UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

JOSIANE ESTEVÃO ALBINO

**A BOA-FÉ E A COOPERAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO: o dever de mitigar o prejuízo aplicado à execução das
*astreintes***

**Juiz de Fora
2016**

JOSIANE ESTEVÃO ALBINO

**A BOA-FÉ E A COOPERAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO: o dever de mitigar o prejuízo aplicado à execução das
*astreintes***

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Juiz de
Fora, como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

**Juiz de Fora
2016**

FOLHA DE APROVAÇÃO

JOSIANE ESTEVÃO ALBINO

A BOA-FÉ E A COOPERAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: o dever de mitigar o prejuízo aplicado à execução das *astreintes*

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Prof. Dr. Márcio Carvalho Faria (Orientador)

Profa. Dra. Aline Araújo Passos

Profa. Flávia Lovisi Procópio de Souza

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2016

*Aos meus pais, estrelas que guiam o meu
caminho.*

AGRADECIMENTOS

Com imensa gratidão, às minhas irmãs Cláudia Estevão, Juliana Estevão, Maria Lúcia Estevão e Denise Arantes por sempre terem acreditado em mim e por terem cuidado de mim com todo o amor e carinho maternos.

Aos meus cunhados Leandro Marciano Rufino, José Oscar de Souza e Adriano Andrade que me ensinaram como enfrentar os percalços da vida e me deram todo suporte para enfrentar os diversos desafios que se apresentaram ao longo desses anos.

Aos meus amigos, por todo carinho, companheirismo, pelas vivências diárias e pelo compartilhamento de grandes momentos.

Em especial, agradeço ao professor e orientador Márcio Carvalho Faria, pelos ensinamentos, pelas obras emprestadas, pela paciência e contribuição intelectual, pelo exemplo de profissional a seguir e, por despertar em mim, juntamente com os professores Flávia Lovisi, Raquel Bellini, Karol Durço, Isabela Gusman, Tatiana de Paula, Mônica dos Santos e Aline Passos, o interesse particular pelo direito civil e direito processual civil.

Meus agradecimentos especiais à Dra. Raquel Gomes Barbosa pela atenção, pela preocupação e pelo carinho dispensado a mim para além do gabinete da 1ª Vara de Família de Juiz de Fora e, também, por todas as conversas após o expediente, sem dúvidas, as experiências partilhadas foram de grande aprendizado e inspiração para a minha vida.

Agradeço a todos os servidores da 1ª Vara de Família a inenarrável oportunidade de vivenciar a prática jurídica em um ambiente acolhedor.

Sobretudo, sou grata a Deus, pois, em meio à estrada da graduação, me concedeu a graça de compreender que nas asas do Senhor posso renovar as minhas forças, posso voar alto e seguir em frente sem me fatigar.

Se a ética não governar a razão, a razão
desprezará a ética
José Saramago

RESUMO

O princípio da boa-fé objetiva, apesar de não ter assento expressamente constitucional, decorre de outros, tais como os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e a da igualdade. Nesse cenário, o conteúdo ético-moral e a vedação de comportamentos contraditórios e desleais influenciam todos os ramos do direito, inclusive o direito processual civil. A tendência das partes objetivarem, tão somente, os seus próprios interesses, deve ser refletida à luz dos valores constitucionais. Exige-se, no mínimo, uma atuação dentro dos padrões éticos e de cooperação. Por isso, a relevância da análise do dever da parte de mitigar os prejuízos, em especial, no tocante à execução das *astreintes*, que não pode beneficiar a parte que não empreende esforços suficientes para a tutela definitiva do seu direito, mas sim, torna-se a maior interessada na execução da multa coercitiva.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva. Cooperação. Dever de mitigar. Astreinte. Processo Civil.

ABSTRACT

The principle of good faith, despite not having expressly constitutional seat, results from others that do, such as the principles of human dignity, solidarity and equality. In this scenario, the ethical-moral content and the sealing contradictory and unfair behaviors influence all branches of law, including civil procedural. The fact of the subjects to do only what they want to, aiming their own interests, must be reflected by constitutional values. It requires, at least, a performance within ethical standards and cooperation. That is why the relevance to analyze the duty to mitigate the loss at the time of execution of *astreintes*, because that who does not undertake sufficient efforts to the ultimate protection of their rights, can not be benefited from the *astreintes*.

Keywords: Good faith. Cooperation. Duty to mitigate. Astreinte. Civil Procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. BOA-FÉ PROCESSUAL	13
1.1. Recepção da boa-fé objetiva no âmbito do direito processual.....	13
1.2. Fundamento constitucional	15
1.3. Tríplice função da boa-fé objetiva	17
1.4 Corolários da boa-fé objetiva.....	19
1.4.1. A proibição do <i>venire contra factum proprium</i> e do abuso de direito	19
1.4.2. A <i>suppressio</i> (e a <i>surrectio</i>)	21
1.4.3. <i>Tu quoque</i>	24
2. MODELO DE PROCESSO COOPERATIVO NO FORMALISMO-VALORATIVO	26
2.1. Análise do processo civil como fenômeno cultural	26
2.2. Colaboração no processo civil brasileiro	28
3. O DEVER DE MITIGAR OS PREJUÍZOS	32
3.1. <i>Duty to mitigate the loss</i>	32
3.2. O dever de mitigar o prejuízo aplicado à execução das <i>astreintes</i>	36
3.3. Multa coercitiva e a boa-fé processual: a possibilidade de <i>suppressio</i>	38
CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS	43

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda tema assente às mudanças ocorridas com o advento do neoconstitucionalismo e com a nova fase metodológica do direito processual civil, o *formalismo-valorativo*¹.

Assim, com respaldo nos valores constitucionais, bem como nas normas fundamentais do atual Código de Processo Civil Brasileiro, o objetivo principal desse trabalho é confirmar a relevância da aplicação e observância do princípio da boa-fé objetiva no processo civil, especialmente, no que tange ao dever da parte de mitigar o prejuízo.

É necessário, para tanto, analisar como se deu a transposição do instituto da boa-fé objetiva para a seara processual e sua estreita relação com a proposta do modelo cooperativo de processo.

A boa-fé objetiva deve atuar como uma norma que impõe à parte comportamentos éticos e de cooperação e, também, deve ser aplicável a todos aqueles que atuam no processo, não se restringindo à atuação das partes ou de seus advogados, porque a adequada conduta de todos os sujeitos do processo é indispensável para que se alcance a efetiva tutela jurisdicional.

Como objetivo específico tem-se a demonstração de que o princípio da boa-fé objetiva processual incorre na recepção pelo ordenamento brasileiro do denominado *duty to mitigate the loss*², nos termos do direito alienígena.

Desta maneira, a premissa da boa-fé objetiva processual é essencial para a compreensão do presente trabalho.

Ademais, o *duty to mitigate the loss* será delimitado, como dever acessório do princípio da boa-fé e, como tal, também terá aplicação no processo civil, especialmente, no que tange à execução da multa coercitiva.

Isto porque, no âmbito da execução civil, quando não ocorre o adimplemento voluntário da decisão judicial ou quando as partes não empreendem esforços suficientes para o resultado satisfatório do procedimento judicial, nota-se ausência de cooperação, sendo

¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 18.

² FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?* In Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, vol. 19, p. 109-119, Rio de Janeiro: Padma, jul.-set., 2004.

necessário estímulo por multas coercitivas e, muitas vezes, ameaças de sanções para observar a conduta delas esperada³.

Acontece que, em razão da ausência de penalidades previstas para esta conduta do exequente, persiste a tendência de que, na praxe forense, a parte credora se mantenha inerte, de forma que os prejuízos advindos do inadimplemento resultem no acréscimo da obrigação acessória, o que desvirtua por completo o instituto da *astreinte*.

Por isso, indaga-se, no presente trabalho, se o titular do direito tem, de fato, o dever de mitigar o prejuízo e a qual seria a consequência, nos casos em que, comprovadamente, se mantém inerte no procedimento executivo por ambicionar a execução da multa coercitiva e não mais o adimplemento da obrigação principal.

O trabalho segue o método da documentação indireta através da pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial, recorrendo a livros, artigos e julgados, além do direito comparado.

A temática aqui abordada é complexa, instigante e encontra pertinência, ao passo que, hodiernamente, propõe-se um processo para além da mera formalidade, um processo valorado em sua forma; um processo à luz da fase metodológica do direito processual civil, o formalismo-valorativo, expressão alcunhada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, nos termos da qual deve ser feita “a releitura do processo, da sua formação, sua estrutura, organização e funcionamento”⁴, diferentemente das propostas albergadas nas demais fases metodológicas que serão analisadas no segundo capítulo.

A análise no presente trabalho, portanto, embasa em uma visão axiológica e do importante caráter cultural que o processo apresenta; na concepção de que o seu fim último nada mais deve ser que a concretização da justiça social, segundo as peculiaridades dos casos concretos⁵.

Em vistas da ideologia do formalismo-valorativo⁶, o marco teórico da presente dissertação, intenta-se alvitrar a construção de um processo efetivamente democrático e justo,

³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2 ed., v. 14, 2011, p. 173.

⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no Processo Civil...*, ob. cit., p. 18.

⁵ *Idem*, p. 25-31.

⁶ Importante descrição desse fenômeno cultural: “O formalismo-valorativo, identificado como o movimento cultural destinado a imprimir valores constitucionais no processo, veiculados através do caráter instrumental e modificativo da relação jurídica processual em contraditório, representa forte preocupação com a conformação axiológica da atividade dos operadores do direito na busca pelo processo equo e justo, tendo por método de trabalho a dialética, a lógica tópico-retórica ou problemática; observando sempre, o fenômeno processual como instrumento ético, sem deixar de ter, obviamente, estrutura técnica.” (ZANETI Jr., Hermes; GOMES, Camilla de Magalhães. *O Processo Coletivo e o Formalismo-Valorativo como Nova Fase Metodológica do Processo Civil*. Revista de Direitos Difusos, v. 53, 2011, p. 29).

que sirva à ideia de um equilíbrio ideal entre as partes e ao fim material do processo, a realização da justiça material, não a satisfação da obrigação acessória, unicamente, porque se tornou mais atrativa que a obrigação principal⁷.

Propõe-se, assim, uma investigação acerca da possibilidade de redução do valor da multa coercitiva e análise dos seus fundamentos; um estudo distante das amarras positivistas, o qual somente se pode proceder à luz de um sistema jurídico pautado pelos ditames do princípio da boa-fé processual e do modelo cooperativo de processo.

Para que estes objetivos sejam alcançados, em um primeiro momento será feita uma abordagem do princípio da boa-fé objetiva processual, dos seus fundamentos constitucionais e dos seus desdobramentos.

Em um segundo momento se demonstrará a relevância do modelo de processo cooperativo, pautado pela colaboração e lealdade entre as partes e o órgão jurisdicional, para a efetividade das decisões judiciais.

Em seguida, após essa abordagem primordial, será examinado o dever do credor de mitigar os prejuízos e a aplicabilidade da teoria estrangeira *duty to mitigate de loss* (dever de mitigar as próprias perdas) no ordenamento jurídico brasileiro, em particular, no tocante à execução das *astreintes*.

⁷ Formalismo-valorativo que transcende a fase instrumentalista e projeta efeitos sobre os “poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais primários, coordenação das atividades processuais, ordenação do procedimento e organização do processo, de maneira influenciada pela cultura e pela ponderação entre efetividade e segurança”. Desta feita, coordenar, ordenar e organizar o processo são elementos destinados a um fim, a saber, a solução justa do litígio. “O formalismo-valorativo, assim, é pensado para a obtenção de um processo justo e em tempo razoável, concretizando as promessas constitucionais”. Ressalta-se que não se trata apenas de “conformar o processo às normas constitucionais”, mas - mais do que isso - de ‘empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido’”. (COITINHO, Jair Pereira; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. *Reconfigurações do processo à luz do constitucionalismo contemporâneo: a boa-fé objetiva como condição funcional do modelo processual do Estado Democrático de Direito e sua incidência sobre o novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 254, abr. de 2016, p. 45-71

1. BOA-FÉ PROCESSUAL

1.1. Recepção da boa-fé objetiva no âmbito do direito processual

O princípio da boa-fé consiste em uma das vias mais eficazes para introduzir um conteúdo ético-moral no ordenamento jurídico e se consubstancia em um verdadeiro instrumento para guiar o modelo de conduta a ser adotado pelos sujeitos processuais⁸.

