acabam por reforçar o papel da jurisprudência na criação de normas gerais (rol de precedentes construídos a partir da aplicação das cláusulas gerais).

Permite-se, portanto, a abertura do sistema a valores ainda não expressamente protegidos legislativamente, a *standard*, máxima de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente, de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, enfim, constantes de universos metajurídicos que, quando reiterados no tempo, viabilizarão a sistematização ou a ressystematização destes elementos extrassistemáticos no interior do ordenamento jurídico (MARTINS-COSTA, 2000).

Nesse sentido, será possível rever uma decisão que aplique mal uma cláusula geral, que a aplique de modo irrazoável ou inadequado (decisão injusta) ou porque careça de fundamentação devida (decisão nula), o que enfraquece o estigma de insegurança jurídica em face das consequências de sua concretização, visto que a mesma pode ser controlada, quer por razões

formais (incompetência do órgão julgador ou falta de fundamentação), quer por razões substanciais (má compreensão da cláusula geral) (VASCONCELOS *apud* DIDIER JR.,2010). Tudo isso contribuiu para que as cláusulas gerais venham a ser aplicadas de maneira dogmaticamente aceitável, com respaldo no controle das decisões judiciais que delas se valessem (DIDIER JR., 2010).

6.3.4 Cláusula geral da boa-fé processual objetiva. Inciso II do artigo 14 do Código de Processo Civil brasileiro como núcleo axiológico do dever de lealdade no processo. Consequências normativas para o desrespeito a uma cláusula geral

Linhas atrás mencionam a origem alemã das cláusulas gerais, entretanto, é chegado o momento de acrescentar a esta informação o fato de ser a boa-fé o conteúdo material de uma das mais famosas formulações desta espécie normativa. No referido contexto a cláusula geral da boa-fé era chamada ‘cláusula geral por excelência’, cujo desenvolvimento, deveras significativo, foi feito pela doutrina e jurisprudência alemãs com base no § 242 do BGB, em que se lê: “O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico” (PRETEL, 2009, p. 68).

Esta disposição legislativa traz em sua base a formulação da boa-fé, que se distancia da necessidade árdua de aferição de aspectos que envolvem o estado psicológico do indivíduo, em benefício de uma concepção de boa-fé que atua como regra conduta fundada na honestidade, na retidão e na lealdade, a expor um dever de agir de acordo com determinados padrões socialmente recomendados, que não frustre a confiança legítima da outra parte. Trata-se da cláusula geral da boa-fé objetiva (MARTINS-COSTA, 2000).

Já se percebe que não há uma definição da natureza jurídica da boa-fé objetiva, vez que em momentos atua como princípio norteador do sistema e noutros age como cláusula geral a dar concretude aos valores decorrentes do primeiro, cujo conteúdo é estabelecido em concordância com os princípios gerais do sistema jurídico (liberdade, justiça, solidariedade etc) (AGUIAR JR. *apud* NEGREIROS, 1998).

A estruturação da legislação processual por meio de cláusulas gerais, rompendo com o tradicional modelo de tipicidade estrita, decorre de consciência da transformação ocorrida na metodologia jurídica a partir da segunda metade do século XX com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional, tornando visível a necessidade de entender a aplicação do direito processual nessa nova realidade, quando não pode prescindir da previsão e do emprego de normas flexíveis que permitam atender às especiais circunstâncias do caso concreto, como as cláusulas gerais.

No direito processual civil brasileiro são diversas as disposições normativas que podem ser caracterizadas como cláusulas gerais. A doutrina aponta o princípio do devido processo legal como o principal exemplo de cláusula geral processual, juntamente com outras como a cláusula geral executiva (art. 461, § 5º, CPC⁵⁷); o poder geral de cautela (art. 798 do CPC)⁵⁸; a cláusula geral do abuso do direito do exequente (art. 620 do CPC)⁵⁹; a cláusula geral da boa-fé processual (art. 14, II, CPC)⁶⁰; a cláusula geral de publicidade do edital de hasta pública (art. 687, § 2º, CPC)⁶¹; cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária (art. 1.109 do CPC)⁶² etc.

Entretanto, o nosso Código de Processo Civil não promove uma ligação sistemática entre elas, especialmente após inúmeras reformas legislativas que desestruturaram o sistema organizado por Alfredo Buzaid. Diversamente, o Código Processual Civil português está na vanguarda desse seguimento, com formulações sistematizadas e com um conjunto de normas introdutórias que ditam a compreensão do direito processual português (DIDIER JR, 2010).

⁵⁷ § 5º do art. 461 do CPC brasileiro: —Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

⁵⁸ Art. 798 do CPC: —Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

⁵⁹ Art. 620 do CPC: —Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

⁶⁰ Art. 14 do CPC: — São deveres das partes e de todos aqueles que qualquer forma participam do processo: II – proceder com lealdade e boa-fé.

⁶¹ § 2º do art. 687 do CPC: —Atendendo ao valor dos bens e às condições da comarca, o juiz poderá alterar a forma e a frequência da publicidade na imprensa, mandar divulgar avisos em emissora local e adotar outras providências tendentes a mais ampla publicidade da alienação, inclusive recorrendo a meios eletrônicos de divulgação.

⁶² Art. 1.109 do CPC brasileiro: —O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

Em face do nosso objeto de estudo, há de se observar que os sujeitos do processo devem comportar-se de acordo com a boa-fé, conforme determinação expressa da regra de conduta que se extrai do texto do inciso II do art. 14 do CPC: "Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (...) II - proceder com lealdade e boa-fé"

Comungamos da opinião de ser o art. 14, II do Código de Processo Civil brasileiro o núcleo axiológico do dever de lealdade no processo, que consubstancia a cláusula genérica de conduta ética neste campo do direito público (CABRAL, 2009) e demonstra que a aplicação da boa-fé objetiva não resume sua aplicação à seara do direito civil, ao campo das relações privadas. Nessa toada, há de se promover o reconhecimento da possibilidade de aplicação da ética e de valores constitucionais dentro do processo.

Do ponto de vista do processual, a valorização contemporânea da cooperação e da preservação da confiança abrem uma brecha na forma de atuar no processo de maneira individualista, visto não ser este um mecanismo de uso indiscriminado pelas partes, sem observância ao fato de que o processo, além de técnica, é um instrumento ético disposto pelo Estado, a ser aplicado sob os auspícios de valores constitucionais, como a boa-fé.

Atente-se, contudo, que o inciso II do art. 14 evoluiu com o pensamento jurídico brasileiro, posto ser hoje considerado como norma que impõe condutas em conformidade com a boa-fé objetivamente considerada, independente da intenção do sujeito, como era visto à época da edição do Código de Processo de 1973.

A partir das lições de Humberto Ávila (2006), no sentido de que 'texto' e 'norma' não se confundem, é possível compreender que atualmente, embora o referido texto legislativo não tenha sofrido alteração, outra norma resulta de sua interpretação, já que o dispositivo passa a representar a consagração do princípio da boa-fé objetiva no processo civil brasileiro e não mais uma proibição geral a comportamentos dolosos (DIDIER JR., 2010).

O inciso II do art. 14 do CPC, cuja observância é necessária, é uma cláusula geral processual: espécie normativa composta por termos de aceção vaga (hipótese fática aberta), sem previsão definida das consequências derivadas de sua desobediência (efeito jurídico aberto).

Nessa toada, não há como escapar da discussão acerca das consequências normativas para o desrespeito a uma cláusula geral que, por um sentido prático, optamos por trabalhar a questão em conjunto com a análise da cláusula geral da boa-fé processual objetiva.

Em sintonia com o conceito restrito de cláusula geral, caracterizado pela imprecisão em todo seu espectro conceitual (hipótese fática e efeito jurídico), as consequências normativas para o desrespeito ao princípio da boa-fé inserido em uma cláusula geral não precisam ser típicas, melhor explicando, pode-se construir o efeito jurídico mais adequado ao caso concreto.

Nos moldes postos, podemos compreender que:

[...] a infração ao princípio da boa-fé pode gerar *invalidade* do ato processual, *preclusão* de um poder processual (talvez até mesmo uma *supressio*), *dever de indenizar* (se a infração vier acompanhada de um dano), *direito a tutela inibitória*, *sanção disciplinar* etc. Essa parece ser a solução para o problema mais recorrente no manejo das cláusulas gerais processuais: saber a consequência normativa para o seu descumprimento. Aplicam-se aqui, em razão da proximidade entre abuso do direito e boa-fé, as considerações de Cunha de Sá sobre a sanção ao abuso do direito, cuja determinação — deverá ser feita em função e de acordo com as circunstâncias específicas do comportamento concretamente assumido pelo titular do direito (DIDIER JR., 2010, p. 22).

O importante a ser ressaltado é que são diversas as consequências que podem advir do descumprimento de uma cláusula geral, como a invalidade, a preclusão, a *supressio*, o dever de indenizar, a tutela inibitória etc. haja vista que adotamos o conceito restrito de cláusulas gerais, no qual tanto a hipótese fática, quanto o efeito jurídico da norma, são abertos, prestigiando o papel criativo e normativo da atividade jurisdicional.

6.5 A BOA-FÉ PROCESSUAL OBJETIVA E A APLICAÇÃO PRÁTICA DA PROIBIÇÃO DO EXERCÍCIO INADMISSÍVEL DE POSIÇÕES JURÍDICAS PROCESSUAIS

Já foi possível perceber que a boa-fé, a segurança jurídica e a proteção à confiança são princípios que decorrem de uma mesma fonte de ideias, cuja aplicação passa a ser observada no processo, que desponta como um verdadeiro instrumento ético (MITIDIERO, 2009).

Entender a boa fé objetiva a partir do princípio geral de cooperação e lealdade recíproca entre as partes implica conter o exercício desenfreado da autonomia privada, especialmente em

face do formalismo exacerbado e desprovido de conteúdo, muitas vezes utilizado como manobra da parte para obtenção de interesses escusos através do processo.

A fim de que a boa-fé objetiva venha cumprir com eficácia a sua função de coibir o exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, ou seja, o abuso de direito, torna-se pertinente sua aplicação nos moldes propostos pela doutrina alemã, que agrupou em quatro casos a aplicação da boa-fé ao processo, dispostos nos seguintes moldes: a) proibição de criar dolosamente posições processuais (proibição de agir de má-fé); b) a proibição de *venire contra factum proprium*; c) proibição de abuso de poderes processuais; d) *Verwirkung (suppressio)* (DIDIER JR., 2010).

Aqui temos um indicativo da evolução do valor segurança jurídica, até então só protegida a partir de disposições expressas em lei, sobretudo na garantia de irretroatividade desta, operada por institutos como o ato jurídico perfeito, o direito adquirido, etc. Atualmente, diante da proteção às expectativas legitimamente criadas, cuja origem é a boa-fé objetiva, a segurança jurídica pode ser identificada em vários institutos como o princípio da proteção da confiança (*Vertrauensschutzprinzip*), a proibição do comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*), a *Verwirkung (suppressio)*, o *tu quoque*, e as preclusões lógicas (CABRAL, 2009).

No seu primeiro aspecto, proibição de criar dolosamente posições processuais, ou seja, proibição de agir de má-fé, corresponde à aplicação da boa-fé processual subjetiva, já tratada anteriormente.

Quanto à proibição do comportamento contraditório, proibição do “*venire contra factum proprium*”, é larga a sua importância ao processo, visto que trata da proibição à ruptura da confiança, por meio da incoerência promovida pelo participante do processo quando sinaliza que tomará uma conduta em determinado sentido e depois contradiz o comportamento anterior, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, por meio da incoerência (SCHREIBER, 2005).

Atente-se que a doutrina germânica contemporânea, em concepção que se difundiu por toda parte, situou na cláusula geral de boa-fé objetiva o fundamento normativo da ‘proibição do *venire*’, fazendo da confiança o fundamento contemporâneo do *nemo potest venire contra factum proprium* (WIEACKER, 1979). Por conseguinte, a identificação da boa fé objetiva como fundamento do princípio de proibição do comportamento contraditório é a orientação que se

verifica na maior parte dos demais ordenamentos jurídicos, bem como é tomada como a melhor diretriz ao seu enquadramento no direito moderno.

A conduta incompatível com comportamento anterior promove ofensa à boa-fé objetiva (lealdade) e ao princípio da cooperação, que restam direcionados à proteção da confiança legítima dos demais sujeitos participantes da relação processual e afronta as expectativas quanto ao curso do processo.

Assim, não se toma por compatível com a preservação da confiança o pedido de impugnação de ato cujo defeito o próprio sujeito deu causa (art. 243 do CPC)⁶³ ou quando pretende recorrer de decisão cujo teor já aceitou expressa ou tacitamente (art. 503 do CPC).⁶⁴

O mais importante, entretanto, é estabelecer a aplicação da proibição do “*venire*” a partir de casos concretos, quando se vislumbra a ocorrência de conduta incompatível com comportamento anterior.

