

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

DANIELA OLIVEIRA SOARES

Cláusula geral da boa-fé objetiva como fundamento de concretização  
do sistema jurídico aberto

Mestrado em Direito

São Paulo

2020

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

DANIELA OLIVEIRA SOARES

Cláusula geral da boa-fé objetiva como fundamento de concretização  
do sistema jurídico aberto

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea Direito Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Oswaldo Peregrina Rodrigues.

São Paulo

2020

Soares, Daniela Oliveira

Cláusula geral da boa-fé objetiva como fundamento de concretização do sistema jurídico aberto / DanielaOliveira Soares. -- São Paulo: [s.n.], 2020.

184p ; 21,5 x 30 cm.

Orientador: Oswaldo Peregrina Rodrigues.  
Dissertação (Mestrado em Direito) -- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, 2020.

1. Boa-fé objetiva. 2. Princípios. 3. Sistema jurídico aberto. 4. Ressistematização. I. Rodrigues, Oswaldo Peregrina . II. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós Graduados em Direito. III. Título.

CDD

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

DANIELA OLIVEIRA SOARES

Cláusula geral da boa-fé objetiva como fundamento de concretização  
do sistema jurídico aberto

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea Direito Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Oswaldo Peregrina Rodrigues.

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

Banca Examinadora

Professor Doutor Oswaldo Peregrina Rodrigues (Orientador).

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor (a) Doutor (a) \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

Professor (a) Doutor (a) \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

## AGRADECIMENTOS

Ao professor Doutor Oswaldo Peregrina Rodrigues, exemplo de sabedoria, humildade e solidariedade. O meu eterno agradecimento pela generosidade do conhecimento compartilhado, pelo incentivo e confiança em meu trabalho, desde o início, o que certamente fez, faz e fará toda a diferença em minha vida.

À mais linda estrela da minha constelação, meu pai José (*in memoriam*), meu exemplo de honestidade e perseverança. Aquele ao qual muito embora a vida não tenha dado qualquer oportunidade de estudar, foi quem sempre me ensinou que não há melhor caminho que o conhecimento.

Agradeço a minha mãe Eunice, pela vida! E por ser a responsável pela mulher e mãe na qual me transformei.

Ao meu marido Rodrigo, por todo amor, companheirismo, amizade, compreensão e incentivo ao longo desses vinte e poucos anos.

Aos meus filhos Gabriel e Miguel, razões do meu viver, alegrias do meu dia, minhas fontes de inspiração. Aqueles que me ensinaram o quanto o amor pode transbordar todos os limites imagináveis.

Aos meus irmãos Danilo e Letícia, por tornarem minha vida muito mais colorida, e por sempre me motivarem a realizar meus sonhos. Ambos, motivo de grande orgulho.

SOARES, Daniela Oliveira. **Cláusula geral da boa-fé objetiva como fundamento de concretização do sistema jurídico aberto**. 2020. 184 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

## RESUMO

A boa-fé objetiva dotou o sistema do Código Civil de flexibilidade, abertura e possibilidade de adequação às constantes mudanças sociais. Nesse sentido, a cláusula geral da boa-fé objetiva é fundamento de concretização do atual sistema jurídico aberto e móvel. O novo sistema tem a possibilidade de acolher os chamados casos-limites, aqueles que a lei não foi capaz de prever, e julgá-los de forma justa, no sentido material de justiça. No direito civil brasileiro, a boa-fé objetiva foi positivada através do artigo 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor, e posteriormente através da regra de interpretação contida do artigo 113, na cláusula geral do artigo 422, além da cláusula geral do artigo 187, todos do Código Civil de 2002. A boa-fé objetiva, ora possui função de princípio, ora de cláusula geral. O que discrimina a expressão boa-fé, como princípio geral ou cláusula geral, é sua função no contexto do sistema. A introdução da boa-fé objetiva, no ordenamento jurídico brasileiro, significou grande evolução, posto que, além de dotar o sistema de abertura para se adequar às constantes mudanças sociais, passou a atender às novas exigências sociais, adequou o sistema civil aos mandamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana, de justiça, de equidade, da operabilidade e do solidarismo. A boa-fé, em sua concepção objetiva, é regra de comportamento, segundo a qual as partes devem agir como seres humanos retos, leais, probos, com veracidade, sem causar danos à outra parte, tampouco, frustrar a expectativa criada pela outra parte, de forma injustificada. O princípio da autonomia privada e da força obrigatória dos contratos sofre restrições em razão da incidência do princípio da boa-fé objetiva. O princípio da boa-fé objetiva exerce tríplice função, essenciais ao bom desempenho do ordenamento, permitindo sua adequação às novas realidades sociais, além de adequar as relações jurídicas aos valores da dignidade da pessoa humana e justiça material. O problema envolvendo a cláusula geral da boa-fé objetiva gira em torno do poder-dever atribuído ao intérprete-aplicador, que poderá incorporar aspecto negativo caso seja utilizada com discricionariedade, subjetivismo e finalidade de atender a interesses políticos e econômicos, gerando injustiças, grau de incerteza e insegurança jurídica.

**Palavras-chave:** Boa-fé objetiva. Princípio. Cláusula geral. Conceito indeterminado. Sistema jurídico aberto. Valores. Ressistematização.

SOARES, Daniela Oliveira. **General clause of objective good faith as a foundation for the realization of the open legal system**. 2020. 184 f. Dissertation (Master of Law). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

### **ABSTRACT**

Objective good faith endowed the Civil Code system with flexibility, openness, and the possibility of adapting to constant social changes. In this sense, the General Clause of objective good faith is the foundation for the realization of the current open and mobile legal system. The new system has the possibility of accepting, the so-called limit cases, those that the law was not able to predict, and to judge them fairly, in the material sense of justice. In Brazilian Civil Law, objective good faith was confirmed through article 4, III, of the Consumer Protection Code, and later through the interpretation rule contained in article 113, in the General Clause of article 422, as well as through the General Clause of Article 187, all of the Civil Code of 2002. Objective good faith, sometimes has the function of principle, sometimes a general clause, and that what discriminates the expression good faith, as a general principle or general clause, is the function it has in the system context. The introduction of objective good faith, in the Brazilian legal system, meant great evolution, since, in addition to providing the opening system to adapt to constant social changes, it started to meet the new social requirements, adapted the civil system, to the constitutional commandments the dignity of the human person, justice, equity, operability and solidarism. Good faith, in its objective conception, is a rule of behavior, according to which the parties must act as upright, loyal, honest, truthful human beings, without causing damage to the other party, nor frustrating the expectation created by the other party, without justification. The principle of private autonomy and the mandatory force of contracts are restricted due to the principle of objective good faith. The principle of objective good faith has a threefold function, essential to the good performance of the order, allowing its adaptation to new social realities, in addition to adapting legal relations to the values of human dignity and material justice. The problem that involves the general clause of objective good faith, revolves around the power-duty attributed to the interpreter-applicator, which may incorporate a negative aspect if used with discretion, subjectivism and with the purpose of serving political and economic interests, creating injustices, uncertainty and legal uncertainty.

**Keywords:** Objective good Faith. Principle. General Clause. Undetermined Concept. Open Legal System. Values. Resystematization.

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	08
2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA	12
2.1	Evolução histórica da boa-fé – do direito antigo ao período da Idade Média	13
2.2	A primeira sistemática	25
2.3	A segunda sistemática	30
2.4	A terceira sistemática	33
2.5	Da passagem da Escola Histórica para o normativismo puro e ao direito, segundo uma ordem de valores	40
3	OS MODELOS DE SISTEMAS: DO EXTERNO AO INTERNO; DO FECHADO AO ABERTO; E O SISTEMA MÓVEL	47
4	DAS DIFERENÇAS ENTRE CLÁUSULA GERAL, CONCEITOS INDETERMINADOS, PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO E CONCEITOS JURÍDICOS DETERMINADOS	68
4.1	Cláusulas gerais	69
4.2	Distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados	74
4.3	Distinção entre cláusulas gerais e princípios jurídicos	77
4.4	Conceitos jurídicos determinados	88
5	A BOA-FÉ NO DIREITO BRASILEIRO	90
5.1	Evolução histórica da boa-fé no direito brasileiro	90
5.2	Da distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva	96
5.3	Conceito de boa-fé objetiva no direito brasileiro	98
5.4	Das funções da boa-fé objetiva	112
5.4.1	Da função interpretativa	113
5.4.1.1	Os acréscimos realizados pela Lei da Liberdade Econômica no Código Civil, artigo 113	119
5.4.2	Da integrativa e criação de deveres	125
5.4.3	Da função corretiva (de controle) ou limitadora ao exercício de direitos Subjetivos	131
6	A BOA-FÉ OBJETIVA COMO FUNDAMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO ABERTO	136
7	ATIVISMO JUDICIAL EM RAZÃO DA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO – ASPECTO POLÊMICO	153
8	CONCLUSÃO	169
	REFERÊNCIAS	177

## 1 INTRODUÇÃO

O direito deve ser dinâmico porque, se assim não for, não há qualquer possibilidade de acompanhar a evolução da sociedade. Deve ser justo com a finalidade de atender aos valores sociais e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito.

É inegável que a sociedade, desde os mais remotos tempos, está em contínua e inevitável evolução. Diariamente surgem novos casos e problemas a serem solucionados, diferentes formas familiares, crises econômicas, maneiras diversas de celebração dos negócios jurídicos e novas lógicas mercadológicas; novas tecnologias invadem nossas vidas de forma jamais pensada, novos usos e costumes, liberdade de pensamento, de expressão e de ação descabidas há algum tempo, guerras, ditaduras, totalitarismo, nazismo – até chegarmos à tão sonhada democracia –, além do avanço de pandemias que assolaram e ainda sacrificam a humanidade. Neste cenário, verificamos a evolução dos valores ínsitos na sociedade.

As leis não são suscetíveis de cobrir, de prever todo o campo da experiência humana, e o direito deve estar preparado para solucionar de forma justa todas as necessidades e conflitos apresentados nas relações jurídicas.

É de extrema importância entender que sistemas fechados, engessados, que não se desenvolvem a partir das experiências, totalitários, que para alguns trazem segurança jurídica, não atendem à dignidade, aos anseios e à necessidade da sociedade. Seus efeitos são nefastos na medida em que são abstratos, legitimam e concedem vigência a direitos injustos e cruéis, e não permitem a evolução do direito, não acompanham o dinamismo da sociedade, não cobrem todos os campos da experiência jurídica e tornam-se obsoleto.

Com efeito, através do presente estudo, demonstraremos dois aspectos de extrema importância para a manutenção do direito brasileiro e do Estado Democrático fundado nos valores constitucionais: 1º) o direito não é capaz de prever tudo, todo o campo da experiência humana, e, portanto, a sua evolução; 2º) além de dinâmico, o direito deve ser um direito voltado para valores.

A partir desse cenário, questionamos: Como criar um sistema que atenda à justiça material, além de cumprir o papel de acompanhar a dinâmica evolução da sociedade? O atual Código Civil atende a essas necessidades?

Por meio desta dissertação, revelaremos que a boa-fé objetiva tem papel fundamental na concretização do atual sistema jurídico aberto voltado a valores, e que a técnica da boa-fé objetiva – através do princípio, da cláusula geral ou do conceito indeterminado – é capaz de oxigenar, atualizar, ressistematizar e dar mobilidade ao sistema.

