

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
FACULDADE MINEIRA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

Sílvia de Sá Batista

MÁ-FÉ E PROCESSUALIDADE JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO

**Belo Horizonte
2015**

Sílvio de Sá Batista

MÁ-FÉ E BOA-FÉ NA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, inserida na Linha de Pesquisa: O processo na Construção do Estado Democrático de Direito, sob a orientação do Professor Doutor Vicente de Paula Maciel Júnior e Coorientador Professor Doutor Rosemiro Pereira Leal.

Belo Horizonte
Faculdade Mineira de Direito/PUC-MG
2015

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

B333m Batista, Sílvio de Sá
Má-fé e processualidade jurídica no estado democrático. Belo Horizonte /
Sílvio de Sá Batista. Belo Horizonte, 2015.
143 f.

Orientador: Vicente de Paula Maciel Júnior

Coorientador: Rosemiro Pereira Leal

Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Má-fé (Direito). 2. Estado de direito. 3. Bem e mal. 4. Boa-fé (Direito). 5. Argumentação jurídica. 6. Direito processual. 7. Direito e ética. I. Maciel Júnior, Vicente de Paula. II. Leal, Rosemiro Pereira. III. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.9

Sílvio de Sá Batista

MÁ-FÉ E PROCESSULIDADE JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Professor Doutor Vicente de Paula Maciel Júnior (Orientador) - PUC MINAS

Professor Doutor Rosemiro Pereira Leal (Coorientador) - PUC MINAS

Professor Doutor André Cordeiro Leal - FUMEC

Professora Doutora Juliana M. Matos Ferreira - ESTÁCIO DE SÁ

Belo Horizonte, 17 de Abril de 2015

Dedicatória

*Aos meus pais, José Maria Batista e Hélia Sá Batista,
companheiros nos sonhos e nas realizações.*

*À Aline, pelo incondicional apoio, carinho e sincero
amor.*

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Vicente Maciel Junior, pelos conselhos, disponibilidade e absoluta liberdade científica na construção desta dissertação.

Ao Professor Doutor Rosemiro Peireira Leal, por ofertar uma teoria processual que nos permite refletir o direito democrático por matriz epistêmica diversa da ciência dogmática do direito.

"O homem é um animal religioso e isto, de modo algum, é um elogio. Aristóteles, que não paro de citar e que venero, disse uma única vez algo que é verdadeiramente uma grande... - bem, não se pode dizer "mancada" quando se trata de Aristóteles - mas ainda assim... Quando ele diz: 'O homem é um animal que deseja saber', é falso. O homem não é um animal que deseja o saber. O homem é um animal que deseja a crença, que deseja a certeza de alguma crença, daí o prestígio das religiões, o prestígio das ideologias políticas". **Cornelius Castoriadis.**

"Em primeiro lugar, para que uma teoria nova constitua uma descoberta ou um passo em frente, deve entrar em confronto com a que a antecedeu - quer dizer, deve conduzir pelo menos a algum resultado conflituoso. Mas isto significa, de um ponto de vista lógico, que deve contradizer a sua antecessora: deve substituí-la. Neste sentido, o progresso na ciência - ou, pelo menos, o progresso significativo - é sempre revolucionário." **Karl Popper.**

RESUMO

A presente produção acadêmica tem por objetivo apresentar os resultados de uma pesquisa sobre o instituto jurídico da litigância de má-fé e de boa-fé a partir de uma matriz epistemológica ofertada pela teoria neoinstitucionalista do processo. Dessa forma, buscou-se a desconstrução de tais institutos jurídicos, para, em seguida, reconstruí-lo a partir de matrizes teóricas não dogmáticas. Para tanto, foi necessário interrogar os fundamentos teóricos e ideológicos dos institutos jurídicos que nominam os sujeitos que participam do processo em "litigantes de má-fé" e "litigantes de boa-fé". Em um primeiro momento estabeleceu-se a distinção entre os conhecimentos de fé e de crença para verificar seu aproveitamento pela ciência. Demonstrou-se que o conhecimento subjetivo se baseia em expectativas e disposições, além de fortalecer a produção de um conhecimento que se sustenta pela fé e pela crença em um suposto conhecimento revelado (dogmas). Ao contrário do que argumenta a "ciência dogmática do direito", a má-fé e a boa-fé, no âmbito do direito, não têm sua origem vinculada aos pretores romanos. Tais institutos jurídicos decorrem da ideia de bom (*agathon*) e de mal (*a kakia*) difundida por Aristóteles por volta do século IV a.C. Assim, cabe aos portadores de autoridade auxiliarem as pessoas a buscar o "bem", afastando-as do "mal". O bem e mal são espécies de conhecimento revelado advindo de um mundo inteligível. Em oposição a esse entendimento Sartre demonstra que tanto a má-fé quanto a boa-fé são formas interditas de produzir conhecimento crítico. Para se livrar da angústia de construir a própria existência racional, o homem se vale de crenças, tanto de "boa-fé" quanto de "má-fé". Em Sartre, a "má-fé" e a "boa-fé" são penalidades interditas do próprio saber, e se dividem em "autoengano" e "engano ordinário". Daí a impossibilidade de se condenar alguém por "litigância de má-fé" sem a instalação de um procedimento específico que assegure o devido processo legal para verificar quem engana quem. Não há, portanto, uma distinção teórica entre os "juízos de má-fé" e "juízos de boa-fé". Ambos se constituem duas faces da mesma moeda, com o objetivo estratégico de interditar o conhecimento entregando a estabilização da linguagem jurídica ao detentor de autoridade. Isso significa que tanto a litigância de má-fé quanto a presunção de boa-fé são condutas interditas do próprio pensar, e não concorrem para a efetividade de um direito democrático, o que coloca em cheque a sua positivação junto ao sistema jurídico.

Palavras-chave: Fé e Crença. Bem e Mal. Litigância de má-fé. Boa-fé processual. Crença interdita. Ciência dogmática. Processo democrático. Teoria neoinstitucionalista.

ABSTRACT

The present scientific production intends to report the results of a research about the institute of malfeasance (bad faith) litigation from an epistemological matrix provided by the neo-institutionalist theory of judicial proceeding. Thereby, an attempt was made to deconstruct the juridical institute of malfeasance litigation in order to subsequently reconstruct it from non-dogmatic theoretical matrices. For this purpose, it was necessary to question the theoretical and ideological foundations of the juridical institutes which nominate the subjects that take part in the lawsuit regarding “litigants in bad faith” and “litigants in good faith”. At first, a distinction between the understanding of faith and belief was established in order to verify the possible uses of such concepts within a scientific scope. It was demonstrated that subjective knowledge is based on expectations and dispositions, in addition to strengthening the production of a type of cognizance sustained by the faith and the belief in a supposedly revealed knowledge (dogmas). Contrary to what argues the “dogmatic science of law”, the bad faith and the good faith, within the sphere of law, do not have its origins linked to the Roman praetors. Such juridical institutes are a result of the idea of good (*agathon*) and evil (*kakia*), disseminated by Aristotle around the fourth century BC. Thus, it is for the holder of authority to assist the people in the pursuit of the “good”, guiding them away from the “evil”. Good and evil are types of revealed knowledge originated from an intelligible world. In opposition to this conception, Sartre demonstrates that both good faith and bad faith are obstructive means to the production of critical knowledge. To get rid of the anguish of constructing its own rational existence, humankind takes advantages of beliefs such as “good faith” and “bad faith”. In Sartre, “good faith” and “bad faith” are deterrent penalties to cognizance itself, and are divided in “self deceit” and “ordinary deceit”. Hence the impossibility of condemning someone for “malfeasance litigation” without the installation of an specific procedure that assures the due legal process to verify who deceives who. Therefore, there is no theoretical distinction between “bad faith judgment” and “good faith judgment”. Both constitute two sides of the same coin, with the strategic aim of interdicting cognition, handing over the stability of juridical language to the detainer of authority. This means that both malfeasance litigation and the assumption of a good faith are obstructive conducts to the act of thinking itself, and therefore do not contribute to the effectiveness of a democratic law framework, what puts at stake its positive acceptance along the juridical system.

Keywords: Faith and belief. Good and evil. Malfeasance litigation. Bad faith. Procedural good faith. Obstructive belief. Dogmatic science. Democratic process. Neo-institutionalist theory.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1: ASPECTOS DA FÉ E DAS CRENÇAS.....	8
1.1 A fé e o elo testemunhal da divindade	8
1.2 A fé compromissiva ante a crença comissiva	19
1.3 O caráter fideísta do senso comum	24
1.4 O senso comum e o senso comum do conhecimento jurídico	29
CAPÍTULO 2: A FÉ NO DIREITO E O DIREITO À FÉ	38
2.1 Repercussões fideístas do AGATHON aristotélico	38
2.2 O jusnaturalismo jurídico e a questão da fé	46
2.3 O fideísmo dos juízos decisórios	54
2.4 A boa-fé como princípio estratégico da fé jurídica.....	63
CAPÍTULO 3: FÉ E AUTORITARISMO NO DIREITO PROCESSUAL.....	69
3.1 A crença na justiça da fé jurídica.....	69
3.2 O caráter paradoxal da litigância de boa-fé.....	77
3.3 Fraude processual e a ideologia da imparcialidade jurisdicional	86
3.4 Dano processual e a litigância de má-fé.....	92
3.5 Má-fé e a penalidade interdital do contraditório.....	101
CAPÍTULO 4: A BOA E A MÁ-FÉ NA CONTEMPORANEIDADE.....	107
4.1 Presunção da boa-fé e a tirania do obscurantismo	107
4.2 Processo democrático e o mito da boa-fé jurisdicional	111
4.3 Processo democrático: má-fé e boa-fé.....	116
4.4 A crença na dialética judicial	123
4.5 A boa-fé e má-fé: uma falsa dualidade	131
5. CONCLUSÃO.....	135
REFERÊNCIAS	137

INTRODUÇÃO

A demarcação teórica que se impõe, a partir da Constituição de 1988, é definir a partir de que matriz epistemológica se pretende encaminhar a linguagem jurídica - ciência - construtiva do direito democrático na pós-modernidade. Todo conhecimento científico, sobretudo o jurídico, tem um ponto de partida; logo, nenhum conhecimento é em si caótico. Contudo, a questão que demanda reflexão é saber se os pontos de partida, utilizados pela ciência jurídica, concorrem para a efetividade do direito democrático.

Sob uma perspectiva não autoritária, as proposições científicas devem se abrir a uma concorrência entre teorias, com a finalidade de proporcionar ao homem maior esclarecimento sobre os fundamentos - pontos de partida - do seu próprio conhecimento. Por isso, a concorrência entre conjecturas científicas não deve ser encarada como ofensa àqueles que produzem teorias, mas como uma possibilidade racional de reduzir o grau de ignorância humana por meio de um método de tentativa e eliminação de erros.

Daí a importância de uma epistemologia autocrítica - racionalismo crítico - no sentido proposto por Karl Popper, a fim de que o progresso do conhecimento não seja contingenciado por dogmas ou ideologias que insistem em reduzir a ciência à **crença**. Por isso, torna-se imprescindível, para a reflexão do direito na contemporaneidade, a distinção entre o conhecimento ofertado pela Ciência Grande e o conhecimento produzido pela Grande Ciência. Essa demarcação teórica é fundamental para a construção de um direito - linguagem normativa - que se pretende ser chamado de democrático. Acredita-se que, sem essa reflexão teórica, a ciência dogmática do direito se torna em mais um mecanismo de dominação estratégica.

Direito democrático, em uma perspectiva neoinstitucionalista, é a proposição normativa encaminhada pela teoria jurídica mais resistente à crítica. A normatividade jurídica, na processualidade democrática, não é autoimune; ela se sujeita a uma fiscalização autocrítica pelos legitimados ao processo de construção do direito democrático. Assim, torna-se possível demarcar, epistemologicamente, se o direito, linguagem jurídica, está sendo encaminhado a partir de uma ideologia jurídica ou de uma teoria jurídica.

Desse modo, o propósito desse breve ensaio é arguir as bases "teóricas" - pontos de partida - dos institutos jurídicos da **má-fé** e da **boa-fé** para, ao final, demonstrar que tais institutos não têm correspondência com um sistema jurídico de direito democrático. Para chegar a essa conclusão foi necessário estabelecer uma concorrência entre teorias, de maior grau explicativo sobre o tema, para comprovar que a **má-fé** e a **boa-fé**, tal como são

encaminhadas pela ciência dogmática do direito, se tornam mecanismos ideológicos de dominação da linguagem jurídica pela autoridade.

O direito e os institutos jurídicos, produzidos pelo entendimento humano, devem permitir uma arguição crítica sobre seus fundamentos - pontos de partida, de modo que seja possível verificar se há correspondência, teórico-linguística, com o paradigma processual que se propõe a construir o direito no Estado Democrático. É a textificação do paradigma, matriz teórica, que vai gerar as condições científicas para o homem encaminhar o direito democrático na contemporaneidade.

Portanto, este ensaio pretende comprovar que a matriz teórica que encaminha a **má-fé** e a **boa-fé**, quando posto em concorrência com outra concepção teórica que aborda o mesmo tema, apresenta aporias – entraves – ao progresso e a efetividade sistêmica de um direito democrático.

Por outro lado, se a ciência dogmática veda uma arguição crítica sobre os sentidos normativos da linguagem jurídica, nos níveis instituinte e constituinte do direito - devir processual normativo - a proposta de democracia, que decorre da Constituição Federal, se torna um discurso intangível. Nesse caso, resta às autoridades implementá-la, valendo-se de juízos de equidade, conveniência, reserva do possível, **boa-fé**, **má-fé**, máximas da experiência dentre outros juízos de cunho ético-valorativo.

Surge daí o entendimento, sustentado pela teoria neoinstitucionalista do processo, de que, em sede de Estado Democrático de Direito, a normatividade jurídica, que se funda no princípio aristotélico da não-contradição, perde força de pseudociência objetiva, uma vez que seus fundamentos - pontos de partida - são insuscetíveis a uma arguição crítica pelos legitimados ao processo de construção da sociedade democrática. É que para a dogmática jurídica o que importa são as respostas práticas (técnica) e a preservação de um sistema, com base na **crença** de que a legalidade, posta pela autoridade, já asseguraria a efetividade de uma sociedade democrática para todos do povo.

Não obstante, havendo contradições na linguagem jurídica, propositiva de legalidade, a ciência dogmática do direito confere aos portadores de autoridade na sociedade fechada - executivo, legislativo e judiciário - um saber privilegiado, capaz de atribuir sentido a um sistema jurídico, cujos fundamentos não são devidamente explicitados. Tal entendimento é o que se pode chamar de **conhecimento de crença**.

Por isso, o desafio que se impõe à ciência jurídica na atualidade é estudar o direito, ultrapassando os contornos teóricos - ideológicos - da dogmática jurídica, sustentada pela **crença** de que a autoridade é portadora de uma linguagem racional - Ciência Grande -

habilitada, desde sempre, a conduzir uma sociedade já construída em algum momento da história (sociedade pressuposta).

Hans Albert (2013), apoiando-se na epistemologia de Karl Popper (1999), aponta para a impossibilidade de produzir conhecimento científico por meio da dogmática jurídica. O autor denuncia que a chamada “ciência do direito” se aproxima do pensar teológico, posto que ambas as correntes filosóficas acreditam em um conhecimento imune à crítica (dogmática jurídica), na medida em que se submetem, mais ou menos explicitamente, a um modelo de **conhecimento revelado**. Nessa linha de raciocínio, para validar e tornar verdadeiro o conhecimento jurídico, o que importa é se certificar se ele decorre do entendimento de algum tipo de autoridade. Tal perspectiva de conhecimento é o que se denominará de **fé, crença** ou pseudociência.

Contrário a esse dogmatismo, Karl Popper argumenta que todo conhecimento - conjectura teórica - parte de um problema, prático ou teórico. Contudo, para que o homem obtenha uma melhor compreensão sobre o problema, é preciso se valer da crítica. A finalidade do racionalismo crítico é conhecer ao máximo um determinado problema, para depois gerar, por meio de teorias, soluções hipotéticas de maior grau explicativo. A função da crítica científica consiste na busca de contradições e, por conseguinte, na tentativa racional de eliminá-las. A tentativa de eliminar um problema pode gerar novos problemas, contudo, é dessa forma que se pode falar em crescimento objetivo do conhecimento, ou seja, permitindo que a busca pela expansão do conhecimento prossiga *ad infinitum*.

Nesse sentido, torna-se imprescindível para a ciência na contemporaneidade a possibilidade de arguir, incessantemente, as matrizes do conhecimento, as quais, ao longo dos séculos, vêm pavimentando a construção do pensamento humano sem explicitar os fundamentos do seu próprio conhecimento.

O direito, como produto do conhecimento jurídico, também tem seus pontos de partida, e o processo democrático, em uma perspectiva neoinstitucionalista, é a linguagem teórica pela qual o homem interroga os fundamentos estratégicos e ideológicos da ciência dogmática do direito. Em se tratando de um Estado Democrático de Direito, cujo paradigma linguístico, construtivo do direito democrático é o processo, a dogmática jurídica não tem a prerrogativa estratégica de imunizar os fundamentos da "ciência do direito" que se pretende praticar. Sendo assim, o direito democrático posto pelo entendimento humano é o que deve se descortinar na pós-modernidade, e não um direito ativado pela **crença** e pela **fé** das linguagens míticas e interditas do dogmatismo a-científico.

É partindo dessas conjecturas que se torna imprescindível refletir o instituto da "**litigância de má-fé**" e a denominada "**boa-fé processual**", a partir de um marco teórico disponibilizado pela concepção neoinstitucionalista de processo democrático. A dogmática jurídica vem trabalhando, ao longo dos séculos, a ideia de **litigância de má-fé** como uma espécie de "conduta desonesta no processo", e o antídoto para tal atitude seria a "**boa-fé processual**", comportamento ético e moral que se distingue dos comportamentos de "**má-fé**".

Segundo António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, jurista português que aprofundou os estudos sobre o tema, o instituto da **boa-fé jurídica** se contrapõe à **má-fé**, tornando-se uma valiosa invenção dos pretores para criar - extrassistemicamente - soluções para os novos e inexoráveis problemas do direito.

A **boa-fé** se caracteriza como princípio jurídico que se contrapõe às condutas de **má-fé** no procedimento jurisdicional. Desse modo, ao contrário da **má-fé processual**, a **boa-fé processual** possui uma função pacificadora – princípio hermenêutico - do direito em face sistema jurídico posto.

Tais argumentos são difundidos pela ciência do direito, porém, sem maiores esclarecimentos teóricos. Tanto a ideia de **boa-fé** quanto a de **má-fé** estão sendo estudadas a partir de pressupostos não científicos, ou seja, dogmáticos. O propósito desses institutos seria preservar uma conduta honesta, orientada pela ética e pela moral, em detrimento de um comportamento desonesto fundado na deslealdade. Esses são os fundamentos jurídicos - pontos de partida- utilizados pela dogmática jurídica para estudar a ideia de **má-fé** e **boa-fé** no processo civil.

Pelo fato de a teoria neoinstitucionalista ter sido eleita como marco teórico deste presente ensaio, tornou-se imprescindível perquirir os fundamentos teóricos ou até mesmo ideológicos que fundamentam a existência de tais institutos - **boa-fé** e **má-fé** - no campo do direito processual civil. Sendo assim, procurou-se contrapor à ideia de que a **má-fé** se funda em uma "conduta desonesta" e a **boa-fé** corresponde uma "conduta honesta".

Para tanto, o trabalho foi dividido em quatro partes, de modo a estabelecer uma construção científica que possibilitasse arguir os pontos de partida utilizados pela ciência dogmática do direito se para construir os institutos da **má-fé** e da **boa-fé** no processo civil. Contudo, é preciso alertar o leitor sobre as dificuldades encontradas para construir esta pesquisa, pois a tanto a "**má-fé**" quanto a "**boa-fé**" partem de "pressupostos", "dogmas", "**crenças**", fielmente acolhidos pela dogmática jurídica. No campo do direito processual civil, inexistem obras científicas que não tenham estudado tais institutos jurídicos a partir de matrizes científicas: axiomáticas, axiológicas, teleológica ou principiológicas. Diante das

limitações para encontrar produções científicas que não partissem de uma ideia "pressuposta" sobre o tema **má-fé** e **boa-fé**, procurou-se construir o próprio percurso investigativo. Com efeito, as hipóteses aqui levantadas são apenas conjecturas que partem de matrizes teóricas distintas das ofertadas pela dogmática jurídica. Desse modo, por se tratar de conjecturas, os argumentos apresentados estão absolutamente abertos à crítica, ou seja, não há aqui qualquer pretensão de assumir um discurso de autoridade em relação às hipóteses aqui alinhavadas. O que se espera é uma leitura sem preconceitos, em razão da escolha de uma matriz epistemológica que não apresenta os mesmos escopos ofertados pela ciência dogmática do direito!

Sendo assim, pretendeu-se, no primeiro capítulo, estabelecer um estudo sobre os aspectos da "fé" da **má-fé** e a "fé" da **boa-fé** e seu impacto na construção e condução do conhecimento jurídico na atualidade. Confirmou-se a necessidade, secular, de se conferir pontos de partida seguros para o conhecimento, inclusive o jurídico. Tal obsessão remonta ao pensamento grego do século V, que, para estabelecer uma oposição ao pensamento mítico, criou uma matriz epistêmica cujo objetivo era impedir a autodestruição da verdade. Se o conhecimento mítico transmitia insegurança ao encaminhar o conhecimento científico, era preciso, segundo o pensamento grego, estabelecer alguns **dogmas**, **crenças** ou **fé**, cuja função precípua era assegurar uma ciência possível, impedindo a falibilidade do sistema. Esse é o impacto secular que a ciência vem sofrendo e o desafio, segundo Karl Popper, é pensar uma ciência autocrítica ainda que seu produto - Grande Ciência - conduza o homem a um processo *ad infinitum*. O que importa para a epistemologia popperiana é que o produto do conhecimento científico se preste a reduzir o grau de ignorância humana. Portanto, em Karl Popper, a **crença** em um ponto de partida, imune um esclarecimento de seus próprios fundamentos, não contribui para o progresso do conhecimento científico.

A episteme grega ofereceu as matrizes teóricas, melhor dizendo, ideológicas, para a construção do conhecimento - Ciência Grande - a partir de verdades pressupostas, ou seja, sem a possibilidade de duvidar do ponto de partida. Essa foi uma das invenções do pensamento grego para assegurar a estabilidade da ciência. Desse modo, procurou-se arguir tal entendimento, orientando-se pelo conhecimento objetivo de Karl Popper, para demonstrar que a ciência, na tentativa de impedir que o conhecimento científico caminhe *ad infinitum*, se sucumbe à **fé** e à **crença** de um conhecimento revelado.

No segundo capítulo, procurou-se analisar as raízes do conceito de "**bom**" e "**mal**" apropriados, estrategicamente, pela dogmática jurídica a partir do pensamento de Aristóteles. Assim, estudou-se o *Agathon* e a *a Kaktia*, no marco do pensamento aristotélico, bem como

sua repercussão na construção do pensamento jurídico. Ao final, pretendeu-se demonstrar os motivos que levaram a ciência dogmática do direito a apelar para a necessidade de um conhecimento de **crença** - senso comum e de senso comum do conhecimento, ofertado pelo saber *apriorístico* dos portadores de autoridade. Verificaram-se ainda aspectos dogmáticos por meio dos quais se justifica a **crença** de que a estabilização do conhecimento jurídico deve ser uma tarefa exclusiva dos *mystae*.

Considerando a produção científica alinhavada pelos dois primeiros capítulos é que foi possível, no terceiro capítulo, estabelecer uma correlação entre **crença** e autoritarismo no direito processual civil. Os dois primeiros capítulos serviram para compreender os reais motivos pelos quais a dogmática jurídica se apropriou de terminologias como: "**má-fé**" e "**boa-fé**". É que o direito processual vem sendo utilizado, ao longo dos séculos, ora como instrumento ora como rito místico, por meio do qual a autoridade vai assegurar a validade de um sistema jurídico infalível. Nessa perspectiva, o "processo jurisdicional" funciona como meio, modo ou instrumento alegórico pelo qual o Estado Dogmático irá preservar o caráter oculto do sentido normativo da linguagem jurídica a partir de dogmas, **crenças** ou ideologias.

Por isso, a função precípua da autoridade é proteger o sistema, valendo-se de juízos de "**boa-fé**" e de "**má-fé**", a fim de assegurar o exercício de um poder de autotutela em face das lacunas e aporias da linguagem jurídica. É que a "**boa-fé**" e a "**má-fé**", apropriadas pela ciência dogmática do direito, tem como matriz teórica o pensamento aristotélico. Em Aristóteles, nenhuma ciência pode caminhar *ad infinitum*. Logo, todo conhecimento, em um determinado momento, terá de ser controlado pelo portador de autoridade.

Em face desse entendimento, buscou-se interrogar a "**má-fé**" e a "**boa-fé**", por meio de outro modelo - paradigma - linguagem científica que não apresentasse os mesmos escopos interditais da ciência dogmática e ideológica do direito. Assim, encontrou-se no pensamento de Jean Paul Sartre um valioso estudo científico sobre a "**má-fé**" e a "**boa-fé**", o que possibilitou estabelecer uma concorrência teórica com os argumentos apresentados pela linguagem dogmática da ciência jurídica. Posto que, de acordo com o pensamento de Sartre, tanto a "**má-fé**" quanto a "**boa-fé**" são condutas interditais em face à angústia humana de construir a sua própria linguagem científica. Para Sartre, a **má-fé** e a **boa-fé** são condutas humanas - posições - que contribuem para que conhecimento humano não caminhe *ad infinitum*, tal como havia defendido Aristóteles.

Pensar, refletir, e o mais importante, expor objetivamente o pensamento por meio de conjecturas teóricas, é uma angústia, ensina Sartre, pois coloca o homem em face das

limitações do seu próprio saber. Desse modo, o antídoto para fugir da angústia de reconhecer a própria ignorância humana é se render a um **conhecimento de crença**.

Por isso, conforme ensina Sartre, a única forma de fugir da angústia é recorrer à "**má-fé**" ou à "**boa-fé**" - condutas interditas que se valem de um conhecimento revelado, **fé** ou **crença**, para sustentar posições dogmáticas e suprimir a responsabilidade de construir a própria existência racional. Tal situação é o que Sartre denominou de fuga em face do desafio da autenticidade racionalidade humana.

A **má-fé** também deve ser compreendida sob duas perspectivas: pelo "autoengano", em que o portador de **má-fé** engana a si mesmo, valendo-se de **crenças** interditas - conhecimento de senso comum; e senso comum do conhecimento. Pode ainda se apresentar na forma de "engano ordinário", quando duas consciências separadas tentam enganar uma à outra. Desse modo, se a ciência jurídica levar em conta as contribuições de teóricas ofertadas pelo pensamento de Sartre, a condenação judicial em **litigância de má-fé** deve, necessariamente, considerar a possibilidade do não só do "engano ordinário" como também do "autoengano" entre aqueles que instauram, por meio do direito de ação, o procedimento jurisdicional.

No quarto capítulo, procurou-se demonstrar que a **má-fé** e a **boa-fé**, ao contrário do que vem ensinando a dogmática jurídica, revelam-se por uma falsa dualidade, com o objetivo primordial de interditar, por meio de dogmas e **crenças**, a possibilidade de construir um conhecimento jurídico que atente contra os dogmas de um sistema vitorioso de dominação legal. Assim, os juízos de "**boa-fé**" ou de "**má-fé**", quando aplicados de forma interdita pela autoridade em grave ofensa ao devido processo legal, se constituem instrumentos ideológicos de preservação e controle de conflitos do sistema jurídico.

Por fim, estabelecendo uma concorrência teórica entre a matriz aristotélica e a matriz sartreana sobre a **má-fé** e a **boa-fé**, percebe-se que o pensamento de Sartre, em relação ao tema, é de maior grau explicativo que o pensamento de Aristóteles. Nesse sentido a positivação da **má-fé** e da **boa-fé** e sua utilização no "desenvolvimento" do sistema jurídico, considerando um paradigma de direito democrático, deveria ser uma questão de prévia opção teórica e não ideológica.

CAPÍTULO 1- ASPECTOS DA FÉ E DAS CRENÇAS

1.1 A fé e o elo testemunhal da divindade

A maioria absoluta da doutrina jurídica que trata o tema da **má-fé** e da **boa-fé**, bem como sua utilização no campo do direito processual¹ civil², já parte de alguns pressupostos, linguagens faladas, sobre o instituto da **litigância de má-fé** e a presunção de **boa-fé processual**.

De acordo com a doutrina processual civil, a **má-fé** seria uma espécie de conduta desonesta; intenção de provocar o dolo, a simulação e a fraude junto ao processo civil. A **boa-fé**, ao contrário, diz respeito à presunção de sinceridade, de veracidade, ao dever das partes de se comportar honestamente. Ao Estado-Juiz cabe a função de verificar tais condutas a partir do momento em que se instala a relação jurídica. (MILHOMENS, 1961).

No direito civil a **boa-fé** é princípio³ e se divide em subjetiva e objetiva. É subjetiva quando se refere a elementos "psicológicos", ou seja, é o convencimento de estar agindo de forma correta. Nessa situação, tem-se a "boa-fé crença, de tal sorte que se pode dizer que é um estado." Por outro lado, a **boa-fé** será objetiva quando se referir a elementos externos, ou seja, "está relacionada às regras de conduta imposta moralmente, isto é, quando decorrente do dever de lealdade genericamente impostos aos homens." Por fim, "tal princípio deve ser interpretado em face do caso concreto, visto que se amolda a inúmeras situações dentro do universo jurídico. Sua amplitude extrapola os limites no campo dos direitos reais, de família e das obrigações. (SCHEIER, 2011, p. 38-39).

Dessa forma, para lecionar tais institutos jurídicos basta ao jurista reproduzir palavras, postas pelo discurso da legalidade ou da doutrina, que estará cumprido seu papel de doutrinador no campo jurídico. O jurista, nessa perspectiva dogmática, é apenas um falado e não um falante que estabelece uma resistência teórica por meio da própria linguagem -

¹ O denominado direito processual, no pensamento de Tercio Sampaio Ferraz Junior, compõe o conjunto de disciplinas dogmáticas da "ciência do direito". Tais disciplinas se fundam no "princípio da não contradição", ou seja, o "princípio da inegabilidade" dos pontos da partida da linguagem jurídica. (FERRAZ JUNIOR, 2013, p. 25). No presente trabalho, o Processo é demarcado como instituição linguística autocrítica, habilitada a arguir a linguagem dogmática do direito. Portanto, em uma visão neoinstitucionanlista, não há que se confundir Processo (teoria linguística) com Direito Processual (disciplina dogmática). (LEAL, 2010).

² Para uma melhor compreensão sobre os sentidos normativos da palavra "civil" e sua apropriação dogmática processual, recomenda-se a leitura dos textos "sociedade civil e processo civil" e "modelos processuais e constituição democrática". (LEAL, 2012, p. 56.)

³ Para Aristóteles, princípio é o recinto indemarcado de onde toda ciência particular, como o direito, por exemplo, busca a sua essência com a finalidade de assegurar a verdade. (ARISTÓTELES, 2012).

metalinguagem - com o propósito de se contrapor a uma linguagem natural e doadora de saberes e sentidos para a ciência jurídica. (LEAL, 2013).

A ciência dogmática do direito processual civil, para explicar **litigância de má-fé**, adota como ponto de partida os artigos 14 a 18 do Código de Processo Civil. O mesmo entendimento legal sobre o tema foi mantido no novo CPC, sancionado em 16 de março de 2015, nos artigos 79 a 81. (BRASIL, 2015).

Contudo, o presente ensaio sobre a **má-fé** e processo, por adotar uma perspectiva neoinstitucionalista, iniciará este estudo interrogando os pontos de partida - linguagens - que sustentam e justificam a existência normativa do instituto jurídico da litigância de **má-fé** e de **boa-fé** junto ao direito processual civil.

Por se tratar de uma reflexão sobre um direito que pretende ser rotulado de democrático tal esclarecimento é fundamental para a ciência na pós-modernidade⁴. Pois, conforme leciona o processualista Rosemiro Pereira Leal, "em Weber, no seu texto sobre os três tipos puros de dominação legítima, aduz-se que a pureza da dominação social decorre da proibição significativa (autoritária) que a tradição, o mito e o direito impõem sobre seus próprios significados [...]." (LEAL, 2013, p. 65).

Certamente esta é uma preocupação que não interessa à ciência dogmática do direito processual civil, uma vez que sua sobrevivência, enquanto pseudociência, depende de "certas premissas" como verdadeiras *a priori*. Por isso, a dogmática jurídica é regida pelo "princípio da proibição da negação, isto é, pelo princípio da não negação dos pontos de partida de séries argumentativas, ou ainda pelo princípio da inegabilidade dos pontos de partida (Luhmann, 1974)." (FERRAZ JÚNIOR, 2013, p. 25).

Em prevalecendo o entendimento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, de fato o pesquisador do direito não deve se preocupar em esclarecer os motivos pelos quais a dogmática jurídica optou por uma linguagem legal que adota a terminologia **fé** no direito processual civil. No entanto, o marco epistemológico que demarca esta pesquisa é o racionalismo crítico, que sustenta que todo conhecimento deve ser esclarecido e a forma para se alcançar o progresso da ciência, em todas as áreas do conhecimento, inclusive o direito, é a crítica racional. (POPPER, 1999). Portanto, no primeiro capítulo, propõe-se estabelecer uma conjectura teórica sobre o significado da "**fé**", da **má-fé** e a "**fé**" da **boa-fé** e, por conseguinte, entender o seu aproveitamento pelo direito processual civil.

⁴Aplicou-se aqui o termo pós-modernidade inspirados nas lições de Rosemiro Pereira Leal, isto é, "um pós-mundo posto pelo homem sem pressupostos históricos condicionadores." (LEAL, 2012, p. 29).

Depreende-se que o artigo 5º do novo código de processo civil brasileiro estabelece que "aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé". O artigo 322, § 2º do NCPC dispõe que a interpretação do pedido, formulado na petição inicial, deverá observar o **princípio da boa-fé**. Na mesma linha de entendimento o artigo 489, § 3º estabelece que a decisão jurisdicional deve ser interpretada em conformidade com o **princípio da boa-fé**.

Noutro giro, o artigo 426 do novo código de processo civil, dispõe que o juiz tem a prerrogativa de apreciar, "fundamentadamente", a **fé** que deva merecer os documentos jurídicos. Sendo assim, torna-se imprescindível para falar da **má-fé** e da **boa-fé**, saber o que é a "**fé jurídica**" para, em seguida, compreender as razões pelas quais a palavra foi adotada pela ciência dogmática do direito. Pois, conforme argumenta Michel Foucault, as palavras receberam a tarefa de representar o pensamento humano. (1998). E o meio pelo qual podemos controlar os sentidos das nossas próprias palavras, de modo a não ficarmos reféns da nossa própria linguagem é a crítica racional, argumenta Karl Popper. (1999).

A princípio pode-se pensar que refletir sobre a **fé** da **má-fé** ou **fé** da **boa-fé** no direito processual é uma questão dispensável. Aliás, esse é o pensamento do dogmático, pois, o importante para o processo civil é ofertar resultados práticos, técnicas de **resolução** de conflitos, descartando o papel da teoria e da crítica junto ao progresso do conhecimento jurídico, na **redução** dos conflitos. De fato, ao que parece, essa não é uma preocupação da ciência dogmática do direito. Contudo, se **boa-fé** e **má-fé** são vocábulos ou terminologias que justificam a existência de institutos jurídicos, que, uma vez positivados em leis processuais, se tornam signos⁵ da linguagem jurídica, nada mais democrático do que perquirir a função de tais conceitos junto à linguagem jurídica processual.

Portanto, buscar-se-á refletir sobre os aspectos da **fé** da **crença**, como forma de conhecimento não testificável, para, ao final, entender como se dá o seu aproveitamento pela ciência dogmática do direito processual civil.

Depreende-se da leitura de Nicola Abbagnano que a **fé** tem um papel fundamental na condução do pensamento científico, uma vez que corresponde a um "compromisso com uma noção que se considera revelada ou testemunhada pela divindade." (ABBAGNANO, 2007, p. 431). A ideia de **fé** tornou-se, ao longo dos séculos, um elo que possibilita ao homem alcançar da autoridade divina algum anúncio de caráter revelatório tendo em vista os limites da razão

⁵ Para que uma língua cumpra com seus objetivos é necessário uma pactuação signica quanto aos sentidos da linguagem. Por isso "a condição de inteligibilidade para a comunicação linguística é dada pela correspondência de escolhas efetuadas no plano da expressão a outras efetuadas no plano do conteúdo." (LOPES, 1978, 41-42).

humana em encaminhar o conhecimento científico. Contudo, para receber um anúncio de verdades supremas e absolutas, é necessário acreditar na existência de um conhecimento passível de ser revelado, o que apenas se torna possível por meio da **fé**. Uma primeira demarcação é possível extrair do pensamento de Abbagnano: **fé** e **autoridade** são conceitos que se correlacionam para justificar algum tipo de conhecimento não testificável.

Ter **fé** é acreditar, incondicionalmente, na existência de um conhecimento que transcende a inteligência humana. Por isso, a confiança em um conhecimento lastreado pela **fé** não necessita de qualquer arguição crítica⁶ sobre seus conteúdos de validade e legitimidade. Um conhecimento sustentado pela **fé** independe de testificação científica, ou seja, sua validade reside na **crença** que o homem deposita na palavra proferida por alguma autoridade que torna inteligível a “ciência” divina. (ABBAGNANO, 2007).

Por conhecimento revelado, à luz dos ensinamentos de Nicola Abbagnano, entende-se todo conhecimento insuscetível de testificação científica. Nessa linha de reflexão o conhecimento deixa de ser estabilizado por teorias, de maior grau explicativo sobre um determinado tema, para se render à confiança na existência de um conhecimento revelado - **fé** - no sentido proposto por Abbagnano.

Essa reflexão reafirma o acerto epistêmico do processualista Rosemiro Pereira Leal, ao eleger o processo como espaço de *pactuação sîgnica* de estabilização teórica dos sentidos normativos da linguisticidade jurídica. Pois, não sendo o processo compreendido como a linguagem teórica habilitada a arguir a própria linguagem jurídica, de fato, não resta outra saída para a "ciência do direito" senão confiar a "racionalidade jurídica" em dogmas ou na **crença** do caráter retórico afirmativo da legalidade.

O controle da legalidade, em um paradigma de direito democrático, se dá de forma permanente e intercorrente e o processo é a metalinguagem pela qual podemos testificar as teorias (ideologias, crenças, dogmas) da normatividade jurídica. (LEAL, 2013).

Portanto, é a partir das reflexões de Rosemiro Pereira Leal - concepção neoinstitucionalista de processo - que a linguagem jurídica deixa de ser estabilizada pelo senso comum do conhecimento jurídico, monopolizado pelo intérprete decisor, para se tornar uma metodologia de tentativa e eliminação de erros, onde prevalece a teoria processual mais resistente à crítica. Nessa perspectiva teórica o que importa não é apenas resolver os

⁶ A crítica, segundo Karl Popper, "consiste na procura de contradições e em sua eliminação: a dificuldade criada pela demanda de sua eliminação constitui o novo problema (P²). Assim, a eliminação do erro eleva ao crescimento objetivo de nosso conhecimento - conhecimento no sentido objetivo." (POPPER, 1999, p. 126-127). Desse modo, em Popper, não se acolhe o princípio da não-contradição como condição da ciência; ao contrário, é pela investigação das contradições que se promove crescimento do conhecimento.

problemas práticos do sistema jurídico, mas eliminá-los gradativamente pelo enfrentamento dos inevitáveis novos problemas. (LEAL, 2013).

Por isso, é necessário, antes de tratar da litigância de **má-fé** e da **boa-fé** processual, refletir sobre o papel da "fé" em um sistema jurídico cujos litigantes podem adentrar em juízo como portadores de uma **boa-fé** ou de uma **má-fé**. Assim, serão abordados os aspectos da **fé**, conhecimento revelado, e da **crença**, confiança em uma opinião qualquer, para, ao final, compreender seu aproveitamento no campo do direito processual.

A confiança em uma ciência que se sustenta pela **fé** ou pela **crença** em um saber não testificável vem impondo uma contingência secular à racionalidade humana. É essa confiança em uma espécie de conhecimento revelado (dogmático), capaz de suprir as lacunas da ignorância humana, adquiriu, ao longo dos anos, força de verdade absoluta insusceptível de qualquer arguição crítica.

Em face desse entendimento, encontra-se a gênese dos conflitos entre conhecimento de **fé** e conhecimento racional. A demarcação entre **fé** e **razão** na condução da ciência gerou um embate entre duas grandes matrizes filosóficas, a metafísica aristotélica (ARISTÓTELES, 2012) e o racionalismo kantiano. (KANT, 1959). Tal reflexão é importante para o direito, sobretudo para o direito processual, pois a tomada de decisão em um paradigma processual democrático - sociedade aberta no sentido de Popper - deve explicitar qual modelo de racionalidade⁷ está sendo utilizado para fundamentar as decisões jurisdicionais. Essa é a forma pelo qual podemos diferenciar um direito democrático de um direito autoritário (BATISTA, 2015).

Os argumentos de uma decisão judicial podem ser impactados tanto por fundamentos lastreados por um conhecimento de **fé**, quanto por um conhecimento de base racional. A princípio, devido à consagração da reserva legal, a decisão judicial, em regra geral, só pode ser fundamentada com base na lei. Sendo assim, seria absolutamente dispensável qualquer reflexão sobre a possibilidade de haver confiança em um conhecimento revelado no âmbito da decisão jurisdicional. Ocorre que a legalidade, que é linguagem produto da racionalidade, também pode se render a algum tipo de conhecimento de "fé", ou seja, conhecimento não testificável junto a ciência jurídica. Daí a importância da crítica, a fim de que as palavras, postas pelo discurso da normatividade jurídica, não se tornem mecanismos de dominação estratégica por aqueles que detêm a autoridade no Estado de Direito, seja em vertente liberal ou social de Estado.

⁷ A construção do pensamento racional, razão, de acordo com a epistemologia de Karl Popper, é uma tarefa do homem, e a crítica é o meio pelo qual o homem testifica seu próprio saber. (POPPER, 1999).

Quando não ofertado por um sistema jurídico processual a possibilidade do exercício de uma fiscalidade processual intercorrente, conforme proposta neoinstitucionalista de processo, o conhecimento jurídico do chamado Estado razão ou das leis poderá resultar no fortalecimento de um Estado de direito dogmático. Nessa linha de reflexão, em caso de dúvida ou omissão da linguagem jurídica, prevalecerá a "ciência" do direito ofertada pelo saber privilegiado da autoridade decisória.

Ou seja, quando o direito não é estabilizado por meio da concorrência entre proposições teóricas, postas por aqueles que se tornarão os destinatários da normatividade, o conhecimento jurídico se entrega a uma espécie de conhecimento - **fé** - revelado pelo saber apriorístico do portador de autoridade.

É preciso salientar que o conhecimento revelado pela **fé** é absolutamente distinto do conhecimento produzido pela ciência racional. Aquele independe de prova ou de qualquer testemunha para adquirir validade, já o conhecimento científico, produzido pelo intelecto humano, precisa, pelo menos em tese, ser provado.

Enquanto o conhecimento de **fé** representa o acesso direto a uma realidade suprema, o conhecimento científico é limitado por ser vulnerável às incertezas da razão. (ABBAGNANO, 2007). A razão é restrita, o conhecimento de **fé** é completo, e isto o torna, pelo menos em tese, mais importante que o conhecimento racional. Portanto, o desafio que se coloca para o conhecimento jurídico, na atualidade, é definir qual o melhor método racional para interrogar o direito, produto do entendimento humano, que está sendo praticado ou filosofado.

Se se acredita que a razão é falível, qual seria a saída metodológica encontrada pelo chamado "processualismo científico" para testificar a linguagem jurídica sem incorrer nos dogmas de uma pseudociência jurídico processual? Estas são questões fundamentais para o estudo do direito democrático na contemporaneidade⁸.

Para Habermas não é possível separar o conhecimento de **fé**, revelado, do conhecimento racional, ciência, na atualidade. Habermas, reconhecendo a importância do conhecimento de **fé** como ciência auxiliar do conhecimento racional, propõe uma conciliação entre a **fé** e a ciência como forma de tornar a ciência possível. Para o filósofo alemão, a ciência deve abrir um diálogo com a **fé**, de modo a traçarem um caminho comum, pois ambos os conhecimentos - revelado e racional - detêm informações importantes para conduzir a vida

⁸ Sobre contemporaneidade, busca-se inspiração nos ensinamentos do filósofo italiano Giorgio Agamben, que assim esclarece: "Contemporâneo é aquele que mantém fixo o olhar no seu tempo, para nele perceber não as luzes, mas o escuro. Todos os tempos são, para quem deles experimenta contemporaneidade, obscuros. Contemporâneo é, justamente, aquele que sabe ver essa obscuridade, que é capaz de escrever mergulhando a pena nas trevas do presente." (AGAMBEN, 2012, p. 62-63).

humana. Não é possível o conhecimento racional desprezar o conhecimento de **fé**, já que, pensando em um modelo de sociedade pós-secular, ensina Habermas, tais conhecimentos devem buscar uma conciliação inexorável. (HABERMAS, 2012).

No mesmo sentido, pondera Jacques Ellul (1946), a unidade no mundo depende de o homem estabelecer um compromisso com a **fé**. É por meio da **fé** - conhecimento revelado - que se torna possível reconhecer a existência de uma "lei eterna": princípio e fundamento de toda a sabedoria divina. Essa sabedoria suprema, revelada ao homem em um dado momento, possibilita atribuir algum sentido ao conhecimento posto pela racionalidade humana. Para Jacques Ellul, "a lei eterna é princípio da providência [...]. Em suma, a lei eterna é o arquétipo de qualquer lei, natural ou positiva, ela representa a norma suprema da moralidade."⁹ (ELLUL, 1946, p. 33). Nessa linha de entendimento, o conhecimento de **fé** ou natural, seria o subterfúgio do conhecimento racional (jurídico), quando este se revelar insuficiente.

Para justificar a importância do conhecimento de **fé**, bem como sua superioridade em relação à ciência racional, Tomás de Aquino (2001) se valeu da matriz filosófica presente no pensamento aristotélico. O teólogo buscou na teoria dos princípios de Aristóteles o fundamento de que a **fé** deve ser entendida como conhecimento primeiro, não se submetendo a qualquer espécie de demonstração científica. É que, ao difundir o conhecimento metafísico, Aristóteles esboçou três formas puras de conhecimento capazes de validar o conhecimento racional humano: a teologia, a ontologia e a gnosiologia. Tais conhecimentos, segundo Aristóteles, permitem encontrar os princípios supremos e, por conseguinte, apresentar as condições de existência para qualquer ciência racional.

De acordo com o pensamento aristotélico é no mundo inteligível que se encontra o conhecimento divino, que, por sua vez, guarda o princípio primeiro da não contradição, ou melhor, das verdades inquestionáveis. (ARISTÓTELES, 2012). A não contradição em Aristóteles é a verdade que não precisa ser demonstrada, isto é, a verdade que já existe desde sempre (**fé**, crença ou dogma).

A verdade primeira é que pode oferecer um ponto de partida seguro para qualquer ciência racional. Sem o auxílio dos princípios primeiros, provenientes do mundo inteligível onde repousa a divindade, o entendimento humano fracassaria, uma vez que caminharia para o infinito. Aristóteles é categórico ao defender que o conhecimento científico não pode caminhar *ad infinitum*, ou seja, ele deve ser estabilizado ainda que por meio de alguma **crença**.