É o que ocorre quando a parte suscita embargos de declaração para provocar a manifestação do Tribunal de origem a respeito dos temas que pretendia discutir no recurso especial, reconhecendo, portanto, que os mesmos não estavam devidamente prequestionados. Deste modo, não pode, posteriormente, afirmar o contrário (prequestionamento), em sede de recurso diverso, “pois a ninguém é dado “*venire contra factum proprium*””.⁶⁵

Também não há que se falar em nulidade de publicação que se dá em nome de advogado diverso daquele expressamente indicado para tal fim, quando, no entanto, o mesmo atendeu às várias intimações sem apontar anteriormente a irregularidade. Assim, tal praxe contou com a anuência do próprio comportamento do causídico, e deve ser mantida em atendimento ao princípio da vedação ao comportamento contraditório.⁶⁶

Bem mais complexos, todavia, são os questionamentos em face de situações em que o *factum proprium* resta fulminado de nulidade, absoluta ou relativa, pelo próprio sistema jurídico.

⁶³ “Art. 243. Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa”.

⁶⁴ “Art. 503. A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer”.

⁶⁵ STJ, 3ª T, AgRg no Ag 892068 RS, rel. Ministro Sidnei Beneti, j. 18/11/2008, publicado no DJe 01/12/2008. No mesmo sentido: STJ, 2ª T., REsp n. 147363/RJ, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 16.10.1997, DJ de 01.12.1997, p. 62.725 : “Quando diversos advogados de um mesmo escritório patrocinam uma causa, as intimações podem ser validamente feitas em nome de qualquer um deles. Cabia ao advogado que deixou o escritório e o patrocínio da causa, em cujo nome se faziam habitualmente as intimações, ter comunicado o fato ao juízo. Em assim não agindo, não se pode imputar erro a justiça. Aplicação da regra inserta na segunda parte do art. 243 do CPC”.

⁶⁶ TJDF - Agravo de Instrumento: AG 45161920088070000 DF, rel. Des. Fernando Habibe, j. 12/05/2010, publicação no 18/05/2010, DJ-e Pág. 99

É preciso saber se estes seriam vinculantes e não afetariam as expectativas dos seus destinatários ou, contrariamente, se os mesmos não abrem margem ao questionamento da incoerência, já que devem ser desconsiderados em razão de sua desconformidade com o direito.

Diante da nulidade relativa, anulabilidade, a doutrina e a jurisprudência não hesitam em afirmar que a proibição do comportamento contraditório é aplicável em sua totalidade.

Com relação à nulidade a questão é menos pacífica, em razão do conflito que se instala entre uma norma de ordem pública e a incidência da proibição do *venire*. Todavia, conforme aponta Anderson Schreiber (2005), a discussão decorre de uma concepção ideológica liberal, que prega a distinção absoluta entre conceitos de ordem pública e autonomia privada, impossibilitando a ponderação entre os mesmos, por pertencerem a universos opostos e incomunicáveis.

Todavia, é preciso observar que a proibição de comportamentos contraditórios também expressa um interesse público e cogente, consubstanciado na tutela da confiança, na proteção à boa-fé objetiva e na concretização de valores constitucionais como a solidariedade e dignidade da pessoa humana. Portanto, resta ultrapassada a concepção que vê impossibilidades no exercício de ponderação entre ambos.

Logo, entendemos que a manutenção de uma situação criada por um *factum proprium* nulo só será apurada em face do caso concreto, após um exercício de ponderação pelo julgador. Nesse sentido, é pertinente observar que o art. 243 do CPC⁶⁷ poderá servir como um marco no direito positivo a embasar a autonomia do juiz na definição dos valores que vão prevalecer nos diferentes momentos.

Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, apontam no sentido da aplicação máxima da proibição do *venire contra factum proprium* (DIDIER JR., 2007). Nessa toada, o cotejo entre a permanência ou exclusão do *factum proprium* nulo poderá ensejar as seguintes consequências: *i*) decretar a nulidade do ato e afastar os seus efeitos; *ii*) decretar a nulidade do ato e manter os seus efeitos pretéritos (*eficácia ex nunc*); *iii*) não decretar a invalidade do ato, conservando-o com sua plena eficácia. (SCHREIBER, 2005).

Outros casos de proibição do comportamento contraditório são apresentados por Fredie Didier (2010), especificamente em face da atuação do magistrado, tais como a concessão de

⁶⁷ “Art. 243. Quando a lei prescreve determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não poderá ser requerida pela parte que lhe deu causa”.

tutela antecipada com base em abuso do direito de defesa, sem que o juiz condene o réu por litigância de má fé, em face do seu comportamento tido por abusivo⁶⁸.

Em seguida, observa, também, que não se permite ao magistrado julgar antecipadamente a lide, concluindo pela improcedência, sob o fundamento de que o autor não provou o alegado. Ora, para que haja julgamento antecipado da lide toma-se por pressuposto a ideia de que o juiz entende provados os fatos alegados. Nessa toada, a sentença de improcedência por falta de prova, em julgamento antecipado da lide, viola o dever de lealdade processual, a boa-fé objetiva e o princípio da cooperação, por conseguinte, poderá ser invalidada por ofensa à garantia do contraditório, em sua dimensão de direito à prova⁶⁹.

Ainda com o fim de proteger a coerência e reprimir condutas incompatíveis, outros institutos estão dispostos, como a *Verwirkung* alemã, ou a *suppressio* romana⁷⁰, que é o retardamento desleal de um exercício de direito (CORDEIRO, 2007).

Com base na boa-fé objetiva, torna-se inadmissível o exercício de certo direito quando o mesmo não é exercido por longo período de tempo. Esta inatividade corresponde à perda de poderes processuais em razão do seu não-exercício, na medida em que sua não utilização gera no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não mais seria exercido (DIDIER JR., 2007).

Ocorre a *suppressio* do direito do cônjuge/descendente/ascendente do executado na adjudicação do bem penhorado levado à hasta pública, nos termos dos arts. 685-A, § 2º, do CPC, com o art. 1.482 do CC/2002⁷¹.

⁶⁸ Atente-se que o autor, ao apontar tais casos, o faz no sentido de comprovar a existência de casos de preclusão lógica em relação à atuação dos julgadores.

⁶⁹ Neste sentido, no STJ, 3ª T., REsp 649.191/SC, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. Em 19.08.2004, publicado no DJ de 13.09.2004, p. 241; 1ª T., REsp n. 443.171/SC, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 10.02.2004, publicado no DJ de 25.02.2004, p. 101.

⁷⁰ Trata-se da designação sugerida por Menezes Cordeiro (2007, p. 797), como forma de evitar confusão com institutos semelhantes como a caducidade, preclusão, prescrição, decadência, renúncia etc.

⁷¹ “Art. 685-A. É lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer lhe sejam adjudicados os bens penhorados. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

(...)

§ 2º Idêntico direito pode ser exercido pelo credor com garantia real, pelos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, pelo cônjuge, pelos descendentes ou ascendentes do executado. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006)”.

“Art. 1.482. Realizada a praça, o executado poderá, até a assinatura do auto de arrematação ou até que seja publicada a sentença de adjudicação, remir o imóvel hipotecado, oferecendo preço igual ao da avaliação, se não tiver havido licitantes, ou ao do maior lance oferecido. Igual direito caberá ao cônjuge, aos descendentes ou ascendentes do executado”.

Também ocorre a *suppressio* do poder do juiz de controlar a admissibilidade do processo, se não o fez durante certo período de tempo, que levasse os demais sujeitos do processo a acreditar que o processo estava regular (DIDIER JR., 2007).

Interessante situação de *suppressio* no processo civil refere-se à multa coercitiva (*astreinte*, prevista no § 4º do art. 461 do CPC), que está intimamente relacionada ao princípio da boa-fé processual, à medida que a parte, em cujo favor se destina a multa, tem o dever de impedir o aumento desnecessário e irrazoável do seu montante.

Conforme expõe Fredie Didier (2010), é o que se vislumbra quando a parte obtém em seu favor uma decisão para remover ilícito, sob pena de multa diária pelo descumprimento e, apesar de não cumprida, o autor não noticia falta, tampouco pede execução provisória, lançando a multa a valores estratosféricos.

Como o nosso Direito privado prevê a existência de um dever do credor de minimizar as suas perdas (*duty to mitigate the loss*), decorrente do princípio da boa-fé (art. 422 do Código Civil), seu ato de não diligenciar no sentido de evitar que o valor dos próprios prejuízos não aumente consideravelmente, pode ser considerado um comportamento abusivo omissivo (não evitar o aumento exagerado dos prejuízos), que impede a exigibilidade da multa, com fundamento na *suppressio*.

No mesmo sentido, o *tu quoque*, literalmente “até tu”, traduz a ocorrência de uma surpresa e perplexidade em face da contradição de comportamentos. Busca-se afastar o ato deliberado de imputar ao sujeito uma determinada conduta quando aquele que alega já o praticou naquela mesma situação jurídica. Ora, não se pode permitir que o sujeito, após violar uma norma, pretenda exercer uma situação jurídica que a mesma norma lhe assegura. Tal fato contraditório é reprimido desde o direito romano.

É o que ocorre, por exemplo, se em processo pretérito contra o mesmo oponente, uma parte que nada alegou acerca da incompetência do juízo, não poderá exigir o declínio quando de demanda similar no futuro (CABRAL, 2009).

Por conseguinte, diante da ‘proibição de abuso de poderes processuais’ ou ‘abuso do direito de defesa’, temos o disposto no art. 273, II do CPC, no sentido de autorizar a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, desde que “fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”. Na mesma toada segue o inciso VII do art. 17 do

CPC, ao coibir o abuso do direito de recorrer (“recurso com intuito manifestamente protelatório”), por ser hipótese expressa de litigância de má-fé.

Assim, é visível a compreensão de que a atuação de acordo com a boa-fé está configurada como “a fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica do ‘abuso de direito’ processual (desrespeito à boa-fé objetiva): proibição do comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*), a *Verwirkung* (*suppressio*), o *tu quoque*” (DIDIER JR., 2010, p. 47-48).

Finalmente, temos a preclusão lógica.

Conforme expõe Antonio do Passo Cabral (2009), sob a ótica processual, a proibição de praticar atos incompatíveis ocorre também pela preclusão lógica, já que a mesma representa a incompatibilidade de um ato processual com outra conduta anteriormente exercida. A preclusão lógica consiste na perda de faculdade ou poder processual por se ter praticado ato incompatível com seu exercício. Trata-se da na tradução, no campo do direito processual, do princípio do *nemo potest venire contra factum propriu* (DIDIER JR., 2010).⁷²

Aqui também estão os já mencionados casos de aceitação expressa ou tacitamente a decisão, que é incompatível com o exercício da faculdade de impugná-la (recorrer), na forma do art. 503, CPC. Do mesmo modo em face da parte que deu causa ao defeito processual, por não poder pedir a sua invalidação (art. 243 do CPC). Atente-se, ainda, para a preclusão lógica do direito de produzir a prova do fato confessado.

O que de ser ressaltado, finalmente, é que a preclusão lógica, a proibição do comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*), a *Verwirkung* (*suppressio*), o *tu quoque* e o abuso do direito de defesa são uma decorrência da cláusula geral de proteção da boa-fé, que enseja a ilicitude do comportamento contraditório, por ofender os princípios da lealdade processual (princípio da confiança ou proteção) e da boa-fé objetiva.

⁷² Antonio do Passo Cabral observa que “se os atos foram praticados dentro de um mesmo processo, isso pode ser operado pela ocorrência de preclusão lógica porque o fenômeno da preclusão limita-se, temporalmente e especialmente, pela litispendência. Caso algum ato incompatível tenha sido praticado fora do processo ou em processo diverso, a contradição de comportamentos pode ser invalidada ou inadmitida por aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium* (proibição do comportamento contraditório)”. É o que ocorre, por exemplo, quando “convenção contratual sobre distribuição de ônus probatório (art. 333, do CPC), haveria ‘revogação tácita’ da avença se o acordo não for invocado até o momento de proposição da prova (petição inicial e contestação); alegar em processo arbitral a competência do órgão judicial, caso o processo vá ao tribunal estatal, não poderá alegar a validade da convenção arbitral ou a incompetência do juízo”. (CABRAL, 2009, p. 311-312).

7 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO COMO MEIO DE INTRODUÇÃO DA BOA-FÉ PROCESSUAL OBJETIVA NO SISTEMA BRASILEIRO

A norma que impõe um comportamento de boa-fé na vida jurídica é um princípio geral de direito. Este princípio estabelece verdadeiros padrões de conduta no caso concreto e atua como instrumento de interpretação constitucionalizada das relações sobre as quais incide.

Diante da missão de apurar um meio de inserção do princípio da boa-fé no ordenamento jurídico, admitimos a existência de princípios constitucionais implícitos, sob a visão de que os mesmos sempre advêm de um ponto de vista positivo-normativo do texto da Constituição⁷³, posto ser no contexto dos princípios constitucionais que vamos ter acesso aos valores fundamentais à validade da ordem jurídica e nele resta inserido a boa-fé.

Nesse sentido, o princípio da boa-fé objetiva funciona como valor norteador de todo o ordenamento jurídico e como mecanismo hábil à concretização do direito, isto porque, exprime-se como um princípio da confiança e lealdade, que condiciona o comportamento das partes no diálogo judicial (CABRAL, 2007).

Caso não nos satisfaça a simples concepção da boa-fé objetiva como princípio norteador do sistema, é possível buscar seu enquadramento a partir de um ponto de vista positivo-normativo do texto da Constituição Federal de 1988.

