

Flávia Palazzi

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ
PROCESSUAL NO ALCANCE DE UM PROCESSO
JUSTO E DE RESULTADOS EFETIVOS**

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Curso de Especialização em Direito Processual Civil**

São Paulo

2011

Flávia Palazzi

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ
PROCESSUAL NO ALCANCE DE UM PROCESSO
JUSTO E DE RESULTADOS EFETIVOS**

Monografia apresentada à banca examinadora do
Curso de Especialização em Direito Processual Civil
da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
sob orientação do Professor Claudio Cintra Zarif.

Curso de Especialização em Direito Processual Civil

São Paulo

2011

RESUMO

O presente trabalho visa desenvolver a dinâmica e a aplicação rigorosa do princípio da boa-fé e do instituto da litigância de má-fé como métodos já disponíveis no ordenamento jurídico, apesar de pouco utilizados, que garantem alcançar um processo de resultados justos e efetivos, além de contribuírem para a diminuição de demandas temerárias, que tanto abarrotam o poder judiciário e acarretam a descrença da sociedade na solução justa, útil e tempestiva dos conflitos.

Sumário

1	Introdução	5
2	Evolução histórico-metodológica do processo	9
3	Princípios do processo.....	13
3.1	Acesso à justiça.....	16
3.2	A boa-fé como princípio constitucional norteador do ordenamento jurídico	18
3.2.1	A boa-fé processual	19
3.3	Economia e eficiência processuais: a duração razoável do processo e os meios que garantem a celeridade processual.....	21
3.4	Efetividade do processo	24
4	Aplicação do princípio da boa-fé processual	26
4.1	Dualidade de conceitos: a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva	29
4.2	As funções da boa-fé objetiva.....	31
4.2.1	A função interpretativa	32
4.2.2	A função integrativa.....	33
4.2.3	A função limitadora da conduta.....	34
4.2.4	Deveres jurídicos anexos ou acessórios	35
4.3	Os deveres das partes e seus procuradores no processo: o artigo 14 do CPC	38
5	Litigância de má-fé.....	46
6	Conclusão	51
	REFERÊNCIAS.....	54

1 Introdução

O tema acesso à justiça, erigido à condição de garantia constitucional, tem sido uma das questões centrais do direito político e processual nas últimas décadas. A evolução do processo civil mostrou aos estudiosos e à própria sociedade que para que seja possível falarmos substancialmente em acesso à justiça, é necessário que haja um instrumento capaz de conferir ao detentor do direito não apenas a faculdade de acionar o Poder Judiciário, mas principalmente de dele obter resultados efetivos, concretos e apaziguadores, que garantam a cristalização da democracia.

Nos dizeres de Mauro Cappelletti e Bryan Garth, o acesso à justiça pode ser encarado como o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos.¹

Desta forma, desenvolveu-se a ideia de que acesso à justiça não se limita ao mero acesso aos tribunais, mas sim à ordem jurídica justa e tempestiva. Acerca do conteúdo elementar desse direito ensina Ada Pellegrini Grinover:

*“O direito à informação; o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; o direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo da ordem jurídica justa; o direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; o direito à remoção dos obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à justiça com tais características”.*²

Não basta haver processo. É fundamental que o processo seja devido, ou seja, paritário, tempestivo, efetivo, adequado, público e leal.

Na verdade, não se pode falar em estado Democrático de Direito se o cidadão não consegue provocar, obter e também executar a tutela jurisdicional que lhe foi prestada, tudo em tempo razoável.

¹ Acesso à justiça, p. 11

² O processo em evolução, p. 115.

Sem dúvidas, tratar da concepção social do processo enquanto instrumento político de efetividade do direito material é o grande desafio a ser vencido na construção de uma nova justiça, nessa perspectiva de cidadania e democratização.

Certamente, diversos são os entraves e obstáculos enfrentados, como questões econômicas, sociais, geográficas, culturais, políticas e, também, processuais.

No aspecto processual, muitos problemas podem ser enumerados, dentre eles a séria e grave questão da morosidade, escancarada pela Ministra Carmen Lúcia Antunes, sem contornos ou amenizações:

“Não se quer justiça amanhã. Quer-se justiça hoje. Logo a presteza da resposta jurisdicional pleiteada contém-se no próprio conceito do direito-garantia que a justiça representa. A liberdade não pode esperar, porque enquanto a jurisdição não é prestada, ela pode estar sendo afrontada de maneira irreversível; a vida não pode esperar, porque a agressão ao direito à vida pode fazê-la perder-se; a igualdade não pode esperar, porque a ofensa a este princípio pode garantir a discriminação e o preconceito; a segurança não pode esperar, pois a tardia garantia que lhe seja prestada pelo estado terá concretizado o risco por vezes com a só ameaça que torna incertos todos os direitos”³.

Rui Barbosa, já em 1921, afirmava que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade”⁴

Não foi por acaso que o legislador pátrio, por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º, prevendo taxativamente o direito à duração razoável do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Antes mesmo do advento de tal emenda, não havia como negar que o princípio da duração razoável do processo já era direito vigente, pois assegurado expressamente pelo art. 8, n. 1, do Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto n. 678/1992 e, por isto, norma integrante do sistema processual civil. Aliás, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, norma supralegal.⁵

³ *O direito constitucional à jurisdição*, p.37

⁴ *Oração aos moços: edição popular anotada por Adriano da Gama Kury*, p. 39

⁵ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100258>
C:\Documents and Settings\vlo\Desktop\Monografia.doc

Os mais renomados doutrinadores não cansam de afirmar a necessidade de um processo justo e de resultados efetivos, como José Roberto dos Santos Bedaque, para o qual “somente se pode falar em efetividade do processo se o seu resultado for socialmente útil, proporcionando ao titular de um direito, em cada caso concreto, o acesso à ordem jurídica justa”.⁶

Por sua vez, afirma Cândido Rangel Dinamarco que “é preciso implantar um novo método de pensamento, rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo”.⁷

Não é a toa que, desde a promulgação do Código de Processo Civil em 1973, várias foram as reformas na tentativa de simplificá-lo, torná-lo mais célere, efetivo e condizente com a realidade daqueles que buscam no judiciário a solução de seus conflitos.

Hoje se fala em um novo Código de Processo Civil, capaz de traduzir os anseios da comunidade jurídica e da sociedade na transformação daquela embolorada visão do processo, cujo objeto precípua era garantir a segurança jurídica.

A tendência atual é a busca por um processo de resultados, que prestigie mecanismos e técnicas aptas a satisfazerem, no mundo fático, a pretensão do litigante. Neste sentido é a manifestação do Professor Eduardo Talamini sobre o novo Código de Processo Civil:

“O Código aprovado em 73, submeteu-se desde o início da década de 1990 a sucessivas alterações. A época das reformas processuais corresponde a 50% do tempo de vigência do Código. Mais de trinta leis o alteraram. Depois de tudo isso, é compreensível algum desconforto entre profissionais do direito que lidam com processo civil, quando se fala da elaboração de um novo Código. É como que se alguém passasse quase vinte anos reformando a sua casa para, depois de tanto transtorno, dizer: ‘É, não serve. O jeito é demolir essa e construir outra’. Sob esse aspecto, parece essencial que a Comissão efetivamente cumpra a promessa que faz, nas linhas gerais apresentadas, de elaborar um diploma que não ignore as tentativas de reformulação empreendidas nos últimos anos. Faça-se, assim, um novo diploma que primordialmente se preste à racionalização e simplificação de muitos dos mecanismos e institutos engendrados nessas duas décadas. A verdade é que, com tantas

⁶ *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, p. 56.

⁷ *A instrumentalidade do processo*, p. 271.

alterações pontuais, o Código virou uma colcha de retalhos.”⁸

Embora seja inquestionável, sob muitos aspectos, a contribuição das reformas para que o processo realmente se torne um instrumento de pacificação social, o que se pretende neste trabalho é destacar e prestigiar instrumentos simples e que já estão consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, mas que por vezes são completamente esquecidos e ignorados.

São poderosas armas no combate à morosidade, inefetividade processual e, até mesmo, ao aumento das demandas temerárias e desprovidas de qualquer fundamento jurídico, que abarrotam o judiciário e dificultam a prestação da justiça.

Desta forma, longe de ter a intenção de esgotar o tema, propõe-se a análise da aplicação do **princípio da boa-fé processual** e das consequências de seu descumprimento a todos os sujeitos do processo.

Sim, pois o princípio da boa-fé processual, embora seja corolário do devido processo legal, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, é subutilizado no cotidiano forense, ficando às margens das intermináveis discussões acerca de como tornar o processo civil mais justo e célere, seja com criações de novos institutos, seja com revogações de outros, ou até mesmo com a promulgação de um novo Código de Processo Civil, quando, na verdade, nos parece que alguns celeumas jurídicos poderiam ter soluções muito mais simples e próximas.

Acredita-se que, muito mais do que as reformas processuais, o que realmente garante a prestação adequada da tutela jurídica, tornando o processo um instrumento de pacificação social, é um rigorismo maior na aplicação das normas disponíveis no ordenamento jurídico, para que haja uma mudança de mentalidade da sociedade e, conseqüentemente, a elevação dos argumentos e clareza na intenção das partes.

O enfoque do presente trabalho é, portanto, no agir com responsabilidade e lealdade processual, a fim de se evitar lides temerárias e abusivas, que confrontam com o espírito constitucional e com a própria noção de democracia.

⁸Manifestação publicada no sítio www.migalhas.com.br

2 Evolução histórico-metodológica do processo

Para o estudo adequado do direito processual civil, fundamental tecer breves comentários sobre a sua evolução histórico-metodológica.

Em um primeiro momento, que nos remete ao direito romano até o ano de 1968, imperava a fase sincrética ou civilista. O direito processual era negado, sendo sinônimo de direito material.

Defendida por Friedrich Carl von Savigny, tal fase pressupõe que o direito de ação seria inerente ao direito material, como resposta à sua violação. Costumava-se dizer que o processo era o direito civil armado para a guerra.

Contudo, a fase sincrética ou civilista não foi capaz de explicar casos como o da ação meramente declaratória, em que não há a violação de um direito material e tudo que o autor deseja é a declaração de um direito ou de uma situação jurídica para que haja a sua oficialização.

A mudança de paradigma, inaugurada pela denominada fase autonomista ou científica, foi consagrada por Oskar Von Bülow, em 1868, na obra clássica “Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais”, que percebeu que a relação material é distinta da relação processual. Esta última nasce da ligação dos sujeitos do processo com o Estado, que decide quem possui razão na análise do caso concreto.

Assim, nesta fase, passou-se a entender que a relação processual é autônoma, independente do resultado de procedência ou improcedência. Vale transcrever as palavras de Moacyr Amaral dos Santos:

“Na segunda metade do século passado, da análise dos atos componente do processo e da sua finalidade, Bülow (1968) (...) focalizou, nos atos que se realizam o processo, desde o ato introdutivo, e nos que se sucedem, sejam atos das partes ou atos do juiz, direitos e deveres daquelas e deste às respectivas atividades, que coordenam e se cooperam tendo em vista um fim, qual a atuação da vontade da lei pelo órgão jurisdicional. A esse complexo de direitos e deveres, das partes e do juiz, que se objetivam em atos, que se sucedem até a sentença, formando o processo, e que se vinculam pelo fim a que se destinam, Bülow deu o nome de relação jurídica processual. Assim, o processo será uma relação jurídica, ou, ao menos, nele se contém uma relação jurídica.