A despeito da supramencionada relevância desse princípio, o conceito de boa-fé é um dos mais difíceis de ser definido e ainda, um dos mais complexos de ser estudado. Etimologicamente, o termo boa-fé tem origem na *fides*⁹ romana, considerada “a base linguística e conceitual da boa-fé no Direito civil português”¹⁰.

Em tentativa de conceituá-la, apresenta Picó i Junoy¹¹: “la buena fe es un concepto jurídico indeterminado, y por tanto sólo pueden efectuarse meras aproximaciones conceptuales sobre la misma.”. Nessa perspectiva genérica, a boa-fé é definida pelo autor como “aquella conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta”¹².

A análise da boa-fé pode assumir duas acepções distintas: a primeira delas é a boa-fé subjetiva, conceito dominante no Código Civil de 1916, que se traduz como um aspecto do mundo dos fatos e está relacionada a uma atuação psicológica do agente, em outras palavras, um verdadeiro estado subjetivo, o qual por si só não impede o exercício de atos contraditórios, porque depende da intenção do agente e isso dá margem para ampla prática de atos desleais¹³; a segunda vertente, com a qual o presente estudo irá trabalhar, consiste em um “*standard* de conduta leal e confiável, independentemente de considerações subjetivistas”¹⁴. Diferentemente, a vertente objetiva da boa-fé proíbe a prática de condutas desleais sem

⁸ PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2013, p. 72.

⁹ A *fides* romana se concretizava nas relações entre a clientela e os patrícios, entre o cidadão livre e o escravo, que em troca da promessa de proteção e favores (*fides* promessa), se submetiam a certos deveres de lealdade e obediência (*fides* poder). MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 3. Reimpressão. Lisboa: Almedina, 2007, p.62.

¹⁰ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. 3. Reimpressão. Lisboa: Almedina, 2007, p. 53.

¹¹ *Idem*, p. 72.

¹² *Idem*, *Ibidem*, p. 73.

¹³ SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 82.

¹⁴ *Idem*, p. 83.

qualquer consideração a intenção do agente de agir ou não de má-fé ou dolo e impõe parâmetros de conduta para as relações sociais¹⁵.

No que se refere à aplicação do princípio em tela, nesse primeiro momento, faz-se necessário delinear a transposição do instituto da boa-fé, originariamente, do direito civil para o âmbito do direito processual civil, para depois serem apresentados os diferentes posicionamentos concernentes aos seus fundamentos constitucionais.

Em obra dedicada ao estudo da *bonae fidei iudicia*¹⁶, ao analisar a expansão da boa-fé para além do direito civil, Menezes Cordeiro constata ser esse fenômeno notável, vez que a boa-fé não se trata de um “instituto jurídico comum, mas sim de um fator cultural importante”¹⁷; expõe que no direito português não restaram dúvidas quanto à aplicação da boa-fé objetiva nas searas comercial e laboral, ao contrário do que ocorreu no âmbito do direito público, dada as suas maiores exigências e complexidade.

Assim, frente à cisão entre o direito público e direito privado, neste a boa-fé se centrou em torno do comportamento contratual das partes, em conformação com a autonomia privada, ao passo que naquele prevaleciam a competência e a soberania. No entanto, tais peculiaridades do direito público não impediram o avanço da boa-fé objetiva, de modo que o primeiro ramo do direito a ser atingido pelos ditames da boa fé foi, justamente, o processual civil. Nos dizeres de Menezes Cordeiro¹⁸: “a sua natureza instrumental perante o Direito Civil e uma certa tradição literária de escrita sobre a boa fé em Processo terão facilitado a transposição.”.

Em tentativa de adequação do princípio da boa-fé à realidade processual, sistematiza-se, como caracterizado na obra de Menezes Cordeiro, a aplicação da boa-fé em quatro situações concretas, a saber: i) na proibição de consubstanciar dolosamente posições processuais, ou seja, o não agir de má-fé; ii) na proibição de *venire contra factum proprium*; iii) na proibição de abuso de poderes processuais; iv) na *suppressio*. Estes são os considerados tipos concretizadores da boa-fé, nos quais fica evidente o exercício inadmissível de posições jurídicas.

Ainda, no tocante à recepção da boa-fé pelo direito processual civil, Fredie Didier Jr.¹⁹ aduz que esse fenômeno emergiu propriamente da necessidade de expansão desse princípio do direito privado para o direito público, tal qual, o direito processual civil, de modo que

¹⁵ *Idem, Ibidem*, p. 84-85.

¹⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil...*, ob. cit., p.71.

¹⁷ *Idem*, p. 371.

¹⁸ *Idem, Ibidem*, p. 375.

¹⁹ DIDIER Jr., Fredie. *Multa Coercitiva, Boa-Fé Processual e Supressio: Aplicação do Duty to Mitigate the Loss no Processo Civil*. Revista de Processo, n. 171, 2009, p. 39-40.

entender a obrigação como processo é essencial à referida expansão, assim como a previsão dos deveres acessórios, de lealdade e de colaboração, sendo, portanto, relevante compreender a relação obrigacional como uma relação jurídica dinâmica, pautada nos referidos deveres anexos a fim de efetivar a tutela jurídica, o que revela a noção titulada pelo autor de “processo obrigacional”²⁰.

1.2. Fundamento constitucional

Uma vez delineada a transposição da boa-fé para o direito processual civil, importa saber os seus fundamentos constitucionais.

Picó i Junoy faz alusão à justiça e à segurança jurídica como limites inerentes à boa-fé e, ainda, sendo esta o meio de proteção dos direitos fundamentais. Deste jeito, a exigência de condutas pautadas pela boa-fé consiste em um limite derivado da necessidade de proteger os direitos fundamentais, tais como o direito à tutela jurisdicional efetiva e justa, o direito de defesa, à igualdade processual ou paridade de armas e o direito a um processo sem medidas protelatórias²¹.

Assim, dado que se encontra frustrada a expectativa no outro, em razão de conduta desleal, há que se falar na violação da segurança que o direito confere ao proteger os bens e interesses individuais e coletivos. Sobre a importância do aparato jurisdicional pautado na boa-fé objetiva para a efetivação das tutelas fundamentais, discorre Picó i Junoy²²:

El proceso jurisdiccional es el mecanismo jurídico que el Estado pone a disposición de las personas para solucionar de forma pacífica y justa sus conflictos, evitando así el recurso a la autotutela [...]. Por ello, la efectividad de la tutela judicial impone el rechazo a la actuación maliciosa o temeraria de las partes, o dicho en otros términos, la mala fe procesal puede poner en peligro el otorgamiento de una efectiva tutela judicial, por lo que debe en todo momento proibirse. En definitiva, en la medida en que el litigante pretenda utilizar de forma distorsionada o torcida las normas procesales, esta dificultando que el juez pueda otorgar una efectiva tutela judicial de los intereses en conflicto.

O autor espanhol elenca como fundamentos explícitos do princípio da boa-fé objetiva o direito a um processo justo²³ e a vedação ao abuso de direito²⁴, limites inerentes ao direito

²⁰ Segundo Fredie Didier Jr.: “esta noção de ‘processo obrigacional’ revela um traço comum entre a obrigação e o processo jurisdiccional, já que ambos traduzem uma complexidade de atos organizados para a concretização de um determinado fim, portanto, podendo ser considerados espécies do gênero ‘processo’”. (DIDIER Jr., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português* apud ROMEU, Talita. *O Princípio da boa-fé e o Instituto da Preclusão: a Supressio Processual*. In: DIDIER Jr, Fredie (coord). *Teoria do Processo: Panorama doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, v. 2, 2010, p. 65-66).

²¹ PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal...*, ob. cit., p. 85-87.

²² PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal...*, ob. cit., p. 88.

²³ “Artículo 6, CEDH. **Derecho a um proceso quitativo**. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido

de defesa jurídica, previstos no Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais²⁵.

Quanto aos posicionamentos dos doutrinários pátrios, em estudo da proibição do comportamento contraditório no viés da tutela de confiança e, considerando a máxima do *venire contra factum proprium* como sendo uma das linhas de concretização da boa-fé objetiva, Anderson Schreiber²⁶ apresenta como fundamento constitucional a solidariedade social, consagrado princípio previsto no art. 3º, CRFB/88; semelhante entendimento de Brunela Vieira Vincenzi.

Por outro lado, para Nelson Rosendal o fundamento da aplicação da boa-fé ao processo se respalda no princípio da dignidade da pessoa humana, positivado no art. 1º, III, CRFB/88; e, ainda, para Antonio do Passo Cabral, o assento constitucional está no contraditório, na compreensão dos deveres de colaboração e participação, haja vista a boa-fé processual evitar o subjetivismo das disposições legais específicas e proteger as legítimas expectativas suscitadas no *alter*²⁷.

Sobre o entendimento jurisprudencial a respeito do tema, tem-se a adoção do devido processo legal pela corte, termos em que estabelece o Supremo Tribunal Federal: “a cláusula do devido processo legal exige um processo leal e pautado na boa-fé²⁸”, fundamento este

por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella [...]” Convênio para la protección de los Derechos Humanos e de las Libertades Fundamentales. Disponível em: <http://www.derechoshumanos.net/Convênio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/#a17>, acesso em: 27 de maio de 2016. (grifo nosso)

²⁴ “Artículo 17, CEDH. **Prohibición del abuso de derecho.** Ninguna de las disposiciones del presente Convênio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convênio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.” (Convênio para la Protección de los Derechos Humanos e de las Libertades Fundamentales. Disponível em: <http://www.derechoshumanos.net/Convênio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/#a17>, acesso em: 27 de maio de 2016 às 8:50).

²⁵ Convênio para la Protección de los Derechos Humanos e de las Libertades Fundamentales. Disponível em: <http://www.derechoshumanos.net/Convênio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/#a17>. Acesso em 27 de maio de 2016 às 8:50.

²⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil...*, ob. cit., p. 753.

²⁷ CABRAL, Antônio do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2005, n. 126, p.62-63.

²⁸ Complementa: “O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais. A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos.” (BRASIL, STF, 2ª T., RE n. 464.963-2-GO, rel. Min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, 14.02.2006. *Diário de Justiça eletrônico*. Brasília: Imprensa Nacional, 30.06.2006).

estritamente relacionado com os princípios do contraditório e da cooperação entre os sujeitos processuais²⁹.

Sendo certo esse amparo constitucional, inegável se torna a assertiva no sentido de que a aplicação da boa-fé objetiva não deve se restringir às relações contratuais ou mesmo às relações privadas, sendo de extrema relevância sua abrangência para todos os ramos do direito³⁰.

Enfim, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da boa-fé objetiva possui guarida expressa no Código de Processo Civil, ao estabelecer que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”³¹.

1.3. Tríplice função da boa-fé objetiva

Atribui-se à boa-fé objetiva uma tríplice função no sistema jurídico. A primeira diz respeito a sua “função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos”; em seguida está a “função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal” e, por fim, a “função restritiva do exercício de direitos”³².

A primeira função refere-se à boa-fé como critério de interpretação, exigindo que a mesma privilegie sempre o sentido mais consentâneo à lealdade e à honestidade entre as

²⁹ CABRAL, Antônio do Passo. *O contraditório...*, ob. cit., p.44.

³⁰ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento...*, ob. cit., p. 107. Arremata o STF quanto à necessidade de todos os sujeitos processuais atuarem de boa-fé: “Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgão, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça”. Fredie Didier Jr.: “[...] Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgão, públicos ou privados, que exercem direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça.” (BRASIL, STF, 2ª T., RE n. 464.963-2-GO, rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14.02.2006. *Diário de Justiça eletrônico*. Brasília: Imprensa Nacional, 30.06.2006). Com fundamentação semelhante: BRASIL, STF, 2ª T., AI n. 529.733-1-RS, rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17.10.2006. *Diário de Justiça eletrônico*. Brasília: Imprensa Nacional, 01.12.2006.