Nessa toada, parte da doutrina entende que o princípio da solidariedade, disposto no inciso I do art. 3º da Constituição da República, atua como fundamento constitucional da boa-fé objetiva, em vista do dever de proteção da confiança e lealdade (SCHREIBER, 2005; VICENZI, 2003). Todavia, para Menezes Cordeiro, o atuar de acordo com a boa-fé é corolário do direito fundamental à igualdade (CORDEIRO, 2006).

O Supremo Tribunal Federal⁷⁴ entende que um devido processo legal exige um processo leal e pautado em boa-fé. Do mesmo modo, é frequente em países do *common law* a referência ao

⁷³ Reitere-se que Alexandre de Moraes (2003, p.85) expõe que “Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio.

⁷⁴ STF, 2ª T., RE nº 464.963-2-GO, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14.02.2006. Com fundamentação semelhante, STF, 2º T., AI nº 529.733-1-RS, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17.10.2006, publicado no DJ de 01.12.2006.

due process of law como forma de reprimir comportamentos temerários e avaliar práticas processuais inadequadas (DIDIER JR. 2010).

Sob o aspecto mais restrito da boa-fé processual objetiva, há entendimentos no sentido de que a mesma decorre do princípio do devido processo legal ou, especificamente, afirmar que a mesma é a essência do princípio do contraditório, à vista de o fato do contraditório não poder ser exercido sem limites, bem como por implicar deveres de atuação leal e cooperativa e não apenas direitos a um direito de resposta (CABRAL, 2005; VINCENZI, 2003).

Embora seja possível considerar todas essas opções como dogmaticamente corretas, julgamos pertinente explorar a introdução da boa-fé processual objetiva em nosso sistema através do princípio do contraditório, posto que por meio deste poderemos destacar a sua afinidade com o processo cooperativo, que também é objeto da nossa breve pesquisa.

7.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA A PARTIR DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO

O exercício do contraditório é um direito (ou garantia) fundamental previsto no corpo da Constituição Federal brasileira que, em princípio, é regido pelo binômio informação-reação. Dele advém a materialização da dialeticidade, a audiência bilateral, característica que decorre do direito romano, com seu brocardo “*audiatur et altera pars*”. O presente sentido continua hígido até os dias atuais, como se observa no inciso LV do 5º da CF/88, que tem lastro firme no artigo X da Declaração Universal de Direitos do Homem e no art. 8º da Convenção Americana de Direitos do Homem (Pacto de San José da Costa Rica), ratificadores do direito a uma justa audiência, da necessidade do direito de ser ouvido (CABRAL, 2005).

Em outras passagens deste trabalho já foi possível estabelecer algumas conclusões acerca do processo enquanto fruto do exercício do poder estatal. Observamos que através do processo o Estado tem condições de instituir um procedimento a ser seguido e que, bem ou mal posto, ao seu lado também são estabelecidas garantias ao jurisdicionado, como meio de conter as prerrogativas estatais.

Dentre as diversas garantias dispostas ao jurisdicionado, destacamos o princípio do contraditório, de onde extraímos uma das mais fortes características do processo, a dialeticidade. É no ambiente dialético que se desenvolve a cooperação, o atuar com ética em face dos instrumentos processuais, bem como é por meio dela que se torna mais legítimo o ato decisório, visto que o contraditório é o elemento que fornece ao processo o seu aspecto discursivo, decorrente do mandamento constitucional do diálogo judicial.

A partir dessas noções básicas do princípio do contraditório já é possível sua diagramação como um meio de inserção e concretização da boa-fé objetiva no processo, com o reforço das razões seguintes.

A tarefa de alinhamento da boa-fé objetiva com o princípio do contraditório enseja a superação da concepção do contraditório como algo que limita sua zona de interesse aos litigantes, aos domínios da ‘ciência-reação’, ressaltando “o formato bilateral e egoísta do ‘processo como jogo’ (CABRAL, 2005, p. 61).

Para que se tome o princípio do contraditório como um mecanismo de inserção e concretização da boa-fé objetiva no seio do processo, há de se entender que as funções do contraditório não se exaurem no direito de informação-reação.

Sem embargo, a participação não só tem o escopo de garantir que cada um possa influenciar na decisão, mas também tem uma finalidade de colaboração com o exercício da jurisdição (...). O contraditório representa um direito (ou garantia). No entanto, uma vez provocada a jurisdição, a garantia ultrapassa tais fronteiras e cede espaço para um objetivo maior, que é a participação colaborativa nas decisões estatais, fato que justifica a repressão às condutas de litigância de má-fé e aos atos atentatórios à dignidade da justiça (arts. 14, 18 e 600, todos do CPC). Se participar é garantido, a atuação deve ser ética, consentânea com os objetivos estatais da jurisdição (CABRAL, 2005, p. 63).

Na medida em que atribuímos ao princípio do contraditório outras funções, que vão além das noções patrimonialistas e individualistas e do binômio informação-reação, passamos a observar sua configuração também como um dever, especialmente a partir da noção de cooperação processual, em favor da obtenção de uma solução justa. Mas como apurar deveres decorrentes do contraditório, se este figura como garantia do jurisdicionado?

Por conseguinte, torna-se necessária a aceção do contraditório como um dever, pois, por ser direito fundamental, o mesmo não está restrito à sua configuração clássica de direito

subjetivo, quando há uma abstenção de comportamento dos destinatários⁷⁵. Em sua dimensão objetiva os direitos fundamentais são, também, direitos transindividuais, o que acaba por legitimar restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse coletivo predominante.⁷⁶

É essa força objetiva que justifica restrições ao alcance dos direitos fundamentais, em favor dos valores constitucionais neles próprios consagrados. É nesse sentido que a atuação dos participantes do processo deve ser ética e consentânea com os objetivos estatais da jurisdição. Por conseguinte, temos que “a formulação do contraditório como ‘direito’ ou ‘garantia’ não impede que, deste princípio, derivem deveres objetivamente considerados na tela publicista em que hoje é desenhado o processo” (CABRAL, 2005, p. 69).⁷⁷

Estabelecer o contraditório como dever é bastante comum no direito comparado, quando se promove expressa menção acerca da obrigação dos participantes à cooperação processual⁷⁸.

⁷⁵ Em sua acepção clássica, e até mesmo liberal, os direitos fundamentais funcionam como forma de proteção do indivíduo contra a intervenção estatal em seus direitos, o que faz com que os mesmos passem a figurar como direitos subjetivos aos seus titulares, exigindo comportamentos, negativos ou abstenção, dos destinatários. Trata-se da primeira vertente dos direitos invocados na modernidade, quando se buscava a abstenção do Estado em intervir no exercício da liberdade e da igualdade públicas. Em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais traduzem deveres, visto que são normas que consagram valores que orientam a produção legislativa e promovem um efeito de irradiação, no sentido de que as autoridades estatais devem produzir, interpretar e aplicar todo o direito infraconstitucional de acordo com os direitos constitucionais.

⁷⁶ Ingo Sarlet (2007, p. 178) expõe: “Por tais razões, parece correto afirmar que todos os direitos fundamentais [na sua perspectiva objetiva] são sempre, também, direitos transindividuais. É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes(...)”.

⁷⁷ Cabral (2005, p. 69) expõe que na visão dos opositores, “o contraditório é um direito ou garantia das partes – litigantes e acusados como afirma o art. 5º, LV da CF/88 – seria inconcebível imaginá-lo como gerador de obrigações processuais (...). Alguns autores afirmam que até se pode dizer que a colaboração e argumentação contribuem para a obtenção de uma decisão mais aprimorada. Mas isso seria um efeito ou consequência da aplicação constante do contraditório, inexistindo porém um dever de cooperação que decorra diretamente do princípio, podendo ser atingido este resultado apenas por via reflexa”.

⁷⁸ Daniel Mitidiero menciona diversas normas que tratam da cooperação processual no direito comparado, vejamos: “*Le juge doit, en tous circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. (...) Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations*” No mesmo sentido e de forma mais esmiuçada, dispõe o “§ 139 da Zivilprozessordnung, na tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: 1 – O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados (...)”; Com precisão semelhante, dispõe o art. 266 do Código de Processo Civil português, na redação que lhe deu os Decretos-leis ns. 329-A/95 e 180/96: “ (...) 2 – O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes, e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência (...)”.

Ademais, a suposta ausência de manifestação expressa nesse sentido não deve prejudicar a aplicação da cooperação processual entre nós, visto que a mesma decorre da consagração do contraditório como um direito fundamental a um ambiente dialético e ético.

Defende-se a necessidade de construção de um modelo processual no qual a cooperação entre os sujeitos processuais decorram de um diálogo útil à construção de decisões mais legítimas e eficazes, onde a contraposição dos atores processuais não espelhe a ideia de um conflito institucionalizado, marcado pela arbitrariedade do julgador e pela astúcia das partes. Trata-se de um debate judicial efetivo e ético.

Superada a concepção do contraditório como um simples direito de reação este passa a funcionar como fonte de deveres processuais, quando promove expressa menção acerca da obrigação dos participantes à cooperação processual. Assim, eleva-se em nível constitucional a base normativa para justificar a boa-fé processual objetiva no ordenamento brasileiro, um imperativo constitucional da conduta ética dos sujeitos processuais.

7.2 A NECESSIDADE DE UM DEBATE JUDICIAL ÉTICO E SUA REALIZAÇÃO POR MEIO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Reitere-se que o processo, por ser um instrumento que reflete a organização política do Estado, deve estar estabelecido sob os auspícios de padrões éticos, pois não se pode conceber a subsistência de um direito imoral.

Já se pode afirmar que “no Brasil e no direito comparado vem sendo vencedora a tese de que deve existir um debate judicial ético, com a correta utilização dos instrumentos do processo”, visto ser este “um moderador da moralidade social, uma espécie de superego social”, conforme expõe a doutrina de Antonio do Passo Cabral (2005) abaixo trabalhada.

A presente constatação é deveras importante para o processo civil que, em vista de suas próprias peculiaridades, resta situado em um campo onde “as partes sejam tentadas a usar de todos os meios, dignos ou não, para conseguirem seu objetivo final”. Portanto, é preciso estabelecer um novo paradigma, sobre o qual o direito e o processo passam a ser dispostos, afastando-os da ótica privatista, onde as partes podem dispor sem condicionantes de seus

interesses materiais, em favor da ascensão de sua face publicista, lastreada em padrões éticos objetivamente estabelecidos.

Alerte-se para a concepção de que “o processo é um instrumento de que se utiliza o Estado precipuamente para finalidades públicas, e não uma ferramenta ao alvedrio das partes litigantes. Então se justifica a retidão no manuseio dos mecanismos do processo”. Trata-se do abandono do paradigma liberal, no qual as partes podem fazer uso indiscriminado do instrumento processual, como um jogo disposto apenas ao seu uso, onde a lealdade, a cooperação e o agir de acordo com a boa-fé são apenas indicativos e não um dever.

É no ambiente dialético que se desenvolve a cooperação, o atuar com ética em face dos instrumentos processuais, que torna mais legítimo o ato decisório. O contraditório é o elemento que fornece ao processo seu aspecto discursivo, decorrente do mandamento constitucional do diálogo judicial. Portanto, as partes do processo e o órgão decisório não devem conformar-se com os ideais do chamado ‘liberalismo processual’, reflexo do caráter individualista do processo, não mais condizente com a dimensão social que o instrumento assumiu, que encerra em um mesmo ambiente o direito de informação-reação e o dever de atuar de forma cooperativa e com lealdade.

7.3 O JUIZ EM FACE DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA COOPERAÇÃO. ATIVISMO JUDICIAL

Iniciamos o presente tópico a partir da concepção que entende ser imprescindível relacionar a cooperação ao princípio do contraditório, visto que, de uma forma geral, a concretização do princípio da cooperação é também uma concretização do princípio do contraditório, porque garante aos litigantes o poder de influenciar na solução do conflito e na decisão final (GRASSO, 1996 *apud* DIDIER JR., 2010).

Trabalhamos, ainda, com a ideia de superação da concepção primária do contraditório, classicamente definida como a prerrogativa de oposição por meio do pleno exercício de defesa. Passamos, portanto, à sua concepção avançada, quando o mesmo é entendido como uma garantia processual (constitucionalizada) que implica a observação de deveres para as partes.

Em face da acepção dada ao presente princípio, restou claro que o mesmo exige das partes um atuar sob o pálio dos valores decorrentes da boa-fé, a ponto de ser definido como umas das formas de introdução desses valores éticos no processo.

Entretanto, é chegado o momento em que devemos apurar a influência do contraditório em face do comportamento exercido pelo julgador da causa, já que sua concepção dinâmica dispõe a todos os participantes do processo o dever de ajustar sua conduta a padrões éticos e promotores do diálogo judicial.

Um efetivo diálogo judicial exige um julgador ativamente participativo, nos limites necessários à preservação de sua imparcialidade, dado o fato de o mesmo encontrar-se na contingência de dirigir o processo de forma isonômica, cooperando com as partes, esclarecendo, prevenindo e auxiliando os litigantes. Passa-se, portanto, ao entendimento no qual o órgão jurisdicional atuará em conjunto com as partes na perspectiva de observar o contraditório ao longo de todo o processo e não apenas na fase postulatória, impondo-se o estabelecimento de um efetivo diálogo judiciário (SOUZA, 2003 *apud* MITIDIERO, 2009).

