

DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL

*Waldemiro José Tróculo Júnior**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A diferença entre a boa-fé objetiva e a subjetiva. 3. A positivação da boa-fé objetiva. 4. O inciso II do artigo 14 do Código de Processo Civil e sua incidência. 5. O limite de incidência da boa-fé no processo civil. 6. Conclusão.

1. Introdução.

O inciso II do artigo 14 do Código de Processo Civil prevê o dever de lealdade e boa-fé que deve presidir as relações entre os participantes do processo civil.

Esta é uma regra geral importantíssima para que se possa analisar se a boa-fé objetiva integra as relações processuais.

O presente estudo visa, portanto, fazer uma breve análise da boa-fé objetiva e sua aplicação no direito processual civil.

2. A diferença entre a boa-fé objetiva e a subjetiva.

Judith Martins-Costa, de forma magistral, bem diferencia a boa-fé subjetiva da objetiva, especificando que a primeira está ligada à consciência individual da pessoa em agir conforme o direito, devendo o intérprete

* Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Professor da Faculdade de Direito de Campos. Mestre pela FDC em Políticas Públicas e Processo. Especialista pela FDC em Direito Civil e Processo Civil.

considerar a intenção da mesma, sua íntima convicção e a segunda, qual seja, a boa-fé objetiva, significa ter a pessoa uma conduta baseada na honestidade, na lealdade e na probidade, considerando os aspectos sociais de sua vivência, senão vejamos:.

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

Já por “boa-fé objetiva” se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* – modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual “cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade.” Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo.¹

A visão que se tem, portanto, é de que a boa-fé objetiva impõe um comportamento das pessoas pautadas em probidade e lealdade, considerando o *alter* da relação.

¹ COSTA, Judith Martins. Op. cit., p. 411.

3. A positivação da boa-fé objetiva.

A boa-fé objetiva, no direito brasileiro, teve seu nascedouro em termos de positivação nas relações privadas, no âmbito, primeiramente, do Código Comercial, que expressamente a previu em seu artigo 131:

Art. 131 – Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;²

Embora presente a regra da boa-fé objetiva desde a edição do vetusto Código Comercial em 1850, o certo é que, como asseverou Ruy Rosado de Aguiar Júnior, “permaneceu letra morta por falta de inspiração da doutrina e nenhuma aplicação dos tribunais.”³

Teresa Negreiros, citando Judith Martins-Costa, assim deixou consignado sobre a inaplicabilidade prática do artigo 131 do Código Comercial, asseverando, ainda, que a referência à boa-fé em mencionado artigo não passa de uma forma de interpretação-integrativa do contrato, sem ter o condão de criar deveres. Vejamos:

Esta norma, como bem assevera Judith Martins-Costa, “(...) jamais foi aplicada em toda a sua potencialidade justamente pela inexata compreensão doutrinária e jurisprudencial dessa potencialidade,

² BRASIL, *Código Comercial*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999. p. 104.

³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. In: *Revista de Direito do Consumidor*, nº 14. São Paulo: RT, abril-junho de 1995. p. 21.

restando, na prática, como letra vazia de efetividade". Cumpre observar, porém, que a disposição em exame, não obstante a vislumbrada "potencialidade" nela contida, não se chega a constituir numa norma em que a boa-fé, como regra de conduta, seja expressamente articulada. Com efeito, trata-se, no caso, de restringir a boa-fé a uma função de interpretação-integração do contrato, sem que se reconheça o papel criador de deveres, hoje atribuído ao princípio e reconhecido no Projeto de Código Civil.⁴

A introdução do princípio da boa-fé como regra de conduta veio mesmo com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990), cujo artigo 4º convém transcrever:

A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a 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 ao 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.⁵

O Código do Consumidor nasceu da previsão constitucional, inserida no rol dos direitos e garantias individuais, especificamente no inciso XXXII do artigo 5º da Constituição da República de 1988, que assim dispõe:

⁴ NEGREIRO, Teresa. Op. cit., p. 75.

⁵ BRASIL. Código Comercial. Lei nº 556, de 25.06.1850. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 668.

Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.⁶

Mas não só entre os direitos e garantias individuais que se fez referência ao consumidor, mas também, e de forma importantíssima, dentre os princípios gerais da atividade econômica, conforme inciso V do artigo 170 da Magna Carta:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V – defesa do consumidor;⁷

O Código de Defesa do Consumidor, portanto, pode-se assim dizer, foi o mecanismo introdutor e impulsionador, na legislação brasileira, do princípio da boa-fé objetiva, valendo mencionar a visão de Teresa Negreiros sobre este aspecto:

Ninguém hoje pode, após seis anos de promulgação do Código de Defesa do Consumidor, negar o impacto que esta legislação produz sobre a forma como se vêm constituindo, de lá para cá, as relações de consumo: os consumidores brasileiros vêm, aos poucos, tornando-se conscientes de sua hipossuficiência relativamente ao fornecedor de produtos e serviços. Pense-se nos Procons

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Art. 5º.

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988), Art. 170.

ou, num plano mais restrito – mas nem por isso menos representativo – na avalanche de cartas enviadas aos jornais por consumidores que vêm tornar pública a violação de direitos que há pouco tempo não lhes eram sequer reconhecidos.⁸

As referências no Código Civil de 1916 sobre boa-fé dizem respeito à subjetiva, aquela em que se observa o agir íntimo do sujeito e não a conduta de lealdade e probidade, não tendo havido adoção, pelo legislador de 1916, de forma expressa, do referido princípio da boa-fé objetiva, sendo este o posicionamento de Clovis V. do Couto e Silva, quando assevera que “O princípio da boa fé, no Código Civil Brasileiro, não foi consagrado, em artigo exposto, como regra geral, ao contrário do Código Civil Alemão.”⁹

Este também o comentário de Maurício Mota, quando menciona que “O Código Civil de 1916 não contemplou expressamente o princípio da boa-fé embora este possa ser desvelado em diversos dispositivos esparsos.”¹⁰

O Código Civil de 1916, entretanto, fez previsão da teoria do abuso do direito, ao estabelecer no artigo 100 que “Não se considera coação a ameaça do exercício normal de um direito, nem o simples temor reverencial.”¹¹

Se não é considerada coação o exercício normal de um direito, pode existir, então, o exercício anormal do direito.

Também o inciso I do artigo 160 do Código Civil de 1916 dispunha não constituir ato ilícito o praticado “no exercício regular de um direito reconhecido.”¹²

⁸ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 76.

⁹ SILVA, Clovis V. do Couto e. Op. cit., p. 29.

¹⁰ MOTA, Maurício Jorge Pereira da. *Princípio da boa-fé*. Apostila fornecida pela FDC-Faculdade de Direito de Campos, Curso de Mestrado em Direito. Área de Concentração: Políticas Públicas e Processo, 2001. p. 03.

¹¹ NEGRÃO, Theotonio. *Código civil e legislação civil em vigor*. Colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 53.

¹² NEGRÃO. Op. cit., p. 62.

Veja-se, a propósito, a citação de Clóvis Beviláqua feita por José Olímpio de Castro Filho:

A doutrina, então dominante, encontrava-se assim exposta, resumidamente, por Clóvis Beviláqua, autor do Anteprojeto do Cód. Civil, em comentário ao art. 100 d'este: "O Código reconhece a existência de um exercício "normal" do direito. É porque há, forçosamente, um "anormal". A ameaça do exercício anormal constitui coação. O exercício anormal realizado será o abuso do direito. Assim, o Cód. Civil deu entrada, indiretamente, a essa teoria, que é uma das manifestações dos intuitos éticos do direito moderno, preponderando sobre os elementos egoísticos. Este pensamento do Código se conforma com a novação de ato ilícito dada no art. 160.¹³

Jorge Americano, aduzindo ao comentário de Clóvis Beviláqua, menciona o que segue:

Comentando este artigo, justifica-o Clóvis Beviláqua (1) porque a coação se entende contra *bonos mores*. Em havendo excesso, ou si a pessoa, armada do seu direito, procurar incutir pavor ou grave apreensão no animo de outrem, esse cortejo de ameaças torna anormal o exercício do direito e constitui coação.¹⁴

E foi o Código Civil de 1916 que foi usado pelos processualistas para repelir o abuso do direito, conforme lição de Humberto Theodoro Junior:

Uma vez que o Código Civil, editado em 1916, agasalhava, expressamente, a teoria do abuso de direito, como fonte de responsabilidade civil (art. 160), a teoria do abuso de direito processual, desde então, passou a procurar apoio nos princípios do direito civil, caracterizando-se por ser fruto de obra sobretudo da doutrina. Prevalencia, então, o entendimento de que a teoria

¹³ CASTRO FILHO, José Olímpio de. Op. cit., p. 84.