³¹ Sobre a incidência da boa-fé procesual no CPC/15: “o instituto perpassa todo o texto do novo Código de Processo Civil: (a) para criar práticas para o juiz, para partes e advogados e para terceiros; (b) para positivar determinadas orientações doutrinárias ou jurisprudenciais que qualificam a lealdade processual; (c) para afastar outras que contrariam esse vetor; e (d) para renovar algumas exigências contidas no texto do Código de Processo Civil de 1973”. Termos em que os autores concluem ser “a boa-fé objetiva é a condição funcional do modelo processual do Estado Constitucional, na medida em que constitui o vetor pelo qual devem ser analisados todos os atos praticados no processo. É nessa ótica que devem ser avaliados seus impactos sobre os dispositivos do novo Código de Processo Civil e sobre o processo que busca a solução justa e efetiva para o litígio.” (COITINHO, Jair Pereira; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Reconfigurações do processo à luz do constitucionalismo contemporâneo: a boa-fé objetiva como condição funcional do modelo processual do Estado Democrático de Direito e sua incidência sobre o novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 254, abr. de 2016, p. 45-71).

³² SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento...*, ob. cit., p. 86.

partes; assim sendo, diante de duas interpretações possíveis, deve o intérprete privilegiar aquela que estiver mais atrelada à verdadeira intenção das partes e, ainda, que esteja de acordo com a exigência de atuação segundo a boa-fé, de modo a impedir interpretações maliciosas e direcionadas a prejudicar a contraparte³³.

A segunda função da boa-fé serve de fonte para criação de deveres anexos à prestação principal, impondo deveres ínsitos às relações jurídicas, tais como o dever de informar, de segurança, de sigilo, de colaboração³⁴, de cuidado, de respeito, de informação, de agir conforme a confiança depositada, de lealdade e, ainda de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão³⁵. Estes deveres são chamados também de acessórios, instrumentais ou tutelares, vez que variam de acordo com as particularidades de cada caso. Nesse sentido, Anderson Schreiber³⁶ destaca: “aspecto interessante dos deveres anexos está na sua origem não-voluntarista. Tendo como fonte a própria boa-fé objetiva, tais deveres independem da vontade das partes e podem surgir mesmo contra esta vontade.” Inclusive, a despeito da aplicação desses deveres à relação processual, assenta Brunela Vieira Vicenzi³⁷:

Em um primeiro momento, a boa-fé permite criar a presunção de que há um comportamento leal e cooperativo dos litigantes do processo, o que de certa forma acelera o procedimento e permite maior eficácia dos provimentos jurisdicionais. Num segundo momento, a regra da boa-fé assume a função de fonte criadora de deveres de cooperação e colaboração, e é regra limitadora do exercício inadmissível de posições jurídica processual que tem lugar perante órgão jurisdicional estatal.

A terceira função da boa-fé objetiva reside na proibição do exercício de direitos em contrariedade à lealdade e a confiança recíprocas que devem estar presentes nas relações jurídicas, ou seja, veda comportamentos que, muito embora sejam admitidos por lei ou pelo contrato, possam colidir com o princípio da boa-fé objetiva. Segundo Anderson Schreiber³⁸:

Trata-se de uma aplicação da boa-fé em seu sentido negativo ou proibitivo: vedando comportamento que, embora legal ou contratualmente assegurados, não se conformem com o *standard* de conduta impostos pela cláusula geral. Aqui a doutrina utiliza frequentemente a expressão exercício inadmissível de direitos, referindo-se não exercício aparentemente abusivo, mas vedado por contrariar a boa-fé.

A boa-fé objetiva, assim, limita aqueles exercícios de direito pelo seu titular, exigindo-lhe comportamento coerente e consistente com sua postura na relação jurídica, com o intuito

³³ *Idem*, p. 87.

³⁴ *Idem*, *Ibidem*, p. 87.

³⁵ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2012, p. 538.

³⁶ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento...*, ob. cit., p. 88.

³⁷ VINCENZI, Brunela Vieira. *Boa-fé no processo civil* apud ROMEU, Talita. *O Princípio da boa-fé e o Instituto da Preclusão: a Supressio Processual*. In: *Teoria do Processo: Panorama doutrinário Mundial*. DIDIER Jr., Fredie (coord). v.2 Salvador: Juspodivm, 2010, p. 848-849.

³⁸ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento...*, ob. cit., p. 89.

de proteger a confiança despertada no outro. Está, pois, intimamente, relacionada com os considerados desdobramentos da boa-fé objetiva³⁹.

1.4 Corolários da boa-fé objetiva

1.4.1. A proibição do *venire contra factum proprium* e do abuso de direito

A vedação ao comportamento contraditório se refere a uma das quatro aplicações, *in concreto*, da boa-fé⁴⁰, que, para além de reprimir a quebra de expectativas legítimas despertadas na contraparte, objetiva a manutenção da coerência entre os atos praticados pelos sujeitos em determinada relação.

Anderson Schreiber propõe a releitura do *venire contra factum proprium* como expressão da solidariedade social, traduzida no dever de respeito à confiança suscitada pelo próprio comportamento do titular do direito. Para tanto, a respeito do seu fundamento, Schreiber⁴¹ propugna que:

A tutela da confiança atribuiu ao *venire* um conteúdo substancial, no sentido de que deixa de se tratar de uma proibição à incoerência por si só, para se tornar um princípio de proibição à ruptura da confiança, por meio da incoerência. A incompatibilidade ou contradição de comportamento em si deixa de ser vista como o objeto de repressão para passar a ser tão somente o instrumento pelo qual se atenta contra aquilo que verdadeiramente se protege: a legítima confiança depositada por outrem em consonância com a boa-fé, na manutenção do comportamento inicial.

De igual modo, sobre o brocardo *nemo potest venire contra factum proprium*, Menezes Cordeiro certifica que a proteção da boa-fé objetiva nas relações jurídicas inibe o comportamento contraditório e desleal, não sendo possível que determinada conduta, a qual tenha despertado legítima expectativa, seja contrariada em prejuízo da contraparte⁴².

Pode-se dizer que a proibição do comportamento contraditório serve como vetor de proteção à lealdade e à confiança nas relações jurídicas e não se refere à limitação da

³⁹ “(...) O princípio da boa-fé objetiva exerce três funções: (i) a de regra de interpretação; (ii) a de fonte de direitos e de deveres jurídicos; e (iii) a de limite ao exercício de direitos subjetivos. Pertencem a este terceiro grupo a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios ('tu quoque'); vedação ao comportamento contraditório; 'surrectio'; 'suppressio'). O instituto da '*supressio*' indica a possibilidade de se considerar suprimida uma obrigação contratual, na hipótese em que o não exercício do direito correspondente, pelo credor, gere no devedor a justa expectativa de que esse não exercício se prorrogará no tempo. (...)”.(BRASIL, STJ, REsp: 953389/SP, 3ª T., rel. Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 953389/SP. *Diário de Justiça eletrônico*. Brasília: Imprensa Nacional, 15/03/2010). Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=953389&b=ACOR#, acesso em 01 jul. de 2016 às 10h15.

⁴⁰ Dentre as diversas vertentes da boa-fé, Anderson Schreiber acrescenta a boa-fé como sendo uma “expressão da solidariedade social no campo das relações privadas, sendo um princípio geral de cooperação e lealdade recíproca entre as partes”. (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento...*, ob. cit., p. 84).

⁴¹ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento...*, ob. cit., p. 101.

⁴² MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil...*, ob. cit., p.742-751.

liberdade do titular de direito em alterar suas condutas diante de determinado fato, o que é resguardado pela autonomia da vontade; procura apenas restringir essa atuação, quando dela possa resultar prejuízos para aquele que confiou na postura adotada inicialmente⁴³.

Em exame dos seus pressupostos, tem-se que para que um comportamento seja considerado contraditório, desleal e contrário à boa-fé objetiva, requer a atuação de “dois comportamentos praticados pelo mesmo sujeito, lícitos em si e diferidos no tempo”, de maneira que o primeiro - o *factum proprium* - é contrariado pelo segundo⁴⁴.

Ademais, Anderson Schreiber destaca os requisitos para que se configure o exercício de uma posição jurídica contraditória ao comportamento assumido anteriormente, a saber, o *factum proprium*; a legítima confiança da contraparte quanto à manutenção deste comportamento; a conduta posterior, contraditória ao sentido objetivo do *factum proprium*; e, a existência de dano, potencial ou não, decorrente desta contradição⁴⁵.

Relativamente à figura do abuso de direito, em sua gênese francesa⁴⁶, tem-se que havia forte crítica doutrinária e jurisprudencial acerca da relevância de sua previsão, justamente, em razão do princípio da boa-fé desempenhar semelhante papel⁴⁷, entretanto, com vários aspectos distintos.

Destarte, conceitua-se o abuso de direito como sendo a prática de determinada conduta aparentemente regular que se encontra em contradição com os valores que o ordenamento pretende por meio dela realizar⁴⁸.

Em menção à positivação da teoria do abuso de direito, o Código Civil Brasileiro de 2002 adotou a concepção do ato abusivo, como disposto no art. 187, CC/02⁴⁹.

Na estreita relação entre boa-fé e a teoria do abuso de direito, Picó i Junoy⁵⁰, ao diferenciar ambos os institutos jurídicos, contribui com a assertiva de que:

⁴³ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento...*, ob. cit., p. 06.

⁴⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil...*, ob. cit., p. 745.

⁴⁵ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento...*, ob. cit., p. 137-139.

⁴⁶ A expressão ‘abuso de direito’ deve-se ao autor belga Laurent. Foi criada para nominar uma série de situações jurídicas, ocorridas em França, nas quais o tribunal, reconhecendo embora, na questão de fundo, a excelência do direito do réu, veio a condenar, perante irregularidades no exercício desse direito. (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil...*, ob. cit., p. 670-671).

⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento...*, ob. cit., p. 112-113.

⁴⁸ Dentre os exemplos tradicionais de aplicação da teoria do abuso de direito trazidos por Menezes Cordeiro: “Em 1853, numa decisão universalmente conhecida, condenou-se o proprietário que construía uma falsa chaminé, para vedar o dia a uma janela do vizinho, com quem andava desavindo.” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil...*, ob. cit., p. 671). E ainda constata que, “os conflitos de vizinhança (área social sujeita a regulação técnica multicolor) são área privilegiada para a aplicação do abuso de direito.” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil...*, ob. cit., p. 676).

⁴⁹ Art. 187, CC/02: “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.”

⁵⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal...*, ob. cit., p. 102.

Así, se afirma que mientras la buena fe se enmarca en una relación especial entre las partes, en la que se impone un deber de mutua consideración o lealtad recíproca, hay abuso del derecho cuando dentro de los límites formales de una norma se produce una violación de los valores contenidos en ella o de las finalidades de la institución procesal que se pretende abusar provocando un perjuicio a la parte contraria o al funcionamiento del proceso.

Deste modo, é preciso que as noções de boa-fé e de abuso de direito coexistam de forma harmônica, pois a boa-fé é um dos critérios *axiológicos-materiais* para a constatação do abuso de direito, sendo que o exercício de um direito restará abusivo quando for contrário à boa-fé objetiva⁵¹; quando, no exercício de um direito o seu titular excede, de forma manifesta, os limites por ela impostos⁵².

1.4.2. A *suppressio* (e a *surrectio*)

A *suppressio*, terminologia consagrada por Menezes Cordeiro, refere-se a um instituto originariamente alemão (*Verwirkung*), e faz alusão à perda de uma situação jurídica de vantagem, pelo não exercício, em determinado espaço de tempo, tal que acarrete no sujeito passivo a expectativa de que a situação jurídica não mais seria exercida; e, se exercida, configuraria conduta contrária à boa-fé⁵³.

Nas palavras de Menezes Cordeiro⁵⁴:

[...] o titular do direito, abstendo-se do exercício durante certo lapso de tempo, criaria, na contraparte, a representação de que esse direito não mais seria actuado; quando, supervenientemente, viesse agir, entraria em contradição.⁵⁵

Ao analisar as figuras da *suppressio* e da proibição ao comportamento contraditório, nota-se íntima relação entre ambas, distanciando-se no que diz respeito à conduta do titular do direito, pois na teoria da *suppressio* se trata de um fato omissivo e não comissivo. Nesse ponto, Anderson Schreiber⁵⁶ noticia “uma proibição à contradição de um *factum* omissivo”.

⁵¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil...*, ob. cit., p. 114-120.

⁵² *Idem*, p. 661.