Nessa toada, o contraditório passa a exigir uma atuação mais ativa das partes e do magistrado, paralelamente desenvolvida no sentido de promover a construção de uma decisão coerente e legitimadora da atividade jurisdicional, já que o diálogo estabelecido pelo contraditório funciona como hábil mecanismo para desvendar a verdade material e ensejar uma justa decisão no caso concreto.

Defende-se, na doutrina, uma a relativização dos brocardos *Da mihi factum, dabo tibi ius e Iura novit curia*, posto que a separação extrema de atuação, imputando-se às partes o dever de promover a apresentação dos fatos e ao julgador a apresentação do direito adequado ao caso, não teria respaldo em um plano de concepções que compreende o direito não mais como algo totalmente estabelecido pela legislação, onde se busca uma síntese fático-jurídica que oriente o julgamento do feito (OLIVEIRA, 2003; MITIDIERO, 2009)⁷⁹.

⁷⁹ Daniel Mitidiero (2009, p. 92-93): “No que tange especificamente ao problema da aplicação do direito no processo, cumpre submeter a uma revisão crítica os brocardos *Da mihi factum, dabo tibi ius e Iura novit curia*, próprios de um processo assimétrico, alimentado por uma lógica apodítico-mecanicista acerca do que é o direito. Começemos pelo *Da mihi factum, dabo tibi ius*. Duas idéias centrais podem aí ser identificadas: às partes pertence o domínio sobre os fatos (sobre as questões de fato), ao passo que ao órgão jurisdicional toca o senhorio a respeito do direito (isto é, daquilo que comumente os juristas chamam de questões de direito) (...). A uma, a rigorosa aplicação de ambos os aforismos pressupõem uma impraticável, consoante já demonstrou a doutrina, dicotomia entre questão de fato/questão de direito, a demarcar precisamente o que pertence a uma e à outra esfera, empresa fadada a desembarcar irremediavelmente em um indisfarçável artificialismo. A duas, a doutrina tem admitido a investigação oficial de fatos instrumentais não alegados em juízo pelas partes, o que denota evidente relativização da primeira

O processo cooperativo e o pleno exercício do contraditório levam em conta o aporte argumentativo que as partes trazem ao processo, como forma de exercer o direito a participar e influir positivamente na construção do convencimento judicial, ao mesmo tempo em que concebe a possibilidade de o julgador tomar medidas *ex officio* na tentativa de melhorar o esclarecimento dos fatos controvertidos, bem como promover a investigação oficial de fatos instrumentais não alegados em juízo pelas partes.

Surge, portanto, o questionamento acerca dos limites, benefícios e mesmo viabilidade constitucional de um juiz ativo.

Embora tais questões não venham a ser tratadas em profundidade na presente pesquisa, faz-se necessária uma diagramação rápida da mesma, em vista de um claro motivo: a constatação de que o mesmo já existe e figura como realidade irreversível, cabendo-nos buscar as melhorias que promovem e restarmos atento aos limites que devem ser dados ao seu uso.

Entendemos como necessária a conformação de um juiz com maiores liberdades de ação, visto ser ele um instrumento essencial à realização do direito a partir de padrões éticos, e fomentador do diálogo judicial lastreado em lealdade e preservação da confiança, ensejando a construção de um processo cooperativo.

Nesse sentido, expõe Carlos Alberto Álvaro (2003, p. 72) que “não há como fazer retroceder o ativismo judicial resultante da evolução social, política e cultural de nossa época, já tornado *chose faite*, e que realmente pode contribuir para a mais acabada realização da tutela jurisdicional”, especialmente diante do processo civil contemporâneo, informado pelo formalismo-valorativo, onde uma posição mais diretiva e engajada do Estado-juiz traduz-se em um componente essencial do modelo cooperativo de processo, desde que o faça de maneira isonômica, a partir de um efetivo diálogo judicial que permita o conhecimento prévio das partes acerca das possíveis decisões, para que delas não apenas participem, mas possam realmente

parte do brocardo *Da mihi factum, dado tibi ius*, pelo qual apenas às partes caberia a tarefa de levar as alegações fáticas para o processo. (...) A três, pressupondo o direito ao contraditório como direito a participar do processo, a influir positivamente sobre o convencimento judicial, tem-se entendido que as partes têm o direito de se pronunciar também sobre a valoração jurídica da causa, tendo o juiz o dever de submeter ao diálogo a sua visão jurídica das questões postas em juízo, mesmo sobre aquelas questões que deve conhecer de ofício. Objetiva-se, assim, evitar decisões que apanhem de surpresa as partes, havendo aí evidente concretização da cooperação no processo pela mão do dever de consulta às partes que toca ao órgão jurisdicional, inerente à construção de um processo civil pautado pela colaboração. É claro, todavia, que a relativização do brocardo *Iura novit curia* só tem sentido se passarmos a compreender o direito não mais como algo totalmente pré-dado pela legislação, consoante já se pretendeu, por exemplo, com o positivismo legal racionalista”.

exercer o seu poder de influência, tornando a decisão um resultado efetivamente um ato *trium personarum*, a partir da mais simples observância do princípio do contraditório, essencialmente pelo juiz.

Na esteira desse pensamento também segue Lúcio Grassi (2009)⁸⁰, ao defender que o atual modo de pensar o processo civil decorre da existência de um juiz ativo e participativo, cuja realidade é palpável na legislação e doutrinas estrangeiras, com ênfase ao instituto-princípio da cooperação intersubjetiva na sua face que estabelece a cooperação dos juízes e tribunais com as partes. Por sua vez, Daniel Mitidiero (2009, p. 99) afirma que no processo civil contemporâneo, informado pelo formalismo-valorativo, o ativismo judicial deve ser compreendido como algo irreversível, “sendo essa posição mais diretiva e engajada do Estado-juiz um componente essencial do modelo cooperativo de processo”.

Esse ativismo em grande parte decorre da tomada de consciência de que o juiz é também um agente político do Estado, portador do poder deste e expressão da democracia indireta praticada nos estados ocidentais contemporâneos, inexistindo portanto razão para enclausurá-lo em cubículos formais do procedimento, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa. O excesso de formalismo conduziria, por outro lado, à exaltação das prescrições formais como fim em si mesmo, de modo manifestamente (OLIVEIRA, 2003, p. 72).

Alerte-se, contudo, que a segurança jurídica, face à realidade posta, é merecedora de maior preocupação, pois uma atitude proativa do julgador não significa estabelecer uma contrariedade ao sistema posto, como se observa em julgado recente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região⁸¹. A autocontenção judicial, como oposição ao ativismo, “deve sempre ser

⁸⁰ Nesse sentido o autor defende que “O juiz tem, portanto, um papel ativo tendente a fazer com que as partes se expressem integralmente sobre os pontos necessários à solução do litígio. Em matéria de prova, o tribunal deve igualmente advertir o litigante que suporta o ônus da prova que, por exemplo, não pode deixar de trazê-la quando referente a um fato decisivo contestado: efetivamente, as partes - ou seus defensores - têm diante das incertezas a necessidade de trazer concretamente a prova de tal ou tal fato da demanda”. Na mesma linha de pensamento segue Daniel Mitidiero (2009, p. 99) ao entender que “A comunhão de trabalho resta evidenciada com a iniciativa oficial em tema de prova na medida em que o seu resultado deve ser, necessariamente, submetido ao crivo das partes, possibilitando-lhes influir sobre o valor probante a ser outorgado pelo magistrado (...). A valoração da prova no processo cooperativo, de postremeiro, não se liga, de regra, a vínculos legais apriorísticos, sendo nesse sentido considerada livre. Todo juízo de valor sobre a prova, contudo, tem de ser absolutamente motivado. É, aliás, como consta do art. 131 do nosso Código de Processo Civil, e como exige a doutrina italiana ao interpretar o art. 116 do Codice di Procedura Civile”.

⁸¹ APELAÇÃO E REMESSA EX OFFICIO. CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRESENÇA DE DISCRICIONARIEDADE. PROVIMENTO.

adotada quando não for superada tal reserva de consistência, isto é, quando o magistrado não tiver argumentos jurídicos consistentes o suficiente para demonstrar a sua interferência na atividade política” (CAMBI, 2007, p. 23).

Quando este ativismo é mal compreendido, portanto, propicia o surgimento de um “governo de juízes”. Contrariamente, uma atuação ativa bem compreendida, enlaçada na perfeita compreensão do contraditório e do diálogo judicial, reflete a construção de um Poder Judiciário vigoroso e democrático.

Exemplo marcante deste ativismo judicial se deu na elogiável e sempre citada decisão do Supremo Tribunal Federal, ao entender que o caráter programático de regras constitucionais, que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem a organização federativa do Estado brasileiro, não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, fraudando justas expectativas da coletividade. Assim, determinou o impostergável cumprimento da norma da norma, que foi interpretada no sentido de reconhecer a validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, como forma de dar efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil, nos arts. 5º, caput, e 196⁸².

I - A lotação de pessoal em órgão público, como é o caso de delegacia de polícia, é matéria que pertence à intimidade da administração, sem contar que está sujeita a inúmeros fatores (falta de cargos vagos, cargos não providos pela não aprovação em número necessário em concurso público, número diminuto de cargo cuja elevação depende de lei, inamovibilidade de servidores efetivos, limites orçamentários à ordenação de despesa, entre outros), de modo que não se apresenta correta sentença que impõe a obrigação de ser elevado o número de servidores numa determinada repartição.

II - Ausente hipóteses voltadas à concretização de norma constitucional de suficiente densidade de conteúdo e de preservação do mínimo existencial, nas quais é admitido, com maior amplitude, o chamado controle de políticas públicas. Ativismo judicial que esbarra na separação de poderes, ainda que examinado este princípio em sua acepção hodierna.

III - Provimento da apelação e remessa oficial.” (APELREEX 481/PE. FONTE: Diário da Justiça - DATA: 15/10/2008 - página: 204 - Nº: 200 - ANO: 2008)

⁸² “Paciente com HIV/AIDS – Pessoa destituída de recursos financeiros – Direito à vida e à saúde – Fornecimento gratuito de medicamentos – Dever do Poder Público (CF, arts.5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. – A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano

8 O PROCESSO COOPERATIVO

Desde as primeiras linhas desta pesquisa partimos da premissa de que a explanação acerca dos temas apresentados decorre da necessidade de estudar o processo em consonância com a realidade social e valores constitucionais estabelecidos, levando-se em conta novos paradigmas que servem de pano-de-fundo à criação do direito e sua aplicação, em especial na seara do processo.

Nesse sentido, a partir de diagramação posta do princípio do contraditório como centro de difusão de direitos e deveres, decorrente de sua natureza de direito fundamental e não um simples direito subjetivo, constatamos que as partes devem pautar sua atuação pela cooperação, que se estabelece a partir de padrões de confiança e lealdade objetivamente apuradas no diálogo judicial.

Repita-se que o atuar de boa-fé no processo não se restringe à atuação das partes, torna-se imperioso submeter a atuação do julgador a essa pauta de valores éticos, como forma de complementar o ciclo de uma relação jurídica triangular, dissociando-a, todavia, da visão que põe o juiz no ápice desta relação por ‘razões de superioridade’, em favor de uma distinção que o toma como um elemento que presenta o Estado na melhor execução de uma atividade judicial ética, efetiva e que promove justiça.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2003, p. 65) chama a atenção para a importância de não se ter o processo como um mero ordenamento de atividades, composto por regras estabelecidas de modo totalmente arbitrário pelo legislador, que não funcione como meio mais adequado e eficiente para a realização dos valores, especialmente os de conteúdo constitucional. Para tanto, é preciso observar e compreender os poderes do juiz, porque a partir deles podemos entender a natureza e a função do processo, bem como a “maior ou menor eficiência desse

institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. – Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF” AgRgRE n. 271.286-RS – 2ª T. - rel. Min. Celso de Mello - j. 12.09.2000 – pub. DJU 24.11.2000, vol. 101

instrumento na realização de seus objetivos e, ainda, ao papel que é atribuído ao magistrado, na condução e solução do processo”.

É esta a razão que torna pertinente o desenvolvimento de um tópico lastreado no instituto-princípio da colaboração, que desponta na legislação de alguns países europeus como forte indicativo de um processo civil moderno, por estabelecer como essencial a existência de um diálogo jurídico efetivo entre os julgadores e as partes.⁸³

O princípio da colaboração, de origem alemã, pode ser traduzido como o direito de perguntar do juiz (*Fragerecht*), que enseja um dever de perguntar e esclarecer (*Frege und Aufklärungspflicht*) (GOUVEIA, 2009). Trata-se do estabelecimento do diálogo judicial, no qual o julgador deve discutir com as partes as relevantes questões fáticas e jurídicas necessárias ao desenvolvimento da causa. Sob nossa compreensão, nada mais que uma clara aplicação do princípio do contraditório, disposto a partir de uma relação dialógica esclarecedora de perspectivas judiciais divergentes (MITIDIERO, 2009), em face de um processo que se desenvolve sob paradigmas que exigem a presença de um juiz ativo e participativo (GOUVEIA, 2009)⁸⁴.