¹⁴ AMERCIANO, Jorge. Op. cit., p. 55.

florescida no direito privado e transplantada para o direito processual repelia o exercício anormal de qualquer direito, operando os intuitos éticos do direito moderno, que devem preponderar sobre os elementos egoísticos.¹⁵

A doutrina do abuso do direito, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, teve origem no Código Civil de 1916, usando o processualista as disposições de referido Código para tratar do tema no âmbito processual.

E o abuso do direito tem sua aplicação ressaltada no âmbito objetivista da boa-fé por Maurício Mota, muito embora ele reconheça que a doutrina teve desdobramentos na concepção subjetivista, ou seja, quando a pessoa age com a intenção de prejudicar o outro.

Nas palavras do professor Maurício Mota, "Quatro são as modalidades principais que assumem o abuso de direito dentro de uma perspectiva objetivista da boa-fé: as situações de *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio*, *tu quoque*."¹⁶

Admite-se, portanto, que o abuso de direito tenha seus reflexos no princípio da boa-fé objetiva, entretanto, sabe-se que aquele está firmado no dolo ou culpa da parte e na responsabilidade civil.

Citada por Rui Stoco, Heloísa Carpena assevera que a boa-fé objetiva funciona como cláusula geral, senão vejamos:

...como cláusula geral e integra os pactos, servindo como norma de interpretação e elemento limitador dos direitos subjetivos, com o objetivo de estabelecer os deveres de comportamento que as partes devem

¹⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. Relatório Brasileiro. In: *Abuso dos direitos processuais*. Org. José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 93-94.

¹⁶ MOTA, Maurício Jorge Pereira da. *A pós-eficácia das obrigações*. Problemas de direito civil constitucional. Org. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 199.

seguir nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.

O novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002) é que traz, em seu artigo 422, adoção explícita da boa-fé objetiva quando trata das disposições gerais sobre contratos, dizendo que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.”¹⁷

O princípio da boa-fé objetiva então está consagrado no atual Código Civil Brasileiro, de forma expressa.

Entretanto, não se deve olvidar a crítica de Antonio Junqueira de Azevedo, citada por Brunela Vieira De Vincenzi, para quem o artigo só menciona a aplicação da probidade e da boa-fé na fase contratual (conclusão e execução do contrato), nada mencionando sobre a fase pré e pós contratual, senão vejamos:

(a) “não se sabe se a norma é cogente e não se fala se as partes podem adotar outros standards ou quais standards e assim por diante”; (b) “o art. 421 se limita ao período que vai da conclusão do contrato até sua execução (...). Logo, o caso do art. 421 deveria também falar em responsabilidade pré-contratual ou extensão do comportamento da boa-fé na fase pré-contratual; (c) “o art. 421 está insuficiente, pois só fala em conclusão – o momento em que se faz o contrato – e execução. Não fala nada do que está para depois, nem do que estava antes” e (d) “o artigo trata apenas de execução, no momento final, e muitas

¹⁷Código Civil Comparado. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívya Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 102.

vezes o caso na verdade não chega a ser de execução, mesmo que dilatemos a expressão 'execução.'¹⁸

Também no artigo 187 do novo Código Civil (Lei nº 10.406/2001) se fez consideração de que o abuso do exercício do direito constitui ato ilícito, resolvendo dissenso doutrinário se o exercício de um direito poderia ser considerado ato ilícito.

O abuso de direito pressupõe licitude no ato antecedente e ilicitude no conseqüente, já que originariamente a pessoa lança mão de um direito, mas o exerce com excesso ou com abuso.

O ato que, inicialmente, era lícito, em um segundo momento torna-se ilícito em razão do excesso ou do abuso.

Assim está redigido o artigo 187 do novo Código Civil: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."¹⁹

O novo Código Civil assegura e deixa claro que o abuso do exercício de direito é ato ilícito, considerando que a parte teve conduta lícita no início ao exercer seu direito, excedendo-se posteriormente, seja transbordando-se do fim econômico ou social do direito, seja saindo dos ditames da boa-fé, qual seja, o dever de lealdade e probidade, seja afrontando os bons costumes.