⁵³ Marcelo Dickstein analisa em seu livro alguns julgados nos quais o Judiciário busca garantir a aplicação da fonte limitadora do princípio da boa-fé objetiva, da qual surgem a *surrectio* e a *suppressio*, cf., DICKSTEIN, Marcelo. *A Boa-fé Objetiva na Modificação Tácita da Relação Jurídica: Surrectio e Suppressio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 287-216.

⁵⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil...*, ob. cit., p. 808-809.

⁵⁵ Nessa perspectiva, “a realidade social da *suppressio*, que o Direito procura orientar, está na ruptura das expectativas de continuidade da auto-apresentação praticada pela pessoa que, tendo criado, no espaço jurídico, uma imagem de não-exercício, rompe, de súbito, o estado gerado”. (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil...*, ob. cit., p. 813).

⁵⁶ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento...*, ob. cit., p. 190.

Quanto ao lapso temporal, também trazido como diferenciador entre os institutos, salienta Anderson Schreiber que o *venire contra factum proprium* também requer determinado lapso de tempo entre o *factum proprium* e a conduta contraditória, embora, na *suppressio*, para que enseje na contraparte expectativas legítimas do não exercício do direito, faz-se necessário que tal lapso seja maior, o que permite considerar a *suppressio* como uma modalidade de *venire* por fato omissivo⁵⁷.

Sobre a natureza jurídica do instituto ora em comento, tem-se que apesar da sua origem jurisprudencial⁵⁸, a *suppressio* gradativamente se depreendeu das vestes subjetivas, tornou-se mais objetiva à medida que sua essência se pautava na proteção da confiança⁵⁹.

Já foi considerada como renúncia ao direito por parte do exercente, para mais tarde ser reconduzida, pela doutrina e jurisprudência, à concepção de boa-fé e ao exercício inadmissível de direitos em razão da inatividade do sujeito. Trata-se de uma recondução do instituto à figura, especialmente, de *venire contra factum proprium*, de modo que o sujeito de direito, ao se manter inerte enseja na contraparte a confiança de que continuará omissivo e que, se porventura viesse a praticar a conduta inesperada, entraria em contradição⁶⁰.

Por estas razões, Menezes Cordeiro afirma ser a *suppressio* uma das formas de exercício inadmissível de direitos por *venire contra factum proprium*⁶¹.

Os pressupostos da *suppressio* residem na existência de determinado período de tempo sem o exercício do direito; de indícios objetivos de que esse direito não mais seria exercido; a expectativa legítima suscitada no *alter* e; a possibilidade de gerar prejuízos à contraparte, em caso do exercício do direito vier a se concretizado. Assim, Menezes Cordeiro⁶²:

As circunstâncias determinantes do tempo requerido prendem-se, pois, com o beneficiário da *suppressio*. Elas devem informar uma situação tal que o exercício retardado do direito surja, para a contraparte, como injustiça, seja, em sentido distributivo, por lhe infringir uma desvantagem desconexa na panorâmica geral do espaço jurídico, seja, em sentido comutativo, por lhe acarretar um prejuízo não proporcional ao benefício arrecadado pelo

⁵⁷ *Idem*, p. 190-191.

⁵⁸ Primeira decisão em que restou aplicada a teoria da *suppressio*, em 1873: “num contrato de fornecimento, o comprador queixa-se de má qualidade do produto: o vendedor envia-lhe uma carta pedindo provas concretas dos defeitos alegados e afirmando que, até ter uma resposta, suspendia os fornecimentos; o comprador não responde; dois anos volvidos, exige o cumprimento do contrato, nos termos acordados; o ROHG decidiu que ‘um tal procedimento é totalmente inconciliável com a boa fé, tal como é requerida no tráfego comercial’” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil...*, ob. cit., p. 799).

⁵⁹ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento...*, ob. cit., p. 188.

⁶⁰ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil...*, ob. cit., p. 806-809.

⁶¹ Menezes Cordeiro traz posicionamento contrário: segundo Bydlinski, “a *suppressio* não seria um *venire contra factum proprium*, porque, quando se intentasse um exercício tardio, já não haveria direito e, quando o direito tivesse desaparecido, ainda não teria havido contradição de comportamento; a única atitude assumida pelo titular seria, afinal, a inação”. (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil...*, ob. cit., p. 814).

⁶² MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil...*, ob. cit., p. 820.

exercente, tendo em conta a distribuição normal a operar pelo direito implicado.

Observa-se que não são relevantes os elementos da culpa ou quaisquer outros elementos subjetivos por parte do sujeito ativo e que sobressai a noção de expectativa legítima suscitada na contraparte, justamente, por ser a tutela da confiança o âmago do instituto. Como bem sobreleva Menezes Cordeiro⁶³: “a chave da *suppressio* está, pois, na alteração registrada na esfera da contraparte, perante o não-exercício. Protege-se a confiança desta, em que não haverá mais exercícios [...]”.

Assim como a *suppressio* suprime o exercício de determinado direito, em observância aos requisitos acima expostos, a *surrectio*, como se fosse a outra face da moeda, faz surgir para a contraparte o direito subjetivo de não ser surpreendida e nem prejudicada pela atuação tardia do sujeito ativo⁶⁴.

Menezes Cordeiro, ao descrever o instituto da *surrectio*, faz referência à formação, na esfera do sujeito passivo, de uma liberdade, de um direito, de modo que a *suppressio* deve ser entendida como subproduto da *surrectio* e que, portanto, este seria o “verdadeiro fenômeno em jogo”⁶⁵.

À vista disto, a legítima expectativa da contraparte configura requisito imprescindível, sendo necessário que ela se encontre numa conjuntura tal que, objetivamente, o homem médio, no exercício superveniente do direito, restaria surpreendido. Segundo Menezes Cordeiro, o sujeito passivo, necessariamente, deve estar de boa-fé, no sentido de ter consciência de não prejudicar a outrem⁶⁶.

Ante ao alargamento sofrido pelo princípio da boa-fé, o instituto da *suppressio* também se estendeu a outros ramos do direito, inclusive o processual; de forma curiosa, elaborada de início no processo penal. Exemplo de aplicação na seara processual apresenta Menezes Cordeiro⁶⁷:

O preceito de observância da boa fé no processo conduz à inadmissibilidade de revisão por falhas processuais quando, excepcionalmente, se determine que o recorrente provocou, pela sua própria atuação, a falha formal, com a intenção de, mais tarde, basear nisso o recurso.

Com tudo, é de curial sabença que não se pode proibir um direito concedido pela própria ordem jurídica, “os direitos individuais, enquanto direitos de hierarquia constitucional, somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição

⁶³ *Idem*, p. 820.

⁶⁴ *Idem, Ibidem*, p. 822.

⁶⁵ *Idem*, p. 822.

⁶⁶ *Idem*, p. 822.

⁶⁷ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil...*, ob. cit., p. 803.

(restrição mediata) [...]”, constata Gilmar Mendes⁶⁸. Por esta razão, a aplicação dos institutos da *suppressio* e da *surrectio* deve se dar de maneira excepcional⁶⁹. Nas palavras de Menezes Cordeiro⁷⁰: “No que toca o seu relacionamento com outros remédios jurídicos, a *suppressio* é, por fim, apontada como saída extraordinária, insusceptível de aplicação sempre que a ordem jurídica prescreve qualquer outra solução. Tem, pois, natureza subsidiária”.

1.4.3. *Tu quoque*

Por derradeiro, outro desdobramento da boa-fé objetiva é a figura ora em comento, *Tu quoque*, a qual busca impedir a utilização de entendimento jurídico obtido de forma indevida; “visa a proibir que uma parte invoque em seu favor regra ou cláusula que ela própria já tenha violado anteriormente.”⁷¹.

Marcelo Dickstein lembra que a expressão latina *tu toque* (também tu) remonta à célebre frase de Júlio César: “Tu quoque, Brutus, fili mili!” – Até tu Brutus, filho meu!”, de modo a demonstrar um “sentimento de surpresa, mesclado com uma sensação de decepção por um comportamento contraditório”, após ser traído por seu filho único e adotivo⁷².

No âmbito jurídico, essa figura é compreendida como a utilização desleal de critérios diversos para situações intrinsecamente idênticas; assim, Anderson Schreiber faz alusão aos casos em que a “parte após violar uma norma, pretende exercer uma posição jurídica que esta mesma norma lhe assegura”⁷³. Exemplo de aplicação desse desdobramento da boa-fé objetiva reside na decisão do Supremo Tribunal de Justiça Português⁷⁴:

I - A pessoa que viole uma norma jurídica não poderá, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído ('tu quoque...').
 II - A justificação e a medida do 'tu quoque...' estão nas alterações que a violação primeiro perpetrada tenha provocado no sinalagma. III - Tendo o R., arditosamente, mantido em seu poder o documento enviado para assinatura pela firma que lhe vendera o veículo (há muito na sua posse), vindo depois invocar a nulidade do contrato devida à falta de assinatura, ao ser-lhe exigido o pagamento, incorreu ele em abuso do direito naquele modalidade, não merecendo protecção a sua posição.

⁶⁸ MENDES, Gilmar. *Heremênutica Constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 227-228.

⁶⁹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil...*, ob. cit., p. 818-819.

⁷⁰ *Idem*, p. 812.

⁷¹ DICKSTEIN, Marcelo. *A Boa-fé Objetiva na Modificação Tácita da Relação Jurídica: Surrectio e Supressio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 167.

⁷² *Idem*, p. 167.

⁷³ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento...*, ob. cit., p. 183.

⁷⁴ ACSTJ de 13-02-2003. Abuso do direito Tu quoque. Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/jurel/stj_mostra_doc.php?nid=14418&codarea=1, acesso em 11 de jul. de 2016 às 15:30.

Em suma, a vedação ao *venire contra factum proprium* objetiva impossibilitar comportamentos e atitudes contraditórias; visa evitar a adoção de posicionamento jurídico infenso para satisfação de interesse próprio⁷⁵, no mesmo sentido que o *tu quoque*, a despeito das suas peculiaridades; razão pela qual Menezes Cordeiro⁷⁶, considera que o *tu quoque* poderia ser elencado como uma subespécie do *venire contra factum proprium*.

⁷⁵ Exemplo disto está na impossibilidade de a parte que inadimpliu uma obrigação, posteriormente, alegar o inadimplemento da outra para pôr fim ao vínculo negocial ou obter indenização como decorre, por exemplo, do princípio da exceção do contrato não cumprido encartado no art. 476, CC/02: "nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro".

⁷⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil...*, ob. cit., p. 843-844. No mesmo sentido: SCHREIBER, Anderson. *A proibição...*, ob. cit., p. 184-185.

2. MODELO DE PROCESSO COOPERATIVO NO FORMALISMO-VALORATIVO

2.1. Análise do processo civil como fenômeno cultural

O reconhecimento da força normativa da Constituição e a conseqüente expansão e consagração dos direitos fundamentais, o desenvolvimento da teoria dos princípios; as mudanças significativas da hermenêutica jurídica e o movimento neoconstitucionalista são exemplos das transformações concernentes à metodologia jurídica ocorridas em meados do século XX e que impactaram diretamente o direito processual civil⁷⁷. Desta forma, pode-se dizer que a teoria do processo nem sempre foi interpretada sob a perspectiva dos valores constitucionais, conforme defende a noção contemporânea difundida pelo formalismo-valorativo⁷⁸.

Nesse ponto, mesmo que de forma tímida, há que se falar nas fases metodológicas do direito processual civil, uma vez que estão relacionadas com o modo de ver e trabalhar o processo e se condicionam ao seu movimento cultural⁷⁹. A saber, a fase sincrética ou praxismo⁸⁰, em que o processo era estudado somente em seus aspectos práticos, sem preocupações científicas. A visão que prevalecia era de um direito processual adjetivo, dependente do direito material, o que ocasionava certa confusão entre processo e procedimento, de modo que a jurisdição somente concretizava os direitos subjetivos⁸¹.

⁷⁷ DIDIER, Fredie JR. (coord.). *Teoria do Processo e Teoria do Direito. O neoprocessualismo*. In: *Teoria do Processo: Panorama doutrinário Mundial*. Salvador: Juspodivm, v. 2, 2010, p. 258-260.

⁷⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no Processo Civil...*, ob. cit., p. 22-23.

⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2 ed., v. 14, 2011, p. 31.