Embora o tema não seja inédito, ao contrário, é extremamente difundido e discutido em todo o mundo, não deixa de ser um debate contemporâneo e necessário.

Atualmente, tornou-se novamente um desafio defender o atual sistema jurídico aberto, diante dos questionamentos e pensamentos contrários a um sistema que dá poder de interpretação e papel criativo ao juiz, diante dos protestos em face de um modelo que mitiga a autonomia privada exacerbada em face de valores sociais – basta verificar a vigência da chamada Lei da Liberdade Econômica. A robotização do direito também nos faz pensar no quanto o atual sistema encontra-se ameaçado.

Seguiremos, pois investigando a essencialidade e a imprescindibilidade do sistema jurídico aberto e móvel, e que a boa-fé objetiva é essencial para o funcionamento desse sistema. Após a presente leitura, responderemos: o sistema jurídico aberto de fato é imprescindível? Ele atende à necessidade de um sistema jurídico justo e dinâmico? A boa-fé objetiva é importante técnica legislativa para que esse sistema aberto tenha eficácia e alcance suas finalidades? Devemos realmente alterar o paradigma de um sistema que atende à solidariedade para o anterior paradigma de que a vontade privada não precisa de limites? Diante da atual situação pandêmica que assola a humanidade, surgem novos deveres anexos, a exemplo do dever de renegociar?

Para tanto, iniciaremos a presente pesquisa pela evolução histórica da boa-fé e do direito em si, com a finalidade de entender como e aonde nasceu a noção de boa-fé, de que forma o direito evoluiu para chegarmos ao sistema contemporâneo e o quanto a boa-fé objetiva contribuiu para tal.

Analisaremos a evolução histórica da boa-fé no direito antigo, a “primeira sistemática” e a “segunda sistemática”, até chegarmos à “terceira sistemática”, quando foi alcançada a noção de sistema fechado, através do movimento intelectual da Escola Histórica.

A partir do movimento desta Escola, surgiu o normativismo, que teve em Hans Kelsen um de seus maiores doutrinadores e defensores. Em dado momento da história da humanidade, entretanto, a lógica da teoria pura começou a ser questionada e criticada, momento em que surgiram movimentos em prol de um direito segundo uma ordem de valores.

No Brasil, o advogado, jurista e filósofo Miguel Reale criou a *Teoria Tridimensional do Direito*, mudando totalmente a percepção que tínhamos de direito vigente e válido.

Na Europa, doutrinadores da ordem de Karl Larenz, Josef Esser e Claus-Wilhelm Canaris foram os precursores da teoria sobre o chamado sistema jurídico aberto, como método de inclusão de princípios gerais orientados a partir de valores no sistema jurídico interno.

Com a finalidade de melhor compreender e analisar cientificamente qual modelo de sistema é o mais adequado ao nosso direito, traçaremos as principais características dos sistemas externo, interno, fechado e aberto, além do sistema móvel, na concepção de Walter Wilburg.

Considerando que a abertura e a mobilidade do sistema se tornam possíveis através de técnicas legislativas que permitem o ingresso de princípios valorativos, máximas de conduta, diretivas econômicas e sociais dirigidas às partes e aos operadores do direito, entendemos importante conceituar e traçar as principais distinções entre as cláusulas gerais, os princípios, os conceitos indeterminados e os conceitos determinados.

A partir da Constituição Federal de 1988, que instituiu um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, surgiu um novo paradigma para o direito, e em especial para o direito civil.

Seguiremos, depois, para a evolução histórica da boa-fé no direito brasileiro, até chegarmos ao modelo atual de sistema implantado pelo Código Civil de 2002, que teve Miguel Reale como um dos redatores, em companhia de Clóvis do Couto e Silva e diversos outros doutrinadores de importância inegável, que estruturaram o Código Civil de acordo com os valores da eticidade, da socialidade e da operabilidade.

Nessa seara, o princípio da boa-fé foi um dos mais relevantes princípios que serviram como fundamento à estrutura do Código Civil. Diversos dispositivos do Código foram estruturados com fundamento na boa-fé objetiva, através da valoração do comportamento das partes. Em muitos desses dispositivos, não há o uso do conceito indeterminado boa-fé, no entanto, durante todo o Código, verificamos sua forte presença, a partir da necessidade de observância da lealdade, da probidade, da eticidade nas relações, a exemplo do que verificamos no instituto da vedação do enriquecimento indevido, na teoria das invalidades, nos deveres de não lesar, de reparar o dano, nos deveres anexos, tais como o dever de informação, da vedação de obtenção de vantagem excessiva em detrimento do *alter*, todos conceitos fundamentados a partir do princípio da boa-fé objetiva.

Teremos a oportunidade de constatar se a boa-fé objetiva é elemento de existência ou de validade do negócio jurídico.

Analisaremos os três principais dispositivos do Código Civil que, através da boa-fé objetiva, orientaram a nova sistemática, quais sejam, os artigos 113 e suas alterações introduzidas pela Lei da Liberdade Econômica, os artigos 187 e 422. Com isso, conseqüentemente, analisaremos a tríplice funcionalidade da boa-fé, ou seja, sua função interpretativa, integrativa e de controle.

Enfim, partiremos para a imprescindível análise acerca do espaço, das consequências e dos limites do chamado “ativismo judicial”.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A fim de possibilitar a abordagem científica acerca do tema proposto, torna-se imperioso entendermos como os conceitos e os efeitos da boa-fé surgiram no direito brasileiro, assim como no direito estrangeiro. Para tanto, passaremos pelos períodos abrangidos pelas chamadas primeira, segunda e terceira sistemáticas.

A primeira ideia de boa-fé no direito privado surgiu em Roma, em meados de 305 d.C., durante o chamado período clássico, quando então, falava-se em *fides*.

Importante ressaltar que, durante o período clássico, a experiência jurídica estava ligada à *práxis*, e não havia qualquer preocupação com a construção sistemática.

O movimento pela chamada primeira sistemática começou a surgir no final da Idade Média e início da Idade Moderna.

A partir do século XVI, a *bona fides* passou a ser utilizada nas relações contratuais, e tinha por objetivo vincular as partes ao real conteúdo dos contratos, protegendo, desde então, a confiança depositada por cada uma delas no momento da realização do negócio jurídico.

Embora durante o século XVI, em Roma, já se falasse em *bona fides*, foi o Código Civil alemão o precursor da introdução do princípio da boa-fé objetiva no direito positivado.

No ano de 1900, o Código Civil alemão, o chamado BGB<sup>1</sup>, passou a vigorar, construído através das orientações jurisprudenciais dos Tribunais da Alemanha.

No Código Civil alemão, construiu-se a teoria da boa-fé objetiva, após o episódio da hiperinflação alemã, e, após o término da Segunda Guerra Mundial. Segundo a teoria, a boa-fé foi tida como um princípio geral, e não como uma norma.

Após a introdução do princípio da boa-fé objetiva no Código Civil alemão, outras legislações passaram a utilizar e a difundir o conceito da boa-fé objetiva, dentre eles Itália, França e Portugal.

A origem da ideia de sistema no direito civil positivo brasileiro deu-se através da obra codificatória de Augusto Teixeira de Freitas, que não fazia qualquer menção ao princípio da boa-fé objetiva.

O Código Civil de Clóvis Beviláqua, que passou a ter vigência em 1917, teve influência do centralismo, do sistema fechado, ou seja, preocupou-se com a segurança jurídica e não abriu espaço para cláusulas gerais. Desta forma, também não fazia qualquer menção ao princípio ou cláusula geral da boa-fé objetiva.

---

<sup>1</sup> Código Civil Alemão “Bürgerliches Gesetzbuch-BGB”.

A Constituição Federal de 1988, implicitamente, resguardou o princípio em testilha, ao dispor acerca do respeito da dignidade humana (artigo 1º, III) e de uma sociedade justa, livre, solidária e igualitária (artigos 3º, I e 170).

O princípio da boa-fé objetiva, no direito brasileiro, fora introduzido e positivado, com a publicação do Código de Defesa do Consumidor, especificamente seu artigo 4º, III, no ordenamento jurídico. No que tange especificamente ao direito civil brasileiro, o princípio da boa-fé objetiva fora incluído no Código Civil de 2002.

Com o ingresso do princípio em questão, o direito civil brasileiro sofreu importantes modificações, visto que a nova sistemática procurou atender ao direito social, à nova realidade contemporânea, à dignidade da pessoa humana, à igualdade, de maneira a se adequar aos preceitos constitucionais da Carta Magna de 1988.

Adiante, veremos de que maneira ocorreram profundas mudanças no direito europeu e brasileiro, até chegarmos à atual sistemática e ao conceito contemporâneo de boa-fé objetiva.

## 2.1 Evolução histórica da boa-fé – do direito antigo ao período da Idade Média

A noção de boa-fé nasceu com o mundo romano. A *fides* romana, portanto, constitui base para o conceito de boa-fé nos demais sistemas que a adotaram e foi um fenômeno frequente nas origens do direito romano, cuja história pode ser dividida em períodos. Parece-nos que a delimitação dos períodos na forma descrita por José Carlos Moreira, em sua obra *Direito Romano*<sup>2</sup>, faz grande sentido.

Das várias divisões possíveis, os períodos podem ser apresentados em três fases: 1ª – a do direito antigo ou pré-clássico (das origens de Roma à Lei Aebutia, de data incerta, compreendida aproximadamente entre 149 e 126 a.C.); 2ª – a do direito clássico (daí ao término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C.; o período áureo dessa época vai de 96 a 235 d.C.); e 3ª – a do direito pós-clássico ou romano-helênico (dessa data à morte de Justiniano, em 565 d.C. – dá-se, porém, a designação de direito justinianeu ao vigente na época em que reinou Justiniano, de 527 a 565 d.C.)<sup>3</sup>.

A época arcaica, também chamada de período pré-clássico do direito romano, foi marcada pela mistura entre direito, moral e religião, já que os sacerdotes pontífices<sup>4</sup> eram os juristas aplicadores do direito.

<sup>2</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

<sup>3</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 56.

<sup>4</sup> Sacerdotes da religião romana, pertencente a Roma Antiga.

Foi neste período que surgiu o *ius civile*, constituído de normas costumeiras, aplicadas às relações exclusivamente entre os romanos, e a criação da magistratura do *praetor peregrino*, ou seja, o juiz, na figura dos sacerdotes pontífices. Nasceram, também, os conceitos formais básicos do direito romano, formado a partir das normas costumeiras e dos preceitos da Lei das XII Tábuas.

Partindo das “normas costumeiras e dos preceitos da Lei das XII Tábuas, os jurisconsultos romanos, com o emprego de técnicas jurídicas (assim, a ficção, a analogia, a interpretação puramente literal) vão, de certa forma, criando direito”, através da jurisprudência<sup>5</sup>.

No período clássico, os romanos viram a necessidade de disciplinar as relações entre os romanos e os estrangeiros (peregrinos), já que Roma era um centro comercial no qual passavam diversos estrangeiros. Surge, então, a figura do pretor peregrino.

Neste período foi criada a Lei Aebutia – na qual irá se desenvolver o *ius gentium*, aplicável indistintamente a estrangeiros e romanos, e constituído de princípios advindos de usos e costumes comerciais e sancionados, no Edito, pelo pretor peregrino.