A idéia despertou a adesão dos mais eminentes processualistas, mas também algumas resistências de outros não menos ilustres. Assim, GOLDSCHMIDT pretende seja o processo

uma situação jurídica; JAIME GUASP, acompanhado de COUTURE, atribui ao processo natureza de instituição. Não examinando as críticas que se fazem à concepção de processo como relação jurídica, nem as concepções oferecidas para substituí-la, assunto que se tratará noutro passo, queremos adiantar que nos filiamos à corrente que considera ter o processo a natureza de relação jurídica, corrente essa dominante e a que se pretendem os mais modernos processualistas brasileiros, como BUENO VIDIGAL, ALFREDO BUZUID, MACHADO GUIMARÃES, GABRIEL DE REZENDE FILHO, LOPES DA COSTA, FREDERICO MARQUES, TORNAGHI ETC.”⁹

E leciona Cássio Scarpinella Bueno:

“É ao longo desta fase – que, para fins tão somente ilustrativos, ocupou o período que vai de 1868 (levando em conta a obra de Bülow) até meados da década de 1950 – que o estudo do direito processual civil se desenvolveu e que todos os seus institutos foram, com solidez, traçados. Conceitos como ‘ação’, ‘processo’, ‘relação jurídica processual’, ‘condições da ação’, ‘pressupostos processuais’ – que até hoje, são referenciais obrigatórios para se estudar o direito processual civil – foram todos traçados e desenvolvidos ao longo daqueles aproximadamente cem anos.

A premissa científica adotada pelas escolas ‘autonomistas’, contudo, acabou por conduzir o estudo do processo civil para **algo muito distante da realidade, muito distante do direito material controvertido e, por isto mesmo, acabou por transformá-lo ou, quando menos, criar condições para transformá-lo em ciência pouco prática ou, menos que isto, extremamente difícil de ser colocada em prática.**

Não há razão para criticar o que, analisado com olhos de hoje, pode parecer errado ou exagerado. Todas as escolas que se voltaram a estudar ‘cientificamente’ o direito processual civil, isolando-o dos demais ramos do direito e, de forma bem ampla, do direito material, negando qualquer grau de interferência entre um plano e outro, apenas aplicaram as premissas mais amplas do pensamento jurídico reinante de sua época. Limitaram-se a reagir a escolas passadas em busca de respostas e de soluções que então se impunham para melhor entender o ambiente do ‘direito processual civil’ a partir de uma ótica de direito, de Estado e de pensamento jurídico então reinante. (...). O pensamento contemporâneo do direito processual civil busca corrigir os excessos de suas fases anteriores.”¹⁰ (g.n.)

Assim, também não foi uma fase que satisfizesse as exigências sociais, pois faltou aos seus defensores uma postura voltada aos resultados do processo, já que se importavam apenas com a natureza do instrumento capaz de acionar o Judiciário, mas não com a real solução da lide.

Como destacado por Cássio Scarpinella Bueno, por volta de 1950, surge uma nova visão processual. É a chamada fase instrumentalista, cujos ícones são Mauro Cappelletti e Garth, com a obra “Acesso à Justiça”, que sustentou uma reaproximação entre o direito material e o processual, com vistas a, sem perder a autonomia do processo, torná-lo um verdadeiro instrumento de acesso à justiça.

⁹ *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 273-274.

¹⁰ *Curso sistematizado de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil*, p. 73-74

Destaca-se, já no trecho introdutório da obra, a preocupação com a efetividade dos direitos do cidadão:

“Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo. Nossa tarefa, neste Relatório, será a de delinear o surgimento e desenvolvimento de uma abordagem nova e compreensiva dos problemas que esse acesso apresenta nas sociedades contemporâneas. Essa abordagem, como se verá, vai muito além das anteriores. Originando-se, talvez, da ruptura da crença tradicional na confiabilidade em nossas instituições jurídicas e inspirando-se no desejo de tornar efetivos – e não meramente simbólicos – os direitos do cidadão comum, ela exige reformas de mais amplo alcance e uma nova criatividade. Recusa-se a aceitar como imutáveis quaisquer dos procedimentos e instituições que caracterizam nossa concepção de justiça. Com efeito, os reformadores já têm avançado muito com essa orientação. Suas realizações, idéias e propostas básicas, bem como os riscos e limitações desse ousado, mas necessário método de reforma serão discutidos nesse Relatório.”¹¹

Dentro dessa concepção, os autores sustentaram a necessidade da observância de três ondas (movimentos) renovatórias para a garantia de um processo justo e de resultados efetivos.

A primeira onda renovatória diz respeito ao aspecto econômico e educacional. O processo só seria um instrumento de acesso à justiça se a pessoa pobre na concepção jurídica do termo fosse capaz de propor uma ação.

Para tanto, seria necessária a isenção de custas, de despesas processuais e a criação de um órgão público que concedesse assistência em juízo, bem como a criação de um órgão público responsável por orientações jurídicas, com dedicação exclusiva.

Daí a criação de instrumentos como a justiça gratuita, o Juizado de Pequenas Causas, a Justiça do Trabalho Gratuita e a importância da Defensoria Pública.

A segunda onda renovatória consagrou a representação dos direitos metaindividuais em juízo e o nascimento do processo coletivo. Representou, dessa forma, o obstáculo organizacional de distribuição de justiça.

¹¹ *Curso sistematizado de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil*, p. 73-76

Sim, pois se percebeu que o direito individual clássico não era capaz de tutelar todos os direitos e interesses, entre eles, por exemplo, os de titularidade indeterminada, os economicamente desinteressantes do ponto de vista individual e os cuja tutela coletiva seja recomendável do ponto de vista da facilidade (litígios repetitivos e com risco de decisões contraditórias).

Por fim, a terceira onda renovatória, e aqui o enfoque para o presente trabalho, pregou a necessidade da superação do obstáculo processual e jurisdicional.

Tratou, portanto, da superação da lentidão processual, alertando não só para a necessidade de efetiva e tempestiva decisão judiciária, como também para meios alternativos de resolução de conflitos, como mediação, conciliação, transação e atendimentos multidisciplinares.

Mais uma vez, lapidar as palavras de Cássio Scarpinella Bueno:

“A chamada ‘terceira onda de acesso à justiça’ propugna um novo meio de ser pensado o próprio processo enquanto realizador do direito material, levando em conta, aprimorando, o enfoque das ‘duas primeiras ondas de acesso à justiça’. Trata-se, a bem da verdade, de assumir, expressa e conscientemente, que o processo civil deve ser pensado de uma tal forma que garanta, na sua plenitude, as realizações e as fruições asseguradas no plano do direito material. Às técnicas características da ‘primeira’ e da ‘segunda’ ‘ondas de acesso à justiça’, assim, devem ser somadas outras para generalizar a tutela processual de quaisquer direitos materiais. (...)”

É neste sentido que a proposta desta ‘terceira onda de acesso à justiça’ reside muito mais na criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos, que dispensam ou, quando menos, flexibilizem a atuação da função jurisdicional; a criação de novos procedimentos de acordo com as vicissitudes do direito material controvertido e, de forma ampla, as reformas das leis processuais para que elas sejam mais aderentes às realidades externas ao processo. Não se trata, pois, de apenas criar condições de acesso à justiça no sentido de fazer que um determinado direito ou interesse seja levado para a apreciação do Estado-juiz mas, muito além disso, de uma concepção que admite não ser suficiente a representação judicial de um direito. É mister também que a atuação jurisdicional possa tutelá-lo adequada e eficazmente, realizando-o no plano exterior ao processo, no plano material.

A proposta reformadora que marca a ‘terceira onda de acesso à justiça’ é a que rende ensejo à maior gama de possibilidades críticas ao estudo e à transformação do direito processual civil. É ela que, de forma consciente ou não, predomina na doutrina e na jurisprudência nacionais. É ela também que acabou por levar às amplas transformações experimentadas pelo Código de Processo Civil e que ocupa boa parte da produção legislativa produzida mais recentemente no direito brasileiro.”¹² (g.n.)

¹² *Op. cit.*, p. 85.

3 Princípios do processo

Para o estudo da necessidade da rigorosa aplicação do princípio da boa-fé no processo civil e do instituto da litigância de má-fé, faz-se necessário compreender o significado, a relevância e o alcance dos princípios jurídicos na busca de soluções para as crises jurídicas, na extração de regras e normas de procedimento.

O atual ordenamento jurídico reconhece que os princípios não são simples recomendações, orientações; são normas que obrigam aqueles que a elas estão sujeitos.

A sua generalidade quanto aos destinatários e ao conteúdo não prejudica a sua força coercitiva. Na verdade, assegura maior potencial de durabilidade na regulação da vida em sociedade.

Um sistema formado apenas por regras não seria capaz de manter-se no tempo, considerando que o diploma legal teria que ser extremamente minucioso, exaustivo, completo, o que impediria a evolução ágil da norma compatível com as necessidades e conflitos sociais em dado momento histórico.

Assim, hoje o ordenamento jurídico se faz em duas bases, duas espécies normativas: princípios e regras.

Esse cenário reconhecido na doutrina contemporânea de normatividade dos princípios e da importância das regras, pacificando a distinção entre ambos e os admitindo como espécies de normas jurídicas, a solução de seus conflitos e os critério de ponderação de interesses decorre dos relevantes estudos de Robert Alexy.¹³

Assim, princípios são mandamentos de otimização. São dotados de valor, dimensão de peso, não tendo amplitude fixada de antemão.

¹³ *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 86.

Existindo para o caso concreto mais de um princípio aplicável, esses não se excluem, sendo admitido entre eles o critério da ponderação dos interesses aplicável ao caso concreto, devendo o intérprete verificar, caso a caso, o grau de preponderância.

Nas palavras de Cássio Scarpinella Bueno:

“Os princípios são importantes auxiliares no ato do conhecimento, na compreensão global do sistema. São a base do ordenamento jurídico. São das ideias fundamentais e informadoras de qualquer organização jurídica. São os elementos que dão racionalidade e lógica, um sentido de coesão e unidade ao ordenamento jurídico. Dão ao todo um aspecto de coerência, logicidade e ordenação. São instrumentos de construção de um sistema, seu elo de ligação, de coordenação, sua ordem e sua unidade.”¹⁴

Sem os conhecimentos principiológicos de qualquer ordenamento, impossível ao intérprete da norma entender e alcançar o seu real significado, pois lhe faltará a compreensão da essência, do espírito, da lógica e racionalidade do sistema jurídico como um todo harmônico e indissociável.

Justamente por conferirem unidade ao sistema jurídico, como mandados de otimização, qualquer interpretação que passasse às margens da análise, ainda que de forma inconsciente, dos princípios informativos, padeceria de inconstitucionalidade.

Não é por acaso que grande parte das lacunas e antinomias do direito são resolvidas com a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, pois já que é tarefa impossível ao legislador prever todas as ocorrências que importam ao direito, é fundamental invocar os princípios como elementos que orientam os caminhos corretos a serem tomados.

Daí a importância, portanto, da análise principiológica do ordenamento jurídico como ponto de partida para alcançar um processo apaziguador, efetivo, justo e hábil a proporcionar alento àquele que espera do Judiciário a solução de seus conflitos.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 128

De outro lado, tendo em foco as regras, a situação de conflito se resolve de outra forma. As regras são mandados de definição, caracterizadas pela concretude.

Contêm determinações sobre as situações fáticas e jurídicas possíveis cuja amplitude é fixada antecipadamente.

Apontada a norma válida para o caso concreto, atribui-se à outra o caráter de nulidade; segue-se a lógica do “tudo ou nada”.

De qualquer forma, importante esclarecer que não há hierarquia entre princípios e regras, porque, na verdade, as regras refletem os princípios e só ganham o contorno que têm em razão de um princípio que as antecede e as fundamentam. Em contrapartida, as regras conferem aos princípios a sua forma e amplitude, dando-lhes concreção.

Muito interessante é a síntese sobre o pensamento de Robert Alexy, feita pelo doutrinador Humberto Ávila, em sua obra “Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos”, a saber:

“Alexy, partindo das considerações de Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele, os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas, por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Com base na jurisprudência do Tribunal Alemão, Alexy demonstra a relação de tensão ocorrente no caso de colisão entre os princípios: nesse caso, a solução não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre o outro, mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência. Os princípios, portanto, possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras. É só a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretizam mediante regras de colisão. Por isso, a aplicação de um princípio deve ser vista sempre com uma cláusula de reserva, a ser assim definida: ‘Se no caso concreto um outro princípio não obtiver maior peso’. (...)”