⁹La loi éternelle est le principe de la providence [...] Bref, la loi éternelle est comme l'archétype de toute loi, naturelle ou positive; elle représente la norme suprême de toute moralité.

Para Aristóteles, "a ciência primeira"¹⁰ - metafísica - deve fornecer às demais ciências, inclusive ao direito, um fundamento ou um princípio (verdade em si), posto que nenhum conhecimento pode estabelecer um processo habilitado a seguir "*ad infinitum*." (ARISTÓTELES, 2012). Conforme leciona Jonathan Barnes, os axiomas ou princípios aristotélicos devem ser necessariamente verdadeiros, "do contrário, haverá verdades anteriores a eles das quais podem ser derivados - e, desse modo, eles não serão, ao final, axiomas ou princípios primeiros." (BARNES, 2001, p. 59). Logo, a ciência, para ser possível em uma perspectiva aristotélica, necessita de um conhecimento *a priori*- ponto de partida, verdadeiro, devido à **crença** que o homem deposita em um possível conhecimento revelado.

Desse modo, a filosofia tomista, ao optar pelo pensamento aristotélico, buscou apoiar-se em um dogma, ou seja, em uma **crença** na existência de um conhecimento revelado, que pode ser cognoscível por meio da **fé**. Para alcançar o conhecimento supremo era preciso adotar uma postura de **fé** e reconhecer as incertezas e limitações do entendimento humano. Nesse sentido, Aristóteles forneceu as matrizes argumentativas de que a racionalidade humana estará sempre sujeita a uma completude advinda de um mundo extrassistêmico.

Esse é o ponto de vista ideológico que vem gerando impacto na ciência jurídica e em várias outras ciências - a única saída para o não reconhecimento da ignorância humana, falibilidade da razão, seria a confiança nos dogmas, nos mitos e nas **crenças**.

Portanto, a pesquisa aqui empreendida revela que Karl Popper é o filósofo que abre as portas para a reflexão de uma ciência, epistemologia, que ultrapassa as fronteiras do conhecimento dogmático, Ciência Grande. E surge daí a importância de sua matriz filosófica para estabelecer uma concorrência teórica com outras filosofias de menor grau explicativo em relação ao tema; ciência e racionalidade.

Tomás de Aquino, ao fazer uma clara opção pela teoria de Aristóteles, encontrou os pressupostos necessários para assegurar a supremacia da teologia, de modo que as "ciências inferiores", diante de suas contradições, deveriam buscar auxílio em uma ciência suprema e divina. Logo, a filosofia tomista não propõe um divórcio entre a **fé** e a ciência racional, como fizera Kant (KANT, 2012), mas o reconhecimento da superioridade daquela em face desta. Assim, ao se aproximar da filosofia de Aristóteles, o pensamento tomista¹¹ reforça a ideia de

¹⁰ Nas lições de Nicola Abbagnano, "a metafísica, como foi entendida e projetada por Aristóteles, é a ciência primeira no sentido de fornecer a todas as outras o fundamento comum, ou seja, o objeto a que todas elas se referem e os princípios dos quais todas dependem." (ABBAGNANO, 2007, p. 661).

¹¹ Nas lições de Nicola Abbagnano, o pensamento tomista trabalhou o "conceito de metafísica como teologia consiste em reconhecer como objeto da metafísica o ser mais elevado e perfeito, do qual provêm todos os outros

que a estabilidade da ciência depende de uma conformidade com os princípios primeiros oriundos do mundo divino, ou seja, de um conhecimento ofertado extrasistemicamente.

Tomás de Aquino percebeu que o pensamento de Aristóteles continha as condições necessárias para a consolidação de uma ciência irrefutável, porque sua argumentação científica era lastreada por dogmas de **fé**, advindos de uma realidade divina (inteligível). Assim a **fé**, no sentido de confiança em um conhecimento revelado, tornou-se um instrumento de validação do conhecimento científico, ou seja, o importante é **crer** na palavra de revelada por aqueles que possuem uma interlocução direta com a autoridade divina.

Ao dar prosseguimento ao pensamento de Aristóteles, Tomás de Aquino (2001) fortalece a tese do dualismo e eleva a teologia à ciência do ente enquanto ente. Tanto é verdade que, para justificar a existência de Deus, o primeiro passo de Aquino foi se valer dos princípios aristotélicos cujo objetivo era assegurar a existência de verdades, independente de qualquer demonstração.

Quando se encontra um princípio primeiro, esse não depende de esclarecimento científico, pois já é evidente por si mesmo. Trata-se de um princípio revelado ao homem pela divindade. Conforme argumenta o pensador religioso, "ninguém pode pensar o oposto de algo que é evidente por si, como o filósofo o prova no livro IV da Metafísica e nos Primeiros Analíticos, quanto aos primeiros princípios de demonstração." (AQUINO, 2001, p.162). O que torna algo tão evidente, e insusceptível de qualquer possibilidade de falseamento em seus enunciados, é a **fé** confiante na palavra revelada, que, por sua vez, se torna em uma espécie de conhecimento irrefutável.

Com base nessa asserção, constata-se que Tomás de Aquino sucumbiu à **crença** na existência de conhecimento revelado pela divindade, tal como propôs Aristóteles. Assim, ao estabelecer que a divindade é a verdade primeira e que "o objeto da **fé** é a verdade primeira" (AQUINO, 2001, p. 48), independentemente de qualquer demonstração, o pensamento tomista acolhe o dogma da sabedoria revelada e elege a **fé** como o instrumento capaz de conduzir o homem às verdades supremas.

Desse modo, a **fé** em uma divindade onipotente, capaz de fornecer subsídios às lacunas e aporias da razão humana, vem, ao longo dos séculos, condicionando o pensamento científico a confiar em predisposições - **crenças** - advindas de oráculos revelatórios.

seres e coisas do mundo. O privilégio de prioridade atribuído à metafísica decorre, neste caso, do caráter privilegiado do ser que é seu objeto: é o ser superior a todos e do qual todos os outros provêm." (ABBAGNANO, 2007, p. 664).

A conjectura de um saber, posto pela racionalidade humana no sentido formulado por Karl Popper, dá lugar a um saber que já se encontra realizado. Cabe ao homem predestinado (autoridade, jurista, legislador, doutrinador, mestre) apenas decifrá-lo, ora por meio da observação, ora valendo-se a **fé** em um saber passível de ser revelado aos portadores de autoridade. Logo, a **fé** da **má-fé** e a **fé** da **boa-fé** não estão no sistema jurídico, na legalidade ou nos sujeitos que participam do processo civil, mas na capacidade privilegiada da autoridade em decifrar e ofertar um saber que se encontra além da realidade jurídica. Pois, tratando-se de **má-fé** e **de boa-fé** é preciso salientar que o entendimento sobre tais institutos:

Não podem ser aplicadas de imediato ou automaticamente, pois reclamam do juiz uma atividade complementar para preencher a regra legal aberta. Para adequá-las aos casos concretos, terá o aplicador de se remontar a valores éticos que não se acham definidos na lei e que, por isso, terão de ser pesquisadas no terreno ético-moral, segundos os padrões dos costumes e da equidade." (TEODORO JUNIOR, 2008, p.26)

Percebe-se que, o sentido normativo da **fé** da **má-fé** e a **fé** da **boa fé** não estão demarcados no texto da lei, logo, tais institutos tem a função de auxiliar a autoridade a completar as lacunas da linguagem jurídica valendo-se de um saber extrasistêmico. Nesse sentido, quando o conhecimento jurídico vai buscar o seu fundamento em terrenos indemarcados como a equidade, os costumes, os valores éticos e morais pode-se dizer, em uma perspectiva popperiana, que racionalidade jurídica busca a sua complementariedade em algum tipo de conhecimento de **fé** ou de **crença**.

Assim, aquele que compreende os sentidos do conhecimento não testificável, tem a condição de difundir a "**boa-fé**"- **crença** em um bom conhecimento -, por outro lado, aquele que se afasta do "bom conhecimento" concorre para a difusão de uma "**má-fé**" - **crença** em um mal conhecimento -, e deve ser responsabilizado pelos seus atos.

Para melhor compreender essa relação entre conhecimento de **fé**, ou seja, não testificável e o seu aproveitamento pelo conhecimento racional, vale mencionar, ainda que em poucas palavras, as dificuldades de Galileu Galilei ao ser forçado a buscar uma conciliação entre conhecimento de **fé** e conhecimento racional.

A produção científica de Galileu Galilei revela os primeiros enfrentamentos entre o conhecimento científico e a **fé** depositada nos textos sagrados. Em 1614, Galileu, ao se pronunciar sobre a teoria heliocêntrica, no sentido de que o Sol seria o centro imóvel do universo, e não a Terra, o pensador passou a ter os primeiros enfrentamentos com o conhecimento revelado. Contudo, para não sofrer nenhuma penalidade religiosa, ou algum

tipo de procedimento inquisitório, Galileu foi obrigado a explicitar suas conjecturas sem estabelecer um confronto direto com a palavra divina revelada pela sagrada escritura. (GALILEU GALILEI, 2009).

Manifestou Galileu nos seguintes termos: "[...] sustento, a respeito da constituição das partes do mundo, que o Sol, sem mudar de lugar, permanece situado no centro das revoluções dos orbes celestes e que a Terra, que gira sobre si mesma, se move em torno dele [...]." Para sustentar suas conjecturas, e preocupado em não afrontar os líderes religiosos defensores do saber revelado, Galileu escreve para Cristina de Lorena Grã-duquesa Mãe de Toscana, em 1615, defendendo-se de uma possível acusação de heresia. E, assim, argumenta: "Em primeiro lugar, procuraram, eles próprios, espalhar junto ao público em geral a ideia de que tais proposições são contrárias às Sagradas Escrituras e, por conseguinte, condenáveis e heréticas." (GALILEU GALILEI, 2009, p. 53).

Em razão disso, para não estabelecer um confronto direto com a palavra divina, revelada pelo texto sagrado, Galileu sustenta, certamente para não sofrer as penalidades da inquisição, que sua teoria vai, ao contrário do que se diz, confirma o texto sagrado:

Sendo, pois, o Sol tanto fonte de luz como princípio dos movimentos, querendo Deus que, à ordem de Josué, todo o sistema do mundo permanecesse, por muitas horas, imóvel no mesmo estado, bastou imobilizar o sol; com sua imobilidade, paradas todas as outras revoluções, tanto a Terra como a Lua e o Sol permaneceram no mesmo arranjo [...]. Desta maneira, com a paralisação do Sol, sem alterar num ponto ou confundir os outros aspectos e arranjos recíprocos das estrelas, pôde-se prolongar o dia na Terra, em excelente conformidade com o sentido literal do texto sagrado. (GALILEU GALILEI, 2009, p. 99).

Ao produzir suas conjecturas teóricas, em 1616, Galileu Galilei foi obrigado a adequar seu pensamento à mensagem revelada pelos textos sagrados. O pensamento científico da época não poderia, de modo algum, questionar ou romper o elo entre o homem e o compromisso de **fé** com a palavra revelada. A ciência, ao contrário, deveria se submeter à **fé**, a certeza de que a revelação divina é insuscetível de qualquer possibilidade de falseamento quanto ao seu fundamento de validade.

Portanto, o embate entre o conhecimento de **fé** e o conhecimento racional tem origens seculares e vem determinando, de maneira consciente ou inconsciente, o progresso da ciência na atualidade. A ciência sofre a retrocarga, originária da epistemologia grega, de que todo conhecimento precisaria de um ponto de partida seguro. Por ser limitado, o entendimento humano jamais poderia oferecer um ponto de partida confiável. Daí a necessidade de o

entendimento humano se render a um conhecimento revelado pela **fé** de modo a tornar a ciência possível.

Não por acaso, o sistema jurídico adota conceitos, tais como "livre convicção" (BÜLOW, 2005), "reserva do possível" (BARCELLOS, 2008), "adequabilidade" (ALEXY, 2012), "razoabilidade" (BARROSO, 1998) "proporcionalidade" (BONAVIDES, 2002), o que faculta aos agentes decisores da sociedade fechada pacificar os conflitos jurídicos valendo-se de escopos metajurídicos. Tais conceitos abertos, utilizados pelos detentores de autoridade, funcionam como uma espécie de refúgio extrassistêmico do conhecimento jurídico.

Em face do exposto a questão que se coloca é a seguinte: como interrogar, cientificamente, os pontos de partida, de modo que a ciência, sobretudo a ciência jurídica, não seja interdita pela **crença** em um conhecimento lastreado por **ideologias, crenças, dogmas e mitos**. Eis aí, acredita-se, a linha tênue que separa o papel da ciência na pós-modernidade de uma ciência subjetiva validada pela **fé** no sentido atribuído por Nicola Abbagnano.

Por fim, considerando as reflexões levantadas sobre a "**fé**" e sua correlação com algum tipo de conhecimento revelado é possível conjecturar o seguinte: a "**fé**" da **má-fé** que no magistério de Rui Stoco "decorre do conhecimento do mal, que se encerra no ato executado, ou do vício contido na coisa, que se quer mostrar como perfeita, sabendo-se que não é [...]" pode, de fato, significar a **crença** na preexistência de um mal conhecimento, passível de impactar a ciência jurídica. (2002, p. 44.).

Já a "**fé**" da **boa-fé** "constituem estados inerentes ao ser humano. Ele nasce puro, ingênuo e absolutamente isento de maldade e perversidade [...]", ou seja, representa a **crença** em um bom conhecimento que se presume, livre de qualquer maledicência, e que também deve ser considerado pela ciência jurídica. (STOCO, 2002, p. 37).

Dessa forma, para prosseguir na apresentação dos resultados dos estudos sobre as origens da **fé** da **má-fé** e a **fé** da **boa-fé**, é importante, a partir das páginas seguintes, verificar se há alguma diferença entre **fé** e **crença**. Conforme já foi salientado, o objetivo de tais reflexões é esclarecer os aspectos de um conhecimento revelado para certificar o impacto de tais conhecimentos junto a ciência jurídica atual.

1.2 A fé compromissiva ante a crença comissiva

De acordo com o ensinamento de Nicola Abbagnano, a **fé** possui características distintas da **crença**. Esta, em geral, se resume em um compromisso com uma noção qualquer,

já a **fé** se configura como um compromisso com uma noção revelada pela autoridade divina. (ABBAGNANO, 2007).

Valendo-se da **crença**, o homem constrói seu pensamento com base em observações subjetivas e vagas. Não há preocupação de certificar os fundamentos do entendimento estabilizado pela **crença**. "A grande maioria de nossas opiniões e das nossas crenças políticas, religiosas e sociais são o resultado de sugestões." (LE BON, 2002, p. 165). A **crença** é uma espécie de conhecimento que o homem adquire por indução.

Não há em um conhecimento de **crença** uma autoarguição sobre aquilo em que se acredita ou se considera válido. A habitualidade com que se anuncia uma afirmação é que vai conferir validade à **crença**. A afirmação sobre um determinado assunto, por ser várias vezes repetida, ganha, em um primeiro momento, status de opinião. Em um segundo momento, em razão de um processo de repetição permanente, a opinião adquire força de **crença**. (LE BON, 2002).

Para se tornar válida, a **crença** depende de um fator externo, ou seja, de algo ou de seres nos quais é possível depositar certa confiança. Contudo, um assunto ou doutrina, religiosa ou política, pode adquirir força de **crença** em face do prestígio da autoridade de quem as anuncia. O que confere validade a um discurso, lastreada pela **crença**, não são os argumentos objetivos, mas a autoridade da pessoa que faz a afirmação. (LE BON, 2002).

A ciência jurídica também pode ser rotulada de produção filosófica lastreada por argumentos de **crença**, ou seja, não científicos sob o ponto de vista de um conhecimento objetivo¹². Na medida em que se estabelece uma teoria científica, com o propósito de possibilitar um maior esclarecimento sobre determinado tema, e não se permite uma testificação permanente de seus conteúdos linguísticos, há redução da ciência à **crença**. Dessa forma, a **crença** possui um papel estratégico junto ao conhecimento científico, ou seja, impedir que o homem estabeleça pesquisa científica, de modo a esclarecer as aporias de seu próprio saber. Pois,

[...] a análise crítica das nossas opiniões e das nossas certezas tornaria impossível a existência de uma sociedade. O papel da crença é justamente evitar tais análises. E já que o sábio é obrigado a aceitar como crença uma grande parte das verdades da ciência, não nos surpreendamos de que, por vezes, manifeste tanta credulidade

¹² A expressão conhecimento objetivo, empregada nesta dissertação, consiste em "suposições, hipóteses ou teorias, habitualmente publicadas sob a forma de livros, revistas ou palestras. Consiste também em problemas não resolvidos e em argumentos pró ou contra diversas teorias rivais." (POPPER, 2009, p. 25). Assim, todo conhecimento objetivo, em Popper, consiste em teorias conjecturais falíveis, condição indispensável para o crescimento do conhecimento científico. Por conseguinte, teoria, na epistemologia popperiana, pode ser entendida como uma proposição formalizada oferecida à crítica.

quanto os ignorantes. Nos assuntos estranhos à sua especialidade, ele ultrapassa pouco. Essas considerações explicam por que eminentes sábios são, por vezes, vítimas das maiores ilusões. Depois de os termos observado no tocante a fatos científicos ordinários, desprendidos de toda paixão, estaremos preparados para compreender como certas crenças ocultistas, análogas às práticas da antiga feitiçaria, puderam ser aceitas por ilustres especialistas. (LE BON, 2002, p. 300).

Depreende-se, com base na asserção acima, que a **crença** possui um papel fundamental no que diz respeito a uma autointerdição sobre os fundamentos do próprio saber produzido pelo entendimento humano. A autointerdição científica se torna perceptível a partir do momento em que o homem se vale de **crenças** com o objetivo de preencher as aporias e lacunas do próprio saber.

Por isso, Cornelius Castoriadis discorda de Aristóteles, no seguinte ponto: "O homem é um animal que deseja saber, é falso. O homem não é um animal que deseja o saber. O homem é um animal que deseja a crença, que deseja a certeza de uma crença, daí o prestígio das religiões, o prestígio das ideologias políticas." (CASTORIADIS, 1998, p. 46).

É como se o pensamento humano, ante as dúvidas, aporias, lacunas e contradições, devesse, obrigatoriamente, se render a argumentos não científicos, pois, tratando o conhecimento em uma perspectiva dogmática, é vedada uma possível inconclusividade da razão humana. Assim, a **crença** funciona como uma "zona de conforto", com o objetivo de evitar que o conhecimento humano caminhe para um processo *ad infinitum*, como já havia ensinado Aristóteles em sua obra metafísica. (ARISTÓTELES, 2012).

Logo, a **crença** possui um caráter **interdital** que impossibilita a realização de uma arguição crítica sobre o conhecimento formulado. Nesse sentido, o crescimento do pensamento científico perde espaço para o conhecimento meramente dogmático. Dessa forma, a **fé** da **má-fé** ou a **fé** da **boa-fé** podem representar um mecanismo autoestratégico para impedir o reconhecimento da falibilidade da ciência jurídica.

A "**fé**" da **má-fé** e a "**fé**" da **boa-fé** é uma questão de **crença** em algum tipo de conhecimento, passível de ser revelado quando a razão humana se revelar insuficiente em propor uma solução teórico-racional a um determinado problema. (SARTRE, 2011). A partir dessa conjectura é possível perceber que a dicotomia entre **boa-fé subjetiva** e **boa-fé objetiva**, ofertada pela dogmática jurídica, se aproxima mais de uma **crença** ideológica do que uma concepção teórica para a ciência jurídica. (SCHIER, 2006).

Ao agente decisor cabe decidir, em hipótese alguma pode se conceber processo judicial sem decisão, sob pena de se colocar em descrédito o próprio sistema jurídico. O papel da atividade jurisdicional é decidir, pouco importa se os fundamentos decisórios estejam

abertos ou não a uma concorrência teórica nos fundamentos de validade e legitimidade de uma teoria de direito democrático.

Ora, se não for explicitado o marco teórico por meio do qual se propõe encaminhar a ciência do direito, a linguagem jurídica só poderá ser estabilizada, em caso de lacuna ou omissão, a partir de algum conhecimento de **crença**.

A crítica científica, ao contrário da **crença**, possibilita a formulação de questionamentos que se dirigem às contradições, aos dogmas, às lacunas e aporias do conhecimento humano. Assim o objetivo da crítica, em uma perspectiva popperiana (POPPER, 1999), é não reduzir o conhecimento científico a crenças em verdades imutáveis e absolutas. Daí a pertinente asserção de Karl Popper, ao afirmar que não é um filósofo de crenças tendo em vista que "os cientistas tentam eliminar suas teorias falsas, tentam deixar que elas morram em lugar deles. O crente - seja animal ou homem - perece com suas crenças falsas." (POPPER, 1999, p. 123).

A crítica científica, por sua vez, pretende assegurar que a busca pelo esclarecimento não sofra censura em seu propósito, infundável, de eliminar os erros e contradições do pensamento humano. O conhecimento científico, ao almejar melhor esclarecer sua própria **crença**, tem por objetivo proporcionar o progresso da ciência, ainda que isso nos leve a um processo *ad infinitum*.

Por outro lado, a **fé** é ato voluntário, autônomo, que liga o homem a uma divindade por meio de um testemunho sobrenatural. Trata-se de um compromisso em acreditar, sem qualquer questionamento, em uma verdade pré-unificante da existência humana: a **fé** é uma "atitude mental que consiste em ligar-se, a partir de uma testemunha ou de uma autoridade indiscutível, a algo com o qual nos comprometemos." (JIPIASSU; MARCONDES, 2006, p. 78).

A **fé** é algo revelado que transcende a realidade humana por ter origens em um espaço-tempo insuscetível de qualquer investigação humana. Não é possível, por meios lógicos, provar a existência de um ser divino (KANT, 1959), por isso é preciso se comprometer com a **fé** para não ser incomodado pelas frustrações e angústias da responsabilidade de pensar. Logo, todo conhecimento que não propõe esclarecer os fundamentos de suas próprias asserções é uma espécie de **crença**.

Não obstante, a **fé** possui uma carga dogmática mais ampliada que a **crença**. A **crença** pode, em um determinado momento, ser questionada e até alterada, já a **fé** é a verdade imutável de onde se extrai toda noção sobre o homem e, por conseguinte, sobre a ciência.

Essa é a grande distinção entre **fé** e **crença**, que, por sua vez, vai impactar a ciência e diversas matrizes filosóficas.

Em sua obra *Fé e Saber*, em algumas traduções *Fé e Conhecimento*, Jürgen Habermas (2013), ao analisar o acontecimento de 11 de setembro de 2001, quando militantes da organização chefiada por Osama Bin Laden derrubaram as torres gêmeas de Manhattan sob o argumento de uma missão divina, propõe uma reconciliação entre as verdades de **fé** e o conhecimento humano racional. Para Habermas, o divórcio entre a Igreja e o Estado, o qual deu origem a uma sociedade secular, precisa, hodiernamente, encontrar novas formas de diálogo entre a **fé** religiosa e o saber racional. Isso significa que Habermas se compromete com uma noção de conhecimento revelado, cabe ao homem estabelecer um diálogo entre tais conhecimentos.

Em seu texto, o pensador alemão introduz um novo conceito de sociedade a que denominou de "pós-secular". O objetivo primordial de uma sociedade "pós-secular" seria provocar uma reconciliação entre "fé e razão"; e, assim, por meio do diálogo entre esses saberes, seria possível construir um novo modelo de sociedade. Contudo, argumenta Habermas, para tornar possível o diálogo entre **fé** e razão será preciso:

Primeiramente, a consciência religiosa tem de assimilar o encontro cognitivamente dissonante com outras confissões e religiões. Em segundo lugar, ela tem de adaptar-se à autoridade das ciências, que detêm o monopólio social do saber mundano. Por fim, ela tem de adequar-se às premissas do Estado constitucional, que se fundam em uma moral profana. Sem esse impulso reflexivo, os monoteísmos acabam por desenvolver um potencial destrutivo em sociedades impiedosamente modernizadas. (HABERMAS, 2012, p. 7).

A partir desse entendimento, Habermas propõe um pacto entre as "espécies" de conhecimento (**fé e razão**), elegendo o Estado Constitucional como espaço político capaz de estabilizar as pretensões da **fé** e da razão. Desse modo, sustenta Habermas, abre-se a possibilidade para a existência de decisões que, respeitando as diferenças entre a **fé** e a razão, tornam factível a comunhão entre os saberes. Por outro lado, permanecendo o "conflito entre as pretensões do saber e as pretensões da **fé**, o Estado, sendo neutro no que diz respeito às visões de mundo, não tem qualquer predisposição a tomar decisões políticas em favor desta ou daquela parte." (HABERMAS, 2012, p. 8).

Ao adotar essa postura, o Estado passa ser uma espécie de mediador, com o objetivo de aproveitar os pontos positivos entre os argumentos de **fé** (conhecimento revelado) e os argumentos científicos (conhecimento racional). O Estado, ensina Habermas, tem um papel imprescindível na mediação dos conflitos, pois, "sem renunciar à sua autonomia, ela

permanece contudo aberta, como que osmoticamente, para a possibilidade de apreender com ambas as partes do conflito." (HABERMAS, 2012, p. 8).

Para Habermas se a pretensão da ciência for substituir a **fé**, com a ambição de propor uma autodescrição objetiva, não haverá ciência; prevalecerá, ao contrário, uma má filosofia. A "autoridade dos mandamentos divinos tem um eco de validade incondicional dos deveres morais que não podemos deixar de escutar." (HABERMAS, 2012, p.17).

Por fim, justifica Habermas, Kant ao propor uma separação entre a **fé** e a razão não percebeu as implicações e consequências dessa cisão: "[...] a helenização do cristianismo havia conduzido a uma simbiose entre a religião e a metafísica. Kant volta a separá-las." (HABERMAS, 2012, p. 20). Ao se traçar um limite entre a **fé** e a razão, como pretendeu Kant, deu-se o início ao declínio da sociedade secular. É em razão desse entendimento que o pensador alemão apresenta sua nova tese, quer dizer, a efetividade de uma sociedade pós-secular que se torna possível mediante uma reconciliação entre a **fé** e a razão.

Com esteio na filosofia de Hegel, Habermas finaliza seu texto, argumentando que crer no absolutismo da razão, como pretendeu Kant, é um retorno ao dogmatismo puro. Por isso, "os discípulos de Hegel rompem com o fatalismo dessa desesperada antevisão de um eterno retorno do mesmo. Eles não querem mais superar a religião no pensamento, mas sim realizar os seus conteúdos profanados através do esforço solidário." (HABERMAS, 2012, p. 20).

Depreende-se que a proposta de Habermas é retomar uma aliança entre **fé** e razão, que foi abandonada por Kant, por meio de uma dialética "solidária e pacífica". Essa postura do autor revela o desejo de aproveitar as contribuições de cada conhecimento e, por conseguinte, tornar possível a existência de uma sociedade pós-secular. A premissa habermasiana segue no sentido de que a **fé** não pode caminhar sem a razão, e esta seria cega ou dogmática se desconsiderasse os ensinamentos de **fé**.

Considerando a **fé** compromisso com a palavra revelada pela autoridade divina (JIPIASSU, MARCONDES, 2006, p. 78), ou o compromisso com uma noção revelada ou testemunhada pela divindade (ABBAGNANO, 2007), entende-se que a ciência, no pensamento de Habermas, adquire validade por meio de um consenso entre a razão humana e os conteúdos revelatórios ofertados pelas religiões.

1.3 O caráter fideísta do senso comum

O **senso comum** pode ser compreendido como uma espécie de conhecimento, cujas asserções se baseiam em intuições, mitos, opiniões e **crenças**. Logo, o denominado

conhecimento de **senso comum** guarda uma forte relação com as ideias de **fé** e **crença**. Nessa linha de entendimento pode-se afirmar que o **senso comum** tem origem em suposições, com pretensão de verdade absoluta, que adquire força de argumento científico, em razão da impossibilidade de serem testificados sob o ponto de vista científico. Trata-se da emissão de juízos a partir de um dado sensorial da realidade. Acredita-se que a realidade produz um conhecimento evidente, e não há necessidade de qualquer arguição ou reflexão sobre esse suposto saber. (POPPER, 1999).

Portanto, caráter **fideísta do senso comum** consiste em apoiar suas asserções em entendimentos subjetivos, lastreados ora em valores ético-morais, ora em **crenças**. Assim, o conhecimento de **senso comum** pode ser entendido como fonte primária de um conhecimento que não se submete ao crivo da crítica científica. Trata-se de um conhecimento que busca sua validade na **crença**.

Nota-se que o conhecimento de **fé** e o de **crença** não apresenta qualquer diferença epistemológica em relação a um conhecimento de **senso comum**. Todos confiam na existência de um conhecimento que pode ser revelado ao homem em determinado momento. Portanto, todo conhecimento que não explica racionalmente seus fundamentos é uma espécie de conhecimento de **fé**.

O **senso comum** é uma espécie de conhecimento irracional, ele próprio se habilita a ofertar entendimento ao conhecimento racional. A ideia central do **fideísmo de senso comum** é **crer** que a ciência deve ser justificada e, para que isso aconteça, é preciso se valer de dogmas ou **crenças** em verdades primeiras pré-unificantes para impedir uma autodestruição da certeza. Nota-se que o conhecimento de **senso comum** encontra ressonância no pensamento de Aristóteles, na medida em que o autor busca validar o conhecimento racional por meio de verdades inegáveis, fundadas no princípio da não contradição. (2012).

O princípio da não contradição é a confiança em alguma espécie de conhecimento que transcende a capacidade humana de conhecê-lo por meios racionais. Nessa linha de entendimento, não resta outra alternativa senão crer em um conhecimento revelado.

Não obstante, há uma cisão secular entre os cientistas quanto ao aproveitamento do conhecimento de senso comum, **crença**, pelo conhecimento racional, ciência. De um lado, uma corrente de pensadores considera que o conhecimento de senso comum não deve ser aproveitado pela ciência; e, de outro, há os que acreditam que o **senso comum** deve funcionar como instância auxiliadora do conhecimento racional.

Desse modo se apresenta o primeiro impasse em relação à validade do conhecimento de **senso comum** na condução da ciência. Por isso, nas páginas seguintes, se propõe expor a

opinião de pensadores quanto à função do senso comum na condução do pensamento científico.

Sob o ponto de vista epistemológico, segundo Piaget, o senso comum vai construir um discurso com pretensão científica, a partir de percepções subjetivas lastreadas por impressões advindas de uma vivência pessoal. (PIAGET, 1978). Assim se constrói um conhecimento limitado, pelo fato de estar fundamentado em opiniões e percepções, desprovidas de um maior rigor científico no que diz respeito à validade de suas asserções. Nesse sentido, o **senso comum** se correlaciona com um dogma de **fé**, pois seu conhecimento é insuscetível a uma arguição sobre os conteúdos da linguagem que se pretende validar como científica.

Segundo a epistemologia de Gaston Bachelard, um dos principais obstáculos ao progresso da ciência e a formação do pesquisador é o **senso comum**. O conhecimento de **senso comum** contribui, de acordo com Bachelard, para a formação de um entendimento que não tem grande preocupação com os fundamentos da linguagem científica. Nessa linha de entendimento o **senso comum** se sustenta em mera **crença** sobre um determinado conhecimento que adquire validade em razão da impossibilidade de ser submetido a uma verificação científica. Assim, em oposição a um conhecimento de **senso comum**, "o espírito científico proíbe que tenhamos uma opinião sobre questões que não compreendemos, sobre questões que não sabemos formular com clareza." (BACHELARD, 1996, p. 18).

Ainda de acordo com o pensamento de Bachelard, juntamente com a ideologia, a **crença** e a opinião, o **senso comum** figura entre os principais entraves à expansão do conhecimento. Para o autor, "nada prejudicou tanto o progresso do conhecimento científico quanto a falsa doutrina do geral, que dominou de Aristóteles a Bacon, inclusive, e que continua sendo, para muitos, uma doutrina fundamental do saber." (BACHELARD, 1996, p. 69). Depreende que Bachelard, ao contrário do que propõe Habermas, entende que um conhecimento que não explicita seus fundamentos é interdito e impede o progresso do conhecimento humano.

Na mesma linha leciona Gramsci: "[...] a filosofia do **senso comum** é a filosofia dos não filósofos, isto é, a concepção do mundo absorvida acriticamente pelos vários ambientes sociais e culturais nos quais se desenvolve a individualidade moral do homem médio." (GRAMSCI, 1981, p. 143). É possível entender, desse modo, que, em face da existência de fatores sociais e culturais, o **senso comum** se apropria de ensinamentos subjetivos, advindos da realidade para completar as lacunas da racionalidade humana.

Depreende-se, com base nas asserções acima mencionadas, que o conhecimento de **senso comum** fortalece a **crença** de que a natureza, a realidade, os fatos e a habitualidade possuem certezas imutáveis e verdades primeiras.

O **senso comum** representa uma confiança em **crenças** e dogmas, é a convicção de que o pensamento humano deve ser amparado por um conjunto de certezas que existem independentemente do homem. Desse modo, se ao senso comum se indaga o que é a verdade, a resposta será a seguinte:

[...] a verdade é precisamente este mundo de que estou certo. A verdade é, deste modo, idêntica ao conteúdo da certeza. O senso comum surpreende-se quando a filosofia se pergunta o que é verdade, porque para ele a verdade é a coisa mais fácil de se saber: é precisamente o conteúdo das suas certezas; e, portanto, considera inútil ocupar-se da filosofia. (SEVERINO, 1984, v. II, p. 18).

Por isso, pondera Karl Popper, é pela **crença** em um conhecimento que preexiste que o homem se vale dos sentidos para alcançar um saber com "conteúdo de certeza". Essa atitude permite ao homem estabelecer uma interlocução com o **senso comum** com o objetivo de formular um saber lastreado em suposições intuitivas. Popper denominou tal entendimento filosófico de "teoria do balde mental". Assim, ao conhecimento de senso comum se interroga, no sentido de obter informações, sobre como se adquire o conhecimento esta será a resposta:

É por meio de observações repetidas feitas no passado: acreditamos que o sol nascerá amanhã porque ele assim tem feito no passado. Na concepção de senso comum, é simplesmente tido como certo (sem que quaisquer problemas se suscitem) que nossa crença nas regularidades é justificada por aquelas observações repetidas que são responsáveis por sua gênese. (POPPER, 1999, p. 15).

Não obstante as ponderações apresentadas, apesar de o **senso comum** basear suas asserções em opiniões, ideologias e **crenças**, a ciência não pode, de certo modo, ensinar Boaventura de Souza Santos, ser arrogante a ponto de ignorar uma sabedoria inerente ao senso comum. (2002). Acredita-se que o senso comum possui entendimentos *a priori* e verdadeiros, não necessitando, portanto, de qualquer esclarecimento sob o ponto de vista científico.

Argumenta Boaventura de Souza Santos que o **senso comum** tem uma função emancipatória, e que, por meio de uma dialética da práxis, ele pode auxiliar a ciência a atribuir sentido às suas investigações. De acordo com Santos, "apesar de o conhecimento do senso comum ser geralmente um conhecimento mistificado e mistificador, e apesar de ser

conservador, possui uma dimensão utópica e libertadora que pode se valorizar através do diálogo com o conhecimento pós-moderno." (SOUZA SANTOS, 2002, p. 108).

Portanto, o conhecimento científico pode, de certo modo ou em certas situações, não interrogar o conhecimento de **senso comum**, mas buscar um diálogo entre os saberes para construir um conhecimento pós-moderno. (SOUZA SANTOS, 2002, p. 108). O conhecimento de **senso comum**, acredita-se, traz consigo argumentos de verdade irrefutável; cabe ao homem deles se apropriar com o objetivo de complementar as inexoráveis lacunas do pensamento humano.

O posicionamento adotado por Boaventura de Souza Santos é o mesmo de Habermas, na medida em que ambos os pensadores defendem uma aliança entre o conhecimento de senso comum, **crença**, e o conhecimento racional para assegurar o progresso da ciência.

A **crença** na existência de um conhecimento emancipatório irracional, capaz de conduzir o conhecimento científico, apenas confirma o **caráter fideísta do senso comum**. Quando o conhecimento científico fundamenta seus argumentos a partir de asserções oriundas do **senso comum**, em muitas situações insuscetíveis de uma arguição crítica, a ciência sucumbe à **crença** em verdades primeiras. Desse modo, o conhecimento de **senso comum** se equipara a uma noção revelada (**fé**), adquire status de verdade absoluta pela impossibilidade lógica de testificar ou criticar, pelo entendimento racional humano, o produto do **senso comum**.

O **fideísmo do senso comum** consiste em produzir um conhecimento, cuja função é completar o conhecimento racional, com o objetivo de justificar determinada proposição de um conhecimento. Nesse sentido, propõe-se analisar criticamente o conhecimento de senso comum e seu papel na condução do conhecimento científico.

O que se descortina, a partir deste primeiro capítulo, é que a **fé** da litigância de **má-fé** e a **fé** da **boa-fé** processual são terminologias desprovidas de rigor científico, uma vez que correspondem a uma espécie de conhecimento não testificável. Logo, a questão que começa a preocupar é que racionalidade jurídica há em uma condenação interdita em litigância de **má-fé** ou que critérios científicos são adequados para certificar a existência de um litigante de **boa-fé** no direito processual? Ademais como seria possível **interpretar** ou decidir conforme a o **princípio da boa-fé** se a **fé** da **boa-fé** não está no texto da lei?

Se a resposta a esta indagação apontar no sentido de que esse esclarecimento é dispensável para a ciência do direito, qual seria a razão lógica para considerar dispensável o esclarecimento dos sentidos normativos da **boa-fé** e da **má-fé** no direito processual, uma vez que tais terminologias se convertem em institutos jurídicos legalmente positivados? Há, na

ciência dogmática do direito, o aproveitamento de algum tipo de conhecimento revelado que se autoimuniza frente à possibilidade de se estabelecer uma concorrência teórica junto aos sentidos normativos da linguagem jurídica? Essas são questões que se pretende enfrentar nos tópicos que se seguem.

1.4 O senso comum e o senso comum do conhecimento jurídico

Ensina Karl Popper que uma das funções do conhecimento científico é reduzir o grau de ignorância humana sobre um determinado tema ou assunto. (1999). O objetivo da epistemologia popperiana é impedir a submissão da ciência a um conhecimento lastreado, ora por argumentos de **fé**, conhecimento revelado, ora por **crenças**, confiança em uma opinião qualquer.

Pode-se imaginar o que seria da ciência e do mundo se Albert Einstein não tivesse a ousadia científica de colocar em cheque as teorias de Isaac Newton, as quais, até certo tempo, figuraram como verdades absolutas, **crenças**, insuscetíveis de qualquer refutação. Foi o entendimento de Einstein de que em ciência não existe verdade absoluta, **dogma**, que tornou possível o progresso do conhecimento no campo da física. A teoria de Einstein atingiu um nível explicativo mais elevado do que a teoria de Newton, e isso possibilitou uma melhor compreensão sobre o universo e, por conseguinte, um aprimoramento da técnica e da ciência humana. (NEFFE, 2012).

A mesma ousadia científica também deve ser aplicada às ciências sociais, sobretudo o direito. A ciência processual não poderia ser tratada como ciência, ou o processo considerado científico, se a linguagem constitutiva dos institutos jurídicos, **litigância de má-fé** e **presunção de boa-fé**, não sofresse uma arguição crítica permanente, no sentido de possibilitar um maior esclarecimento se tais institutos concorrem ou não para a efetividade de um direito democrático. Portanto, denominado "processualismo científico" só poderá se desgarrar da ideologia, se descer do seu pedestal e reconhecer que o progresso do conhecimento jurídico, pelo menos o progresso significativo, depende, necessariamente, de uma teoria processual, escolhida entre teorias concorrentes, habilitada a expurgar os mecanismos interdítas que insistem em impregnar a linguagem jurídica.

O estudo do direito democrático, na pós-modernidade, dever ultrapassar o dualismo – técnica e ciência – a fim de que o produto conhecimento jurídico não seja um mero conteúdo a serviço da ideologia, com bem denunciou Habermas. (1968).

Desse modo, se a ciência jurídica não considera qual seria o papel da **fé** da **má-fé** e a **fé** da **boa-fé** no âmbito no direito processual civil, o conhecimento jurídico se reduz a uma ideologia. Nessa linha de reflexão a pesquisa no direito se torna mera reprodução de um conhecimento pressuposto, senso comum do conhecimento jurídico, ofertado ora pela **zetética jurídica** ora pela **dogmática jurídica**¹³. Daí a importância de se estudar os temas jurídicos em base epistemológica ampliada (técnica - ciência - teoria - crítica), de modo que o conhecimento científico não permaneça contingenciado por ideologias, dogmas ou **crenças**. (LEAL, 2012).

Assim, o conhecimento jurídico, para ser rotulado de ciência deve, primeiramente, buscar um esclarecimento teórico sobre seus institutos. Isso é o que diferencia uma ciência, no sentido objetivo (formulação linguística submetida à crítica), de uma teoria de **senso** comum do conhecimento de **senso comum** (**crenças**, disposições e expectativas). (POPPER, 1999).

O direito processual, compreendido como ciência na pós-modernidade, só adquire força científica se a linguagem posta pela dogmática jurídica não for interdita. Para tanto, o processo democrático, na contemporaneidade, não pode ser rotulado de meio, instrumento, metodologia, sistema de cooperação, colaboração ou participação, disponível aos sujeitos processuais para manejar, operacionalizar ou eternizar o direito material. O processo é uma linguagem teórica, habilitada a expurgar da linguagem jurídica os entraves ideológicos e totalitários, que se revelam interditivos da construção e operacionalização de um Estado Democrático de Direito. (LEAL, 2010).

Um conhecimento jurídico que parte de premissas, **crenças** ou axiomas insuscetíveis a uma arguição crítica, em seus fundamentos de validade e legitimidade dos conteúdos linguísticos, condiciona a ciência jurídica a um dogma de **fé**. A ciência, nessa perspectiva, se reduz à **crença** de que não é possível construir um saber racional se não tomar como

¹³ O método ofertado por Tercio Sampaio Ferrar Junior, para resolver o problema da lacuna normativa é a inter-relação entre a dogmática jurídica e a zetética jurídica. A lei se funda no princípio da não contradição, porém, reconhecendo a incompletude da lei, cabe ao actante normativo (legislador) ou o actante decisor (juiz) buscar o complemento da lei na zetética jurídica. (BITTAR, 2003). Entende-se por **zetética jurídica** uma espécie de conhecimento "que têm como objeto o direito no âmbito da Sociologia, da Antropologia, da Psicologia, da História, da Filosofia, da Ciência Política etc. Nenhuma dessas disciplinas é especificamente jurídica. Todas elas são disciplinas gerais, que admitem, no âmbito de suas preocupações, um espaço para o fenômeno jurídico." (FERRAZ JÚNIOR, 2013, p. 21). Já a **dogmática jurídica** considera como "disciplinas dogmáticas, no estudo do direito, a ciência do direito civil, comercial, constitucional, processual, penal, tributário administrativo, internacional, econômico, do trabalho etc. Uma disciplina pode ser definida como dogmática à medida que considera certas premissas, em si e por si arbitrárias (isto é, resultantes de uma decisão), como vinculantes para o estudo, renunciando-se, assim, ao postulado da pesquisa independente. Ao contrário das disciplinas zetéticas, cujas questões são infinitas, as dogmáticas tratam de questões finitas. Por isso podemos dizer que elas são regidas pelo que chamaremos de princípio da proibição da negação, isto é, princípio da não negação dos pontos de partida de séries argumentativas, ou ainda princípio da inegabilidade dos pontos de partida (Luhmann, 1974)." (FERRAZ JÚNIOR, 2013, p. 24).

referência dogmas inquebrantáveis. Portanto, o espaço onde é possível pensar o progresso do conhecimento científico, no âmbito do direito é o processo. Logo, é forçoso reconhecer que o processo é linguagem habilitada a construir a existência jurídica e nada mais!

Afinal, o que seria do direito sem a existência de uma ciência capaz de oferecer uma resistência teórica aos sentidos normativos da dogmática jurídica e da zetética jurídica? Ora, a ciência jurídica que está habilitada a enfrentar os desafios do direito na pós-modernidade é o processo que, na visão neoinstitucionalista, adquire *estatus* de linguagem teórica construtiva do mundo jurídico. (LEAL, 2010).

Depreende-se que a denominada ciência dogmática do direito vem trabalhado temas como **boa-fé** e **má-fé**, a partir de um senso comum do conhecimento jurídico, ou seja, um conhecimento pressuposto sobre o tema. O conhecimento de senso comum se baseia na **crença**, pois tudo aquilo que não pode ser explicado serve para ser o ponto de partida para a ciência possível. Isso quer dizer que "a teoria de senso comum do conhecimento de senso comum é uma trapalhada ingênua. Contudo, tem fornecido o alicerce sobre o qual se erigem até mesmo as mais recentes teorias filosóficas." (POPPER, 1999, p. 66).

Qual é o papel da **má-fé** e da **boa-fé** no direito processual civil? Que matriz teórica ou ideológica justifica a existência de institutos jurídicos como a **litigância de má-fé** e a **boa-fé processual**? Que teoria, linguagem jurídica, encaminha tais institutos jurídicos no campo do direito processual?

Infelizmente a ciência dogmática do direito não se preocupa em estabelecer tais esclarecimentos. A maioria esmagadora da doutrina que trabalha a temática da **má-fé** e da **boa-fé** acredita que ambas as terminologias se resumem a condutas dos litigantes no processo judicial. A partir desse entendimento acredita-se que "a expressão má-fé se opõe à boa-fé, ambas constituindo uma avaliação ética do comportamento humano. Mas, enquanto esta se presume, aquela deve ser caracterizada, senão provada." (REI FRIED, 1990, p. 164).

Afinal, é a **crença** em um "comportamento ético" que, de fato, fundamenta a existência da **boa-fé** e da **má-fé** no direito processual civil? Acredita-se que não.

Octávio Moreira Guimarães, ao buscar um conceito de **boa-fé** no direito, ensina que "como define Windscheid, a boa-fé é a crença de não se lesar o proprietário. Considerada a boa-fé sob o ponto de vista psicológico, sua existência depende unicamente da convicção, da crença, ou de um fato do espírito." (GUIMARÃES, 1953, p. 29). Logo, é forçoso reconhecer que a **boa-fé** é uma **crença** que justifica a existência de um senso comum do conhecimento jurídico no âmbito do direito.

Ensina a dogmática jurídica que a **boa-fé** se caracteriza pelo "estado de ignorância do sujeito, ou pela sua crença e opinião de que o direito é aquele que sua compreensão representa. Nesta ordem de ideias, a boa-fé deve ser considerada como ausência do intento de ferir o direito alheio e variará conforme os diversos institutos jurídicos." (GUIMARÃES, 1953, p. 30).

De acordo com Guimarães, seria considerado portador da **boa-fé** aquele que não tem intenção de "prejudicar o direito". A função do Estado-Juiz, por sua vez, seria certificar, a partir de alguns dados concretos, se o agente está ou não de **má-fé** ou de **boa-fé**. Nota-se que a **boa-fé** será certificada, objetivamente, por meio de condutas; cabe ao Estado reconhecê-las por meio das ações praticadas pelo agente.

Esse entendimento permite deduzir que uma das finalidades do acolhimento da **boa-fé**, pela dogmática jurídica processual, é assegurar o controle das "relações jurídicas". Contudo, o argumento de que o juízo de **boa-fé** se funda a partir do dado concreto ou objetivo é absolutamente falacioso, pois a **fé** da **boa-fé** e a **fé** da **má-fé** só podem ser totalmente cognoscíveis pela "livre convicção" de algum tipo de autoridade.