Fundando-se em praxes do comércio internacional, era o *ius gentium* informado por concepções radicalmente opostas às do *ius civile*: ao formalismo e materialismo deste contrapunha-se aquele sancionando atos praticados sem a observância de formalidades, e respeitando a boa-fé (*fides*), ou seja, a lealdade à palavra empenhada. A pouco e pouco, os princípios constantes do Edito do pretor peregrino vão sendo acolhidos pelo pretor urbano, que os aplica a litígios apenas entre romanos; e, posteriormente, passam a integrar o próprio *ius civile*, que, assim, vai perdendo suas características primitivas<sup>6</sup>.

Assim, ao lado do *ius civile*, firma-se o *ius honorarium* ou *praetorium*.

O *ius honorarium* ou *praetorium* (pretor urbano) passa a proteger situações novas, tutelando atos praticados, sem a observância do formalismo da *ius civile*, atentando para a vontade das partes.

Nota-se que no período pré-clássico, as normas jurídicas decorriam dos costumes e da interpretação dos juristas; no período clássico, do pretor urbano, que não se apegava ao formalismo do *ius civile* e atentava-se para a vontade das partes. Posteriormente, no período pós-clássico, o direito passou a ser elaborado pelo Estado, que se posicionou de forma mais atuante.

António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro refere-se em sua obra a três espécies de *fides* primitiva no direito romano: a *fides-sacra*, a *fides-facto* e a *fides-ética*.

<sup>5</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

<sup>6</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 56.

A *fides-sacra* está documentada em latitudes diversas: na Lei das XII Tábuas, ao cominar sanção religiosa contra o patrão que defraudasse a *fides* do cliente; no culto da deusa Fides, centrado na sua mão direita, símbolo da entrega e da lealdade; na análise dos poderes extensos atribuídos ao *pater* e nas fórmulas iniciais da sua limitação.

A *fides-facto*, assim dita por se apresentar despida de conotações religiosas ou morais, ficou a dever-se a Fraenkel, que a reconduz à noção de garantia, associada a alguns institutos, como o da clientela.

A *fides-ética*, a cuja concepção ficou ligado Heinze, parte, na leitura deste autor, da tese de Fraenkel. Simplesmente, desde o momento em que a “garantia” expressa pela *fides* passou a residir na qualidade de uma pessoa, teria ganho uma coloração moral. Mais do que um mero *facto*, sintoma de um desenvolvimento conceptual incipiente, a *fides* implicaria o sentido de dever, ainda quando não recebida pelo Direito<sup>7</sup>.

Nota-se que a *fides*, inicialmente, tem conotação religiosa, e ao final, com a *fides-ética*, ganhou conotação moral. Concretamente, a *fides* era aplicada em duas situações distintas: nas relações internas, entre os cidadãos de Roma, e nas relações externas, do povo romano com outros povos.

A *fides-sacra*, primeira a ser registrada, pressupunha o dever de lealdade e de obediência por parte da clientela, em troca da proteção do patrão – este, por sua vez, tinha o poder de direção, enquanto o cliente exercia o dever de obediência e de lealdade.

À época, a estrutura social de Roma dividia seus cidadãos entre patrícios, clientes e plebeus. O patrício era o chefe de família, aquele que detinha o poder de direção, cuja família estava inserida no “culto doméstico”<sup>8</sup>; a plebe era formada por pessoas estrangeiras, ou, por pessoas que não integravam o “culto doméstico” e que “ficavam à margem de um ordenamento jurídico baseado na religião dos lares ou antepassados”<sup>9</sup>. Formavam a clientela os dependentes, servos dos patrícios, aos quais deviam respeito, abnegação e lealdade. O cliente deveria confiar na ligação moral mantida com seu patrão, visto que essa era sua única garantia de proteção.

A *fides-promessa* refletia-se no âmbito contratual, tanto nas relações internas, quanto nas relações externas, e se concretizava através da “lealdade à palavra dada”, sintetizando-se como ato promissório de garantia e de sujeição<sup>10</sup>, na “adstrição à palavra dada”<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 55-56.

<sup>8</sup> DE CICCIO, Cláudio. **História do direito e do pensamento jurídico**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 69.

<sup>9</sup> DE CICCIO, Cláudio. **História do direito e do pensamento jurídico**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 70.

<sup>10</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 63.

<sup>11</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 67.

Muitos plebeus se tornaram clientes, contudo, alguns uniram-se ao Rei Tarquíno, levando os nobres (patrícios) a proclamarem a República e tornando frequentes as uniões entre patrícios e plebeus<sup>12</sup>.

Os plebeus passaram, então, a exigir maior participação na cidade patrícia, igualdade civil, política e religiosa. “O direito tornou-se público e conhecido. Não mais se concebia a lei de caráter privado, proveniente do culto de uma família. O direito dos indivíduos passou a ser considerado ‘concessão do Estado’. [...] O direito costumeiro cedeu lugar à lei escrita”<sup>13</sup>.

Com essas alterações, o caráter sagrado da lei perdeu seu espaço. Nas relações externas, a proteção nos negócios era assegurada pela “pública fé”, ou seja, sobre a fé que liga a coletividade ao respeito das convenções livremente pactuadas<sup>14</sup>.

No entanto, segundo afirma António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, a evolução da *fides* externa seria o inverso do ocorrido com a *fides* interna, e serviu para corporizar juridicamente a expansão romana, em detrimento dos outros povos, já que o Estado vencido teria sua personalidade jurídica anulada, sujeitando-se ao poder do vencedor<sup>15</sup>. A *fides* traduz o poder discricionário do Estado imperial<sup>16</sup> presente em Roma. É o que se verifica no primeiro tratado entre Roma e Cartago:

O Tratado Roma-Cartago indica que a *fides* era considerada como núcleo normativo, seja dos tratados entre cidades, seja dos contratos de direito privado, o que, em última análise, deixa entrever que já no mundo romano a diferença entre os contratos de direito internacional e os de direito privado interno não residia na estrutura de ambos, mas no diverso mecanismo protetivo que é próprio de cada um deles. Os primeiros adquiriam a coercibilidade própria da garantia estatal em razão de um fator externo aos contraentes, qual seja a autoridade do Estado que firmava o tratado, enquanto os segundos adquiriam esta qualidade já por si, isto é, em sede anterior àquela configurada pela autoridade do Estado<sup>17</sup>.

De todo o exposto, denota-se que a *fides* indicava a ideia de fidelidade ao que havia sido pactuado. A *fides* perdeu força, já que tinha “o sentido que lhe deu o Cristianismo: fé”<sup>18</sup>.

Portanto, passou-se da *fides* à *fides bona* e à *bona fides*. “O trânsito da *fides* à *fides bona* operou a partir de um mesmo núcleo semântico substancial (qual seja, lealdade à palavra

<sup>12</sup> DE CICCO, Cláudio. **História do direito e do pensamento jurídico**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 70.

<sup>13</sup> DE CICCO, Cláudio. **História do direito e do pensamento jurídico**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 71.

<sup>14</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 58.

<sup>15</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 64-65.

<sup>16</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 68.

<sup>17</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p. 113.

<sup>18</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 62.

dada por parte de quem é titular da *fides*), cujo ponto de deslizamento reside, precisamente, nas relações creditícias, internacionais e internas”<sup>19</sup>.

Segundo António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, a intenção presente na *fides* passou a estar acompanhada do adjetivo *bona*<sup>20</sup>. Importa, então, entender porquê ocorreu esse processo de transição da *fides* para a *fides bona*. O chamado esquema processual romano, quando então se operava a *fides*, era um sistema rígido, totalmente formal, consubstanciado, segundo o autor, em cinco ações, possíveis pelo Estado:

*sacramentum*, com aplicação mais geral, *per iudicis arbitrive postulationem*, para divisão de herança e obrigações *ex stipulatione*, *per conditionem*, para condenação em débitos certos e na restituição de coisa certa, *per manus iniunctionem*, para execução de obrigações dentro do esquema da responsabilidade pessoal, e *per pignoris capionem*, em certos casos restritos de responsabilidade patrimonial, já admitida<sup>21</sup>.

Nota-se que o esquema processual romano, ou seja, as ações do Estado, viabilizavam a composição de uma margem estreita de litígios, que eram incapazes de corresponder à evolução económico social subsequente à expansão territorial<sup>22</sup>.

Portanto, existiam relações, fossem elas internas ou externas, que o Estado não podia proteger processualmente, uma vez que despidos de formalidade, impossibilitando a chamada *actio*, que tinha carácter de juridicidade.

Paolo Frezza assim conceitua *bona fides*:

É uma *fides* que constringe a quem prometeu a manter sua promessa não segundo a letra, mas segundo o espírito; não tendo em vista o texto da fórmula promissória, mas o próprio organismo contratual posto em si mesmo: não seguindo um valor normativo externo ao negócio concretamente posto em si (o contexto verbal da promessa), mas fazendo do próprio concreto intento negocial a medida da responsabilidade daqueles que a fizeram nascer<sup>23</sup>.

Ambos os autores distinguem claramente entre a *fides*, que atuava nas relações entre os privados, como elemento essencial de conteúdo dos contratos, pressionando as partes a ter no ajuste o conteúdo concreto e claro dos interesses, com a finalidade de vincular os contraentes ao adimplemento das obrigações. Já a *bona fides* atua como “a força que produz

<sup>19</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 62.

<sup>20</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 73.

<sup>21</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 71.

<sup>22</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017.

<sup>23</sup> FREZZA *apud* COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado: sistema e tónica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999.

ao mesmo tempo a definição da estrutura negocial e a configuração da responsabilidade dos contraentes”<sup>24</sup>.

O início do período clássico, que marca o fim do período arcaico, põe fim à *bonas fides* para dar início à *bonae fidei iudicia*. Através do direito pretoriano, criou-se o *bonae fidei iudicia*, que deu início ao uso da jurisdição.

No direito pretoriano,

uma das principais consequências do processo de igualdade entre patrícios e plebeus foi a perda do monopólio da aplicação da justiça por parte da classe patrícia e o aparecimento de um magistrado encarregado de tal função: o pretor, mesmo plebeu [...] Desde o ano de 366 a.C., o pretor se tornou um juiz equivalente<sup>25</sup>.

No direito romano clássico havia uma clara distinção entre jurisdição e judicção.

Através da jurisdição, o pretor ordenava todo um trâmite, que se fundava no reconhecimento concreto de ações. Assim, o demandante comparecia perante o pretor, com seu caso concreto, cabendo a ele formalizar as controvérsias, e após apresentar a contestação (*litis contestio*), fixar seus termos através de um documento chamado fórmula, modelo ou tipo<sup>26</sup>. Esta fórmula deveria se ajustar a um dos “esquemas” oferecidos pelo Edito para cada tipo de demanda, ou seja, todo direito estava concentrado em ações com fórmulas típicas.

Cada fórmula era dirigida pelo pretor (magistrado que ordenava o trâmite) ao juiz privado, portanto, as fórmulas indicadas pelos pretores (magistrados) dotados de jurisdição eram julgadas por juízes privados, dotados de judicção. O juiz privado, provocado pelo trâmite ordenado pelo pretor, emitia sua opinião conforme o *ius*<sup>27</sup> no caso concreto.

Esse processo formulário, baseado nas fórmulas, foi oficializado através da *Lex Aebutia* (130 a.c), que não revogou expressamente as cinco ações (*actiones in odium venerunt*) acima citadas, mas, como dissemos, considerando que essas ações viabilizavam uma margem estreita de litígios, caíram em desuso.