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 têm 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, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função de outros princípios colidentes.”¹⁵

¹⁵ *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 10

Humbero Ávila, na mesma obra, aborda também o significado dos princípios para renomados autores. Vejamos:

“O objetivo deste trabalho é, primeiro, descrever os fundamentos dos trabalhos mais importantes sobre o tema e, segundo, analisar os critérios de distinção adotados, de forma objetiva e crítica. Para Josef Esser, princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. Mais do que uma distinção baseada no grau de abstração da prescrição normativa, a diferença de princípios e regras seria uma distinção qualitativa. O critério distintivo dos princípios em relação às regras seria, portanto, a função de fundamento normativo para a tomada de decisão.

Seguindo o mesmo caminho, Karl Larenz define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento. Para esse autor os princípios seriam pensamentos diretivos de uma regulação jurídica existente ou possível, mas que ainda não são regras suscetíveis de aplicação, na medida em que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas, isto é, a conexão entre uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica. Daí os princípios indicariam somente a direção em que está situada – a regra a ser encontrada, como que determinando um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção da regra. O critério distintivo em relação às regras também seria a função de fundamento normativo para a tomada de decisão, sendo essa qualidade decorrente do modo hipotético de formulação da prescrição normativa.

Para Canaris duas características afastariam os princípios das regras. Em primeiro lugar, o conteúdo axiológico: os princípios, ao contrário das regras, possuiriam um conteúdo axiológico e careceriam, por isso, de regras para sua concretização. Em segundo lugar, há o modo de interação com outras normas: os princípios, ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo de complementação e limitação. Acrescentam-se, pois, novos elementos aos critérios distintivos antes mencionados, na medida em que se qualifica como axiológica a fundamentação exercida pelos princípios e se predica como distintivo seu modo de interação.”¹⁶

3.1 Acesso à justiça

Em vista da notória desigualdade social, cultural e econômica entre as pessoas e grupos, torna-se inerente ao Estado Democrático de Direito a preocupação com o desenvolvimento de políticas públicas de conscientização e de inclusão social.

Nesse sentido, há uma tendência global de, nas atuais democracias, constitucionalizar as garantias processuais, como o direito de ação, de defesa e de igualdade processual. Trata-se da ubiquidade da jurisdição.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 8-9

A Constituição Federal determina em seu artigo 5º, inciso XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Esta garantia constitucional remete ao tema “acesso à justiça”, que deve significar muito mais do que a mera possibilidade de se obter decisões judiciais formais, mas também que tais decisões sejam dotadas de efetividade jurisdicional.

Mais do que o direito de acesso ao judiciário - tido como um dos mais essenciais e fundamentais direitos humanos - é necessário a garantia de que o direito entregue ao Judiciário seja prestado de forma satisfatória, útil e adequada. Ou seja, que o direito de acionar o judiciário não se limite ao plano formal, mas que alcance também o plano material, substancial.

Acesso à justiça, para José Afonso da Silva, é uma expressão que denota “o direito de buscar proteção judiciária”, isto é, “o direito de recorrer ao Poder Judiciário em busca da solução de um conflito de interesses”. Pontua ainda:

“Se o Poder Judiciário é um dos poderes do Estado, como enuncia o art. 2º da Constituição, e se o Estado, República Federativa do Brasil, tem como um de seus primeiros fundamentos construir uma sociedade justa, então não pode mais ele se contentar com a mera solução processual dos conflitos. Cada sentença há de constituir um tijolo nessa construção da sociedade justa. E a justiça, aqui, há de ser aquele valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista, sem preconceitos que nos promete o Preâmbulo da Constituição.”¹⁷

Assim, o processo é instrumento que apenas tem valor quando serve ao direito material e aos escopos da jurisdição, refletindo os fundamentos e objetivos da República proclamados na Constituição Federal.

Para que haja a concretização de todos esses valores e anseios sociais, contudo, são necessários instrumentos processuais aptos a garantir um processo adequado. A partir de agora iremos destacar a importância do princípio da boa-fé processual e da sua força normogênica, da qual resultam prescrições de comportamento que repercutem na formação das demais normas jurídicas.

¹⁷ *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*, p. 150.

3.2 A boa-fé como princípio constitucional norteador do ordenamento jurídico

A Constituição de 1988 abarca princípios expressos e implícitos, dentre os quais se destaca o princípio da dignidade da pessoa humana, defendido por muitos doutrinadores com um valor maior e supremo.

Ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, prestigiou-se também a solidariedade e a igualdade substancial, que têm como pressuposto o princípio da boa-fé. Nesse sentido, expõe Brunela Vieira de Vicenzi:

“A boa-fé objetiva também está na Constituição Federal. Sem rebouços, quando o constituinte estabeleceu que são princípios fundamentais do Estado democrático de Direito os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV) e que constitui objetivo fundamental da República, entre outros, construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), está elevando a um grau máximo o dever de cooperação e lealdade no trato social, no desenvolvimento da economia por todos os seus meios.”¹⁸

Para Menezes Cordeiro, a exigência de atuação de acordo com a boa-fé decorre do direito fundamental à igualdade: “a pessoa que confie, legitimamente, num certo estado de coisas não pode ser vista se não tivesse confiado: seria tratar o diferente de modo igual”.¹⁹

A boa-fé objetiva, **valor norteador de todo o ordenamento jurídico**, deve ser vislumbrada como um princípio implícito na Constituição Federal, exprimindo deveres de confiança, lealdade, honestidade e probidade com a qual toda pessoa deve condicionar o seu comportamento nas relações sociais.

Trata-se de um modelo de conduta, um padrão ético informador de todo o sistema jurídico e que exerce função normogenética, interpretativa e integradora das normas.

Importante, nesse passo, as palavras de Norberto Bobbio:

“Com a interpretação integrativa, estende-se a casos não expressamente previstos a mesma disciplina estabelecida por uma norma que prevê casos similares. Isso, porém, significa que o problema das lacunas não é tão simples como pretende a teoria da norma geral exclusiva,

¹⁸ *A boa-fé no processo civil*, p. 162.

¹⁹ *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa 'in agendo'*, p. 51

seguindo a qual são permitidos todos os comportamentos que não são obrigatórios (que não são, portanto, nem comandados, nem proibidos). Na verdade, a experiência histórica aqui demonstra que a norma geral que fecha o sistema normativo assim dispõe: 'São permitidos todos aqueles comportamentos que não são obrigatórios, exceto aqueles que podem ser considerados similares aos obrigatórios' – o que significa que temos aqui duas normas gerais de clausura: a norma exclusiva, que qualifica como lícitos os comportamentos não expressamente regulados, **e aquela que podemos chamar de norma inclusiva, que submete os casos não expressamente regulados, mas similares aos regulados, à disciplina deste últimos. Quando o intérprete funda o seu raciocínio em argumentum contrario, está apelando para a norma geral exclusiva; quando, em lugar disso, o funda em argumentum a simili, está apelando para a norma geral inclusiva.**"²⁰

Assim, a boa-fé deve ser vista como um valor autônomo, devendo ser aplicada em todos os ramos do direito, seja quando estiver expressa, seja quando estiver implícita, por força da sua função integrativa. Evidência maior da irradiação do princípio constitucional da boa-fé para o ordenamento jurídico é ter sido postulado inspirador do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002.

Mas não é apenas nesses dois diplomas legais que é possível visualizar a importância direta da boa-fé objetiva. No campo processual, tal princípio caracteriza-se como uma nova forma de solucionar crises jurídicas, emergindo como um eficaz instrumento delimitador dos direitos das partes, reputando-se litigância abusiva eventuais condutas desleais e contraditórias.

3.2.1 A boa-fé processual

Uma das nuances do princípio da boa-fé é a sua aplicação no processo. É a denominada boa-fé processual.

Desde já importante fazer um esclarecimento: quando nos referimos ao princípio da boa-fé, estamos nos referindo à boa-fé objetiva, por serem expressões sinônimas. Na verdade, seria um equívoco a denominação "princípio da boa-fé objetiva", já que, como esclarecemos acima, o princípio é uma espécie de norma, da mesma forma que a boa-fé objetiva.

²⁰ *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*, p. 215

Apesar de ser princípio implícito na Constituição Federal, está explícito no Código de Processo Civil, no artigo 14, inciso II, a saber:

“São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

(...)

II – proceder com lealdade e boa-fé (...)”

Também está consagrado no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, inciso III:

“Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), **sempre com base na boa-fé** e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; (...)” (g.n.)

O princípio da boa-fé atinge todos os sujeitos do processo. Trata-se de uma norma jurídica que impõe condutas éticas e leais. Pouca importa o estado de consciência entre as pessoas, mas sim os comportamentos objetivamente considerados.

Antonio do Passo Cabral entende que o fundamento da boa-fé objetiva processual é o princípio do contraditório, que não é apenas fonte de direitos processuais, mas também de deveres. O contraditório não serve apenas para dar aos litigantes o direito de poder influenciar na decisão, mas também “tem um finalidade de colaboração com o exercício da jurisdição” ²¹. O direito ao contraditório não pode ser exercido ilimitadamente: o respeito à boa-fé objetiva é exatamente um desses limites.

²¹ *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*, p. 63

Para Joan Pico Junoy, o princípio da boa-fé processual compõe a cláusula do devido processo legal, limitando o exercício do direito de defesa, como forma de proteção do direito à tutela efetiva, do próprio direito de defesa da parte contrária e do direito a um processo com todas as garantias (“processo devido”). Cria, para tanto, eloquente expressão: o devido processo leal.²²

O Supremo Tribunal Federal também segue essa linha de argumentação: a cláusula do devido processo legal exige um processo leal e pautado na boa-fé, a saber:

“O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.

A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e da lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos.

Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todos os sujeitos, instituições e órgão, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça.”²³

3.3 Economia e eficiência processuais: a duração razoável do processo e os meios que garantem a celeridade processual

Não basta garantir o acesso ao judiciário sem que estejam presentes, também, a economia, a eficiência e a celeridade no campo processual.

Segundo Cássio Scarpinella Bueno, “o que releva evidenciar é que o princípio da economia processual deve ser entendido como aquele segundo o qual a atividade jurisdicional deve ser prestada sempre com vistas a produzir o máximo de resultados com o mínimo de esforços.”²⁴

²² *El debido proceso 'leal'*, p. 345.

²³ STF, 2ª T., RE 464.963-2-GO, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14.02.2006, publicado no DJ de 30.06.2006.

²⁴ *Op. cit.*, p. 175.

A Emenda Constitucional n. 45/2004, ao introduzir o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, garantindo a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, expressa que é inerente ao sistema processual não apenas um processo que preze pelo formalismo e segurança jurídica, mas também por uma prestação jurisdicional tempestiva, que possa ser efetivamente aproveitada pelas partes litigantes.

Assim, o que é dado ao intérprete do direito idealizar, em abstrato, são as técnicas para buscar um julgamento mais célere, “economizar a atividade jurisdicional no sentido da redução desta atividade, redução do número de atos processuais, quiçá, até, da propositura de outras demandas, resolvendo-se o maior número de conflitos de interesses de uma só vez.”²⁵

E continua Cássio Scarpinella Bueno:

“O que o princípio previsto expressamente no inciso LXVIII do art. 5º quer, destarte, é que a atividade jurisdicional e os métodos empregados por ela sejam racionalizados, otimizados, tornados mais eficientes (o que, aliás, vai ao encontro da organização de toda atividade estatal, consoante se vê do art. 37, caput, da Constituição Federal e do princípio da eficiência lá previsto expressamente), sem prejuízo, evidentemente, do atingimento de seus objetivos mais amplos. Por isto mesmo, não há por que recusar referir-se a esta faceta do dispositivo constitucional em exame como princípio da eficiência da atividade jurisdicional.