⁸⁰ Vale ressaltar que para Mitidiero, as fases metodológicas do processo seriam: 1ª) praxismo ou pré-história do direito processual; 2ª) processualismo ou fase da autonomia; 3ª) instrumentalismo e; 4ª) formalismo-valorativo. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2 ed., v. 14, p. 29 2011. Em obra especialmente dedicada ao estudo das fases metodológicas, Mitidiero refere-se a três modelos processuais - praxismo, processualismo e formalismo, sinalizados por três endereços culturais (pré-história processual, modernidade processual e contemporaneidade processual). MITIDIERO, Daniel. *Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual*. Disponível em: seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/download/49871/31208, acesso em 07 de maio de 2016.

⁸¹ Ao discorrer sobre o sincretismo processual, Cândido Rangel Dinamarco preleciona que: "[...] os conhecimentos eram puramente empíricos, sem qualquer consciência de princípios, sem conceitos próprios e sem a definição de um método. O processo mesmo, como realidade da experiência perante os juízos e tribunais, era visto apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos: confundiam-no com o mero procedimento quando o definiam como sucessão de atos, sem nada se dizerem sobre a relação jurídica que existe entre seus sujeitos (relação jurídica processual), nem sobre a conveniência política de deixar caminho aberto para a participação dos litigantes (contraditório)." (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, vol. I, p. 255).

O processualismo, fenômeno através do qual passou o processo a ser analisado em separado do direito material; em que restou estabelecida a ordem sistemática e os fundamentos da autonomia do processo civil; fase na qual a relação jurídico-processual não mais se confundia com o direito material afirmado em juízo, sendo variáveis independentes⁸². Assevera Daniel Mitidiero que o método dessa fase era o científico ou autonomista, por meio do qual os juristas excluíram da disciplina processual todo e qualquer resíduo de direito material com o intuito de obterem um “direito processual civil próprio e autônomo da árvore jurídica”⁸³.

A seguir, o instrumentalismo, em que pese o reconhecimento das diferenças entre o direito material e o direito processual na fase anterior, a relação entre ambos os institutos permanecia sendo de interdependência, de modo a considerar que o direito processual concretizava o direito material, que conferia ao primeiro o seu sentido⁸⁴; por isso falar em instrumentalidade da noção de processo⁸⁵.

E, por último, o neoprocessualismo, ou ainda, o formalismo-valorativo, em termos que o processo deve ser compreendido para além da técnica, “como fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza”⁸⁶.

Evidenciado o caráter cultural do processo, faz-se necessário que sua interpretação e aplicação sejam condizentes com as realidades sociais e as peculiaridades de cada caso à luz

⁸² Precisamente, Carlos Alberto Alvaro Oliveira assevera que: “quando o direito processual definitivamente se separa do direito material, por um lado essa mudança foi positiva, na medida em que o processo civil tornou-se autônomo, preciso e refinado, no entanto, restou fragilizado o seu relacionamento com o direito material a tal ponto de não condizer com a realidade social, comprometendo a função do processo de concretizar o direito material com justiça”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no Processo Civil...*, ob. cit., p. 19-20).

⁸³ MITIDIERO, Daniel. *Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual*. Disponível em: seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/download/49871/31208, acesso em: 07 de maio de 2016 às 08:49.

⁸⁴ DIDIER, Fredie JR. (coord.). *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo...*ob., cit., p. 261.

⁸⁵ Cândido Rangel Dinamarco defende essa perspectiva do “processo como instrumento de pacificação social, instrumento da atuação da jurisdição”, cf., DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo, Malheiros, 2009. No dizeres do autor sobre a assunção do processo como verdadeiro instrumento ético, sem prejuízo de sua estruturação técnica: “visto por essa perspectiva integrada, o processo deixa de ser considerado mero instrumento técnico para a realização do direito material. Dizia-se que a missão do juiz seria a efetivação das leis substanciais, não lhe competindo o juízo do bem ou do mal, do justo ou do injusto. Sentenças injustas seriam o fruto de leis injustas e a responsabilidade por essa injustiça seria do legislador, não do juiz. Mas o juiz moderno tem solene compromisso com a justiça. Não só deve participar adequadamente das atividades processuais, endereçando-as à descoberta de fatos relevantes e à correta interpretação da lei, como ainda (e principalmente) buscando oferecer às partes a solução que realmente realize o escopo de fazer justiça. Eis porque a doutrina atual considera pobre e insuficiente a indicação do processo como mera técnica instrumentalmente conexa ao direito material. Ele é um técnica, sim, mas técnica que deve ser informada pelos objetivos e ideologias revelados na ciência processual e levada a efeito com vista à efetivação do valor do justo. Conjuntamente com o próprio direito substancial, o processo é instrumentalmente conexo ao supremo objetivo de pacificar com justiça” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, vol. I, 2003, p. 60-61.).

⁸⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no Processo Civil...*, ob. cit., p. 23.

do formalismo-valorativo para que se alcance uma tutela jurisdicional, verdadeiramente, efetiva e democrática.

Em consonância com este fenômeno cultural, importa-se colocar o processo⁸⁷ no centro da teoria do processo; valorizar, em maior escala, o papel de todos os envolvidos e destacar o modelo cooperativo de processo com o critério de participação substancial⁸⁸ e não meramente formal⁸⁹.

2.2. Colaboração no processo civil brasileiro

Ao compreender o processo como fenômeno cultural que objetiva a efetivação do direito material em uma amplitude democrática e justa, o dever de colaboração⁹⁰, assim como o valor e função da ética processual, ganham importantes destaques no desenvolvimento da relação entre os sujeitos de direito; sendo imprescindível que o processo, como um ato que envolve tanto as partes como todo o aparato jurisdicional, seja conduzido dialogicamente⁹¹. Faz-se necessário, nesses termos, em prol da cooperação, que o magistrado tenha uma postura de agente-colaborador, participante substancialmente ativo do contraditório e não mero reproduzidor da lei⁹².

Nesse diapasão, o contraditório assume um papel relevante em termos do formalismo-valorativo, sendo o instrumento mais eficaz para a realização do diálogo e da cooperação,

⁸⁷ Assevera Daniel Mitidiero: "A existência dessas diferentes formas de pensar o processo civil, aliás, já indica o alto grau de comprometimento deste como fenômeno eminentemente cultural.". (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração...*, ob. cit., p. 32).

⁸⁸ Por participação substancial entende-se a efetiva influência das partes no desenrolar do processo, ou seja, no exercício do contraditório participativo (art. 5º, LV, CF/88), conforme delimitado pelo art. 7º, CPC/2015: "É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.". Outros dispositivos do novo código vindicam a participação das partes no processo, importantes exemplos disto são o art. 10: "o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício"; e o art. 110 que determina: "o juiz decidirá a lide nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. Parágrafo único. As partes deverão ser previamente ouvidas a respeito das matérias de que deve o juiz conhecer de ofício."

⁸⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no Processo Civil...*, ob. cit., p. 22.

⁹⁰ Acertado o enunciado nº 373 do Fórum Permanente de Processo Civil, ao discorrer sobre a dicção do art. 6º, CPC/ 15: "As partes devem cooperar entre si; devem atuar com ética e lealdade, agindo de modo a evitar a ocorrência de vícios que extingam o processo sem resolução do mérito e cumprindo com deveres mútuos de esclarecimento e transparência."

⁹¹ "O princípio da cooperação prestigia o diálogo e o equilíbrio, estabelecendo deveres recíprocos entre os participantes da relação jurídico processual, a fim de que todos colaborem para se alcançar a solução final do litígio". (DIDIER Jr., Fredie. *O princípio da cooperação: uma apresentação*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2005, n. 127, p. 76).

⁹² DIDIER Jr., Fredie. *O princípio da cooperação: uma apresentação*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2005, n. 127, p. 76.

resultando em um processo civil *comparticipativo*, em que as condutas das partes se pautam em uma perspectiva *policêntrica e coparticipativa*⁹³.

A noção de cooperação também importa no restabelecimento do caráter *isonômico* do processo, em busca de um ponto de *equilíbrio*⁹⁴, isso porque o justo equilíbrio nas relações processuais se presta para atribuir às partes, na mesma medida, *poderes, ônus, faculdades e deveres*⁹⁵. E ainda, a condução processual pelo juiz, à luz do processo cooperativo, requer isonomia, privilegiando a indistinção entre o indivíduo, a sociedade e o Estado. Lado outro, as decisões das questões processuais e materiais são consideradas assimétricas, sendo as partes e o Estado, os responsáveis pela busca da efetividade da decisão judicial, devendo o litígio ser resolvido e os direitos fundamentais tutelados.

Sobre essa temática, manifesta Daniel Mitidiero⁹⁶:

Mais adequado, portanto, pensar mesmo em um juiz paritário no diálogo e assimétrico na decisão para caracterização do papel do juiz no Estado Constitucional. Da combinação dessas duas faces do Estado Constitucional e de suas movimentações no tecido processual surge o modelo cooperativo de processo, calcado na participação e no diálogo que devem pautar os vínculos entre as partes e o juiz. Esse modelo de processo pressupõe, além de determinadas condições sociais, também certas opções lógicas e éticas para sua cabal conformação.

Ademais, exige-se a contribuição do magistrado com os litigantes, através dos deveres de *esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio*⁹⁷, o que propicia uma relação de paridade entre o indivíduo e o poder político, de modo a revelar a face democrática do Estado

⁹³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração...*, ob. cit., p. 103. Conforme Alexandre Freitas Câmara: “O modelo constitucional de processo impõe, assim, um processo participativo, policêntrico, não mais centrado na pessoa do juiz, mas que é conduzido por diversos sujeitos (partes, juiz, Ministério Público), todos eles igualmente importantes na construção do resultado da atividade processual.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 61.

⁹⁴ Ao discorrer sobre o confronto entre o formalismo-valorativo e o formalismo excessivo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira constata que “a ideia de cooperação além de exigir, sim, um juiz ativo substancialmente e leal, colocado no centro da lide, resultará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. [online] Disponível em: http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm, acesso em 31 mar. 2016, às 11h24.

⁹⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. [online] Disponível em: http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm, acesso em 31 mar. 2016, às 11h24.

⁹⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração...*, ob. cit., p. 86.

⁹⁷ Sobre esses deveres, Daniel Mitidiero: “A propósito, por dever de esclarecimento temos de entender ‘o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes às dúvidas que tenha sobre suas alegações, pedidos ou posições em juízo’. Por dever de prevenção, o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos ‘ser frustrado pelo uso inadequado do processo’. Por dever de consulta, o dever de o órgão judicial consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo a ser imprimido à causa. Por dever de auxílio, ‘o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais’.” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração...*, ob. cit., p. 85).

Constitucional, o que imprime o valor participação, traduzido normativamente no contraditório⁹⁸.

No processo civil brasileiro contemporâneo, diante do modelo de processo do Estado Constitucional e do formalismo-valorativo, as partes não podem ser consideradas meros sujeitos subordinados ao juiz; pelo contrário, já que “as partes e o juiz são atores igualmente importantes de um processo”, sendo indispensável sua atuação conjunta na construção do resultado satisfatório da tutela jurisdicional⁹⁹.

Esse modelo de processo cooperativo é a proposta central do atual Código de Processo Civil Brasileiro, encartado na noção de maior colaboração entre todos os sujeitos para o regular e efetivo desenvolvimento do processo.

Assim sendo, dentre as normas fundamentais do Código vigente¹⁰⁰, disposto está que: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”; de modo que não permanecem dúvidas quanto ao dever de colaboração.

Nestes termos, a atuação de acordo com o modelo cooperativo de processo reconhece que todos os sujeitos devem atuar com lealdade, em consonância máxima com a boa-fé objetiva. Nos moldes descritos por Daniel Mitidiero¹⁰¹: “No modelo de processo cooperativo, que é necessariamente um ‘*debido processo leal*’, além de objetivar-se a boa-fé, somando-se à perspectiva subjetiva a objetiva, reconhece-se que todos os participantes do processo, inclusive o juiz, devem agir lealmente em juízo.” É fundamental que todos os envolvidos na relação processual comportem-se de acordo com os ditames da boa-fé, portanto.