Assim, a linguagem da norma de direito processual quando não suscetível a uma fiscalização permanente torna-se um poderoso instrumento de controle estratégico do denominado direito material. É através da norma processual e de um "processo judicial" que não possibilita a arguição crítica da linguagem jurídica, que a autoridade disponibiliza e controla os sentidos normativos da **fé** da **má-fé** e da **fé** da **boa fé**. É por isso que:

A validade da relação processual é uma questão que não pode deixar-se liberada em sua totalidade à disposição das partes, pois não se trata de um ajuste privado entre os litigantes, só influenciados por interesses individuais, mas sim de um ato realizado com a ativa participação do tribunal e sob a autoridade do Estado, cujos requisitos são coativos e em maior parte, absolutos. (BULOW, 2005, p. 258).

Mesmo em um procedimento jurisdicional que assegure o contraditório ou a colaboração entre as partes, a explicitação do sentido normativo da **boa-fé** e da **má-fé** ou critérios de verificação de uma **fé boa** ou **fé má** no direito é algo que, ao final de um prolongado debate judicial, ficará a cargo do tribunal, já que o intérprete-decisor é o destinatário final da **fé-jurídica**. O entendimento alinhavado neste parágrafo será mais bem explicitado no capítulo 4º do presente trabalho.

Em sua tese de mestrado, a processualista Brunela Vieira de Vincenzi argumenta que o direito processual buscou na **boa-fé** objetiva, ofertada pelo direito privado, um conceito de

boa-fé para o processo civil. Segue seu entendimento sobre a função da **boa-fé** objetiva e seu papel no processo judicial:

A regra da **boa-fé** objetiva, por seu turno, vem estabelecer e definir novos limites para o exercício dos direitos. Com sua aplicação em cada caso concreto, o sistema jurídico ajusta sua solução ao mundo dos fatos (*output*); e, assim, além de pacificar o conflito - por meio de um processo judicial na maioria das vezes - realiza também o escopo educativa da jurisdição. A **boa-fé** como regra de conduta impõe limites ao exercício de posições nas relações jurídicas e, ao mesmo tempo, vincula o juiz a um pronunciamento concreto. (VINCENZI, 2003, p. 158).

Contudo, se a **boa-fé** pode estabelecer e definir **novos limites para o exercício do direito**, ajustando o **sistema jurídico** ao mundo dos **fatos**, com o objetivo de **pacificar conflitos** por meio de um **processo judicial**, de modo que uma de suas finalidades é realizar os **escopos educativos da jurisdição**, é forçoso reconhecer que ela assume relevante **poder** no processo civil.

Segundo Brunela Vieira, a **boa-fé processual** proporciona uma melhor aplicação do direito pelos juízes e tribunais. Contudo, pondera a processualista, a **boa-fé processual** se diferencia da **boa-fé subjetiva**. No âmbito do direito processual "a **boa-fé** subjetiva está dando lugar à objetiva, porque naquela leva-se em consideração a vontade (os motivos) dos sujeitos; nesta são indicados parâmetros objetivos para sua aplicação pelo juiz." (VINCENZI, 2013, p. 159).

Não obstante, a questão que merece indagação é como se torna possível reconhecer a "**boa-fé** no processo", a partir de parâmetros objetivos, se o "conceito de **boa-fé** objetiva estão subentendidas as regras de conduta fundadas na honestidade, na lealdade, na retidão, em consideração e cooperação com a outra parte, ou, ainda com a sociedade." (VINCENZI, 2013, p. 159).

Nessa linha de entendimento que padrão teórico-linguístico de honestidade e lealdade da parte ou de uma sociedade justificaria a aplicação da **boa-fé**, uma vez que a **fé** da **boa-fé** corresponde a uma espécie de **crença** em um conhecimento subjetivo? Por outro lado, considerando que um dos critérios para a aplicação da **boa-fé** no processo civil, para fugir da subjetividade judicial é a observância de um cânone hermenêutico-integrativo, criador de deveres jurídicos, que, por conseguinte, irá estabelecer limites ao exercício de direitos subjetivos (VINCENZI, 2013), que marco teórico do "conhecimento jurídico" estaria habilitado, linguisticamente, a criar deveres jurídicos e estabelecer limites aos direitos subjetivos?

Por fim, considerando os argumentos sobre o conhecimento de **fé**, ou seja, não testificável como seria possível reconhecer um **litigante de má-fé** ou uma **litigância de boa-fé** sem a instalação de um procedimento jurisdicional específico, habilitado a verificar se a **fé** da **má-fé** e a **fé** da **boa-fé** podem resultar em algum tipo de responsabilidade, ou se resulta apenas em escopos interditais aplicados pela autoridade no exercício da função jurisdicional.

Por conseguinte, se a objetividade da **boa-fé processual** resulta na conduta honesta ou no dever de lealdade, qualquer decisão que considere um argumento com base na **boa-fé** não está levando em conta a possibilidade de uma ciência objetiva, no sentido atribuído por Popper, para o conhecimento jurídico. Logo, agregar a palavra "objetiva" ao termo **boa-fé** apenas reforça o papel estratégico do Estado-Juiz, facultando-lhe o poder para decidir por meio de uma linguagem não demarcada, cuja finalidade é assegurar a estabilidade de um sistema jurídico de dominação legal, conforme demonstrou Max Weber (1989).

Portanto, se o direito processual não explicita que teoria da linguagem jurídica fundamenta o exercício da **fé** de uma **boa-fé** no direito, há efetividade de uma ideologia jurídica ou tecnologia jurídica como quer Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2013), habilitada a operar um sistema jurídico processual.

Daí a importância da epistemologia de Karl Popper, ao buscar solucionar dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento: o problema da indução e da demarcação, tendo em vista que ambos concorrem para a validade de um conhecimento que se sustenta na **crença** de um conhecimento de senso comum. (POPPER, 1999).

A **boa-fé**, sem explicitação teórica sobre seus fundamentos, torna-se uma ideologia a serviço da dogmática jurídica, ou, mais especificamente, configura um senso comum do conhecimento jurídico, e a "ciência dogmática cumpre as funções típicas de uma tecnologia." (FERRAZ JÚNIOR, 2013, p. 60).

O mesmo entendimento se aplica para a **má-fé**, pois esta seria uma conduta contrária à **boa-fé**. Nesse sentido, "a má-fé é a expressão genérica que abrange todas as modalidades dos que agem contrariando aquele princípio da boa-fé [...]" (LIMA, 1965, p. 25). Essa dicotomia entre a **boa-fé** e a **má-fé**, e mais a frente se demonstrará que se trata de uma falsa dualidade, é que justifica a afirmação da existência de um conhecimento de senso comum do conhecimento jurídico, que orienta, sem qualquer demarcação teórica, os sentidos normativos da linguagem jurídica.

Para Popper "[...] a teoria de senso comum do conhecimento é levada a aceitar algum critério do conhecimento 'dado' (revelado?); dados pelos sentidos [...]. É a pureza da origem que garante a liberdade contra o erro e, assim, a pureza do conteúdo." (POPPER, 1999, p. 81).

Depreende-se que a epistemologia de Karl Popper apresenta uma forte resistência a um tipo de conhecimento que sobrevive, cientificamente, valendo-se de dogmas ou **crenças**, em razão da impossibilidade de submetê-los a um teste crítico. Nesse sentido, o autor argumenta, nos seguintes termos:

Do ponto de vista aqui alcançado, devemos rejeitar como completamente sem base qualquer epistemologia subjetivista que proponha escolher como ponto de partida o que parece totalmente não-problemático; isto é, nossas experiências observacionais mais 'diretas' ou 'imediatas'. Admite-se que essas experiências observacionais, em geral, são perfeitamente 'boas' e de sucesso (do contrário não teriam sobrevivido); mas não são 'diretas' nem 'indiretas', e absolutamente não são fidedignas. (KARL POPPER, 1999, p. 77).

Discordando desse entendimento, leciona Karl Popper que o conhecimento no sentido objetivo, ao contrário de um conhecimento de senso comum, se estabelece por meio de teorias, testificadas, permanentemente, por meio do método de conjecturas e refutações. A confiança em um dogma como ponto de partida apto a operar e estabilizar um sistema, **presunção de boa-fé**, assume um caráter interdito e gera um obstáculo para o progresso da ciência jurídica.

O conhecimento subjetivo não é sujeito à crítica, embora possa ser alterado por vários meios - por exemplo, pela eliminação (morte) do portador do conhecimento subjetivo, ou disposição, em foco. Assim, o conhecimento no sentido subjetivo cresce ou obtém melhores ajustamentos pelo método darwiniano de mutação e eliminação do organismo. Em oposição a isto, o conhecimento objetivo pode alterar-se e crescer pela eliminação (morte) da conjectura linguisticamente formulada: o "portador" pode sobreviver -, pode até, se for uma pessoa autocrítica, eliminar sua própria conjectura. (POPPER, 1999, p. 71).

A ciência difundida pelos meios acadêmicos sofre uma retrocarga direta de um conhecimento de senso comum, na medida em que se confia, irracionalmente, em pontos de partida insuscetíveis a um possível esclarecimento científico. Acredita-se que a **boa-fé** e a **má-fé** são premissas, "cláusulas gerais", cuja função é tornar possível a operacionalização de um sistema jurídico. (MENEZES CORDEIRO, 1984, v. I).

A **fé da boa-fé** e a **fé da má-fé** são, na verdade, "um tipo de conhecimento subjetivo", que permite ao Estado-Juiz decidir ou controlar o sistema de acordo a partir de uma **crença** na existência de um bom direito que preexiste ao homem. Portanto, tais conceitos funcionam como uma espécie de "molas" que impedem que o sistema seja desconstruído em face de alguma arguição crítica. Essa é a estratégia secular encontrada pela dogmática jurídica, ou

seja, a manutenção de uma ciência que se sustenta pela confiança em um senso do comum do conhecimento jurídico.

Sob o ponto de vista epistemológico, aquilo que não pode ser submetido a teste, pode ser considerado pela pseudociência um padrão de verdade, e, por conseguinte, tornar-se um ponto de partida seguro para o conhecimento humano. Por isso, o conhecimento de senso comum representa um tipo especial de **crença**; ou, mais precisamente, mera opinião, que adquire força estratégica em determinado sistema. Conforme argumenta Popper, "de acordo com a teoria de senso comum do conhecimento, o conhecimento é crença *qualificada*- crença tal qualificada que é certamente verdadeira. E é precisamente esse tipo de qualificação que falta no vasto e importante campo do conhecimento conjectural." (POPPER, 1999, p. 80).

Observa-se que a ciência, quando obcecada pela busca da certeza, apoia-se em premissas, opiniões ou **crenças** tidas como verdadeiras *a priori*. Em uma perspectiva subjetivista, a ciência necessita de argumentos dogmáticos, **fé jurídica**, para tornar o conhecimento possível.

Contudo, isso não quer dizer que, para produzir um conhecimento, no sentido objetivo, deve-se abandonar ou desprezar um conhecimento de senso comum. Pois, conforme ensina Popper:

[...] o senso comum, disse eu, é sempre nosso ponto de partida, mas deve ser criticado. E, como se poderia esperar, não é muito bom quando vem a refletir-se sobre si mesmo. De fato, a teoria de senso comum do conhecimento de senso comum é uma trapalhada ingênua. Contudo, tem fornecido o alicerce sobre o qual se erigem até mesmo as mais recentes teorias filosóficas. (POPPER, 1999, p. 42).

Porém, segundo Karl Popper, o senso comum é um ponto de partida absolutamente inseguro para o progresso da ciência, e deve ser criticado. Em determinadas situações as opiniões, os instintos e até mesmo as **crenças** das pessoas podem estar adequadas ou corretas. Mas isso não significa, argumenta Popper, que o conhecimento de senso comum não deva ser esclarecido pela ciência: "minha primeira tese é, pois, que nosso ponto de partida é o senso comum e que nosso grande instrumento para progredir é a crítica." (POPPER, 1999, p. 43).

Se a ciência parte de premissas, **crença** em condutas de **boa-fé e de má-fé**, sem esclarecer, por meio de uma formulação linguística objetiva, que possibilite o exercício de uma metalinguagem sobre os fundamentos, capazes de justificar a necessidade de se adotar determinada linguagem dogmática, ela deixa de ser ciência e se torna um dogma de **fé**. Essa compreensão totalitária não permite estabelecer uma arguição crítica sobre a validade e legitimidade do conhecimento de senso comum na condução ou auxílio da ciência.

As considerações tecidas sobre os aspectos teóricos da **fé** e das **crenças**, bem como seu papel estratégico em relação ao conhecimento científico, tornaram possível demonstrar que um conhecimento que se vale da **fé**, se sustenta na confiança em um conhecimento revelado, já a **crença** é o compromisso com uma noção qualquer. (ABBAGNANO, 2007). Isso significa que tanto a **fé** da **má-fé** quanto a **fé** da **boa-fé** têm compromisso com um conhecimento, **fé**, que não se sujeita a testificação científica por uma questão meramente dogmática. O acolhimento da **fé** da **boa-fé** e da **fé** da **má-fé** é absolutamente estratégico para um modelo de ciência que julga a formulação teórica um empecilho aos propósitos da ciência dogmática do direito. Desse modo, as obras doutrinárias que trabalham a **litigância de má-fé** e a **boa-fé processual** sem considerar o sentido normativo da palavra "**fé**", aproveitada pelo conhecimento jurídico, contribuem para o fortalecimento de uma pseudociência no campo jurídico. Tal situação é o que se passa a denominar de senso comum do conhecimento jurídico, que deixa de ser conjectural para ser tornar dogmático.

Por fim, considerando que a **fé** da **boa-fé** e da **má-fé** correspondem à **crença** em um conhecimento revelado, cabe agora arguir de onde a dogmática jurídica extraiu os termos **boa** e **má**, para agregá-los a uma noção de conhecimento revelado - **fé**. Propõe-se, desse modo, nas páginas que se seguem, perquirir as origens e as **crenças** do **bom** e do **mal** no âmbito do conhecimento jurídico processual.

CAPÍTULO 2 - A FÉ NO DIREITO E O DIREITO À FÉ

2.1 Repercussões fideístas do AGATHON aristotélico

É indiscutível a importância das reflexões aristotélicas na construção do pensamento científico na atualidade. Ademais, não restam dúvidas de que filosofia de Aristóteles vem impactando a construção teórica do conhecimento de forma consciente ou inconsciente. (BITTAR, 2003).

Assim, as matrizes filosóficas produzidas pela epistemologia aristotélica, funcionam como subsídios teórico-argumentativos para diversas ciências que propõem construir o pensamento científico na atualidade, inclusive, para o direito. As concepções e premissas científicas de Aristóteles tornaram-se, de modo geral, um ponto de partida seguro para a formulação de teorias de cientistas e pesquisadores. (BITTAR, 2003).

No livro *Ética a Nicômaco*, Aristóteles explicita a teoria da equidade e da justiça, possibilitando a reflexão sobre conceitos como "bem", "mal", "justo", "virtude" e "lei". (ARISTÓTELES, 1991). Tais concepções, oriundas do pensamento aristotélico, têm contribuído para a formação e consolidação do pensamento jurídico na atualidade, sobretudo em relação à existência de um "**princípio da boa-fé no direito processual**".

Nesse sentido vale mencionar a dissertação de mestrado de Camila de Jesus Mello Gonçalves sobre o **princípio da boa-fé**, na qual a autora, diferente do pensamento exposto nesta dissertação, considera absolutamente proveitoso o pensamento aristotélico na construção de um conceito jurídico sobre **boa-fé** no direito. (GONÇALVES, 2008).

A autora reconhece, com acerto, que o pensamento de Aristóteles foi fundamental para a construção do **instituto jurídico da boa-fé**. Posto que, "as lições dos gregos tornam-se atuais no debate sobre a boa-fé objetiva, especialmente, na medida em que, por meio desse instituto, se estipula um padrão de conduta que prestigia a confiança, a lealdade e a cooperação, identificadas com a realização do bem, por meio da ação, em concepção semelhante à da amizade (*philia*) aristotélica." Finaliza a autora argumentando que a confiança em um novo paradigma ético, que entende a justiça como virtude social, é que justifica "o sucinto estudo das lições de Aristóteles em um trabalho sobre a boa-fé." (GONÇALVES, 2008, p. 20-21).

Dessa forma, pretende-se comprovar que, ao contrário do que argumenta Camila de Jesus Mello Gonçalves, o pensamento aristotélico, compreendido como matriz epistêmica

para o instituto da **boa-fé jurídica**, contribui para o fortalecimento do autoritarismo ideológico junto ao direito processual.

Para tanto, inicia-se a análise dessa conjectura argumentando que a ciência dogmática do direito se apropriou de conceitos, tais como o **mal** da **má-fé** e o **bom** da **boa-fé**, a partir dos pensamentos aristotélicos, sem qualquer percepção de que isso representaria um entrave à efetividade de um direito democrático. É que a matriz teórica, formulada por Aristóteles, trabalha com "conceitos abertos" cuja finalidade é tornar possível a condução de um sistema por alguns poucos predestinados. Não é por acaso que a dogmática processual trabalha com a ideia de "cláusulas gerais" como possibilidade hermenêutica para assegurar uma melhor interpretação do sistema jurídico. Por isso, ao dissertar sobre a "cláusula geral da boa-fé", Brunela Vieira de Vincenzi pondera que "não se negue, a boa-fé é princípio geral do direito que não pode ser deixado de lado quando dos julgamentos." (2003).

Eduardo Carlos Bianca Bittar, estudioso do pensamento aristotélico, em sua tese de doutorado, alega que a linguagem jurídica deve ser compreendida como um texto aberto, pois o texto "é uma leque de opções, possíveis e impossíveis. Separar umas e outras é tarefa do intérprete, com base na sustentabilidade e na plausibilidade de sua argumentação." Em relação ao sistema jurídico, que também produz textos jurídicos, pondera o autor, nos seguintes termos:

O sistema jurídico como um todo sujeita-se, no tempo e no espaço, a mutações, sempre de acordo com os pressupostos axiológicos de uma cultura. Dessa forma, a juridicidade se realiza, se projeta, se produz, se constrói, se modifica, se adapta...no mesmo sentido, por vezes com intensidades diferentes, dos fluxos e afluxos culturais a que se sujeitam os discursos e as práticas sociais que sustentam. É nessa imprevisibilidade do *continuum* que se inserem as práticas jurídicos-textuais. (BITTAR, 2013, p. 153).

Para Bittar a linguagem jurídica não é "unívoca", tal situação é percebida quando o intérprete se depara com textos jurídicos e verifica que eles, na verdade, apresentam-na em uma "multivocidade". Em razão disso, o intérprete esbarra em um grande desafio: a "necessidade de se apresentarem respostas definitivas a conflitos jurídicos." Diante desse entrave, "o sentido jurídico encaminha-se de forma peculiar, pois o *non liquet* está-lhe a governar a prática discursiva aplicada. É nesse sentido que surgem soluções jurídicas as mais diversas para deter a **impossibilidade de decisão**, como é o caso dos pré-julgados, das decisões sumuladas, da uniformização de jurisprudências." (BITTAR, 2013, p. 153). Grifo nosso.

Depreende-se que a matriz aristotélica - explicitada por Eduardo Bittar (2003) - fornece subsídios ideológicos para que o interpretante exclusivo do sistema jurídico possa apresentar soluções jurídicas com base na "plausibilidade". O que prevalece na ciência dogmática do direito, em relação ao pensamento aristotélico, é justamente o poder estratégico conferido aos portadores de autoridade de operar um sistema jurídico se valendo de "cláusulas gerais" para assegurar ou proibir o "*non liquet*", posto que nenhum caso concreto pode ficar sem resposta, ainda que seja de cunho ideológico ou dogmático.

No campo jurídico, a condenação interdital em **litigância de má-fé**, ou o reconhecimento interdital da **boa-fé processual**, é algo absolutamente estratégico para assegurar o desenvolvimento da dogmática jurídica. De acordo com Aristóteles, há pessoas que buscam o **Mal**, mas também existem aqueles que buscam o **Bem**. O papel do filósofo, em matrizes aristotélicas, é identificar as pessoas que se aproximam do **Mal** e separá-las de quem, adequadamente, escolhe o **Bem**. O **Bem** está na própria essência humana; é a origem do justo que Aristóteles denominou *Agathon*. (ARAÚJO, 1988).

Sendo o **Bem** a essência humana, é **dever** do homem buscá-lo, afastando-se de qualquer ação voltada para o **Mal**. No entanto, o pensamento aristotélico não esclarece o que poderia ser considerado **Bem** e **Mal** e, por conseguinte, onde ou quando foi construído um consenso sobre o **Bem** ou o **Mal**.

Efetivamente há uma **crença** confiante em saberes pressupostos, e a ciência do direito apropria-se dessa **crença**, transformando-a em dogmas de verdade absoluta. Logo, tratando-se de uma ciência que se rotula dogmática, tudo se resume a uma questão de **fé**, pensar o contrário de um conhecimento pressuposto, ofertado por esse modelo de "ciência" é algo simplesmente perigoso.

Compreendendo como o conceito de **Bem** e de **Mal** é tratado no pensamento aristotélico, é possível entender porque a dogmática processual concebeu, por meio de lei, um instituto jurídico denominado **litigância de má-fé** e delegou ao agente decisor a responsabilidade de condenar alguém por **má-fé processual**, de forma interdital, ou ainda absolver com fundamento em uma **boa-fé processual**.

Contudo, a questão que merece reflexão é se a matriz teórica, ofertada pelo pensamento aristotélico para distinguir o **Mal** do **Bem**, é a mais adequada para encaminhar ou subsidiar o estudo de um direito denominado democrático na pós-modernidade.

Antes de se adentrar no tema propriamente dito, **litigância de má-fé**, é preciso pontuar que não existe teoria perfeita, capaz de assegurar todas as pretensões de um direito posto pelo entendimento humano. Acredita-se, com esteio no pensamento de Karl Popper, que a melhor

solução para a efetividade de uma ciência jurídica é a concorrência entre proposições teóricas, prevalecendo a de maior grau explicativo. Tal entendimento possibilita que o conhecimento jurídico seja conduzido por meio de conjecturas e não pela **crença** em pressupostos ou dogmas, com a finalidade exclusiva de assegurar a existência de um sistema jurídico a partir de uma metodologia dogmática para o direito.

A formalização de teorias jurídicas, com pretensões conjecturais para explicitar e aplicar o direito, é fundamental para esclarecer diversos pontos obscuros, e ainda sem esclarecimento razoável, junto à ciência jurídica. Essa delimitação teórica é fundamental para o ensino jurídico na contemporaneidade, sobretudo a partir da Constituição de 1988, que estabelece que o direito, para ser legítimo, tem que ser democrático. E o direito, para ser democrático, tem de permitir que os sentidos normativos da linguagem jurídica estejam abertos a uma arguição crítica, caso contrário, não há progresso epistemológico na ciência do direito.

Por esse motivo, a linguagem adotada pela ciência jurídica deve explicitar não só o que significa "**fé**" da **má-fé** e "**fé**" da **boa-fé**, como se pretendeu apresentar no capítulo anterior, mas também esclarecer o sentido de "**má**" da **má-fé** e de "**boa**" da **boa-fé** na normatividade processual. Portanto, para se interpretar **litigância de má-fé** e **boa fé processual**, é preciso explicitar não apenas o conceito de **fé**, enquanto terminologia jurídica, mas também o que significa o **Mal** e o **Bem** na ciência do direito.

Considerando os estudos apresentados no primeiro capítulo, com base em Nicola Abbagnano, foi possível entender que **fé** corresponde a um conhecimento revelado, e **crença** diz respeito a uma noção ou compromisso com um conhecimento qualquer. (2007). Ambas as formas de conhecimento contribuem para o fortalecimento de um senso comum do conhecimento de senso comum. (POPPER, 1999)

Partindo dessa hipótese conjectural deve-se considerar a existência de um conhecimento voltado para o **Bem**, ou seja, para a **boa-fé** e um conhecimento voltado para o **Mal**, fundado na **má-fé**. Desse modo, propõe-se refletir as origens da linguagem, **má**, da **litigância de má-fé** e **boa**, da **boa-fé processual**, que compõe a estrutura da **fé jurídica** no direito processo civil.

Atualmente, no âmbito do Processual Civil, acredita-se, em uma perspectiva de **crença** confiante de que há uma conduta de **boa-fé** e outra de **má-fé**. O novo Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 5º estabelece que "aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé". (BRASIL, 2015).

Em sua dissertação de mestrado, Ana Lúcia Luker Meirelles de Oliveira ensina que a **litigância de má-fé** tem origem na Grécia, de modo que as partes, em face de um processo judicial, deveriam agir conforme a **boa-fé**. Para tanto, deveriam prestar um juramento prévio perante o tribunal - *ius iurandum calumnias* - demonstrando presteza e correção em todos os atos do processo. (MEIRELES DE OLIVERIA, 2000). Nesse sentido, o procedimento jurisdicional, conduzido pelo agente público julgador, teria uma finalidade única: assegurar aos litigantes a prevalência do bem e do justo, que se traduzem na essência do homem.

Para Anne Joyce Angher, "a vida jurídica está alicerçada na boa-fé, que se presume em todos os atos. No processo, assim como no direito material, presume-se que todas as manifestações das partes são imbuídas de boa-fé." (ANGHER, 2005, p. 75). A existência de uma **boa-fé**, em sentido objetivo, "implica, entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má-fé, considerada como fato que compõe o suporte fático de alguns ilícitos processuais." (DIDIER JR., 2014, p. 77). Por conseguinte, "[...] a boa-fé, dessa forma, contrapõe-se à má-fé e ao dolo processual que, por sua vez, não se presumem. A boa-fé, segundo esse entendimento, é exigida como comportamento honesto que se contrapõe à má-fé." (VINCENZI, 2003, p.168).

Por fim, compreende-se que a **boa-fé**, no âmbito do direito processual civil, é um princípio que exerce uma *função hermenêutica*, de tal modo que "a decisão judicial e as postulações devem ser interpretadas de acordo com este princípio." (DIDIER JR., 2014, p. 77). Porém, não há, por parte dos doutrinadores, um esclarecimento sobre a concepção epistemológica subjacente aos sentidos normativos da "**boa-fé**" e da "**má-fé**" no âmbito do direito processual civil. Em se tratando de direito democrático, essa explicitação não é um mero capricho, ela evidencia que o direito aplicado pelos tribunais, ou lecionado nas faculdades, não é o reflexo de matrizes filosóficas autoritárias ou fideístas, que há séculos vêm condenando a ciência jurídica a um obscurantismo secular. (BATISTA, 2015).

Aristóteles foi o filósofo que buscou teorizar sobre a "natureza dos princípios" e sua utilização na produção do conhecimento científico. A contribuição do pensador grego foi tamanha que a ideia de princípios é bastante utilizada pelas ciências, além de se tornar um termo sempre presente na linguagem jurídica.

Ocorre que os "princípios", na epistemologia aristotélica, são axiomas de estabilização do discurso científico pelos portadores de autoridade. (ARISTÓTELES, 2012). Em Aristóteles o "[...] princípio (*arché*) significa na primeira acepção, aquilo de onde uma coisa surge, ou em outras palavras, é o poder originário sendo que tudo que existe deve ser conceituado a partir deste poder."(ARAÚJO, 1988).

Por isso, cabe ao portador de autoridade "inteirar-se dos princípios e causas das substâncias, pois do que é primeiro decorre o que é segundo, de maneira que o subsequente retornará à origem para busca de sua identidade causal; o estudo metafísico deve se ocupar do que é primeiro causacional e determinante dos demais." (BITTAR, 2003, p. 880). De acordo com o pensamento aristotélico, o princípio irá estabelecer a coerência e a unidade de um sistema já concedido ao homem pela *physis*, em algum momento da história. Assim, o sujeito cognoscente (o filósofo, a autoridade, o sábio) é "aquele capaz de explicar os fenômenos e a aparência, distinguindo-a da essência que constitui cada coisa." (BITTAR, 2003, p. 894).

Daí a importância, em se tratando de um direito democrático, de esclarecer qual concepção teórica a conduta de "**boa-fé**" ou de "**má-fé**", entendida como princípio jurídico, vem sendo aplicada no âmbito do direito processual civil. Pois, os princípios, palavra originária do pensamento de Aristotélico, é o "recinto mítico" de onde a autoridade irá buscar os fundamentos de seu próprio entendimento. Daí, falar em princípio da **boa-fé processual** sem explicitar qual concepção teórica o termo "princípio" está sendo encaminhando é algo bastante dogmático e obscuro.

Na verdade, não há uma preocupação em arguir acerca dos fundamentos de um princípio de "**boa-fé**" e de "**má-fé**" no âmbito ciência jurídica. Ademais, os crentes confiantes na ciência dogmática processual acreditam que esclarecer os fundamentos da "**boa-fé**" e "**má-fé**" é uma tarefa desnecessária para o estudo do direito. Não obstante, este trabalho tem por objetivo demonstrar os sentidos ideológicos da "**boa-fé**" e da "**má-fé**", bem como o papel da autoridade na condução de tais "conceitos abertos". Pois, o direito que se deve estudar na pós modernidade é o direito democrático, que, por sua vez, não guarda qualquer correlação com um direito de matriz liberal ou social.

Ora, se uma pessoa pode ser condenada, de forma interdital, por uma conduta de "**má-fé**", ou ainda obter vantagens em um procedimento jurisdicional em razão de sua postura de "**boa-fé**", nada mais democrático do que buscar um esclarecimento sobre o tema. Especificar os sentidos normativos da linguagem jurídica é uma necessidade científica, para impedir o exercício de um direito autocrático. (CARRIÓ, 1973). Dessa forma, passa-se a argumentar os fundamentos do "**Bem**" da "**boa-fé**" e do "**Mal**" da "**má-fé**" a partir do pensamento de Aristóteles, com o objetivo de comprovar que seu aproveitamento pela dogmática processual não concorre para a efetividade de um direito democrático.

Ana Lúcia Lucker Meirelles de Oliveira identificou corretamente a antiga e histórica aplicação do instituto da litigância de **má-fé** entre os gregos. Porém, a pesquisadora deixou de relatar que a gênese da "**boa-fé**" e da "**má-fé**" tem lastro epistemológico no *AGATHON*

aristotélico. O *Agathon*, de acordo com Aristóteles, significa a origem do Bem e do Justo, que se encontra realizada ou revelada na essência da divindade.

A questão da **fé**, apresentada anteriormente, corresponde à **crença** ou confiança em um conhecimento revelado (ABBAGNANO, 2007), já a ideia de "**bom**" e "**mau**", no pensamento aristotélico, seria uma espécie de "bom conhecimento" e "mau conhecimento", que podem ser revelados a alguns predestinados. Desse modo, a função do cientista é encontrar a "**boa ciência**" e se afastar da "**má ciência**". (ARAÚJO, 1988). A "boa ciência" é aquela que confia em um conhecimento revelado e a "**má ciência**", por sua vez, se torna descrente na existência de um conhecimento revelado.

Em razão disso, busca-se estabelecer uma correlação entre o *AGATHON* e a ideia de **boa-fé** e **má-fé**, uma vez que, de acordo com o pensamento aristotélico, a busca pelo "**bem**" (*AGATHON*) é presumida, pois seria uma contradição se Deus tivesse criado o mundo e estabelecido que *a KAKIA*, ou seja, o "**mal**", se tornasse a essência de todas as coisas na vida das pessoas. (ARAÚJO, 1988). Logo, é preciso distinguir, na sociedade, os homens que concorrem para o "**bem**" (*AGATHON*) dos homens que concorrem para o "**mal**" (*a KAKIA*). Feita a distinção, o próximo passo é entregar à autoridade, conhecedora privilegiada do *Agathon*, na sociedade fechada, poderes de decisão para aplicar sanções e penalidades aos homens, cuja personalidade está voltada para *a kakia*, em oposição ao *Agathon*.

Não obstante, conforme observado acima, nem toda pessoa é dotada de predisposição ou faculdade para conhecer o Bem (*AGATHON*). Somente alguns predestinados (grandes sábios) teriam condição de discernir entre o "bom conhecimento" (*Agathon*) e o "mau conhecimento" (*a Kakia*). (ARAÚJO, 1988). Assim, incumbe ao sábio, no pensamento de Aristóteles, decidir se uma determinada conduta humana está voltada para o "**bem**" ou para o "**mal**".

Contudo, observa Aristóteles, que é possível alcançar o "**Bem**" na *physis*, ou seja, na natureza divina (essência do ser). O pressuposto é de que todos os homens devem procurar o Bem, todavia pode haver pessoas de "almas enfermas", que não irão buscar o "**Bem**" e se tornarão difusoras do "**Mal**". As pessoas difusoras do "**mal**" concorrem para a destruição do *AGATHON*, a verdade em si, e devem ser punidas por afastarem o pressuposto de que todo homem busca o bem:

Todos os homens amam o Bem e detestam o Mal, a predominância deste só ocorre nas almas enfermas, onde o *Agathon* (Bem) não foi exercitado pela virtude (*areté*) da prudência (*prhonesis*), e deixou-se conduzir pelo egoísmo. Então, a teologia das coisas naturais é regida por uma ordem, por uma cosmia, cujo princípio diretor é o Bem (*Agathon*). [...]. Compreende-se, portanto, que o Bem é a causa final, e até

mesmo na Ciência antiaristotélica, a causa eficiente visa o Bem, porque seria ilógico supor que a pesquisa científica tencionasse obter deformações, e não a conceituação adequada na medida do possível de determinada realidade fenomênica.(ARAÚJO, 1988, p. 23).

Depreende-se que o **Bem** é a causa final e um dos objetivos da ciência é encontrar o **Bem**, afastando-se do **Mal**. Contudo, para os homens possam encontrar o **Bem** é preciso se valer dos princípios (*arché*) e, por conseguinte, alcançar a essência do Ser, onde o Bom já se encontra realizado por inteiro. Portanto, o **Bem** como causa final "já existe na natureza, e foi apenas através da ação do cientista que certos aspectos foram detectados, porque tudo que existe possui uma orientação que leva à realização da finalidade intrínseca pré-existente." (ARAÚJO, 1988, p. 23). Sendo assim, alcançar o **Bem** significa descobrir a própria essência divina, pois a busca pelo *Agathon* é o fim desejado por todos os homens.

O *Agathon* encontra-se projetado na essência do Ser, e todo conhecimento deve buscar o Ser porque este representa a verdade primeira. A "ciência (Episteme) necessita do conceito do Ser, como ponto de partida para a pesquisa científica, e esclarece que é tarefa da filosofia fornecer os conceitos básicos." (ARAÚJO, 1988, p. 19).

Uma conduta de **boa-fé** traduz a intenção de aproximar-se do (*AGATHON*), pois o objetivo do homem, tal como idealizou Aristóteles, é a busca do **Bem** que se encontra realizado na natureza - *physis*. Segundo o ensinamento de Vandyck Nóbrega de Araújo depreende-se que:

Deus tendo projetado o mundo que se originou do seu pensamento, que é a causa da criação e essência de tudo, não tivesse estabelecido que o *Agathon* que vem de si mesmo se diluísse em todas as coisas, e ao contrário, que o mal (*a Kakia*) fosse parte da essência das coisas. Isto é um absurdo e um contrassenso grosseiro, que o intelecto mais rudimentar apreende que se trata de um acidente [...]. (ARAÚJO, 1988, p. 22-23).

Por outro lado, uma conduta de **má-fé** representa o afastamento do homem da essência divina, ou seja, o distanciamento de um **bom conhecimento** que já se encontra realizado. Trata-se, portanto, de uma alma corrompida e enferma que se deixou levar pelo individualismo, tornando-se uma figura orientada pelo **Mal**. Todo aquele que não concorre para a realização dos propósitos idealizados pela divindade, ou seja, do **Bem**, age de acordo com os preceitos do **Mal**, pois desconsidera uma noção de bem já revelada pela autoridade divina. Agir de **má-fé**, afastar do bom conhecimento revelado pela divindade, é se distanciar

do recinto sagrado do *Agathon* aristotélico, ato que deve ser punido em razão de tamanha desobediência.

Depreende-se, do magistério António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, que os institutos **litigância de má-fé** e a **boa-fé jurídica** foram criados pelos pretores romanos para possibilitar a criação do direito, em face de possíveis limitações e incoerências do sistema jurídico vigente. (MENEZES CORDEIRO, 1984). Que os institutos da **litigância de má-fé** e da **boa-fé jurídica** foram criações dos pretores romanos, para tornar o direito possível, não ousamos discordar de Menezes Cordeiro. Porém, o que não está explicitado na obra do jurista português é a apropriação de matrizes científicas e totalitárias, oriundas do pensamento de Aristóteles, para a construção de tal instituto no âmbito da ciência dogmática do direito.

Por fim, a ideia de **Bom** e **Mal**, no pensamento aristotélico, são conhecimentos já revelados, cabe ao homem apenas encontrá-los. Logo, apresentar condutas que se afastam de um "**conhecimento bom**" é uma contradição para o pensamento aristotélico. Sendo o **Bem** uma espécie de conhecimento pressuposto, a função do filósofo ou do sábio é punir o homem que procura o **Mal** em detrimento do **Bem**. Essa foi a grande sacada dos pretores romanos ao criarem o instituto da **litigância de má-fé** - afastamento do bom conhecimento jurídico - e presumiram que a essência do homem é o **Bem**, ou seja, o desejo pelo bom conhecimento jurídico. Daí a importância de se investigar o conhecimento jurídico a partir de uma concorrência entre teorias de maior grau explicativo sobre determinados temas ou assuntos, de modo que a ciência jurídica não seja conduzida por "escopos metajurídicos", cujos fundamentos estratégicos desconhecemos.

Assim, tais institutos jurídicos, ou "*princípios de hermenêutica*" do direito, se fundam na **crença** de um conhecimento pressuposto. A função dos portadores de autoridade, no sistema jurídico, é conduzir o homem ao **bom conhecimento** e afastá-lo do **mau conhecimento**. Desse modo, a incompletude do conhecimento jurídico se resolve com "cláusulas abertas", que deverão ser estabilizadas, de forma interdital, pelo saber privilegiado dos especialistas, orientados por percepções advindas de condutas de **boa-fé** e de **má-fé**. Ora, tanto a **boa-fé** quanto a **má-fé** se tornam uma questão de **fé**, ou seja, **crença** em um tipo de conhecimento revelado passível de ser encontrado pelo portador de autoridade. Esse tema será melhor examinado, quando se tratar o caráter paradoxal da **litigância de boa-fé**, no terceiro capítulo desta dissertação.

2.2 O jusnaturalismo jurídico e a questão da fé

É uma verdadeira tormenta para os estudiosos do direito a dicotomia secular instalada entre a existência de um direito natural e um direito positivo. Dessa forma, pretende-se argumentar, nas páginas seguintes, que a questão da **fé jurídica** ganha força a partir da **crença** inabalável em um **direito natural** que preexiste ao homem.

A **boa-fé** e a **má-fé**, compreendidas como **crença** em um conhecimento revelado, só podem se sustentar na medida em que a dogmática jurídica não exclui, como possibilidade científica, a **crença** em um direito natural capaz de auxiliar a normatividade de um direito positivo em caso de insuficiência da legalidade.

Portanto, a questão que se propõe investigar é se o sistema jurídico positivo, fundado no princípio da legalidade, estabelece alguma relação de completude normativa com um sistema jurídico de direito natural, que adquire validade pela **crença** em um bom conhecimento jurídico que já se encontra disponível na natureza.

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, essa dicotomia entre um sistema jurídico de direito natural e um sistema jurídico de direito positivo encontra-se enfraquecida, sobretudo a partir do advento do Estado Moderno no século XVIII, que passou a conceber o direito em bases racionais. (FERRAZ JÚNIOR, 2013).

No entanto, pretende-se demonstrar que tal dicotomia não está enfraquecida e a **crença** em um sistema jurídico de direito natural, como conhecimento revelado e auxiliar de um sistema jurídico de direito positivo, ainda se encontra presente nos ordenamentos jurídicos, inclusive no brasileiro.

É a **fé**, compromissada com o direito natural, que possibilita a criação de um espaço extrassistêmico, no sistema jurídico positivo, no qual o portador de autoridade tem a missão aristotélica de conduzir a sociedade pressuposta, purificando o direito com uma legalidade advinda do *Agathon*, em contraponto a uma legalidade que reflete a *Kakia*.

Os direitos naturais, ao serem transformados em direitos humanos ou fundamentais, por força de diversos textos constitucionais, reforçam a linguagem natural da existência de direitos advindos de algum recinto sagrado, impedindo o homem a construir sua própria existência normativa, livre dos condicionamentos postos pela história ou pela natureza. Conforme leciona Rosemiro Pereira Leal, "[...] na medida em que os direitos humanos sejam ainda concebidos como doações históricas aos inumanos, veda-se a construção, por uma comunidade jurídica, de um modelo de humanidade pelo Pacto Sígico da linguisticidade juridicamente problematizada (processo no sentido neoinstitucionalista). (LEAL, 2013, p. 65). O processo, compreendido como teoria linguística habilitada a implantar o sistema jurídico, precede qualquer direito.

Sob esse ponto de vista teórico, o direito apenas se torna direito pela possibilidade de o homem intratextualizá-lo e fruí-lo em seus conteúdos de validade e legitimidade, por meio de um controle processualizado, ininterrupto e irrestrito, devido processo constitucional, nos níveis instituinte, constituinte e constituído da normatividade constitutiva de direitos fundamentais. (LEAL, 2013).

Portanto, a impossibilidade de se estabelecer uma linguisticidade intrasignificativa, sobre os conteúdos de validade e legitimidade da linguagem encaminhadora dos direitos naturais ou humanos, contribui para o fortalecimento de um discurso retórico afirmativo em relação aos direitos. (LEAL, 2012). Por essa razão, ou seja, pela impossibilidade de se estabelecer uma metalinguagem em face do discurso natural do direito natural, não há outra alternativa senão se render à **crença** em um direito como doação da história. (LEAL, 2013). Nesse sentido, o direito corresponde a um conhecimento revelado, ou seja, a uma **crença**.

A **crença** em um sistema de direito natural, cujos fundamentos o próprio homem se recusa a pesquisar, contribui para o fortalecimento de um direito revelado. Resta ao homem apenas estabelecer uma crença confiante em sua existência anímica, motivo pelo qual não se pode afirmar que o direito natural e positivo se oferecem a uma dicotomia atualmente enfraquecida, como querem os positivistas.

Para Vandyck Nóbrega de Araújo, na esteira do pensamento de Aristóteles, "o Direito Positivo (1) é estabelecido pelas convenções entre homens, enquanto que o Direito Natural (2), nutriz da substância da verdade e da Justiça na consciência humana, pode ser provado cientificamente através dos princípios filosóficos de Aristóteles." (ARAÚJO, 1988, p.17).

Sendo assim, o direito natural provém de um "ordenamento Metafísico da cosmia do existente, que estabelece para cada coisa e para os seres vivos, e o Homem, o agir de acordo com a força interna responsável pelo envolver harmonioso." (ARAÚJO, 1988, p.13). É conhecendo o direito natural que o homem pode alcançar a verdade existente no mundo e, por conseguinte, certificar-se da existência de uma justiça natural (*DIKAION PSYSIKON*).

A **crença** na justiça natural, ofertada pelo pensamento aristotélico, é, por sua vez a matriz ideológica de uma **boa-fé jurídica** e de uma **má-fé jurídica**, que compõem a estrutura da **fé jurídica** no âmbito da ciência dogmática do direito.

O direito natural possui uma característica divina e corresponde a um direito que não é posto pelo homem, mas a ele revelado. O direito antecede a existência humana e pode ser encontrado no mundo inteligível do Ser, onde repousa a própria divindade, tal como idealizou Aristóteles. (ARISTÓTELES, 2012).

Depreende-se que o direito natural estabelece forte correlação com a **fé**, pois esta, tal como ensina Nicola Abbagnano (2007), é compromisso com uma noção que se considera revelada ou testemunhada pela divindade. Por isso, a **crença** em um direito natural também demanda uma postura de **fé**, na medida em que se deve acreditar em um direito justo e natural (*DIKAION PSYSIKON*), ofertado ao homem por alguma espécie de divindade.

Desse modo, a divisão do direito em natural (ciência revelada) e positivo (ciência convencionada) tem levado a ciência jurídica a um verdadeiro paradoxo quanto à compreensão do direito. Historicamente o direito vem sendo lecionado considerando a existência dessas duas grandes escolas: a jusnaturalista e a juspositivista. Apesar de o ensino jurídico indicar uma hegemonia desta sobre aquela, o que se percebe é a existência de um sincretismo teórico das duas escolas, com o objetivo de tornar o direito possível. Isso acontece em razão da ausência de delimitação teórica sobre o encaminhamento do discurso jurídico na contemporaneidade.

De acordo com pesquisa realizada por Norberto Bobbio, até o final do século XVIII a ideia de direito foi impactada por essas duas concepções teóricas. O direito natural corresponde a uma concepção de direito não escrito, quer dizer, originou-se de uma inspiração **divina**. E o direito positivo se baseia na tese de que não há direito senão aquele posto pelo homem. (BOBBIO, 2006).

Com o advento do Estado Moderno e a dissolução da sociedade medieval, o choque entre direito natural e direito positivo tornou-se evidente. Segundo Norberto Bobbio, pode se entender por sociedade medieval "uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispondo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social." Por conseguinte, com a formação do Estado Moderno, "ao contrário, a sociedade assume um estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito [...]." (BOBBIO, 2006, p. 27).

Antes da formação do Estado Moderno, o julgador, ao decidir um caso concreto, "tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar; podia deduzi-la das regras do costume ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural." Por outro lado, com o advento do Estado Moderno, o julgador tornou-se um agente vinculado às regras previamente estabelecidas. Por isso, "com a formação do Estado Moderno, o direito natural e o positivo não mais são considerados do mesmo nível; eis por que, sobretudo o direito positivo (o direito posto e aprovado pelo

Estado), é tido como o único verdadeiro direito: este é o único a encontrar, doravante, aplicação nos tribunais." (BOBBIO, 2006, p. 28-29).

A partir das ideias de Kant, considerado por alguns o criador da dogmática jurídica (ARAÚJO, 1988), a superação da tese de um direito natural, por um direito posto pela racionalidade humana, ganhou força e passou a orientar a codificação de diversas leis pelo mundo. Ao publicar a *Crítica da Razão Pura*, em 1781, o pensamento de Immanuel Kant ganhou destaque e tornou-se referência teórica para os positivistas.

Para a filosofia kantiana, "a razão é a faculdade que fornece os princípios do conhecimento a priori." (KANT, 2013, p. 59). Tais argumentos fortalecem a ideia de um Estado da Razão, de modo que o homem seria governado com base em leis racionais e não mais por condicionamentos divinatórios.

As ideias de Kant influenciaram diretamente o pensamento de Hans Kelsen, defensor ferrenho do direito positivo jurídico, e se tornaram decisivas para a construção da denominada "norma fundamental ou hipotética". A norma superior, ou seja, a que atribui validade a todo o sistema normativo, não é uma norma dada ou revelada pela autoridade divina, mas resulta da razão humana. Kant pretendeu suplantiar o conhecimento metafísico de Aristóteles elegendo a razão humana como único instrumento para produzir um conhecimento possível. (BARZOTTO, 2004).