A título de exemplo, no direito processual brasileiro, não é estranho o entendimento de doutrina no sentido de que não é dada ao julgador a opção de agir quando a prova colhida nos autos não esclarecer suficientemente a questão. Com base no art. 130 do Código de Processo Civil brasileiro⁸⁵, entretanto, observamos que “cabará ao juiz, de ofício ou a requerimento da

⁸³ Mitidiero (2009, p. 74) anota: “*Le juge doit, en tous circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. (...) Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations*” No mesmo sentido e de forma mais esmiuçada, dispõe o § 139 da Zivilprozessordnung, na tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “1 – O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados (...); Com precisão semelhante, dispõe o art. 266 do Código de Processo Civil português, na redação que lhe deu os Decretos-leis ns. 329-A/95 e 180/96: “ (...) 2 – O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes, e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência (...)”.

⁸⁴ Pertinentes são as colocações postas pelo autor, ao conjecturar sobre dos limites do poder judicial aqui estabelecido, quando expõe que admitir a existência de um juiz participativo, que promove o diálogo judicial e o esclarecimento necessário às partes, não enseja transformação deste em órgão de consulta do jurisdicionado.

⁸⁵ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Trata-se de importante regra que imputa um poder-dever de agir ao magistrado no sentido de buscar esclarecimentos pertinentes à solução da causa, de incitar as partes a trazerem para os autos os complementos de informação e provas que, se necessárias, terão sua produção determinada de ofício. Assim, cabe ao juiz atuar de forma ativa no sentido de provocar a ação ou manifestação das partes sobre aspectos indispensáveis à solução da causa do litígio, ou mesmo advertir o litigante que suporta o ônus da prova, como forma de desenvolver o processo cooperativo. Só após ultrapassada essa fase, estabelecido o diálogo judicial necessário, é que será viável ao julgador pensar em aplicar as consequências advindas do ônus da prova não exercido, nos termos do art. 333 do CPC (GOUVEIA, 2009)⁸⁶.

Essa, dentre outras a seguir expostas, é a razão que informa a necessidade da promoção de um atuar processual com vistas a oportunizar o diálogo entre as partes, alicerces do contraditório reflexivo e da cooperação entre os participantes do processo.

8.1 BASE TEÓRICA DO PROCESSO COOPERATIVO

Reputa-se necessária uma breve explanação acerca do embasamento teórico do processo cooperativo, tomando-o como marca de um formalismo processual que tem sido reorganizado a fim de permitir o desenvolvimento do processo com lastro nos direitos fundamentais e ensejar uma tutela jurisdicional efetiva e justa.

A presente reorganização, ou melhor, o estabelecimento de novos paradigmas, passa a exigir que a criação, interpretação e aplicação do direito processual sejam postos a partir de

⁸⁶ O autor advete que “Essa intervenção do juiz não modifica em princípio o objeto do litígio. Ela pode, apesar disso, ocorrer de forma diferente, até que o juiz incite as partes a “formular pedidos úteis” (sachdienliche Anträge zu stellen), pois ele pode aconselhar a parte a modificar seu pedido (Klageänderung) se aquele for o único meio para que o autor atinja seu objetivo processual, ou o réu de expor um novo meio de defesa - tal como a prescrição da ação (Ferrand dá interpretação mais abrangente ao dispositivo, o que Lebre de Freitas não admite). Porém a jurisprudência é bastante reticente em aceitar uma intervenção persecutória do juiz, porquanto ela teme a perda da imparcialidade deste último, caso ele se intrometa excessivamente no pedido ou defesa de uma parte. O dever de esclarecimento do tribunal se acompanha logicamente de um direito - e dever - de questionamento decorrente da necessidade de clarificar os fatos a fim de alcançar uma solução concreta do litígio. Esse dever não contraria o princípio dispositivo. O tribunal não pode por ele mesmo introduzir fatos e provas novos, mas tem o direito de solicitar às partes que completem informações ou provas a partir dos fatos alegados por elas”

padrões de boa-fé estabelecidos de forma objetiva, por ser esta uma pauta de conduta no processo civil do Estado Constitucional, bem como porque nela encontramos a essência da preservação da confiança e da construção de um diálogo judicial ético, que devem ser aviados de forma a permitir a emissão de decisões justas (OLIVEIRA, 2003).

É preciso, por conseguinte, promover um enquadramento do princípio da cooperação a partir de um ponto de vista positivo-normativo do texto da Constituição, ou seja, compreender seu fundamento constitucional.

Como já exposto anteriormente, advirta-se que designar um princípio como ‘sobreprincípio’ ou ‘subprincípio’ é apenas uma técnica para demonstra em que posição o mesmo está em uma relação com o outro, quando os subprincípios exercem uma função definitiva em relação aos princípios e delimitam com maior precisão o comando normativo estabelecido pelo sobreprincípio, que são normas mais amplas.

A presente técnica torna-se pertinente neste momento, em vista da pretensão de configurar o princípio da cooperação como um subprincípio do sobreprincípio da boa-fé processual objetiva e averiguar qual a função que exerce o princípio da cooperação nas suas relações com o sobreprincípio ao qual se vincula.

Fredie Didier (2010) dispõe que o princípio da cooperação pode ser situado como um subprincípio do devido processo legal (nesta relação, um sobreprincípio), pois, o processo para ser devido (estado de coisa que se busca alcançar) precisa ser cooperativo ou leal. Por conseguinte, é possível, também, compreender o princípio da cooperação como um subprincípio do sobreprincípio da boa-fé processual, já que este espelha a proteção da boa-fé/confiança (estado de coisas a ser alcançado), que passa pela efetivação de um processo cooperativo.

Mais adiante, observamos que a conduta dos participantes da relação processual é o alicerce do processo cooperativo arquitetado a partir das exigências do Estado Constitucional e do marco teórico do formalismo-valorativo, cujas bases são o diálogo judiciário, a colaboração e a lealdade. Esse foi o intento de Daniel Mditiero (2009) ao propor a elaboração de um modelo de formalismo processual guiado pela cooperação entre todos os participantes do processo, fazendo-o a partir do marco teórico do formalismo-valorativo, por ser este o método próprio do direito processual civil no quadro do Estado Constitucional.

A partir da conjunção posta o autor apresenta três formas diversas de se conceber o formalismo processual, especificamente em decorrência do modo de atuação do juiz e das partes

e a influência da organização social na distribuição de poderes entre eles, apurando-se sua repercussão no formalismo processual e sua função para a ética no processo civil. São eles: o processo isonômico, o processo assimétrico e o processo cooperativo, concebidos a partir de tipos ideais de organização social, de organização política da sociedade, que influem no modo de atuação do juiz e das partes no processo (MITIDIERO, 2009).⁸⁷

Numa rápida diagramação dos modelos postos, temos no ‘paritário’ ou ‘isonômico de organização social’ a constatação de certa indistinção entre esfera política, sociedade civil e indivíduo, o que faz com que o representante do Estado, no caso o juiz, venha a ser enquadrado no mesmo plano das partes, ensejando uma atuação paritária do julgador, cuja função se assemelha à de um curador de uma ordem desenhada a partir da visão de que o processo era coisa das partes, não do juiz, que deveria julgar apenas segundo alegado e provado.

Nesse sentido, ao magistrado não era consentida qualquer iniciativa na formação da prova, e embora a busca pela verdade no processo fosse uma constante, tal tarefa, cabia exclusivamente às partes. O modo como ocorria a solução de conflitos decorria de uma racionalidade prática, objetivando-se encontrar a verdade processual, onde a conduta das partes é apreciada a partir de padrões de boa-fé subjetiva.

No segundo modelo proposto, ‘hierárquico’ ou ‘assimétrico’, a dissimetria jurisdicional revela-se patente, dado o estabelecimento de uma clara distinção entre indivíduo, sociedade e Estado, numa sobreposição de poder entre esse e aquele, demonstrando a assimetria do modelo, que dá ensejo ao surgimento de um juiz disposto acima das partes, como um legítimo representante do Estado e dotado de poderes coercitivos, o que fomenta o estabelecimento da figura do juiz como vértice de uma relação jurídica angular (ou triangular), como se viu na fase do processualismo.

É no atual modelo que o Estado toma para si a tarefa de estabelecer o direito e passa a não reconhecer como manifestação jurídica aquelas cuja origem não decorram do seu seio, de sua autoridade, ensejando a conversão do direito processual em direito estatal. Por conseguinte, há uma intensificação dos poderes do juiz que passa a contar com poderes de investigação e

⁸⁷ Daniel Mitidiero (2009) busca inspiração em Max Weber como forma de trabalhar com tipos ideais de organização social, já que o modelo de organização política da sociedade condiciona a maneira como vai se resolver o problema da “divisão de trabalho” entre o juiz e as partes, quando aponta três modelos de organização social como forma de apurar três maneiras igualmente diferentes, portanto, de conceber o formalismo processual no que tange ao papel reservado aos juízes e às partes.

apreciação livre da prova, contudo, verifica-se um enfraquecimento do formalismo, elemento natural de contenção do arbítrio no processo.⁸⁸

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2003) observa que até os dias atuais ainda estão presentes aspectos negativos desse modelo processual, que ainda resta “baseado numa concepção que induz o órgão judicial a assumir uma posição dominante e superior em relação às partes e seus representantes, fundamentada especialmente na autoridade, na hierarquia e na lógica burocrática”, o que torna necessário fomentar as discussões acerca de qual o paradigma que embasa o processo civil na atualidade.

A observação posta serve como lastro ao surgimento do modelo de ‘processo cooperativo’, desenvolvido a partir de uma reorganização dos três elementos anteriormente postos, Estado (juiz), sociedade e indivíduo (partes), situando-os em planos diversos daqueles já mencionados.

Redefinindo seus elementos, o processo cooperativo dispõe uma dupla atuação ao juiz, estabelecida de forma isonômica na condução do processo e assimétrica no momento da decisão das questões processuais e materiais da causa. Destarte, ao julgador caberá atuar de forma paritária na promoção do diálogo judicial e de modo assimétrico no momento da decisão. Essa nova disposição das funções do magistrado objetiva promover um equilíbrio entre os poderes das partes e a criação de uma ‘comunidade de trabalho’ entre os participantes do processo, “à luz do escopo de decidir-se com justiça o caso decidendo, desiderato que se acomete ao processo no Estado Constitucional, no marco teórico do formalismo-valorativo” (MITIDIERO, 2009, p. 102-103)⁸⁹

⁸⁸ Em princípio, entretanto, a apropriação do direito processual pelo Estado não ocasionou uma necessária atenção aos padrões teóricos para o seu estabelecimento, como, “e.g.”, o fato de o contraditório representar apenas uma formalidade que enseja uma oposição. Por conseguinte, no plano ético, os sujeitos têm suas ações apuradas a partir da “idéia de boa-fé subjetiva, sendo algo atinente, todavia, tão-somente às partes, porquanto ao Estado chega-se mesmo a reconhecer o direito de mentir para obtenção da verdade”. Como exemplos históricos dos modelos postos, o autor dispõe que a doutrina registra as experiências políticas grega e ítalo-medieval como sendo exemplos de relações isonômicas entre o juiz e as partes, bem como apresenta duas experiências históricas que podem ilustrar a ideia de modelo hierárquico: o processo civil romano da *cognitio extra ordinem* e o processo civil do Estado Moderno (especificamente, o *processus* prussiano do século XVIII). Cfr. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil... ob. cit.* pp. 68-101.

⁸⁹ Daniel Mitidiero (2009, p. 102-103). O autor afirma que “Essa dupla posição do juiz (paritária no diálogo, assimétrica na decisão) e o reforço das posições jurídicas das partes conferem marca ao processo civil cooperativo, manifestando-se ao longo de todo o formalismo processual. Da formação do processo ao exaurimento das vias recursais a instância ganha novos matizes, tudo à luz do escopo de decidir-se com justiça o caso decidendo, desiderato que se acomete ao processo no Estado Constitucional, no marco teórico do formalismo-valorativo, regido em todo o seu arco procedimental pela idéia de cooperação (cujo mote está justamente, como não deixa de reconhecer, a propósito, o Código de Processo Civil português, que encampa expressamente o “princípio da

Por sua vez, às partes é dado o dever de atuar com lealdade e preservação da confiança na relação jurídica, evitando situações que ensejem um comportamento contraditório ou exercício do processo como campo de batalha, pois, sob o olhar cooperativo, o processo deverá orientar-se pelo diálogo e comunicação entre os sujeitos processuais, em oposição ao atuar estratégico ou duelístico, que transforma o processo em uma guerra de trincheiras.

Busca-se, conseqüentemente, a humanização do processo, a fim de que o mesmo desponte no seio da sociedade como um eficiente meio ético e técnico de pacificação social, adjetivado pela legitimação e efetividade, que são obtidas através da própria cooperação entre os sujeitos processuais (GOUVEIA, 2009). Em face das partes, portanto, o dever de cooperação decorre do dever de litigar de boa-fé, que significa evitar comportamento de má-fé ou não atuar de forma a quebrar a boa-fé objetiva (princípio da boa-fé). O agir no processo, seja pelas partes entre si ou destas com o juiz, deve ser perfilhado em consonância com valores decorrentes da boa-fé objetiva, ao lado da boa-fé subjetiva, para a realização de um processo leal.⁹⁰

Diante do terceiro elemento (sociedade), Daniel Mitidiero (2009) observa que o modelo cooperativo tem como paradigma uma Constituição lastreada em uma sociedade cooperativa, conformada em um Estado Constitucional que tem como virtudes a submissão ao direito e a participação social na sua gestão.