Entre as várias possibilidades de aplicação daquela nova norma jurídica está, justamente, a de reconhecer nela a necessidade de o processo (sempre: método de atuação do Estado) e o direito processual como um todo ser pensado do ponto de vista de sua economicidade, seja em termos de recursos, de técnicas ou de meios a serem empregados para atingimento de suas finalidades, visando, com isso, uma melhor e mais eficiente prestação da tutela jurisdicional.”²⁶

A demora na prestação jurisdicional, como fator que tem influenciado os estudiosos do direito a refletirem sobre o próprio sistema posto e a proporem soluções que tornem a prestação jurisdicional mais ágil e eficaz, também foi tema dos ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior:

“O direito processual está comprometido com a rápida e eficiente tutela dos direitos subjetivos lesados ou ameaçados (CF, art. 5º, XXXV); nem sempre o itinerário longo e demorado do procedimento ordinário se revela adequado a realizar a sua importante missão (justiça tardia quase sempre se traduz em injustiça). Nota-se no direito processual moderno uma forte tendência a criar procedimentos diferenciados para fugir dos inconvenientes da

²⁵ *Op. cit.*, p. 177.

²⁶ *Op. cit.*, p. 177-178.

tutela tardia e propiciar ao jurisdicionado provimento compatível com as necessidades da fiel realização do direito material".²⁷

Ora, é fundamental garantir ao titular do direito material a razoável duração do processo, sem colocar em risco, certamente, o ideal de segurança jurídica que o princípio do devido processo legal e do contraditório impõem, sempre tendo em vista o caso concreto e o princípio da proporcionalidade.

Não é segredo que o tempo funciona como um inimigo daquele que busca a proteção ou a reparação de seus direitos, como destaca Ricardo Rodrigues Gama:

“O passar do tempo coloca as partes em reflexão sobre a justiça operada pelos juízes e tribunais, os quais proferem decisões ideais distantes da percepção dos jurisdicionados. Em torno de algumas questões de direito material é comum o tempo de confecção de a decisão superar até o tempo mediano de vida dos brasileiros. Isso, indubitavelmente, é sinal da maior das injustiças, trazendo à tona o brocado de que justiça tardia não é outra coisa senão maior das injustiças”.²⁸ (g.n.)

Neste diapasão, ao lado das técnicas e disposições normativas disponíveis para uma atuação jurisdicional mais célere (como, por exemplo, a prioridade na tramitação de atos em que figurem idosos, a tutela antecipada dos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, a prática eletrônica de atos, a penhora on line etc), cresce também a importância de uma atuação coerente com esta nova forma de pensar o processo civil, a qual repercute na aplicação rigorosa do princípio da boa-fé, da responsabilidade processual e do instituto da litigância de má-fé e suas consequências.

Sim, pois um atuar honesto, probo, pautado nos deveres jurídicos de lealdade, respeito, colaboração, informação e prestação de contas, bem como na severa punição de condutas contrárias a este modo de litigar, que configuram má-fé e abuso de direito, certamente contribuem de forma expressiva na luta atual pela minimização dos danos processuais (e extraprocessuais), pela busca de um processo civil econômico, célere, efetivo e, ainda, na otimização dos atos processuais.

²⁷ *Curso de direito processual civil*, p. 45.

²⁸ *Efetividade do Processo Civil*, p. 21.

E mais: a aplicação rigorosa da boa-fé objetiva, da responsabilidade processual e do instituto da litigância de má-fé e suas conseqüências indubitavelmente reverteria o quadro de descrença da sociedade no poder judiciário, além de diminuir significativamente o número de demandas temerárias e desprovidas de qualquer fundamento, que de forma escancarada confrontam os princípios constitucionais e infraconstitucionais formadores do ordenamento jurídico brasileiro.

3.4 Efetividade do processo

No tocante ao princípio da efetividade processual, Humberto Theodoro Junior sublinha os aspectos sociais, políticos e legais que o processo civil contemporâneo deve atingir, refletindo um verdadeiro instrumento de justiça:

“(...) nenhuma ordem jurídica processual pode aspirar a realizar a meta do processo justo se não dispuser de mecanismos de promoção concreta de resultados capazes de eliminar as ofensas e os riscos corridos pelos direitos subjetivos, segundo suas idéias, pelo que concluiu que sem um processo de execução enérgico, eficiente e acessível, nenhum País pode ser considerado moderno, em termos de processo civil”.²⁹

Tal princípio enfatiza a necessidade da prestação jurisdicional ser concreta, palpável, sensível no plano exterior do processo. De acordo com Cássio Scarpinella Bueno “quem demonstra e convence o Estado-juiz de que tem razão deve levar as conseqüências práticas e reais desta sua razão, deste seu convencimento para casa e ir em paz, feliz, satisfeito e o mais rápido possível”.³⁰

Assim, um processo só pode ser efetivo se externar suficiente e adequadamente seus resultados. Cândido Rangel Dinamarco oferece a seguinte lição:

“A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida da ideia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função

²⁹ *Execução – Rumos atuais do processo civil em busca da efetividade da prestação jurisdicional*, p. 29.

³⁰ *Op. cit.*, p. 181.

sociopolítico-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais.”³¹

Trata-se da velha máxima chiovendiana, segundo a qual o processo deve dar a quem tenha razão o exato bem da vida a que ele teria direito, se não precisasse se valer do processo jurisdicional.

As últimas reformas processuais deram muita importância a esse princípio, não satisfatoriamente observado no antigo regramento da efetivação das obrigações de fazer, não fazer e dar coisa, cujo descumprimento implicava, quase sempre, a conversão da obrigação em perdas e danos.

Da mesma forma como exposto no item anterior, muito menos árduo será o caminho para atingir um processo efetivo, que satisfaça e entregue concretamente a prestação jurídica ao vencedor da lide, se observados os princípios da boa-fé, da responsabilidade processual e do instituto da litigância de má-fé e suas consequências.

³¹ *Op. cit.*, p. 181.

4 Aplicação do princípio da boa-fé processual

Pacificar com celeridade, tornando o processo efetivo, sem descaracterizá-lo, sem torná-lo arbitrário ou aleatório e, principalmente, sem perder de vista os princípios e garantias fundamentais é um dos maiores desafios do processo civil contemporâneo.

Ensina José Roberto dos Santos Bedaque:

“É preciso, todavia, que o processualista não perca de vista a função indiscutivelmente instrumental desse meio estatal de solução de controvérsias, para não transformar a técnica processual em verdadeiro labirinto, em que a parte acaba se arrependendo de haver ingressado, pois não consegue encontrar saída. O mal reside, portanto, no formalismo excessivo.”³²

José Renato Nalini, juiz e doutrinador preocupado com a ineficiência do judiciário, afirma que é necessário verificar de que maneira seria possível contribuir para transformar o sistema processual em algo eficaz. Para ele, faz-se necessário eliminar certos dogmas, especialmente no que se refere a aspectos formais, a fim de que o processo seja realmente um **instrumento de justiça**. Entende que “já não existe lugar para a preservação dos velhos paradigmas. A tradição, para ser mantida, há de ser dinâmica. Se a função judicial chegou a um ponto crítico, um novo olhar se justifica”³³

Ao lado das novas ideias, formas de pensar o processo civil e reformas legislativas, o que se quer destacar é a suma importância da aplicação rigorosa do princípio da boa-fé, que em muito contribui para o alcance de um processo voltado para a justiça social, na medida em que impede a proliferação de demandas contaminadas pela litigância de má-fé e pelo abuso de direito, grandes vilões na busca de uma prestação jurisdicional útil, efetiva e conferida em prazo razoável, já que o tempo do processo sempre prejudica a parte que tem razão.

³² *Op. cit.*, p. 52.

³³ *Faltam juízes ou idéias?* O Estado de São Paulo, p. 02.

A boa-fé deve nortear todo o sistema processual brasileiro para garantir que os interessados na atividade jurisdicional possam dispor de instrumento adequado e seguro, cuja utilização lhes proporcione a solução justa para a situação de direito material. É fundamental que o processo seja impregnado de justiça social.

Aliás, conforme leciona José Roberto dos Santos Bedaque “a forma estabelecida pelo legislador constitui apenas o meio de assegurar o desenvolvimento adequado da relação processual, garantindo aos sujeitos parciais absoluta igualdade de condições e ampla oportunidade de participação.”³⁴

Mas como garantir um desenvolvimento adequado, igualitário e justo do processo sem a aplicação do princípio da boa-fé?

Os sujeitos do processo devem comportar-se de acordo com a boa-fé, o que inclui, obviamente, não apenas as partes, mas também o órgão jurisdicional.

Trata-se de uma cláusula geral processual. A opção por uma cláusula geral de boa-fé é a mais correta. É que a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração exaustiva das hipóteses de comportamento desleal.

Cláusulas gerais são normas jurídicas de conteúdo aberto que conferem ao julgador maior grau de liberdade e responsabilidade na aplicação da lei ao caso concreto, permitindo que princípios e valores tidos tradicionalmente como metajurídicos sejam alocados aos códigos.

Em outras palavras, são normas com diretrizes indeterminadas, que não trazem expressamente uma solução jurídica. A norma é, de forma intencional, inteiramente aberta, vaga e imprecisa, ou seja, sua ideia é estabelecer uma pauta de valores a ser preenchida historicamente de acordo com o contexto social.

Ensina Cássio Scarpinella Bueno:

“O direito precisa ser interpretado para ser aplicado. Ele serve para ser interpretado e aplicado. É como se dissesse, sem muito exagero, que não há, propriamente, ‘direito’ sem sua interpretação e sem sua específica aplicação aos casos concretos. Há, no máximo, textos que representam o direito, mas não as normas jurídicas propriamente ditas. Estas precisam, sempre, ser interpretadas e aplicadas para existirem como tais.

³⁴ *Op. cit.*, p. 42.

O que vale destacar aqui é que a 'matéria-prima' sobre a qual recai o trabalho do intérprete e do aplicador do direito alterou-se profundamente nos últimos anos. Não só a concepção de que sejam as normas jurídicas, assunto a que se referem os números anteriores, mas, mais ainda, a sua forma de expressão e realização sensível, perceptiva, alterou-se profundamente.

Assim, cada vez mais, fala-se, estuda-se e trata-se dos 'princípios', das 'cláusulas gerais', das 'normas de conceito vago e indeterminado', de discricionariedade e assuntos tais que, a olhos vistos, correspondem, hoje, à maneira usual da produção normativa. Cada vez mais é difícil o intérprete e o aplicador encontrarem-se diante daquela lei que contém, nela própria, todos os elementos necessários e inquestionáveis para sua segura e inequívoca aplicação.

Todas estas figuras representam uma técnica (consciente) de construir normas jurídicas que permitem, que autorizam, o juiz debruçar-se sobre cada fato que lhe é apresentado para julgamento para que ele, juiz, possa extrair do fato o que lhe parece mais sensível, mais importante, mais marcante, mais característico, a fim de aplicar, adequadamente, a norma jurídica." ³⁵

O Código Civil de 2002, seguindo as linhas da Constituição Federal, adotou diversas cláusulas gerais – portas de entrada dos valores constitucionais nas relações privadas - dentre elas a da boa-fé objetiva, que exerce suma relevância no exercício de interpretação e integração das normas legais.

Assim, o Código Civil abandona a técnica da casuística ou tipicidade, na qual o legislador tenta prever taxativamente todas as situações que deveriam ser regulamentadas, e passa a adotar um sistema marcado pela mobilidade, de forma que a legislação não se torne obsoleta diante da realidade social cambiante, evitando o engessamento do sistema.