Para mais, o art. 77, IV, CPC/15 estabelece o dever jurídico de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo “cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação”. Este dever jurídico apresenta tratamento diferenciado, porque neste caso “deverá o juiz advertir quem o tenha violado de que sua conduta poderá ser punida como *ato atentatório à dignidade da justiça* (art. 76, § 2º)”¹⁰². Assim, prevê o Código de Processo Civil a constituição de multa de até

⁹⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração...*, ob. cit., p. 85

⁹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 61.

¹⁰⁰ Artigo 6º, CPC/15.

¹⁰¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração...*, ob. cit., p. 106-107.

¹⁰² CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 65. Assevera Alexandre Freitas Câmara que: “imposta a multa, e estabelecido um prazo para seu pagamento, deverá o punido quitá-la, sob pena de ver a mesma inscrita como dívida ativa da União ou do Estado (conforme o processo tramite na Justiça Federal ou na Estadual), o que só poderá ocorrer após o trânsito em julgado da decisão que a tenha fixado. Sua execução se fará pelo procedimento da execução fiscal, e o valor pago a título de multa reverterá para o fundo de modernização do Poder Judiciário de que trata o art. 97. Essa multa por ato atentatório à dignidade da justiça não pode ser imposta aos advogados das partes (públicos ou privados), aos Defensores

vinte por cento sobre o valor da causa ou, sendo este irrisório, em até dez vezes o valor do salário mínimo¹⁰³ como sanção para quem comete ato atentatório à dignidade da justiça, a ser fixada de acordo com a gravidade da conduta¹⁰⁴.

No ordenamento pátrio, intenta-se estimular a cooperação, nos procedimentos executivos, por meio da imposição da astreinte e demais medidas de apoio¹⁰⁵, objetivando o cumprimento da obrigação constante no título executivo. Por exemplo, em se tratando da tutela executiva *lato sensu*, prevê o sistema brasileiro que antes da expedição de mandado de busca e apreensão ou imissão na posse, há fixação de prazo para dar a oportunidade ao executado de cumprir a ordem judicial, o que demonstra certa expectativa em relação ao adimplemento voluntário, bem como o esforço em prol da colaboração processual¹⁰⁶.

Várias são, por conseguinte, as medidas positivadas para compelir o demandado a cumprir o que proferido na ordem judicial. E ainda assim, nota-se certa descrença quanto ao procedimento executivo e se critica o modo como é tratado o regime da astreinte pelo legislador, ausente de qualquer previsão de penalidade para ao credor que não atue de forma leal, problema este que persiste mesmo com o advento do Código de Processo Civil de 2015.

Públicos e aos membros do Ministério Público. A responsabilidade destes será apurada pelos órgãos de classe ou corregedorias respectivas, a quem o juiz, por ofício, comunicará o ocorrido (art. 76, § 5a).” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 67).

¹⁰³ Art. 77, § 5º, CPC/15: “Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.”

¹⁰⁴ Importante sublinhar que a aplicação dessa multa não exclui a incidência de outras sanções criminais, civis ou processuais, por exemplo, a astreinte, conforme previsão do art. 77, § 4º: “a multa estabelecida no § 2º poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 523, § 1º, e 536, § 1º.”

¹⁰⁵ “Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, **a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras** e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.” (grifo nosso)

¹⁰⁶ Assim, Mitidiero: “Na tutela executiva *lato sensu*, nosso direito também aposta na cooperação quando determina ao juiz, antes da emissão de mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse (art. 461-A, §2º, CPC), que ordene a observância do preceito, fixando prazo para cumprimento (art. 461-A, caput, CPC). Confia, pois, que o executado coopere antes de alçar mão de meios sub-rogatórios para realizar o conteúdo do provimento jurisdicional.” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração...*, ob. cit., p. 165). Registra-se que no CPC/15, as disposições referidas pelo autor, encontram-se no art. 538, *caput* e art. 498, respectivamente.

3. O DEVER DE MITIGAR OS PREJUÍZOS

3.1. *Duty to mitigate the loss*

Ao analisar a boa-fé como instrumento de proteção à lealdade e à confiança nas relações jurídicas, corroboramos ser este princípio fonte criadora de deveres e limitadora de direitos, seja quando exige determinada postura ativa do titular do direito, seja quando restringe sua esfera de atuação¹⁰⁷.

Ademais, referimos também que a cooperação, consoante vigora no Código de Processo Civil de 2015, assegura que todos os sujeitos do processo devem cooperar para o seu regular desenvolvimento; critério que importa na manutenção do caráter isonômico do processo, em busca de um ponto de equilíbrio nas relações processuais, de forma a atribuir deveres às partes, na mesma medida¹⁰⁸, ponto este em que nos remete à elucidação da teoria estrangeira *duty to mitigate the loss*.

É no estudo da evolução do princípio da boa-fé objetiva¹⁰⁹, bem como em razão de sua irradiação pela seara processual, que ganha destaque a mitigação do prejuízo; torna-se imperioso questionar, portanto, sobre a existência desse dever¹¹⁰ e analisar a abrangência do princípio da boa-fé objetiva de modo a implicar na vedação da parte de atuar no processo, agravando a situação de dano; em outras palavras, até que ponto, em sendo possível, deve a parte credora/exequente atuar para minimizar o prejuízo? E se não intentar reduzir os prejuízos, qual seria a consequência?

¹⁰⁷ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento...*, ob. cit., p. 86.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Disponível em: http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm, [online], acesso em 31 mar. 2016 às 11:24.

¹⁰⁹ Nesse sentido, segundo o Superior Tribunal de Justiça, “a boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal”. (BRASIL, STJ, REsp: 981750/MG, 3ª T., rel. Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 13/04/2010. *Diário de Justiça eletrônico*. Brasília: Imprensa Nacional, 23/04/2010). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=961599&sReg=200702038714&sData=20100423&formato=PDF, acesso em 01 jul. 2016, às 10h06.

¹¹⁰ No presente trabalho utiliza-se a expressão “dever de mitigação”, consoante bibliografia consultada, não obstante, importante salientar que a teoria *duty to mitigate de loss* traduz a noção mais próxima de um ônus de a parte minimizar o seu próprio prejuízo. Conforme apresenta Francisco do Amaral: “(...) próximo à noção de dever jurídico é a do ônus, necessidade que o agente tem de comportar-se de determinado modo para realizar interesse próprio, como, por exemplo, o ônus da prova para quem deseja defender judicialmente um direito seu (...)”. (AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.250).

O dever de mitigar nasceu no direito anglo-saxão (*mitigate*) e se refere ao dever do credor de mitigar o prejuízo, com o intuito de evitar o agravamento de suas perdas frente ao inadimplemento do devedor¹¹¹. O vocábulo *mitigate* é de origem francesa e decorre do verbo *mitiger*¹¹².

Parte-se do pressuposto de que o direito nacional recepçiona o dever do credor de mitigar os prejuízos, cujo assento se dá no direito civil¹¹³, com especial implicação na dicção do art. 422, CC/02¹¹⁴.

No tocante ao entendimento jurisprudencial, há que se registrar a clareza do Enunciado nº 169, da *III Jornada de Direito Civil*, segundo o qual, “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do prejuízo”.

Em busca de qual seria o fundamento da incorporação da teoria em destaque ao nosso ordenamento, remetemos ao deslinde do princípio da confiança, considerado a pedra fundamental do Código de Direito Civil de 2002¹¹⁵.

Em que pese o *duty to mitigate the loss* se fundamentar na confiança, tal como toda a codificação civilista, ele não se expressa pura e simplesmente por meio dela, na verdade, pode-se dizer que, o dever de mitigar se vale concretamente da boa-fé objetiva.

¹¹¹ Exemplos de inércia do titular de direito com consequente aumento excessivo da multa em desfavor do devedor elencados por Flávio Tartuce: i) “contrato de locação de imóvel urbano em que houve inadimplemento. Em que haveria um dever por parte do locador de ingressar tão logo seja possível com a competente ação de despejo, não permitindo que a dívida assuma valores excessivos”; ii) “quando do descumprimento de contrato bancário, não pode a instituição financeira permanecer inerte, aguardando que, diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual, a dívida atinja montantes astronômicos”. Segundo o autor ambos os casos referidos dariam ensejo à responsabilidade objetiva, seja pela quebra do dever anexo de agir com lealdade ou a caracterização do abuso de direito. TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor*. Esboço do tema e primeira abordagem [online]. Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_duty.doc, acesso em 24 abr. 2016 às 8:15.

¹¹² FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?* In *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, vol. 19, p. 109-119, Rio de Janeiro: Padma, jul.-set., 2004, p. 112.

¹¹³ Sobre os fundamentos da recepção do “*duty to mitigate the loss*” pelo ordenamento pátrio, importante material encontra-se em FRADERA, Véra Maria Jacob. *Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?* *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, 2004.

¹¹⁴ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

¹¹⁵ Segundo Judith Martins Costa: “O novo Código Civil está assentado no Princípio da Confiança. O Professor Miguel Reale atribui esta base na qual o Código está fundamentado ao que chama de diretrizes da socialidade e da eticidade. A confiança, como princípio geral, tem uma face voltada à eticidade, outra à socialidade. E, no Direito das Obrigações essas diretrizes se traduzem através da boa-fé na sua dupla feição: a feição subjetiva e a feição objetiva. Na subjetiva, a boa-fé é entendida como crença de alguém: crença numa aparência, crença de estar agindo corretamente, de não estar lesando direito alheio (como é o caso, por exemplo, do artigo 309, que diz respeito ao pagamento feito de boa-fé ao credor putativo). Mas a boa fé objetiva, considerada como norma de conduta, como norma impositiva de deveres e de limites, vem posta estrategicamente em vários “pontos” do Código que se relacionam ao fenômeno obrigacional.” MARTINS-COSTA, Judith. *Adimplemento e Inadimplemento*. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_1/Anais_Parte_I_revistaemerj.pdf, acesso em 02 jul. 2016.

Nesse sentido, para Vera Maria Jacob Fradera, “a mitigação do próprio prejuízo constituiria um dever de natureza acessória, um dever anexo, derivado da boa conduta que deve existir entre os negociantes”¹¹⁶, intrinsecamente relacionado, portanto, ao dever de cooperação, decorrente do princípio da boa-fé objetiva.

Maria Jacob Fradera aponta que a ideia central do dever de mitigar pauta-se na disposição do art. 77 da Convenção de Viena de 1980¹¹⁷, que trata da compra e venda internacional, regra que por si só traduz o conteúdo do dever de mitigar o prejuízo:

A parte que invoca a violação do contrato deve tomar as medidas razoáveis, face às circunstâncias, para limitar a perda, aí compreendido o lucro cessante, resultante da violação contratual. Se não o fizer, a parte faltosa pode pedir uma redução da indenização por perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido evitada.

Prevalece, assim, a ideia de que o *duty to mitigate the loss* é recepcionado como um dever acessório, decorrente da boa-fé, inerente a qualquer contrato¹¹⁸, sendo este o entendimento no qual se baseia o presente trabalho.

Por conseguinte, o princípio da boa-fé objetiva, como dito alhures, abarca a própria relação de cooperação, vez que dentre as funções apontadas pela doutrina¹¹⁹ está a de criação de deveres anexos, secundários, tutelares. Estes deveres não constituem um rol taxativo, antes, abrangem todo e qualquer dever decorrente da atuação de acordo com os ditames da boa-fé, de acordo com a natureza da relação jurídica concreta, tal como nas relações jurídico processuais.

Sendo assim, a doutrina elenca, a título exemplificativo, os deveres de informação, de segurança, de sigilo, de cooperação para o regular desenvolvimento do processo. É aí que se encaixa o dever da parte de mitigar o prejuízo, pois advém da própria ideia de confiança, intrínseca às relações complexas, e que se exprime pela cooperação das partes processuais.

Caso paradigmático à aplicação da teoria *duty to mitigate the loss* é o julgado pelo Superior Tribunal de Justiça¹²⁰, em que, após o inadimplemento da obrigação, o titular do direito demorou cerca de sete anos para propor ação de reintegração de posse e resolução da promessa de compra e venda em razão do não pagamento das prestações pelo devedor.

¹¹⁶ TARTUCE, Flávio. *A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem*. Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_duty.doc, acesso em 24 abr. 2016 às 08:15.

¹¹⁷ Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2012/decretolegislativo-538-18-outubro-2012-774414-convencao-137911-pl.html>, acesso em 01 jul. 2016 às 14:15.

¹¹⁸ Neste sentido: DIDIER Jr., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e *supressio*: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n.171, mai. 2009, p. 35-48.