A partir da nossa própria realidade, temos no Estado Democrático de Direito, art. 1º, *caput*, da Constituição Federal, a materialização do Estado Constitucional, fundado na “dignidade da pessoa humana” (Art. 1º, III da CF/88), que tem por objetivo “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (Art. 3º, I da CF/88), que faz com que o autor nos conduza à conclusão de que a sociedade contemporânea tem como pressuposto o estabelecimento, o fomento e o dever de cooperação entre os seus indivíduos, dado o claro proveito mútuo que se estabelece. “Não por acaso, considerada doutrina já alude mesmo à existência de um verdadeiro “Estado Constitucional Cooperativo” (MITIDIERO, 2009, p. 72).

cooperação” como uma de suas “linhas mestras”, em obter-se, “com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”, art. 266, n. 1)”.
⁹⁰ Este é um aspecto primordial à concepção de um processo cooperativo. Trata-se da apuração da conduta das partes no plano da ética. Mais acima já foi possível observar que nos modelos apresentados anteriormente a conduta das partes era aferida a partir de aspectos subjetivos, a partir da apuração do estado psíquico do indivíduo, quando possível. No processo cooperativo ainda há a necessidade do atuar ético, entretanto, a boa-fé a ser observada nesse modelo de processo não mais depende apenas da apuração de aspectos íntimos do indivíduo, mas também de aspectos apurados objetivamente. Assim, o agir no processo, seja pelas partes entre si ou destas com o juiz, deve ser perfilhado em consonância com valores decorrentes da boa-fé objetiva, ao lado da boa-fé subjetiva, para a realização de um processo leal.

Destarte, sem descuidar do seu lado científico, busca-se uma maior efetividade do direito a partir de uma racionalidade prática, que tem como fim maior a promoção da justiça no caso concreto, por meio da crescente valorização do contraditório, que desponta como hábil mecanismo à promoção do diálogo e da cooperação no processo (GRASSO, 1996 *apud* DIDIER JR. 2010), já que o mesmo não resta resumido à simples idéia de oposição, posto implicar, também, deveres de conduta disposto às partes e ao juiz, como os deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio, conforme aborda Lúcio Grassi de Gouveia em passagens diversas de suas obras, que hoje podem ser vislumbrados com clareza em diversas passagens do projeto de lei nº 166 de 2010 (novo CPC).

Aliás, é pertinente observar que o referido projeto é fértil em normas sobre a colaboração, o que leva a afirmação de que lá resta proposto um modelo de processo civil colaborativo (MARINONI, 2010, p. 72.).

Da simples análise dos seus primeiros preceitos, fica clara a adoção de um processo constitucionalizado cooperativo, conforme observamos, de imediato, nos artigos 1º, 5º, 8º e 10 que, em síntese, dispõem acerca de um processo civil a ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais, desenvolvido a partir da cooperação entre seus participantes, por meio do dever das partes em contribuir para a rápida solução da lide e sob a condução de juiz ativo, que não põe risco o dever de diálogo processual.

8.2 OPERACIONALIZAÇÃO OU CONCRETIZAÇÃO DA ATIVIDADE DIALÉTICA E COOPERATIVA: ESPÉCIES DO GÊNERO COOPERAÇÃO DOS TRIBUNAIS COM AS PARTES

Já se viu que a ideia de cooperação desponta como característica de uma sociedade contemporânea que tem como pressuposto o estabelecimento, o fomento e o dever de solidariedade entre os seus indivíduos, tal qual se estabelece no Direito brasileiro a partir das disposições encontradas nos arts. 1º e 3º da Constituição Federal de 1988, o que enseja a conclusão de não ser por acaso a alusão à existência de um verdadeiro “Estado Constitucional Cooperativo” no nosso sistema.

Entretanto, a intenção não é tudo, e o estabelecimento de ideais não traz eficácia ao objetivo que se almeja, exigindo-se modos de operacionalização ou concretização da atividade dialética e cooperativa, especialmente na seara do direito processual civil.

Nesta missão, boa parte da doutrina nacional toma de empréstimo os parâmetros estabelecidos por Miguel Teixeira de Souza (1997 *apud* GOUVEIA, 2007), que, com lastro no direito processual civil português, vislumbra um poder-dever do tribunal de colaborar com as partes e destas entre si, através de quatro formas de agir, que redundam em deveres essenciais à implementação da cooperação. São estes: dever de esclarecimento, dever de prevenção, dever de consultar as partes e dever de auxiliar as partes.

Em todos as espécies do gênero cooperação podemos identificar um agir baseado no diálogo judicial desenvolvido a partir de padrões éticos, de boa-fé e proteção da confiança, como será observado a seguir.

8.2.1 Dever de esclarecimento

Compreende-se por dever de esclarecimento o propósito “de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre suas alegações, pedidos ou posições em juízo” (SOUSA, 1997 *apud* DIDIER JR. 2010). Toma-se por imperativo a necessidade do julgador buscar elucidacões junto às partes quanto às imprecisões em face de seus argumentos, pedidos ou posições em juízo, de modo a evitar que a sua decisão reflita uma ausência de informação ou inverdades. O dever de esclarecimento enseja um dever recíproco do julgador perante as partes e destas perante aquele órgão. Logo, “o tribunal tem o dever de se esclarecer junto às partes e estas têm o dever de o esclarecer”⁹¹. Além dessas, há ainda a obrigação de o órgão jurisdicional esclarecer seus próprios pronunciamentos para as partes (DIDIER JR., 2010, p. 16).

⁹¹ Lúcio Grassi de Gouveia (2010) observa que de acordo com o disposto no “art. 266, nº 2 do CPC português: o juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir qualquer das partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de fato ou de direito que se afigurem pertinentes e dando conhecimento à outra parte dos resultados da diligência”. Observa, ainda, que o presente dever também é obrigatoriamente respeitado pelas partes. Assim, “o segundo dos referidos aspectos (dever de esclarecimento do tribunal pelas partes) está previsto no art. 266º, nº 3 do CPC português: as pessoas às quais o juiz solicita o esclarecimento são obrigadas a comparecer e prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, salvo se tiverem uma causa legítima para recusar a colaboração requerida”. Por conseguinte, observa que o “§ 139, I da Zivilprozessordnung dispõe que ao juiz cabe assegurar que as partes se pronunciem completamente e apresentem os

Não se diga, por conseguinte, que um dever que se estabelece como forma de concretizar a cooperação no processo poderá afetar a imparcialidade e a independência judiciais, em vista de um acréscimo à instrução processual decorrente de iniciativa oficial.

Juiz imparcial não se confunde com juiz neutro. Da mesma forma que juiz ativo, contrário de neutro, não significa que o mesmo seja parcial⁹². A neutralidade do juiz pode significar a possibilidade de o julgador não pôr em prática seu poder-dever de assistir às partes, pois, além de não garantir a justiça, confirma e reflete no processo a supremacia de uma parte sobre a outra, o que não se coaduna com um processo orientado pelo princípio da cooperação intersubjetiva que prevê a disposição de paridade de armas às partes⁹³.

Ademais, há que se ter em mente que a valoração da prova no processo cooperativo, de regra, não está ligada a vínculos legais previamente estabelecidos, sendo considerada de apreciação livre, desde que devidamente motivada. Portanto, o esclarecimento de fatos, por iniciativa das partes ou do julgador, não terá pesos diversos na formação do convencimento para a decisão, mas serão selecionados a partir da importância que merecem. Não é outro o entendimento da legislação processual brasileira, ante o disposto no art. 131 do CPC⁹⁴, ao divulgar que todo juízo de valor sobre a prova tem de ser motivado, sejam estas alegadas ou não pelas partes.

Para Lúcio Grassi, além do art. 131 do CPC, diversos outros dispositivos legais refletem no processo civil brasileiro a necessária observância ao dever de esclarecimento decorrente do princípio da colaboração, tal como a determinação de oitiva das partes pelo juiz a fim de que apresentem elucidações sobre matéria de fato ou de direito, conforme disposto nos arts. 340, inc.

respectivos articulados sobre todos os fatos relevantes da causa e, em especial, que completem as deficiências dos fatos descritos e indiquem os meios de prova. Para este fim, deve, na medida do necessário, ouvir as partes, sobre matéria de fato e de direito, sobre a relação controvertida e fazer perguntas”.

⁹² Daniel Mitidiero (2009, p. 100) : “Não há que se falar, ademais, em quebra da imparcialidade e da independência judiciais por obra da possibilidade de instrução por iniciativa oficial, como o ambiente social do modelo isonômico chegava a sugerir, porquanto imparcialidade e neutralidade são conceitos que não se confundem. Juiz ativo é o contrário de juiz neutro; um e outro, todavia, podem ser imparciais. A valoração da prova no processo cooperativo, de postreimeiro, não se liga, de regra, a vínculos legais apriorísticos, sendo nesse sentido considerada livre. Todo juízo de valor sobre a prova, contudo, tem de ser absolutamente motivado. É, aliás, como consta do art. 131 do nosso Código de Processo Civil, e como exige a doutrina italiana ao interpretar o art. 116 do Codice di Procedura Civile”.

⁹³ Lúcio Grassi de Gouveia (2010) entende que “a chamada neutralidade do juiz, no sentido de não-utilização do seu poder assistencial, longe de garantir a justiça, confirma e reflete no processo a supremacia financeira de uma parte sobre a outra e deve ser evitada num processo orientado pelo princípio da cooperação intersubjetiva que deve primar pela igualdade de armas”.

⁹⁴ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973).

I e 342 do CPC brasileiro, juntamente com os arts. 130, 131 e 339, que servirão de subsídio ao adequado julgamento da causa. Por sua vez, Fredie Didier (2010), em seu contributo, aponta o art. 535, do CPC como forma de impugnar por meio de embargos de declaração decisões obscuras, também, como materialização do dever de esclarecimento.

Ao entender que uma concepção hodierna de processo civil passa por um juiz ativo e participativo e que esta realidade vem sendo destacada pela legislação e doutrina estrangeira, atente-se para a importância do art. 130 do Código de Processo Civil brasileiro, por definir que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”, pois imputa um poder-dever de agir ao magistrado no sentido de buscar esclarecimentos essenciais à solução da causa, bem como prevê a possibilidade de incitar as partes a trazerem para os autos os complementos de informação e provas que entender como necessárias à solução da causa.

Afasta-se, portanto, o inconveniente entendimento de ser uma faculdade do magistrado o esclarecimento de fatos pouco compreendidos, dado o seu poder-dever de determinar a produção de provas de ofício na colheita de provas quando julgar pertinente. Só após sua ação nesse sentido é que se toma por pertinente a aplicação do ônus da prova, que, em princípio, em relação aos fatos constitutivos caberá ao autor; e aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, ao réu (GOUVEIA, 2009).

Não é outro o sentido das referidas disposições legais, senão permitir ao julgador um amplo conhecimento da causa, através do esclarecimento junto às partes, à medida que as escuta e exige destas as devidas informações, bem como determina a produção de provas e emite um juízo de valor sobre as mesmas, orientando-se pelo princípio do livre convencimento motivado, bem como fazendo valer o dever que todos têm de colaborar com o Poder Judiciário para a descoberta da verdade.

8.2.2 O dever de prevenção

Em seguida temos o dever de prevenção, cujo desiderato é o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de êxito de seu pedido “ser frustrado pelo uso inadequado do processo” (SOUSA, 1997 *apud* GOUVEIA, 2009, p. 66).

Trata-se do dever de convite às partes para que estas aperfeiçoem seus articulados, conclusões ou razões recusais (DIDIER JR., 2010). Como exemplo claro deste dever, Jesus Gonzáles Perez (1989 *apud* MITIDIERO, 2009), com apoio na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, aponta o fato de ser vedado ao juiz não conhecer de determinada postulação da parte por defeito processual sanável sem que tenha dado oportunidade para a parte saná-lo, sob pena de afronta ao direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva.

A aplicação do dever de prevenção ocorre em todas as situações em que o êxito da ação restar na iminência de ser prejudicado em vista do uso inadequado do processo. Sua observância deve estar presente nos mais variados momentos e não pode ser desprezada pelo juiz, posto que exsurge como uma garantia da igualdade de armas no processo, na medida em que deficiências e insuficiências possam ser sanadas pelas próprias partes na busca da verdade real (GOUVEIA, 2009).

Miguel Teixeira de Souza (*apud* MITIDIERO, 2009) dispõe acerca de quatro áreas onde o dever de prevenção é tomado por essencial. Trata-se de situações em que o êxito da ação possa ser frustrado face ao uso inadequado do processo. Estas decorrem da ‘necessidade de explicitação de pedidos pouco claros’, do ‘caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes’, da ‘necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta’, bem como da ‘sugestão de uma certa atuação pela parte’.