Pondera Alberto Gosson Jorge Junior:

"Com a doutrina do 'direito livre', preparou-se o terreno para a utilização das cláusulas gerais como instrumento de conformação do sistema jurídico, para o preenchimento das lacunas presentes no ordenamento, que já não mais necessita sustentar a ficção a uma plenitude não encontrada na realidade dos fatos." ³⁶

Embora as cláusulas gerais não sejam princípios, na maior parte dos casos os contém em seus enunciados. No caso específico da boa-fé objetiva, além de estar prevista como cláusula geral no Código Civil, também é consagrada como princípio constitucional norteador de todo o ordenamento jurídico, assumindo, portanto, enorme importância.

³⁵ *Op. cit.*, p. 99

³⁶ *Cláusulas Gerais no Novo Código Civil*, p. 62.

A consagração do princípio da boa-fé processual foi resultado de uma expansão da exigência de boa-fé do direito privado ao direito público.

4.1 Dualidade de conceitos: a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva

Sobre o tema, essencial expor as palavras de Miguel Reale, Supervisor da “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil de 2002”:

“É a **boa-fé o cerne em torno do qual girou a alteração de nossa Lei Civil**, da qual destaco dois artigos complementares, o de nº 113, segundo o qual ‘os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração’, e o Art. 422 que determina: ‘os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé’.

Como se vê, a boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, **mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas conseqüências.**

Dáí a necessidade de ser ela analisada como **conditio sine qua non da realização da justiça ao longo da aplicação dos dispositivos emanados das fontes do direito, legislativa, consuetudinária, jurisdicional e negocial.**

Em primeiro lugar, importa registrar que a boa-fé apresenta **dupla faceta, a objetiva e a subjetiva**. Esta última – vigorante, v.g., em matéria de direitos reais e casamento putativo – corresponde, fundamentalmente, a uma **atitude psicológica, isto é, uma decisão da vontade, denotando o convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito**.

Já a **boa-fé objetiva apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal**. Tal conduta impõe diretrizes ao agir no tráfico negocial, devendo-se ter em conta, como lembra Judith Martins Costa, ‘a consideração para com os interesses do alter, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado’.

Desse ponto de vista, podemos afirmar que a boa-fé objetiva se qualifica como *normativa de comportamento leal*. A conduta, segundo a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de **“honestidade pública”**.

Concebida desse modo, a boa-fé exige que a conduta individual ou coletiva – quer em Juízo, quer fora dele – seja examinada no conjunto concreto das circunstâncias de cada caso.

Exige, outrossim, que a exegese das leis e dos contratos não seja feita *in abstracto*, mas sim *in concreto*. Isto é, em função de sua função social.

Com isto quero dizer que a adoção da boa-fé como condição matriz do comportamento humano, põe a exigência de uma “hermenêutica jurídica estrutural”, a qual se distingue pelo exame da totalidade das normas pertinentes a determinada matéria.

Nada mais incompatível com a idéia de boa-fé do que a interpretação atômica das regras jurídicas, ou seja, destacadas de seu contexto. Com o advento, em suma, do pressuposto geral da boa-fé na estrutura do ordenamento jurídico, adquire maior força e alcance do antigo ensinamento de Portalis de que as disposições legais devem ser interpretadas umas pelas outras.

O que se impõe, em verdade, no Direito, é captar a realidade factual por inteiro, o que deve corresponder ao complexo normativo em vigor, tanto o estabelecido pelo legislador como o emergente do encontro das vontades dos contratantes.

É que está em jogo o princípio de *confiança* nos elaboradores das leis e das avencas, e de confiança no firme propósito de seus destinatários no sentido de adimplir, sem tergiversações e delongas, aquilo que foi promulgado ou pactuado.³⁷

A brilhante lição de Miguel Reale não só esclarece a dualidade conceitual do princípio da boa-fé, mas também o coloca como valor interpretativo de **todo** o ordenamento jurídico, que legitima a experiência jurídica e é condição indispensável para o ideal de justiça, como até agora se procurou expor no presente trabalho.

Então, poder-se-ia dispor que a boa-fé subjetiva se refere a dados psicológicos, elementos internos, os quais conduzem o sujeito a uma ignorância do caráter ilícito de suas condutas, relacionando-se com as ideia de crença errônea.

É a situação de quem tem boa intenção, acredita atuar em conformidade com o direito, por desconhecer ou ignorar, designadamente, qualquer vício ou circunstância anterior. Como exemplo pode-se citar a boa-fé do possuidor para fins da indenização das benfeitorias, se que desconhecia os vícios da posse. Também, é considerado cônjuge de boa-fé para fins do casamento putativo aquele que desconhece o impedimento matrimonial apto a tornar o casamento contraído nulo ou anulável. Da mesma forma, a ciência do alienante quanto ao vício oculto do bem e o surgimento do dever de indenizar está ligada ao estado de consciência, e, portanto, à boa-fé subjetiva.

Por outro lado, a boa-fé objetiva, que remonta origem da “fides bona” de Roma, ressalta o elemento de confiança recíproca das partes, um modo de agir pautado na lealdade, transparência, dever de informação e respeito entre as partes de um contrato, litigantes, ou participantes de qualquer relação jurídica.

³⁷ Artigo extraído do sítio <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>

Mas não é só. Como bem ressaltado nas palavras de Miguel Reale, trata-se de um princípio informador e norteador de todo o ordenamento jurídico, que exerce papel essencial, ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, na função interpretativa e integradora do sistema.

Fala-se, ainda, dentro do panorama de distinção entre norma-regra e norma-princípio trabalhado por Robert Alexy, que a boa-fé objetiva seria a norma-princípio (mandado de otimização) do ordenamento jurídico, enquanto a boa-fé subjetiva seria a norma-regra (mandado de definição).

Ainda no tocante à distinção da boa-fé subjetiva e objetiva, agora no campo processual propriamente dito, de suma importância os dizeres de Fredie Didier Jr:

“Não se pode confundir o princípio (norma) da boa-fé com a exigência de boa-fé (elemento subjetivo) para a configuração de alguns atos ilícitos processuais, como o manifesto propósito protelatório, apto a permitir a antecipação dos efeitos da tutela prevista no inciso II do art. 273 do CPC. A ‘boa-fé subjetiva’ é elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos; é fato, portanto. A boa-fé objetiva é uma norma de conduta: impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas. Não existe princípio da boa-fé subjetiva. O inciso II do art. 14 do CPC brasileiro não está relacionado à boa-fé subjetiva, à intenção do sujeito do processo: trata-se de norma que impõe condutas em conformidade com a boa-fé objetivamente considerada, independente da existência de boas ou más intenções.”³⁸

4.2 As funções da boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva é compreendida na necessidade das partes de uma relação jurídica se identificarem como sujeitos de direitos fundamentais, portadores de igual dignidade.

É a atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e confiança, valoradas conforme a ética da situação. Trata-se, portanto, do sentimento ético que preside todas as relações jurídicas, senão sociais.

A boa-fé objetiva se adéqua às três diretrizes perseguidas pelo Código Civil de 2002, mencionadas na exposição de motivos, quais sejam: socialidade, operabilidade e eticidade.

³⁸ *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, p. 46

A boa-fé objetiva é associada aos deveres anexos, acessórios ou laterais de conduta, funcionando, portanto, não só como elemento interpretativo (artigo 113 do Código Civil), integrativo (artigo 422 do Código Civil) e controlador de atos ilícitos (artigo 187 do Código Civil), mas também como modelo de comportamento a ser seguido em qualquer relação processual. Assim, os deveres anexos também são resultados das funções atribuídas à boa-fé.

Entretanto, não podemos dizer que apenas com a promulgação do novo Código Civil a boa-fé objetiva entra para o direito brasileiro. O Código de Defesa do Consumidor já traz em seu texto a ideia de boa-fé objetiva como norma de conduta em seu artigo 4º, inciso III.

Além do mais, trata-se, como já afirmado, de princípio constitucional implícito, **norteador de todo o ordenamento jurídico**, exprimindo o novo olhar que deve ter o intérprete diante das regras legais e do comportamento humano nas relações sociais.

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

4.2.1 A função interpretativa

O mencionado art. 113 do Código Civil estabelece que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Interpretar significa extrair a intenção, explicar ou aclarar o sentido. No contexto do ordenamento marcado por cláusulas gerais abertas, a função interpretativa ganha destaque.

Isso porque na cláusula geral há uma delegação, atribuindo ao juiz a tarefa de elaborar o juízo valorativo dos interesses em jogo. É uma realidade jurídica diversa das demais normas (princípios e regras), e seu conteúdo somente pode ser determinado na concretude do caso.

A interpretação subjetiva possibilita a elucidação do querer do agente, enquanto a interpretação objetiva analisar o comportamento e a conduta do agente, tendo por parâmetro os padrões éticos.

Interpretar segundo os ditames da boa-fé garante não apenas o bom funcionamento do sistema jurídico, como também garante a manutenção da paz, tranquilidade e harmonia nas relações jurídicas.

O agir e o interpretar pautado na boa-fé objetiva competem aos três Poderes da União, às pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, a fim de concretizar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre eles construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I da Constituição Federal).

Assim, como bem exposto por Mariana Pretel e Pretel:

“pode se concluir que todos os negócios devem ser interpretados no sentido de buscar a ética, garantir a paz social, de acordo com a noção de sociabilidade sempre constante no novel diploma. Não se trata de boa-fé como imperativo ético e abstrato e sim como condição matriz do comportamento humano e da hermenêutica jurídica.”³⁹

4.2.2 A função integrativa

A boa-fé também exerce função integradora da obrigação, atuando como fonte de direitos e obrigações ao lado do acordo de vontades.

Integrar significar inteirar, completar, determinar de forma explícita. Assim, o conteúdo de uma relação jurídica é dado pelo querer, mas integrado pela boa-fé.

Para aplicação da cláusula da boa-fé, o juiz parte do princípio de que toda relação humana deve pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável para o próprio desenvolvimento normal da sociedade.

Logo, a expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um pressuposto para a compreensão do ordenamento jurídico e, também, para sua integralização.

A função integrativa é, ainda, responsável pela imposição de deveres anexos de conduta, como o dever de cuidado, colaboração, cooperação, confiança, lealdade, informação, transparência e de razoabilidade, independente da vontade das partes.

³⁹ *A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro*, p. 76.

4.2.3 A função limitadora da conduta

Na sua função limitadora da conduta, a boa-fé se manifesta através de diversas formas: **(i)** proíbe o *venire contra factum proprium non potest*; **(ii)** veda o uso abusivo da *exceptio non adimpleti contractus*, quando do inadimplemento da outra parte; **(iii)** impede o exercício do direito potestativo de resolução quando ocorrer adimplemento substancial, ou quando o inadimplemento for de escassa importância; **(iv)** afasta a exigência de um direito cujo titular permaneceu inerte por tempo considerado incompatível - a denominada *suppressio*; **(v)** despreza a exigência de cumprimento de preceito, feita por aquele que já o descumprira - o mencionado *tu quoque* etc.

Todas essas situações autorizam o reconhecimento de deveres ou limites fundados na boa-fé.

De acordo com a máxima *venire contra factum proprium non potest*, determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade decorrentes da boa-fé objetiva. De acordo com o Professor Simão, “o *venire* parte da idéia de que as partes, em decorrência da confiança que permeia a relação jurídica, devem agir de maneira coerente, seguindo a sua linha de conduta, e, portanto, não podem contrariar repentinamente tal conduta, por meio de um ato posterior.”⁴⁰

Já a expressão *exceptio non adimpleti contractus*, exceção do contrato não-cumprido, com previsão no artigo 476 do Código Civil, determina que caso uma das partes não cumpra a prestação que lhe caiba, acaba por desobrigar a outra parte do cumprimento da sua contraprestação.

Também fundada na boa-fé objetiva, a teoria do adimplemento substancial sustenta que não se deve considerar resolvida a obrigação quando a atividade do devedor, ainda que não haja sido perfeita ou que não tenha atingido completamente o fim proposto, tenha se aproximado consideravelmente do resultado final esperado.