Para Kelsen, com esteio no pensamento de Kant, "a função da razão é conhecer e não querer, e o estabelecimento de normas é um ato de vontade. Por isso, não pode haver qualquer norma imediatamente evidente." (KELSEN, 2012, p. 218). Pensar que uma norma é evidente ou revelada significa crer "que ela é posta pela vontade de Deus ou de uma outra vontade supra-humana, ou porque foi produzida através do costume, e por essa razão- como acontece com tudo o que é consuetudinário - é considerada como de per se evidente (natural)." (KELSEN, 2012, p. 218-219). Fica evidente a tentativa de Kelsen de buscar suplantiar o direito natural idealizando o direito como toda norma concebida pelo entendimento humano.

Daí a argumentação de Kelsen, no sentido de que a norma fundamental só pode ser pressuposta, cabe à razão humana conhecê-la ou encontrá-la. Logo, a norma fundamental é uma lei de validade *a priori*, o que a qualifica como suprema e dogmática. Desse modo, Kelsen se apropria da teoria do conhecimento de Kant para estabelecer as bases da teoria pura do direito, entregando ao homem a tarefa de pressupor a existência de uma ordem jurídica justa deduzida por meio da razão. (KELSEN, 2012, p. 225). A norma jurídica não seria dada pela natureza ou por alguma divindade, mas gerada pelo homem, que, valendo-se de seu entendimento racional, iria estabelecer a norma hipotética.

Contudo, é preciso reafirmar que a formação do Estado Moderno não representou suplantação do jusnaturalismo pelo juspositivismo e, por conseguinte, extinguiu a **crença** em um direito revelado pela natureza. Hodiernamente, o direito positivo sofre uma retrocarga teórica ou, melhor dizendo, ideológica, do direito natural de modo que este, em razão da incompletude daquele, tornou-se fonte principiológica de concretização do direito.

As leis positivadas não podem prever uma solução para todos os casos, por isso o direito deve buscar seu complemento em "leis naturais", melhor dizendo, na **crença** em um direito natural, ou seja, em um conhecimento jurídico revelado. Os princípios gerais do direito, tão festejados pelos positivistas, nada mais seriam que um retorno do direito positivo ao direito natural como forma de assegurar uma fundamentação válida para o direito. (ARAÚJO, 1988).

Assim, ainda que a principal bandeira do denominado Estado da Razão defenda a possibilidade de o homem ser governado por leis previamente estabelecidas pela racionalidade humana, o direito positivo não consegue superar seu maior paradoxo: resolver o problema da incompletude do sistema.

Para Vandyck Nóbrega de Araújo, o dilema da incompletude da lei se dá pelo reconhecimento, ainda que não admitam os positivistas, do direito natural como **fonte principiológica** do direito positivo.

Aristóteles não estabelece uma antítese entre o Direito Natural e o Direito Positivo, o que realmente ensina é que o primeiro sendo proveniente do conhecimento teórico, isto é, daquele que diz respeito à realidade das coisas, porque parte do conceito de natureza, deve suprir as lacunas do segundo que é originário da vontade humana, e, portanto, sujeito às vicissitudes das falhas humanas. (ARAÚJO, 1988, p. 39).

Conforme foi relatado anteriormente, o direito natural se estabelece como um conjunto de regras de inspiração divina. Logo, o direito natural, assim como a ideia de **fé**, corresponde a uma noção de conhecimento jurídico revelado. Sendo assim, a **crença** em um direito natural funciona como uma "lâmpada que, no dizer de Ésquilo, ilumina em verdade onde os homens vivem nas trevas. E ainda como o supremo fator de elucidação no espírito do jurista e do legislador para o fortalecimento da estrutura ético-social do homem." (ARAÚJO, 1988, p. 12).

A tese esboçada por Araújo, no que diz respeito ao fato de o direito natural funcionar como complemento do direito positivo, encontra respaldo no direito brasileiro. O Decreto-Lei n. 4.657 de 1942, com redação dada pela Lei 13.376 de 2010, institui a lei de introdução às

normas do direito brasileiro, que autoriza o julgador, em caso de omissão ou lacuna da lei, estabilizar o discurso jurídico por meio de analogia, costumes e princípios gerais do direito.

Nesse sentido, vale mencionar o acerto científico do processualista mineiro Rosemiro Pereira Leal, ao argumentar que a publicação do decreto mencionado representou "o mais grave vandalismo sistêmico sofrido pelo País, após a CF/88", ao revalidar o Decreto-Lei n. 4.657/42 instituído na Ditadura Vargas.

Numa desrespeitosa amostragem de indigência científico-jurídica do Congresso Nacional, tal Decreto-Lei recebeu recentemente o rótulo de 'Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro' (Lei n. 12.376 de 30.12.2010) com preservação, na sua integralidade, do texto do velho Decreto-Lei da Ditadura Vargas. Houve apenas troca de nome de decreto-lei para Lei, isto é, intentou-se democratizar, com o rebatismo, a fachada de um Decreto-Lei que instalou (açudou totalmente) a tirania da vontade legífera do judiciário. Assim, aos juízes continua entregue o privilégio da *livre interpretação* do direito e a atribuição de produção do direito na hipótese de ausência de normas ao enfrentamento dos conflitos jurídicos (proibição do non-liquet - arts. 4º e 5º da Lei n. 12.376/2010), [...]. (LEAL, 2013, p. 16-17).

Depreende-se, desse dispositivo legal que a estabilização do direito positivo brasileiro não estaria no próprio sistema instituído, mas na capacidade daqueles, portadores de autoridade, de buscar fora do sistema um conhecimento ideológico, revelado, cuja missão é tornar completo o direito positivo. Os princípios gerais do direito funcionariam, tal como preconizou Aristóteles, como elemento estabilizador da linguagem científica evitando que o conhecimento caminhe *ad infinitum*. (ARISTÓTELES, 2012). Logo, o sistema jurídico não conseguiu se desvencilhar da **crença** em um conhecimento revelado, uma vez que, diante das angústias e limitações do próprio saber, recorre a princípios gerais, que, no dizer Vandyck Nóbrega de Araújo (1988), representam o retorno do direito positivo ao recinto sagrado do direito natural.

Daí a justificativa para a **crença** em um direito de **boa-fé** e um direito de **má-fé**, pois tanto a "**fé boa**" da **boa-fé** quanto a "**fé má**" da **má-fé** representam a confiança em um conhecimento jurídico, insuscetível de ser testificado por meio de teorias conjecturais. Assim, cabe aos portadores de autoridade (executivo, judiciário, legislativo) se valer de um saber fundado na *livre interpretação*, cuja finalidade é assegurar efetividade do sistema jurídico.

Portanto, a necessidade de arquitetar uma sociedade fechada, em contraposição a uma sociedade aberta (POPPER, 1998), onde o portador de autoridade possa ocupar posições estratégicas, decorre **da crença** em uma justiça natural (*DIKAION PSYSIKON*), passível de ser cognoscível apenas por alguns privilegiados. Preservar a **crença** em uma sociedade fechada significa fortalecer o dogma de que o conhecimento, para ser possível, deve confiar

em alguns pressupostos ou **crenças** em verdade absolutas, com a função de manter a unidade de um sistema, cujos fundamentos o entendimento humano se recusa a perquirir.

Uma das características da atitude mágica de uma sociedade tribal primitiva ou fechada é a de que ele vive num círculo encantado de tabus imutáveis, de leis e costumes considerados inevitáveis como o nascer do sol, ou o ciclo das estações, ou similares e evidentes acontecimentos regulares da natureza. E somente depois que tal 'sociedade fechada' mágica de facto se desmorona é que se pode desenvolver uma compreensão teórica da diferença entre 'natureza' e 'sociedade'. (POPPER, 1998, p. 71).

Essa compreensão totalitária, de que a sociedade não pode sobreviver sem acreditar em seus dogmas imutáveis, vem reduzindo a ciência, sobretudo a ciência jurídica, a meios ideológicos de estabilização do discurso. A ciência, quando produzida pelo entendimento humano, não pode contrariar ou questionar os dogmas de **fé**, deve preservá-los como verdades inquebrantáveis.

Em razão desse entendimento, reputa-se como pertinente a asserção feita por Hans Albert, que, apoiando-se na epistemologia de Karl Popper, denuncia a dificuldade de produzir um conhecimento científico por meio da **dogmática jurídica**. De acordo com o autor, a chamada “ciência do direito” se aproxima do **pensar teológico** na medida em que "se submete, mais ou menos explicitamente, a um modelo de revelação do conhecimento, segundo o qual o que importa é derivar a verdade de comunicados de instâncias dotadas de autoridade indubitável para a solução dos respectivos problemas." (ALBERT, 2013, p. 67).

Essa asserção sustenta a hipótese de que o estudo do direito vem sendo impactado, de forma consciente ou inconsciente, pelo pensamento aristotélico, no que diz respeito ao papel do jurista ou da autoridade em se valer de um direito natural (conhecimento revelado), cujos fundamentos ele próprio desconhece, para completar os sentidos normativos do direito positivo.

Assim, a ausência de uma demarcação epistemológica, que permita arguir e construir a linguagem jurídica por meio de teorias, tem contribuído para a **crença** de que o direito, presente “na consciência do povo, não é um composto de regras abstratas; mas é percebido na realidade de seu conjunto e a regra, em sua forma lógica, aparece quando você sente a necessidade [...]”¹⁴.” A asserção de Savigny sinaliza para a esperança de que o direito pode se

¹⁴ No original: “El derecho que vive en La conciencia de pueblo, no es un compuesto de reglas abstractas; ES percebido em La realidad de su conjunto, y la regla, bajo su forma lógica, aparece cuando se hace sentir su necesidad [...]” (SAVIGNY, 1878, p. 30).

revelar por meio da realidade, de acordo com o momento e as necessidades do povo. Isso reforça a **fé** em um direito mítico e preexistente, que poderá ser encontrado ou revelado em algum momento da realidade em devir.

Savigny, em sua exposição teórica, não explicita os fundamentos científicos que o levaram a crer que o direito pode ser percebido ou encontrado na realidade. Daí a importante observação de Rosemiro Pereira Leal: "[...] o direito não é uma coisa (*vires occultae*) vinda do cosmo inefável ou da sabedoria da natureza anímica, física ou biológica (metafísica), ou coisa eternamente contida no cérebro do homem ou na sociedade [...]." (LEAL, 2012, p. 1).

A interpretação de Leal conduz a uma nova linha de reflexão: ao estudo do direito a partir das teorias, e não de ideologias, que difundem o direito como um "fenômeno historicamente realizado." (REALE, 1976, p. 16).

2.3 O fideísmo dos juízos decisórios

Para a teoria neoinstitucionalista, apenas é possível falar em direito democrático se for considerada como possibilidade epistemológica a falibilidade do discurso jurídico. Nessa linha conjectural, o direito democrático deve se abrir a uma fiscalização (correição) continuada da legalidade pelos destinatários da normatividade jurídica. (LEAL, 2010). O método pelo qual se torna possível à construção, a correção ou até mesmo a extinção do direito é o devido processo legal. Por isso, o processo, na teoria neoinstitucionalista, é o referente lógico-discursivo de testificação de teorias, ideologias e **crenças** que se habilitam a construir o direito no paradigma de Estado Democrático. (LEAL, 2002).

Em uma perspectiva neoinstitucionalista, os juízos decisórios, fundados **na equidade, na livre convicção, na sensibilidade, e no bom senso do julgador**, não tem a prerrogativa de produzir o direito democrático. Existe uma **crença** de que o poder judiciário tem a função de criar o direito a partir de uma norma abstrata. Tal entendimento contribui para o fortalecimento de um **direito fideísta**, ou seja, estabilizado a partir de um senso comum extraído do saber privilegiado do agente público decisor.

Nesse sentido, o fideísmo dos juízos decisórios consiste em acreditar (**crer**) que o decisor ou o denominado "poder judiciário", tem a autoridade de criar o direito quando a lei se torna obscura ou incompleta. Portanto, entregar ao judiciário a "missão" de "construir o

direito” através do *mystae*¹⁵ é mais uma estratégia que a ciência dogmática encontrou para justificar a **crença** de que o sistema jurídico é infalível.

Defende-se que a matriz filosófica (linguagem), pelo qual a ciência dogmática do direito se apropriou para confiar à autoridade a prerrogativa de dizer qual o direito deve ser aplicado ao caso concreto, advém do pensamento aristotélico. Para Aristóteles nenhum conhecimento poderá caminhar *ad infinitum*. Em face da incompletude das ciências particulares (ciência do direito), será necessário eleger uma autoridade para estabilizar os sentidos da linguagem científica, valendo-se de princípios ou axiomas que deverão ser extraídos de uma realidade extrassistêmica. (ARISTÓTELES, 2012).

Desse modo, será sustentado, a partir das paginas seguintes, que o pensamento de Bülow, idealizador da teoria do processo como relação jurídica, se valeu da matriz aristotélica para justificar que a relação jurídica de direito público deve ser controlada pelo julgador oficial indicado pelo Estado. (BÜLOW, 2005).

Oskar Von Bülow foi o principal articulista da tese de que o julgador tem a prerrogativa de criar o direito em face do caso concreto. Ao palestrar sobre o tema “Direito positivo e a função judicial”¹⁶ o doutrinador alemão argumenta que “a atividade jurisdicional contribui para continuar e aperfeiçoar o trabalho de criação legiferente que começou com o direito positivo. A atividade do legislador termina com a criação da lei abstrata. Será o trabalho consciente e constante do juiz que realiza a ordem legal.”¹⁷(BÜLOW, 1995, p. 74). Posto que, “o poder do Estado que elabora a lei, fala a última palavra, mas não com a produção legislativa, mas sim com a função jurisdicional. Este poder de determinação legal, e não a dedução do silogismo, necessário para criá-lo, constitui a peculiaridade, a essência da decisão judicial”¹⁸. (BÜLOW, 1995, p. 75).

¹⁵O *mystae*, segundo Giambattista Vico, é o intérprete dos deuses, ou seja, aquele portador de uma racionalidade capaz de "entrar na mente de Deus" e compreender, melhor que outros seres humanos, "a jurisprudência divina". "E tal jurisprudência estimava o justo apenas através da solenidade das divinas cerimônias; donde vieram aos romanos tantas superstições dos atos legítimos, e em suas leis permaneceram aquelas frases "*iustae nuptiae*" e "*iustum testamentum*" por núpcias e testamentos solenes." (VICO, 1999, p. 407).

¹⁶ A palestra “Statutory Lay And The Judicial Function” foi publicada no American Journal of Legal History em janeiro de 1995.

¹⁷No original: “Judicial activity helps to carry on and perfect the work of creating a legal order that has only begun in the statute. The activity of the legislator stops with the one-time abstract legal precept.” (BÜLOW, Oskar. Statutory Lay And The Judicial Function. **Amerian Journal of legal History**: Temple University, jan. 1995. P. 74).

¹⁸ No original: The power of the state, which makes the laws, speaks its last word, not with the statutory, but with the judicial legal determination. This power of legal ordering, not the production of the syllogism required to create it, constitutes the peculiarity, the essence, of the judicial decision. (BÜLOW, Oskar. Statutory Lay And The Judicial Function. **Amerian Journal of legal History**: Temple University, jan. 1995. P. 75).

Em face do entendimento supracitado é possível conjecturar que o denominando o instrumentalismo processual, apropriou das ideias de Bülow para sustentar a tese de que o processo é o meio pelo qual o Estado-Juiz manifesta o seu poder de regular o direito. (DINAMARCO, 2013). Com isso, o pensamento de Bülow pode ser a matriz pela qual, setores do judiciário defendem a ideologia do ativismo judicial.

Ocorre que no paradigma de direito democrático, o Estado-Juiz não figura como guardião natural do *Agathon* aristotélico, em razão disso, os fundamentos decisoriais devem se abrir para uma testificação concorrencial entre teorias que se propõem encaminhar o discurso da normatividade. Desse modo, não é possível falar em direito democrático quando apenas alguns especialistas têm a prerrogativa de dizer, de forma interdital, o que é "**justo**" e o que é "**injusto**" para os herdeiros da sociedade fechada. (POPPER, 1998).

O que ainda não ficou claro para doutrinadores e juristas é que confiar a completude do sistema jurídico aos saberes interditaes e extrassistêmicos dos portadores de autoridade é reduzir a ciência jurídica à **crença** em saberes miticamente revelados, a partir uma perspectiva ideológica fundada na **boa-fé** ou na **má-fé**. Tal postura não concorre para o progresso da ciência processual, ao contrário, impede que conhecimento jurídico apresente, por meio de proposições lógicas suscetíveis à crítica, alternativas possíveis para o progresso da ciência processual.

O direito, como ciência posta pelo entendimento humano, não pode se dar ao luxo de encaminhar os sentidos normativos com base em um conhecimento revelado pela sensibilidade da autoridade. Em prevalecendo esse entendimento, o direito em nada se diferencia da **fé** (ABBAGNANO, 2007), uma vez que caberá aos destinatários normativos confiar no talento e no saber privilegiado dos guardiões do sistema normativo.

Sustentando que a autoridade tem a prerrogativa de conduzir o povo, argumenta Oskar Von Bülow:

A visão e a habilidade para a criação da lei são adquiridas através da educação na ciência jurídica. A única maneira de pensar é a aquisição da construção do caráter moral. Feliz é o país cujos juízes tem feito os dois inteiramente bem! Um povo que não pode confiar na visão legal e na justiça de seus juízes está condenado, mesmo que tenha o melhor dos ordenamentos. Não apenas o ordenamento, mas o ordenamento e o judiciário criam o direito para o povo!¹⁹ (BÜLOW, 1995, p. 92).

¹⁹ No original: The law-creating insight and ability is gained through education in legal science. The just way of thinking is the achievement of moral character-building. Fortunate is the country whose judges have done entirely well with both! A people who cannot rely on the legal insight and justice of its judges is perished and lost despite the best statutes. Not just the statute, but statute and judiciary create law for the people! (BÜLOW, Oskar. Statutory Lay And The Judicial Function. **Amerian Journal of legal History**: Temple University, jan. 1995. P. 92).

Depreende-se, do pensamento de Bülow, que o julgador é um "sujeito processual cognoscente que, por enunciados solipsistas, mostra-se como fonte decisional e gênese de um saber inatamente ontológico-pedagógico de realização da justiça." (LEAL, 2014, p. 371).

Nesse sentido, vale transcrever os artigos 4º e 5º da Lei n.12.376/2010 - Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, que, em total desrespeito ao paradigma processual democrático adotado pela Constituição Federal, faculta ao julgador controlar a relação processual por meio de "juízos" advindos de sua consciência privilegiada. Assim, o atual sistema jurídico brasileiro admite a existência de juízos extrassistêmicos na construção e explicação dos sentidos normativos do direito, mantendo-se fiel à ideologia de Bülow.

Dispõe o artigo 4º:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. (BRASIL, 2010).

Prossegue o legislador:

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ele se dirige e as exigências do bem comum. (BRASIL, 2010).

Nota-se que o dispositivo legal, ao proibir o *non-liquet*, estabelece que as lacunas da lei devem ser preenchidas por juízos não suscetíveis a uma fiscalidade processual democrática. Logo, se tais juízos não passam pelo crivo linguístico da processualidade democrática, o direito está sendo implementado a partir do **senso comum**, ofertado pelo saber privilegiado do julgador.

Em relação ao fideísmo dos juízos decisórios são oportunas as conjecturas do processualista Rosemiro Pereira Leal, disponibilizadas em seu artigo "A continuidade do caráter oculto do sentido normativo no direito brasileiro":

À medida que se ponham em relevo inerentes atributos justiceiros aos decisores judiciais, ceifam-se aspectos científicos-institucionais da judicacionalidade quanto ao seu comprometimento com a *teoria da constitucionalidade* que possa distinguir um direito de caracterologia democrática de outro de origem diversa. A Ciência Dogmática do Direito ainda dorme ninada nos braços e abraços de gerações seculares de julgadores nostálgicos cujo *saber* é retirado do seu *poder* de decidir. Pratica-se o dogma da compulsoriedade das decisões em nome da celeridade e efetividade do processo sem nem mesmo saber qual *processo* se adota entre as

múltiplas teorias que encaminham a construção de um Sistema Jurídico-Democrático. (LEAL, 2013, p. 17). (**Grifos do autor**).

A questão de se eleger o julgador como agente privilegiado na relação processual para emitir juízos, saberes, retirados do próprio poder de decidir, permite confirmar que tal entendimento tem sua gênese no pensamento aristotélico. De acordo com o pensador grego, em toda relação cognitiva deve haver um responsável, tutor, por estabilizar o entendimento, de modo que a discussão não caminhe *ad infinitum*. (ARISTÓTELES, 2012).

Para Aristóteles o filósofo é o portador de sabedoria, capaz de conhecer o BEM/*AGHATON* e, por conseguinte, emitir "**juízos de boa-fé**". Por outro lado, também cabe ao portador da autoridade afastar o MAL/*a KAKIA*, reconhecendo os "**juízos de má-fé**" de pessoas cujo objetivo é afastar-se do bem. (ARAÚJO, 1988).

Observa-se que, para Aristóteles, essa tarefa é responsabilidade do filósofo, e, de acordo com o direito processual brasileiro, art. 140 do novo CPC, essa função é do julgador: "o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico" (BRASIL, 2015).

Para sustentar a tese aqui defendida vale mencionar o ensinamento de Aristóteles em situações quando a lei for omissa:

[...] quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade, corrigir a omissão - eram outras palavras, dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso. Por isso o equitativo é justo, superior a uma espécie de justiça - não justiça absoluta, mas ao erro proveniente do caráter absoluto da disposição legal. E essa é a natureza do equitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade. (ARISTÓTELES, 1991, p.120).

Da leitura do trecho acima mencionado é fácil perceber o total acolhimento da matriz aristotélica pelo doutrinador Oskar Von Bülow. Segundo o pensador alemão, o escolhido para julgar está "autorizado pelo Estado para lidar com tais determinações legais que não estão contidas no direito positivo, mas são exclusivamente encontradas pelo juiz, de fato inventadas por ele, e não selecionada e destinada pelo estatuto jurídico."²⁰ (BÜLOW, 1995, p.90). Isso significa que o julgador, capturado consciente ou inconscientemente por matrizes totalitárias do pensamento aristotélico, é o sujeito conhecedor capaz de apresentar juízos extrassistêmicos

²⁰ No original: "is also empowered by the state to deal with such legal determinations that are not contained in the statutory law but are solely found by the judge, indeed invented by him, not selected and intended by the statute." (BÜLOW, Oskar. Statutory Lay And The Judicial Function. **Amerian Journal of legal History**: Temple University, jan. 1995. p. 90).

com a suposta finalidade de assegurar o "**bem**" de um sistema, cujos fundamentos ele se recusa a explicitar.

Foi em razão desse poder criativo dos julgadores, ou seja, de juízos de direito não democráticos, é que, segundo Bülow, "o direito romano deve a maior parte da grandeza que assegurou ou seu poder mundial através do Império Romano ao trabalho de criação judicial do direito, que era laborioso, livre e moderado, nobre de espírito e liderado por uma brilhante jurisprudência."²¹ (BÜLOW, 1995, p. 81).

Uma vez formada a relação jurídica processual, o tribunal, na pessoa do julgador, "assume a obrigação concreta de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e, de outro lado, as partes ficam obrigadas, para isto, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum."(BÜLOW, 2005, p. 6).

Infelizmente o processo, que deveria ser a metalinguagem habilitada a expurgar os mecanismos totalitários da linguagem jurídica, se transforma, na fala de processualistas, em mero instrumento técnico a serviço da dogmatização dos sentidos normativos de um direito autocrático. (LEAL, 2010)

Por conseguinte, ao interrogar o pensamento de processualista que sucederam Bülow na difusão do direito processual, percebe-se que os mesmos, apesar de apresentar uma nova roupagem para processo civil, não conseguiram escapar da matriz aristotélica.

Vejamos em breve síntese, o pensamento de processualistas que, ao buscarem aprimorar o pensamento de Bülow, acabaram por aperfeiçoar o agir estratégico da autoridade decisória. Com essa exposição, ficará evidente que se não alterar a matriz teórica (linguagem) pelo qual o direito vem sendo encaminhado, não é possível falar em democraticidade no processo.

Extraí-se de estudos de processualistas da estirpe de Giuseppe Chiovenda que o conceito de decisão jurisdicional assenta-se sob dois aspectos. Primeiro, a decisão, por ser um ato de tutela jurídica, deve ser estruturada na vontade concreta da lei. Por outro lado, "a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei." (CHIOVENDA, 2002, v.1, p. 64). Nota-se que o processualista também não consegue escapar do totalitarismo aristotélico e entrega a estabilização dos sentidos normativos à fé do saber

²¹ The Roman law owes most of the greatness that secured its world power beyond the existence of the Roman Empire to the work of judge-made law which was industrious, free and yet moderate, noble-minded, and led by brilliant jurisprudence. (BÜLOW, Oskar. Statutory Law And The Judicial Function. **Amerian Journal of legal History**: Temple University, jan. 1995. P. 81).

privilegiado do portador de autoridade. Em Aristóteles, conforme pretendeu-se demonstrar, a autoridade tem uma função estratégica na condução dos não eleitos em sabedoria e talento.

Em segundo lugar, o processo civil é o instrumento por meio do qual o julgador encontrará "o pensamento da lei", pois o "processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir." (CHIOVENDA, 2002, v. 1, p. 67).

O processo, em Chiovenda, tem a função ritualística de não só validar um direito indemarcado, mas, sobretudo, de criar as condições para o exercício de poder, pois, na ausência de lei ou se essa for omissa, cabe ao julgador se valer de "juízos", de modo a impedir que o debate prospere *ad infinitum*. Daí a importante percepção que "vislumbrada por HEGEL, positivada por BETHANN-HOLWEG, e explanada especialmente por OSKAR BÜLOW, e depois por KOHLER e muitos outros, inclusive na Itália: o processo civil contém uma relação jurídica." Trata-se de um conceito "inerente ao *iudicium* romano, assim como a definição que do juízo emitiam nossos processualistas medievais: *Iudicium est actuum personarum, actoris, rei, iudicis*. (BULGARO, De iudiciis, § 8º)." (CHIOVENDA, 2002, v. 1, p. 78). Dessa forma, o juiz, ao constituir a relação jurídica, estabelece as condições processuais para, por meio de uma sentença, concluir sua missão em defesa da justiça.

O pensamento aristotélico sobre direito e justiça também influenciou James Goldschmidt. Para o jurista alemão, ao proferir uma decisão, o julgador apresenta um ato resolutivo para uma demanda judicial, com o propósito de revelar o justo, *DIKAION*, ao caso concreto. Por isso, o juízo decisório é uma "declaração do que o juiz considera justo para o caso concreto. Trata-se de um resultado de um processo mental e, por isso, um juízo." Nesse sentido, prossegue o autor, as decisões "podem se definir como a manifestação de vontades emitidas pelo juiz com o fim de verificar o que considera justo." (GOLDSCHIDT, 2004, p. 135).

Percebe-se que o processo, de acordo com essa concepção teórica, funciona como instrumento (rito) por meio do qual o julgador emite um juízo, em face da incompletude normativa, sob o argumento de estar aproximando os litigantes da justiça, ou seja, do *DIKAION PSYSIKON*. Por isso, cabe ao julgador separar o justo (*BOM/AGATHON*) do injusto (*MAU/AKAKIA*) e, para conhecer os desígnios da justiça, ele deveria recorrer a sua consciência e ao senso de equidade.

Para Francesco Carnelutti, a decisão judicial, denominada por ele próprio de pronunciamento, "se resume em uma declaração do juiz." Tendo sido instaurado o procedimento e assegurada a bilateralidade de falas entre autor e réu, "deverá falar o juiz; o

juiz diz por sua vez o que tem que dizer" sobre a relação processual. (CARNELUTTI, v. IV, 2000, p. 411).

Ao encerrar a instrução processual e dar início à fase do pronunciamento, o julgador deverá, segundo Carnelutti, proceder à "verificação de seu poder", por meio de uma verdadeira investigação em torno dos fatos e circunstâncias apresentados pelo autor e réu. (CARNELUTTI, 2000, v. IV, p. 417).

De acordo com Enrico Tullio Liebman (2005), o juiz tem a função de reconstruir a verdade dos fatos e, por conseguinte, emitir um juízo vinculado ao direito vigente. Contudo, observa o jurista italiano, considerando casos excepcionais, o julgador pode ter:

Maior liberdade e é autorizado a extrair de outras fontes o critério de seu julgamento, adaptando-se às particularidades dos casos, de modo a formular uma regra jurídica concreta que lhe pareça mais justa para a espécie. Estamos diante de um juízo de equidade. Cada fato concreto apresenta, realmente, aspectos ou particularidades próprias, de modo que a aplicação de uma regra abstrata e geral, como é a lei, nem sempre produz resultados satisfatórios. A equidade é um corretivo da rígida aplicação da regra abstrata, que permite dobrá-la e conformá-la às necessidades de cada caso. (LIEBMAN, 2005, p. 220-230).

Liebman apresenta uma preocupação peculiar ao pensamento aristotélico, ou seja, a necessidade de se estabilizar uma discussão judicial com a finalidade de evitar seu prolongamento *ad infinitum*. Ensina Enrico Tullio Liebman que sentença judicial é o ato final do processo "mediante o qual o juiz formula seu juízo. A sentença torna-se, assim, ato de autoridade, dotada de eficácia vinculativa, contendo a formulação da vontade normativa do Estado." (LIEBMAN, 2005, p. 309).

O juízo de equidade, ao permitir que o julgador busque a estabilização de uma demanda por entendimentos advindos de fora do sistema vigente, reduz a ciência do direito a uma espécie de conhecimento divinatório cognoscível apenas pela autoridade decisória. O eleito para decidir é, ao mesmo tempo, a pessoa que poderá, quando a lei não for suficiente, buscar um conhecimento já estabilizado pelos juízos divinatórios.

Colhe-se da leitura de Eduardo J. Couture (2008) que a sentença judicial não seria um mero resultado lógico entre a premissa maior (lei) e a premissa menor (fato). Para Couture, a função do juiz é ajustar a demanda debatida perante o órgão judiciário não só ao direito, mas também à justiça.

Nota-se que Eduardo Couture reafirma a dicotomia entre direito e justiça, conforme preconiza Aristóteles em *Ética a Nicômaco*. (ARISTÓTELES, 1991). Para o processualista, consciente ou inconscientemente, é necessário reforçar o papel privilegiado do julgador na

estabilização do discurso jurídico, por meio de juízos advindos de um entendimento sobre justiça.

Desse modo, para se afastar do formalismo legal, o autor argumenta que o juiz, ao atuar como um verdadeiro investigador dos fatos, "é livre de eleger o direito que considere aplicável, segundo a sua ciência e sua consciência. O aforismo, reiteradamente invocado neste livro, *junovitcuria*, significa, pura e simplesmente, que o juiz não fica ligado pelos erros ou omissões das partes e que na procura do direito todos os caminhos lhe estão abertos." (COUTURE, 2008, p. 151).

O conceito de "juízo", extraído do pensamento dos juristas acima mencionados, corresponde a um protagonismo jurisdicional, de tal modo que cabe ao intérprete-decisor estabelecer os sentidos normativos da sua decisão. O direito aplicado ao caso concreto é purificado pelo senso de justiça revelado pela consciência do agente público julgador, que é, ao mesmo tempo, o sujeito conhecedor do debate judicial. (BATISTA, 2015).

Em sentido contrário aos processualistas mencionados, Rosemiro Pereira Leal argumenta que estar em juízo, no paradigma linguístico de Estado Democrático de Direito, implica vedar que os sentidos normativos das decisões jurisdicionais sejam estabilizados pelo talento mítico e clarividente da autoridade decisória. O pesquisador reconhece o processo, como espaço teórico-crítico de estabilização dos sentidos retórico-afirmativos da linguagem jurídica, que abre a possibilidade de construção, modificação e aplicação de um direito posto pelo entendimento humano. (LEAL, 2013).

Em se tratando de direito democrático, à luz do paradigma de Estado Democrático de Direito, demarcado pela Constituição de 1988:

Estar em juízo que não seja o democrático constitucionalizado no Brasil atual é estar num órgão sem delineamento processual em que a hermenêutica jurídica se entrega ao realismo mecanicista e ao empirismo convencionalista sensibilizada pela mítica do talento, poder e clarividência da auctoritas. A distinção entre a lógica jurídica do Estado Democrático e a doutrina da ciência dogmática do direito dos Estados liberal e social é que, no Estado democrático, o âmbito dos "juízos de direito" não é mais exclusivamente matéria de política ou organização judiciária como linhas de delimitação de competências de atuação de qualquer direito, mas onde todas as competências (especializações jurisdicionais) se submetem ao eixo jurídico-sistêmico da constitucionalidade processualizada. Pouco importa se se debate direito material ou processual (para aqueles que ainda sustentam essa velha dicotomia), o que se estabiliza para os petionários é o direito fundamental do devido processo como instituição construtiva, modificativa e aplicativa do direito desde o nível instituinte e constituinte ao nível constituído de sua normatividade. (LEAL, 2014, p. 372).

Permanecendo a estabilização dos sentidos normativos da linguagem jurídica, decorrente de juízo, cujos fundamentos a autoridade decisória se recusa a explicitar, há a interdição do direito democrático. O direito de estar em juízo democrático impõe, em sede de Estado Democrático de Direito, que os juízos do Estado-Juiz estejam abertos a uma fiscalidade processual permanente, estabelecendo um contraponto teórico aos juízos de **boa-fé** e de **má-fé**.

2.4 A boa-fé como princípio estratégico da fé jurídica

Conforme ensina a processualista Brunela Vieira de Vincenzi, a **boa-fé jurídica**, que deriva do direito privado, deve ser utilizada pelo direito processual civil como um *princípio hermenêutico* objetivo. A autora argumenta que a **boa-fé** foi utilizada, primeiramente, "na interpretação dos contratos e das obrigações e deveres deles decorrentes. Tal previsão é norma expressa no direito brasileiro, contido no art. 131 do Código Comercial e, no art. 113, do novo Código Civil." É a partir do aproveitamento doutrinário da **boa-fé** no direito privado que torna possível, no campo processual, considerá-la *princípio hermenêutico* do direito na atualidade. Contudo, pondera a autora, sua utilização para fins interpretativos deve ser integrativa e não valorativa, afastando-se de uma perspectiva subjetiva em relação à **boa-fé**. Sendo assim, "nos contratos deverá ser levada em consideração a economia do ajuste, ou seja, o fim social econômico-social a ser obtido com a contratação." (VINCENZI, 2003, p. 159).

Segundo o processualista Fredie Didier Júnior, o **princípio da boa-fé** também "exerce uma função hermenêutica", de modo que a decisão judicial e seus postulados devem ser interpretados "de acordo com este princípio". Portanto, não é possível ignorar "toda produção doutrinária sobre boa-fé no direito privado e no direito público." Desse modo, "o princípio da boa-fé extrai-se de uma cláusula geral processual. A opção por uma cláusula geral de boa-fé é a mais correta. É que a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal." (DIDIER JR. 2014, p. 73).

O pensamento do processualista baiano é o mesmo de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Para o doutrinador lusitano, a **boa-fé**, deve funcionar como instituto jurídico, cuja finalidade é adequar o sistema normativo às inevitáveis e infinitas alterações de um sistema de direitos. (MENEZES CORDEIRO, 1984, v. I.).

Anne Joyce Angher, ao lecionar sobre **litigância de má-fé** no processo civil, também correlaciona a **boa-fé** no direito processual como uma espécie de *princípio hermenêutico*, porém, deve ser utilizado pelo julgador de forma objetiva. Por isso, diferenciando-se da **boa-fé subjetiva**, que se funda em questões psicológicas do sujeito, "a boa-fé objetiva tem natureza de cláusula geral, fonte criadora de direito e obrigações, com conteúdo normativo." (ANGHER, 2005, p. 45).

Alvino Lima explica que "o princípio da boa-fé é o caminho pelo qual a moral penetra no direito". Partindo desse entendimento, "o princípio da boa-fé, constitui, pois, a regra fundamental das relações humanas, quer na constituição das obrigações, como, na sua execução; quer na confecção dos atos jurídicos [...]." (LIMA, 1965, p. 11).

Na mesma linha de raciocínio, Octávio Guimarães explica que, ao positivar a **boa-fé**, a lei pretende alcançar "a segurança dos negócios, a estabilidade das relações jurídicas, a certeza do comércio, todos esses fatos determinam a proteção da aparência." (GUIMARÃES, 1953, p. 41).

No magistério de Valter Ferreira Maia a **boa-fé** também exerce a função de garantir a efetividade do direito material por meio de um processo. Por isso, em um processo judicial, é preciso "resgatar a conduta sempre de boa-fé das partes, eliminando-se, tanto quanto possível, o litigante de má-fé, para que o processo seja efetivamente um meio pelo qual o lesado exige e obtém do Estado aquilo que o direito material lhe reserva por justiça." (MAIA, 2002, p. 26).

Em sua tese de doutorado sobre **litigância de má-fé** e lealdade processual, Celso Hiroshi Iocohama, também reconhece que a **boa-fé** é utilizada, na maioria das vezes, para resolver questões voltadas ao direito obrigacional e contratual. O doutrinador argumenta que da **boa-fé jurídica** é que se torna possível extrair a lealdade processual, compreendida como princípio geral no processo. A função do "princípio da lealdade processual", que deriva da **boa-fé**, é indicar o "limite de conduta que deve ser observado diuturnamente para quem está no processo, caracterizando-se, pois, como um *princípio setorial*." (IOCOHAMA, 2006, p. 54).

Para Rodrigo D'Orio Dantas, assim como o autor acima mencionado, a "boa-fé está diretamente ligada ao dever de lealdade." Por isso, a **boa-fé** no processo civil deve ser entendida como norma de conduta, baseada no homem honesto. Assim, aquele que participa de um processo judicial deve observar a **boa-fé** na prática de todos os atos processuais. (DANTAS, 2013).

A **boa-fé** também assume uma *função hermenêutica* no processo civil, de acordo com o magistério de Rui Stoco. Para o doutrinador, "a boa-fé hermenêutica traduz-se na

interpretação dos atos jurídicos, contribuindo para compreender as manifestações de vontade." Por isso, a boa-fé se torna "fonte de pacificação, de convalidação, de socialização e de aquisição de direito [...]." (STOCO, 2002, p. 43).

Depreende-se, a partir das argumentações acima mencionadas, uma aliança entre doutrinadores civis e processualistas civis, no sentido de que a **boa-fé jurídica** deve ser compreendida como um verdadeiro *princípio hermenêutico* de atuação e pacificação do direito material. Sendo assim, a **boa-fé jurídica**, que se origina do direito privado, cuja finalidade primordial é tutelar as relações contratuais e obrigacionais, ao migrar para o direito processual adquire o *status* de mecanismo de interpretação integrativa e objetiva da normatividade jurídica.

Contudo, interrogando a ciência dogmática do direito, por meio de outras conjecturas científicas, concluiu-se que a "fé" da **boa-fé** é a confiança em um conhecimento não testificável (ABBAGNANO, 2007) e o "bom" da **boa-fé** tem relações com o *AGATHON* aristotélico – crença em um conhecimento voltado para o bem. (ARAÚJO, 1988). Portanto, é possível conjecturar que a estabilização da linguagem jurídica, por meio do **princípio da boa-fé**, é mais um mecanismo estratégico, que se vale a ciência dogmática do direito, para impedir o reconhecimento da falibilidade do sistema jurídico.

A **boa-fé** como *princípio hermenêutico*, se torna, em razão de sua posituação em lei processual, um texto autônomo que se habilita a fornecer sentidos para uma melhor compreensão dos casos concretos. Ocorre que o sentido normativo da **boa-fé** é indemarcado, ou seja, ele não tem texto, apenas discurso! (RICOUER, 1989). Desse modo, o instituto da **boa-fé**, uma vez positivado pela escrita (legalidade), alcança um distanciamento estratégico em relação aos sujeitos do debate jurisdicional. É nesse momento que surge o papel da autoridade na condução de uma sistema jurídico que é infalível, em razão do seu caráter eminentemente dogmático.

Partindo dessa linha de entendimento é forçoso concluir que a significação dos sentidos normativos da **boa-fé** se dá pela **crença** em um sistema a-teórico. É a ausência de teoria linguística sobre a **boa-fé** que justifica a condição de existência da própria **boa-fé**, como instituto jurídico posto pelo texto da lei. Assim a confiança na **boa-fé**, como princípio hermenêutico, está na **fé** de que tal instituto é capaz de encontrar a melhor solução a partir da pré-compreensões extraídas de um sistema jurídico não formalizado teoricamente. (SAUSSURE, 2004).

Nessa linha de entendimento, pode-se considerar que o sistema jurídico, demarcado constitucionalmente, não é compreendido como uma teoria propositiva de direitos, mas como

uma "proposta" de direitos que deverá ser conduzida conforme a "sensibilidade" de algum tipo de autoridade. Por isso, sem demarcar em qual concepção teórica o **princípio da boa-fé** está sendo operacionalizado pela ciência jurídica, como princípio hermenêutico, a compreensão dos sentidos normativos da "fé" da **boa-fé** será, de fato, uma tarefa exclusiva do destinatário final do contraditório, ou seja, a autoridade. Desse modo, o meio, o modo ou a técnica, o instrumento com os quais o agente decisor buscará a pacificação dos direitos materiais, denomina-se processo, que, na atuação do direito privado - patrimonial, é reconhecido como processo civil.

Por outro lado, considerando a argumentação crítica, construída por Rosemiro Pereira Leal, no sentido de que um modelo civil de processo civil instala e preserva a "justiça civil", em que o civil caracteriza aquele já patrimonializado desde sempre em direito individual/material. (LEAL, 2012). A **boa-fé jurídica**, compreendida como *princípio hermenêutico* de tutela dos direitos materiais é que vai possibilitar a operacionalização do sistema jurídico, pacificando, em caso de dúvidas ou lacunas normativas, os interesses do **litigante de boa-fé**, em detrimento do **litigante de má-fé**.

Considerando tais conjecturas, de fato, um modelo civil de processo civil vai proporcionar, na verdade, preservação das formas de vida postas por uma sociedade civil, excluindo o *potus*, desprovido de direito patrimoniais, da possibilidade de se autoincluir em direitos fundamentais. Daí a **boa-fé jurídica**, compreendida como *princípio hermêutico* do processo civil, é que vai possibilitar a operacionalização do sistema jurídico por meio de um conhecimento de **crença**, ideologia jurídica, em detrimento de um conhecimento conjectural, teoria jurídica, sobre os sentidos intrasignificativos da linguagem jurídica.

Desse modo, dizer que, em caso de omissão da legalidade, a autoridade decidirá de acordo com a "analogia", os "costumes" e os "princípios gerais do direito", e que, na aplicação da lei, deverão ser observados os "fins sociais" e as exigências do "bem comum", conforme autorizam as normas de introdução ao direito brasileiro, Lei 12.376/2010, em seu artigo 4º e 5º, é acreditar que a justiça civil só poder se realizar plenamente pela **boa-fé** do intérprete exclusivo da linguagem jurídica. Pois, a **boa-fé**, conforme será demonstrado no próximo capítulo, é um mecanismo estratégico (**crença**), pelo qual se torna possível interditar o auto reconhecimento da nossa própria ignorância. (SARTRE, 2011).

Na verdade, a **boa-fé jurídica** é um princípio civil, escolástico-aristotélico-tomista, cuja finalidade é dotar de poderes aqueles que foram eleitos, desde sempre, para conduzir, por meio de alguma **crença** (conhecimento não testificável), os desígnios de uma sociedade pressuposta. Por isso, **crer** que a autoridade é que deve estar apta a afirmar:

[...] qual é a vontade concreta da lei (Chiovenda e seus discípulos) é eternizar a *justiça civil* por uma corrente de legisladores cientes de sua inocuidade e já integrantes culturalmente e desde sempre de uma "sociedade" de dominação legítima (*lex íntima*) como detentores de poderes indesejáveis (tríplice aliança: legislativo, executivo e judiciário) por um pacto histórico (substratos ideológicos) de "puros" sentidos de *formas de vida* wittgensteineanas nas quais os dissidentes, sucumbentes ou excluídos, só se ressocializariam se mudassem as suas "vidas", adequando-se (submetendo-se) às "formas" vividas pelos civilizados. (LEAL, 2012, p. 62).

Isso significa potencializar, valendo-se da **boa-fé jurídica**, os interesses estratégicos de uma sociedade civil, pois:

No âmbito dos direitos objetivos-subjetivados (direitos individuais) que alguns alcançam na isegoria (realidade nua e natural como recinto conflitivo prático da montagem de um sistema continuado de dominação - no sentido de Weber) é que, por norma fundacional (direito fundamental posto coinstitucionalmente), é garantida a autoinclusão do outro desprovido (*potus*) nos sistemas de fruição-objetiva dos direitos a habilitá-lo ao exercício da isocrítica (criar, alterar, atuar normas jurídicas comunitariamente igualado-munido em dignidade fundamental) retirando-o do mundo "civil" dos estruturalmente desiguais para sempre (formas de vida aristotélico-wittgensteineanas). (LEAL, 2012, p. 62).

Observa-se que a **boa-fé jurídica**, compreendida como *princípio hermenêutico*, é interditiva do direito democrático, que é teoria e não ideologia! Nessa perspectiva ideológica, em que, em caso de falibilidade do direito, o agente deve se valer da **boa-fé** - ausência de teoria sistêmica - o processo civil se resume em mero instrumento, por meio do qual o Estado, seja em uma vertente liberal ou social, exerce seu controle, com o propósito de manter a hegemonia dos detentores de patrimônio sobre os despatrimonializados.

Assim, a **boa-fé jurídica**, quando utilizada para pacificar o direito material, adquire escopo ideológico-estratégico, com a finalidade de preservar, secularmente, um sistema jurídico que não se sustentaria se seus fundamentos de validade e legitimidade estivessem abertos a uma concorrência teórico-crítica. Daí a preservação milenar de uma sociedade dicotomizada entre senhores e escravos, ricos e miseráveis, burgueses e proletários, onde a **boa-fé** no processo civil tem a finalidade apenas de pacificar e aliviar os conflitos, jamais estabelecer uma igualdade sistêmica em direitos fundamentais. Essa é a **crença** ideológica posta pela sociedade civil de que não é possível mudar as "estruturas sociais", e a **boa-fé** é o mecanismo interdito de um possível auto-reconhecimento da falibilidade do sistema jurídico. Daí o interesse estratégico da ciência jurídica em ser conduzida por uma ciência dogmática

imune a qualquer reflexão que aponte novos caminhos para a implantação de um direito, de fato, democrático.

CAPÍTULO 3 - FÉ E AUTORITARISMO NO DIREITO PROCESSUAL

3.1 A crença na justiça da fé jurídica

Conforme argumentação desenvolvida no capítulo anterior, tanto a **boa-fé** quanto a **má-fé** compõem a estrutura de uma **fé jurídica** no direito processual. Entende-se por **fé jurídica** todo o conhecimento que, no campo da ciência do direito, parte de alguns pressupostos insuscetíveis de testificação em seus fundamentos de validade e legitimidade. Pois a **fé**, conforme já foi explicitado anteriormente, corresponde à confiança em algum tipo de **conhecimento indemarcado** ou, mais precisamente, insuscetível de arguição crítica por meio de outra linguagem teórica.

Nesse sentido, vale mencionar Hans Albert que diz o seguinte: "desde muito tempo, observou-se o fato de haver conexões íntimas e semelhanças estruturais entre religião e direito e entre teologia." (ALBERT, 2013, p.67).