Referidas fórmulas poderiam ter duas origens: conforme se ajustasse a um *in ius conceptae*, ou seja, em um *ius civile*, uma *lex* de direito civil, ou, no chamado *factum conceptae*, quando a pretensão não se encaixava em nenhuma *ius civile*. Portanto, as ações *in ius conceptae* tinham como fundamento uma *lex civile*, enquanto as chamadas *actiones honorarie* fundavam-se apenas nos fatos, no *imperium* do pretor.

<sup>24</sup> FREZZA *apud* COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999.

<sup>25</sup> DE CICCO, Cláudio. **História do direito e do pensamento jurídico**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 72.

<sup>26</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 118.

<sup>27</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 118.

Acerca da *bona fidei iudicium* ensina Judith Martins Costa:

É justamente aqui que se embricam os *bonae fidei iudicium*: estes consistiam em um procedimento perante o juiz no qual o demandante apresentava uma fórmula especial – embora postulando *actiones in ius conceptae* – na qual, não podendo demonstrar uma *intentio* baseada na *lex*, a fundava na *fides*, ordenando então o pretor que o juiz sentenciasse conforme os ditados da boa-fé. Esta fórmula especial, denominada *opertet ex fides bona*, era alegada pelos *bonae fidei iudicia*, isto é, os que postulando *actiones in ius conceptae*, não tinham uma *intentio* baseada em texto expresso de lei, mas apenas na alegação da *fides bona*<sup>28</sup>. Era, pois, uma *intentio* que recaía sobre um *incetu*”, carecendo, pois, da *demonstratio*<sup>29</sup>.

Paolo Frezza afirma que “este campo vem demarcado pelos contratos consensuais, dentre os quais a compra e venda, a locação e a sociedade”<sup>30</sup>, os quais em regra não encontram sua validade na formalidade.

Emilio Betti ensina com clareza como a iniciativa privada se manifesta, como os negócios jurídicos têm nascimento nas próprias relações entre os privados, de forma espontânea, em razão das necessidades, autorregulamentando seus próprios interesses independentemente da tutela do Estado<sup>31</sup>. Segundo ele, nos casos em que não exista ordem jurídica que regule o negócio jurídico, sua vinculação está exatamente “na consciência daqueles que o realizam”<sup>32</sup>.

Com efeito, diante da informalidade existente nas relações internas e/ou externas presentes em Roma, e que impossibilitavam à época a chamada *actio* do Estado, oportuna a lição do autor, que tem evidentemente a finalidade de justificar referido fenômeno:

Pense-se, por outro lado, nos contratos destinados a desempenhar funções comutativas de mercadorias ou de serviços (como a compra e venda e a locação, nas suas diversas formas), ou tendo fins de cooperação (como a sociedade e o mandato). É costume eles germinarem na vida social, sem necessidade de qualquer tutela por parte do direito. Só depois de eles terem atingido um certo grau de desenvolvimento, e terem suportado o exame da prática, a ordem jurídica, partindo de valorações gerais de contingente oportunidade, lhes garante os efeitos, com as sanções que lhe são próprias. Enquanto não sobrevenham essas sanções, eles são praticados, no comércio, sob a simples tutela do costume e da correção. Só a boa-fé, ao observar na prática dos negócios, impõe de início, o respeito da palavra dada, atribuindo a esta um valor vinculativo da consideração social<sup>33</sup>. A boa-fé continua a ser o sumo critério de valoração das obrigações contratuais recíprocas, mesmo depois de ter sobrevindo a sanção do direito<sup>34</sup>.

<sup>28</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, pp. 120-121.

<sup>29</sup> GAIO *apud* COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999.

<sup>30</sup> FREZZA *apud* COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999.

<sup>31</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda, 2008, p. 74.

<sup>32</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda, 2008, p. 75.

<sup>33</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda, 2008, p. 75.

<sup>34</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda, 2008, p. 76.

António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro cita fórmulas surgidas no período clássico, com base em *actiones in ius conceptae*, que tinham intenção assente na boa-fé, como por exemplo as *actios* (fórmulas) das instituições de Cícero, que cita como *bonae fidei iudicia* as *actions* de tutela, sociedade, fidúcia, mandato, compra, venda, condução e locação<sup>35</sup>. Menciona, ainda, as *actios* de Gaius, como compra, venda, locação, condução, gestão de negócios, mandato, depósito, fidúcia, sociedade, tutela e *rei uxoriae*<sup>36</sup>. Portanto, os contratos de natureza consensual, tais como os conhecemos hoje, têm origem nas ações das *bona fidei iudicia*.

Outros institutos concretos também foram criados, por pretores, com base na *bona fidei*, institutos estes que formaram os grandes princípios da ordem jurídica<sup>37</sup>. Como institutos de grande importância trazemos a *exceptio doli* e o *dolus malus*, através do qual “uma parte prometia à outra, quando da celebração de um contrato, que não existiria nela qualquer *dolus malus*”<sup>38</sup>. Ambos os institutos foram criados por Marcus Tullius Cícero, através de seu Tratado De Officiis<sup>39</sup> (44 a. C), nos finais da República.

António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, ainda valendo-se dos estudos de Cícero, traz a informação de que a expressão *fides bona* foi criada por este, com a evolução dos textos jurídicos publicados em seu Tratado De Officiis, visando “nominar realidades novas”<sup>40</sup>, uma “fórmula mais recente e técnica”<sup>41</sup>, mas com o mesmo sentido: “Cícero não iria, num espelho textual tão curto e sendo, para mais jurista experimentado, trocar o sentido e a redação duma fórmula; ele retrata, sim, uma evolução”<sup>42</sup>.

Os *bona fidei iudicia*, na aceção de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, limitaram-se a introduzir, paulatinamente, certo número de expedientes simples e concretos, no sistema do direito romano, dando-se, portanto, maior liberdade e amplitude nas decisões dos juízes, que poderiam decidir de acordo com o caso concreto. No entanto, isso não significa que havia um “reconhecimento implícito da equivalência das prestações”, a *bona-*

<sup>35</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 73.

<sup>36</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 74.

<sup>37</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 75.

<sup>38</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 85.

<sup>39</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017.

<sup>40</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 101.

<sup>41</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 103.

<sup>42</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017.

*fides* não era “norma de conduta correta” e “funcionalidade das obrigações”, o que surgiu muito depois<sup>43</sup>.

Assim, a *bona fides*, formalizada através das fórmulas da *bona fidei iudicia*, “significava a fidelidade à palavra dada, com o dever de cumprimento da promessa, o que fazia com que surgissem efeitos jurídicos e fosse possível a ação no caso de certos contratos que não eram reconhecidos pelo *ius civile*”<sup>44</sup>.

Nota-se que, a partir da *bona fides*, os contratos no direito romano, que até então só eram válidos quando pautados de formalidade, passaram a ter validade em razão da palavra dada, da confiança, do consenso firmado entre as partes, independentemente de formalismo, de previsão no ordenamento ou de fórmula existente na *ius civile*. A boa-fé até então relatada, nada mais era do que expressão de confiança, de confiança à palavra dada, bem como ao conteúdo dos contratos, protegendo a intenção negocial das partes.

Neste período, o direito e a moral estavam totalmente dissociados. Portanto, o juiz não se utilizava de critérios éticos, sociais ou de equidade em suas decisões. “A operação inversa – partir de construções éticas ou similares para alcançar soluções reais – só é possível através de laboriosos sistemas filosóficos”, e o direito romano era totalmente adverso a menções, referências às outras ciências<sup>45</sup>.

Ainda no período clássico, a *bona fides* no âmbito dos direitos reais, tinha significado diverso da *bona fides* no âmbito do direito das obrigações.

A *bonae fidei possessio* designava um dos requisitos da *usucapio*, e tinha sentido de ignorância por parte do possuidor, do vício ocorrido na transmissão do direito real. Tratava-se de um elemento psicológico, privado de conotações éticas<sup>46</sup>.

Segundo António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, esse fenômeno deu início à chamada difusão horizontal da *bona fides*, introduzindo-se em outros institutos, como no casamento, sempre com sentido de ignorância, perdendo-se as conexões com os institutos jurídicos concretos, com as normas jurídicas, o que levaria ao fenômeno da difusão vertical e, depois, à diluição da *bona fides*<sup>47</sup>.

Ao lado da difusão horizontal ocorreu a difusão vertical, na qual a *bona fides*

<sup>43</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 89.

<sup>44</sup> DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos atos próprios**: elementos de identificação e cotejo com institutos assemelhados. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2006.

<sup>45</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 81.

<sup>46</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 113.

<sup>47</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017,

não se transmuda para outro setor, mas, no próprio interior do direito das obrigações, mescla-se com a *aequitas*, comando de interpretação dirigido ao juiz, refletindo, então, a conotação de “justiça concreta” que viria, modernamente, a qualificar uma das acepções do princípio da boa-fé. Estes significados “diluídos” é que foram recebidos na compilação *justinianeia*, para ser, séculos mais tarde, lidos, interpretados, aplicados e transformados pelos juristas da primeira sistemática<sup>48</sup>.

Os fenômenos da difusão horizontal, difusão vertical e diluição da *bona fides* ocorreram já no período pós-clássico (284 a 565 d.C), última fase do direito romano, no qual houve o advento de Justiniano para governar o Império. “Em 529 iniciou-se a revisão do direito antigo (*jus anticum*), conforme os comentários de Papiniano, Gaio, Modestino e Ulpiano, céleres advogados romanos”. A compilação de comentários formada por esses juristas gerou o *Digesto* ou *Pandectas*, acompanhado de um manual de ensino para estudantes chamado *Institutas*<sup>49</sup>.

Em 534, chegam ao fim esses estudos acerca do direito romano antigo<sup>50</sup>.

O conjunto de leis posteriores foi promulgado por Justiniano. Eram as chamadas “Novas Leis” ou “Novelas”, que com a reestruturação de Savigny, da Escola Histórica Alemã, e Contardo Ferrini, da Escola Italiana de Direito Romano, serviu de base para os Códigos Civil e Penal da maior parte dos países ocidentais<sup>51</sup>.

Em Justinianus, a boa-fé adquiriu um conceito diluído, que passou a ser utilizado para traduzir “situações jurídicas diferentes, e ainda, para expressar princípios gerais, sem separação clara de outros princípios; está em toda a parte e, quando isolado, pouco quer dizer”<sup>52</sup>.

O Império de Justiniano já era fortemente influenciado pelo cristianismo. Para ele, “Roma continuava sendo o centro do mundo católico”<sup>53</sup> e, juntamente com Santo Agostinho, fazia campanha em prol do legado romano e cristão no Ocidente.

O governo de Justiniano foi, então, prejudicado pelos ataques bárbaros, que destruíram o Império Romano Ocidental. Justiniano abandonou Roma. Em seguida, houve a queda do Império Romano e o início da Idade Média.

O cristianismo, então, ganha força através do filósofo Santo Agostinho.

No âmbito do direito canônico, a boa-fé (*bona fides* canônica) estava ligada à ausência de pecado, em estado contraposto à má-fé, portanto, tinha sentido totalmente subjetivo.

<sup>48</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p. 124.

<sup>49</sup> DE CICCO, Cláudio. **História do direito e do pensamento jurídico**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 84.

<sup>50</sup> DE CICCO, Cláudio. **História do direito e do pensamento jurídico**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 84.