⁴⁰ http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_a_boa_fe_03.htm

A boa-fé objetiva pode ser vislumbrada na máxima *tu quoque*, ou seja, “até tu”, expressão que, de acordo com o Professor Simão, ficou célebre pela frase de Júlio César, ao perceber que seu filho adotivo estava entre os que atentavam contra a sua vida, ao ser assassinado nos idos de março: “Até tu, Brutus!” Assim o *tu quoque* é a ideia de que ninguém pode invocar normas jurídicas, após descumpri-las. Isso porque ninguém pode adquirir direitos de má-fé.⁴¹

Desse modo, está vedado que alguém faça com o outro o que não faria contra si mesmo (regra de ouro). Evita-se que uma pessoa que viole uma norma jurídica possa exercer direito dessa mesma norma, ou que possa recorrer, em defesa, a normas que ela própria violou.

A função da boa-fé como modalidade de controle ao exercício abusivo dos direitos possui pontos de contato com os temas da lealdade processual, do abuso de direitos e da vedação do comportamento contraditório.

No campo processual obsta todo tipo de demanda temerária, fraude processual, recursos protelatórios, provas deformadas, condutas contraditórias, alteração da verdade dos fatos, resistências injustificadas ao andamento do processo, incidentes manifestamente infundados, pretensões contrárias a texto exposto de lei ou fato incontroverso, abuso de direito etc.

4.2.4 Deveres jurídicos anexos ou acessórios

Tornou-se comum afirmar que a boa-fé objetiva, conceituada como sendo exigência de conduta leal, está relacionada com os deveres anexos ou acessórios.

Como já tratado, os deveres anexos ou acessórios se caracterizam como verdadeiros deveres de conduta, cooperação ou proteção, dirigidos a ambos os integrantes da relação jurídica.

Nesse sentido, o Enunciado 24 do Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça dispõe que a violação dos deveres anexos constitui espécie de

⁴¹http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_a_boa_fe_03.htm.

inadimplemento, independente de culpa.

Com relação ao tema, importante transcrever a lição de Simão:

“A **função ativa** da boa-fé se verifica nos deveres acessórios ou secundários, ou seja, nos deveres que não surgem da vontade das partes (a prestação principal é que surge da vontade das partes), mas decorrem da boa-fé em si. São os deveres de lealdade, cooperação, informação e segurança. Façamos uma breve digressão a respeito de cada um deles.

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

O **dever de cooperação** é aquele que exige das partes certas condutas necessárias para que o contrato atinja seu fim, sendo que, em certos casos essa conduta de uma das partes só beneficia a outra contratante. Exemplo disso se dá quando uma das partes necessita obter o Alvará para iniciar a obra em um contrato de empreitada.

O **dever de informação** é extremamente importante e já vinha disciplinado no Código de Defesa do Consumidor, com rígidas punições ao fornecedor que o descumprir (cf. regras sobre a publicidade enganosa). O contratante detentor de informações ignoradas ou imperfeitamente conhecidas pelo outro contratante deve fornecê-las, mesmo que tais informações lhe sejam prejudiciais. No caso dos prestadores de serviço como os médicos e advogados (que tem uma situação privilegiada em função de seus conhecimentos técnicos e profissionais) surge o dever de aconselhar.

O último dos deveres é o de **segurança**. Trata-se do dever de garantir a integridade dos bens e direitos do outro contratante, em situações contratuais que possam oferecer perigo. Nesse caso, podemos citar o dever de fornecer aos funcionários os Equipamentos de Proteção Individual para a prevenção de acidentes. Mesma hipótese se verifica no dever que tem o Shopping Center de colocar um aviso ‘Cuidado Perigo de Escorregar’, após lavar o assoalho.

Como se percebe, em certas situações, os deveres de conduta advêm da própria lei (ex: dever de informar o consumidor previsto no CDC) e em outras da relação contratual em si, mesmo que ausente previsão expressa. Independentemente da sua origem, todos tem por princípio a boa-fé objetiva e sua função ativa.”⁴²

Vale ressaltar que o dever de lealdade configura a própria essência da boa-fé objetiva. É o agir de forma honesta, proba, sincera e leal, fiel aos seus compromissos, a fim de não causar qualquer tipo de prejuízo a outrem.

Trata-se de um princípio básico com o qual devem as partes e seus advogados se comprometer.

Ao lado dos deveres citados, tem-se, ainda, o dever de prestar contas necessárias ao conhecimento da parte adversa. Logo, não é necessário que seja ajuizada uma ação para tal finalidade, visto tratar-se de uma obrigação acessória, decorrente da boa-fé objetiva.

⁴² http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_a_boa_fe_02.htm

Com relação ao tema, importante transcrever recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. **Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.**

2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.

3. **Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.**

4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).

6. Recurso improvido.” (STJ, Resp 758581/PR, Ministro VASCO DELLA GIUSTINA – Desembargador Convocado do TJ/RS, Terceira Turma, Dj 28/06/2010 – g.n.)

O instituto conhecido como duty to mitigate the loss (dever de mitigar o prejuízo) deriva da importância da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que mitiga a crise de cooperação entre as partes de uma relação material e/ou processual. Baseado nos princípios da boa-fé e da confiança, tratado pioneiramente no Brasil pela professora Vera Fradera, este importante instituto, já aceito na doutrina e com reflexos, como se vê, na jurisprudência, aponta no sentido de que a parte tem o dever de evitar o agravamento do prejuízo da parte contrária, evitando piorar a situação desta.

Aliás, a responsabilização independente de culpa da parte que age de forma contrária aos preceitos da boa-fé está amparada pelo teor do Enunciado 363 do CJP/STF, da IV Jornada de Direito Civil, segundo o qual: “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação”.

Assim, a quebra ou desrespeito à boa-fé constitui um caminho sem voltada responsabilidade independente de culpa.

4.3 Os deveres das partes e seus procuradores no processo: o artigo 14 do CPC

Alfredo Buzaid, na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, ressaltou:

“Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético é reprovável que as partes se sirvam deles, faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos, porque tal conduta não se compadece a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da Justiça.”

Certamente, à parte deve ser garantido o contraditório e a ampla defesa, mas sem a utilização de excessos e litigância de má-fé, ou seja, sua conduta deve ser pautada pela boa-fé objetiva.

Sim, pois na relação processual há deveres e obrigações estampados no Código de Processo Civil, principalmente em seu artigo 14, mas que estão enraizados nos demais capítulos da norma processual e no ordenamento jurídico como um todo.

Em que pese o processo tratar-se de uma relação jurídica de direito público, é fundamental um comportamento padrão, mediano, no intuito de assegurar o direito discutido em juízo num tempo razoável e atingir os escopos da jurisdição, qual seja, a pacificação social.

Além de as partes terem o dever de agir com lealdade e responsabilidade processual, cabe ao Estado prestar a tutela jurisdicional sem erros, garantindo a todos o acesso ao poder judiciário. Também cabe ao juiz, de forma imparcial e responsável, verificar os autos e apreciar os pedidos, sempre com observância clara e rigorosa das normas legais.

Nesse sentido, dispõe Humberto Theodoro Júnior:

“O Estado e a sociedade, de maneira geral, apresentam-se profundamente empenhados em que o processo seja eficaz, reto, prestigiado, útil ao seu elevado desígnio. Daí a preocupação das leis processuais em assentar os procedimentos sobre os princípios da boa-fé e da lealdade das partes e do Juiz. A lei, pois, não tolera a má-fé e arma o juiz de poderes para atuar de ofício contra a fraude processual (art. 129). ‘A lealdade processual é consequência da boa-fé no processo e exclui a fraude processual, os recursos torcidos, a prova deformada, as imoralidades de toda ordem’ (Echandia). Para coibir a má-fé e velar pela lealdade processual o juiz deve agir com os poderes inquisitórios, deixando de lado o caráter dispositivo do processo civil.”⁴³

Entende-se que o citado poder inquisitivo - essencial para que o juiz possa punir àqueles que agem de má-fé e de forma desleal, deixando de cumprir os mandamentos legais e gerando desordem e embaraços à efetividade do processo – jamais, por outro lado, poderá deixar de prestigiar a ampla defesa e as garantias processuais.

Assim, o que se deve ter em mente é a diferenciação de quando um ato deixa de ser defesa e passa a ser litigância de má-fé e abuso de direito. E esta é função eminentemente do magistrado que, munido dos meios necessários, deve, de forma rígida e severa, responsabilizar todos os litigantes que deixarem de cumprir os provimentos mandamentais ou criarem embaraços à efetivação de tais provimentos.

Importante, neste passo, é a lição de Ada Pellegrini Grinover:

“A origem do contempt of court está associada à ideia de que é inerente à própria existência do Poder Judiciário a existência de meios capazes de tornar eficazes as decisões emanadas. É inconcebível que o Poder Judiciário, destinado à solução de litígios, não tenha o condão de fazer valer seus julgados. Nenhuma utilidade teriam as decisões, sem o cumprimento ou efetividade. Negar instrumentos de forças ao Poder Judiciário é o mesmo que negar sua existência.”⁴⁴

Como se tem defendido, a aplicação rigorosa dos instrumentos colocados à disposição do magistrado para impedir a litigância de má-fé e o abuso de direito indubitavelmente impediria a propagação de incontáveis lides temerárias, que além de abarrotarem o poder judiciário, geram transtornos aos jurisdicionados de boa-fé, acarretam o descrédito no poder judiciário, sem mencionar o enorme custo aos cofres públicos.

⁴³ *Op, cit.*, p. 120.

⁴⁴ *Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court*. Repró 102/222.

A busca pela efetividade do processo somente irá ocorrer quando se aplicar com rigor, com a responsabilidade para apuração da verdade real, as sanções decorrentes tanto do abuso de direito, como da litigância de má-fé.

Devem as partes e seus procuradores exigir a lealdade e a boa-fé em todos os atos processuais, bem como o magistrado fazer valer o ordenamento jurídico, através de sanções severas e inibitórias de outras condutas abusivas.

Assim, como se tem defendido, poderá estar nestes instrumentos a resposta para uma Justiça mais célere e justa.

Código de Processo Civil promoveu a sistematização dos deveres das partes e de seus procuradores, de forma exemplificativa, em seus artigos 14 e 15.

Todos os deveres mencionados são oriundos da boa-fé objetiva e da lealdade processual, tendo por objetivo a prevenção e coibição de lides infundadas e temerárias, em busca de um processo civil pautado por condutas éticas.

(i) Expor os fatos em juízo conforme a verdade

Ensina Pontes de Miranda:

“Quem omite, de jeito a não ser veraz, falta ao dever de veracidade. Quem expõe os fatos como não foram, ou não são, ou diferentemente do que foram, ou são, ainda que só ou nada lhes acrescente, não procede verazmente. Tem-se pretendido que o dever de veracidade derogou, ou pelo menos, modificou, o princípio dispositivo; mas, com isso, não se atende a que a coexistência dos dois princípios é que, nos resultados, dá ao princípio dispositivo contactuação que não aconteceria se não existisse o dever de verdade. (...) As partes têm a escolha dos fatos que hão de apontar ao exame judicial, mas, no expô-los, qualquer delas não pode deformá-los, podá-los, aumentá-los, no que tenham importância para o processo. Porque os fatos, que são trazidos a juízo, podem ser favoravelmente utilizados ou desfavoravelmente utilizados contra quem os comunicou ou enunciou. Isso não significa que o autor tenha de mencionar fatos que serviriam a reconvenção por parte do réu, ou alguma ação de diferente fundamento. Certamente, a verdade é objetiva. Mas o que se entende por dever de veracidade (= dever de verdade) é o dever de manifestação do que elas consideram verdade.”⁴⁵

⁴⁵ *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 366.