Para Hans Albert, os juristas têm pouco interesse em se valer de uma teoria crítica para interrogar os fundamentos do próprio direito. O que importa para os "teóricos" da denominada "ciência dogmática do direito" é o resultado prático, argumenta o autor. Por isso a dogmática jurídica estabelece uma forte relação com um tipo de ciência que sobrevive se valendo de alguns "**pressupostos**" tidos como verdadeiros *a priori*. (ALBERT, 2013).

Em caso de lacunas ou incompletude da lei, a dogmática jurídica veda qualquer possibilidade de uma construção teórica em face da falibilidade do direito e opta por recorrer ao saber de "personalidades oficiais da prática jurídica", como "juízes e instituições do poder legislativo". Por conseguinte, "o mero fato de uma instância competente ter feito declarações normativas transforma-se em uma reivindicação de reconhecimento incondicional [...]." Dessa forma, espera-se dos destinatários normativos apenas "fé, compreensão e obediência". Tal entendimento conduz o direito a um modelo de **ciência teológica**, ou seja, uma ciência que se sustenta pela **fé** que os destinatários normativos depositam nas autoridades. (ALBERT, 2013, p. 67-68).

A partir dessas conjecturas é que se procurou demonstrar que os institutos da **boa-fé** e da **má-fé**, estruturado a partir da matriz aristotélica, contribui para exercício e operacionalização de uma "ciência" que se vale de um conhecimento de **fé**, saber exclusivo da autoridade, para estabilizar, de forma interdital, as lacunas ou defeitos da linguagem normativa em face das condutas e ações dos "sujeitos processuais". Assim, o processo judicial

se torna o instrumento técnico-jurídico por meio do qual o juiz assegura uma suposta "regularidade da linguagem ideológica no processo".

Por outro lado, argumenta-se que, pelo fato de guardarem um fundamento em lei processual, tanto a **boa-fé processual** quanto a **má-fé processual** devem ser utilizadas a partir de critérios objetivos no processo civil. Além disso, é em razão dessa normatividade jurídica que a **litigância de má-fé** e a **boa-fé processual** não se tornam um instrumento de arbítrio, por parte do Estado no campo do direito processual. (ANGHER, 2005).

Leciona Brunela Vieira de Vincenzi que a utilização da **boa-fé** no processo civil não deve se valer de um aspecto subjetivo como livre "sentimento do juiz" privilegiando o autoritarismo. De acordo com a processualista, é o "caso concreto" que cria "os postulados de sua aplicação, quando nasce o dever do julgador de corrigir situações jurídicas insustentáveis e incorretas." Ao final, a autora afirma que o **princípio da boa-fé** está consagrado em várias legislações processuais pelo mundo afora. (VINCENZI, 2003, p. 161).

Por outro lado, a mesma autora observa, para quem ainda não entende a **boa-fé jurídica** como princípio expresso no ordenamento pátrio:

A utilização da boa-fé objetiva pelos aplicadores do direito há de ser feito em consonância com o disposto do art. 4º da lei de introdução ao Código Civil, que, em caso de lacunas, determina a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito. Destarte, a aplicação da boa-fé objetiva pode ser feita com analogia aos artigos mencionados. Também, pode-se dizer, a aplicação da boa-fé objetiva é costume no direito brasileiro - mesmo que não seja "objetivamente" - e, por fim, não se negue, a boa-fé é princípio geral do direito que não pode ser deixado de lado quando dos julgamentos. (VICENZI, 2003, p. 162).

A **boa-fé**, no entendimento da processualista Vicenzi, tem fundamento não só na legalidade, mas também nos **costumes** e na **analogia**, além de ser **princípio geral do direito**. Atualmente, com a publicação da lei de introdução às normas do direito brasileiro, o entendimento colacionado pode ser aplicado para todo o direito pátrio e não apenas para o civil.

No entanto, conforme já se demonstrou aqui, com esteio no pensamento do processualista mineiro Rosemiro Pereira Leal - a continuidade do caráter oculto do sentido normativo no direito brasileiro - o equívoco desse entendimento é que ele apenas reforça uma ciência jurídica que se fundamenta na **fé** do saber privilegiado da autoridade, ou seja, em um conhecimento jurídico de senso comum. (LEAL, 2012).

Em relação ao fato de a **boa-fé** ser considerada um "**princípio geral de direito**" (VICENZI, 2003), pode-se entender, à luz ensinamento de Vandyck Nóbrega de Araújo, que a

"fé" da **boa-fé**, e a "fé" da **má-fé** são as fontes extrassistêmicas de onde a autoridade irá sanar a inexorável incompletude do direito positivo. (1988). Logo, é possível conjecturar que, de fato, o pensamento de Aristóteles foi o "terreno" de onde a ciência dogmática buscou princípio tão "relevante" para o direito. Ocorre que a **boa-fé**, de matriz aristotélica, é ideologia o que a torna, entrave à efetividade de um direito democrático.

Adroaldo Leão também discorre sobre os fundamentos legais da **boa-fé** e da **má-fé** no direito processual, colacionando textos normativos de diversos países que tratam do assunto nas respectivas legislações. (LEÃO, 1986). No mesmo sentido, Fredie Didier argumenta que "mesmo que não houvesse texto normativo expresso na legislação infraconstitucional, o princípio da boa-fé processual poderia ser extraído de outros princípios constitucionais", como "sociedade livre, justa e solidária". (DIDIER JR. 2014, p. 77-78).

Nesse sentido há uma forte tendência a considerar que tanto a **boa-fé** quanto a **má-fé**, ao serem positivadas pelo direito brasileiro, adquirem força normativa e não poderão ser utilizadas pelo magistrado de forma subjetiva, ou seja, arbitrariamente. Acredita-se que não há, na **boa-fé** e na **má-fé**, qualquer fundamento para correlacionar tais institutos com um conhecimento jurídico de **crença** a serviço dos interesses das autoridades no Estado Dogmático de Direito. Assim, a "fé" da **boa-fé** e a "fé" da **má-fé** não passariam de meras "linguagens jurídicas" positivadas pelo direito processual. Ocorre que a linguagem jurídica posta pelo discurso da lei é tudo para o direito, principalmente por se tratar de uma ciência em que a interpretação dos sentidos normativos da legalidade é monopólio, exclusivo, dos portadores de autoridade.

Pretende-se, desse modo, comprovar que o fato de a **boa-fé** e a **má-fé** ao se tornarem institutos jurídicos, em razão da normatividade, positivação, não impede sua utilização de forma ideológica. A ausência de uma fiscalidade processual sobre os sentidos normativos da legalidade fortalece o que se denomina conhecimento de **fé jurídica** no direito processual civil. É que, se a legalidade não explicita com que teoria da lei os institutos jurídicos estão sendo positivados, não é possível estabelecer uma concorrência teórica entre um conhecimento jurídico conjectural e um conhecimento jurídico ideológico (**crença**). É a possibilidade de estabelecer conjecturas teóricas que afasta a ciência - Grande Ciência - conjectural-problematizante, de uma ciência - Ciência Grande - de crença ou dogmas, tornando possível o progresso do conhecimento jurídico para além do autoritarismo da linguagem ideológica da ciência dogmática do direito. (LEAL, 2010.)

Isso significa que a legalidade, tão festejada pelos positivistas, quando não oferece possibilidade de uma fiscalização processual permanente e intercorrente, no sentido proposto

pela teoria neoinstitucionalista do processo, se revela mais uma forma de dominação estratégica a serviço dos portadores de autoridade. Logo, a legalidade também é um instrumento por meio do qual a ciência dogmática sustenta a **crença** em um sistema jurídico, cujos objetivos estão voltados para resultados práticos. Nessa linha de raciocínio, é a realidade social que condiciona a ciência jurídica (determinismo indutivo) e não a ciência jurídica que implanta a realidade democrática (conjecturas e refutações). Portanto, a legalidade por si só, não é garantia de democraticidade, validade e legitimidade dos institutos jurídicos, como a **litigância de má-fé e boa-fé processual**.

Para explicitar melhor essa correlação entre legalidade, positividade de institutos jurídicos e autoridade torna-se proveitoso recorrer ao pensamento de Jacques Derrida, quando ele argumenta que a lei, tal como é apresentada pela ciência dogmática na atualidade, também contribui para o fortalecimento de um conhecimento de **crença** no campo jurídico.

De acordo com o magistério de Jacques Derrida, o exercício da autoridade depende de um fundamento místico - **crença** - essa é a forma pela qual a justiça se torna possível. Para o pensador francês a **crença** na legalidade é o que sustenta o poder místico da autoridade. Sendo assim, a existência de arcabouço legal é fundamental, não apenas para assegurar o exercício da força, mas, sobretudo, para servir de instrumento para a realização da justiça, ainda que seja pela **crença** em fundamentos **míticos**. (DERRIDA, 2007).

Derrida propõe desconstruir o conceito de validade da justiça, e busca questionar de onde a autoridade retira a força capaz de emitir um comando e impor condutas, valendo-se de uma normatividade posta pelo discurso da lei. Na verdade, o que Derrida quer dizer é que, ao produzir a legalidade, não há, por parte do portador de autoridade, a explicitação do fundamento teórico por meio do qual se funda a legitimidade da legalidade instituída.

Por isso, de acordo com o autor:

A autoridade das leis repousa apenas no crédito que lhes concedemos. Nelas acreditamos; eis seu único fundamento. Esse ato de fé não é um fundamento ontológico ou racional. E ainda resta pensar no que significa crer. É pouco a pouco que se esclarecerá, se for possível e se isso tiver um valor de clareza, o que podemos entender pela expressão fundamento místico da autoridade. (DERRIDA, 2007, p. 21).

Logo, o fundamento da justiça se sustenta pela **fé** que atribuímos à legalidade, como linguagem capaz de assegurar a construção de institutos jurídicos, habilitados a conduzir os propósitos de uma "sociedade justa". A ideia de justiça é impactada pela **crença** em um conhecimento não testificável (revelado), e a legalidade é o ato ou a potência, conforme

matrizes do pensamento aristotélico (ARISTÓTIELES, 2010), pelo qual a autoridade tutela um sistema jurídico cujos fundamentos ele não se dispõe a interrogar. Dessa forma, a legalidade, sem explicitação de que teoria linguística encaminha o discurso jurídico, se revela uma verdadeira tecnologia de dominação estratégica, como bem demonstrou Max Weber (1989).

Em 21 de janeiro de 1940, em Florença, Piero Calamandrei ministrou uma conferência intitulada "**Fé no Direito**", que pode ser também traduzida por "**Fé na Legalidade**". Na ocasião, o processualista afirmou que os problemas teóricos relacionados à essência da justiça, ou seja, ao fundamento racional do direito, tem sido a tormenta de filósofos e pesquisadores. "Essa angústia é sentida por toda a consciência honesta, que padece, sobre todos os profissionais do Direito, sobretudo, por aqueles que têm dedicado o melhor de sua vida a serviço da lei, como juízes, advogados, professores."²² (CALAMANDREI, 2009, p. 71).

A indagação feita por Calamandrei é bastante pertinente, ocorre que a saída encontrada pelo processualista italiano, para enfrentar a questão da essência da justiça, foi absolutamente dogmática.

A função da dogmática jurídica é delimitar o campo de atuação da ciência jurídica entre duas instâncias estratégicas de poder: o legislativo e o judiciário. Assim, "se a linguagem do legislador for incompleta, o jurista deverá indicar os meios para completá-la, mediante o estudo dos mecanismos de integração." (DINIZ, 2009, p.170-171). Portanto, não é por acaso que a **boa-fé jurídica** foi elevada a *princípio hermenêutico*, cuja finalidade é atribuir ao intérprete exclusivo do sistema jurídico uma certa "liberdade" para operar a legalidade quando esta se apresentar incompleta.

E, desse modo, a dogmática jurídica cumpre seu papel mantendo-se fiel ao temor de Aristóteles de que o conhecimento não pode caminhar *ad infinitum*. (ARISTÓTELES, 2012). Por isso, Calamandrei observa que o caminho para enfrentar o fundamento racional da justiça seria confiar, ou melhor, **crer** no discurso posto pela linguagem legalidade: "[...] só através da lei, que em sua forma geral expressa os interesses gerais da sociedade, que se pode afirmar a unidade do direito, que é afinal a unidade do Estado."²³ (CALAMANDREI, 2009, p. 87).

²² No original: "Esta angustia, que embarga a todas las conciencias honestas, la padecen, sobre todo, los profesionales del Derecho., los que han dedicado lo mejor de su vida al servicio de la ley, encalidades de jueces, abogados, docentes."

²³ No original: "Sólo através de la ley, que en su forma general expresa los intereses generales de la sociedad, se puede afirmar la unidad del Derecho, que es al fin la unidad del Estado."

Não obstante, o processualista reconhece que a legalidade pode sofrer limitações, tendo em vista seu caráter geral. Nesse caso, a atuação do jurista não se resume a um "processo meramente cognitivo e teórico, mas também constitui um ato prático que concorre para a criação da lei no caso concreto, e desta maneira para a modificação e o progresso do Direito."²⁴ (CALAMANDREI, 2009, p. 75).

Para Calamandrei, o julgador apenas deveria apresentar seu entendimento nos casos em que o sistema normativo fosse omissivo ou incompleto. A dogmática jurídica seria o instrumento prático da autoridade, capaz de converter a vontade concreta da lei em realidade jurídica para todas as classes sociais de forma igual e universal. (CALAMANDREI, 2009).

Alicerçado nesse entendimento, Piero Calamandrei passou a criticar os argumentos filosóficos que atribuem à legalidade um caráter irracional. Segundo o processualista, tais especulações filosóficas são incompatíveis com o estudo do direito, porque "só quem vive como nós a vida empírica do Direito, tão dura e fatigante, pode medir até que ponto a difusão destas (verdades perigosas) sobre o fundamento do Direito tem contribuído para gerar e agravar este descrédito no Direito na vida prática, que tanto sofremos."²⁵(CALAMANDREI, 2009, p. 76).

Daí a pertinente preocupação de Derrida (2007) em apontar que a legalidade como fundamento mítico da justiça é, por conseguinte, o recinto de onde a autoridade extrai, sem qualquer fundamento teórico, os argumentos para o exercício do poder. Logo, o saber ou ciência de que a dogmática se vale para "corrigir" as falhas do direito repousa no poder que legalidade confere à autoridade.

Sendo assim, o argumento de que a **litigância de má-fé** e a **boa-fé processual** não chancela o arbítrio no direito processual, em razão de serem institutos jurídicos criados por lei é absolutamente tautológico. Na verdade, tanto a "fé" da **má-fé** quanto a "fé" da **boa-fé** são **crenças** em um saber indemarcado posto de forma interdial pela autoridade que saberá, quando a legalidade for incompleta, resolver os problemas práticos por meio de sensibilidade, costumes, analogia, livre convicção, e outras figuras de linguagens estrategicamente apropriadas pela dogmática jurídica.

A lei criou o **instituto da boa-fé** para tornar possível à autoridade certificar-se da conduta honesta no "processo" e o **instituto da má-fé** para verificar a malícia e o dolo: o

²⁴ No original: proceso meramente cognoscitivo y teórico, sino que constituye también un acto práctico con el que concurre a crear la ley del caso concreto, y de esta manera a la modificación y al progreso del derecho.

²⁵ No original: Sólo quien vive como nosotros la vida empírica del Derecho, tan dura y fatigosa, puede medir hasta qué punto da difusión de estas (verdades peligrosas) sobre el fundamento del Derecho ha contribuido a generar y agravar este descrédito del Derecho en la vida práctica, que tanto padecemos.

“processo” é o instrumento ou o meio pelo qual se comprova a **boa-fé** ou **má-fé** do indivíduo. Contudo, considerando que a “fé” de ambos os institutos representa uma espécie de **confiança** em algum conhecimento revelado - **do bem ou do mal** - de fato é possível concordar com Derrida, no sentido de que a autoridade da lei, por não explicitar seu fundamento, é apenas um ato de **fé**. Nesse sentido, um procedimento jurisdicional que acolhe a **boa-fé** e a **má-fé** em nada se distancia de uma ritualista instrumental em que a autoridade expressa seu saber, a partir de um fundamento mítico, conferido pela **fé** que se deposita no discurso da legalidade. (DERRIDA, 2007).

Na mesma linha de Derrida, Agamben (2012) explica que, ao instituir a legalidade, o portador de autoridade se vale em uma “zona cega”, sem qualquer limite sobre a teoria que fundamenta o ato de criação das leis.

Nesse sentido, a linguagem normativa da legalidade é válida por si mesma, independente de qualquer fundamento teórico. E o discurso da legalidade assume um caráter tópico-retórico, na medida em que aos destinatários normativos cabe apenas venerar o caráter mítico da legalidade. Assim, a validade e legitimidade do sistema jurídico não reside na sua capacidade de explicitar, teoricamente, seus fundamentos, mas na **crença** que se deposita na linguagem dogmática (legalidade) manejada conforme a sensibilidade e conveniência dos portadores de autoridade no Estado dogmático.

Em face da legalidade posta por especialistas, não há qualquer possibilidade de estabelecer uma metalinguagem em “relação à performatividade da linguagem instituinte ou à sua interpretação dominante. O discurso encontra ali seu limite: nele mesmo em seu próprio poder performativo. É o que proponho aqui chamar, deslocando um pouco e generalizando a estrutura, o *místico*.” (DERRIDA, 2007, p. 24-25).

As conjecturas de Derrida permitem reconhecer o acerto teórico de Rosa Maria Cardoso da Cunha, ao denunciar o caráter retórico da legalidade. Para a autora, a linguagem normativa possibilita, no momento de sua própria interpretação, uma discricionariedade que favorece o portador de autoridade. Em razão disso, “a vagueza e ambiguidade das expressões legais viabilizam a redefinição dos sentidos normativos estabelecidos e, na hipótese de interpretação judicial, a adoção de linhas decisórias alternativas.” (CUNHA, 1979, p. 82).

Sendo assim, pode-se afirmar que o fato de os institutos da **má-fé processual** e da **boa-fé processual** serem criados por lei não significa que eles concorrem para a implantação de um direito democrático. Tais institutos, ao contrário do que se divulga pela dogmática processual civil, contribuem ainda mais para o fortalecimento do autoritarismo no direito processual.

Na verdade, ao instituir a **má-fé** e a **boa-fé** no direito, a lei criou uma fórmula - *oportetex fide bona* – de modo que a autoridade pudesse operar o sistema com maior "flexibilidade", ou seja, por meio de alguma ideologia ou **crença**. Menezes Cordeiro explica que "a expressão *fides bona* foi criada pelo pretor, com um sentido técnico-jurídico", cuja finalidade era "dar cobertura a inovações jurídicas." Por isso, tanto a **má-fé** quanto a **boa-fé**, criados pela lei romana, são para a dogmática jurídica "em termos não jurídicos, qualquer coisa como: decida esta causa sem se ater ao formalismo habitual [...]" (MENEZES CORDEIRO, 1984, p. 100).

Portanto, para melhor entender o papel hermenêutico-estratégico da **boa-fé** e da **má-fé**, compreendidos como conceitos abertos de operacionalização do sistema jurídico, vale mencionar as lições de Carl J. Friedrich. O autor argumenta que é preciso estabelecer um critério, ideologia, para a interpretação, tendo em vista que a lei não abarca todas as soluções concretas. Partindo desse entendimento, é imprescindível que a legalidade crie institutos jurídicos, **litigância de má-fé** e **boa-fé processual**, cuja finalidade é possibilitar a autoridade operar - por meio de cláusulas gerais - o sistema para além do formalismo, quando isso for conveniente obviamente.

É óbvio que a autoridade, aqui, se abriga na sombra que é criada pela insuficiência de regras que, sendo gerais, não podem abranger o específico de situações concretas. Aristóteles já reconhecera esse problema e, assim, desenvolveu sua famosa doutrina de *epieikeia*, de equidade, como corretivo da lei formal estrita. Na verdade, essa é a função exata do juiz quando este interpreta a lei. [...]. As elaborações racionais que os tribunais, em sistemas legais amadurecidos, são chamados a dar são uma indicação daquilo que ocorre geralmente e, então, um elemento de critério, necessariamente, entra em jogo. Na realidade, é devido a esse elemento discricionário que os juízes precisam ter autoridade para implementar a autoridade da lei. Por outras palavras, o critério é usado sempre que não existem regras ou princípios que possam ser (ou tenham sido) formulados, enquanto, ao mesmo tempo, não são permitidos meros caprichos. (FRIEDRICH, 1974, p. 73-74).

Daí a importante correlação estratégica entre o Estado e a necessidade da figura da autoridade para assegurar o controle e a segurança das relações jurídicas por meio de institutos jurídico-estratégicos, cláusulas gerais, como a **boa-fé** e a **má-fé**. Pois as expressões "fé" da **má-fé** e "fé" da **boa-fé** não foram incorporadas à linguagem jurídica por acaso, ao contrário, elas cumprem um papel absolutamente estratégico, cláusulas abertas/discricionarieidade, na condução do sistema jurídico pela autoridade.

Portanto, "é devido ao elemento discricionário que os juízes precisam ter autoridade para implementar a autoridade da lei." (FRIEDRICH, 1974, p. 74). Há um sincretismo entre legalidade e discricionarieidade, ou seja, duas instâncias ideológicas distintas, porém que se

complementam quando o objetivo é garantir a segurança jurídica da normatividade posta pelo discurso da lei.

Desse modo, se o processo não é compreendido como linguagem teórica habilitada a arguir a linguagem dogmática do direito, civil, comercial, penal, tributário, trabalhista, internacional, no sentido proposto pela teoria neoinstitucionalista, não resta outra saída para os destinatários normativos senão ter "fé" na linguagem normativa posta pelo discurso da legalidade, eis o seu fundamento ideológico.

3.2 O caráter paradoxal da litigância de boa-fé

De acordo com pesquisa empreendida por António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro a *bonae fidei iudicia* tem origem no direito romano e funcionava como instituto de controle e inovações das relações jurídicas por parte do pretor. A litigância de **boa-fé** deriva da *fides* (fé) considerada *bona* (**boa**), conforme o com o livre entendimento do pretor romano em face das relações jurídicas concretas. (MENEZES CORDEIRO, 1984, v. I).

Contudo, ensina o jurista português que a *fides*, por si só, não é a fonte da *bonae fidei iudicia*, pois a **boa-fé jurídica** advém de realidades palpáveis e concretas, o que não é possível perceber tendo como base apenas a *fides*. Sendo assim, a "*bonae fidei iudicia* impõe-se, desta forma, como criação do pretor, actuando na base da sua competência própria para *iudicer* e não a mandato de alegadas normas oriundas da *fides*." (MENEZES CORDEIRO, 1984, v. I, p. 99).

Depreende-se que António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro procura desconstruir a tese de que a **boa-fé jurídica** advém de uma realidade pré-existente ou decorre da fé. Para o pesquisador português seria ilógico para a ciência do direito reconhecer a fé como fonte originária da *bonae fidei iudicia*.

Em face desse entendimento pondera Menezes Cordeiro que:

A expressão *fides bona* foi criada pelo pretor, com um sentido técnico-jurídico. Da análise filológica da *fides*, conjugada com as suas manifestações dispersas em institutos concretos, resultou a descaracterização do termo e a sua disponibilidade para dar cobertura a inovações jurídicas. Em determinada altura, nos textos jurídicos surge a combinação *fides bona*. Esta, remetida ao juiz junto do *oportet* dum fórmula, significa, em termos não jurídicos, qualquer coisa como: (decida esta causa sem se ater ao formalismo habitual, antes tendo em conta a ausência de dolo das partes, o que elas efetivamente combinaram, o que já tenha sido decidido sobre o mesmo assunto, observando ainda se quem pede não deve, se não houve despesas específicas advenientes da duração da causa), numa sequência que se foi

complementando na medida da evolução histórica. (MENEZES CORDEIRO, 1984, v. I, p. 99).

Por fim, conclui o autor que a *bonae fidei iudicia*:

Foi uma criação hábil: escolheu-se um termo que, sem prejuízo das potencialidades técnicas, assacadas por convenção, com um máximo de utilidade para o jurista, mesmo pouco preparado, sensibilizava imediatamente o leigo: *fides* - isto é, algo ligado a 'poder', 'confiança', 'garantia', 'respeito' e com uma áurea mística - e *bona* inculcam o sentimento de algo axiologicamente positivo, a seguir. O direito romano é pragmático e, na forma, tradicionalista; não se vislumbra a ocorrência de reformas terminológicas ou similares. O recurso a expedientes linguísticos inventivos só pode ter advindo duma necessidade: a de nominar realidades novas, criadas de modo especial. (MENEZES CORDEIRO, 1984, v. I, p. 100-101).

A pesquisa empreendida por António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro conduz à ideia de que a *bonae fidei iudicia* é um entrelaçamento de conceitos - **fé** e **bom** - trazidos para o sistema jurídico pela sapiência do pretor romano. Essa **fé**, conforme entendimento de Menezes Cordeiro, não advém da divindade, mas da sabedoria do pretor romano que percebeu a incompletude do sistema jurídico. Depreende-se que é o saber da autoridade que atribui sentido às relações jurídicas que devem ser interpretadas conforme a **boa-fé jurídica**. Ocorre que, se o saber da autoridade não se sujeita a uma fiscalidade teórico-processual, tem-se um **conhecimento de fé**, ou seja, não testificável pelos destinatários da normatividade.

A função ideológica da **boa-fé jurídica** é auxiliar o agente decisor em situações em que a positividade do direito for insuficiente para resolver situações concretas. Isso significa que o instituto da **boa-fé** no direito, em face da reconstrução histórica oportunizada por Menezes Cordeiro, tem uma função absolutamente estratégica para a efetividade do sistema jurídico por meio de **juízo extrassistêmicos**, disponibilizados pelo saber salomônico do pretor romano.

Portanto:

[...] sempre que, a nível de decisão, haja de utilizar elementos extrassistemáticos, por indeterminação ou lacuna irreduzível dentro da economia do próprio sistema, obtêm-se elementos novos, a transmitir ao núcleo sistemático. Abre-se o caminho num esquema que a história da boa fé bem permitiu documentar, para a formação, com base nas realidades exteriores, de novos princípios ou para o remodelar dos existentes. (MENEZES CORDEIRO, 1984, v. II, p. 1264).

Assim, a **boa-fé jurídica**, como instituto romanístico, funcionava como instrumento de controle das relações jurídicas por um saber solipsista do pretor. Os romanos sabiam da impossibilidade das leis em prever ou resolver todos os casos concretos, por isso tornou-se

necessário conferir poderes estratégicos aos pretores para que pudessem sair do sistema positivado quando este fosse insuficiente para resolver determinadas situações.

Argumenta Menezes Cordeiro que o sistema jurídico, apesar de possuir uma natureza sistemática, não deve ser confundido com um sistema fechado a inovações. Para o autor o sistema jurídico é móvel, e é justamente essa "mobilidade" que produz as inovações essenciais ao direito. Assim, o instituto da **boa-fé**, a exemplo dos romanos, faculta não só a completude dos sistemas, mas também seu avanço e aprimoramento. (MENEZES CORDEIRO, 1984, v. II).

Desse modo, a função precípua da **boa-fé** é conferir poderes ao decisor para que ele possa, de acordo com seu solitário entendimento, sujeito cognoscente, atribuir um sentido à normatividade positiva. Ou seja: o instituto da **boa-fé**, apesar de não derivar da **fé** propriamente dita, como observa Menezes Cordeiro, deriva da *fé* confiante que o pretor deposita em seu próprio saber. Contudo, a **crença** depositada no saber privilegiado do pretor não deixa de ser uma "**fé**" confiante em uma razão prodigiosa da autoridade romana. Logo, a **fé** em um suposto saber natural e perfeito do pretor romano é uma **crença** em um conhecimento disponível apenas aos portadores de autoridade.

Por outro lado, não é possível perceber nas pesquisas empreendidas por António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro a correlação entre **boa-fé** e o *Agathon* aristotélico e sua utilização pelo sistema jurídico positivo. É que, para Aristóteles, o **bom** ou o **bem** existem e podem ser encontrados por pessoas predestinadas. Tais pessoas guardam a missão de proteger o **bem** em detrimento do **mal**. Por isso, de acordo com pensamento grego, o desafio dos filósofos e dos políticos consiste em conduzir a sociedade para o **bem**, afastando-a do **mal**. (ARAÚJO, 1988).

Por isso, concordamos com o argumento de Menezes Cordeiro de que o instituto da **boa-fé jurídica** é uma invenção dos pretores romanos; é preciso explicitar, porém, que as matrizes filosóficas, das quais os pretores se apropriaram para a construção do instituto da **boa-fé jurídica**, derivam das repercussões **fideístas** do *Agathon* aristotélico. O pensamento totalitário de Aristóteles é que, possivelmente, subsidiou o pensamento romanístico para criar um instituto que conferia poderes extrassistêmicos aos portadores de autoridade.

A correlação entre **boa-fé** e autoridade (pretor) é fundamental para a efetividade de um sistema jurídico, cuja ideologia orienta no sentido de que os litígios não podem seguir *ad infinitum*. Para evitar tal situação é preciso que o sistema eleja determinados especialistas, herdeiros naturais da **boa-fé**, para controlar as situações fáticas e, por conseguinte, impedir a autodestruição de um sistema considerado imprescindível para a sociedade.

No âmbito do sistema jurídico, o agente judicante para reconhecer os delinquentes, ou seja, os portadores do **mal** (*a KaKia*) e inimigos da sociedade, deve se valer de seu juízo virtuoso para punir aqueles que se afastaram do **bem**. Em situações como estas, a *bonae fidei iudicia* faculta ao "juiz, perante o *oportet ex fide bona* da fórmula pretoriana, ficava, de modo automático, adstrito a conhecer a malícia de algumas partes, de pactos advenientes ou de outros factores prejudiciais, caso fossem admitidos." (MENEZES CORDEIRO, 1984, v. I, p. 87).

Desse modo, o **princípio da boa-fé**, no direito, é o meio pelo qual o julgador irá ser valer de um juízo capaz de certificar se a conduta do indivíduo tende para o **bem/agathon** - **boa-fé** ou para o **mal/a kakia** - **má-fé**. Como não é possível penetrar no íntimo da pessoa para saber se ela é portadora natural do **bem** ou do **mal**, o julgador terá de decidir valendo-se da "fé" de sua consciência. Ao decidir com base na **fé** de sua consciência, o julgador se exime de qualquer culpa, em razão de uma possível decisão inadequada, pois é dever do julgador decidir, ainda que em caso de omissão legislativa. Se ele não pode deixar de julgar, muito menos pode ser responsabilizado em caso de equívoco em seu julgamento, porque agiu a mando de um fundamento mítico conferido pela autoridade da lei. (DERRIDA, 2007).

Ademais, a **boa-fé jurídica**, compreendida como juízo valorativo do pretor romano, concorre para a proibição do *non liquet* junto ao direito processual civil. Para o direito de matriz romanista, nenhum fato concreto que se apresenta perante o pretor pode ficar sem resposta, ainda que essa resposta seja construída com base em uma percepção de **boa-fé**. (MENEZES CORDEIRO, 1984, v. I)

Portanto, a expressão "fé" junto à litigância de **boa-fé** e **má-fé**, não por acaso, significa o reconhecimento tácito de que quem julga com base na "**boa-fé**" ou "**má-fé**" se vale de um juízo não legal, ou seja, extrassistêmico. Desse modo, o julgador, autorizado pelo misticismo da lei, pode emitir juízos de **boa-fé** ou **má-fé**, isto "é uma questão de classe ou de estabelecimento dos juristas, como únicos intérpretes possíveis. É uma ética jurídica."²⁶ (WIACKER, 1977, p. 15).

Ao jurista incumbe a missão de guardar a unidade e homogeneidade do sistema jurídico daí a necessidade de a **boa-fé** obrigar um trabalho doutrinal na atuação e concretização do direito. Por outro lado, não sendo suficiente a doutrina, o necessário trabalho de uniformidade do direito exige um critério de "crenças e convicções" por parte dos portadores de autoridade. (WIEACKER, 1977).

²⁶ No original: "Esunasunto de la clase o del estamento de los juristas, como únicos intérpretes posibles. Es una ética jurídica."

Ensina Rui Stoco que **litigância e boa-fé** constituem "estados inerentes ao ser humano. Ele nasce puro, ingênuo e absolutamente isento de maldade ou perversidade [...]. Portanto, "a boa-fé constitui atributo natural do ser humano, sendo a má-fé o resultado de um desvio da personalidade." (STOCO, 2002, p. 37).

Anne Joyce Angher explica que **boa-fé** vem do latim e, no sistema jurídico, se traduz em "*bona fides, e fides*, na linguagem popular, significa honestidade, confiança, lealdade, sinceridade, fidelidade, crença, confiança, convicção interior. A pessoa de boa-fé tem a convicção de estar agindo conforme o direito." (ANGHER, 2005, p. 44).

No campo da dogmática processual civil a crença na **boa-fé** impõe que o processo judicial seja um instrumento de coibição de posturas que não correspondem com a **verdade, honestidade e sinceridade**. Por isso, "no direito processual: (a) devem os sujeitos do processo comportar-se honestamente; (b) presume-se que tenham agido de boa-fé; (c) pune-se a transgressão do dever de lealdade." Por fim, argumenta o autor que "a presunção de boa-fé dos litigantes funciona como processo técnico de economia processual." (MILHOMENS, 1961, p. 62).

Nessa mesma linha, Brunela Vieira de Vincenzi argumenta que a "presunção de boa fé no processo civil tem relevante utilidade para criação de normas para movimentar o procedimento, pois somente com a confiança na conduta honesta das partes pode o legislador, em princípio, determinar a dialética processual, que impulsiona o avançar do procedimento." (VINCENZI, 2003, p. 168).

Prossegue a processualista esclarecendo que o princípio do contraditório, assegurado pela Constituição Federal, "serve de suporte e limite para a aplicação da cláusula geral da boa-fé no processo civil, pois, quando aplicada de acordo com a concepção prática pelo juiz, importa em que as partes devem proceder com lealdade, em cooperação e colaboração para a realização dos escopos da jurisdição." (VINCENZI, 2003, p. 172).

Nas lições de Celso Hiroshi Locohama, a **boa-fé** que decorre da lealdade, impõe certos comportamentos às partes. Nesse sentido, "parece certo, então, que, enquanto derivada da própria boa-fé, a lealdade processual não se limita a estabelecer um específico e detalhado comportamento. Muito mais, indica limite de conduta que deve ser observado diuturnamente para quem está no processo, caracterizando-se, pois, como um princípio setorial." (LOCOHAMA, 2006, p. 54).

De acordo com Valter Ferreira Maia, o importante a observar na **litigância de boa-fé** é "a fiel relação apresentada no processo judicial e a consciência do sujeito sobre os fatos dessa afirmação, retratando-se nesse comportamento sua honestidade e boa-fé." (MAIA, 2002, p. 8).

Por fim, Rodrigo D'Orio Dantas argumenta que "o processo deve ser um instrumento eviado de parcela residente na ética, sob pena de ter-se um instrumento desviado do ideal de justiça, no qual, por exemplo, o mais 'trapaceiro' pudesse obter um resultado favorável, sem que possuísse direito (material) para tanto." (DANTAS, 2013, p. 50).

Depreende-se das asserções acima mencionadas que é possível encontrar **boa-fé** pela percepção subjetiva da boa intenção do sujeito que vai litigar perante o judiciário. Desse modo, o processo civil é o instrumento pelo qual o julgador vai estabelecer uma persecução da **boa-fé** que se encontra, conforme magistério de Rui Stoco, na intimidade do ser humano, que nasce puro e isento de maldade ou perversidade. (2002).

Ocorre que é justamente em face dessa **crença** que encontramos o paradoxo da **litigância de boa-fé** no âmbito do direito. Pois, o que há no homem, em seu Ser, para lhe ser atribuído por outro sujeito como um indivíduo de **boa-fé** ou de **má-fé**. Essa foi uma das indagações teóricas de Jean-Paul Sartre (2011), que, de forma inédita e única no mundo, estudou a **má-fé** e a **boa-fé** em linhas teóricas não dogmáticas, como fizeram os pretores romanos a partir do pensamento de Aristóteles. Portanto, inicia-se, a partir das paginas seguintes, uma reflexão sobre a **boa-fé** e a **má-fé** por uma matriz teórica diversa da que foi ofertada pelo pensamento aristotélico. Ao fazer essa demarcação teórica, o que se pretende é verificar qual concepção teórica melhor contribui para a efetividade de um direito democrático.

Dessa forma, iremos estabelecer uma concorrência teórica entre a **boa-fé** e a **má-fé**, de matrizes aristotélicas que, por sua vez, foram apropriadas pelo direito romano, com as conjecturas de Sartre sobre a **má-fé** e a **boa-fé**.

A **má-fé**, em Sartre, não se difere da **boa-fé**, aliás, trata-se de situações mentais que se complementam e guardam propósitos idênticos. O objetivo central da **boa-fé** e da **má-fé** é impedir que o homem enfrente as angústias, no que diz respeito à responsabilidade de construir sua própria existência racional. Assim, a **má-fé** a **boa-fé** são **crenças** interditivas da própria responsabilidade de o homem pensar de forma racional. (SARTRE, 2011).

Observa Sartre que quem pratica a **má-fé** tenta "mascarar uma verdade desagradável ou apresentar como verdade um erro agradável. A má-fé tem na aparência, portanto, a estrutura da mentira. Só que - e isso muda tudo - na má-fé eu mesmo escondo a verdade de mim mesmo. Assim, não existe neste caso a dualidade do enganador e do enganado." (SARTRE, 2011, p. 94). Nessa linha de reflexão a **má-fé** funciona como um "autoengano" ou "automentira", ou seja, o sujeito mente para si mesmo. Não há uma separação de consciência entre o **enganador** e o **enganado**.

A **má-fé** vista como "autoengano" não se trata de uma "simples mentira interpessoal, de esconder a verdade ao outro; também não é o caso de dissimulação perante o outro, daquela intenção fingida de dizer a verdade." Quando Sartre fala em "automentira", "não se deve entender que o sujeito inventa uma mentira em que depois acredita; embora essa pareça ser a explicação àquele que mente a si mesmo, veremos que é esse termo 'acreditar' que esta no cerne do problema da má-fé." (RODRIGUES, 2010, p. 74-75).

Por outro lado, a **má-fé** também pode ser vista como uma possibilidade de enganar o outro, ou seja, uma consciência separada de outra consciência, cujo objetivo é esconder a verdade do outro. Nessa linha de entendimento a **má-fé**, no sentido de mentir para si mesmo, difere da mentira dirigida para outra pessoa. A essência da mentira, quando dirigida para outra pessoa:

[...] implica que o mentiroso esteja completamente a par da verdade que esconde. Não se mente sobre o que se ignora; não se mente quando se difunde em erro do qual se é vítima; não se mente quando se está equivocado. O ideal do mentiroso seria, portanto, uma consciência cínica, que afirmasse em si a verdade, negando-a em suas palavras e negando para si mesma esta negação. (SARTRE, 2011, p. 93).

Malcom Guimarães Rodrigues, com esteio no pensamento de Sartre, explica o seguinte:

[...] nos casos que o termo 'mentira' é comumente usado, a negação recai sobre um objeto transcendente, e não sobre a consciência: o que é negado não é a consciência do mentiroso, mas um fato exterior cuja verdade pode ser ocultada cinicamente graças à dualidade existente entre a consciência do enganador e a consciência do enganado. (RODRIGUES, 2010, p. 75).

Na mesma linha, observa David R. Cerbone que a **má-fé** como "mentira a nós mesmos" deve ser cuidadosamente distinguida da espécie de mentira que contamos a outras pessoas. No entanto, Cerbone argumenta que a mentira contada para outra pessoa pode ser considerada um "**engano ordinário**"; ou, como quer Sartre, uma "consciência cínica".

Sendo assim:

Não existe coisa alguma particularmente misteriosa ou intrigante sobre o engano ordinário. Quando engano alguém, mantenho escondido dessa pessoa o que sei ser verdadeiro, usualmente enquanto me esforço para fazê-la acreditar, ou ao menos manter sua crença, no oposto. Como uma relação entre duas ou mais consciências, é fácil de entender como a verdade pode permanecer oculta. Que minha consciência e a consciência daquela pessoa que desejo enganar sejam separadas uma da outra garante que eu seja capaz de manter o que sei ser verdadeiro escondido, indisponível para quem desejo enganar (contando que, é claro, que eu seja cuidadoso e esperto,

de modo a não entregar ou deixar com que a verdade seja descoberta). (CERBONE, 2012, p.138).

A **má-fé** no "engano ordinário", mentira dirigida a outra pessoa, é absolutamente distinta da **má-fé** no sentido de "autoengano". Pois, nesta situação, meu objetivo é enganar a mim mesmo para livrar de minhas próprias angústias racionais. Assim, conforme ensinamento de Sartre, a função da **má-fé** consiste em acreditar em uma:

[...] verdade que se obtém 'às pressas', que se contenta em não pedir demais, que abre mão da análise crítica. Em síntese, o ato primeiro de má-fé nos revela o nosso constante ímpeto de racionalizar, cristalizar, definir, da maneira a mais supérflua possível, mediante uma 'evidência persuasiva', a essência do que, de fato, não pode ser racionalizado, cristalizado ou definido: a essência de nossa existência. (RODRIGUES, 2010, p. 92).

Com isso a **má-fé**, em Sartre, funciona como uma autointerdição do próprio saber, uma vez que o enganador e o enganado são a mesma pessoa. O "autoengano" funciona como uma zona de conforto, de modo que nossas angústias sejam reconfortadas pela **crença** em algo que recusamos a indagar ou pesquisar. A **má-fé** em Sartre é a escolha humana por algum tipo de **crença**, cuja a finalidade é impedir um auto-reconhecimento de nossa própria ignorância racional. (SARTRE, 2011).

Por isso, pondera Sartre, "o verdadeiro problema da má-fé decorre, evidentemente, do fato de que a má-fé é fé. Não pode ser mentira cínica nem evidência, sendo a evidência possessão intuitiva do objeto. Mas, se denominarmos crença a adesão do ser então a má-fé é crença, e o problema essencial da má-fé uma problema de crença." (SARTRE, 2011, p. 115).

Firme no ensinamento de Sartre, Malcom Guimarães Rodrigues arremata que a função da **má-fé**, que se sustenta por uma **crença** criada por nós mesmos, permite que "minha incapacidade de ter certeza de algo não me aborreça. Assim, se nenhuma crença me faz ser o que sou, a má-fé aproveitar-se-á dessa incapacidade de crer que sou (e, portanto, me fazer ser) corajoso, por exemplo, visando me 'suspender' na passiva desagregação do meu Ser, para que finalmente eu possa ficar de 'consciência limpa'." (RODRIGUES, 2010, p. 94).

Por outro lado, se a **má-fé** é uma espécie de **crença** que utilizamos para fugir da nossa incapacidade de construir racionalmente a própria existência, a saída não é buscarmos uma atitude de **boa-fé**. Esse é o paradoxo da **boa-fé** que a dogmática jurídica ainda não consegue perceber. É que a **boa-fé**, estudada à luz do pensamento de Sartre, quer dizer, sem o caráter dogmático que o instituto recebeu dos romanos, é, na verdade, uma **crença boa**. Se a **má-fé** é uma **crença** que atribuímos para fugir das nossas angústias, a **boa-fé** é também uma "fé", ou

seja, uma **crença boa** de que nos valem para acreditar naquilo que julgamos conveniente acreditar. (SARTRE, 2011).

Portanto, vale mencionar novamente entendimento de Cornelius Castoriadis de que o homem não deseja de fato um saber, como formulação teórica para se livrar de suas próprias angústias, o que o homem quer na verdade é uma **crença**. É mais confortável confiar nossos problemas em algum tipo de **crença**, que buscar uma solução de forma racional. (CASTORIADIS, 1998).

Malcom Guimarães Rodrigues pondera que “toda crença é crença de boa fé, pois só existe enquanto uma boa vontade nela depositar a sua fé, tal como afirma Sartre.” Finaliza o autor dizendo que “a crença que não ousa nunca se questionar e que, em suma, representa o momento imediato da crença. [...]. Ora, se tenho consciência de crer, então tenho consciência de que não tenho certeza.” (RODRIGUES, 2010, p. 91).

Na mesma linha, observa David R. Cerbone que “o antídoto para os padrões de engano da má-fé não deve ser encontrado em noções tais como sinceridade, honestidade e boa-fé. Na verdade, Sartre argumenta que a sinceridade é ela própria um padrão da má-fé [...].” (CERBONE, 2012, p. 142).

Nesse sentido, orienta Sartre:

Creio que meu amigo Pedro tem amizade por mim. Creio de boa-fé. Creio e não tenho intuição acompanhada de evidência, pois o próprio objeto, por natureza, não se presta à intuição. Creio, ou seja, deixo-me levar por impulsos de confiança, decido acreditar neles e ater-me a tal decisão, levo-me, enfim, como se estivesse certo disso - e tudo na unidade sintética de uma mesma atitude. (SARTRE, 2011, p. 116).

É por isso que, tanto uma conduta de **boa-fé** quanto a de **má-fé**, são, ao mesmo tempo, uma opção de **fé** do agente. A decisão de **má-fé** assim como a de **boa-fé** são fugas de si mesmo, no que tange à capacidade humana de estabelecer uma linguagem construtiva de sua própria existência racional.

Assim, reconhecendo a validade de um sistema jurídico que adota como linguagem estabilizadora do sistema uma **presunção de boa-fé** em oposição a **condutas de má-fé** significa, à luz dos ensinamentos de Sartre, que a validade do sistema jurídico está fundada na **crença** que os destinatários normativos depositam o saber natural e talentoso do portador de autoridade. Desse modo, são pertinentes as argumentações de Rosemiro Pereira Leal, ao afirmar que “a má-fé eximidora da autoresponsabilidade” impede uma “investigação epistemológica do saber correntio do senso comum dos positivistas.” (LEAL, 2014, p. 378).

3.3 Fraude processual e a ideologia da imparcialidade jurisdicional

Em considerações apresentadas em páginas anteriores, demonstrou-se, com esteio no pensamento de Sartre, que a ideia de **má-fé** pode ser compreendida a partir de dois aspectos teóricos. No primeiro, a **má-fé** pode ser entendida como uma espécie de "autoengano". Nesta situação, não há duas consciências distintas, ou seja, **enganador** e **enganado** são a mesma pessoa. Na segunda conjectura sobre a ideia de **má-fé** trabalhou-se o "engano ordinário". Nessa situação a **má-fé** se processa em duas consciências distintas, ou seja, uma consciência procura esconder a verdade de outra consciência sem qualquer comunicabilidade intrapessoal como acontece no "autoengano".

A partir dessas conjecturas passaremos a interrogar a ideia de "fraude processual" e, por conseguinte, demonstrar que a saída encontrada pela dogmática processual civil para coibir a **fraude** é absolutamente interdita, uma vez que, a teor do art. 142 combinado com o art. 375 do novo código de processo civil, o Estado dogmático entrega ao saber solipsista do julgador a prerrogativa de punir os enganadores em **litigância de má-fé**, desconsiderando a possibilidade do "autoengano".

Porém, antes de adentrarmos no tema propriamente dito é preciso demarcar que, em uma perspectiva neo-institucionalista, o processo é compreendido como sendo uma linguagem teórica concorrencial, habilitada a construir a existência jurídica. Essa conjectura tem por finalidade teórica impedir que a linguagem jurídica seja encaminhada a partir do senso comum do conhecimento jurídico: ideologias ou crenças, seja de **boa-fé** ou de **má-fé**.