<sup>51</sup> DE CICCO, Cláudio. **História do direito e do pensamento jurídico**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 84.

<sup>52</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 128.

<sup>53</sup> DE CICCO, Cláudio. **História do direito e do pensamento jurídico**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 90.

A Igreja formalizou seus textos jurídicos através do *Corpus Iuris Canonici*, que deu atenção especial à boa-fé em sede de prescrição, ou seja, no âmbito da posse, para fins de usucapião. A boa-fé, no direito canônico, perdeu o sentido técnico adquirido no direito romano.

No âmbito do direito canônico houve alteração também do sentido da *bona fides* nos chamados *nude pacta*, ou seja, nos contratos consensuais, que ganharam força a partir das fórmulas pretorianas, mas que no direito canônico recebeu sentido diverso, de princípio geral regulador das obrigações.

António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro utiliza-se das lições de Francesco Ruffini, em sua obra *La buona fede in materia di prescrizione*, para explicar as diferenças entre a *bona fides* romana e a *bona fides* canônica:

Este fenómeno, conjuntamente com a evolução ocorrida no seio do próprio *Corpus Iuris Canonici*, no tocante à *bona fides* prescricional, habilitaria à contraposição que segue. No Direito romano, a boa-fé apareceria com um conceito e um alcance substancialmente diferentes, consoante aplicada às obrigações ou à posse: nas primeiras, opondo-se a *fraus* e *dolus*, traduziria as ideias de honestidade, fidelidade e conscienciosidade; na segunda, contracenando com a má fé, expressaria, apenas, uma ignorância justificada. No Direito canônico, pelo contrário, teria ocorrido uma velha aspiração dos estudiosos da boa-fé: a sua unificação conceptual. Na linha dos valores próprios do Direito da Igreja, a boa-fé dependeria sempre da consideração do pecado: na *praescriptio*, a *mala fides superveniens*, traduzindo uma situação de *scientia* na constância do direito alheio, corporizaria um factor de *conscientia*, obstáculo ao seu funcionamento; por isso foi alterado o brocado romano *mala fides superveniens non nocet*. Nos *nude pacta*, a ideia de pecado teria sido também decisiva: o respeito pela palavra dada impõe-se, sob pena de violação dos valores transcendentais.

Em qualquer caso, a boa-fé canônica traduziria, perante determinadas situações, a ausência de pecado<sup>54</sup>.

Portanto, a regra *mala fides superveniens nocet* foi criada pelo próprio direito canônico, também com a finalidade de dificultar a prescrição. Ocorre que a prescrição passou a atuar, além do direito privado, também no direito público, e os bens da própria Igreja começaram a ser atingidos.

Como ensina o autor, o verdadeiro sentido do direito canônico deve ser entendido no âmbito geral do direito da igreja. Visando explicar o real e verdadeiro sentido da Igreja, e consequentemente seus reflexos para o direito, afirma que “a Igreja não é deste mundo, mas vive neste Mundo, com incidência particular no direito – o direito canônico não esquece sua justificação transcendental, sob pena de perder as características próprias”<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> RUFFINI *apud* CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 153-154.

<sup>55</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 158.

Desta feita, o direito canônico trouxe novo aspecto à boa-fé, totalmente contrário ao sentido técnico do direito romano, trouxe ao direito “uma eticização geral”, uma “dimensão axiológica”<sup>56</sup>, a ser entendida dentro do pensamento cristão, ou seja, sempre com ausência de pecado.

Para António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, a boa-fé “desapareceria, na prática, do direito das obrigações, donde é originária”. A boa-fé transcrita por Justiniano no *Corpus Iuris Civilis* era totalmente vazia de conteúdo substancial, adquirindo um caráter totalmente subjetivo.

Tanto o Brasil quanto a Alemanha sofreram a influência do direito romano.

No entanto, a boa-fé obrigacional, proveniente da cultura germânica, tem conotação totalmente diversa daquela que marcou o direito romano e o direito canônico. É justamente a cultura germânica, que introduziu no sistema da boa-fé um conjunto de valores, que influenciará o atual direito brasileiro.

Segundo António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, a boa-fé germânica pode ser entendida a partir dos juramentos de honra dos cavaleiros medievais.

A fórmula *Treu und Glauben* foi inserida pela cultura germânica no universo dos direitos das obrigações; era uma noção mais restrita do que a boa-fé comportaria em seu sentido objetivado. Poderíamos traduzir o termo *Treu* por lealdade e *Glauben*, por crença. Ambas as expressões “reportam-se às qualidades ou estados humanos objetivados”, e são ponto de partida para uma boa-fé especificamente germânica, no sentido contemporâneo.

Somente a partir dos anos de 1940, com os “estudos linguísticos de Pretzel e de Neumann, de 1959, com a tese jurídica de Neselemanne, em 1974, com o estudo aprofundado de Stratz, se delinearía o alcance do perfil da boa-fé germânica, na teoria moderna da boa fé”<sup>57</sup>.

Ao analisar a evolução da boa-fé germânica, a partir do juramento de honra, António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro pondera:

A boa-fé assumiria o conteúdo do juramento de honra, traduzido no dever de garantir a manutenção e o cumprimento da palavra dada. Nesta linha evolutiva, a boa-fé germânica traduziria, ainda, a confiança ou crédito cristalizados em certa pessoa, evoluindo, depois, para a segurança geral, inspirada nessa confiança, estabelecida a nível de comunidade jurídica e, por osmose, para regra de

<sup>56</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 159.

<sup>57</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 163.

comportamento social, necessário ao estabelecimento dessa confiança. No comércio, em especial, revestiria o conteúdo do cumprimento exacto dos deveres assumidos<sup>58</sup>.

Ao final, reproduz a conclusão de Stratz, que considera a boa-fé germânica como dever geral de comportamento no tráfico jurídico, apontando a regra como “obrigação de cumprir exactamente os deveres emergentes do contrato – lealdade contratual – e a necessidade jurídica de ter em conta, no exercício dos direitos, os interesses da outra parte”<sup>59</sup>.

Assim, nota-se que a cultura germânica introduziu no sistema da boa-fé um conjunto de “valores novos, que perduraria até a codificação alemã”<sup>60</sup>, e que influenciaria outras codificações da Europa Ocidental.

## 2.2 A primeira sistemática

Como visto, a experiência jurídica no período clássico estava ligada à práxis, sem preocupação com uma construção sistemática. Foi somente na Idade Média, já penetrando a Idade Moderna, através dos movimentos Renascentista e Humanista, que o movimento pela sistemática começou a surgir.

A Idade Moderna teve início com a tomada de Constantinopla pelos Turcos, em 1453, e fim com a Revolução Francesa, em 1789, quando se iniciou a Idade Contemporânea.

A partir da metade do século XIV, ainda na Idade Média, em especial na Itália e na França, expandindo-se a outros países europeus, o teocentrismo, ou seja, a visão do universo em que Deus ocupa o centro, cedeu lugar ao Humanismo, visão a partir da qual o homem ocupa o centro de todas as coisas. A partir dessa nova concepção, criou-se um espírito individualista e egocentrista: “Essa nova concepção do universo, ou cosmovisão, conduziu a um novo teor de vida e, conseqüentemente, a novas instituições, que substituíram, por vezes violentamente, as antigas. A Idade Média findava; começava a Idade Moderna”<sup>61</sup>.

O Humanismo representou o fim do modelo escolástico, baseado na fé em Jesus, e do raciocínio de Platão e Aristóteles. O Renascimento, por sua vez, rejeitou o espírito da Idade Média, voltando ao ideal de vida clássico da Roma antiga, não pregando o individualismo, mas o naturalismo, e rejeitando a ideia do sobrenatural, tão difundida na Idade Média.

<sup>58</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 176.

<sup>59</sup> STRATZ *apud* CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017.

<sup>60</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 176.

<sup>61</sup> DE CICCIO, Cláudio. **História do direito e do pensamento jurídico**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 147.

Os humanistas contestaram energicamente a compilação Justinianeia e a ciência jurídica medieval, colocaram a pessoa-indivíduo no centro de todas as coisas, e desta forma, foram levados à defesa da liberdade. O início do Humanismo representou, então, o início da chamada primeira sistemática, ou seja, o começo do movimento das codificações.

Em primeiro lugar, esclareceremos brevemente a ideia de sistema – o qual abordaremos com mais detalhes no capítulo seguinte.

Sistema remete, inicialmente, a ideias de conjunto, ordem, coerência e unidade<sup>62</sup>. O Dicionário Aurélio conceitua a palavra como a “reunião dos elementos que, concretos ou abstratos, se interligam de modo a formar um todo organizado”<sup>63</sup>. De acordo com Kant, sistema é um conjunto ordenado de conhecimentos segundo princípios e guiados por esses princípios é possível atingirmos a unidade genérica:

Se considerarmos em todo o seu âmbito os conhecimentos do nosso entendimento, encontramos que a parte de que a razão propriamente dispõe e procura realizar é a sistemática do conhecimento, isto é, o seu encadeamento a partir de um princípio. Esta unidade da razão pressupõe sempre uma idéia, a da forma de um todo do conhecimento que precede o conhecimento determinado das partes e contém as condições para determinar *a priori* o lugar de cada parte e sua relação com as outras. Este último modo de pensar tem, manifestamente, por fundamento um princípio lógico, cuja finalidade é a integridade sistemática de todos os conhecimentos, quando, principiando pelo gênero, desço ao diverso que nele pode estar contido e, desse modo, procuro dar extensão ao sistema. Todo o gênero exige diferentes espécies; estas, por sua vez, diversas subespécies e, como não há nenhuma destas últimas que não tenha, por sua vez, uma esfera (uma extensão como *conceptus communis*), a razão, em toda a sua extensão, exige que nenhuma espécie seja considerada em si como a ínfima, porque sendo um conceito que só contém o que é comum a diversas coisas, esse conceito não é integralmente determinado e não pode, por conseguinte, referir-se imediatamente a um indivíduo e deve, portanto, conter como subordinados outros conceitos, ou seja, subespécies<sup>64</sup>.

Na concepção de Judith Martins Costa, “em termos genéricos, a noção de sistema supõe, portanto, na matéria jurídica, pelo menos a reunião de certos elementos em um conjunto organizado e ordenado e a unitariedade das fontes de sua produção”<sup>65</sup>.

Importante, portanto, entendermos brevemente a diferença entre sistemas externo e interno. Para tanto, utilizamo-nos da conceituação de Judith Martins Costa:

<sup>62</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p. 40.

<sup>63</sup> DICIO. **Dicionário on-line de língua portuguesa**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/sistema/>. Acesso em: 10 out. 2019.

<sup>64</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fredique Morujão. Tradução do original alemão intitulado *Kritik Der Reinen Vernunft*. 5. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 547-553.

<sup>65</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p. 40.

A expressão sistema interno, diversamente, não tem como pressuposto a necessidade de ordenar certos dados caoticamente dispersos. É que o sistema interno já pressupõe a sistematicidade do dado, um discurso não sobre a ciência, mas sobre a matéria, e, enfim, a especificidade do nexa que vincula as particularidades partes da matéria. Dito de outro modo, tem-se que, pressuposta a conexão material entre as normas que compõem certa matéria, não ocorre, bem por isso, a preocupação com a sua ordenação exterior. A conexão resulta das mútuas relações existentes entre os princípios. Fala-se, então, em “sistema imanente”, ou sistema interno, porque a sistematização constituirá, aí, o *terminus a quo* da atividade do jurista. A ordenação traduz tão-só – e automaticamente, se poderia dizer – o resultado da investigação<sup>66</sup>.