¹¹⁹ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento...*, ob. cit., p. 86.

¹²⁰ BRASIL, STJ, REsp nº 758.518 – PR. 3ª T., rel. Ministro Vasco Della Giustina (Des. convocado do TJRS), Brasília, DF, 17/06/2010. *Diário de Justiça eletrônico*. Brasília: Imprensa Nacional, 28/06/2010.

Entendeu-se que o credor violou a boa-fé objetiva, por ter ficado tanto tempo sem adotar nenhuma medida para tentar minimizar os prejuízos. A fundamentação da decisão se baseia no dever de mitigar o prejuízo como resultante da boa-fé objetiva¹²¹, situação em que restou decidido que a indenização a ser paga pelo sujeito passivo da relação processual, em razão do tempo em que o titular do direito não pode usufruir do imóvel, deveria ser restrita a um período de tempo razoável, isso porque a demora excessiva em retomar o apartamento também pode ser imputada à falta de diligência do credor, que não poderia se beneficiar de sua própria inércia.

Apercebe-se que ante à inexistência de previsão legal de qualquer sanção para a parte que se mantém inerte em situações semelhantes a apresentada, coube ao tribunal determinar qual medida seria adequada para tornar a situação concreta isonômica e justa.

Considerando o dever de mitigar, portanto, como dever acessório, cuja fonte é a boa-fé objetiva, independente da vontade das partes e se impondo mesmo contra esta, há que se falar também na sua função limitadora do exercício de direitos que vão de encontro à recíproca lealdade e confiança que devem guiar as relações processuais, pois se vislumbra o dever de mitigar também como fonte limitadora desses direitos, de forma a conjecturar os fins meramente didáticos da classificação referente à tríplice função da boa-fé objetiva¹²².

Desta forma, compreende-se que a mitigação dos prejuízos, como dever acessório e limitador de direitos, também advém das noções de *venire contra factum proprium* e do abuso de direito, institutos dos quais decorrem a inadmissibilidade de comportamentos destoantes dos ditames da boa-fé, apesar de aparentemente lícitos.

No segundo capítulo demonstramos a possibilidade de aplicação da boa-fé no processo civil e, desta maneira, tendo em vista que se adota a posição de que o *duty to mitigate the loss*

¹²¹ Ministro Relator Vasco Della Giustina apresenta a delimitação do dever de mitigar o próprio prejuízo na seara contratual: “Com esse entendimento, avulta-se o dever de mitigar o próprio prejuízo, ou, no direito alienígena, *duty to mitigate the loss*: as partes contratantes da obrigação devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. Desse modo, a parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano, pois a sua inércia imporá gravame desnecessário e evitável ao patrimônio da outra, circunstância que infringe os deveres de cooperação e lealdade.” (BRASIL, STJ, REsp nº 758.518 – PR. 3ª T., rel. Ministro Vasco Della Giustina (Des. convocado do TJRS), Brasília, DF, 17/06/2010. *Diário de Justiça eletrônico*. Brasília: Imprensa Nacional, 28/06/2010).

¹²² Nesse sentido, Anderson Schreiber: “A rigor, a segunda e terceira função da boa-fé objetiva poderiam ser reduzidas ao mesmo núcleo formador. Parece que tecnicamente são os deveres anexos, que, constituindo o núcleo da cláusula geral de boa-fé, impõem-se ora de forma positiva, exigindo dos contratantes determinado comportamento, ora de forma negativa, restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato.” (SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento...*, ob. cit., p. 89).

foi recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro como um dos deveres derivados da boa-fé, é possível afirmar que o referido conceito tem ampla aplicação no âmbito processual¹²³.

Veja-se o quão contraditório seria o fato de que, na relação processual, o titular do direito se beneficiasse, ao passo que não empreendesse esforços suficientemente capazes de reduzir os consectários da delonga do procedimento; ao revés, contribuísse para a duração desarrazoada do mesmo, tendo em vista a possível obtenção de vantagens advindas da obrigação acessória constituída pelo magistrado; situação esta que nos leva a examinar, no próximo item, a aplicação do dever de mitigar o prejuízo à execução das *astreintes* e suas consequências jurídicas.

3.2. O dever de mitigar o prejuízo aplicado à execução das *astreintes*

A *astreinte* possui origem na jurisprudência francesa do início do século XIX; consiste na medida judicial que inicialmente restou atrelada à noção de reparação de danos e prejuízos, mas se converteu em uma autêntica multa coercitiva, ao longo dos anos¹²⁴. Trata-se, assim, da forma de coerção mais popular no ordenamento jurídico brasileiro¹²⁵.

Em seu caráter cominatório, a fixação da *astreinte* objetiva compelir o sujeito passivo da relação a cumprir a determinação judicial, por isso, não se confunde com a multa processual punitiva de uma conduta ímproba, cujo objeto tutelado é a dignidade da justiça¹²⁶. Logo, para ter efetividade, o valor cominatório da *astreinte* não pode se mostrar irrisório e nem exorbitante, sob pena de, tanto num como noutro caso, não estimular o devedor ao cumprimento. Como bem salienta Fredie Didier Jr.¹²⁷, não pode ser desproporcional relativamente ao bem da vida pretendido.

Importa reiterar que o Código de Processo Civil de 2015 encerra evidente preocupação com a cooperação entre as partes; não obstante esse viés, a previsão legal que elenca o

¹²³ Inclusive, o STJ já reconheceu a possibilidade de sua aplicação no processo penal: “O princípio da boa-fé objetiva ecoa por todo o ordenamento jurídico, não se esgotando no campo do Direito Privado, no qual, originariamente, deita raízes. Dentre os seus subprincípios, destaca-se o *duty to mitigate the loss*. A bem do dever anexo de colaboração, que deve empolgar a lealdade entre as partes no processo, cumpriria ao paciente e sua Defesa informar ao juízo o endereço atualizado, para que a execução pudesse ter o andamento regular, não se perdendo em inúteis diligências para a sua localização.” (BRASIL, STJ, Habeas Corpus 137.549, 6ª T., rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 07/02/2013. *Diário de Justiça eletrônico*. Brasília: Imprensa Nacional).

¹²⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. *A concretização da tutela específica no direito comparado*. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 145, p. 125-149, mar. 2007. p.129.

¹²⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *O Novo CPC e a Tutela Jurisdicional Executiva (Parte 1)*..., ob. cit., p. 148.

¹²⁶ *Idem*, p. 148.

¹²⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. v. 5. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 447.

exequente como destinatário exclusivo da multa coercitiva¹²⁸ dá margens para a flexibilização do dever de mitigar os prejuízos em vista da possibilidade de obter vantagens com a medida acessória constituída.

Nesse tocante, propugna Marcelo Abelha Rodrigues que deveria o magistrado fixar tanto o termo inicial como o termo final para a incidência da astreinte com o intuito de “evitar a eternização de uma coerção que não logrou êxito”¹²⁹ e obstar que o credor se torne mais interessado na execução da multa do que no adimplemento da obrigação principal¹³⁰. Por estas razões defende o autor a exclusão retroativa, a qual poderia acontecer até o momento em que a multa deixou de ter a função coercitiva, sendo medida inútil para o pretense fim¹³¹.

Como exposto, o valor resultante da medida coercitiva será revertido exclusivamente em benefício do exequente, de forma contrária ao que previa o anteprojeto¹³²; a atual codificação sedimentou o que vinha sendo aplicado pelos tribunais, sem considerar a grave consequência quanto à perda de efetividade da medida de apoio, diante da praxe forense, em que o próprio credor se torna o maior interessado na execução da obrigação acessória, por considerá-la mais atrativa que a satisfação do pedido principal.

Frise-se, com isso, que o crédito decorrente da multa não pode se tornar o principal objetivo do processo. Por isso é que se cogita a possibilidade de redução de seu valor¹³³ em razão da não observância da boa-fé processual, especificamente, do dever de mitigar o

¹²⁸ Art. 537, § 2º, CPC/15: “O valor da multa será devido ao exequente.”

¹²⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *O Novo CPC e a Tutela Jurisdicional Executiva (Parte 1)*..., ob. cit., p. 148.

¹³⁰ O art. 537, § 4º, CPC/15 determina que “a multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.” Nestes termos, Marcelo Abelha Rodrigues explana que essa “redação dá a entender que o juiz deve fixar uma multa coercitiva sem fixar um termo *ad quem*, o que em nosso sentir não é recomendável. É possível ao magistrado fixar um tempo justo e adequado para o papel (função) coercitivo da multa.” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *O Novo CPC e a Tutela Jurisdicional Executiva (Parte 1)*..., ob. cit., p. 150).

¹³¹ Notabiliza Marcelo Abelha Rodrigues: “Ora, se uma obrigação para ser cumprida em um dia não é cumprida em ao longo de dois meses sem qualquer indicativo de que será cumprida, qual o papel dessa multa? Deve continuar a incidir? Somos contrário à regra fixada no NCPC (Lei 13.105/2015) de que não pode o magistrado excluir retroativamente a multa, porque esta exclusão retroativa poderia acontecer até o momento em que ela, a multa, deixou de ter a função coercitiva, sendo medida inútil para o fim pretendido, e, desde então servindo apenas para locupletamento do credor. Este seria, portanto, o limite da exclusão retroativa (...)” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. *O Novo CPC e a Tutela Jurisdicional Executiva (Parte 1)*..., ob. cit., p. 148-149).

¹³² Em: Anteprojeto NCPC <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>, acesso em 23 maio 2016 às 09:31. Art. 503, § 5º, nos termos do qual o valor da multa seria devido ao autor até o montante equivalente ao valor da obrigação, destinando-se o excedente à unidade da Federação, sendo inscrito como dívida ativa.

¹³³ Art. 537. § 1º, CPC/15: “O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: I – se tornou insuficiente ou excessiva; II – o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.”

prejuízo, pois este incumbe ao exequente certa atuação no processo de modo a impedir o aumento desnecessário e desarrazoado do montante da astreinte¹³⁴.

Nestes termos, o princípio da boa-fé processual é importante mecanismo de inadmissibilidade de condutas desleais e contraditórias, sendo essencial a análise que se segue quanto a sua incidência na posição jurídica do credor da multa coercitiva.

3.3. Multa coercitiva e a boa-fé processual: a possibilidade de *suppressio*

Alinhavamos ser a mitigação do prejuízo um dever acessório da boa-fé objetiva processual resultante da necessidade de as partes cooperarem para garantir o exato desenrolar do procedimento executivo até alcançarem a tutela definitiva do direito discutido. Na lição de Fredie Didier Jr.: “Se o fundamento do *duty to mitigate the loss* é o princípio da boa-fé, que rege o direito processual como decorrência do devido processo legal, pode-se perfeitamente admitir a sua existência, a partir de uma conduta processual abusiva, no direito processual brasileiro.”¹³⁵

Caso paradigmático mencionado pelo autor¹³⁶ pode ilustrar bem a situação em que a parte não empreende esforços para atenuar os possíveis danos:

A autora de uma demanda, em cujo favor se destinava a multa fixada em uma decisão liminar, fez carga dos autos em novembro de 2002, devolvendo-os ao cartório em janeiro de 2007 - 51 meses depois, portanto. A devolução dos autos judiciais veio acompanhada de petição contendo pedido de execução de multa diária, em valor superior a R\$13.000.000,00 (treze milhões de reais), por suposto descumprimento de ordem judicial que determinava a retirada do nome da autora dos cadastros dos órgãos de proteção crédito.

Um segundo exemplo reside na conjuntura em que a recorrente insurgiu, mediante agravo interno, contra decisão que excluiu o valor fixado a título de astreinte. Neste caso, o

¹³⁴ Exemplo de redução da astreinte quando seu valor é considerado exorbitante e causa de enriquecimento ilícito encontra-se no seguinte julgado do Supremo Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LIGAÇÃO DE LINHA TELEFÔNICA. PORTABILIDADE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. LIMINAR. MULTA POR DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES. MANIFESTA DESPROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. 1. Ação cominatória e de compensação por danos morais, ajuizada em 24.02.2010. Recurso especial concluso ao Gabinete em 07.11.2011. 2. Discussão relativa à proporcionalidade do valor arbitrado a título de multa cominatória para cumprimento de decisão liminar. 3. Muito embora a astreinte não deva ser reduzida quando o único obstáculo ao cumprimento de determinação judicial foi o descaso do devedor, sua manifesta desproporcionalidade, verificada na fixação exagerada do valor diário, impõe sua redução e adequação a valores razoáveis. 4. Recurso especial parcialmente provido.” (BRASIL, STJ, REsp: 1303544 MG 2011/0098512-0, 3ª T., rel. Ministra Nancy Andrighi, Brasília, DF, 10/06/2014. *Diário de Justiça eletrônico*. Brasília: Imprensa Nacional, 18/06/2014). Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25127403/recurso-especial-resp-1303544-mg-2011-0098512-0-stj>, acesso em 04 jul. 2016 às 14:25).