Tudo isto implica em disfunção do direito a ser exercido, disfunção esta que pode ter correção com a aplicação do princípio da probidade.

¹⁸ VINCENZI, Brunela De. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 162.

¹⁹ Código Civil Comparado. Lei nº 3.071, de 1º-1-1916 x Lei nº 10.406, de 1-1-2002. Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 48

4. O inciso II do artigo 14 do Código de Processo Civil e sua incidência.

Celso Agrícola Barbi, em comentários ao artigo 14 do Código de Processo Civil, coloca o inciso II do mesmo artigo como o articulador dos incisos I e III, dizendo que o dever de veracidade, previsto no inciso I e o dever de a parte não formular pretensões nem alegar defesas cientes de que são destituídas de fundamento, previsto no inciso II, nada mais são do que expressão do princípio da lealdade ou probidade, previsto no inciso II.

Isso pode ser entendido como sendo o inciso II do artigo 14 do Código de Processo Civil uma regra geral de conduta para os participantes do processo, concitando-os a agirem com probidade e lealdade com a outra parte, muito embora estejam participando de uma disputa processual e queiram vencer.

E o insigne autor traz a lição de Calamandrei para dizer que essa disputa processual é um jogo em que o participante pode usar de suas habilidades, dentro das regras, não podendo, entretanto, usar de trapaça.

Sobre ser a relação processual uma batalha, bem expressa Jônatas Milhomens:

O processo é, de certo modo, um campo aonde se trava batalha, no sentido figurado. A lide exprime uma luta, em que as partes, cada uma de seu lado, tudo fazem para tirar vantagens, para ver triunfante a sua pretensão, o seu direito. Pela própria existência do conflito de interesses nela contido, o processo é campo propício para desenvolvimento da astúcia, vizinha próxima da fraude, da má-fé. Não é de admirar que cada um dos contendores procure sacar do processo o máximo de proveito

pessoal. Todavia, na relação processual há um elemento que a distingue das relações de direito privado motivadoras da instauração da lide: a presença do Estado, na pessoa do juiz.²⁰

Em todo jogo realmente há de existir habilidades e sutilezas, mas não é possível compactuar com a trapaça, o jogo fora das regras, o jogo sujo e imoral, sem lealdade, ainda mais considerando a presença do Estado compondo a relação processual, e que deve zelar pelos princípios da legalidade e moralidade.

O exercício do contraditório, a ampla defesa, as argumentações, os arrazoados, não podem exceder o limite do razoável e as regras precisam ser respeitadas, sob pena do comprometimento do resultado. Um jogo ganho dentro das regras representa uma vitória legítima. Uma competição ganha burlando as regras, fugindo do normal exercício dos direitos, representa uma vitória indecorosa, sem razão de ser, sem legitimidade.

Sobre o aspecto, disse Celso Agrícola Barbi:

Em estudo já clássico, Calamandrei compara o processo judicial a um jogo, a uma competição, em que a habilidade é permitida, mas não a trapaça. O processo não é apenas ciência do direito processual, nem somente técnica de sua aplicação prática, mas também leal observância das regras desse jogo, isto é, fidelidade aos cânones não escritos da correção profissional, que assinalam os limites entre a habilidade e a trapaça.²¹

²⁰ MILHOMENS, Jônatas. *Da presunção da boa-fé no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 42.

²¹ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. Atualizadora Eliana Barbi Botelho. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 122.

E ao comentar especificamente o princípio da lealdade, fala ele, como dito alhures, de sua generalização, tendo como especificidades os incisos I e III do mesmo artigo 14 do Código de Processo.

Vejamos:

No art. 14, em quatro itens, relaciona esses deveres, entre os quais ressaltamos aquele constante do item II, que é o dever de lealdade. Se analisarmos os três primeiros itens, veremos que são meras particularizações do princípio de lealdade, feitas para melhor destacar partes do conteúdo daquele.²²

O tratamento de norma generalizante do inciso II do artigo 14 do Código de Processo é ressaltado também por Humberto Theodoro Júnior, muito embora frise o autor que engloba apenas e tão-somente as variantes do mesmo artigo 14, não esclarecendo se inclui outras hipóteses não previstas nos referidos incisos.