A verdade processual deve ser sempre vista em um conjunto, em todas as peças processuais e condutas praticadas pelas partes e seus advogados ao longo da lide. E a leitura da verdade se fará em cada caso concreto, traduzidas com as provas que acompanham as peças processuais.

A busca da verdade processual é responsabilidade e função do magistrado, ou seja, deve o juiz se aproximar mais das partes, ouvi-las em audiência e depoimentos, investigar e se, necessário, determinar a produção de provas que entenda necessárias ao alcance da verdade.

Se entender que a parte está agindo de má-fé, faltando com a verdade, não poderá obrigar a parte a reconhecer a inveracidade de suas alegações, mas poderá/deverá punir com rigor. Não se quer defender que a parte é obrigada a produzir provas contra si mesma, até porque tal garantia possui previsão constitucional, mas apenas da defesa de uma conduta íntegra, proba, honesta, interpretada à luz dos ditames constitucionais da boa-fé objetiva. Nesse sentido começa a caminhar, ainda que de forma tímida, as decisões do Superior Tribunal de Justiça:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. ALTERAÇÃO DA VERDADE DOS FATOS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. RECURSO PROTETATÓRIO. REITERAÇÃO.

1. A violação ao dever de ‘expor os fatos em juízo conforme a verdade’ (art. 14, inciso I, do Código de Processo Civil) caracteriza litigância de má-fé, ensejando rejeição do recurso e aplicação de multa processual.

2. A reiteração de embargos de declaração protelatórios implica majoração da multa processual anteriormente imposta, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do respectivo valor.” (STJ, EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1264836/ SC, Ministro PAULO TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, DJe 11/02/2011 – g.n.)

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRADIÇÃO NÃO VERIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. STJ/SÚMULA Nº 115. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

1. A via dos embargos declaratórios não se presta para rediscutir os fundamentos da decisão embargada.

2. Não sendo possível identificar no acórdão embargado nenhum dos vícios ensejadores dos aclaratórios, a teor do art. 535 do CPC, a rejeição dos embargos é solução que se impõe.

3. Incide em litigância de má-fé, sujeitando-se às penalidades previstas, a parte que tenta induzir o julgador a erro, afrontando a lealdade processual ao apresentar alegação aleivosa, levantando hipótese falsa no intuito de ver provido seu recurso.

3. **4. Embargos declaratórios rejeitados, com aplicação da multa prevista nos artigos 17, II c/c 18, do Código de Processo Civil, arbitrada em 1% sobre o valor da causa.**” (STJ, EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 801280/ SP, Rel. Ministro Vasco Della Giustina, Terceira Turma, DJe 10/03/2011 – g.n.)

Portanto, o que se pretende coibir é um agir distante da mentira, da alteração de provas, do abuso do direito e da litigância de má-fé. Aliás, o dever de verdade nasce da relação da parte com o Estado, e não da relação entre as partes. Preexiste à triangularização da relação processual, e já deve estar presente, portanto, na petição inicial ou em ação preparatória.

(ii) Proceder com lealdade e boa-fé

O dever de lealdade é inerente ao princípio da boa-fé e deve estar presente em toda e qualquer relação jurídica.

Ser leal, como já oportunamente tratado, é o ser sincero, franco, honesto e fiel aos compromissos. É um princípio básico de conduta, sem a qual o processo nunca será instrumento adequado para a pacificação e justiça social.

A lealdade processual também começa a ser utilizada como fundamento de decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, como se vê em recentes decisões:

“INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA” NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO MANIFESTAMENTE INFUNDADO - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA À PARTE RECORRENTE (CPC, ART. 557, § 2º) - DEVOLUÇÃO IMEDIATA DOS AUTOS, INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO DO RESPECTIVO ACÓRDÃO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A possibilidade de imposição de multa, quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, encontra fundamento em razões de caráter ético-jurídico, pois, além de privilegiar o postulado da lealdade processual, busca imprimir maior celeridade ao processo de administração da justiça, atribuindo-lhe um coeficiente de maior racionalidade, em ordem a conferir efetividade à resposta jurisdicional do Estado. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC, possui inquestionável função inibitória, eis que visa a impedir, nas hipóteses referidas nesse preceito legal, o exercício irresponsável do direito de recorrer, neutralizando, dessa maneira, a atuação processual do “improbus litigator”. - O ordenamento jurídico brasileiro repele práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. O processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa é uma idéia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé - trate-se de parte pública ou de parte privada - deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo. - A norma inscrita no art. 557, § 2º, do CPC, na redação dada pela Lei nº 9.756/98, especialmente quando analisada na perspectiva dos recursos manifestados perante o Supremo Tribunal Federal, não importa em frustração do direito de acesso ao Poder Judiciário, mesmo porque tem por única finalidade coibir os excessos, os abusos e os desvios de caráter ético-jurídico nos quais incidiu o “improbus litigator”. Precedentes. (STF, AI 802783, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19/04/2011 – g.n.)

“SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - PRONTO CUMPRIMENTO DO JULGADO DESTA SUPREMA CORTE, INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO DO RESPECTIVO ACÓRDÃO, PARA EFEITO DE SUA IMEDIATA EXECUÇÃO - POSSIBILIDADE - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. - Os embargos de declaração destinam-se, precipuamente, a desfazer obscuridades, a afastar contradições e a suprir omissões que eventualmente se registrem no acórdão proferido pelo Tribunal. A incorrência dos pressupostos de embargabilidade, a que se refere o art. 535 do CPC, autoriza a rejeição dos embargos de declaração, por incabíveis. - **O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa.** A multa a que se refere o art. 538, parágrafo único, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. - O propósito revelado pela embargante, de impedir a consumação do trânsito em julgado de decisão que lhe foi desfavorável - valendo-se, para esse efeito, da utilização sucessiva e procrastinatória de embargos declaratórios incabíveis - constitui fim que desqualifica o comportamento processual da parte recorrente e que autoriza, em consequência, o imediato cumprimento da decisão emanada desta Suprema Corte, independentemente da publicação do acórdão consubstanciador do respectivo julgamento”. (STF, RE 266.981, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 09/08/2011 – g.n.)

- (iii) Não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento

De acordo com Adroaldo Leão, o inciso III do art. 14 do Código de Processo Civil pode ser assim entendido:

“O art. 14, III está relacionado com o art. 17, I. Em termos práticos é um comportamento condenável do advogado. **‘Não formular pretensões, nem defesa, cientes de que são destituídas de fundamento’** (art. 14, III, CPC), tem no advogado, o destinatário da norma. O critério a ser observado é o objetivo, face ao emprego da expressão ‘reputa-se litigantes de má-fé’ empregada pelo legislador no art. 17, caput [...]. **O elenco do art. 14 é encerrado com proibição ético-jurídico às partes e aos seus procuradores que não devem ‘produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.** Parece-nos que o juiz nos casos dos incisos III e IV terá plena condição de conter qualquer violação dos deveres impostos às partes e aos seus procuradores. O magistrado dirige o processo e a lei lhe confere a competência para conter de imediato, qualquer iniciativa abusiva. **Poderá, assim, o juiz, na leitura da inicial ou da resposta do réu, sustar, de pronto, a pretensão destituída de fundamento ou o requerimento de produção de provas e atos desnecessários à declaração ou defesa de direito, isso em qualquer tipo de procedimento.**”⁴⁶ (g.n.)

⁴⁶ O litigante de má-fé, p. 14.

Além de acarretar a morosidade da justiça, evidencia o propósito nitidamente protelatório, a má-fé da parte que, para retardar uma eventual condenação, formula defesa infundada, produção de provas desarrazoadas, interpõe recursos e mais recursos apenas para postergar a lide, enfim, possui conduta contrária aos ditames da boa-fé objetiva. Veja-se recente decisão do pleno do Egrégio Superior Tribunal Federal:

“Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. 2. **Alegações absolutamente impertinentes. Violação dos postulados da boa-fé e da lealdade processuais.** Reconhecimento do trânsito em julgado. Baixa imediata do autos. 3. Embargos de Declaração rejeitados.” (STF, AI 335.046, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 19/05/2011 – g.n.)

- (iv) Cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

O cumprimento dos provimentos mandamentais é condição *sine qua non* para uma ordem jurídica efetiva. Caso a parte não cumpra a determinação do Poder Judiciário, restará configurado verdadeiro ato atentatório à jurisdição. Sim, pois nas palavras de Cássio Scarpinella Bueno o processo possui escopos sociais, políticos e jurídicos e, para que todos sejam atingidos, é primordial o respeito e o efetivo cumprimento das decisões do magistrado. Veja-se:

“Os escopos sociais relacionam-se intimamente com a ideia de justiça, de paz social, de apaziguação, de permitir aos cidadãos e à sociedade como um todo as fruições garantidas desde o plano do direito material. (...)”

Ao processo que é, considerado em si mesmo, método de atuação do Estado, não resta outra alternativa que não a de atingir aquelas finalidades, que caracterizam o modelo de Estado traçado pela Constituição Federal. (...)”

É no atingimento destas finalidades – que justificam a própria razão de ser do Estado Democrático de Direito – que repousam, em última análise, os escopos ‘sociais do processo’. Os escopos políticos, ao seu turno, trazem à tona a necessidade de o Estado-juiz, na sua atuação ter condições de afirmar a sua autoridade, o seu poder perante a sociedade, poder este, contudo, que no modelo de Estado adotado pela Constituição de 1988 não é ilimitado mas, muito pelo contrário, mitigado e vinculado ao atingimento de finalidades públicas, finalidades do próprio estado e estranhas aos exercentes da autoridade, do poder, em nome do Estado. (...)”

De forma bem direta, os escopos políticos do processo podem ser entendidos como a necessidade de o Estado-juiz afirmar-se como ‘autoridade pública’ no devido contexto que esta locução deve assumir em um modelo de Estado Democrático e de Direito. Os escopos jurídicos, por fim, representam a compreensão dos institutos processuais e seu desenvolvimento com vistas à consecução dos objetivos mais amplos, porque exteriores ao processo, que são os escopos sociais e político. (...)”

De nada adianta fixar como metas a realização dos escopos social e político se os meios de atingimentos daquelas finalidades ficam aquém das possibilidades e das necessidades concretas. O escopo, destarte, rente as preocupações da terceira de acesso a justiça de Cappelletti, volta-se a revisitação dos tradicionais institutos do direito processual civil, com vistas ao aperfeiçoamento para melhor cumprirem seu papel.”⁴⁷

⁴⁷*Op. cit.*, p. 87.

5 Litigância de má-fé

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

A expressão litigância de má-fé é derivada do baixo latim “*malefatius*”, que significa o que tem mau destino ou má-sorte, sendo empregada na terminologia jurídica para exprimir tudo que se faz com entendimento de maldade.

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

Para Maria Helena Diniz, é “o dolo, a intenção de prejudicar alguém ou de alcançar um fim ilícito, conhecimento do vício, ciência do mal, do engano ou da fraude.”⁴⁸

Este preceito demonstra que deve ser penalizada a parte que abusa do seu direito de petição. Como já exposto, em que pese a garantia constitucional do pleno acesso ao Judiciário, as partes devem agir com prudência, lealdade e boa fé, devendo, portanto, ser punidos aqueles que abusam de suas pretensões.

Nos dizeres de Rui Stoco “resgatar a ética no processo é obrigação de cada um e de todos.”⁴⁹ O direito regulamenta o comportamento humano e não há como dissociá-lo de valores éticos e leis.

⁴⁸ *Dicionário Jurídico*, p. 207.

⁴⁹ *Abuso do direito e má-fé processual*, p. 45.

Como exposto por Mariana Pretel e Pretel “o comportamento das partes em juízo é regido por normas procedimentais, mas exige-se não somente obediência às regras estabelecidas, mas também que o conteúdo da manifestação em juízo seja lícito, portanto, ético e de boa-fé.”⁵⁰

O tema é tratado nos artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil, a saber:

“Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados.

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.”