Portanto, sendo o processo uma teoria linguística não há que se falar em "**fraude processual**". O que é possível argumentar é "**fraude à jurisdição**" onde esta, por sua vez, pode ser compreendida como sendo a "atividade dever do Estado, prestada pelos órgãos competentes indicados no texto da Constituição, somente exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a garantia do devido processo constitucional." (BRETAS, 2010, p. 32). Por fim, o que é possível fraudar é a jurisdição, jamais o processo que é teoria da linguagem jurídica habilitada a arguir, por meio de uma metalinguagem, os escopos totalitários da linguagem dogmática do direito. (LEAL, 2010|).

Feito estas considerações, passaremos a argumentar que a ideia de "fraude processual" traz consigo o entendimento dogmático de que o procedimento jurisdicional pode ser um espaço jurídico, onde os litigantes, supostamente de **má-fé**, podem valer de artifícios ilícitos para obter fins lícitos. Desse modo, faremos uma incursão sobre o pensamento de

juristas que trabalharam a "fraude processual" e a **má-fé processual**, para, ao final, apresentar possíveis incorreções relacionadas ao tema, apoiados nas reflexões de Sartre e do processualista mineiro Rosemiro Pereira Leal.

Nesse sentido, leciona Francesco Carnelutti, "quando a atividade dirigida *contra ius* for encoberta, ou seja, quando dissimular sua finalidade, recebe o nome de fraude." Desse modo, finaliza o processualista, quando o "engano se dirige para produzir a *iniuria*, recebe o nome de fraude." (CARNELUTTI, 2000, v. III, p. 533). Assim, toda atividade ou intenção com o objetivo de burlar o cumprimento de um determinado comando normativo, por meio de atitudes fraudulentas, deduz-se que o agente está de **má-fé**, e o Estado deve punir, severamente, o **litigante de má-fé**.

Leciona Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias argumentando no seguinte sentido: "parece-nos que a fraude processual e o dolo processual são meio antijurídicos de que se valem as partes, fundadas na má-fé [...]." Por outro lado, prossegue o autor, com esteio no pensamento de Adroaldo Leão, que "de qualquer forma, o certo é que, segundo afirma insuperável doutrina, o princípio da boa-fé é o caminho pelo qual a moral penetra no direito [...]." Sendo assim, "a má-fé é o gênero, do qual a fraude, o dolo e a simulação fraudulenta são espécies, estas distinguindo-se nas respectivas estruturas e nos instrumentos desencadeados à realização de seus nocivos resultados." (BRÊTAS, 2001, p. 29-30).

Segundo o magistério de Anne Joyce Agnher, em uma situação em que autor e réu se servem do processo para praticar o chamado "processo simulado", com o intuito de prejudicar terceiro, ou exercer um "processo fraudulento", cujo objetivo é atingir um fim proibido por lei, deve o **litigante de má-fé** ser punido pelo Estado-Juiz. Nessa situação, "o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes conluídas, mas nada obsta que as partes conluídas sejam, também, condenadas por litigância de má-fé e responsabilizadas pelas perdas e danos que causarem a eventual litisconsórcio ou interveniente de boa-fé." (ANGHER, 2005, p. 129).

Observa Adroaldo Leão, com esteio no pensamento de Carnelutti, que o "dolo processual" é uma espécie de vício da vontade judicial: "o dolo processual difere do dolo que ocorre no direito privado, porque o litigante de má-fé engana, não só a parte contrária, mas também deseja, com seu ato, ludibriar o juiz, a justiça." (LEÃO, 1986, p. 26).

Ensina Humberto Theodoro Júnior que o "abuso do direito processual" pode ser entendido como prática de "atos de má-fé por quem tenha uma faculdade de agir no curso do processo, mas que dela se utiliza não para seus fins normais, mas para protelar a solução do

litígio ou para desviá-la da correta apreciação judicial, embaraçando, assim, o resultado justo da prestação jurisdicional." (THEODORO JÚNIOR, 1998, p. 55).

A argumentação jurídica e teorias que trabalham a ideia de "fraude processual" relacionam a **má-fé** com o uso indevido do processo civil cujo o objetivo é burlar um determinado sistema normativo. Desse modo, cabe ao Estado reprimir tais condutas e, por conseguinte, punir o litigante que age com dolo. Ocorre que a **má-fé** e a **boa-fé**, quando não estudadas com base nas matrizes dogmáticas e estratégicas do direito romano (MENEZES CORDEIRO, 1984), podem significar uma autointerdição do conhecimento jurídico. O intuito é se valer de uma determinada **crença** para não se deparar com falibilidade da própria incapacidade ou temor em resolver problemas. (MALCOM, 2010).

A **má-fé**, a partir dos estudos de Sartre, afasta-se da **crença aristotélica** da existência do *Aghaton*, passível de ser encontrado por aqueles eleitos para conduzir a sociedade. É que, no pensamento de Sartre, "na má-fé, não há mentira cínica nem sábio preparo de conceitos enganadores. O ato primeiro de má-fé é para fugir do que não se poder fugir, fugir do que se é." (SARTRE, 2011, p. 118).

Na linha do pensamento de Sartre o portador de **má-fé** é quem se recusa a construir o próprio conhecimento, e, para não enfrentar as angústias geradas por um conhecimento que caminha *ad infinitum*, se vale de **crenças** e dogmas auto-interditivas do próprio saber.

Por isso, para se considerar **conduta de má-fé**, em sede de um direito democrático, há de se demonstrar se existe o "autoengano" entre enganador (**fraudador**) e enganado (**parte, terceiro interveniente e Estado-Juiz**), no que diz respeito aos limites teóricos e racionais dos fundamentos jurídicos que se pratica junto ao sistema jurídico positivado. Por outro lado, tal possibilidade apenas é possível, sob o ponto de vista da ciência do direito, se for reconhecido o devido processo legal, encaminhado por um uma perspectiva neo-institucionalista do processo, como espaço linguístico de testemunho concorrente entre teorias, em procedimento instaurado para este fim, em oposição ao caráter interdital das decisões punitivas da "fraude processual".

Caso não se confirme o devido processo legal como eixo discursivo de verificação de dano ou **fraude à jurisdição** de fato, a coibição de uma suposta "fraude processual" deve se pautar em uma saída de **má-fé**. Ou seja, facultar ao portador de autoridade a prerrogativa de aplicar juízos interdital com base em "regras de experiência comum", tal como preceitua o artigo 375 do novo código de processo civil.

Por isso a coibição da "fraude processual" é mais uma saída de **má-fé** - autotutela do próprio saber - por parte de especialistas que, em face da proibição do *non-liquet*, se valem de

juízos interditaís do "autoengano", que produz a **crença** de estarem protegendo a “**dignidade da justiça**” sem nunca se preocuparem com os fundamentos desta justiça que estão a resguardar. Tais entendimentos levam doutrinadores da estirpe de Pontes de Miranda a afirmar que, para combater a "fraude processual", é preciso conferir poderes ao julgador. Daí leciona o doutrinador sobre o acerto do artigo 129 do CPC – artigo 142 do novo CPC - ao permitir o exercício de tais poderes pelo julgador:

A característica de tal poder do juiz, estranho à delimitação ao pedido em que tradicionalmente sempre se pôs o juiz, consiste em ter ele (verto 'proferirá') de obstar ao objetivo indevido da parte. A parte adversa não lho pediu, ou lho sugeriu no curso da causa. Não importa. Os atos que ele poder impedir, invocando o art. 129, foram considerados pelo Estado, independentes de qualquer das partes. Ao ter de decidir, o juiz se encontra em face do que aduziram as partes e os interessados, e desse pedido do Estado. Porque, em verdade, o artigo 129 funciona no processo, se queremos conservar os princípios que regem o direito processual, como pedido do Estado para que se corte a atividade daninha de qualquer dos litigantes, autor ou réu ou outro figurante. (PONTES DE MIRANDA, v. II, 1979, p. 509-510).

Ademais, é preciso salientar que os **juízos interditaís** conferidos ao julgador pelo art. 129 do CPC de 1973, ficou mais explícitos no novo Código de Processo Civil. De acordo com o novo código, o art. 142 CPC estabelece que "Convencendo-se pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar atos simulados ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidade da litigância de má-fé."

Assim o novo Código de Processo Civil, em absoluto descompasso com o paradigma processual demarcado pela Constituição brasileira, foi ainda mais enfático ao acrescentar que o juiz deverá proferir sentença "aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé", o que não estava explícito no artigo 129 do Código revogado.

Sendo assim, é impossível falar em imparcialidade jurisdicional em um sistema jurídico cujo julgador pode exercer uma espécie de autotutela, por meio de juízos interditaís, com finalidade teórica ou, melhor dizendo, ideológica, de impedir que o “processo” se torne um espaço de "balbúrdia" pelos portadores de **má-fé**. Em verdade, o Estado Democrático de Direito, à luz da Constituição de 1988 assegura, aos litigantes em procedimento jurisdicional ou administrativo, não só o direito ao procedimento adequado mas, sobretudo, o direito ao devido processo legal. Portanto, a decisão de cunho interdital não tem qualquer acolhimento no paradigma processual democrático da constitucionalidade brasileira.

Alias, a partir dos estudos do processualista italiano Elio Fazzalari, fica evidente que a ausência do contraditório invalida o processo jurisdicional, uma vez que lhe faltou requisito essencial para a formação do provimento, ou seja, o contraditório. (2006).

Dessa forma, as chamadas decisões de ofício, no curso do procedimento, quando o juiz se vale de "máximas de experiência" para punir a "**fraude processual**", revelam uma verdadeira parcialidade positiva do juiz como eleito natural para tutelar o sistema jurídico, cuja missão é impedir que os ligantes utilizem do "processo" para fins escusos.

Nesse aspecto, discorda-se de Cândido Rangel Dinamarco, ao lecionar que o sistema processual civil, na atualidade, deve buscar um equilíbrio entre o princípio dispositivo e o princípio inquisitivo. Para o autor, o direito processual civil deve "equilibrar a aplicação do princípio inquisitivo e do dispositivo na instrução, tendo em vista as exigências opostas da imparcialidade e livre jogo de interesses de um lado (o modo de ser dos conflitos) e, de outro, as de uma instrução que conduza a decisão conforme o direito objetivo material, fazendo justiça." (DINAMARCO, 2013, p. 62).

Em sede de Estado Democrático de Direito, onde o paradigma construtivo do direito democrático depende, inexoravelmente, da observância do devido processo legal não há que se falar em uma combinação de juízos inquisitórios e dispositivos para tornar a ciência jurídica possível. O que legitima o direito democrático é a garantia de que a estabilização da linguagem jurídica não será feita por juízos interditaes - **má-fé** e **boa-fé** - advindos da uma consciência privilegiada de um solitário intérprete decisor.

Portanto, em situações em que se constata um ilícito no direito de petição ou do direito de defesa, tal questão deve ser tratada em procedimento específico judicial ou administrativo, a fim de identificar possíveis responsabilidades dos agentes que participam do procedimento. Em razão disso, considerando o paradigma processual democrático adotado pela constitucionalidade brasileira, não há de se falar em decisões de ofício em procedimentos jurisdicionais não instalados para esse fim.

Defende-se que a denominada "**litigância de má-fé**", que não se diferencia de "**crença interdita**", portanto, incompatível com a teoria do direito democrático, deveria ser substituída, por um instituto jurídico de responsabilização pelo exercício da função jurisdicional. Pois, o uso lícito da defesa para fins ilícitos (fraude) só é deduzível em juízo ressarcitório, administrativo ou judicial, mediante a garantia inarredável do devido processo legal, conforme preconiza o artigo 5º inciso LV da Constituição Federal.

Do mesmo modo, o mau uso da defesa também se resolve no campo da responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional. O mau uso da defesa diz respeito ao

advogado, hipótese em que cabe aos interessados e prejudicados, instaurar o devido processo legal, jurisdicional ou administrativo, alheio à pessoa do advogado que não observou os requisitos preconizados em lei para assegurar o direito constitucional à defesa.

Sobre o que denominamos de “**instituto jurídico de responsabilização pelo exercício da função jurisdicional**”, em substituição ao instituto autocrático e interdital da “**litigância de má-fé**”, inspiramo-nos no ensinamento de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias quando, em obra singular, trabalhou o tema “Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional”. (BRETAS, 2004).

A partir desse entendimento, é forçoso reconhecer o acerto científico de Rosemiro Pereira Leal, quando o processualista argumenta em suas lições:

[...] o mau uso do instituto de defesa afeta *in genere* o advogado. É questão ética-profissional que se resolveria pelos Tribunais de Ética e Disciplina da OAB por iniciativa dos interessados, não sendo matéria estrutural do procedimento judicial alheio ao advogado, porque o mau uso da defesa torna inválida a defesa por não se revestir dos requisitos preconizados em lei. A seu turno, hipótese de uso lícito de defesa para fins ilícitos (fraude) é questão ínsita à subjetividade das partes ou de seus procuradores, que se evidencia na dinâmica procedimental em curso, apesar de declarável pela anulação do ato que lhe deu causa, não é matéria integrante do procedimento e, como tal, só discutível em juízo ressarcitório, por via de procedimento específico e autônomo no âmbito administrativo ou judicial. (LEAL, 2012, p. 164-165).

Sendo assim, qualquer ato insidioso praticado pelas partes, que configure **fraude à jurisdição**, deve ter como consequência para aqueles que cometeram o ilícito o procedimento ressarcitório adequado, mediante a garantia inarredável do devido processo legal.

Rosemiro Pereira Leal justifica:

Em sendo o abuso o exercício ilícito de defesa para fins lícitos e a fraude o uso de defesa lícita para fins ilícitos, não seria mesmo possível que a certeza das reparações (ressarcimentos) por tais atos se operasse em regime interdital na estrutura procedimental de cognição de pedidos originariamente não destinados à penalização das partes, como impropriamente posto pelo legislador para a litigância de má-fé, multa e condenações compensatórias (arts. 17 e 18), já que tais danos, nas modalidades indicadas no CPC, não são ao processo, como muitos pensam, mas ao Estado-Juiz. (LEAL, 2012, p. 165).

Desse modo, a prática de juízos interditalis na estrutura de um procedimento, não instaurado para proferir decisões não delimitadas no pedido de mérito, representa uma flagrante inconsistência teórica e coloca as decisões jurisdicionais no campo ideológico dos juízos de **boa-fé** e de **má-fé**. Tal situação representa um retrocesso, sobretudo, no que diz respeito às conquistas teóricas do contraditório, ampla defesa e isonomia como arcabouço

teórico da legitimidade e validade das decisões no paradigma de Estado Democrático de Direito.

Por isso, a aplicação interdita de juízos volitivos sem instauração de procedimento jurisdicional próprio e específico para apurar possíveis ações ilegais por atos de **litigância de má-fé**, que tenha gerado dano, conduta abusiva ou **fraude à jurisdição**, deve ser julgado por meio de juízos democráticos e em procedimentos jurisdicionais adequados.

Ou seja, a condenação ou penalização de partes ou procuradores em procedimentos não instaurados para esse fim é sanção autoexecutiva, por sua vez, se traduz na "negação explícita do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/1988) para a construção de sentença de mérito ressarcitório que, no direito brasileiro, em face do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, não pode revestir a forma de ato interdutivo." (LEAL, 2012, p. 166). Daí o acerto em dizer que juízos interditaes não geram validade jurídica no Estado Democrático, em razão de uma supressão inconstitucional do devido processo legal como garantia de legitimidade das decisões jurisdicionais no paradigma de direito democrático.

Aceitando-se que a **fraude à jurisdição** seja estabilizada por meio de juízos interditaes, valendo-se de um poder judicial - art. 139, inciso III do novo CPC, não conferido ao julgador em sede de Estado Democrático de Direito, não há que se falar em imparcialidade jurisdicional. O exercício da atividade jurisdicional, sem a garantia do devido processo legal, não se caracteriza imparcialidade, ao contrário, configura-se exercício arbitrário e passional do Estado-Juiz.

Portanto, a condenação em situações de "**fraude processual**" ou, mais precisamente, em **fraude à jurisdição**, seria concebível apenas, em sede de Estado Democrático de Direito, se recusarmos a prática de juízos interditaes – **má-fé** e **boa-fé** - como "respostas jurídicas" para coibir o dolo, a simulação ou a **fraude à jurisdição**, aplicados em procedimentos não instaurados para esta finalidade.

3.4 Dano processual e a litigância de má-fé

Em uma visão neoinstitucionalista de processo a "lei é criadora do texto normativo que é direito." Nesse paradigma teórico-processual a lei só adquire validade democrática quando explicita a "teoria linguístico-jurídico-normativa pré-definida (entre teorias do processo) a co-institucionalizar (constitucionalizar), em *nível constituinte*, direitos, deveres, faculdades, vedações, permissões e suas estruturas (proposições) lógico-fundantes e respectivas instrumentalidades operacionais e organizacionais (procedimentos e funções) [...]."

A partir dessa percepção, finaliza o autor, "extingue-se, assim, a secular confusão entre lei, direito e norma, não se sabendo onde teria começo a existência jurídica: se no direito, se na lei, se na norma", evitando-se, dessa forma, uma polissemia dos sentidos normativos da linguagem jurídica que só seriam "estabilizáveis pela inteligência solitária e supostamente iluminada do intérprete-aplicador do direito." (LEAL, 2010, p. 167).

Portanto, a partir da teoria neoinstitucionalista é possível estabelecer o seguinte entendimento: não há **dano ou abuso a direito material** ou **abuso ou dano a direito processual**, para aqueles que ainda pregam essa dicotomia, obviamente! O direito, compreendido como produto racional, posto a partir de uma teoria processual, escolhida entre outras teorias processuais concorrentes, é insuscetível de ser abusado, violentado, maltratado ou molestado. O máximo que pode acontecer é o direito, linguagem normativa, ser modificado ou refutado em razão de outra teoria, de maior grau explicativo no campo da ciência jurídica conjectural, propositiva de um direito democrático.

O que pode existir, no âmbito da ciência jurídica, é o autoritarismo da legalidade que é a manifestação violenta do direito pelos portadores de autoridade. Isso acontece quando não é permitido, aos destinatários normativos, estabelecer uma fiscalidade processual, intercorrente e permanente, dos sentidos normativos da linguagem jurídica. Considerando essa hipótese autocrática, restaria ao sujeito processual **crer** no fundamento mítico da legalidade que se fundamenta a partir do saber exclusivo da própria autoridade, conforme já denunciou Jacques Derrida. (2007).

Sendo assim, propõe-se discorrer sobre a configuração do "**dano processual**", que passa a existir quando autor, réu ou interveniente incorrerem em alguma **conduta de má-fé**, descrita no artigo 17 do Código de Processo Civil revogado. E, conforme foi anteriormente explicitado, não houve alterações no novo Código de Processo Civil, neste as condutas do **litigante de má-fé** constam no artigo 80.

Não é por acaso que o inciso I do artigo 17, do CPC revogado, inciso I do artigo 80 do novo CPC, reconhece que estará de **má-fé** o litigante que questionar os sentidos normativos da linguagem jurídica. Nessa hipótese, a parte poderá ser condenada em **litigância de má-fé**, quando "*deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso.*" Nesse caso, caberá "ao magistrado, contudo, aferir a configuração da má-fé pela constatação da exata violação do preceito." (MAIA, 2002, p. 98).

Tal imposição é o que Rosemiro Pereira Leal chamou de o "conto de Kafka": resta aos destinatários normativos, em uma perspectiva de sociedade fechada, apenas ficarem perante a lei. Nessa hipótese dogmática a função dos três "poderes", legislativo, executivo e judiciário,

é "assegurar que todos fiquem perante a lei sem jamais nela entrarem para intratextualizá-la e fruí-la em seus conteúdos de validade e legitimidade." (LEAL, 2013, p. 63).

Por outro lado, para quem defende que o inciso I do artigo 80 do novo CPC não deve ser compreendido de forma tão rígida, em razão da possibilidade do controle de constitucionalidade difuso e concentrado, apresenta-se uma indagação. Como é possível, em um paradigma processual de direito democrático, um órgão jurisdicional decidir sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei, sem que a norma, em sua exposição de motivos não explicita que teoria está subjacente à normatividade jurídica instituída? Se a norma não explicita em que teoria se funda a legalidade, como é possível saber se a decisão proferida pelo órgão jurisdicional concorre para a construção do paradigma de Estado Democrático de Direito? (LEAL, 2010).

Uma comunidade política que tem como fundamento a reserva legal, deve explicitar a matriz teórica pela qual se pretende encaminhar o discurso da legalidade. Desse modo, a construção do Estado Democrático de Direito depende de uma teoria da legalidade, de maior grau explicativo frente a outras teorias concorrentes, cuja a finalidade é proporcionar a operacionalização das regras de criação, alteração e aplicação dos direitos pelos legitimados ao processo de construção da sociedade democrática. Não sendo assim, de fato, restará aos destinatários normativos contentar com o saber privilegiados dos tutores da sociedade fechada, para encaminhar a construção do Estado Democrático conforme a "livre convicção", "proporcionalidade", "adequabilidade", "razoabilidade", "bem comum", "reserva do possível" e outros mecanismos interditaes que concorrem para a efetividade da **má-fé** no âmbito da ciência do direito, no sentido epistemológico proposto por Sartre.

O inciso II do artigo 17 do CPC revogado - inciso II do artigo 80 do novo código CPC - estabelece que **litigante de má-fé** é todo aquele que "*alterar a verdade dos fatos*". Para boa parte da doutrina a questão da verdade, a que se refere o artigo, diz respeito à "**verdade processual**" sobre os fatos deduzidos em juízo. Não obstante, argumenta Ana Lúcia Lucker Meirelles de Oliveira, "a parte tem o dever de dizer a verdade sobre os fatos que alega e contesta, mas não há necessidade de dizer tudo o que sabe." (2000, p. 46).

Ainda que a "**verdade dos fatos**" seja encaminhada pela linguagem dogmática do direito como uma espécie de "**verdade processual**", tal argumento não retira o caráter tautológico da linguagem jurídica sobre o tema. É que a definição de **verdade**, "que marca a filosofia das escolas estoicas, hegeliana, fenomenalista e até os semioticistas de hoje, desservem a reflexão sobre o tema." (LEAL, 2012, p. 158). Portanto, seria uma contradição

falar em "**verdade processual**" sem definir ou explicitar em qual a matriz filosófica a concepção de **verdade** está sendo encaminhado pelo discurso jurídico processual.

Certamente, a questão da **verdade** está sendo encaminhada pela ciência dogmática do direito a partir de algum sincretismo ideológico, haja vista que, conforme já havia afirmado Hans Albert, os juristas têm pouco interesse na produção de teorias críticas no campo jurídico. (ALBERT, 2013). Isso justifica o fetiche da ciência dogmática jurídica por matrizes filosóficas que mais contribuem para um resultado prático, pouco importando se essa "praticidade" concorre ou não para o autoritarismo e a violência no direito processual.

Assim, a questão da **verdade**, em um paradigma processual de direito democrático, se resolve "a partir do processo jurídico-constutivo da lei e de sua vigência e incidência, e não de uma realidade pressuposta ou suposta (verdade causal) *a-jurídica*." Nesse sentido, a epistemologia jurídico-democrática para a aferição da verossimilitude é o processo constitucionalizado, que se vale de um procedimento jurisdicional previamente estruturado por lei, para certificar "os aspectos lógico-jurídico-indutivo da inequivocidade e verossimilhança [...]." (LEAL, 2012, p. 159).

Nesse sentido, o argumento de que, para chegar a uma "**verdade processual**" pressuposta, "o juiz haverá de perquirir a verdadeira intenção da parte para poder concluir pelo descumprimento do dever de veracidade e considerá-la litigante de má-fé" (ANGHER, 2005, p. 127) é absolutamente autoritário e não concorre para a efetividade de um direito democrático. Tal entendimento só é concebível em uma sociedade que não acolheu o devido processo legal como instituição jurídica de legitimação dos provimentos. Ademais, em prevalecendo esse entendimento o mínimo que poderia exigir do magistrado, ao "perquirir a verdadeira intenção da parte", é a explicitação de qual matriz filosófica a pretensão sobre a verdade está sendo encaminhada pelo juízo cognitivo.

Por outro lado, como seria possível enfrentar a polêmica epistemológica sobre a questão da **verdade**, no campo jurídico, sem assegurar aos interessados o devido processo legal para testificar qual teoria da verdade está mais habilitada a encaminhar o discurso processual na contemporaneidade. Daí a absoluta inconstitucionalidade do dispositivo que autoriza uma condenação interdital em **litigância de má-fé**, valendo-se do famigerado pretexto da "**verdade dos fatos**", em procedimentos cognitivos não instaurado para essa finalidade.

Ademais, levando em conta o ensinamento de Sartre sobre a **má-fé**, se o julgador condena alguém por **litigância de má-fé**, sustentando que a parte "escondeu ou alterou a verdade dos fatos", na perspectiva do "engano ordinário", não é possível excluir o próprio

jugador de uma suposta **má-fé** no sentido do "autoengano", em relação aos fundamentos de sua própria decisão. A ciência dogmática do direito ainda não percebeu que a decisão que condena alguém de forma interdita em **litigância de má-fé** pode ser, em si mesma, um juízo de **má-fé**. A **má-fé** pode não estar na pessoa do condenado, mas naquele que emitiu um juízo condenatório em **litigância de má-fé**. Logo, as matrizes aristotélicas sobre a **má-fé** e **boa-fé** contribuem para ao autoritarismo na linguagem processual, já a **má-fé** e **boa-fé**, de acordo com as matrizes do pensamento sartreano, podem servir para a democratização da linguagem jurídico-processual.

Portanto, a escolha do modelo de **má-fé** ou **boa-fé** a ser adotado pela ciência jurídica para encaminhar um direito democrático deve ser teórica e não ideológica. Até porque, se for ideológica, a dogmática jurídica fará opção pela **má-fé** e **boa-fé** de matrizes aristotélicas, pois isso contribui para alcançar um resultado prático mais rápido, em razão do controle da relação jurídica pelo portador de autoridade. Daí o acolhimento da **má-fé** e da **boa-fé**, pela linguagem jurídica, ser uma questão de prévia opção teórica, questão que será abordada no próximo capítulo.

A redação do inciso III do artigo 17 do CPC revogado - inciso III do artigo 80 do novo código de processo civil - preceitua que o **litigante de má-fé** é aquele que "*usar o processo para conseguir um objetivo ilegal*". Ao dissertar sobre o assunto, Anne Joyce Angher argumenta que o "processo é instrumento da jurisdição e deve ser utilizado para a realização de seus fins (atuação da lei, solução do conflito, pacificação, segurança jurídica, justiça etc.). É um tanto óbvio que as partes não devem ocupar o Poder judiciário com o objetivo de obter algo ilícito." (ANGHER, 2005, p. 127).

Ocorre que, ao se estabelecer uma distinção entre processo e procedimento, a partir dos estudos do processualista italiano Elio Fazzalari, já é possível perceber que o processo não é mero instrumento da jurisdição para a realização da pacificação social. (2006). Para os adeptos de um "modelo constitucional de processo", o processo adquire *status* de metodologia normativa de garantia de direitos fundamentais, e a jurisdição, por sua vez, é a atividade dever do Estado que se desenvolve mediante a garantia inarredável do devido processo legal. (BRÊTAS, 2010). Depreende-se, que o modelo constitucional de processo já representa um avanço epistêmico para a ciência processual, o que torna a tese do processo como instrumento técnico da jurisdição (DINAMARCO, 2013), passível de refutação crítica.

Por outro lado, para aqueles que adotam a teoria neoinstitucionalista do processo, opção desta obra, o processo é instituição linguística de testificação de teorias, que se propõem a construir a existência jurídica democrática. Em uma opção neoinstitucionalista de

processo, a positivação do instituto jurídico da **litigância de má-fé** deveria se submeter a uma concorrência teórica quanto aos sentidos normativos atribuídos à "**má-fé**", bem como as consequências do uso dessa terminologia na aplicação do direito. O objetivo de tal conjectura é impedir que a linguagem jurídica, carregada de conceitos abertos, conforme observou Eduardo Bittar (2013), seja estabilizada por saberes insuscetíveis a uma arguição crítica. (LEAL, 2010).

Portanto, sob o ponto de vista neoinstitucionalista de processo, é um absoluto paradoxo utilizar o "processo para conseguir objetivo ilegal". Ora, o processo, compreendido como linguagem teórica construtiva da normatividade jurídica, não pode ser usado indevidamente. O que é possível argumentar é a utilização indevida do procedimento jurisdicional, disponível a todos em razão do direito incondicional de movimentar a jurisdição. Quem responde por perdas e danos pela utilização indevida do procedimento é o agente, ou seja, o operador do direito em um procedimento específico e instaurado para esse fim, mediante a garantia do devido processo legal.

O inciso IV do artigo 17 do CPC revogado - inciso IV do artigo 80 do novo código de processo civil - dispõe que será considerado **litigante de má-fé** aquele que "*opuser resistência injustificada ao andamento do processo*". Ao tecer comentários sobre o dispositivo de lei, Anne Joyce Angher pondera que a palavra injustificada "representa um conceito vago, que dever ser preenchido por interpretação do juiz no caso concreto. Ao juiz cabe verificar, portanto, se se justifica ou não a resistência oposta pelo litigante." (ANGHER, 2005, p. 127).

Mais uma vez a ciência dogmática do direito faz uma opção de "**má-fé**", no sentido proposto por Sartre, para não enfrentar, por meio de conjecturas teóricas, as lacunas e termos vagos da linguagem jurídica. Isso reforça os argumentos apresentados anteriormente de que os termos vagos, as lacunas, os costumes, os princípios gerais do direito são figuras de linguagem extremamente estratégicas para o desenvolvimento da ciência dogmática do direito. A estruturação de um pressuposto de **boa-fé** e de uma conduta de **má-fé** no campo jurídico é, de fato, uma brilhante criação ideológica dos pretores romanos para assegurar a maleabilidade do sistema jurídico totalitário. (MENEZES CORDEIRO, 1984, v. I).

Condenar alguém, com o argumento de ocasionar uma resistência injustificada ao desenvolvimento do procedimento só é possível se assegurado às partes, o direito ao contraditório, a ampla defesa e a isonomia. É o devido processo legal, instaurado para essa finalidade, a instituição habilitada a esclarecer o que é resistência, e as razões pelas quais ela pode ser taxada de injustificada no âmbito da processualidade democrática. Ora, em uma

concepção de Estado Democrático de Direito a formação do juízo decisório não se dá de forma interdita à luz do livre entendimento do julgador. Tal situação só seria possível se a constitucionalidade brasileira não tivesse estabelecido que o devido processo é o paradigma linguístico de legitimidade das decisões jurisdicionais.

Infelizmente, enquanto o processo não for estudo como instituição linguística de redução dos conflitos, permaneceremos com a crença de **boa-fé**, diga-se de passagem, que o processo civil é o “remédio prático” para todos os males da sociedade pressuposta.

"Todo processo dever ser pautado pela lealdade e boa-fé, são os deveres de todos os participantes do processo [...]." A partir desse entendimento acredita-se que "*o proceder de modo temerário* de que trata o inciso V do art. 17 pode ocorrer em qualquer ato ou incidente processual e revela uma atitude dolosa ou culposamente grave da parte, que age com abuso, atrevimento, audácia ou ousadia, tendo plena ciência da falta de razão." (ANGHER, 2005, p. 136/137). O proceder de modo temerário foi reproduzido no artigo 80 inciso V do novo código de processo civil brasileiro.

Para o dispositivo supracitado o fundamento para condenar, de forma interdita, em **litigância de má-fé** ocorre quando o litigante "*proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo.*" Por temeridade, pode-se entender como a manifestação de uma espécie de dolo processual que se configura quando o litigante vai a juízo sabendo que não tem razão. (CASTRO FILHO, 1955).

Cândido Rangel Dinamarco ensina que a temeridade, descrita no artigo 17 inciso V do CPC, artigo 80 inciso V do novo CPC, diz respeito a uma imprudência irracional e exagerada. (2002). Na mesma linha, argumenta Celso Agrícola Barbi que a temeridade pode resultar no dolo ou na culpa, que se traduz em uma consciência "sem-razão", por aquele que sustente "ter razão". (1975).

Contudo, a primeira reflexão que se pode levantar, para interrogar a legitimidade do dispositivo em questão, é qual modelo de racionalidade a ciência dogmática do direito adota como parâmetro epistêmico, para dizer que alguém não está com a razão. A questão da razão é algo bastante complexo, sobretudo, em uma ciência onde a fúria da racionalidade é uma dádiva exclusiva da autoridade. (BATISTA, 2015). Ademais, afirmar que alguém está com a "razão" ou "sem a razão" pode significar a exposição máxima da **má-fé**, daquele que condena, de forma interdita, o **litigante de má-fé**.

Por outro lado, ao condenar o **litigante de má-fé** com o argumento de que o sujeito agiu com "audácia", "atrevimento", sem lhe assegurar o devido processo legal para certificar quem está de **má-fé**, Estado-Juiz ou Partes, na perspectiva do "engano-ordinário" e do

"autoengano" é, de fato, absolutamente irracional, seja qual for a concepção de razão esteja sendo adota pelo agente público decisor.

Ao explicar o artigo 17 inciso VI do CPC, atualmente o artigo 80 inciso VI do novo CPC, Ana Lúcia Lucker Meirelles de Oliveira argumenta que "os incidentes processuais sempre causam um retardo na marcha processual [...]." (MEIRELLES DE OLIVERIA, 2000, p. 61). Contudo, a prática ou o uso de incidentes, se previsto em lei e exercitado dentro do prazo legal, não pode ser fundamento para uma condenação interdita em **litigância de má-fé**. O uso indevido de incidentes, pelo operador do direito dentro do prazo legal, causa dano à função jurisdicional e não ao processo em si. Por isso, assim como nos demais casos elencados nos incisos do artigo 17, atual artigo 80 do novo CPC, a verificação de um incidente com o intuito de retardar a prestação jurisdicional é questão afeta a procedimento específico. A ocorrência de tal situação deve justificar a instauração de procedimento específico para a certificação de responsabilidade do suposto "**litigante de má-fé**", sem prejuízo da garantia inarredável do devido processo legal.

Por fim, há a última hipótese configurativa do litigante de má-fé, o inciso VII do artigo 17 do CPC revogado, artigo 80 inciso VII do novo CPC, que trata da interposição de recurso meramente protelatório. Segundo Brunela Vieira De Vincenzi, entre as condutas tipificadas no artigo 80 do novo CPC, o mais relevante para o processo civil são os recursos protelatórios que configuram o **abuso de defesa** em razão de procrastinação na prestação jurisdicional. Nesse sentido, o duplo grau de jurisdição é apontado pela autora como um verdadeiro entrave ao **tempo do processo**, isso justificaria a sanção do inciso VII do art. 17 do CPC revogado, artigo 80 inciso VII do novo CPC, ao **litigante de má-fé**. Dessa forma, "a elevação do duplo grau de jurisdição à garantia constitucional é também responsável pela incerteza na aplicação das sanções previstas nas leis processuais para o uso indevido dos recursos, dificultando a caracterização dos recursos protelatórios ou temerários." (VINCENZI, 2003, p. 108).

Anne Joyce Angher argumenta que "o tempo do processo é preocupação constante." (ANGHER, 2005, p. 145). No mesmo sentido a denominada protelação recursal é um verdadeiro entrave, pois "há no processo uma necessidade de rapidez, com a qual não podem dispor as partes, sob pena de cometerem um abuso, nocivo à paz social." (CASTRO FILHO, 1955, p. 93).

Depreende-se que há uma preocupação da ciência dogmática do direito em relação ao tema: tempo do processo, protelação e **abuso de defesa**. Ora, conforme observa Rosemiro Pereira Leal, "defesa abusiva é inegável paradoxo, porque, se é direito de defesa, não pode ser

abusivo." Finaliza o autor afirmando que "o abuso é ato do operador do direito e não de direito de defesa em si." (LEAL, 2012, p. 164).

Por outro lado, estabelecer uma correlação problemática entre protelação e tempo legal é também outro paradoxo. Ora, não é possível considerar protelação quanto se um ato jurisdicional ocorre dentro do tempo previsto em lei. Portanto, não existe "ato protelatório se praticado no tempo legal de defesa, porque o tempo legal da defesa é insuprimível e irreduzível. Protelação é o que vai além do tempo legal oportunamente utilizado." (LEAL, 2012, p. 166).

Nesse sentido, se o réu pratica algum ato no tempo legal, seria um verdadeiro paradoxo considerar o ato protelatório. Tal situação pode gerar uma inocuidade da defesa, mas jamais poderia gerar, considerando um paradigma processual democrático, condenação interdital em **litigância de má-fé** sob o argumento de protelação, pois a prática do ato foi realizada conforme o prazo preconizado em lei.

Por fim, interpretando a **má-fé**, por matrizes teóricas cujos escopos se diferem da **má-fé** de matriz aristotélica, chega-se à conclusão de que as condutas de **litigância de má-fé**, descritas no artigo 17 do CPC revogado, reproduzidas no artigo 80 do novo CPC, podem ser atribuídas não apenas ao operador jurídico que participa do processo, mas também ao próprio Estado-Juiz. Nessa linha de reflexão o Estado-Juiz também poderia ser condenado por **litigância de má-fé** na perspectiva do "autoengano" ao produzir decisões judiciais, cujo os fundamentos, não passaram pelo crivo teórico-linguístico do devido processo legal.

É que a **má-fé jurídica**, sustentada por matrizes sartreanas, no sentido de "autoengano", se torna instituto estratégico que favorece a proibição *non liquet* no campo do direito. A **má-fé** é conduta interdital da própria responsabilidade de construir conjecturas teóricas frente aos problemas de uma ciência jurídica. Daí o recurso estratégico-dogmático em recheiar a linguagem jurídica de termos vagos, que serão controlados pelo intérprete decisor, tais como: lacunas, proporcionalidade, adequabilidade, reserva do possível, livre convicção, justiça social, equidade, máximas da experiência, costumes, analogias. De acordo com essa linha de reflexão, torna-se mais rápido e confortável, entregar a resolução dos problemas jurídicos ao saber pressuposto da autoridade, ou seja, a um saber fundamentado em alguma tipo de **crença**, seja ela de **boa-fé** ou de **má-fé**.

Por outro lado, a **má-fé** no sentido do "engano-ordinário", que justificaria uma condenação interdital em **litigância de má-fé** no direito processual civil, também é uma forma de autoritarismo e violência. Como bem observou David Cerbone, a definição de **má-fé** no sentido do "engano-ordinário", ou seja, quando uma consciência esconde a verdade de

outra consciência distinta, é uma questão que precisa ser examinada com mais atenção), pois basta que o mentiroso seja dotado de determinadas habilidades, e será capaz de, tranquilamente, acobertar a mentira. (CERBONE, 2012). Portanto, se em um direito processual civil, de matriz aristotélica, não é ofertado o procedimento adequado para verificar quem está enganando quem, "engano-ordinário", sem excluir a possibilidade de "autoengano", a penalidade interdital da **litigância de má-fé** se reveste de verdadeiro autoritarismo no direito processual.

Após discorrer sobre o **abuso processual** e a **litigância de má-fé**, concluiu-se que, se for constatado qualquer tipo de abuso por parte do operador do direito, no curso de um determinado procedimento jurisdicional, a decisão deve ser a seguinte:

As questões de abusividade devem ser resolvidas em procedimentos judiciais autônomos ou pelos órgãos de fiscalização profissional ou funcional dos sujeitos procedimentais, por iniciativa dos pretensos prejudicados para fins indenizatórios e não pelo juízo que, inerte por requisitos jurisdicionais quanto a direitos disponíveis, assumiria a estranha posição de corregedor procedimental para, em vez de se limitar a anular atos, punir e lhe impor ex abrupto ressarcimentos em quaisquer procedimentos judiciais. (LEAL, 2012, p. 164).

Sendo assim, uma condenação interdital em **litigância de má-fé** só seria possível, de fato, em um "processo judicial" que acolhe as matrizes dos pensamentos aristotélicos: pois o conhecimento sobre o **bem/Agathon** e o **mal/akakia** e o conhecimento acerca da "fé" da "má-fé" e da "fé" da **boa-fé** são responsabilidades exclusivas da autoridade. Conforme magistério de José Olympio de Castro Filho, os juízes têm o papel mais nobre, mais belo, mais edificante no que diz respeito ao abuso do direito processual. Por isso cabe ao juiz:

Não tolerar, nem admitir o abuso do direito. Não permitir, com ânimo forte e sem tibieza, que o processo se converta em oportunidade para prejudicar a outrem, fazendo reparar, com equilíbrio e bom senso, os prejuízos causados injustamente. Mas, ao mesmo tempo, precaver-se contra o excesso de autoridade, a mania de enxergar em tudo e em todos uma intenção de prejudicar, ou de mentir, a vezo de encarar cada incidente ou o conjunto dos atos como demonstração de improbidade. (CASTRO FILHO, 1955, p. 199).

3.5 Má-fé e penalidade interdital do contraditório

O novo código de processo civil em seu artigo 80, ao reproduzir o inteiro teor o artigo 17 do código revogado, apresenta os aspectos jurídicos do **litigante de má-fé** e, em sete incisos, estabelece as condutas consideradas ou imputadas como de má-fé. No artigo 18 do Código revogado, artigo 81 do novo CPC, há uma determinação expressa de que o juiz ou o

tribunal poderá, de ofício ou a requerimento da parte, condenar o **litigante de má-fé** a pagar multa em razão de conduta supostamente contrária aos fins do processo civil.

Sendo assim, o instituto da **litigância de má-fé**, no novo Código de Processo Civil, apenas reproduziu o que já estava positivado no Código revogado, sobretudo, no que diz respeito a condutas e punições em relação à prática da **má-fé** passíveis de serem condenadas pelo juiz ou tribunal. Tanto o Código revogado quanto o novo Código tratam de “dano processual” e estabelecem que o juiz deverá se valer do processo civil para punir o litigante que deduzir pretensão com base em **má-fé**, seja como autor, réu ou interveniente.

Segundo António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro é função do juiz coibir a **litigância de má-fé** impedindo que as partes faltem com a verdade. O jurista português observa que o instituto **litigância de má-fé** já estava presente nas Ordenações do Reino, ou seja, foi acolhida pelas Ordenações Afonsinas em 1446, Manuelinas em 1521 e, por fim, pelas Ordenações Filipinas de 1603. Devido a sua importância jurídica, o instituto da "litigância de má-fé, é tomado antes de mais nada como uma resposta à rebelião contra o Estado e contra a lei. As sanções são aplicadas por iniciativa do próprio juiz e têm uma natureza penal." (MENEZES DE CORDEIRO, 2014, p. 46).

Ensina Menezes Cordeiro que o juiz deve agir com prudência, pois sua missão é impedir que o litigante burle a verdade em um processo judicial. Por isso "o direito processual civil também foi atingido: não oferece dúvida a asserção de que, no seu âmbito, domina uma regra de boa-fé." (MENEZES DE CORDEIRO, 2014, p. 139).

De acordo com o direito processual italiano, nas lições de Giuseppe Chiovenda, litigar de **má-fé** é o contrário de litigar de **boa-fé**. Por isso o dever de **boa-fé** no processo civil corresponde a três aspectos. O primeiro diz respeito à "obrigação de não sustentar teses de que por sua manifesta inconsistência é inadmissível." O segundo aspecto versa sobre a obrigação "de não afirmar conscientemente coisas contrárias à verdade." E, por fim, "a obrigação de comportar-se em relação ao juiz e ao adversário com lealdade e correção." (CHIOVENDA, 2002, v. II, p. 437). Qualquer atitude contrária a esses preceitos configuraria a litigância de má-fé segundo o processo civil italiano.

Para Rui Stoco deve ser considerado **litigante de má-fé** quando uma das partes tem "conhecimento do mal, que se encerra no ato executado, ou do vício contido na coisa, que quer mostrar como perfeita, sabendo-se que não o é." (STOCO, 2002, p. 44-45). Finaliza o autor, com esteio no pensamento de Alfredo Buzaid, que o dever de dizer a verdade e, por conseguinte, não mentir é uma obrigação que remonta os primórdios da civilização conforme pode ser verificado no texto bíblico do antigo testamento. (STOCO, 2002).

Já o magistério de Aroldo Leão ensina que o processo civil deve ser pautado pela verdade e, sobretudo, pela ética. Tal condição impõe aos litigantes procederem com lealdade e boa-fé perante a justiça: "o artigo 14, II, que impõe o dever de lealdade e boa-fé, deixa a sua verificação ao juiz. É ato discricionário. O destinatário dos incisos IV é fundamentalmente o advogado, porque a hipótese legal reclama conhecimento técnico especializado. A apenação, também, será consequência da má-fé." Prossegue o autor argumentando que "o dever de dizer a verdade, fundamento da lealdade processual, é de ordem subjetiva e não objetiva. O postulante dever acreditar no que afirma". (LEÃO, 1986, p. 13).

Depois de incursionar sobre vários autores que trabalharam a "natureza jurídica da litigância de má-fé", Ana Lúcia Lucker Meirelles de Oliveira chega à conclusão de que "a litigância de má-fé configura o abuso do direito, gerando responsabilidade por atos processuais implicando o dever de ressarcir." (OLIVEIRA, 2000, p. 34).

Alerta Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias para necessidade de "normas processuais que prestigiem a lisura, a probidade e a lealdade dos litigantes, buscando-se a moralização do processo e a repressão da improbidade e da má-fé." (BRÊTAS, 2001, p. 36).

Para Valter Ferreira Maia a responsabilidade jurídica "do litigante de má-fé decorre da violação ao dever de boa-fé, que se configura nas hipóteses previstas nos incisos do artigo 17 do Código de Processo Civil, surgindo dessa situação a responsabilidade de reparar as perdas e danos causados no processo." (MAIA, 2002, p. 59).

Com o objetivo de conceituar a **litigância de má-fé**, Ana Joyce Angher observa que "a má-fé é o oposto da boa-fé ou da boa intenção. É a vontade deliberada de praticar um ato prejudicial a outrem, tendo consciência do injusto e da falta de razão." (ANGHER, 2005, p. 75). E, finaliza a autora afirmando que o juiz deverá aplicar de ofício, independente de requerimento da parte lesada, sanções previstas ao litigante de má-fé nos termos do artigo 18 do CPC revogado, atual artigo 81 do novo CPC.

A partir da leitura dos juristas acima mencionados, observa-se que a ideia de litigância de **má-fé** recebeu influência das matrizes teóricas do instituto criado pelos pretores romanos, conforme ensina Menezes Cordeiro (1984). O conceito de **má-fé** corresponde a uma possibilidade discricionária do julgador em controlar a relação processual, aplicando penalidades interditais, quando perceber a existência de condutas voltadas para o mal.

Depreende-se ainda que **litigância de má-fé** é tratada como uma antítese da **litigância de boa-fé**. Ao julgador, portador natural de juízos de **boa-fé**, incube impedir que os litigantes participem do processo valendo-se de intenções de **má-fé**. Nota-se que o processo civil é o recinto sistêmico e, ao mesmo tempo, axiológico no qual o julgador, por meio de poderes de

livre convencimento, irá encontrar a verdade e punir o portador de falsidade. Trata-se de um espaço jurídico que não se permite a coexistência de dualidades contraditórias, como, por exemplo, o bem (**boa-fé**) e o mal (**má-fé**).

Por outro lado, compreendendo a **má-fé** a partir da leitura de Sartre, vamos perceber que a **litigância de má-fé**, no processo civil, trata a **má-fé** no sentido do "engano ordinário" entre duas pessoas. Nessa linha de reflexão convivem duas consciências em separado e, conforme já alertou David Cerbone, fica fácil, em situações como esta, o enganador manter escondida a verdade do enganado. Basta ao enganador ser um pouco esperto para obter êxito em sua empreitada de ocultar determinada verdade. (CERBONE, 2012).