Assim disse Humberto Theodoro Júnior:

Da mesma forma, o dever genérico de lealdade e boa-fé, que, a rigor, engloba todas as variantes do art. 14, não importa impor ao litigante a obrigação de deduzir no processo todos os elementos desfavoráveis a ele próprio e todos os que sejam benéficos ao adversário.²³

Para Cândido Rangel Dinamarco há raridade de deveres das partes no processo, já que estando elas num duelo, preferível é estabelecer ônus processuais, impondo conseqüências ao descumprimento dos mesmos.

Os ônus criam desvantagens para a parte, mas não traduzem em ilícitos processuais. Desvantagens para uma

²² BARBI, Celso Agrícola. Op. cit., nota 21, p. 122.

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., nota 15, p. 101.

parte, criando vantagem para a outra parte. Tudo verificável entre partes, não incluindo o Estado-juiz.

Quando o legislador estabelece deveres para as partes e para os demais participantes do processo, o faz levando em consideração os superiores interesses da jurisdição, que é serviço prestado pelo Estado-juiz, estando todos sob sujeição deste, já que ele chamou para si o dever-poder de exercer a jurisdição.

O Estado-juiz não pode assistir passivamente a prática de atos que lhe afrontam. A afronta é mesmo contra a própria jurisdição, entendida como parcela da soberania estatal.

Para controlar os ânimos dos contentores e incutir conduta proba em todos os demais participantes do feito, permeando o processo de condutas éticas, foi estabelecido pelo legislador o dever de lealdade ou probidade.

Cândido Rangel Dinamarco assevera que o dever de lealdade ou probidade é amplo e expressivo, implicando sua infração em repressão mediante a litigância de má-fé e os atos atentatórios à dignidade da Justiça.

Assim disse Cândido Rangel Dinamarco:

Os poucos deveres processuais das partes constituem projeção e consequência de sua sujeição ao Estado-juiz e correlativa autoridade exercida por este no processo. Eles são instituídos para a defesa do interesse público no correto e eficiente exercício da jurisdição, incorrendo em ilícito aquele que os descumpre. Descumprir imperativos de conduta instituídos em benefício alheio é lesar o titular desse interesse; no caso das partes, descumpri-los é comprometer o correto exercício da jurisdição, que é do interesse geral do Estado. Daí a

reação da ordem jurídica à inobservância desses imperativos de conduta, sancionando-a de diversas formas. O mais amplo e expressivo dos deveres das partes é o de lealdade, cuja transgressão a lei sanciona mediante repressão à litigância de má-fé e aos atos atentatórios à dignidade da Justiça (arts. 16-18 e 600-601 – infra, n. 528).²⁴

5. O limite de incidência da boa-fé no processo civil.

Se o inciso II do artigo 14 do Código de Processo prevê expressamente o dever de lealdade e probidade, indicando a adoção do princípio da boa-fé, há que se considerar se tal princípio só se aplica, como sustenta o professor Cândido Rangel, para as hipóteses dos artigos 16-18 e 600-601 do Código de Processo Civil, ou pode ter o leque ampliado para abranger outras hipóteses não previstas na lei.

COLIN e CAPITANT, citados por Rui Stoco, já defendiam que para se caracterizar o abuso do direito não era indispensável a intenção de prejudicar, bastando a ausência de prudência de um homem médio.

Veja-se suas palavras:

Para que haja abuso do direito não é indispensável que se descubra no autor do prejuízo causado a outrem a intenção de prejudicar, o animus nocendi. É bastante que se observe na sua conduta a ausência das precauções que a prudência de um homem atento e diligente lhe teria inspirado.²⁵

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. II. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 209-210.

²⁵ STOCO, Rui. Op. cit., p. 148.

E o mesmo Rui Stoco, citando Pedro Baptista Martins, menciona que este autor teria insinuado a adoção pela teoria do abuso do direito da responsabilidade objetiva, prescindindo-se de culpa ou dolo para sua aplicação, senão vejamos:

Ademais, não se pode aceitar a tendência deste último e consagrado autor ao insinuar que o abuso do direito desprende-se do conceito de culpabilidade para encontrar apoio e sustentação na responsabilidade objetiva ou sem culpa.²⁶

Pedro Baptista Martins, após analisar que o abuso do direito não constitui ato ilícito, conclui dizendo que a referida teoria assentada-se numa base objetiva, portanto, sem necessidade de prova de dolo ou culpa, senão vejamos:

A consagração da doutrina do abuso do direito é, portanto, expressa, assentando-se a fórmula numa base puramente objetiva. O destinatário de um direito subjetivo, que o exerce de maneira anormal, desnaturando-lhe os intuítos econômicos ou sociais, envolve a sua responsabilidade e sujeita-se à obrigação de reparar as conseqüências de seu ato abusivo. Averiguar a intenção do agente, verificar se o dano teria resultado de culpa sua, é tarefa que deve ser relegada à psicologia. O que, em consonância com o código, importa examinar é se o indivíduo, ao desencadear o seu poder jurídico, com o fim de satisfazer um interesse puramente egoístico, deixou de ter em conta os interesses antagônicos, mas

²⁶ STOCO, Rui. Op. cit., p.148.

hierarquizados, da coletividade, desvirtuando, por essa forma, o elemento social que, na formação da regra jurídica, predomina sobre o elemento individual.²⁷

Rui Stoco, apesar de firmar entendimento contrário aos aqui defendidos, asseverando que o abuso do direito só pode ser imputado com base em dolo ou culpa grave, acaba por enxergar a possibilidade, mesmo que remota, de identificar abuso de direito fora das hipóteses elencadas nos artigos expressos do Código de Processo Civil e demais legislações esparsas, senão vejamos:

Mas cabe desde logo advertir que não constituirá tarefa fácil identificar outros exemplos de ilícitos decorrentes do abuso do direito de demandar, cometidos no bojo de ação judicial, não contidos nos artigos 14, 17 e demais disposições esparsas da lei processual codificada, embora não se possa, desde logo, afastar essa possibilidade.²⁸

Então, é possível vislumbrar a ocorrência de má-fé fora do rol do artigo 17 do Código de Processo Civil e dos demais dispositivos legais expressos.

Essa possibilidade abre espaço para fazer uma interpretação do inciso II do artigo 14 do Código de Processo como norma geral, incidindo sobre hipóteses não previstas nos demais dispositivos expressos que tratam de condutas antiéticas.

E o princípio da boa-fé tem justamente essa função de harmonizar a dureza e fechamento do sistema positivista, avesso às aberturas, com as exigências da vida moderna, cheia de novidades e especificidades, não

²⁷ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 2ª ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Freitas Bastos, 1941. p.142-143.

²⁸ STOCO, Rui. Op. cit., p. 148.

encontradas nos textos fechados da lei, especialmente no campo ético, conforme menciona Clovis V. do Couto e Silva:

A aplicação do princípio da boa fé tem, porém, função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo de ciência do Direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no "hortus conclusus" do sistema do positivismo jurídico, "janelas para o ético."²⁹

E aí não é só o legislador que tem sua importância, mas, sobretudo, o magistrado, podendo interpretar a norma com base no princípio da boa-fé.

Judith Martins-Costa, tratando da boa-fé como cláusula geral, diferenciando-a dos princípios, abordando-a no campo obrigacional, assegura que a referida cláusula geral tem "a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico."³⁰

E continua:

O processo pelo qual estas normas – vale repetir, as normas compostas a partir das cláusulas gerais – são criadas é um processo lento e complexo. Este vai-se realizando pouco a pouco, mediante um trabalho que é em parte casuístico, em parte de generalização da casuística, constituído, em resumo, pela síntese judicial dos casos pretéritos, tomados estes, entretanto, não como limites à interpretação e aplicação do direito, mas como pontos de apoio, ou pontos

²⁹ SILVA, Clovis V. do Couto e. Op. cit., p. 42.

³⁰ COSTA, Judith Martins. Op. cit., p. 341.

de partida, permitindo, assim, o trabalho de adequação valorativa às novas circunstâncias.³¹

E a abertura que a cláusula geral da boa-fé proporciona no sistema fechado do positivismo é mencionada de forma mais veemente.

No âmbito do direito obrigacional, o mais paradigmático exemplo desta mobilidade sistemática proporcionada pela técnica da cláusula geral é oferecido pela cláusula geral da boa-fé. Afirma Rodotà que a sua abertura normativa conduz à inserção, no conteúdo eficaz dos negócios jurídicos, de valores, usos e padrões de condutas enraizados na sociedade, na medida em que a boa-fé gera deveres não previstos nos instrumentos negociais, mas fundados na sua função.³²

Usando o termo flexibilização do Direito, Teresa Negreiros bem expressa que a boa-fé, além de traduzir idéia de confiança entre as partes, traz também um sentido de alargamento do Direito para além das normas legais e exigências formais, senão vejamos.