Quanto ao dever de prevenção, o Código de Processo Civil brasileiro determina que, caso constatado que a inicial não preenche os requisitos dos arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil⁹⁵, ou que apresente defeitos ou irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, o juiz determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de dez (10) dias (art. 284 do CPC⁹⁶). Destarte, vislumbra-se um evidente dever de cooperação do juiz com as partes, que corresponde a um direito subjetivo do autor, cujo descumprimento é suscetível de causar nulidade de sentença de indeferimento da exordial. Paradoxalmente, o Código de Processo Civil brasileiro não concede oportunidade semelhante à parte ré, no sentido de que a mesma emende,

⁹⁵ Art. 282. A petição inicial indicará: (...);

Art. 283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

⁹⁶ Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.

corrija ou complete a contestação, bem como é marcado pela rigidez no trato da alteração do pedido ou causa de pedir.⁹⁷

Ainda nesse campo, acaso não satisfeito com a correção, pode ser determinada nova atuação da parte, sem que isso implique o indeferimento da peça. Do mesmo modo, entende-se não ser permitido o indeferimento da petição inicial sem que se dê a oportunidade de correção de defeitos previstos no art. 295, do CPC⁹⁸.

Por fim, julgamos pertinente a menção ao art. 305 do projeto de lei nº 166 de 2010 (novo CPC), ante a inovação que o mesmo promove ao tratar da possibilidade de emenda da petição inicial, determinando que o juiz deve indicar com precisão aquilo que precisa ser corrigido pelo demandante, o que acentua o exercício colaborativo do processo.

Atente-se, ainda, para o art. 301 do mesmo projeto, que prevê o dever de o juiz avisar às partes acerca do uso inadequado do processo, principalmente quando põe em risco a apreciação do direito material. Na presente situação é dever do juiz oportunizar aos litigantes a correção dos rumos de suas postulações.

Destarte, com o objetivo de estabelecer um processo colaborativo, observa-se a preocupação em desenvolver o mérito da causa em detrimento de soluções puramente processuais, que é um reflexo do processo justo, cooperativo e desenvolvido sob os ditames do Estado Constitucional (MARINONI, 2010, p. 112-113).

⁹⁷ Lúcio Grassi de Gouveia (2010, p. 45) adverte, ainda, que “Na aplicação prática do princípio da cooperação - na sua modalidade dever de prevenção - nossos juízes chegam a determinar que as partes explicitem pedidos pouco claros e que colmatem lacunas existentes na exposição de fatos relevantes. Mas dificilmente determinam que elas adquem o pedido formulado à situação concreta. E raramente sugerem uma certa atuação da parte, como ocorre na Alemanha. É que persiste em nosso direito o dogma da neutralidade que muitas vezes leva o possuidor do melhor direito, aquele que deve sair vitorioso na demanda, a sair derrotado por não dispor de meios econômicos para custear uma boa defesa”.

⁹⁸ Art. 295. A petição inicial será indeferida: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

(...) V - quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973); VI - quando não atendidas as prescrições dos arts. 39, parágrafo único, primeira parte, e 284.

8.2.3 O dever de consultar as partes

Ainda na linha posta por Miguel Teixeira de Souza (1997 *apud* MITIDIERO, 2009), entende-se por dever de consulta a obrigação de o órgão judicial sondar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, de forma a permitir que essas possam influenciar no destino da causa. Trata-se do poder de influenciar na decisão e evitar, em seguida, a ocorrência de “decisões-surpresa”.

Entende-se como decisões-surpresa aquelas proferidas em face de questões de conhecimento oficioso sem que haja a sua prévia discussão pelas partes (GOUVEIA, 2009). Em casos específicos toma-se por imprescindível a concessão de oportunidade às partes de influenciar na decisão, para que não se fale em ofensa ao estabelecimento de uma atividade dialética e cooperativa no processo, diante da possibilidade de contribuir para a construção do conteúdo da decisão, antes que a mesma seja prolatada.

Lúcio Grassi Gouveia (2009)⁹⁹ observa que a doutrina alemã defende a necessidade de manifestação das partes como um meio eficaz de inibir a emissão de decisões-surpresa e que o dever de consulta desponta como corolário do princípio constitucional do direito de ação e de defesa. Sob o mesmo enfoque, Fredie Didier (2010) adverte que, apesar de não mencionado por Teixeira de Souza, é imprescindível relacionar o dever de consulta ao princípio do contraditório, visto que, a partir das lições de Eduardo Grasso (2009 *apud* DIDIER Jr., 2010)¹⁰⁰, de uma forma geral a concretização do princípio da cooperação é, também, uma concretização do princípio do

⁹⁹ Gouveia (2009, p. 56) observa que “O objetivo de fundo que anima a tese é simplesmente aquele de assegurar de maneira adequada a exigência de efetividade inerente a garantia de ação e de defesa, precavendo-se as partes do perigo das decisões-surpresa (*Überraschungsentscheidungen*). Defende a doutrina alemã a necessidade de manifestação das partes de forma a evitar decisões-surpresa como corolário do princípio constitucional do direito de ação e de defesa e não somente como emanção direta de normas infra-constitucionais. No caso alemão, ressalte-se ainda a importância do § 139 da ZPO, que dispõe sobre o dever do juiz de discutir com as partes os aspectos de fato e de direito da relação material, bem como da processual. Toda essa questão há muito tempo vem sendo estudada na Alemanha. Na jurisprudência do Bundesverfassungsgericht alemão, o direito ao “*rechtliches Gehör*” resulta portanto delineado como direito de incidir em ordem a qualquer questão, de fato ou de direito, de rito ou de mérito, cuja solução possa influir na decisão jurisdicional. E essa solução vem compartilhada também por grande parte da doutrina, a qual vai enfim convencendo-se que as alegações ou deduções jurídicas dos interessados não são um acréscimo inútil ou supérfluo, mas o exercício da garantia de ação e de defesa e que a individualização e a interpretação da norma a aplicar não constitui uma prerrogativa intangível e exclusiva do magistrado.”

¹⁰⁰. Nesse mesmo sentido, observa-se a “necessidade de que a decisão seja fruto da colaboração dos intervenientes processuais é muitas vezes ressaltada. Entende-se que não basta que o órgão julgante esteja convencido da exatidão da solução, se tal solução não é obtida em maneira correta e verificável. E a sentença não deve ser aceita somente pela sua natureza de ato imperativo, mas pela sua força intrínseca de persuasão obtida através da colaboração dos protagonistas do processo.” (GOUVEIA, 2007, p. 192).

contraditório, que garante aos litigantes o poder de influenciar na solução do conflito e na decisão final.

Trata-se, portanto, do direito da parte de influir no desenvolvimento do processo, evitando-se decisões lastreadas em fundamentos fáticos e jurídicos não examinados ou não conhecidos pelas partes, como forma de dar efetividade à garantia de ação e reação. O dever de consultar as partes implica a valoração jurídica do caso concreto, bem como proporciona uma eficaz administração da justiça, dado que a não valorização do contributo crítico e construtivo das partes envolvidas apenas favorece um uso excessivo dos instrumentos de recurso.

É chegado o momento em que devemos aferir a aplicabilidade desta vertente do princípio da cooperação no Direito brasileiro. De imediato há o indicativo de que em nosso sistema não haveria restrição ao surgimento de “decisões-surpresa”, posto não haver previsão legal expressa proibindo-as, como ocorre nos ordenamentos português e alemão.

Em acréscimo a esta visão, Lúcio Grassi Gouveia (2009) adverte que a existência da restrição no nosso ordenamento poderia implicar a retomada de antigo sistema no qual se anunciava o julgamento antecipado da lide por meio de intimação das partes. Sob sua ótica, tal postura não gozaria de bons préstimos com parte da doutrina e jurisprudência, por restarem mais preocupadas com a rapidez dos procedimentos e a longa duração dos processos no Brasil.

Julgamos, contudo, não ser este o melhor entendimento sobre a questão. Ora, o próprio autor, ao promover referências à doutrina alemã acerca da necessidade de manifestação das partes como um meio eficaz de inibir a emissão de decisões-surpresa, observou, também, que o dever de consulta desponta como corolário do princípio constitucional do direito de ação e de defesa, ou seja, o próprio contraditório, o que tornaria desnecessária sua emanção direta de normas infraconstitucionais.

Nessa toada, já observamos que o princípio da cooperação tem sua materialização ligada ao exercício efetivo do contraditório, que desponta com o poder de influir na decisão e não simplesmente reagir (contraditório reflexivo). A esse dado adicione-se o fato de o já referido projeto de lei nº 166 de 2010 apresenta expressamente a proibição de decisões-surpresa, em seus artigos 10, 110, 469, 475 e 845.

Em decorrência da estrutura cooperativa do processo civil, o Projeto refere, no art. 10, que “o juiz não pode decidir, em grau algum de

jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício”. Na mesma linha, o art. 110, parágrafo único: “as partes deverão ser previamente ouvidas a respeito das matérias que deve o juiz conhecer de ofício”. Ainda, “a prescrição e a decadência não serão decretadas sem que antes seja dada oportunidade de se manifestar” (art. 469, parágrafo único); e: “Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir” (art. 475, parágrafo único). Por fim o art. 845, parágrafo único, condiciona a extinção da execução pela pronúncia intercorrente ao prévio debate judicial (MARINONI, 2010, p. 75).

Não se diga, por conseguinte, que a ausência atual de menção expressa à proibição de decisão-surpresa em nosso sistema afasta a sua aplicação. Repise-se que a presente vertente do princípio da cooperação tem estreita ligação com o princípio do contraditório, que sob a ótica moderna, reflexiva, implica a possibilidade de as partes influírem na construção da decisão final, sob pena de restrição indevida a direito fundamental posto.

8.2.4 O dever de auxiliar as partes

Finalmente, ao juiz é dado o poder-dever de providenciar a remoção de obstáculos, quando a parte não o faz por impossibilidades. Toma-se a presente vertente aquela que mais representa o atuar com vistas a promover a cooperação no processo, na medida em que poderia representar de forma simples e imediata as demais espécies de colaboração. Trata-se do “dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais” (SOUSA, 1997 *apud* DIDIER JR., 2010).

Para que surja o dever de atuação estatal, afirma Lúcio Grassi ser necessária a ocorrência de séria dificuldade imposta à parte. Nesse sentido laboram o Direito português e o Direito brasileiro, conforme o exposto nos arts. 355 e 360 do CPC brasileiro¹⁰¹, quando autoriza o juiz a

¹⁰¹ Art. 355. O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa, que se ache em seu poder.

ordenar a exibição de documento ou coisa em poder da parte ou de terceiro, bem como quando determina, dentre outras possibilidades, que se possam inspecionar pessoas ou coisas para o devido esclarecimento de fato importante para decisão da causa, nos termos do art. 440 do CPC.

Conforme o autor, é o que ocorre quando uma das partes apresenta em juízo a alegação de possuir séria dificuldade para obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de uma faculdade, o cumprimento de um ônus ou dever processual, quando caberá ao juiz, desde que possível, providenciar a remoção do obstáculo, evitando-se, desse modo, que ocorra uma decisão desfavorável em decorrência de impossibilidades criadas ou ocorridas em desfavor de uma das partes.

O dever de auxílio enfatiza a busca efetiva da verdade material e impede, por conseguinte, que a parte venha a ter contra si uma decisão desfavorável em decorrência de fato que não pode solucionar sem o auxílio da outra parte e a compreensão do julgador nesse sentido, “desprestigiando decisões puramente formais baseadas na ausência de provas que a parte não logrou êxito em obter” (GOUVEIA, 2009, p. 42).

8.3 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO COMO REPRESENTAÇÃO DE UM MODELO DE PROCESSO AUTORITÁRIO

Questiona-se, todavia, acerca do viés autoritário promovido pelo princípio da cooperação, se assim pode ser entendido, ou se estamos a tratar de um novo modelo de processo civil que, contrariamente, afasta-se do ‘paradigma autoritário’.

Diante da premissa estabelecida, há diversos autores que pendem no sentido da segunda conclusão, como os já trabalhados acima. Contudo, outras opiniões apoiam-se na concepção de que a positivação do princípio da cooperação seria a consagração de um modelo de processo autoritário, visto que a colaboração só poderia ser concebida em um ambiente no qual os cidadãos mais pudessem fazer uso pleno do de direito de combater e fazer todas as armas proporcionadas pelo ordenamento jurídico.

Art. 360. Quando o documento ou a coisa estiver em poder de terceiro, o juiz mandará citá-lo para responder no prazo de 10 (dez) dias.

Esse é o entendimento do autor espanhol Juan Montero Arouca (*apud* DIDIER JR., 2010), e seguido pelo português Luís Correia de Mendonça (*apud* DIDIER JR., 2010, p. 31), que chega a tomar como pura ilusão a antagônica ideia de que as partes, extremadas em suas posições, finjam que são amigas e “que o processo é um alegre passeio de jardim que as partes dão de mãos dadas na companhia do juiz”.

Não se pretende, é obvio, estabelecer uma república de anjos por meio do processo cooperativo. Todavia, há de se observar que o autor não apreende a essência do princípio da cooperação, que ao estabelecer deveres que decorrem do direito material, sem olvidar a existência de interesses contrapostos, servem para tornar mais leal e menos bárbara a luta por tais interesses, já que até na guerra a proteção da boa-fé objetiva se impõe, conforme diversas passagens do Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional (DIDIER JR., 2010).