É justamente nesse ponto que se pretende demarcar o caráter autoritário e interdito da **litigância de má-fé** no processo civil, considerando as conjecturas de Sartre, que, afastando-se de uma perspectiva dogmática sobre o tema, decidiu estudar a **má-fé** de forma profundamente epistemológica. Por isso, amparado pela epistemologia de Sartre, a primeira indagação que se deve fazer sobre a **litigância de má-fé** é como possível uma consciência (Estado-Juiz), separada de outra consciência (Enganador), condenar alguém por **litigância de má-fé** sem a oportunizar o direito ao contraditório e a ampla defesa. E, por conseguinte, tornar possível refletir sobre a possibilidade de "autoengano" praticada pelo aplicador da **má-fé** no âmbito do processo civil. A punição ao **litigante de má-fé**, no sentido ordinário, sem assegurar aos destinatários da decisão o direito ao contraditório é absolutamente interdito e não tem assento no paradigma processual da Constituição brasileira.

Pois, quando estudamos a **má-fé** fora das matrizes ideológicas e totalitárias, advindas do direito romano, percebe-se que a **má-fé** funciona como uma autocensura que interdita a possibilidade de um conhecimento teórico-crítico, por um conhecimento de senso comum fundado na crença. De acordo com Malcom Guimarães Rodrigues (2010), o paradoxo da **má-fé** consiste justamente no fato de o sujeito, para evitar reconhecer sua própria ignorância, optar por substituir a razão por uma espécie de crença qualquer. E, conforme se demonstrou anteriormente, o propósito é suspender o conhecimento conjectural, em detrimento de uma realidade fática fundada em **crenças**, ideologias e dogmas.

A **má-fé** é a possibilidade dogmática de não enfrentamento das aporias e lacunas do pensamento jurídico. Com a prática da **má-fé**, em uma perspectiva de "engano ordinário" ou "autoengano", a alternativa de suplantar as aporias da linguagem jurídica por meio de teorias explicativas, cede lugar a uma linguagem natural - não ciência, lastreada por **crenças** e dogmas - senso comum, estabilizadas pelo saber privilegiado dos portadores de autoridade.

Nesse sentido, Rosemiro Pereira Leal observa que, no direito democrático, para se praticar a **má-fé**, na concepção de "engano ordinário", é preciso "instalar o devido processo para saber 'quem engana quem', porque, a ser declarada de modo autoritário e interdital fica excluída a indagação sobre o 'autoengano' do sancionador do ato dito ilícito." (LEAL, 2014, p. 377).

Desse modo, se aquele que condena em **litigância de má-fé** não permite que seja explicitado o "autoengano", a fim de exercer uma concorrência teórico-linguística sobre os fundamentos intrassignificativos de uma condenação fundada na "**má-fé**", é inconcebível falar em direito democrático. Praticar a **má-fé**, em um paradigma processual democrático, a partir dos estudos de Sartre, só é possível se as partes (enganado e enganador) tiverem condição de exercer o contraditório, por meio do devido processo legal como espaço linguístico de demarcação teórica de suas próprias aporias e ignorâncias no que diz respeito ao conhecimento jurídico.

Por isso se tornam absolutamente pertinentes os argumentos de Rosemiro Pereira Leal:

A tirania da vontade legifona dos juízes (exercício da má-fé pela autotutela do próprio saber), que, amparada pelo positivismo realista, revogando todo o arcabouço democrático da normatividade constitucionalizada no Brasil, coloca os arrogantes, os presunçosos, os prepotentes, os delirantes, à frente da judicância nacional pela proibição do *non-liquet* na prática generalizada da paranoia jurisprudencial do Estado dogmático e dizem que estão punindo os delinquentes e infratores e fazendo justiça social rápida e democrática. (LEAL, 2014, p. 377).

Por fim, a condenação em **litigância de má-fé**, sem permitir o exercício do devido processo legal, significa entregar o destino das partes a um saber lastreado por **crenças**, intuições e impressões de um juiz ou tribunal, que, ao condenar o **litigante de má-fé**, acredita, no mais íntimo de sua consciência, que assim agiu para cumprir sua missão de preservar a **boa-fé no processo civil**. Mal sabem eles que, ao condenarem de forma interdital o **litigante de má-fé**, promovem, ao mesmo tempo, uma autocondenação no recinto secreto e místico da **má-fé** de sua própria ignorância.

A prática da **má-fé** representa uma sensação gozosa, pois impede a autodestruição das **crenças** pessoais e propicia uma existência livre de responsabilidades em relação às angústias e sofrimentos frente ao desafio de pensar o conhecimento jurídico a partir de um racionalismo teórico-crítico. Pois, como brilhantemente observou Jean-Paul Sartre:

Não pode se dar o mesmo no caso da má-fé, se esta, como dissemos, é mentir a si mesmo. Por certo, para quem pratica a má-fé, trata-se de mascarar uma verdade

desagradável ou apresentar como verdade um erro agradável. A má-fé tem na aparência, portanto, a estrutura da mentira. Só que - e isso muda tudo - na má-fé eu mesmo escondo a verdade de mim mesmo. (SARTRE, 2011, p. 94).

A condenação em **litigância de má-fé**, instituto aprimorado pelos pretores romanos a partir de matrizes totalitárias do pensamento aristotélico, não guarda qualquer assento em um sistema jurídico com bases de legitimidade fundada em um paradigma processual democrático. Ao se compreender a **má-fé** a partir de bases científicas não dogmáticas, percebe-se que é inaceitável conceber, em sede de um direito democrático, que o instituto da **litigância de má-fé** seja aplicado, em caráter interdital pelo juiz ou tribunal, suprimindo o direito democrático ao contraditório e à ampla defesa no que diz respeito ao "engano ordinário" e o "autoengano" de quem pratica a **má-fé**.

CAPÍTULO 4 - A BOA E A MÁ-FÉ NA CONTEMPORANEIDADE

4.1 A presunção da boa-fé e a tirania do obscurantismo

Depreende-se do artigo 5º do novo CPC, que todos aqueles que participam do processo civil devem comportar conforme a **boa-fé**. De acordo com Jônatas Milhomens, a "presunção de boa-fé dos litigantes funciona como processo técnico de econômica processual." (MILHOMENS, 1961, p. 61-62). Por sua vez, António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro acredita que a **presunção de boa-fé** deve ser entendida como um dever de verdade: "as partes devem declarar a 'verdade subjetiva', não devem mentir, pelo menos conscientemente. A inobservância do dever de verdade pode ter consequências civis." (MENEZES CORDEIRO, 2014, p. 83-82).

De acordo com o magistério de Alfredo Buzaid, a **presunção de boa-fé** pode ser caracterizada do seguinte modo:

[...] a consciência de que a parte está usando o processo sem a intenção de descumprir a lei. O elemento subjetivo entra em conta, sobretudo para distinguir o erro da boa-fé, porque, como diz Pontes de Miranda, 'se pode errar sem má-fé'. A boa-fé concerne às alegações dos fatos e não às controvérsias sobre o direito, cujo respeito podem suprir opiniões diversas e até diametralmente opostas." (BUZOID, 1987, p. 96).

Leciona Fredie Didier Jr. que é possível considerar a existência de um **princípio da boa-fé processual**. Segundo o processualista, "o princípio da boa-fé é a fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica do 'abuso do direito' processual (desrespeito à boa-fé objetiva)." Finaliza o doutrinador acrescentando: "o princípio da boa-fé ainda exerce uma função hermenêutica: a decisão judicial e as postulações devem ser interpretadas de acordo com este princípio." (DIDIER JR. 2014, p. 77).

A **presunção de boa-fé** no processo civil também foi objeto de investigação científica de Brunela Vieira de Vincenzi. Para a processualista a **presunção de boa-fé** assume um papel relevante na "criação de normas para movimentar o procedimento, pois somente com a confiança na conduta honesta das partes pode o legislador, em princípio, determinar a dialética processual, que impulsiona o avançar do procedimento." (VINCENZI, 2003, p. 168).

Para jurista espanhol Joan Picó I Junoy:

[...] o princípio geral da boa fé é uma das vias mais eficazes para introduzir um conteúdo ético-moral no ordenamento jurídico, e marca mais um passo no

desenvolvimento da civilização, com o objetivo de superar uma concepção excessivamente formalista e positivista da lei que permite aos juristas adequar as distintas instituições normativas aos valores sociais próprios de momento histórico.²⁷ (JUNOY, 2011, p. 141-142).

Constata-se, nas considerações tecidas pelo jurista espanhol, que o princípio geral da **boa-fé**, assim como já havia sinalizado por António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, é um instrumento disponível ao jurista, com a finalidade de se introduzir no sistema jurídico **valores éticos e morais**. (1984)

Na mesma linha, observa Humberto Theodoro Júnior, os institutos da **boa-fé processual** e da **má-fé processual** são considerados conceitos que não correspondem a normas precisas. Tais institutos têm como finalidade possibilitar, em casos de lacunas da lei, que o ordenamento jurídico seja preenchido pelo juiz valendo-se de **princípios ético-morais**. Por outro lado, observa o doutrinador, os institutos da **boa-fé processual** e da **má-fé processual** são poderosos instrumentos criados pelo legislador e entregues ao julgador, devendo, pois, ser aplicados de forma moderada.

Em razão disso:

Não podem ser aplicados de imediato ou automaticamente, pois reclamam do juiz uma atividade complementar para preencher a regra legal aberta. Para adequá-las aos casos concretos, terá o aplicador de se remontar a valores éticos que não se acham definidos na lei e que, por isso, terão de ser pesquisados no terreno ético-moral, segundo os padrões dos costumes e da equidade. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 26).

Finaliza o autor:

A responsabilidade pela adequada repressão à má-fé processual e pela necessária valorização do processo justo repousa muito mais sobre o julgador do que sobre o legislador. Este pôs, nas mãos daquele, poderosos instrumentos éticos para moralizar o processo e tornar a prestação jurisdicional compatível com os anseios do Estado Social e Democrático. (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 26).

De acordo com o ensino de Antonio do Passo Cabral, o dever e a **presunção de boa-fé processual** se fundamenta no princípio do contraditório. Desse modo, é o dever de participar do processo, de forma dialética, que assegura a efetividade de um binômio - informação e

²⁷ No original: "El principio general de la buena fe es una de las vías más eficaces para introducir un contenido ético-moral en el ordenamiento jurídico, y supone otro avance más en el desarrollo de la civilización, tendente a superar una concepción excesivamente formalista y positivista de la ley, que permite a los juristas adecuarlas distintas instituciones normativas a los valores sociales propios de cada momento histórico.

reação - em uma audiência que se processa pela garantia de um contraditório bilateral. (CABRAL, 2005).

Portanto, é no ambiente dialético do processo civil, argumenta Cabral, que se estabelece uma consolidação do conceito de **boa-fé processual** objetiva. Contudo, finaliza o autor, "o conceito de boa-fé não é novo no nosso ordenamento jurídico nem no direito comparado, mas seu desenvolvimento sempre dependeu da iniciativa dos magistrados e juristas." (CABRAL, 2005, p.77).

Nota-se que a doutrina jurídica procura tratar a **presunção de boa-fé** como conduta fundada na honestidade e na sinceridade das pessoas que vão a júízo. Ocorre que a **boa-fé** estudada a partir dos ensinamentos de Sartre, em oposição às matrizes Aristotélicas, nada mais é do que uma "**crença boa**" que se funda na "**fé**". Desse modo, a **fé** da **boa-fé** é a **crença** confiante em um determinado conhecimento - éticos, morais, costumes - cujos fundamentos não precisam passar por uma arguição em seus fundamentos de validade. Nesse sentido, sendo a "**fé**" uma **crença** confiante, conforme ensina Nicola Abbagnano (2007) a **boa-fé** é uma **crença boa**, que tem por objetivo acreditar em algo, sem se preocupar com os fundamentos daquilo que se atribui como verdadeiro. (SARTRE, 2011).

A função da **crença de boa-fé** "é, precisamente, a função da crença: permitir que minha incapacidade de ter certeza de algo não me aborreça." Por outro lado, " se a crença é a ausência do objeto e o objeto está, de fato, ausente, então é a crença que alimenta a si mesma, e nunca chegará a saciar-se, pois sua existência depende disso. Por conseguinte, toda crença é crença insuficiente." (MALCOM, 2010, p. 94-95). Sartre explica que nenhuma **crença** jamais é suficiente por si mesma, é preciso sempre ter mais **fé** para manter presente, de modo a "sedar" as próprias angústias diante do desafio de assumir a responsabilidade por nossas ações. (SARTRE, 2011).

As asserções supracitadas evidenciam que a preocupação da literatura jurídica não consiste em pesquisar os fundamentos da **boa-fé**, positivada pelos romanos (MENEZES CORDEIRO, 1984), a partir das ideias de bem e mal extraídas, ideologicamente, do pensamento aristotélico. (ARAÚJO, 1988). Tanto a **boa-fé** quanto a **má-fé** são **crenças** interditaes do próprio conhecimento jurídico. Ou seja, na perspectiva do direito, a **presunção de boa-fé** significa, como já demonstrou Sartre, reduzir a possibilidade de crer em supostas verdades como mecanismo autoestratégico para fugir das próprias angústias no que diz respeito à construção de nossa existência. Desse modo, é mais fácil acreditar (crer) no processo civil como um instrumento técnico de resolução dos conflitos, do que pensá-lo como instituição teórica de redução, *ad infinitum*, dos conflitos, em face da liquidez e certeza da

fundamentalidade constitucional que é projeto e não proposta cambiável pelo livre entendimento da autoridade.

Agir de **boa-fé** não corresponde, como acredita a ciência dogmática do direito, a uma atitude oposta à **má-fé**. Contrariando o que se divulga nos manuais de direito, a **boa-fé** é uma **crença boa**, cuja função é, da mesma forma que a **má-fé**, proporcionar uma autointerdição da produção do próprio saber racional.

É mais fácil, por exemplo, entregar a autoexecutividade dos direitos fundamentais aos escopos metajurídicos da reserva do possível, da proporcionalidade, da equidade, da adequabilidade, do que demarcar as razões teóricas e ideológicas, pelas quais, os direitos fundamentais não estão sendo cumpridos, “como devidos *a priori* pela Administração Governativa [...]” (LEAL, 2005, p. 26). Pois, não é possível, no paradigma constitucional brasileiro, “falar num piso de igualdade para incluídos e excluídos como pontos de partida ao reconhecimento cognitivo [...]” se os direitos fundamentais não forem executados. (LEAL, 2005, p.78).

A **boa-fé** é crença interdita em relação à responsabilidade – autenticidade - de conjecturar a redução dos nossos próprios problemas. Portanto, **boa-fé** não tem qualquer correlação com "pessoa honesta e leal".

Ademais, conforme demonstrou David Cerbone, o sujeito não se afasta da **má-fé** se tornando uma pessoa de **boa-fé**. Estar de **boa-fé** não é sinônimo de pessoa honesta, leal, proba, sincera ou de personalidade voltada para bem. Ser ou estar de **boa-fé** é uma decisão sobre um tipo de **crença** na qual se deseja acreditar. (CERBONE, 2012). Portanto, "é por isso que se costuma dizer que toda crença é crença de boa-fé, pois só existe enquanto uma boa vontade nela deposita a sua fé, tal como afirma Sartre." (MALCON, 2010, p. 90).

Quando a doutrina jurídica menciona **boa-fé processual**, **presunção de boa-fé**, **hermenêutica de boa-fé** ou aplicação do **princípio da boa-fé** nas relações jurídicas, isso significa que o discurso jurídico deve ser estabilizado a partir de uma **crença** qualquer. Mas nem toda pessoa poderá dizer qual **crença** deverá ser aceita para uma determinada situação fática. Somente os portadores de autoridade estão aptos a indicar que espécie ou noção de **crença boa** deverá ser aplicada ao caso concreto da relação jurídico-processual.

Desse modo, é um equívoco falar em **presunção de boa-fé** no âmbito da ciência jurídica conjectural, a não ser que se concorde com a denúncia feita por Hans Albert (2013), que atribuiu à ciência dogmática do direito o título de uma espécie de **pensar teológico**. Na linha de reflexão adotada pelo pensador alemão, a ciência dogmática pouco interessa pelo estudo de um direito demarcado por teorias científicas, pois:

Para os juristas, uma teoria da ciência orientada pelo puro interesse do conhecimento dificilmente pode ter grande importância. Quando se observa a prática do ensino das faculdades jurídicas, para se ter noção da especificidade dessa ciência, forma-se a impressão de que, sobretudo, uma coisa é importante: os futuros juristas devem aprender a utilização de certos textos -, a fim de que possam chegar, com o auxílio de tais textos, a decisões úteis, isto é, decisões que estão de acordo com o direito em vigor. O que importa é virem a conhecer as normas que pertencem à ordem vigente e suas possíveis aplicações, para, apoiando-se nelas, serem capazes de chegar à solução de certos problemas práticos. (ALBERT, 2013, p. 69-70).

Desse modo, a **presunção de boa-fé** no direito, a partir das reflexões de Sartre, significa presunção de uma **crença** como única condição para tornar a ciência jurídica possível. Acreditar em supostas verdades, valores éticos e morais, sem se preocupar em perquirir os fundamentos desses "valores", é entregar a ciência jurídica aos juízos dogmáticos da **boa-fé processual** ou, para ser mais preciso, a um tipo qualquer de **crença**. Tanto a **má-fé** quanto a **boa-fé** determinam "o que é uma verdade que não podemos encontrar a sua verdade." (MALCOM, 2010, p. 93).

Levando em conta tais estudos, é forçoso reconhecer que a dogmática jurídica se autointerdita quando o assunto é perquirir os fundamentos teóricos ou ideológicos da própria linguagem jurídica que se pretende encaminhar como ciência. Por fim, diante dessa paranoia do obscurantismo, os doutrinadores se arvoram em dizer que a função da **presunção de boa-fé** no direito processual civil é possibilitar uma "hermenêutica decisional", sem se preocupar em explicitar o que significa e qual a função secular da **boa-fé** em uma ciência que adota a **crença** como mecanismo de estabilização de sentidos da linguagem jurídica.

4.2 Processo democrático e o mito da boa-fé jurisdicional

Para a teoria neoinstitucionalista o processo é uma instituição jurídico-linguística, fundada nos princípios autocríticos do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, cuja função é possibilitar a construção de um direito democrático, por meio da fiscalidade processual nos níveis de produção, aplicação, modificação e extinção do direito. Nessa linha de reflexão o processo adquire a condição de referente-lógico discursivo de testificação e arguição de argumentos, decisões, ideologias e teorias que pretendem encaminhar e estabilizar o discurso jurídico na contemporaneidade. O propósito epistemológico da teoria neoinstitucionalista é que a linguagem jurídica não seja estabilizada pela **crença** em um conhecimento de senso comum do conhecimento jurídica. (LEAL, 2013).

Portanto, a teoria neoinstitucionalista se distancia de outras teorias do processo, na medida em que propõe o exercício de uma metalinguagem em todos os níveis instituintes do direito. A metalinguagem discursiva, na teoria neoinstitucionalista, tem por objetivo possibilitar uma arguição crítica da linguagem jurídica, por meio de uma outra linguagem jurídica - concorrência teórica, com o propósito de construir, a partir de conjecturas epistêmicas, uma oposição às ideologias e **crenças** que insistem em impregnar a linguagem jurídica. (BATISTA, 2015).

Assim, o processo é uma linguagem autocrítica pela qual se torna possível construir uma existência jurídica a partir de conjecturas e refutações, ainda que este caminhar epistêmico se prolongue *ad infinitum*. Ao contrário do pensamento de Aristóteles (2012), a teoria neoinstitucionalista, fundada em matrizes científicas ofertadas por Karl Popper (2007), não admite que a linguagem da ciência jurídica seja interdita pela crença confiante em uma razão natural inerente aos portadores de autoridade e guardiões eternos da sociedade fechada.

Portanto, o processo democrático possibilita uma arguição teórico-crítica da linguagem jurídica, com o objetivo de assegurar um direito de igual interpretação, hermenêutica isomênica, na construção dos sentidos normativos da linguagem jurídica. Sendo assim, isonomia, na teoria neoinstitucionalista do processo, não se apoia em um discurso retórico-afirmativo de “igualdade de todos perante a lei”, mas se define pelo direito de igual oportunidade que, em simétrica posição, permite que os destinatários normativos sejam, ao mesmo tempo, interpretante do sistema jurídico.

Por isso, em uma perspectiva neoinstitucionalista do direito, a ciência jurídica não se submete à **crença** confiante dos saberes interditaes, seja de **boa-fé** ou de **má-fé**, dos portadores de autoridade da sociedade fechada. Por outro lado, é preciso salientar, que a substituição de um saber mítico, lastreado por **crenças** e dogmas, demanda que a construção da linguagem científica seja a partir das teorias e não das ideologias. Daí o acerto científico Rosemiro Pereira Leal, ao argumentar que:

[...] a supressão da crença na racionalidade indutiva e prodigiosa que abre oportunidade para uma metodológica (metodologia) de produção, atuação, modificação ou extinção do direito como formulação de uma teoria do direito democrático, e, logo, de uma construção de uma metodologia da ciência do direito democrático e não mais de uma generalizante 'Metodologia da Ciência Dogmática do Direito', que não diz qual teoria enuncia o método a que está submetendo a ciência e que ciência é essa que não explicita as teorias para enunciar uma proposição legal. (LEAL, 2010, 174-175).

A construção da linguagem científica do direito a partir da concorrência entre teorias, de maior grau explicativo, é o caminho pelo qual se torna possível desdogmatizar a ciência jurídica. E processo democrático, compreendido como instituição autocrítica, é o espaço jurídico-linguístico de estabilização e fundação de sentidos normativos junto ao sistema jurídico instituído pela Constituição Federal.

Por outro lado, se teoria processual não possibilita uma fiscalização irrestrita nos níveis instituinte, constituente e constituído do direito, permitindo que os destinatários normativos sejam de fato os autores da norma, não há superação de um sistema ideológico de dominação legal pela figura da autoridade.

De acordo com a teoria processual democrática, as angústias ocasionadas pela inexorável necessidade de promover o progresso da ciência não são interdidas por **crenças** de "**boa-fé**" ou de "**má-fé**". Como dissemos, para Jean Paul Sartre toda **crença**, seja ela de **boa-fé** ou de **má-fé**, funciona com uma espécie de autotutela do próprio saber racional. Por isso, a saída mais fácil para aqueles já dominados pelos mitos e **crenças** da sociedade fechada, é estabelecer critérios de autotutela sobre o próprio saber e se refugiar nas **crenças** e nas ideologias, que, pelos rótulos de teorias, induzem os incautos a acreditar no pseudo progresso da ciência.

Se a condição para o estudo da **boa-fé jurisdicional** fosse a obrigatoriedade de partir do ponto comum – *topoi*, não seria possível compreendê-la como mais um instituto a serviço dos tutores de um sistema jurídico cujos fundamentos são imune à crítica científica. A possibilidade de se estabelecer uma metalinguagem sobre a linguagem ideologizada da **boa-fé** e da **má-fé** é que tornou perceptível a visualização do caráter estratégico da *bonae fidei iudicia*. O propósito da **boa-fé jurisdicional**, ao contrário do que diz a ciência dogmática do direito, é criar as condições para o exercício de um poder de decisão, fundado na livre convicção, pelos eleitos para controlar a segurança jurídica do sistema.

Por essa razão, ousamos discordar do ensinamento doutrinal de Jônatas Milhomens, eleito a propósito por Brunela Vieira de Dincenzi, em sua dissertação de mestrado sobre a "Boa-Fé no Processo Civil", como "um dos únicos estudiosos da boa-fé no processo civil no país." (VINCENZI, 2003, p. 167). Sobre a boa-fé, Jônatas Milhomens explica o seguinte: "no direito processual: (a) devem os sujeitos do processo comportar-se honestamente; (b) presume-se que tenham agido de boa-fé; (c) pune-se a transgressão do dever de lealdade." (MILHOMENS, 1961, p. 31).

A questão é que Jônatas Milhomens, juntamente com vários processualistas, resolveu estudar a **boa fé** e a **má-fé** a partir da linguagem dogmática e estratégica dos pretores

romanos. Desse modo, orientados pela falácia estratégica do princípio da não contradição (ARISTÓTELES, 2012) na linguagem jurídica, não perceberam a violência subjacente a um direito que adota a **presunção de boa-fé** como instituto jurídico de estabilização de sentidos normativos.

O instituto jurídico da **boa-fé** não é uma invenção fantástica e genuína dos romanos, como ensina António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (1984), mas uma apropriação estratégica das ideias totalitárias de Aristóteles sobre *Agathon* e a *a kakia* (ARAÚJO, 1988), para confiar à autoridade a missão de atribuir sentido ao sistema jurídico quando este se revelar incompleto. Assim, fica fácil perceber, com as lições científicas ofertadas por Sartre, que não há motivo para festejar a criação da *bonae fidei iudicia* com umas das mais nobres invenções que o direito romano disponibiliza ao mundo.

Portanto, sobre o ensino de Jônatas Milhomens, é precisa indagar o significado de "conduta honesta" na justiça de **boa-fé** e em que circunstâncias se funda a ciência da autoridade jurídica, para punir a "transgressão do dever de lealdade" valendo-se de um juízo interdital de **má-fé**. Ademais, quando se pune o transgressor da **boa-fé**, é preciso questionar ainda, à luz dos estudos de Sartre, quem está punindo quem e, por conseguinte, que espécie de justiça se aplica ao infrator da justiça de **boa-fé**.

As lições ofertadas por Sartre sobre a **má-fé** e a **boa-fé**, ambas compreendidas como crenças interditalis da própria responsabilidade existencial, são imprescindíveis para o estudo da ciência do direito na contemporaneidade. Obviamente, se considerarmos que a ciência jurídica não deve se preocupar com os fundamentos da ciência que pratica, sem dúvida, a contribuição do pensamento sartreano é absolutamente dispensável para o direito. Por outro lado, se o objetivo é estudar um direito democrático - proposta desta dissertação, torna-se imprescindível, como já percebeu Eduardo Bittar em sua dissertação do doutoramento em Teoria Geral do Direito pela USP, perquirir os fundamentos linguísticos da ciência dogmática do direito, sobretudo no que diz respeito a "vagueza" da linguagem jurídica, pois:

O desfiladeiro das reflexões semiótica-jurídicas começa quando, no uso linguístico do Direito, constata-se expressões que expõem sua pretensa rígida estrutura de *dever-ser* a riscos de natureza não jurídica, mas que possuem sérios efeitos dentro da dinâmica jurídica (riscos interpretativos, semânticos, decisoriais, potestativos...), ladeiam os limites da arbitrariedade. A definição do que sem os 'bons costumes' do texto do Código Civil (art. 395 do CCivil 1916; art. 1,638 do CCivil 2002), a função social da propriedade (§ 1º do artigo 1.228 do CC/2002), a identificação da amplitude da expressão "dignidade da pessoa humana" utilizada pela Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III) são apenas exemplos desses desafios com os quais deve lidar o operador do direito. (BITTAR, 2010, p. 23).

Aliás, a recente percepção de Eduardo Bittar já havia sido anunciada por Rosemiro Pereira Leal, que, em 1975, atentou para a necessidade de se criar uma teoria processual para arguir a linguagem autocrática da ciência dogmática do direito. (LEAL, 2013). Para o processualista mineiro, a única forma de combater a linguagem estratégica da dogmática jurídica, o que não foi aventado por Eduardo Bittar em sua obra sobre linguagem jurídica, é por meio de outra linguagem - Processo - que não apresentasse os mesmos fundamentos - "*topoi*", de estabilização de sentidos normativos.

Em razão disso, o primeiro entendimento alcançado por Leal, com o intuito de estabelecer um contraponto à dogmática jurídica:

[...] foi perceber que o 'Processo' não era uma linguagem que, por suas características lógicas, serviria apenas à autoridade na discussão do Direito, porque a Ciência Dogmática do Direito adotava uma linguagem que só contemplava a autoridade: o mestre, o jurista doutrinador e o Estado-Juiz, uma vez que, pouco importando o que qualquer um argumentasse, esses três atores do império jurídico do sentido normativo acabariam por direcionar o *decisum*. Pensei que, se o legislador fazia a lei, era para entregar a essas autoridades o destino de sua interpretação. Como sair dessa? Com a Constituição de 1988, entendi que se colocara o Processo (e não mais a jurisdição!) no centro do sistema jurídico brasileiro e, por isso, o que foi vincado constitucionalmente como "Estado Democrático de Direito" não poderia ser aquilo manobrado pela jurisdição do Estado-Juiz como eram os outros tipos de Estado ou mesmo aquele que alguém chamasse de "Democrático de Direito" e não estivesse engastado num Sistema Jurídico enucleado pelo "Processo". (LEAL, 2013, p. 101-102).

A percepção esboçada por Rosemiro Pereira Leal caminhou no sentido de que o processo, tal como se apresenta na Constituição brasileira, funciona como um eixo linguístico construtivo de sentidos jurídicos no Estado Democrático de Direito. Com isso, os fundamentos racionais de linguagem jurídica não ficavam mais a cargo dos saberes privilegiados das autoridades. Entendeu-se que o sistema jurídico-constitucional de 1988, fundado e estabilizado em critérios de liquidez, certeza e exigibilidade de direitos fundamentais, elegeu o devido processo legal como eixo teórico-linguístico de construção de sentido na constitucionalidade democrática.

Assim, a preocupação explicitada por Eduardo Bittar, em sua tese de doutorado, encontra na proposição neoinstitucionalista de processo os elementos jurídicos e teóricos para combater os enigmas normativos da linguagem jurídica. Por outro lado, se não creditar ao processo *status* de linguagem normativa construtiva do mundo jurídico, por meio de uma metalinguagem discursiva estabilizada em direitos líquidos, certos e exigíveis, tal como preceitua a teoria neoinstitucionalista, não há como falar em processo na construção de um direito democrático.

O processo, em uma perspectiva neoinstitucionalista, não permite que a **crença** em um conhecimento de **boa-fé** ou de **má-fé** funcione como "flauta mágica" habilitada ora a purificar o **bom** direito, ora a extirpar o **mal** do direito. O processo é uma linguagem teórica, estabilizada em critérios de liquidez, certeza e exigibilidade de direitos fundamentais que se valerá do contraditório, da isonomia e da ampla defesa para construir, modificar e extinguir a normatividade da linguagem jurídica.

Portanto, o entendimento supracitado se distancia da doutrina de Milhomens no sentido de que "a boa-fé purifica e dulcifica os textos rígidos da lei com o banho lustral de suas normas éticas [...]". Já em relação a **má-fé** Milhomens festeja um suposto acerto do artigo 3º do Código Criminal do Império de 1930 que dispunha: "não haverá criminoso ou delinqüente sem má-fé, isto é, sem conhecimento do mal, e intenção de o praticar." (MILHOMENS, 1961, p. 25).

Pois, prevalecendo o entendimento acima exposto, de nada adianta rotular o processo valendo-se palavras de sonoridade agradável como "procedimento em contraditório" ou "processo democrático". Pois, conforme as reflexões de Michel Foucault, "as palavras não formam, pois, a tênue película que duplica o pensamento do lado de sua fachada; elas o lembram, o indicam, mas primeiramente em direção ao interior, em meio a todas estas representações que representam outras." (FOUCAULT, 1998, p. 93-94).

4.3 Processo Democrático: má-fé e boa-fé

A decisão que condena de forma interdital o **litigante de má-fé**, questão desenvolvida no capítulo três desta dissertação, tem sido objeto de preocupação por processualista adeptos a um modelo constitucional de processo civil. Segundo essa corrente, a condenação interdital em **litigância de má-fé** afeta não só advogado no exercício de suas prerrogativas funcionais, mas também ofende diretamente o devido processo constitucional.

Para justificar o entendimento acima mencionado é oportuno transcrever os argumentos de Carlos Henrique Soares, ao se opor à condenação de litigância de má-fé, nos seguintes termos:

Em nome da garantia do contraditório, verificando o juiz que ocorreu algumas das hipóteses previstas no art. 17 do CPC, deve permitir e possibilitar, ainda que incidentalmente, nos próprios autos do procedimento ou em procedimento próprio, uma discussão paralela entre as partes, sobre a ocorrência ou não de alguma das hipóteses de litigância de má-fé e seus eventuais danos. Isso significa dizer que, se o julgador tomar a decisão pela aplicação de alguma das sanções por litigância de má-

fé, sem que haja o devido respeito ao contraditório, tal decisão estaria vedando a participação em contraditório, e seria, do ponto de vista constitucional-democrático, uma decisão passível de anulação, por absoluta falta de garantia do contraditório e da ampla defesa. (SOARES, 2015, p. 173).

Na mesma linha, defendendo a garantia do contraditório e a ampla defesa em face de uma possível penalidade interdita em **litigância de má-fé**, argumentam Dierle Nunes e Lúcio Delfino:

Não bastasse, condenações assim fabricam-se, no mais das vezes, pela escolha solitária do juiz, em desdém às garantias da ampla defesa e do contraditório, cujo respeito é exigência para a própria legitimação da atividade jurisdicional e do seu resultado. São, ao fim e ao cabo, decisões que escamoteiam ideologia atentatória às premissas participativas/cooperativas (democráticas), além de seu inegável caráter intimidatório, que afronta — ainda que indiretamente — a todos aqueles que exercem a advocacia, atividade na qual a liberdade e a independência são predicados essenciais para o satisfatório desempenho na defesa dos cidadãos. (NUNES, DELFINO, 2014).

A preocupação levantada pelos eminentes processualistas, no que diz respeito à garantia do devido processo legal como requisito de validade democrática das decisões jurisdicionais no paradigma de Estado Democrático de Direito, é absolutamente pertinente e aqui se coaduna com esse entendimento. É preciso entender que, em face da Constituição de 1988, que consagrou o devido processo legal, toda decisão judicial e administrativa deve passar pelo crivo do contraditório e da ampla defesa. Logo, a penalidade interdita em **litigância de má-fé** se reveste de flagrante inconstitucionalidade.

Contudo, a questão que causa espanto é que os legisladores do novo Código de Processo Civil, sancionado em 16 de março de 2015, reproduziram, de forma literal no artigo 80, os mesmos aspectos legais da penalidade interdita em **litigância de má-fé** do Código de 1973. Ao que parece, toda construção teórica sobre o direito processual, sobretudo a partir das reflexões da Fazzalari (2006), não serviram de embasamento teórico para que os legisladores percebessem que tal instituto jurídico, tal como se apresenta no Código de Processo, não tem assento no paradigma processual adotado pela a constitucionalidade brasileira. Isso demonstra que a ciência dogmática do direito tem dificuldades em aceitar que uma teoria de maior grau explicativo em relação à sua antecessora, deve substituí-la e, por conseguinte, assegurar o progresso do conhecimento jurídico.

Tecidas essas breves observações sobre o devido processo legal e **litigância de má-fé**, propõe-se refletir sobre os sentidos normativos da **má-fé** e da **boa-fé** em face do paradigma processual de direito democrático adotado pela constitucionalidade brasileira. Sendo assim, a

questão que se pretende discutir, neste tópico do trabalho, é que a garantia do contraditório e da ampla defesa, na perspectiva de um modelo constitucional de processo, não resolve o problema da **má-fé** e da **boa-fé** no direito processual democrático.

O acolhimento da **má-fé** e da **boa-fé** no campo jurídico é uma questão de prévia demarcação teórica e diz respeito aos sentidos normativos da linguagem jurídica positivada pela lei. Portanto, antes de se discutir sobre os mecanismos de "democratização" da decisão que penaliza o **litigante de má-fé**, seria preciso investigar se os sentidos normativos da **má-fé** e da **boa-fé**, proposições teóricas da linguagem jurídica, têm assento no paradigma processual de direito democrático.

Que o contraditório e a ampla defesa podem gerar um debate profícuo entre enunciados e contribuir para um melhor acertamento dos pontos controvertidos em relação à suposta "**litigância de má-fé**", e, por conseguinte, proporcionar uma decisão jurisdicional mais democrática, mediante uma maior participação dos interessados, não há qualquer dúvida.

O problema da **má-fé** no direito processual civil é que o guardião exclusivo da "fé" da **má-fé**, que reconhece e qualifica o **litigante de má-fé**, continuará sendo aquele que tem o dever de dirigir o procedimento jurisdicional, ou seja, a autoridade.

Considerando que a "fé" da **má-fé** e a "fé" da **boa-fé** são **crenças** em um conhecimento não testificável e cognoscível apenas pela pessoa da autoridade (ABBAGNANO, 2007), e o "mal" da **má-fé** e o "bom" da **boa-fé** é a **fé confiante** na existência de um **bom conhecimento** e um **mal conhecimento**, também cognoscível apenas pela pessoa da autoridade. (ARAÚJO, 1988). Mesmo com um contraditório efetivo que assegure a fundamentação dos provimentos jurisdicionais, não seria racional fundamentar uma questão que envolve uma decisão sobre a **má-fé** ou **boa-fé**, posto que tais institutos servem a um tipo de fundamentação que não está no direito.

Daí o acerto epistêmico de Andreia Alves de Almeida ao argumentar que: "somente é possível exercer o contraditório diante de uma teoria formalizada". (ALVES, 2012, p. 36). Afinal, onde está a teoria ou ideologia que encaminha os sentidos normativos da **má-fé** e da **boa-fé** no processo civil brasileiro? Se não há a explicitação de qual matriz teórica ou ideológica o sistema jurídico encaminha os sentidos normativos da **má-fé** e da **boa-fé** o exercício do contraditório fica prejudicado.

Ao longo do presente trabalho demonstrou-se que a **má-fé** e a **boa-fé** foram apropriadas pela ciência dogmática do direito a partir de matrizes totalitárias extraídas do pensamento aristotélico. A partir dessa compreensão, procurou-se, com esteio no pensamento

de Sartre, estabelecer uma concorrência teórica em relação ao tema: **má-fé** e **boa-fé**, considerando as proposições dessas duas matrizes de reflexão científica.

De acordo com o pensamento de Karl Popper, migrado a seu turno para o direito, falar em progresso do conhecimento jurídico só seria possível se uma conjectura teórica, de maior grau explicativo em relação a sua antecessora, a substituir. A substituição acontece porque uma teoria foi capaz de explicar questões que a sua antecessora não conseguiu esclarecer de forma satisfatória. Depreende-se que, na epistemologia popperiana, o sincretismo e o ecletismo no campo científico são entraves ao progresso do conhecimento.

Desse modo, em razão do entendimento acima mencionado e da argumentação desenvolvida ao longo do presente trabalho, defende-se que a percepção sobre **má-fé** e a **boa-fé** a partir do pensamento de Sartre é de maior grau explicativo que a perspectiva alinhada pelo pensamento de Aristóteles. Logo, considerando a epistemologia evolucionária de Karl Popper, as conjecturas de Sartre sobre a **má-fé** e a **boa-fé**, deveriam, em razão de seu maior rigor científico, substituir as reflexões sobre a **má-fé** e a **boa-fé** de matriz aristotélica. Por isso, o acolhimento da **má-fé** e da **boa-fé**, como institutos de um sistema jurídico, é questão que demanda prévia demarcação teórica, impossível de ser desconsiderada em um paradigma de direito democrático.

A **má-fé** e a **boa-fé** são crenças interditas, isso está explicitamente claro tanto nas matrizes aristotélicas, que por sua vez foram aproveitadas pela dogmática jurídica, quanto nas reflexões de Sartre. Tanto a **má-fé** quanto a **boa-fé** é uma questão de **crença**, que, ao final de um vigoroso debate, apenas poderão ser totalmente cognoscíveis pela autoridade.

Se o sistema jurídico acolher uma concepção de **má-fé** e de **boa-fé**, a partir das matrizes aristotélicas, isso significa que, havendo ou não o direito ao contraditório, a estabilização dos sentidos normativos da linguagem jurídica, no caso concreto, será uma faculdade exclusiva da autoridade.

Humberto Theodoro Júnior em artigo intitulado "Boa-fé e Processo - Princípios Éticos na Repressão à Litigância de má-fé - Papel do Juiz" observa que:

Noções como 'lealdade e boa-fé', 'resistência injustificada', procedimento 'temerário', etc. não correspondem a normas precisas, mas a regras principiológicas, que mais se apresentam como parâmetros do que como comandos normativos. Não podem ser aplicadas de imediato ou automaticamente, pois reclamam do juiz uma atividade complementar para preencher a regra legal aberta. Para adequá-las aos casos concretos, terá o aplicador de se remontar a valores éticos que não se acham definidos na lei e que, por isso, terão de ser pesquisadas no terreno ético-moral, segundos os padrões dos costumes e da equidade." (TEODORO JUNIOR, 2008, p.26)

Depreende-se que nenhuma ciência que acolhe as matrizes do pensamento aristotélico pode caminhar *ad infinitum*. (ARISTÓTELES, 2012). A **má-fé** e a **boa-fé** são institutos interditais por meio dos quais a autoridade irá preencher as lacunas do direito com algum tipo de **crença**, valor, bom senso, costume ou equidade.

Ainda que seja assegurado um "contraditório efetivo" o problema da **má-fé** e da **boa-fé** no processo civil não estará resolvido. A explicação é bastante simples: a condenação em **litigância de má-fé** ou o reconhecimento da **boa-fé processual** é uma questão de "fé", que se sustenta em razão da **crença** em um saber privilegiado do portador de autoridade. Tal situação é o que Karl Popper denominou de guardiões seculares dos interesses totalitários da sociedade fechada. (POPPER, 1998).

Por outro lado, se o direito acolher um sistema teórico de **má-fé** e de **boa-fé**, a partir das matrizes ofertadas por Sartre, independente de haver contraditório e ampla defesa, toda decisão judicial será considerada de **má-fé** ou de **boa-fé**, quando não explicitar, por fundamentos teórico-rationais, os motivos que levaram a tal decisão. É que a **má-fé** e a **boa-fé**, tanto em Sartre quanto em Aristóteles, são **crenças**. Ocorre que, em Sartre, há a denúncia de que a **crença** de **boa-fé** e de **má-fé** é interdital, e seu objetivo é impedir a angústia humana em face do desafio de construir a própria existência racional.

Sendo assim, o problema da **má-fé** e da **boa-fé** está nos sentidos normativos de tais terminologias, e o que isso representaria para um sistema jurídico processual. Logo, a **boa-fé** e a **má-fé** dizem respeito a uma questão de prévia demarcação teórica, cuja finalidade é justificar seu acolhimento, ou não, por um sistema de direito democrático. E a ciência jurídica capaz de provocar essa arguição crítica sobre os sentidos normativos da **boa-fé** e da **má-fé** é o processo, quando compreendido como teoria linguística de construção do direito democrático, nos moldes propostos pela teoria neoinstitucionalista.

Em uma perspectiva neoinstitucionalista de processo, a teoria antecede o significante, que é o texto da lei. (ALMEIDA, 2012). Logo, o direito democrático para ter validade jurídica, deve explicitar a sua teoria linguística fundacional, a fim de que os sujeitos do contraditório não sejam prisioneiros dos sentidos ou referentes jurídicos não teorizados pelo entendimento humano. Daí a conjectura de que a **litigância de má-fé** e a **boa-fé processual** são institutos jurídicos que, no paradigma de direito democrático, merecem uma prévia demarcação tendo em vista as teorias - Aristóteles e Sartre - que procuraram explicitar os sentidos normativos **boa-fé** e **má-fé** no campo jurídico.

Para aqueles que acreditam que o conhecimento dos sentidos normativos da linguagem jurídica tem pouca importância para aplicação de um direito democrático, ou que isso é

dispensável para a o direito, é importante ressaltar a opinião de Eduardo Bittar, apresentada em sua tese de doutorado sobre a linguagem jurídica:

O sentido de uma norma, para o caso concreto, está em aberto até que o poder defina o que é aquela norma. Assim, na atividade de construção do sentido das normas, ou mesmo para dirimir a ausência das normas (lacunas), bem como da existência de duas ou mais normas conflitantes para a resolução de um mesmo conflito (antinomia), o bom estudo dos fenômenos semióticos e sociosemióticos é determinante para o entendimento da complexidade de que se reveste o ato de julgar. A decisão, quando apresentada para valer como norma individual vinculante para as partes, é sempre um *retículo cultural*. E por isso pelo fato de resultar de uma miríade de processos *decodificativos, interpretativos, lógicos, culturais, ideológicos, programáticos, psicológicos, sociais e funcionais*, em virtude do influxo de condicionante na determinação do decisório final. (BITTAR, 2013, p.172).(Grifos do autor).

Genaro Carrió, ao discorrer sobre os limites da linguagem normativa, questiona os mitos, enigmas e dogmas do chamado "poder constituinte originário", que, ao longo dos séculos, se tornou uma espécie de poder incontrolável com finalidade principal de permanecer, eternamente, ofertando sentidos à linguagem jurídica. Por isso argumenta o autor:

Para atribuir facultades ao soberano frente a seus súditos, é necessário, segundo Austin, buscar sustento na lei de Deus e na lei moral, entretanto essa lei em sentido impróprio - assim chamada - podem impor sobre os súditos o dever de obedecer ao soberano. Mas então tais facultades do soberano não são facultades jurídicas.²⁸(CARRIÓ, 2001, p. 90).

Da argumentação dos dois autores é possível extrair indagações complexas, que devem ser enfrentadas em razão de um paradigma de direito democrático. Dentre as possíveis indagações se destacam as seguintes: (1) A lei positiva é linguagem que impõe sentidos? (2) Linguagem jurídica é poder? (3) Quando a lei é positivada sofre alguma retrocarga de matrizes filosóficas, e qual a importância disso para o direito democrático? (4) A legalidade jurídica é falível ou infalível? (5) Quando o legislador produz a lei ele, é um falante ou um falado? (6) Quem deve ter o monopólio da interpretação dos sentidos normativos da linguagem jurídica? (7) Ao decidir, é possível intratextualizar os sentidos normativos da linguagem jurídica, ou cabe aos destinatários acolhê-los em razão de uma norma já positivada? (8) A decisão judicial, para ser válida, deve ser considerada um *retículo cultural*? (9) O controle de constitucionalidade das leis adentra os sentidos normativos da linguagem

²⁸Para atribuir facultades al soberano frente a sus súbditos es necesario, según Austin, busc ar sustento en la ley de Dios o en la ley moral, en cuanto estas leyes "en sentido impropio" - así las llama - pueden imponer sobre los súbditos el deber de obedecer al soberano. Pero entonces tales facultades del soberano no son facultades jurídicas.

jurídica ou apenas acolhe os sentidos ofertados pelo poder constituinte originário? (10) Que método que poderia controlar os sentidos normativos da linguagem jurídica na contemporaneidade? Todas essas questões complexas dizem respeito aos sentidos normativos da linguagem jurídica e suas implicações no ato de decidir.

Dessa forma, o que é preciso demarcar no direito processual democrático é se os sentidos normativos da **má-fé** e da **boa-fé** concorrem ou não para a efetividade de um direito democrático. Nessa linha de reflexão, o acolhimento da **má-fé** e da **boa-fé** por um sistema jurídico de direito democrático torna-se uma questão de prévia aceitação teórica. É que a **má-fé** e a **boa-fé**, como linguagem positivada em lei, reclama uma *pactuação sígnica* prévia quanto aos sentidos normativos de tais institutos.