Além da idéia de confiança, o princípio da boa-fé é utilizado em nossa jurisprudência com um sentido de flexibilização do Direito, de mitigação de exigências formais e processuais, ainda que se trate de atividade do Poder Público, para cujo desempenho tais exigências se configurariam como uma garantia de imparcialidade.³³

A idéia é toda de abertura, de flexibilização de sistema fechado, de adoção de critérios para peculiaridades de cada caso.

Analisando a evolução do conceito de obrigação, abordando a pós-eficácia das obrigações, lembrando a evolução de doutrina e jurisprudência alemãs quanto à interpretação dos negócios jurídicos sob o manto da boa-

³¹ COSTA, Judith Martins. Op. cit., p. 342.

³² COSTA, Judith Martins. Op. cit., p. 342.

³³ NEGREIROS, Teresa. Op. cit., p. 239.

fé, o professor Maurício Mota liga a idéia de boa-fé à falência do conceitualismo, ao fracasso do positivismo legalista, demonstrando que a boa-fé tem o condão de permitir abrir o legalismo, abrangendo hipóteses para além da lei estrita:

A expansão do princípio da boa-fé como fonte autônoma da obrigação pode ser associada à falência do conceitualismo – redução do sistema a conceitos, com recurso simples à lógica formal – ao fracasso do positivismo legalista exegético – solução de casos concretos com recurso à lei como texto – ou ainda aos óbices da subsunção – passagem mecânica, passiva, do fato à previsão normativa, de modo a integrar a premissa maior do silogismo judiciário – na busca de soluções que a realidade impõe ao direito.³⁴

E acrescenta:

A boa-fé é um princípio jurídico porque tem natureza normogênica, constituindo fundamento de regras, isto é, norma que está na base ou constitui a ratio de regras jurídicas. É norma, porém qualitativamente distinta das regras jurídicas, porque constitui norma de otimização, compatível com vários graus de concretização, consoante condicionamentos fáticos e jurídicos, carecendo deste modo de mediação concretizadora do juiz ou do legislador.³⁵

Desse modo, ressaltando a atividade concretizadora da norma por parte do juiz e do legislador, pode-se ver nas relações processuais a incidência da boa-fé para além das hipóteses taxativas previstas no Código de Processo Civil e mesmo nas legislações processuais esparsas, passando pela atividade criadora do magistrado.

³⁴ MOTA, Maurício Jorge Pereira da. Op. cit., nota 16, p. 192.

³⁵ MOTA, Maurício Jorge Pereira da. Op. cit., nota 16, p. 192.

Esse também o posicionamento de Ovídio Baptista da Silva, ao comentar o artigo 14 do CPC, asseverando que “O preceito contido no art. 14 do CPC é uma manifestação do princípio geral de boa-fé objetiva, de que já se disse constituir, mais do que um princípio, o verdadeiro oxigênio sem o qual a vida do Direito seria impossível.”³⁶

Brunela Vieira De Vincenzi, após expor que apesar de os deveres de lealdade, boa-fé e probidade estarem previstos expressamente no Código de Processo Civil, a doutrina e a jurisprudência só os aplica na forma das sanções à litigância de má-fé ou os atos atentatórios à dignidade da justiça, conforme previsão dos artigos 16, 17, 18, 600 e 601 do Código, não tendo eles conteúdo prático fora destes artigos.

Entretanto, a autora expõe seu posicionamento divergente, visualizando a possibilidade de generalização da norma:

Não parece ser essa melhor interpretação, todavia. A solução inicialmente adequada aos princípios norteadores do processo civil contemporâneo – de postulados éticos – fica prejudicada pelo temor em conferir amplos poderes ao juiz no processo civil, decorrente da tendência moderna de controlar em fórmulas predeterminadas os poderes do juiz para evitar que ocorram abusos e ilegalidades nos julgamentos.³⁷

E conclui:

O modelo processual brasileiro, com mais uma nova figura, ainda não alcançou a síntese conceitual e

³⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Comentários ao código de processo civil*. V. 1. São Paulo: RT, 2000. p. 103.

³⁷ VINCENZI, Brunela Vieira De. Op. cit., nota 18, p. 94.

filosófica para a prevenção e repressão às condutas desleais das partes; os deveres, como se viu, são assimilados a figuras específicas de litigância de má-fé, de atos atentatórios à dignidade da justiça e, agora, mais recentemente, de ato atentatório à dignidade do exercício da jurisdição.