A relação do dispositivo acima com o artigo 14 do Código de Processo Civil é notória. Como visto, o artigo 14 elenca um rol exemplificativo de deveres processuais das partes, em consonância com a boa-fé. Já o artigo 17, ao contrário, dispõe acerca das condutas que caracterizam a má-fé, justamente por violar aqueles direitos e deveres.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 119.

As hipóteses de litigância de má-fé, portanto, são condutas contrárias ao princípio da boa-fé e lealdade processual e caracterizam de abuso de direito, como observado, inclusive, nos julgados colacionados.

Rui Stoco destaca que a teoria do abuso do direito se apóia no princípio da convivência, impondo-se conciliar a utilização do direito, respeitando-se a esfera jurídica alheia, fixando-lhe um limite. O direito sempre seria relativo, sendo que desta relatividade é que haveria a possibilidade de utilização abusiva.⁵¹

E complementa:

“E, como instrumento da paz social e distribuição de justiça, visando não só dar a cada um o que é seu, mas ainda, dar a cada um o que deve ser seu, e também, tendo como meta optata precípua solucionar as pretensões resistidas em juízo, a teoria do abuso do direito faz-se presente no procedimento, posto que se exige das partes em juízo que atuem de boa-fé, procedendo com lisura e lealdade. O descumprimento desses ditames induz má-fé, que se subsume no conceito de abuso do direito e do ato ilícito que, por sua vez, integra o campo maior da responsabilidade civil. Portanto, o abuso do direito está para a má-fé assim como a responsabilidade civil está para o ato ilícito.”⁵²

Neste passo, importante a análise das consequências práticas que podem resultar ao litigante de má-fé – uma vez que as terríveis consequências para o sistema judiciário como um todo também já foram oportunamente tratadas.

De acordo com o Código de Processo Civil, a condenação pode alcançar mais de um litigante, segundo o interesse na causa. Pode ocorrer por requerimento da parte, ou ser aplicada de ofício pelo juiz.

Sobre o rigor que deve ser dado ao tema, o professor Luiz Padilla defende:

*“Conforme comentários que inserimos na Revista de Processo 64, a Acórdão do TARGS que aplicava a **pena de litigância de má-fé, para ser exemplar, como é do espírito da lei que proscreeve a litigância deletéria, a penalização deve ocorrer com tintas fortes e carregando nas tintas (tomada emprestada expressão já consagrada no magistério de Araken de Assis, quando tratou das "astreintes" no direito do consumidor). Isso se justifica, em especial, quando caráter vazio da postulação, sem qualquer desforço de argumentação, muito menos de prova, e cuja tese sofre de testilha instintiva, denotam mero intuito protelatório.**”⁵³ (g.n.)*

⁵¹ *Op. cit.*, p. 70

⁵² *Op. cit.*, p. 76

⁵³ *Revista de Processo*, p.101-107

É exatamente o que se defende neste estudo. Faz-se necessário um rigorismo na aplicação dos institutos penalizadores da litigância de má-fé, para não tornar morta a legislação processual e, mais ainda, para que não haja afronta ao espírito do ordenamento jurídico, norteadado pelo princípio da boa-fé processual.

Mas, a nosso ver, a aplicação da multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenização da parte contrária pelos prejuízos que sofreu, não vem se mostrando eficiente no objetivo de evitar a litigância de má-fé.

Tal fato pode ser atribuído ao seu valor irrisório e baixa carga coercitiva. A aplicação da multa por litigância de má-fé ainda é muito tímida, não possuindo caráter repressivo e, muito menos, preventivo.

Certamente, se fosse aplicada de forma rigorosa, incentivaria a adoção de comportamentos éticos e leais, em conformidade com a boa-fé objetiva, contribuindo para a solução de diversos problemas no judiciário, a começar pela demora na prestação jurisdicional.

Sobre o tema há, inclusive, projeto de lei que visa a punir o advogado que praticar litigância de má-fé. A proposição, que tramita na Câmara dos Deputados sob o número 4.074/2008, além de incluir o defensor, aumenta o valor da multa a ser aplicada a esses casos, de 1% para 5% do valor da causa.

O aumento do valor da multa é, indubitavelmente, uma medida necessária para a contenção de demandas temerárias, desprovidas de qualquer fundamento jurídico ou meramente protelatórias.

Contudo, a aplicação da multa para a pessoa do advogado deve ser vista com cautela, apenas nos casos em que o advogado age intencionalmente, para que não represente limitação ao exercício da advocacia.

A proposta, de autoria do deputado Juvenil (PRTB-MG) altera o artigo 18 do Código de Processo Civil e tem como objetivo coibir ações indevidas na Justiça. De acordo com o deputado: "busca-se, com a medida legislativa ora proposta, compelir as partes e seus advogados a não praticar atos atentatórios à dignidade da Justiça e agir com lealdade aos fins do processo. É necessária a previsão de punição para o

advogado, caso atue em desconformidade ao que se espera da sua elevada função. Sabemos que, muitas vezes, a parte interessada, que não tem conhecimentos técnicos e jurídicos, não é diretamente responsável pelas más condutas ocorridas no processo judicial. Isso é obra de seus procuradores".⁵⁴

⁵⁴ http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=73664

6 Conclusão

Como exposto, a boa-fé objetiva tem pano de fundo constitucional, já que é oriunda da confluência da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial.

Ademais, o princípio da boa-fé é corolário do devido processo legal, também conhecido como devido processo constitucional (novo paradigma adotado, tendo em vista que os demais ramos do direito devem ser lidos a luz da Constituição da República) ou, ainda, como “fair trail” – julgamento justo.

O princípio do devido processo legal (e, conseqüentemente, a boa-fé objetiva) aplica-se a todos os tipos de processo e deve ser compreendido como uma cláusula geral existente desde a Idade Média, o que permitiu um acúmulo histórico do que seria processo devido.

Ao lado da boa-fé objetiva, o princípio do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, da publicidade dos atos, da duração razoável do processo, da celeridade, da efetividade, dentre tantos outros, também derivados do devido processo legal, revelam o atual significado de um processo devido, ou seja, um processo paritário, tempestivo, efetivo, adequado, público e leal.

Hoje se fala em um modelo cooperativo de processo, no qual a condução é coordenada pelas partes e pelo juiz, sem protagonismos. Busca-se um verdadeiro equilíbrio no diálogo entre juiz e partes, impondo a todos os participantes os deveres de esclarecimento, prevenção e de consulta.

As partes têm o direito de influir e de participar do processo, ou seja, é preciso garantir às partes instrumentos de persuasão, configurando o aspecto substancial do contraditório.

Ao lado do poder de participação, há também o poder de fiscalização, exercido através da publicidade dos atos decisórios, intimamente relacionada com a regra da motivação.

O princípio da duração razoável do processo também exerce importante papel para que o processo seja devido. Tal princípio deve levar em consideração, como mencionado, não só o fundamental aspecto da celeridade, mas também, certamente, a complexidade da causa, a estrutura do órgão judiciário, o comportamento do juiz e, finalmente, o comportamento das partes.

E daí surge o ponto central do presente trabalho. Para que o processo seja devido, não basta a garantia de todos os princípios conquistados ao longo da história se as partes não apresentarem uma conduta condizente com a boa-fé. Não se trata de comportamento condizente com a moral filosófica ou religiosa, mas sim com a ética no trato social.

De nada adiantaria inúmeras reformas processuais, com o objetivo de tornar o processo um instrumento de justiça efetivo, célere e em consonância com os anseios sociais se as partes envolvidas na lide não tiverem uma conduta leal, respeitosa, verdadeira, pautada na confiança e nos deveres de cooperação.

Nem mesmo uma lei “milagrosa”, que superasse todas as mazelas do poder judiciário, que previsse o recurso “perfeito”, ou até mesmo um novo e totalmente diferente instrumento processual seria capaz de tornar a atividade judiciária realmente justa se não houvesse colaboração das partes.

E, na verdade, não é só na vida forense que observamos esta situação. A fim de exemplificação, imaginemos que o rio Tietê fosse completamente despoluído, permitindo a pesca, a prática de esportes, enfim, imaginemos que o sonho de muitos brasileiros que transitam todos os dias pelas suas marginais tivesse sido concretizado. Do que adiantaria tal feito se a população continuasse a poluir suas águas, jogar detritos em seu leito ou utilizá-lo como um verdadeiro “lixão”?

É exatamente esta a analogia que podemos utilizar para o processo. Para que as reformas processuais atinjam seus objetivos, é imprescindível que as partes atuem com respeito, cuidado em relação à outra parte, pautem o seu agir na razoabilidade, equidade e boa razão, colaborem e cooperem como o bom andamento do processo, sejam leais e probas, valorizem a confiança depositada, em resumo, se comportem conforme os ditames da boa-fé objetiva.

Como não podemos esperar que esta nova visão de encarar o processo seja instantânea e absoluta, essencial que tenhamos sanções e as medidas coercitivas rigorosas e eficazes para punir aqueles que persistirem na litigância de má-fé.

Como defendido, ao que nos parece, além de as soluções apontadas pelo Código de Processo Civil serem aplicadas de forma extremamente tímida - poderíamos dizer que somente em casos de “avacalhação” processual, que beiram o absurdo - quando aplicadas, não têm se mostrado eficazes.

Por tal razão, defendemos uma reforma simples e pontual do diploma legal, como, por exemplo, o aumento significativo do percentual definido para os casos de litigância de má-fé, como o objetivo de incentivar o comportamento probo e desestimular, seja pela via repressiva, seja pela via preventiva, as condutas contrárias aos ditames da boa-fé processual.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2007.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª edição. Editora CEPC, 2002.
- ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Agravo de instrumento contra decisões proferidas em mandado de segurança. Execução provisória*. Texto em co-autoria com Cássio Scarpinella Bueno. Revista de Processo.
- ASSIS, Araken de. *Cumprimento da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. *Manual do processo de execução*, 8ª edição. São Paulo: Editora RT, 2002.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, *Manual de Execução Civil*, 4ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 7ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury, 5ª edição. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.
- _____. *Efetividade do processo e técnica processual*. Revista Forense, v. 329, p. 97.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 3ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.
- _____. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, 2ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*. São Paulo: Editora Cone, 1999.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Execução Provisória contra a Fazenda Pública*. Revista de Processo, v. 81, p. 240-245.
- _____. *Execução provisória e antecipação de tutela*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.
- _____. *Curso sistematizado de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil*, 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da tutela antecipada no processo civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

CORDEIRO, Menezes. *A boa-fé no direito civil*, 3ª edição. Coimbra: Editora Almedina Brasil, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, 13ª edição. São Paulo: Editora Juspodium, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*, 2ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.

_____. *A instrumentalidade do processo*, 3ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

FUX, Luiz. *A reforma do processo civil*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de aceleração do processo*. São Paulo: Editora Lemos e Cruz, 2003.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Efetividade do Processo Civil*, 1ª edição. Campinas-SP: Editora Bookseller, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em evolução*, 2ª edição. São Paulo: Editora Forense Universitária, 1998.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas Gerais no Novo Código Civil*, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

LEÃO, Adroaldo. *O litigante de má-fé*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1986.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 4ª edição. São Paulo: Editora RT, 1997.

PADILLA, Luiz Nuñez. *Revista de Processo*, RT, abril-junho de 1995, a. 20, v.78.

PRETEL, Mariana Pretel e. *A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro*, 1ª edição. Editora Nuria Fabris, 2009.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O Direito Constitucional à jurisdição*.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v.1, 22ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*, 1ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

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

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 40ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

_____. *Execução – Rumos atuais do processo civil em busca da efetividade da prestação jurisdicional*.

VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*, 1ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

Sítio: www.migalhas.com.br

Sítio: www.jusnavegandi.com.br

Sítio: www.stf.jus.br

Sítio: www.stj.jus.br

Sítio: www.miguereali.com.br

Sítio: www.professorsimao.com.br