¹³⁵ DIDIER Jr., Fredie. *Multa Coercitiva...*, ob. cit., p. 48.

¹³⁶ DIDIER Jr., Fredie. *Multa Coercitiva...*, ob. cit., p. 45.

juizador entendeu que a ora recorrente não diligenciou a fim de amortizar eventuais prejuízos, nem cumpriu o dever de cooperação processual, ao não comunicar o juízo sobre o fato de que a parte ré não havia retirado o modem de internet da sua residência. Apercebe-se que a então parte autora se quedou inerte desde o deferimento da tutela antecipada, deixando simplesmente a multa transcorrer sem qualquer preocupação com o objeto mediato da tutela, ou seja, o bem da vida pretendido; assim, somente quando o montante da astreinte fixada alcançou patamar elevado, a recorrente se manifestou no sentido de pleitear a execução da multa coercitiva, de forma a demonstrar ser esta mais vantajosa do que o cumprimento da tutela definitiva¹³⁷.

Em casos semelhantes¹³⁸ a estes, portanto, se for possível ao credor atuar de forma a minimizar o prejuízo, ele tem o dever de diligenciar neste sentido. No entanto, se preferir negligenciar essa possibilidade, restará configurado um comportamento abusivo, pautado pela omissão do exequente que não entabula diligências necessárias para conter o aumento demasiado da multa coercitiva.

Destarte, em razão da inexistência de previsão legal de qualquer sanção para a parte que se mantém inerte em circunstâncias análogas às apresentadas, cabe ao tribunal determinar qual medida é a adequada para tornar tais situações isonômicas e justas.

Nesse tocante, sustenta a aplicação do instituto da *suppressio* e à sua correlata *surrectio*, ou seja, “uma das possíveis consequências dessa conduta ilícita pode ser a perda, pelo credor, da situação jurídica ativa (posição de vantagem)”¹³⁹, ao passo que surge para o

¹³⁷ Segue decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “AGRAVO INTERNO. Decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto pela autora. Ação de obrigação de fazer em fase de cumprimento de sentença. Decisão que exclui multa coercitiva e determina a intimação do executado para cumprimento da remanescente obrigação de fazer (retirada de modem da residência da exequente), sob pena de perda do bem. Insurgência autoral. Medida que não possui caráter indenizatório, mas apenas coercitivo, pois objetiva justamente dissuadir a resistência da parte para o cumprimento da determinação judicial e, assim, garantir a eficácia da decisão proferida. Lícito ao julgador, a qualquer tempo, modificar - ou até mesmo excluir o seu valor e/ou a sua periodicidade conforme se mostre insuficiente ou excessiva (art. 461, § 6º, do CPC), de forma a inibir o enriquecimento sem causa. **Recorrente que se quedou silente durante todo o período e finalmente vem aos autos do processo pleitear montante acumulado superior a R\$ 267.000,00 (duzentos e sessenta e sete mil reais), sem ter diligenciado a fim de amortizar eventuais prejuízos (due to mitigate the loss). Dever de cooperação processual.** Decisão que não merece retoques. Precedentes. Agravo interno que não apresenta elementos novos capazes de modificar a decisão da relatora, que se mantém. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.” (TJ-RJ - AI: 00661019220158190000 RJ 0066101-92.2015.8.19.0000, Relator: DES. PATRICIA RIBEIRO SERRA VIEIRA, Data de Julgamento: 09/12/2015, DÉCIMA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 14/12/2015 10:49). (grifo nosso)

¹³⁸ Por exemplo, uma demanda em que a parte ré é condenada a prestar determinado serviço, sob pena de multa diária. No entanto, para que haja o adimplemento da obrigação de fazer é necessário que a autora colabore, de forma a disponibilizar o objeto da prestação de serviço a ser realizada. Não obstante, a parte se queda inerte e não diligencia para que o referido objeto seja entregue à ré. Mesmo assim, tempos depois, visa a cobrar a multa fixada. Entende-se, assim, que a conduta da autora não se coaduna com o princípio da boa-fé objetiva. Se o objeto estava em seu poder, não poderá tirar vantagem de uma situação por ela mesmo construída.

¹³⁹ DIDIER Jr., Fredie. *Multa Coercitiva...*, ob. cit., p. 48.

sujeito passivo o direito subjetivo de não ser surpreendido e nem prejudicado pela atuação tardia do exequente. Fredie Didier¹⁴⁰ acrescenta que:

Ao não exercer a pretensão pecuniária em lapso de tempo razoável, deixando que o valor da multa aumente consideravelmente, o autor comporta-se abusivamente, violando o princípio da boa-fé. Esse ilícito processual implica a perda do direito ao valor da multa (*supressio*), respectivamente ao período de tempo considerado pelo órgão jurisdicional como determinante para a configuração do abuso de direito.

Desta feita, Fredie Didier assevera ainda que “tendo em vista que o comportamento abusivo é omissivo (não evitar o aumento exagerado dos prejuízos), talvez seja mais adequado referir à *supressio*, e à sua correlata *surrectio*, e não à proibição do *venire contra factum proprium*.”¹⁴¹. Apesar da diferença trazida pelo autor, considera-se a *supressio* “uma proibição à contradição de um *factum* omissivo”¹⁴², ou seja, uma modalidade da figura da vedação ao comportamento contraditório, como salientamos ao discorrer sobre o instituto da *supressio* (ver 1.4.2).

¹⁴⁰ *Idem*, p. 50.

¹⁴¹ *Idem, Ibidem*, p. 47.

¹⁴² SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento...*, ob. cit., p. 190.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, constata-se que o princípio da boa-fé objetiva, originalmente consagrado nas relações privadas, expandiu-se de forma a se tornar aplicável a todo ordenamento jurídico, considerado um conceito caro a todos os ramos do direito e importante instrumento de tutela da confiança e introdução de um conteúdo ético-moral nas relações jurídicas.

No âmbito processual civil, a sua aplicação deve ser observada nos diferentes procedimentos, sendo certo que abrange todos aqueles sujeitos envolvidos na tutela jurisdicional, de modo a concretizar a noção de processo isonômico, justo e democrático, calcado no viés da cooperação e nos valores constitucionais.

Assim como se deu a ampliação do princípio da boa-fé objetiva, concebeu-se, também, a existência de um dever da parte de mitigar o prejuízo. É, portanto, factível a exigência de um padrão ético de comportamento que determina ao credor/exequente que procure reduzir os prejuízos, quando for possível fazê-lo, sem interesses secundários e alheios à tutela jurídica principal.

Quando o credor/exequente se queda inerte, ou seja, não empreende esforços capazes de mitigar os prejuízos, por ambicionar a execução da multa coercitiva, considera-se tal comportamento inadmissível, contrário à boa-fé, além de ferir a legítima expectativa contraída na outra parte.

Como sanção a esta postura desleal do credor, o magistrado poderá reduzir ou até mesmo excluir o valor que seria devido a título de astreinte, colocando fim a sua posição de vantagem e, conseqüentemente, atribuindo-lhe o ônus de suportar os prejuízos pelo o seu agir em desconformidade com os ditames da boa-fé processual.

Casos em que, portanto, a multa deve incidir apenas durante aquele período de tempo considerado razoável para o adimplemento por parte do devedor; após esse tempo, a conduta esperada do credor é a de que ele comunique ao juízo o descumprimento da ordem judicial pelo devedor e busque a efetivação do seu direito, cooperando com o magistrado para encontrarem a melhor solução para caso concreto.

Contudo, se de todo modo o credor opta pela não cooperação, com intuito de ver crescer o montante da multa coercitiva, resta configurada conduta abusiva e contrária à boa-fé, portanto, inadmissível. Como sanção ao ato praticado, entende-se que o juiz poderá reduzir ou até mesmo excluir o valor fixado a título de astreinte, não porque o valor exorbitante da

multa caracteriza enriquecimento ilícito, mas sim, em razão da flagrante ofensa ao princípio da boa-fé objetiva processual e aos seus desdobramentos, com fundamentos na não observância dos arts. 5º; 6º e 77, IV, CPC/15 e do dever de mitigação, bem como mediante a aplicação da *suppressio* processual.

REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. v. 2. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Novo Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015.

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2005, n. 126.

CARVALHO, Fabiano. Execução da multa (astreintes) prevista no art. 461 do CPC. Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 114, mar.-abr. 2004.

COITINHO, Jair Pereira; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Reconfigurações do processo à luz do constitucionalismo contemporâneo: a boa-fé objetiva como condição funcional do modelo processual do Estado Democrático de Direito e sua incidência sobre o novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 254, abr. de 2016, p. 45-71.

DICKSTEIN, Marcelo. A Boa-fé Objetiva na Modificação Tácita da Relação Jurídica: Surrectio e Suppressio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. v. 5. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2008.

_____. Multa Coercitiva, Boa-Fé Processual e Supressio: Aplicação do Duty to Mitigate the Loss no Processo Civil. Revista de Processo, n. 171, 2009.

_____. O princípio da cooperação: uma apresentação. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 127, 2005.

_____. Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial. Salvador: Juspodivm, v. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O Novo Código de Processo Civil Brasileiro e a Ordem Processual Civil Vigente. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 247, set. 2015.

_____. Instituições de Direito Processual Civil. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, vol. I.

FARIA, Márcio Carvalho. A Lealdade Processual, o Projeto de Novo Código de Processo Civil Brasileiro e a Experiência Portuguesa. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1395_1430.pdf, acesso em 05 nov. 2015 às 14:45.

_____. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo, pós-positivismo, formalismo-valorativo... A supremacia constitucional no estudo do processo. In: Revista Ética e Filosofia Política, n. 15, v. 2, 2012. Disponível em:

http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/15_2_faria_6.pdf, acesso em 29 mar. 2016 às 9:05.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? In Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, vol. 19, p. 109-119, Rio de Janeiro: Padma, jul.-set., 2004.

HERTEL, Daniel Roberto. Sistematização das astreintes à luz do processo civil brasileiro. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n. 51, p. 43-51, jun. 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. Adimplemento e Inadimplemento. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais_especial_1/Anais_Parte_I_revistaemerj.pdf, acesso em 02 jul. 2016 às 9:05.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. v. 14. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____.A colaboração como norma fundamental do Novo Processo Civil brasileiro. Revista do Advogado – O novo Código de Processo Civil. São Paulo: AASP, 2015, n. 126.

_____.Processo e Cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual. Disponível em: seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/download/49871/31208. Acesso em 07 de maio de 2016 às 08:49.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre preclusão e venire contra factum proprium. Revista de Processo. São Paulo: RT, ano 34, v. 168, fev. de 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Do formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saravaia. 4 ed., 2010.

_____.O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo. Disponível em: http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAO_O_Formalismo-valorativo_no_confronto_com_o_Formalismo_excessivo_290808.htm, acesso em 31 de mar. 2016 às 11:24.

PICÓ I JUNOY, Joan. El principio de la buena fe procesal. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2013.

_____.El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 196, 2011, p. 131-162.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. Revista de Processo, n. 145, p. 125-149, mar. 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O Novo CPC e a Tutela Jurisdicional Executiva (Parte 1). Revista de Processo, v.244, p.88-151, 2015.

_____.O Novo CPC e a Tutela Jurisdicional Executiva (Parte 2 - Continuação). Revista de Processo, v. 244, p.151-221, 2015.

ROMEU, Talita. O Princípio da boa-fé e o Instituto da Preclusão: a Supressio Processual. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie(coord). Teoria do Processo: Panorama doutrinário Mundial. Salvador: Juspodivm, v. 2, 2010.

TARTUCE, Flávio. A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem. Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_duty.doc, acesso em 24 abr. 2016 às 08:15.