Parece que a melhor interpretação e aplicação para o art. 14, com efeito, está na aceitação efetiva de que ele contempla um feixe de deveres decorrentes da cláusula geral da boa-fé (objetiva), que arrimados nas garantias constitucionais do contraditório efetivo e do devido processo legal em seus postulados mínimos, que visam limitar o exercício dos poderes conferidos ao juiz no processo civil, poderão dar ensejo à efetiva aplicação – prática, e não só teórica – dos postulados éticos do processo civil contemporâneo, que busca resultados e não somente o cumprimento de fórmulas estruturais preconcebidas em detrimento do direito material objeto do processo e dos escopos da jurisdição.³⁸

Então, o inciso II do artigo 14 do Código de Processo pode servir como cláusula geral a irradiar seus efeitos sobre todo o processo, não só de conhecimento, mas também o de execução e cautelar, criando deveres para os envolvidos no processo além dos estabelecidos na lei, bem como funcionando como limitador de direitos subjetivos.

As exemplificações de Brunela Vieira De Vincenzi são práticas e convém aqui aventá-las:

Dessa forma, parece possível impedir o exercício de posições inadmissíveis, sem cominar sanções ou multas, mas

³⁸ VINCENZI, Brunela Vieira De. Op. cit., nota 18, p. 98.

por meio de atos do juiz que impeçam a prática ou a continuidade de determinada conduta da parte, seja por meio de “ameaças”, seja com a inversão do tempo no processo, ou até com a inversão de certos ônus (como acontece com a revelia) ao litigante que abusa da confiança depositada nele pelo Estado, ou com a perda de direitos processuais como consequência da violação à regra da boa-fé.³⁹

Vale aqui exemplificar, na forma acima mencionada, a possibilidade de o magistrado, usando o princípio da boa-fé objetiva (probidade), conceder *ex officio* a tutela antecipada quando o réu, com atos protelatórios, esteja delongando o andamento do processo, na forma do inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil, ou mesmo de o juiz inverter o ônus da prova contra aquela parte que esteja agindo sem o dever de cooperação, lealdade e boa-fé, também impedindo a parte vencedora de execução da sentença de imediato, se portou com conduta violadora da boa-fé objetiva, sem antes recolher verba de condenação em honorários advocatícios da parte contrária.

Também poderia ser criado, mediante lei, a impossibilidade de interposição de recursos extraordinário e especial para a parte que tivesse sido condenada por ato de improbidade no feito, ou mesmo a obrigatoriedade de recolher depósito cujo montante pode ser incidente sobre o valor da causa ou, nas inestimáveis, fixado pelo magistrado até limite estabelecido em lei, quando da interposição de outros recursos no processo.

Estes são alguns exemplos da possibilidade de aplicação da boa-fé objetiva no âmbito do processo civil.

³⁹ VINCENZI, Brunela Vieira De. Op. cit., nota 18, p. 172.

6. Conclusão.

A boa-fé objetiva deve ser aplicada no processo civil brasileiro, sendo o inciso II do artigo 14 do CPC norma que estrutura tal proceder, devendo tal dispositivo ser interpretado de forma abrangente para incidir não só nas hipóteses arroladas no CPC como punitivas para o litigante ímprobo, mas ampliando sua incidência para incluir condutas não previstas na lei, trazendo as partes para o comportamento em lealdade e probidade, podendo o magistrado tomar medidas para impedir a chicana processual e para fazer que o processo seja ético, para uma boa solução dos conflitos.

Referências:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de consumo*. *Revista de Direito do Consumidor*. nº 14. São Paulo: RT, abril-junho de 1995.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. Atualizado por Eliana Barbi Botelho. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL, Constituição Federal (1988).

BRASIL. Código Comercial. Lei nº 556, de 25.06.1850. 4ª edição. São Paulo: RT, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. V. II São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

MILHOMENS, Jônatas. *Da presunção da boa-fé no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. *A pós-eficácia das obrigações. Problemas de direito civil constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NEGRÃO, Theotonio. *Código civil e legislação civil em vigor*. Colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Comentários ao código de processo civil*. v. 1. São Paulo: RT, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Relatório Brasileiro. Abuso dos direitos processuais*. Coord. José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

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