Superada a conceituação de sistema, relevante esclarecer que a primeira sistemática desenvolveu uma construção de sistemática externa.

António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro afirma que a sistemática dos humanistas merece o nome de primeira sistemática, uma vez que “quebrou a inércia da ligação estrita aos tópicos dos Digesta” (parte do *Corpus Juris Civilis*, de Justiniano) e “incitou a posteridade na busca de soluções novas”<sup>67</sup>:

[...] os humanistas, na busca das ideias gerais imutáveis a que eram incitados pelo platonismo, na preocupação de subverter a tradição medieval contra quem polemizaram energicamente, na tentativa de contrapor à lógica e à subtileza pontuais uma pedagogia renovada e em consonância com os progressos alcançados nas ciências exactas de que foram contemporâneas, deram ao jurídico, uma arrumação própria<sup>68</sup>.

A primeira sistemática foi de especial importância para a boa-fé, através de dois juristas franceses.

Cuiacius (1522-1590) e Donellus (1527-1591) iniciaram a história moderna da boa-fé e foram expoentes da chamada “jurisprudência elegante”, que se difundiu posteriormente, principalmente pela Alemanha.

Cuiacius trouxe evidência para a boa-fé nos contratos, no entanto, sempre com confusão entre a boa-fé e a *aequitas*. No entanto, no entender de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, sua obra teve importância uma vez que manteve viva a chama da boa-fé, e não a reduziu a mero elemento da usucapião<sup>69</sup>.

Donellus define a boa-fé em termos aparentemente clássicos, aproximando-a da ideia de lealdade, dando uma dimensão normativa à boa-fé possessória. A boa-fé possessória deixou de ser fator psicológico e passou a implicar comportamento correto, com ausência de

<sup>66</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 101.

<sup>67</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 196.

<sup>68</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 195.

<sup>69</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 198.

dolo. No âmbito dos contratos, a boa-fé assumiu aspecto positivo, no sentido de obrigar a prestar à outra parte o que é justo, equitativo, leal e um aspecto negativo, ligado à abstenção de dolo, de fraude, de coação física ou moral<sup>70</sup>. Nota-se que Donellus deu à boa-fé uma ideia unitária, como princípio geral do direito<sup>71</sup>.

Para António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, Donellus foi o grande primeiro sistemático, uma vez que ordenou “os vários tratamentos dispersos pelos Digesta, e referentes ao mesmo tema, eliminando duplicações e tentando harmonizar as discrepâncias”<sup>72</sup>.

Posteriormente, apenas na terceira sistemática, a chamada pandectista, é que a boa-fé voltaria a ser tratada em termos paralelos aos traçados por Donellus.

Os humanistas, portanto, deram início à primeira sistemática, que ainda restava incompleta. No entanto, exerceu importância inegável, posto que através da construção de princípios gerais, eles alavancaram a centralização da sistemática, que seria realizada pelo movimento do jusracionalismo.

Coube ao movimento do jusnaturalismo dar início à segunda sistemática.

A época do jusnaturalismo perdurou por dois séculos, dentre 1600-1800, na qual “a soma de direitos e deveres que resultam da natureza do homem, de si própria, sem que deva interpor-se uma instância humana, seja o Estado, seja outra autoridade humana”<sup>73</sup>, influenciou diretamente a ciência jurídica, a legislação e a jurisprudência na Europa.

O jusracionalismo constitui um curto capítulo das diversas manifestações do jusnaturalismo<sup>74</sup> cujo movimento foi dedicado ao direito privado positivo. Ele libertou a ciência jurídica privada de sua submissão às fontes romanas e às antigas autoridades, abrindo assim, caminho com a sua visão de conjunto, para uma construção sistemática autônoma.

Na lição de Franz Wieacker,

No jusracionalismo médio, os métodos das novas ciências da natureza estendem-se à ética social. Eles transformaram também o homem, como ser social, em objeto de observação e de conhecimento liberto de pressupostos, procurando, assim, as leis naturais da sociedade. O jusracionalismo baseia-se, portanto, numa nova antropologia. O homem aparece, não mais como uma obra divina, eterna e desenhada à semelhança do próprio Deus, mas como um ser natural; a humanidade, não mais (na primeira versão) como participante de um plano divino de salvação ou

<sup>70</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 199.

<sup>71</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017.

<sup>72</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 200.

<sup>73</sup> DAVID, J. *apud* CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017.

<sup>74</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gui Benkian, 1967, p. 280.

(na última) como participante do mundo histórico, mas como elemento de um mundo apreensível através das leis naturais<sup>75</sup>.

No jusracionalismo moderno, o homem aparece como ser dotado de razão, social e carente de auxílio.

O primeiro pressuposto para a emancipação do jusracionalismo foram as guerras religiosas, políticas e coloniais da época. Neste cenário, Grócio criou “o direito das gentes”, a Teoria do Estado e o direito privado, ou seja, o jusracionalismo construiu um direito internacional cogente, funcionando como “a linguagem comum de uma confrontação”.

Uma segunda geração de jusracionalistas, como Hobbes, Espinosa e Pufendorf, elaborou as bases metodológicas do sistema jusracionalista autônomo, combatendo a dependência metodológica da ética social em relação à teologia moral. Com isto, os princípios do direito natural apareceram como leis naturais da sociedade<sup>76</sup>.

Os jusracionalistas da segunda geração tentaram fundamentar a validade do direito através do modelo de um contrato social, ou seja, através da descrição do Estado e do direito positivo a partir do pacto social.

Para Franz Wieacker, o jusracionalismo, como teoria,

liberta finalmente a jurisprudência técnica das autoridades da Idade Média e dá-lhe um sistema interno e um método dogmático específico – a construção a partir de conceitos gerais, como exigência prática, fornece desde logo à crítica do direito, e depois à própria legislação um novo padrão moral<sup>77</sup>.

Portanto, o jusracionalismo, em primeiro lugar, promoveu a libertação da ciência jurídica de sua submissão ao direito romano, em segundo lugar, contribuiu para o início da construção de um sistema interno e fechado, desde Hobbes e Pufendorf, e ainda, fundamentou a “possibilidade lógica da obrigação contratual, da validade do direito e do dever de prestação”<sup>78</sup>.

Com o sistema do jusracionalismo, a ciência jurídica positiva adaptou também a sua construção conceitual. Numa teoria que tinha de se comprovar perante o *forum* da razão através da exatidão matemática das suas premissas, o conceito geral adquiriu uma nova dignidade metodológica. Agora, ele não era já apenas um apoio tópico, um artifício na exegese e harmonização dos textos, mas o símbolo central que exprimia a pretensão de ordenação lógica da ciência jurídica. As últimas fases do jusracionalismo, sobretudo, consideravam que a sua missão consistia numa demonstração das normas jurídicas que aspirasse à evidência lógica da prova matemática, e que consistisse, portanto, numa ininterrupta progressão dos conceitos mais gerais para os mais especiais: uma demonstração *more geometrico*<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gui Benkian, 1967, p. 288.

<sup>76</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gui Benkian, 1967, p. 304.

<sup>77</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gui Benkian, 1967, p. 306.

<sup>78</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gui Benkian, 1967, p. 310.

<sup>79</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gui Benkian, 1967.

No que tange à boa-fé, as teorias desenvolvidas por Grotius ficaram muito aquém das teorias elaboradas por Donellus, mas teve sua importância, em especial pelo fato da boa-fé não ter sido esquecida na evolução posterior (terceira sistemática).

Para António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, “da boa-fé Grotius faz uso muito largo”, isolando-se cinco tópicos diferentes: “entre aliados, como fase do contrato, perante o inimigo, no exercício dos direitos e como fundamento do direito internacional”<sup>80</sup>.

Nestes cinco tópicos havia uma gradação, ou seja, “a *fides* seria mais intensa entre membros de uma comunidade do que entre estranhos, situando-se, no topo, a *fides* entre as partes num contrato”<sup>81</sup>, como respeito pela palavra dada.

Na concepção de Thomas Hobbes, a lealdade aos contratos se impõe, sob pena de se tornarem inúteis à manutenção da paz.

Para Pufendorf, a base da celebração do contrato está na liberdade das partes, e uma vez celebrado, a natureza social do homem exige sua estrita observância. Na usucapião, a boa-fé aparece como fator subjetivo de crença da transferência do domínio, e “aparece na distinção entre contratos *bonae fidei* e *stricti iuris* conferindo, nos primeiros, ao juiz um poder *arbitrandi* e *aestimandi* às consequências de sua violação”<sup>82</sup>.

O jusracionalismo influenciou a cultura jurídica de vários países da Europa. Dentre eles, destacam-se a Alemanha e a França.

Na Alemanha, o jusracionalismo teve influência através das reformas do direito positivo, contudo, de forma autoritária. Na França, o jusracionalismo também fundamentou o Estado moderno e a nova ordem jurídica, no entanto, diversamente do ocorrido na Alemanha, não foi imposto de forma autoritária, mas representou o modo de pensar das camadas, originando a ideia de liberdade.

### 2.3 A segunda sistemática

O jusracionalismo deu início a uma primeira grande onda de codificações modernas, primeiro nos estados do centro e do sul da Europa, e depois na Europa Ocidental.

Em 1804, o *Code Civil* de Napoleão também nasceu das teorias jusracionalistas.

<sup>80</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 214-215.

<sup>81</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 215.

<sup>82</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 222-223.

O Código de Napoleão é considerado o ponto alto da segunda sistemática, e surgiu após a Revolução Francesa do século XVIII, durante a Revolução Industrial, representando a luta pelos ideais igualitários.

Para Cláudio De Cicco, no *Code Civil*<sup>83</sup> restou o individualismo da “liberdade” da Revolução, já que a liberdade, em sua realização concreta, não era para todos. “Foi o Consulado e depois o Império autoritário e centralista, de fazer inveja aos vários governos”<sup>84</sup>.

No Código de Napoleão houve acentuação do domínio, a equiparação do acordo privado à lei, contudo, somente seriam lei entre as partes, as convenções legalmente formadas. Houve acentuação da exigência de formalidade para a celebração de diversos contratos.

Judith Martins Costa, ao se referir sobre a sistematização da codificação francesa, esclarece que “a busca da ordem, problema central da sistematização, ligava-se na pré-codificação francesa, à unificação das fontes”<sup>85</sup>. A “diretriz seguida é a de isolar, com base em instrumentos classificatórios, os procedimentos do direito privado (o que hoje é denominado ‘direito substancial’)”<sup>86</sup>.

Contudo, a sistematização da Codificação Francesa não alcançou, como “a corrente alemã, a elaboração de uma “Parte Geral” em que estão fixados os conceitos de maior grau de abstração, como os de relação jurídica, personalidade jurídica, ato jurídico, etc.”<sup>87</sup>.