No Brasil a presente oposição restou denominada como ‘neoprivatismo processual’, por vislumbrar características autoritárias na aplicação da boa-fé no processo. Trata-se da visão oposta à exacerbação do elemento publicístico no processo civil, cuja ideia subjacente, conforme Barbosa Moreira (2009), é a de que o processo deve chegar a um resultado justo, de preferência com dispêndio mínimo de tempo e energias.

Esse setor da doutrina incomoda-se com a ideia da concessão de muitos poderes ao órgão judicial, por vislumbrar nela uma exacerbação indevida do elemento publicístico do processo e uma inadmissível manifestação de autoritarismo decorrente, em suposição, de legislação emanada de governos antidemocráticos e indiferentes às garantias dos jurisdicionados.

Contudo, adverte o autor, que é preciso repensar a função que o órgão judicial é chamado a exercer no processo, que vai além de julgar o litígio submetido a seu exame, mas que o faça a partir de duas espécies de materiais: os fatos e o direito. Ora, se a lei quer que o juiz julgue, que o faça de modo bem informado. Para tanto, há que fazer uso dos meios que tenha à mão.

Por isso, “e.g.”, a realização de prova para melhores esclarecimentos dos fatos relevantes, sob a determinação do juiz, não implica usurpação de função da parte, por ser esta a única incumbida de fazer. A iniciativa do juiz é inerente à sua missão de julgador, de um juiz empenhado em julgar bem.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fim de encerrar o presente estudo, julgamos pertinente a referência a algumas das ideias mais importantes aqui apresentadas, com vistas a uma sistematização resumida, já que conclusões foram ofertadas ao longo da explanação dos temas propostos.

Iniciamos nossa explanação a partir dos questionamentos que envolvem o chamado ‘processo liberal’, marcado pelo individualismo exacerbado e pela construção de uma legislação casuística, conduzida por um tipo de interpretação precisa e de sentidos unívocos, espelho de um sistema fechado.

Ciente de que o processo é um instrumento do qual o Estado se utiliza como um mecanismo de poder e que o mesmo tende a refletir a ideologia estabelecida no meio onde surge, observou-se a necessidade de vincular a estrutura do processo a padrões mais perenes, superando-se as influências de valores individualistas, que fomentam a estruturação de um processo arbitrário, pouco participativo e despreocupado com a realização do direito material.

Pontuamos a necessidade de evolução no modo de pensar e aplicar o direito processual civil, em favor da prevalência de uma visão publicista, de fundo solidarista, onde o exercício do processo é desenvolvido na perspectiva de respeito mútuo, colaboração e atuação de boa-fé, respaldada pela existência de um julgador que conhece e compreende a realidade social que o cerca e que tem a possibilidade de desenvolver uma atividade jurisdicional criativa.

A boa-fé desponta como importante elemento para a realização desse cenário, na medida em que atua como um mecanismo de interpretação ou de restrição de direitos, sempre na perspectiva trazer soluções mais justas ao caso em apreciação.

Como elemento central na atividade de renovação do processo, passamos à conceituação do instituto da boa-fé, considerando a existência de suas vertentes subjetiva e objetiva, em face da qual foi possível extrair a idéia de uma boa-fé que decorre de padrões de honestidade socialmente reconhecidos, traduzindo-se como verdadeira regra ética, como dever de fidelidade e de não abusar da confiança alheia.

Nessa toada, foi possível observar o desenvolvimento do instituto, decorrente, principalmente, da codificação e jurisprudência alemã, quando restou firmada a sua vertente objetiva, que passa a figurar como um mecanismo de superação do princípio da autonomia da vontade, do liberalismo burguês e de um sistema fechado, já que boa-fé objetiva mostra-se

sensível às exigências de equidade e efetivação de princípios expressos ou logicamente deduzidos e extraídos do sistema.

Para atuar nesse propósito, destacamos a importância da técnica legislativa de inserção de enunciados normativos genéricos/vagos, em decorrência da substituição do direito constituído apenas por regras, para um modelo que abarque, também, princípios e normas abertas, rompendo com o positivismo do Estado liberal e dando vazão às influências do Estado Constitucional, no qual o juiz é convocado a criar (ou a reconstruir) o direito mediante o preenchimento desses conceitos, especialmente a boa-fé.

Ademais, conforme já explicitado, uma eficiente aplicação do direito depende do reconhecimento da força normativa dos princípios e de sua relevância como fonte de interpretação no emprego das regras, o que faz com que os mesmos passem a figurar como elemento componente do método de aplicação do direito. Nesse aspecto, maior relevância é dada ao princípio da boa-fé, que deixa de figurar como 'elemento reserva' na aplicação do direito e exsurge como parte essencial do método de aplicação. A compreensão desse fenômeno, destarte, é deveras significativa para o instituto da boa-fé, na medida em que se busca uma ampla aplicação dos seus ditames.

Portanto, não há como ficar imune às transformações ocorridas na metodologia de aplicação do direito, cujos reflexos são sentidos no campo do direito processual civil, especialmente em face da transformação da hermenêutica jurídica, que a partir de enunciados vagos ou fluidos, inseridos em um sistema de concepção aberta, passa a reconhecer o papel criativo e normativo da atividade jurisdicional, como medida necessária ao essencial desenvolvimento do direito.

Daí a importância dada à boa-fé que, enquanto princípio, concretiza a força normativa e amplia a efetividade da Constituição e, como regra, figura como norma formada por enunciado fluido ou vago (inciso II do art. 14 do CPC, art. 242 do CC). Ambas, no momento de sua aplicação, passam a exigir um maior esforço do julgador e que o mesmo detenha conhecimento das diversas ramificações do direito e da realidade fática, a fim de proferir soluções ajustadas às pretensões sociais legítimas.

Dectetou-se, portanto, a assimilação de novos paradigmas na criação e aplicação do processo, especificamente aquele no qual se abdica de uma ótica positivista em favor de uma lógica argumentativa, onde o problema ou o caso concreto passa a figurar no centro de um

procedimento interpretativo que vai além da simples subsunção e exige o emprego de princípios, de cláusulas gerais, juízos de equidade etc., através de um diálogo judicial ético, com notas de cooperação, como valor essencial à formação do juízo e concreção do direito.

Nessa toada, restou ressaltado o prestígio do artigo 5º, inciso XXXV, da CF, como forma de promover um amplo acesso à ordem jurídica justa, que vai além do simples ingresso em juízo, na medida em que envolve, dentre outros, a necessidade da observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal e a participação dialética na formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (efetividade do contraditório), os quais figuram como hábeis mecanismos ao estabelecimento de um novo olhar sobre o processo.

A partir da premissa de que o conceito de boa-fé processual está indissociavelmente ligado à qualificação jurídica da conduta dos participantes do processo, surge a necessidade de se coibir o exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, ou seja, o abuso de direito. Este, vale repetir, desponta como um indicativo da evolução do valor segurança jurídica, a partir da proteção às expectativas legitimamente criadas, que pode ser identificada em vários institutos como o princípio da proteção da confiança (*Vertrauensschutzprinzip*), a proibição do comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*), a *Verwirkung* (*suppressio*), o *tu quoque* e as preclusões lógicas. Assim, constata-se que a análise da conduta da parte sob os ditames da boa-fé não serve apenas para a defesa do mais fraco, mas também atua como fundamento para orientar uma interpretação garantidora da ordem, compatibilizando interesses contraditórios.

Observou-se, por fim, a necessidade de ser superada a concepção do contraditório como um simples direito de reação, a fim de que o mesmo passe a funcionar sobretudo como fonte de deveres processuais, como a lealdade e a preservação da confiança. É neste ambiente dialético que se desenvolve o processo cooperativo, marcado pela presença de um julgador que deve discutir com as partes as perspectivas judiciais divergentes, quando poderá fazer uso do poder-dever de esclarecimento, de consulta, prevenção e de auxílio às partes.

Finalmente, a atividade judiciária, como uma atuação de Estado destinada a compor os conflitos sociais, mediante a interpretação e aplicação do direito, não será suficiente se não levar em conta os preceitos éticos. Por sua vez, o processo, enquanto instrumento a ser utilizado na consecução dessa atividade, não poderá pautar seu desenvolvimento dissociado dos deveres de lealdade, veracidade e preservação da confiança.

REFERÊNCIAS

ABREU, Sérgio Luiz da Silva de. **A cláusula geral como fundamento de socialidade e eticidade nas relações jurídico privadas**. Disponível em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3093>. Acesso em: 09.jul.2010.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 14, p. 20- 27, abr./jun.1995.

_____. O Poder Judiciário e a Concretização das Cláusulas Gerais: Limites e Responsabilidades. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 18, p. 221-228, 2000.

ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica**. Tradução de Manuel Atienza. Centro de Educação a Distância da Universidade de Brasília -CEAED/UNB/AGU. Alicante, 1989.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** : da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In.:MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS,1997. , p. 413-465.

_____. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

ASSIS, Araken de. Dever de veracidade das partes no processo civil. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**, ano 58, n. 391, p. 11-25, mai. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 30 mar. 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Código de Processo Civil interpretado. In.: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídeo A.. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 1 v.

_____. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 2ª ed.

BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado: o processo sob a perspectiva de estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Licções de direito processual civil**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 1 v.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 1 v.

_____. O Contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, Rio de Janeiro, n. 126, p. 59-81, 2005.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, p. 1 – 44, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 02.out.2010.

CARPENA, Heloísa. **Abuso do Direito nos Contratos de Consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea**. Centro de Educação a Distância da Universidade de Brasília - CEAED/UNB/AGU, 2009.

_____. **A Filosofia do Direito em face dos desafios do século XXI**. Centro de Educação a Distância da Universidade de Brasília - CEAED/UNB/AGU. 2009.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. **Litigância de má fé, abuso de direito de acção e culpa 'in agendo'**. Coimbra: Almedina, 2006.

DIDIER, JR. Fredie. **Fundamentos do princípio da Cooperação do Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010.

_____. Cláusulas Gerais Processuais. **Revista do Tribunal Regional Do Trabalho da 14ª Região**, Porto Velho, v. 6, n. 1, p. 15-34, jan./jun. 2010b.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11 ed. Salvador: Jus podivm, 2007. 1 v.

_____. Cláusulas gerais processuais. **Revista Internacional de Estudos de Derecho Procesal y Arbitraje**, n. 2, 2010. Disponível em:
<<http://www.riedpa.comCOMUdocumentosRIEDPA2104.pdf>>. Acesso em: 09 fev.2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 3 v.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Deveres gerais de conduta nas obrigações civis**: breves notas sobre o princípio da boa-fé objetiva e sua influência nas relações contratuais. Disponível em:
<<http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/artigo/2010/06/06/deveres-gerais-de-conduta-e-boafe>>. Acesso em: 10. nov.2010.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda lei 11.232/05. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 36 2006.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de . A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 172, p. 32-53, 2009.

_____. A importância do dever de expor os fatos de acordo com a verdade no panorama histórico-evolutivo de processo civil mundial. **Revista da ESMape**, Recife, v. 9, n. 20, p. 419-454, 2004.

_____. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR, Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2007. 1 v.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1996.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto: **Deveres gerais de conduta nas obrigações civis**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6903>>. publicado em 06/2005. Acesso em: 01.jan.2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e proposta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Curso de processo Civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.1 v.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. O Direito Privado como um sistema em construção. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado, n. 139, p. 7. 1998.

MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2000.

MELO, Luzinete Cardoso de Melo. **O princípio da boa-fé objetiva no Código Civil**. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6027/o-principio-da-boa-fe-objetiva-no-codigo-civil>>. Acesso em: 25 mai. 2010.

MENKE, Fábio. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos, **Revista Ajuris**, n. 103, p. 69-94, set. 2006.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em Direito Processual Civil. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba , v. 1, n. 1, p. 484-510, jan./abr. 1996.

MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz . **A Jurisdição como elemento de inclusão social**. São Paulo: Manole, 2002.

MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. **Novo Processo Civil Brasileiro**. 22 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002.

_____. **O neoprivatismo no processo civil**. Leituras complementares de processo civil. 7 ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

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

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil** : Proposta de um formalismo-valorativo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo. **Gênesis**: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n. 39, 2006.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 90, p. 55-93, 2003b.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Instrumentalidade do processo e devido processo legal**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3062>>. Acesso em: 24.abr.2010.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 3 v.

PRETEL, Mariana Pretel e. **A Boa-Fé Objetiva e a Lealdade no Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. **Genesis: Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 32. abr./jun., p. 239-255, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do Comportamento Contraditório: Tutela da confiança e venire contra factum proprium**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil**. Rio de Janeiro. Renovar, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

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 Iuris, 2002.

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

SCOTT, Guilherme. **Teorias jurídicas positivas**. Centro de Educação a Distância da Universidade de Brasília -CEAED/UNB/AGU, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Código Civil. **Os Chamados microsistemas e a Constituição:** premissas para uma reforma legislativa. Problemas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo – princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz. **Revista Jurídica:** órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, Porto Alegre, ano 56, n. 368, p. 11-28, jun. 2008.

VINCENZI, Brunela Vieira De. **A boa-fé no processo civil.** São Paulo: Atlas, 2003.

WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fé.** Cuadernos Cívitas. Madrid: Cívitas, 1979.