Desse modo, o papel do processo, compreendido com a linguagem teórica do campo da ciência jurídica, é justamente arguir, construir, reconstruir e expurgar da normatividade mecanismos totalitários que insistem em impregnar a linguagem jurídica. O discurso jurídico, na contemporaneidade, reclama um pacto de sentido, que é possível por meio do processo, no sentido neoinstitucionalista, cuja a finalidade é testificar a teoria ou ideologia que antecede a formação (positivação) do significante normativo. Nessa perspectiva o processo assume o papel de linguagem jurídica habilitada a conjecturar, **construir**, teorias sobre a existência jurídica. E, por sua vez, o devido processo legal, fundado nos princípios autocríticos do contraditório-vida, ampla defesa-liberdade, isonomia-dignidade, é que vai possibilitar a **operacionalização** do sistema jurídico conjecturado a partir de teorias previamente formuladas pelo entendimento humano. É por isso que o contraditório, na teoria neoinstitucionalista, constitui em "paradigma sígnico linguístico-jurídico autocrítico de problematização, pois permite a investigação dos pontos inerciais da fala e da escrita." (ALMEIDA, 2012, p. 153).

Em face desse entendimento a estabilização dos sentidos normativos da **má-fé** e da **boa-fé** não advêm percepção ético-moral sobre a honestidade e a desonestidade, a partir de uma "realidade social" não teorizada pelo entendimento humano. Por isso, o processo democrático, para enfrentar os desafios da contemporaneidade jurídica deve se tornar o espaço linguístico, teórico-crítico e autocrítico, de estabilização dos significados da linguagem jurídica. Portanto, o processo, em uma visão neoinstitucionalista, precede não só construção da legalidade mas, sobretudo, a própria ideia ou concepção de Estado Democrático de Direito.

Acolhendo uma perspectiva paradigmática de direito democrático, os legisladores pensariam um pouco mais sobre a positivação de institutos, como a **litigância de boa-fé** e a

presunção de boa-fé. É que o fundamento da **boa-fé** e da **má-fé**, apesar de essas estarem positivadas, não está na lei, tais institutos têm um fundamento mítico. Daí a necessidade de uma prévia *pactuação sígnica* quanto aos sentidos normativos da **boa-fé** e da **má-fé**, para verificar a compatibilidade de tais institutos jurídicos com o paradigma de direito democrático, acolhido pela constitucionalidade brasileira.

Por fim, os problemas suscitados por Eduardo Bittar (2013) e Genaro Carrió (1973), em relação à linguagem jurídica e o papel da autoridade, estão totalmente correlacionados com aqueles identificados por Agamben (2004) e Derrida (2007), no que diz respeito aos fundamentos míticos da legalidade, dos quais a autoridade se aproveita para "legitimar" o poder. Não é possível extrair de tais autores uma alternativa clara para a arrogância autocrática da linguagem jurídica, mas, felizmente, a teoria neoinstitucionalista do processo apresenta a seguinte percepção e aponta para o seguinte caminho:

O **devido processo** é núcleo instituidor (teoria-método) e regencial, como uma *metalinguagem* crítica, a ocupar o centro dos enunciados normativos dele provenientes e a balizar a participação (argumentação jurídica) de todos na formação das **decisões** na tríplice nível de fundação, vigência e incidência da **legalidade**. Muitos veem a impossibilidade de uma **metalinguagem** - "linguagem em que se possa falar de outra linguagem"- ou, na concepção de minha *teoria neoinstitucionalista* do processo, de uma **metalinguagem autocrítica-jurídica** pela principiologia do contraditório, ampla defesa e isonomia, para correlativamente identificar e enunciar vida, liberdade, dignidade-igualdade [que são bases (fatos-eventos) fundantes da *vida jurídica* com todas as suas implicações problemáticas], porque se aferram ao mito de que não é possível a alguém sair da linguagem (dogma laciano e historicista que o próprio Lacan com seu saber metalinguístico cuidou de derrogar pela via de seus *matemas* e Marx pelo seu *socialismo científico*). É que não perceberam que a dessujeitização (dessubjetivação) do conhecimento se faz pela acumulação de *teorias críticas* que exercem uma sobrecarga sobre a ciência e a técnica correntemente assentes. A partir dessa etapa em que o acervo crítico-teórico se habilita a arguir os saberes estabilizados por teorias duradouras é possível falar de uma objetividade linguística (*Mundo 3* de Popper) que não se valida pelo "contexto" linguístico-pragmático (de modelos transcendental ou universal de um comunidade de falantes, mas autonomiza como conjunto de enunciados lógico-informativos de arguição continuada dos fundamentos de verdade (veracidade) do *patrimônio cognitivo* técnico-científico e semiótico-semântico dessa comunidade kuhiana-habermasiana. (LEAL, 2010, p. 178-179). (Grifos do autor).

4.4 A crença na dialética processual

O direito processual passou por uma profunda renovação conceitual a partir dos estudos de Elio Fazzalari (2006), que, em oposição à tese do processo como relação jurídica, idealizada por Oskar Von Bülow (2005), estabeleceu uma importante distinção entre processo e procedimento.

No entanto, explica o processualista italiano, não basta apenas estabelecer uma distinção entre processo e procedimento, é necessário "alguma coisa a mais e diversa; uma coisa os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório." (FAZALLARI, 2006, p. 119).

Fazallari elege o contraditório como uma espécie de "estrutura dialética", que possibilita a participação dos destinatários normativos na construção do provimento final em uma simétrica paridade de posição. É pelo direito de "dizer e contradizer" que o processo adquire *status* de instituição jurídica dialógica entre aqueles que irão sofrer os efeitos das decisões jurisdicionais. (FAZALLARI, 2006).

Apesar do reconhecimento do contraditório como instituição jurídica que assegura às partes uma igualdade de oportunidade no processo, os estudos de Nicola Picardi (2008), posteriores aos de Elio Fazzalari, apontam para a necessidade de "revalorizar" o papel do contraditório no processo.

Em sua obra "Jurisdição e Processo", após seu prestimoso estudo sobre "juízo" e "processo", o processualista italiano argumenta que a função do processo, sobretudo depois da segunda guerra mundial, é assegurar a formação do juízo. Para chegar a essa conclusão o processualista estabeleceu uma reconstrução histórica sobre o processo, partindo das matrizes germano-romanas de direito processual civil. (PICARDI, 2008).

Após seu estudo, que demarcou a transição do *Iudicium* ao *Processus*, o autor chegou a conclusão de que "dada a íntima 'natureza comum' entre o processo e o juízo, é aberta de tal maneira a via para recuperar juízo e contraditório e deles fazer, mais uma vez, os momentos centrais da experiência processual." (PICARDI, 2008, p.141).

O processualista italiano, ao reconhecer que o papel do processo é assegurar a formação do juízo, procurou, por conseguinte, defender uma "revalorização do contraditório" por meio de uma correlação "juízo-contraditório". Desse modo, o contraditório foi elevado à condição princípio lógico-formal, que assegura um desenvolvimento dialético do processo: "o contraditório torna-se o ponto principal da investigação dialética, conduzida com a colaboração das partes." E a função do juízo no processo é "selecionar as argumentações errôneas." (PICARDI, 2008, p. 142-143).

Ao ser compreendido ou revalorizado como instituição que assegure um debate dialético no processo, o "contraditório vem, de novo, descolado das margens ao centro do fenômeno processual: não é mais uma prova de força, mas se torna um instrumento de investigação da verdade provável." (PICARDI, 2008, p. 143).

Nota-se que os estudos de Nicola Picardi estabelecem que o contraditório é o eixo central do debate processual, que se desenvolve por meio de uma dialética judicial. Assim, o contraditório passa a ser compreendido como garantia de que as partes podem participar na formação do juízo valendo-se de um debate dialético, cuja finalidade é estabelecer uma síntese jurídica, em face da colaboração das partes no processo com suas teses e antíteses.

A partir das reflexões sobre a dialética processual, a ciência dogmática do direito difunde que a utilização da **boa-fé** e da **má-fé** no processo civil deve respeitar um contraditório dialético. De acordo com essa corrente de processualistas, é por meio do contraditório que o processo judicial irá assegurar a participação ou colaboração das partes, de modo a evitar o arbítrio do Estado-Juiz. (VICENZI, 2003).

Em artigo científico intitulado "O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva", Antonio do Passo Cabral argumenta que o fundamento da boa-fé objetiva processual decorre do próprio princípio do contraditório. Em razão desse entendimento o autor refuta qualquer "alegação de inconstitucionalidade" da sanção interdita aplicada ao **litigante de má-fé**.

Para Cabral, em todo ordenamento jurídico que contém "conceitos abertos", o juiz deve assumir um papel de direção, tal como um "maestro de uma orquestra", sua função é "zelar pelo bom resultado do processo, identificando as condutas que sejam contrárias à boa-fé ainda que não estejam expressamente previstas ou enumeradas no texto legal." (CABRAL, 2005, p.76).

Isso significa que a **boa-fé processual** funciona com uma espécie de princípio de proibidade processual, com o propósito de impedir que o processo se torne "um verdadeiro carnaval, onde os foliões, com insaciável volúpia por vitória a qualquer custo, desfilam na avenida com fantasias e alegorias, travestindo suas reais intenções em múltiplos recursos e requerimentos protelatórios, quando não fraudando ou manipulando fatos e documentos." (CABRAL, 2005, p.70).

O autor manifesta o seguinte entendimento sobre o tema da **litigância de má-fé**:

Percebemos, portanto, que os argumentos contrários à punição da litigância de má-fé são calcados na proteção quase egoísta da atuação privada do processo, onde qualquer interferência estatal seria autoritária e descabida. A punição é necessária, mas decerto que o repúdio a atos contrários à boa-fé processual não podem resultar em uma incursão deletéria na estratégia processual dos sujeitos processuais, devendo haver um equilíbrio entre o princípio dispositivo e a repressão das condutas das partes, de modo a preservar os instrumentos processuais e não ingressar indevidamente na ampla defesa e na iniciativa da parte no processo civil. Pensamos, todavia, que inexistente qualquer contradição entre a punição do abuso do direito de manifestação processual e o princípio dispositivo: na verdade, o princípio existe para

imprimir a neutralidade no labor do magistrado, para que haja o distanciamento necessário dos interesses em conflito visando à prolação de uma decisão mais precisa e afastada das paixões, o que não impede a correção sancionatória da infringência das regras do jogo. Contra o carnaval processual, será que é certo que a justiça e a retidão tenham suas silhuetas encobertas pelos holofotes dos princípios dispositivos, que deixam o juiz à margem da atuação dos participantes. (CABRAL, 2005, p.73).

Contudo, o que se pretende argumentar, neste tópico, é que a **boa-fé** não decorre do princípio do contraditório e que um “processo dialético” também não tem o condão de controlar aquilo que é estratégico na **boa-fé** e **má-fé**, ou seja, os sentidos normativos de tais conceitos quando utilizados no ato de decidir.

A dialética no processo, ao contrário do que atestam diversos processualistas, não é um mecanismo que assegura aos participantes do processo judicial um maior grau de democraticidade na construção das decisões jurisdicionais. Muito menos elimina os problemas jurídicos; ao contrário, permite a sobrevivência e a perpetuação de um sistema estratégico de dominação legal estabilizado, por juízos de **boa-fé** ou por juízos de **má-fé** advindos de um saber fundado em algum tipo de **crença**.

É que a dialética processual em contraditório não enfrenta os sentidos normativos da legalidade, e condiciona que os destinatários normativos apenas se coloquem perante a lei, sem poder jamais interagir, de maneira intertextual, com os fundamentos estratégicos de validade e legitimidade da linguagem jurídica. Se houver, no discurso da legalidade, conceitos ou “termos abertos”, apenas à autoridade tem a prerrogativa de preencher tais lacunas, por meio de um saber não teorizado linguisticamente. Nessa perspectiva a dialética no processo não passa de um discurso retórico afirmativo, para preservar ou reforçar os fundamentos ideológicos do sistema jurídico.

Ao argumentar sobre o papel o juiz em questões que envolvem a **litigância de má-fé** e a **boa-fé processual**, observa Humberto Teodoro que “ao preencher as lacunas da lei, o juiz age como o artífice que tem que concluir a obra inacabada de outro, ou do construtor que se encarrega de restaurar a edificação danificada.” Depreende-se que a participação no processo dialético se sucumbe à aliança estratégica e secular entre o legislativo e judiciário, para reforçar a legalidade ou para preencher a incompletude normativa, a partir de um “terreno ético-moral”, de acordo com “os padrões dos costumes e da equidade” ofertados pela autoridade. (TEODORO JÚNIOR, 2008, p.24). Pois:

O juiz - é bem verdade - não é um escravo da literalidade da fórmula da lei. Para definir seu sentido, pode investigar-lhe o espírito e identificara função que a norma tem de desempenhar social e politicamente. Não lhe cabe, todavia, desprezá-la,

alterá-la ou revogá-la, para substituí-la por outra criada para satisfazer concepção pessoal. O justo que lhe toca realizar é aquele que se encontra agasalhado na norma positivada, harmonizada com os princípios do sistema e com os valores éticos em jogo no momento da concretização da vontade da lei. (TEODORO JÚNIOR, 2008, p.23).

Sendo assim, o papel do juiz, em um processo dialético que envolve a interpretação de "conceitos abertos" referente a **litigância de má-fé** ou a **boa-fé processual**, é definir o sentido da lei para chegar ao seu espírito. Não cabe ao julgador desprezá-la ou alterá-la, resta-lhe apenas, em caso de incompletude da legalidade, preservar e proteger o caráter oculto do sentido normativo, conforme denunciou Rosemiro Pereira Leal (2013).

Desse modo, a tese de um processo colaborativo ou dialético se torna mais do mesmo, porque também é interessante para a autoridade que os destinatários normativos, o povo, sintam a sensação gozosa de estar participando do "processo". Na verdade, os portadores de autoridade, na sociedade fechada, não admitem é que os destinatários normativos tenham poder de "influência" na correção, interpretação, modificação e extinção dos sentidos normativos da existência normativa. Esta é a questão central de um sistema estratégico de dominação legal, brilhantemente denunciado por Max Weber (1989).

O denominado contraditório dialético, se não explicita qual é a teoria linguística, por meio da qual a autoridade pretende encaminhar ou preencher as lacunas do direito, se torna mais meio estratégico de dominação legal. Nessa linha de entendimento, o denominado processo dialético não se diferencia da **boa-fé**, ou seja, ele se torna uma **crença boa** de que a mera participação em contraditório pode ocasionar a efetividade do direito democrático.

Daí o importante argumento de Andréa Alves de Almeida de que, em um paradigma processual de direito democrático, o exercício do contraditório passa, necessariamente, por uma teoria linguística formalizada e não se resume a uma contraposição à fala do outro em um espaço nu. (2012). Por isso, o exercício do contraditório, na processualidade democrática, deve ser exercido por meio do confronto de enunciados, no que diz respeito aos sentidos normativos (signos) da linguagem jurídica que é o texto da lei.

Por outro lado, o "poder de influência", cuja função máxima é impedir a "decisão surpresa", já está contingenciado por uma linguagem normativa, imune à crítica, posta pelo legislador derivado e aplicada conforme o senso de equidade do agente público decisor. Daí o pertinente pensamento de Agamben (2004) e Derrida (2007) sobre os fundamentos míticos da legalidade e, como forma de sair dessa "gaiola weberiana" (WEBER, 1989), insiste Rosemiro Pereira Leal, para a compreensão do processo como linguagem teórica construtiva e

reconstrutiva da existência legal, em contraponto a uma mera dialética processual que apenas reforça o caráter estratégico do discurso da legalidade. (LEAL, 2010).

Ademais o chamado método dialético, ensina Popper, significa em seu sentido moderno, tal como foi explicitado por Hegel, "uma teoria que afirma que algo - o pensamento humano, por exemplo - se desenvolve por uma forma caracterizada por meio de três fases ditas dialéticas: *tese*, *antítese* e *síntese*." (POPPER, 1981, p. 26).

O funcionamento do método dialético se desenvolve da seguinte forma: primeiro se apresenta uma ideia ou teoria denominada tese; em seguida, essa tese é confrontada por outra ideia ou teoria, a antítese, pois se dirige contra os argumentos da tese. Assim se instala um conflito entre a tese e a antítese, e o trabalho do método dialético é encontrar uma solução para o problema posto em discussão, o qual, após sua resolução, será denominado síntese.

Ensina Popper que nada impede que a síntese se torne em uma nova tese, que, por sua vez, suscitará uma nova antítese, desencadeando uma discussão que se desenvolverá para uma fase mais elevada. Ocorre que o grande problema do método dialético é que ele se resolve por meio de uma síntese - teoria - em "que se preservam os pontos mais fortes tanto da tese como da antítese." (POPPER, 1981, p. 28).

Logo, em um sistema jurídico no qual a **boa-fé** e a **má-fé** estão positivadas, ainda que se assegure o exercício de um processo dialético, os sentidos normativos da "fé" da **boa-fé** e da "fé" da **má-fé** estarão preservados e só serão totalmente cognoscíveis pela pessoa da autoridade. Essa é a continuidade e preservação estratégica do caráter oculto do sentido normativo que o direito processual insiste em preservar, mesmo a partir das conquistas teóricas asseguradas pela constitucionalidade brasileira. (LEAL, 2013).

Portanto, a síntese produzida entre uma tese jurídica e uma antítese jurídica representaria uma construção "teórica" a partir da legalidade posta, ou seja, a partir de um ponto de partida seguro fundado na não contradição. Em caso de dúvida quanto aos sentidos normativos da legalidade jurídica ou, eventuais contradições, caberá à autoridade estabilizá-los por meio de juízos oriundos dos costumes, equidade, princípios gerais e valores éticos-morais.

Em posicionamento contrário a esse entendimento, argumenta Andréa Alves de Almeida que, "diante da existência de lacuna no ordenamento jurídico, deve-se acolher o *non-liquet*, uma vez que somente é possível exercer o contraditório diante de uma teoria formalizada." (2012, p. 37). Portanto, a ausência de um controle, teórico-processual, dos sentidos normativos da linguagem jurídica - de forma permanente e intercorrente, nos níveis instituinte, constituinte e constituído do direito - condiciona a dialética processual a mais uma

forma estratégica de sobrevivência da dogmática jurídica em detrimento da possibilidade de uma epistemologia jurídica para a construção e operacionalização do direito democrático. (LEAL, 2013).

O debate dialético sem o propósito de reduzir as contradições ou antinomias do sistema jurídico, raramente contribui para o desenvolvimento do pensamento científico. É que, para os dialéticos, é a preservação das contradições entre a tese e a antítese que gera o progresso da ciência. Popper vai dizer que há um problema lógico nesse entendimento, argumentando nos seguintes termos:

Os dialéticos pretendem que as contradições sejam úteis ou que arrastem o progresso e nós concedemos que isso é exato em certo sentido. Contudo, só é exato enquanto estamos decididos a não tolerar qualquer contradição e a alterar toda a teoria que apresente contradições; por outras palavras: uma contradição só é proveitosa enquanto estivermos resolvidos a não aceitar nenhuma contradição. É baseando-se apenas nesta nossa resolução que a crítica, ou seja, a indicação de contradições, nos leva à alteração das nossas teorias e, por meio dela, ao progresso. (POPPER, 1981, p. 30).

Prossegue o autor:

Nunca é demais acentuar que as contradições perdem imediatamente toda proficuidade quando modificamos esta resolução, esta atitude, e nos decidimos a tolerar contradições: elas não poderão então trazer qualquer progresso intelectual. Pois quando estamos dispostos a tolerar contradições, então a descoberta de contradições nas nossas teorias já não nos levará a modificá-las. Em outras palavras: toda a crítica (que consista sempre na indicação de contradições) perderia sua força. (POPPER, 1981, p. 30).

Dessa forma, se se admite que a dialética processual deve buscar um "consenso" entre os pontos controvertidos da linguagem jurídica, conseqüentemente haverá o fracasso da ciência do direito pela autointerdição crítica como possibilidade científica de expansão do conhecimento jurídico. É pelo apontamento e eliminação das aporias, lacunas e contradições dos sentidos normativos da linguagem jurídica, **boa-fé** e **má-fé**, que se pode gerar o avanço do conhecimento. Assim, a contradição de uma teoria jurídica é matéria prima para o cientista, e a possibilidade de se estabelecer uma concorrência teórica, fundada em um método de tentativas e eliminação de contradições, é o meio pelo qual o homem alcança a expansão da ciência.

Essa reflexão se torna mais grave para a ciência jurídica, quando se assume o discurso segundo o qual o processo jurisdicional se desenvolve por meio de um "contraditório dialético", e a discussão judicial é estabilizada pela linguagem prévia da lei. É que a ciência

dogmática do direito, que acolheu as matrizes do pensamento aristotélico, se funda no princípio da não contradição que é a lei. (DINIZ, 2009). Entende-se que não é possível considerar o “processo jurisdicional” como democrático, sem que ele apresente os recursos teóricos por meio do qual se pretende enfrentar a questão da não contradição no discurso jurídico.

Pois, sendo a validade da lei sustentada pelo princípio da não contradição, não cabe aos sujeitos da dialética processual interpretá-la, esta é uma função exclusiva dos agentes públicos que compõem a estrutura do legislativo e do judiciário. (DINIZ, 2009). Em contraponto a esse entendimento, argumenta Rosemiro Pereira Leal, que um processo dialético, quando não encaminhado por uma teoria processual de maior grau explicativo em relação ao papel estratégico dos sentidos normativos da linguagem jurídica, se resumirá em mais um instrumento de dominação legal. (LEAL, 2010).

Portanto, um processo dialético, que não explicita qual teoria da normatividade pretende encaminhar o direito democrático, confiará a estabilização da linguagem jurídica ao bom senso dos agentes públicos, conforme explica Maria Helena Diniz. Nessa perspectiva, se o contraditório dialético suscitar contradições junto à normatividade, os sujeitos do contraditório têm de entregar a estabilização dos sentidos normativos ao intérprete exclusivo, ou seja, ao portador de autoridade. (2009).

Nessa linha de entendimento, o contraditório não tem o condão de entregar a estabilização das contradições do sistema normativo aos sujeitos do contraditório, posto que, nessa perspectiva, a autoridade permanece como intérprete exclusivo, com a missão de guardar a “fé” em um sistema jurídico infalível. Sendo assim, os sujeitos processuais devem se contentar com a contradição, ou aguardar os juízos de “equidade”, “reserva do possível”, “adequabilidade”, “livre convicção” dos portadores de autoridade, que, em razão de sua “**boa-fé**” ou “**má-fé**”, vão buscar a estabilização do sistema a partir de algum tipo de **crença**.

Por isso, a tese de um processo democrático fundado no contraditório, na dialética, no diálogo, na colaboração, na participação ou comparticipação torna-se uma alegoria, cuja função é atribuir aos participantes do processo uma sensação gozosa de ficarem perante a lei, porém, sem a possibilidade de eliminar as contradições existentes no discurso da normatividade.

O contraditório como possibilidade jurídica democrática apenas é concebível, se for encaminhado por uma teoria jurídica que permita que o processo democrático seja uma linguagem voltada para a eliminação de erros, contradições, pelos sujeitos do contraditório. Na atual estruturação processual, o contraditório ou a dialética, diante das contradições da

linguagem normativa, apresenta duas saídas: preservar as contradições como questão "inerente" ao sistema, ou entregar a resolução das contradições ao saber privilegiado dos guardiões dos interesses totalitários da sociedade fechada.

Nesse sentido, encerra-se este tópico do trabalho argumentando que o processo dialético, ao contrário do que alegam os processualistas, não tem a função de assegurar a efetividade do direito democrático. De maneira diferente do que se pensa, o contraditório, sem a explicitação de uma linguagem teórica habilitada a enfrentar os conteúdos estratégicos da linguagem jurídica, se reduz a mais uma ferramenta de dominação legal.

4.5 Boa-fé e má-fé: uma falsa dualidade

O direito processual civil brasileiro trabalha a **boa-fé** e a **má-fé** como institutos jurídicos, de modo que o primeiro funciona como orientação hermenêutica (DIDIER JR., 2010), e o segundo como conduta desonesta, devendo ser coibida pelo Estado-Juiz (MILHOMENS, 1961).

A partir dos estudos pioneiros de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (1984), demonstrou-se a **boa-fé jurídica** como importante "criação dos pretores romanos" para assegurar uma completude do sistema em face de sua inexorável incompletude. A **má-fé jurídica** seria, por conseguinte, qualquer conduta "imoral" dirigida contra a coerência do sistema.

Depreende-se que a dogmática jurídica construiu, ao longo dos séculos, uma dualidade entre a linguagem jurídica de **boa-fé** e de **má-fé**. Essa atitude se deve a um acolhimento não crítico do instituto pela ciência dogmática do direito.

Ao estudar o instituto jurídico da **litigância de má-fé**, o presente trabalho, deparou-se com um discurso estratégico da dogmática jurídica, ou seja, tanto o instituto da **boa-fé** e da **má-fé** são invenções do direito romano, cuja função é servir de papel hermenêutico aos portadores de autoridade sem explicitar, portanto, os fundamentos de tal instituto. Desse modo, neste trabalho, por não se contentar com uma resposta meramente dogmática sobre os fundamentos do instituto da **litigância de má-fé**, procurou-se estabelecer uma arguição crítica sobre o tema cujo objetivo era justamente descobrir o que estava por trás deste instituto jurídico tão importante para o direito na atualidade.

Assim, descobriu-se que o instituto da **boa-fé** e da **má-fé** guarda correlação com o *Agathon*, bom, e a *a Kakia*, mal, do pensamento aristotélico. (ARAÚJO, 1988). Para

Aristóteles existe no mundo o bem e o mal, e a missão do homem é buscar o bem; porém, se existe o mal haverá, obviamente, pessoas que irão, em detrimento do bem, buscar o mal. Desse modo, uma das funções dos predestinados para proteger a sociedade era aproximar as pessoas do bem e punir aqueles que fizeram a opção pelo mal.

A partir desse entendimento tornou-se possível perceber que o instituto da **boa-fé** e da **má-fé** jurídica não foi uma criação genuína dos romanos, tal como argumentou Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (1987), mas uma apropriação bastante estratégica do pensamento aristotélico pelos pretores romanos. As ideias de Aristóteles sobre o bem e o mal serviram perfeitamente para a dogmática jurídica, uma vez que a definição do que seria o bem e o mal ficaria a cargo dos predestinados tutores da sociedade fechada.

Assim, com o objetivo de estabelecer uma concorrência teórica sobre a linguagem dogmática, que buscava sustentar a **boa-fé** e a **má-fé** como institutos jurídicos, o presente trabalho se valeu dos estudos de Jean Paul Sartre para apresentar uma contraposição entre a ideia de **boa-fé** e **má-fé**. O pensador francês fez um profundo estudo sobre o tema por um viés não dogmático, e chegou, à conclusão de que tanto a **boa-fé** como a **má-fé** são formas interditivas da própria responsabilidade de pensar a construção da existência humana. (SARTRE, 2011).

Essa linha de reflexão revela as matrizes dogmáticas e totalitárias do pensamento aristotélico, que, por sua vez, foi apropriado pelo direito. Quando a autoridade busca o "bem", nada mais faz do que buscar uma **crença** - autoimune - em algo que ela própria não consegue explicar com base em razões lógicas. O mesmo acontece quando a autoridade reconhece a **má-fé**, ou seja, trata-se de uma crença autointerditiva da responsabilidade de pensar em face das angústias humanas em explicitar, objetivamente, a ciência que pratica.

Sartre procura demonstrar, em sua obra "O Ser e o Nada", que a reflexão é um estado de angústia, e o caminho para o homem superar suas angústias é a autenticidade, ou seja, a responsabilidade de construir sua existência científico-racional. Por outro lado, não é fácil pensar e propor soluções conjecturais para os nossos problemas, e é daí que surge o papel estratégico da **má-fé**.

A angústia se instala quando o homem é obrigado a pensar sobre as aporias do próprio pensamento humano. Diante dessa situação, só há duas saídas para o homem: construir um pensamento crítico sobre aporia ou recorrer a **crenças**. Dessa forma a "má-fé é um antídoto para a angústia. A má-fé não é uma experiência gratuita. Não se é de má-fé pelos simples fato de querer praticar a dissimulação, sobretudo porque a essência da má-fé é a de ser um ato voltado contra si mesmo, isto é, destinado enganar-se a si mesmo." (TROGO, 2011, p. 72).

Tal situação é o que pode se denominar "autoengano", quer dizer, o ser humano interdita seu próprio saber em face da angústia de ter que construir uma resposta para uma situação que ele não consegue explicar. A saída mais fácil para superar essa angústia, ante o desafio de pensar, é se valer de uma **crença**.

Por outro lado, se uma pessoa está tentando esconder a verdade de outra pessoa, ocorre **má-fé** no sentido de "engano ordinário", quando há duas consciências separadas e uma tenta omitir da outra consciência algum tipo de verdade. Nesta situação se alguém pune outro alguém, sob o argumento de que essa pessoa está de **má-fé**, há de se indagar o "autoengano" daquele que pune outra consciência que esteja "supostamente" agindo de **má-fé**. Nesse caso, tanto a **má-fé** no "autoengano" quanto a **má-fé** no "engano ordinário" são formas interditas da própria responsabilidade de pensar. (CERBONE, 2012).

Por outro lado, ensina Sartre, não se combate a **má-fé** pela **boa-fé**, ambos se revelam em posturas de "fé" ou "crença" em face da responsabilidade existencial. A distinção entre a **boa-fé** e a **má-fé** é a crença na existência de uma **crença boa** e uma **crença má**. Porém, as **crenças** têm a mesma função, tanto na **boa-fé** quanto na **má-fé**: interditar angústias ou, mais precisamente, acreditar em algo cujos fundamentos não precisam ser explicados pelo entendimento humano. Ademais, quem se dispõe a interrogar alguma coisa "expõe, simultaneamente, as limitações de seu saber, isto é, uma dimensão de não-ser em seu saber." (BURDZINSKI, 1999, p.24).

Júlio César Burdzinski observa que não há distinção entre a **boa-fé** e a **má-fé**, em razão do seguinte entendimento colhido a partir do pensamento de Sartre:

Um outro aspecto fundamental da má-fé é o fato de que ele é, justamente, uma fé. Ou seja: um comportamento de má-fé deve sustentar-se na medida mesmo em que tenhamos desde o início - isto é, a partir do projeto existencial - escolhido o não convencimento, decidido por uma crença que não seja plena, que não vá até o fim naquilo a que ela se propõe. Isto, por sua vez, é unicamente possível porque a crença é, em seu próprio ser, cindida pelo nada, crer é ter consciência (de) crer: aqui, como em todo lugar, a consciência instala-se a certa distância de si mesma. Essa distância está também presente, portanto, na boa-fé. (BURDZINSKI, 1999, p. 52).

Por fim, é forçoso admitir que a dualidade que a dogmática jurídica estabeleceu entre a **boa-fé** e a **má-fé** é desprovida de rigor científico. A **boa-fé** e a **má-fé** são duas faces de uma mesma moeda, de tal modo que o sujeito, para não ter que correr o risco e sofrer a angústia de explicitar seu próprio saber por meio de uma linguagem racional, se vale de uma **crença**, boa ou má, como forma de se furtar aos desafios existenciais. Tal entendimento permite considerar que a dogmática jurídica, quando trabalha o instituto da **boa-fé** e da **má-fé** difunde

uma linguagem equivocada, mas que, mesmo assim, deve ser praticada pelo direito, em razão de seu caráter absolutamente estratégico para manutenção de um sistema jurídico controlado pela pessoa da autoridade.

5. CONCLUSÃO

Empreender uma pesquisa sobre a "**litigância de má-fé**" e a "**boa-fé processual**" - a partir de matrizes filosóficas que não apresentam os mesmos escopos que a dogmática jurídica - tornou possível compreender que tais institutos jurídicos não correspondem a uma proposta de direito democrático no paradigma de Estado Democrático de Direito. Constatou-se que os institutos da litigância de "**má-fé**" e da "**boa-fé**" processual fortalecem a perspectiva de um direito autocrático e não democrático, conforme a proposta da constitucionalidade brasileira.

Ambos os institutos contribuem para o fortalecimento de um conhecimento subjetivo no campo jurídico, afastando qualquer possibilidade de criação de um conhecimento objetivo, como base epistemológica de construção e operacionalização do direito no paradigma processual do Estado Democrático. Interpretar a valiosa distinção entre conhecimento subjetivo e conhecimento objetivo é o primeiro passo para se interrogar os institutos jurídicos criados pela ciência dogmática do direito, no sentido de apresentar novos produtos teóricos para o pensamento jurídico na atualidade. O conhecimento, no sentido subjetivo, baseia-se em **crenças** e predisposições sedimentadas em algum estado mental; já o conhecimento objetivo consiste nos problemas, teorias e argumentos.

A **má-fé** e a **boa-fé**, quando investigadas a partir das matrizes filosóficas provenientes do pensamento aristotélico, servem aos interesses de uma ciência interdita, ou seja, que se recusa a admitir que o conhecimento científico pode prosseguir *ad infinitum*. Nessa perspectiva ideológica, um conhecimento não estruturado por um ponto de partida seguro, livre de dogmas ou crenças, provocaria um colapso científico.

Sendo assim, fiel às matrizes aristotélicas, a "**fé**" da **má-fé** e a "**fé**" da **boa-fé** são **crenças** provenientes de um tipo de conhecimento revelado, de modo que apenas os eleitos estão aptos a compreendê-lo na integralidade. Quer dizer, diante de uma possível falibilidade da racionalidade humana, o conhecimento deve ser estabilizado por algum tipo de dogma ou **crença**, que deverá ser assegurado pela autoridade. Esse saber é insuscetível de testificação crítica, porque deriva de uma instância mítica, seu único fundamento.

Por outro lado, as conjecturas de Jean-Paul Sartre sobre o tema demonstram que não há uma distinção entre a "**má-fé**" e a "**boa-fé**". Tal reflexão coloca em cheque o dualismo secular, difundido pela ciência dogmática do direito, entre a **boa-fé** e a **má-fé**.

De acordo com o pensador francês, tanto a **má-fé** quanto a **boa-fé** são crenças interditas que o homem cria para fugir da angústia de ter que construir a sua própria existência racional. Essa linha de entendimento confirma o pensamento de Cornelius

Castoriadis, quando ele argumenta que o homem não procura construir um saber racional, o que ele busca, na verdade, é algum tipo de **crença**, isso justifica o prestígio das religiões e das ideologias políticas.

Em uma perspectiva sartreana não se combate a **má-fé** com a **boa-fé**, pois algum tipo de **crença** prevalecerá em ambas as situações. Na verdade, o que diferencia a **má-fé** da **boa-fé** é que o seguinte: na primeira prevalece uma **crença má**; na segunda, confia-se em uma **crença boa**. Portanto, tanto a **má-fé** quanto a **boa-fé** resultam de uma **crença**.

A partir dessas duas reflexões sobre a **má-fé** e a **boa-fé**, Aristóteles/Sartre, tornou-se possível demonstrar por que motivo a ciência dogmática do direito fez uma opção pelo modelo explicitado pelo pensamento aristotélico. A **má-fé** e a **boa-fé**, sob o ponto de vista das matrizes filosóficas de Aristóteles, contribuem para o controle da ciência jurídica pela autoridade, posto que nenhum conhecimento pode caminhar *ad infinitum*. Por isso, a estabilidade do conhecimento jurídico, em caso de dúvidas ou lacunas, dependerá de um saber extrassistêmico advindo de um saber indemarcado.

Portanto, a **litigância de má-fé** e a **boa-fé processual**, quando interrogadas por matrizes não dogmáticas, se revelam instrumentos estratégicos de dominação legal, incompatíveis com o direito democrático demarcado pela Constituição Federal de 1988. Dessa forma, a manutenção de tais institutos, na aplicação do direito e estabilização do discurso jurídico, significa não perceber o que é contemporâneo, segundo a concepção de Giorgio Agamben, na ciência jurídica atual.

Por fim, o acolhimento da **má-fé** e da **boa-fé**, como institutos jurídicos positivados em lei, ao contrário do que difunde a ciência dogmática do direito, não contribui para a efetividade de um direito democrático. Ao contrário, fortalece um sistema jurídico autocrático, no qual a interpretação dos sentidos normativos da linguagem jurídica é prerrogativa exclusiva da *auctoritas*.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Alfredo Bosi, rev. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. **O que é contemporâneo? e outros ensaios**. Trad. Vinícius Nicastro Honesko. 3. reimp. Chapecó: Argos, 2012.
- ALBERT, Hans. **O Direito à luz do Racionalismo Crítico**. Trad. GüntherMaluschke, Brasília: Universa, 2013.
- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2º Ed. São Paulo Malheiros, 2012,
- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Órgãos da Fé pública**. São Paulo: Saraiva, 1963.
- ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**. Curitiba: CRV, 2012.
- ANDRADE, Valentino Aparecido de. **Litigância de má-fé**. São Paulo: Dialética, 2004.
- ANGHER, Anne Joyce. **Litigância de Má-fé no processo civil**. São Paulo: Rideel, 2005.
- AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. v. I - Questões 1-43. São Paulo. Edições: Loyola, 2001.
- ARAÚJO, Vandyck Nóbrega de. **Fundamentos Aristotélicos do direito natural**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornhei. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- ARISTÓTELES. **Metafísica**. Trad. Edson Bini, 2. ed. São Paulo: Edipro, 2012.
- ARISTÓTELES. **Órganon**. Trad. Edson Bini, 2. ed. São Paulo: Edipro, 2010.
- ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- BACHELARD, Gaston. **A Formação do Espírito Científico**. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.
- BARNES, Jonathan. **Aristóteles**. Trad. Adail Ubirajara Sobral, Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2001.
- BARZOTTO, Luís Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rito de Janeiro: Forense, v. I, 1975.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional**. Revista dos tribunais – Cadernos de direito constitucional e ciência política, 23 (1998): 65-78.

BATISTA, Sílvio de Sá. A produção legislativa como espaço de concretização da proposta democrática. in: João Antônio Lima Castro **et al.** (coords.). **Direito Processual**. Belo Horizonte: PUCMINAS, Instituto de Educação Continuada, 2011.

BATISTA, Sílvio de Sá. Decisão Jurisdicional: uma análise do art. 10 do projeto do novo CPC. In: Universidade Federal de Viçosa - **Revista de Direito**, v. 6, n.02, jul./dez. 2014.

BATISTA, Sílvio de Sá. Teoria processual da relação jurídica como técnica ideológica de julgamento: Uma estagnação científica. in: Bretas, Ronaldo de Carvalho Dias **et al.** (coords.). **Técnica processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do Juiz**. 6. ed. rev.amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Filosofia Aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico**. Barueri. São Paulo: Manole, 2003.

BITTAR, Eduardo C. B. **Linguagem Jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. . 12.^a edição. Malheiros. 2002.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Exemplo: BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 8 set. 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657 de 1942, com redação dada pela Lei 13.376 de 2010**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Projeto de Código de Processo Civil. Projeto de Novo Código de processo civil.** Disponível em: www2.camara.leg.brAcesso em: 15/09/2014.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Fraude no processo civil.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BÜLOW, Oskar. Statutory Law and the judicial function. **American Journal of legal History:** Temple University.p. 71-91, jan. 1995.

BÜLOW, Von Oskar. **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais.** Campinas: LZN, 2005.

BURDZINSKI, Júlio César. **Má-fé e autenticidade:** Ijuí: Unijuí, 1999.

BUZAID, Alfredo. Processo e verdade no Direito brasileiro. **Revista de Processo.** São Paulo, Revistas dos Tribunais, n. 47, p. 92-99, jul.-set. 1987.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 30, n. 126, p. 59-81, Ago., 2005.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil.** Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. v. I. Campinas: Bookseller, 1999.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil.** Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. v. III. Campinas: Bookseller, 1999.

CALAMANDREI, Piero. **Fe el derecho.** Madrid: Marcial Pons, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil.** Trad. Lisa Pari Scarpa. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil.** v. I. 1. ed. São Paulo: ClassicBook, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil.** v. IV. 1. ed. São Paulo: ClassicBook, 2000.

CARRIÓ, Genaro R. **Sobre los limites dellenguaje normativo.** Buenos Aires: Astrea, 1973.

CASTORIADIS, Cornelius. **Post-scriptum sobre a insignificância.** São Paulo: Veredas editoras, 1998.

CASTRO FILHO, José Olympio. **Abuso do Direito no Processo Civil.** Belo Horizonte: Imprensa Oficial. 1955.

CERBONE, DAVID R. **Fenomenologia**. Petrópolis: Vozes, 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Paolo Capitanio. v. I. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Paolo Capitanio. v. II. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Paolo Capitanio. v. III. 3.ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2013

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; MELLO, Cleyson de Moraes (Coords.). **O fundamento do Direito**: estudos em homenagem ao professor Sebastião Trogo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa 'in agendo'**. Coimbra: Almedina, 2006.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. São José-SC: Conceito, 2008.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao Estudo do Processo civil**. 3.ed. Rio de Janeiro: José Kofino, 1949.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O caráter retórico do princípio da legalidade**. Porto Alegre: Síntese, 1979.

DANTAS, Rodrigo D'Orio. **A litigância de má-fé e a responsabilidade do advogado**. Florianópolis: Conceito, 2013.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 16. ed. Bahia: JusPodivm, 2014.

DIDIER JR.,Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento.9. ed.,Salvador: JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, v.2, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20. ed.rev. amp. São Paulo: Saraiva, 2009.

- DUDLEY, Will. **Idealismo Alemão**. Trad. de Jacques A. Wainberg, Petrópolis: Vozes, 2013.
- EAGLETON, Terry. **Ideologia**: uma introdução. Trad. Luís Carlos Borges e Silvana Vieira, São Paulo: Boitempo, 1997.
- ELLUL, JACQUES. **Le fondement théologique du droit**. Paris: Delachaux & Niestle, 1946.
- FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**. 7. ed. rev. amp. São Paulo: Atlas, 2013.
- FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- FRIEDRICH, Carl J. **Tradição e autoridade em ciência política**. Trad. Fernando de Castro Ferro. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1974.
- GALILEU GALILEI. **Ciência e fé**. 2. ed. rev. amp. São Paulo: Unesp, 2009.
- GOLDSCHMIDT, James. **Direito Processual Civil**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Curitiba: Juruá, 2009.
- GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. **Princípio da Boa-fé**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- GORPHE, François. **Le principe de labonne foi**. Paris: Dalloz, 1928.
- GRAMSCI, A. **Os intelectuais e a organização da cultura**. Trad. Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- HABERMAS, Jurgem. **Fé e saber**. Trad. Fernando Costa Mattos, São Paulo: UNESP, 2013.
- HABERMAS, Jurgem. **Técnica e ciência como ideologia**. Lisboa: Edições 70, 1968.
- IOCOHAMA, Celso Hiroshi. **Litigância de Má-Fé e lealdade processual**. Curitiba: Juruá, 2006.
- JIPIASSÚ, HILTON. MARCONDES, DANILO. **Dicionário de filosofia**. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

JUNOY, Joan Picó I. El principio de labuenafe processual y su fundamento constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 36, n. 196, p. 131-162, jun., 2011.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão Pura**. 2.ed. Trad. e notas Fernando Costa Mattos. Petrópolis: Universitária São Francisco, 2013.

KANT, Immanuel. **Prolegômenos**: a toda metafísica futura que possa apresentar-se como ciência. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1959.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LE BON, GUSTAVE. **As opiniões e as crenças**. Trad. Antonio Roberto Bertelli. São Paulo: Ícone, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy. 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Del Rey. 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: uma trajetória conjectural**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LEAL, Rosemio Pereira leal. O estar em juízo democrático. In: AURELLI, Arlete Inês *et al.* (Coords.). **O direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem a Thereza Alvim**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES, Edward. **Discurso, texto e significado: uma teoria do interpretante**. São Paulo: Cultrix, 1978.

MAIA, Valter Ferreira. **Litigância de Má-Fé no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas**. São Paulo: LTr., 2006

MALCON, Guimarães Rodrigues. **Consciência e má-fé no jovem Sartre: a trajetória dos conceitos**. São Paulo: Unespe, 2010.

MEIRELLES DE OLIVEIRA, Ana Lúcia Lucker. **Litigância de Má-Fé**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENEZES CORDERIO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. v. I. Portugal: Almedina, 1984.

MENEZES CORDERIO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. v. II. Portugal: Almedina, 1984.

MENEZES CORDEIRO, António. **Litigância de má-fé abuso do direito de ação e culpa "in agendo"**. Portugal: Almedina, 2014.

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

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** Trad. Peter Naumann. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 35. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle, LÚCIO, Delfino. **Novo CPC e a litigância de má-fé contra advogados**, obtido via internet: <http://www.justificando.com>, Acesso em Dez. 2014.

PIAGET, J. **Psicologia e epistemologia**: por uma teoria do conhecimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PLATÃO. **A República**. 3.ed. Trad. Carlos Alberto Nunes. Pará: EDUFPA, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. T. I, II, III. Rio de Janeiro: 1979.

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 13. ed. São Paulo: Cultrix- Edusp, 2007.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Trad. Milton Amado. Tomo I, São Paulo: Cultrix-Edusp, 1998.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Trad. Milton Amado. Tomo II, São Paulo: Cultrix-Edusp, 1998.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

POPPER, Karl. **O racionalismo crítico na política**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UNB, 1981.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1976.

RICOEUR, Paul. **Do texto à ação: ensaios de hermenêutica II**. Trad. Alcino Cartaxo e Maria José Sarabando. Porto: Rés, 1989.

SANTOS, Fernanda Barbosa dos; MARINHO, Leonardo Augusto Marques. Fundamentos do Direito em Luigi Ferrajoli. In: COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos; MELLO, Cleyson de Moraes (Coords.). **O fundamento do Direito: estudos em homenagem ao professor Sebastião Trogo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Escritos de linguística geral**. Trad. Carlos Augusto Leuba Salum e Ana Lucia Franco. São Paulo: Cultrix, 2004.

SAVIGNY, Friedrich Carl. **Derecho Romano Actual**. Trad. M. Ch. Guenoux, Tomo I. Madrid: F. Góngora Y Compañia, 1878.

SEVERINO, Emanuele. **A Filosofia Antiga**. Lisboa: Edições 70, 1984.

SCHIER, Flora Margarida Clock. **A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar**. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA SANTOS, BOAVENTURA. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro**. *Revista Forense*, v. 344, p. 43-65, Rio de Janeiro, out./dez, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo - princípios éticos na repressão à litigância de má-fé- papel do juiz. *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Notadez, Ano 56, n. 368, p. 11-28, jun., 2008.

THIBAU, Vinícios Lott. **Presunção e prova no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Arraes, 2011,

TROGO, Sebastião. **O impasse da Má-Fé na Moral de J. P. Sartre**. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 2011.

TROPLONG, M. **La influencia del cristianismo en el derecho civil romano**. Buenos Aires: Dedebec, 1947.

VICO, Giambattista. **A Ciência Nova**. Trad. Marco Lucchesi, Rio de Janeiro: Record, 1999.

VIEHWEG, THEODOR. **Tópica e Jurisprudência**: uma contribuição dos fundamentos jurídico-científicos. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. 5. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Direito e Religião. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 8, 210, p. 15, out./2005.

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

WEBER, Max. Três tipos puros de dominação legítima. In: FERNANDES, Florestan (Coord.); COHN, Gabriel (Org.). **Max Weber**: sociologia. Trad. Amelia Cohn e Gabriel Cohn. 4. ed. São Paulo: Ática, 1989. (série grandes cientistas sociais, v.13).

WIEACKER, Fraz. **El principio general de la buena fe**. Trad. Jose Luis Carro. Madrid: Civitas, 1977.

WOLFF, Francis. Nascimento da Razão. In: NOVAES, Adalberto (Coord.). **A crise da Razão**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.