O *Code Civil* faz algumas referências à boa-fé, algumas delas, enumeradas por António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro:

O compulsar do texto napoleónico revela menções à boa-fé nos artigos: 201-202 – casamento putativo; 549 e 550 – possuidor de boa-fé, face aos frutos; 555 – acessão; 1134 – dever de executar as convenções de boa-fé; 1238 – pagamento recebido de boa-fé; 1240 – pagamento feito de boa-fé; 1268 – cessão judiciária de bens, permitida ao devedor *matheureux et de bonne foi*; 1869 e 1870 – boa-fé na dissolução por renúncia, da sociedade; 1935 – venda da coisa depositada feita, de boa-fé, pelo herdeiro do depositário; 2009 – terceiros de boa-fé na cessação do mandato; 2265, 2268 e 2269 – boa-fé na prescrição<sup>88</sup>.

O artigo 1.150 do *Code Civil* faz ainda uma consideração sobre a boa-fé ou má-fé do devedor, ao limitar a indenização do devedor inadimplente aos danos previstos ou previsíveis quando da contratação, salvo o caso de inexecução dolosa.

<sup>83</sup> Code Civil des Français (Código Civil Francês), que entrou em vigor em 21.03.1804.

<sup>84</sup> DE CICCIO, Cláudio. **História do direito e do pensamento jurídico**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 227.

<sup>85</sup> ARNAUD *apud* COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999.

<sup>86</sup> TARELLO *apud* COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999.

<sup>87</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999.

<sup>88</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimpr. Coimbra: Almedina, 2017, p. 246.

Salienta-se que a enumeração acima citada não é exaustiva. O diploma traz disposições voltadas à boa-fé possessória nos mesmos moldes do direito romano clássico, ligando o instituto à ignorância e, portanto, à boa-fé subjetiva. O artigo 1.134, dever de executar as convenções de boa-fé, faz referência à boa-fé contratual, em seu aspecto objetivo.

O texto do *Code Civil* foi interpretado pela escola da exegese, e o método da escola consistia em “ligar à lei escrita, todas as soluções que se venham apresentar”.

O sentido dado à boa-fé do artigo 1.134 foi evoluindo conforme a interpretação da escola da exegese. Passou-se, então, a afirmar que a boa-fé deveria não somente atender ao que estava expressamente previsto no contrato, mas também aos usos e à equidade.

Segundo António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, a dimensão verdadeira do princípio da boa-fé, de que “do contrato, fosse desenvolvido um entendimento material verdadeiro, e não apenas uma noção formal, ligada aos azares do palavreado que, na contratação, tivesse tido utilização”, demorou décadas para ser decifrada, e quando o foi, seu papel histórico já tinha há muito tempo se esgotado. Diante da legalidade estrita (a cultura jurídica da época determinava que a experiência jurídica não poderia se desprender do sentido da lei) e da falta de interpretação anterior, o princípio simplesmente deixou de ser utilizado<sup>89</sup>.

Alguns filósofos da escola da exegese interpretaram o artigo, contudo, quando o fizeram, o princípio já havia caído em desuso em razão da cultura jurídica imposta pelo próprio Código. Abaixo, algumas dessas interpretações:

Aubry/Rau entendem o artigo 1134/3 do Cod. Nap. do modo seguinte: “As convenções devem ser executadas de boa-fé, isto é, conforme a intenção das partes e ao fim em vista do qual elas foram formadas”. Demolombe, nessa linha, atribui ao juiz o dever de “interpretar a convenção e de ordenar a execução dela, de acordo com a intenção das partes e segundo o fim que elas se propuserem atingir”. Fuzier-Herman apela para a necessidade de procurar a intenção das partes e interpretá-la de boa-fé<sup>90</sup>.

O Código de Napoleão estimulou a ideia de unidade jurídica nacional na Alemanha, na qual pensaram em uma recepção global do Código em todo o país. Contudo, ele só foi introduzido como “direito supletivo”, e assim manteve-se até 1900<sup>91</sup>.

<sup>89</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 259.

<sup>90</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 258.

<sup>91</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gui Benkian, 1967, pp. 392-393.

## 2.4 A terceira sistemática

A noção de sistema fechado foi alcançada apenas através da terceira sistemática.

A jurisprudência técnica da pandectística do século XIX tinha como fundamento a ética da liberdade e do dever de Kant. Na Alemanha, surgiram construções jurídicas novas, de natureza diferente daquelas existentes no Código de Napoleão, que mais refletia um ato de poder do Estado do que um trabalho científico.

A elite cultural da Alemanha, no início do século XIX, passou a criticar o jusracionalismo, que compreendia o direito como um sistema de leis naturais gerais, e a-histórica, fruto apenas de um legislador racional.

Surgiu, então, a Escola Histórica, um novo movimento intelectual através da qual a renovação da ciência do direito positivo só pode ter sentido na pré-determinação pela historicidade do direito presente (e não pelas abstrações do jusracionalismo ou pelos comandos dos legisladores iluministas)<sup>92</sup>.

Emanuel Kant, através de suas obras *Crítica da razão prática* e *Fundamentos metafísicos da teoria do direito* contestou o anterior jusnaturalismo. Savigny era partidário das teorias de Kant. “Da ética de Kant provem, portanto, um dos veios principais do formalismo científico, que havia de transformar o *usus modernus* tardio numa ciência autônoma do direito positivo”<sup>93</sup>.

Através da Escola Histórica, passou-se a relacionar a norma jurídica com a realidade social. Houve, portanto, o desenvolvimento de uma consciência social dos juristas alemães. E foi, a partir desse pensamento jurídico com caráter histórico e, conseqüentemente social, que se formou o pensamento jurídico do século XIX na Alemanha.

Savigny levantou a bandeira de uma ciência jurídica baseada no “espírito do povo”. A classificação dos requisitos essenciais de uma ciência sistemática interna passou a ser, por volta de 1800, e por influência de Emanuel Kant, o problema fundamental a ser resolvido pela filosofia alemã.

Para tanto, Feuerbach, discípulo de Kant, retirou do anterior “método jusnaturalista a possibilidade de uma organização logicamente não contraditória e racional da matéria jurídica, organização que levaria a jurisprudência ao plano de uma ciência filosófica”<sup>94</sup>.

Savigny contribuiu através de suas obras para a construção de uma ciência jurídica dogmática. Sobre o seu método, Franz Wieacker discorre:

<sup>92</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gui Benkian, 1967, p. 403.

<sup>93</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gui Benkian, 1967, p. 402.

<sup>94</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gui Benkian, 1967, p. 420.

A elaboração histórica servia para averiguar a matéria jurídica, a qual é necessariamente pré-estabelecida pela história (ou, mais exatamente, pela tradição científica dos textos e da ciência); a elaboração filosófica devia organizar esta matéria num sistema interno, o qual não constituísse já um simples “agregado” de normas jurídicas, mas que manifestasse a coerência espiritual de toda a matéria. Esta ligação metodológica entre matéria e forma corresponde exatamente ao modelo científico apresentado pela renovação das ciências do espírito sob a influência da teoria do conhecimento de Kant [...] O conteúdo do sistema é a legislação, portanto as normas jurídicas. Para as conhecermos, em parte individualmente, em parte no seu conjunto, necessitamos de um meio lógico, a forma, i.e. o tratamento lógico do conhecimento de todo o conteúdo da legislação. Todo esse tratamento formal ou deve desenvolver a definição de normas jurídicas isoladas – chama-se, por vezes, a isto definições e distinções – ou organizar a relação quer de várias normas quer do seu conjunto. É isto que se chama correntemente o sistema, em sentido próprio<sup>95</sup>.

A Escola Histórica representou, portanto, uma organização metodológica dos conteúdos jurídicos, adotando uma determinação de ética geral para o direito, sempre à maneira de Kant, ou seja,

o homem e, em geral qualquer ser racional, existe como fim em si mesmo, não como meio para um uso qualquer dependente desta ou daquela vontade [...] e a ordem jurídica deve deixar livre um espaço de liberdade através do qual a livre realização da autonomia ética possa coexistir com a liberdade de todos os outros<sup>96</sup>.

Coube aos precursores da Escola Histórica, da chamada romanística, a construção sistemática da ciência pandectística, uma ciência civilística orientada historicamente pelos estudos da história do direito romano, em especial, pelos estudos do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano.

Por meio de Savigny, o direito tornou-se uma ciência, compreendida como histórica e filosófica, organizando o material histórico com recurso aos princípios de Kant.

Anton Friedrich Justus Thibaut, também pertencente à Escola Histórica, em sua versão romanística, propõe uma codificação comum à Alemanha toda, como garantia da unidade e da liberdade nacional.

Georg Friedrich Puchta (1798-1846), outro pensador da Escola Histórica do século XIX, criou a teoria de que a ciência do direito deveria ter uma construção sistemática e conceitual. Para tanto, afirmava que apenas o jurista cientificamente formado deveria ser chamado para a criação do direito, considerando-o como um “órgão do povo”; este órgão do povo deveria ter o monopólio sobre a teoria e a prática do direito.

A teoria criada pelo pensador autoriza o jurista científico a criar novas normas jurídicas a partir dos conceitos, um dos pressupostos do seu método científico, e traz como

<sup>95</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gui Benkian, 1967, pp. 421-422.

<sup>96</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gui Benkian, 1967, p. 427.

modelo um sistema positivista fechado. O autor é o fundador da jurisprudência clássica dos conceitos do século XIX, metodologia própria da pandectística. Seu formalismo, através do qual o conceito científico se desligou da vida, para passar a ter apenas existência intelectual, é o que ensina Franz Wieacker:

Assim, tornou-se inevitável o alheamento da ciência jurídica em relação às realidades sociais, políticas e morais do direito e foi conduzido à vitória o formalismo com o qual se chegou a uma renovação da ciência jurídica, renovação que inicialmente tinha surgido como uma reação contra o racionalismo formal do jusracionalismo<sup>97</sup>.

Karl Friedrich Wilhelm Gerber (1823-1891), sob a influência de Georg Friedrich Puchta, propôs através de sua obra *Princípio científico do direito privado comum alemão*, o progresso da germanística (outra divisão da Escola Histórica), no sentido de criar a teoria de uma dogmática abstrata e de um sistema científico fechado:

A jurisprudência dos conceitos, na sua pretensão de subsumir, em último termo, a conceitos jurídicos fixos todos os fenômenos jurídicos, e de lhes atribuir, desta sorte, uma vez por todas, uma posição irreversível, o seu “lugar lógico” numa estrutura de conceitos rigorosamente circunscritos<sup>98</sup>.

Segundo Kirchmann, a jurisprudência dos conceitos, “em vez de se preocupar com o desenvolvimento do direito, se liga excessivamente ao que está estabelecido, porque tende a constringer as formas da atualidade nas ultraconhecidas categorias de figuras já mortas”<sup>99</sup>.

A obra jurídica de Rudolf von Jhering, em um primeiro momento, seguiu o modelo de sistema fechado, positivista, baseado na jurisprudência dos conceitos, ao estilo de Georg Friedrich Puchta.

Outro jurista do século XIX, Bernhard Windscheid (1817-1892), influenciou a jurisprudência e a legislação do seu tempo de tal forma que foi chamado, posteriormente, para participar da primeira comissão do BGB. Contemporâneo de Rudolf von Jhering, assim como Georg Friedrich Puchta e o próprio Rudolf von Jhering, tomou como modelo o pensamento positivista e a tendência para um sistema fechado de conceitos.

Influenciado por Kant, Bernhard Windscheid era ciente do sentido ético do direito. Para o autor, “Direito é, na sua contingência histórica, algo de racional, e por conseguinte, algo susceptível de uma elaboração científica, não apenas de caráter histórico, mas também de

<sup>97</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 458.

<sup>98</sup> LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 28.

<sup>99</sup> KIRCHMANN *apud* LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

caráter sistemático”<sup>100</sup>. Assim como Savigny, afirmava que o intérprete na interpretação da lei deve procurar o sentido que o legislador considerou ao editar a lei, procurar a real vontade do legislador.

Segundo a teoria dos conceitos de Bernhard Windscheid, para a construção do sistema jurídico, deve-se partir da apreensão plena dos conceitos jurídicos, através da decomposição de seus elementos de pensamento (vontade fática e vontade real do legislador), criando-se novos conceitos a partir dos anteriores, alcançando-se uma conexão de proposições jurídicas. Portanto, a vontade que prevalece no direito subjetivo não é a do titular do direito, mas a da ordem jurídica.

A teoria da interpretação subjetiva de Bernhard Windscheid foi alterada por outros juristas da época: Binding, Wach e Kohler, que criaram a teoria objetiva da interpretação, segundo a qual o sentido da lei seria procurado a partir da razão, dos fins contidos na lei, e não mais no sentido que o legislador, em sua vontade, atribuiu a ela. Desta forma, para os autores, a lei deve ser interpretada de maneira a corresponder ao máximo ao seu fim manifesto e às necessidades da justiça. Através deste método seria possível, no ato de interpretar, trazer à luz os princípios contidos na lei, e todos os demais conceitos seriam suas ramificações.

Iniciou-se desta forma o afastamento da jurisprudência dos conceitos.

Rudolf von Jhering revela duas fases totalmente distintas. Na primeira, apoia a jurisprudência dos conceitos formal de Georg Friedrich Puchta; na segunda, “perseguiu-a com sarcasmo mordente”<sup>101</sup>, substituindo-a por orientação totalmente diferente. Em meados de 1850, passou de uma jurisprudência dos conceitos para uma jurisprudência pragmática, de raiz sociológica. Na sua avaliação, viu coerência lógica nos dizeres de Kirchmann, e dedicou-se à nova obra intitulada *Der Zweck im Recht*, argumentando que “a ideia-base da presente obra é a de que o fim é o criador de todo o direito, de que não existe nenhuma proposição jurídica que não deva a sua origem a um fim, ou seja, a um motivo prático”<sup>102</sup>, e que, portanto, “a sociedade é o sujeito do fim de todas as proposições jurídicas”<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, pp. 34-35.

<sup>101</sup> LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 29.

<sup>102</sup> JHERING, Rudolph von. *Der Kampf ums Recht*. v. I. **Leipzig**: Druck und Verlang von Breitkopf & Hartel, 1884, VIII. “Der Grundgedanke des gegenwertigen Werkes besteht darin, dass der Zweck der Schöpfer des gesammten Rechts ist, dass es keinen Rechtssatz gibt, der nicht einem Zweck, d. i. einem praktischen Motiv seinen Ursprung verdankt”.

<sup>103</sup> JHERING, Rudolph von. *Der Kampf ums Recht*. v. I. **Leipzig**: Druck und Verlang von Breitkopf & Hartel, 1884, VIII, p. 462. “Wenn alle Rechtssätze die Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft zum Zweck baden, so heisst das: die Gesellschaft ist das Zweckssubject derselben”.

Para Rudolf von Jhering, o direito era apenas a norma coercitiva posta pelo Estado, com um fim determinado em benefício da sociedade, em razão da qual a norma existe. Segundo Karl Larenz, a verdadeira contribuição do autor para a evolução da ciência do direito, é o reconhecimento de que “toda proposição jurídica tem necessariamente de ser vista também na sua função social”<sup>104</sup>.

A passagem de Rudolf von Jhering para uma jurisprudência pragmática foi o ponto de partida para o nascimento da escola da jurisprudência de interesses, que teve Philipp Heck como seu principal representante. Segundo o autor, “as leis são as resultantes dos interesses de ordem material, nacional, religiosa e ética, que, em cada comunidade jurídica, se contrapõem uns aos outros e lutam pelo seu reconhecimento”, incluindo como interesse geral da comunidade, a paz e a ordem<sup>105</sup>.

Assim, os interesses da comunidade, encontrados pelo legislador, constituíam o nexo causal real do preceito legal, motivo pelo qual o juiz deveria descobri-lo precisamente para aplicar a lei de maneira adequada.

Segundo Mario G. Losano, “para a jurisprudência dos interesses, o juiz deveria verificar a vontade do legislador, e sua avaliação pessoal inserir-se-ia apenas se aquela primeira verificação não tivesse sido frutosa”<sup>106</sup>. No entanto, essa teoria não indicava qual método deveria ser utilizado pelo juiz, caso não conseguisse avaliar a vontade do legislador.

Ressalta-se a forte influência e inegável importância dos manuais científicos escritos pelos juristas até então citados, posto que, na falta de codificação, eles consistiam na última instância decisória da prática jurídica, fosse através das leis ou da jurisprudência.

A ciência jurídica implementada por esses doutrinadores era tratada como um código comum a toda Alemanha, conforme observa Franz Wieacker:

[...] na falta de um tribunal cível superior, não existia também na Liga Alemã qualquer instância judiciária superior de caráter central ou mesmo tribunais superiores com elevado prestígio científico. Assim, o manual de pandectas revestiu-se de uma autoridade que hoje anda dispersa por várias fontes: a lei, a decisão do tribunal superior, o grande comentário e o manual. Esta missão do manual no plano da prática exigia um edifício doutrinal criador e harmônico, que elaborasse e ordenasse todas as tradições dogmáticas reconhecidas e que excluísse todo o trabalho acessório de natureza antiquária e exética<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 62.

<sup>105</sup> PHILIPP HECK *apud* LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

<sup>106</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 243.

<sup>107</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gui Benkian, 1967, p. 510.

Até aqui, esteve presente o que Franz Wieacker classifica como positivismo científico, ou seja, o positivismo dos manuais, da legislação não codificada e das jurisprudências. O autor ainda distingue o positivismo científico do século XIX das demais espécies de positivismo, nos seguintes termos:

[...] positivismo legalista – a concepção, continuamente combatida, mas apesar de tudo dominante na prática jurídica, de que todo o direito é criado pelo legislador estadual e consiste nos seus comandos; a um outro, do positivismo científico em geral, elevado nos meados do século por Comte a uma filosofia geral, ou mesmo a uma religião, positivismo que limita as possibilidades de explicação do mundo à observação e organização científica dos factos físicos, sociais e psicológicos. O positivismo científico – e mesmo este apenas no seu último estágio – só tem de comum com os outros dois a recusa de uma fundamentação metafísica do direito e o reconhecimento da autonomia absoluta da ciência especializada<sup>108</sup>.

Em 1848, iniciou-se um movimento para uma Codificação comum a toda a Alemanha, a passagem do positivismo científico para o positivismo legalista.

Os cidadãos europeus começaram a enxergar na lei uma segurança contra as arbitrariedades do poder executivo, portanto, a transição do positivismo científico para o positivismo legalista foi vista como um grande avanço para as liberdades civis e a construção de um Estado nacional. Após a Revolução Francesa, sentiu-se a necessidade de uma codificação e a crença no racionalismo, já que entre a burguesia, difundiu-se que uma nação moderna deveria ter sua ciência jurídica ordenada racionalmente através de uma codificação.

Diante dos anseios da burguesia, em 1861 foi promulgado o Código Comercial Alemão (ADHGB), de caráter comum a toda a Alemanha. Em 1865, iniciou-se o projeto de um Código de Direito das Obrigações, que não chegou a entrar em vigor, mas foi de grande importância doutrinária. Como visto, foi no plano da jurisprudência e da doutrina que se iniciaram as ideias de um direito comum unitário e de liberdade.

Em 1887, Bernhard Windscheid elaborou um primeiro projeto para o Código Alemão Nacional, em cinco volumes de motivos, obra que constituiu o último documento do positivismo científico<sup>109</sup>.

Diante das diversas críticas ao primeiro projeto – que deveria atender mais às necessidades econômicas, frisa-se, da burguesia – em 1890 foi criada uma segunda comissão, que, em 1895, publicou um segundo projeto, do qual participaram 12 membros não permanentes (a maioria economistas), além de membros permanentes, dentre os quais estavam os práticos (juizes e funcionários ministeriais), que haviam formado sua jurisprudência através da ciência da pandectística.

<sup>108</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gui Benkian, 1967, p. 492.

<sup>109</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gui Benkian, 1967, p. 538.

Em 1896 foi apresentado um terceiro projeto.

O novo Código Civil Alemão, o BGB, foi publicado em 18 de agosto de 1896, e passou a vigorar em 1º de janeiro de 1900. Seu perfil seguiu o caráter rigorosamente conceitual e sistemático da pandectística, caracteres conceituais que influenciaram a criação de uma Parte Geral (Livro I e II). A ciência jurídica dominante na redação do BGB era a pandectística, assente no direito romano, com raízes jusnaturalistas, e que não davam qualquer liberdade de interpretação ao juiz que não fosse a vontade do legislador.

Na opinião de Franz Wieacker, a generalização criada pela Parte Geral torna o Código abstrato e as regras gerais inacessíveis, demandando ulterior regulamentação especial<sup>110</sup>. No entanto, afirma que o legislador conseguiu afastar-se noutros casos, “de forma mais feliz”, da tormentosa “abstração empobrecedora”, através das chamadas cláusulas gerais, ou seja, “através de linhas de orientação, que, dirigidas ao juiz, o vinculam e, ao mesmo tempo, lhe dão liberdade”<sup>111</sup>:

As cláusulas gerais constituíram uma notável e muitas vezes elogiada concessão do positivismo à auto-responsabilidade dos juízes e uma ética social transpositiva, cujo padrão propulsor para o legislador foi constituído pela organização dada pelo *praetor* romano ao *judex* para determinar o conteúdo da decisão de acordo com a *bona fides*. O legislador transformou o seu trabalho – através da referência à “boa-fé”, aos bons costumes, aos hábitos do tráfego jurídico, à justa causa, ao caráter desproporcionado, etc. – em algo de mais apto para as mutações e mais capaz de durar do que aquilo que era de esperar. A jurisprudência civilista alemã mostrou-se suficientemente adulta para satisfazer as exigências que as cláusulas gerais colocam à obediência inteligente do juiz quando ela, a partir das crises da primeira guerra mundial<sup>112</sup>, começou, com uma calma e refletida ponderação, a preencher as cláusulas gerais com uma nova ética jurídica e social e, assim, a adaptar a ordem jurídica burguesa à evolução social. Assim, ela adquiriu uma função totalmente nova do direito judicial posterior à segunda guerra mundial<sup>113, 114</sup>.

No que tange especificamente à boa-fé, e sua inserção no BGB, António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro avalia:

Como se viu, a codificação da boa-fé, na experiência jurídica alemã, foi viabilizada por uma recolha periférica de inúmeros elementos jusculturais dispersos. Uma vez alcançado, o Código permite que, com base nas suas disposições, se inicie todo um desenvolvimento axiomático ou para-axiomático, o qual, esquecendo as virtualidades da integração sistemática, prossiga na busca do jurídico sem outros apoios que não os eleitos no início<sup>115</sup>.

<sup>110</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gui Benkian, 1967, p. 545.

<sup>111</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gui Benkian, 1967.

<sup>112</sup> 28 de julho de 1914 – 11 de novembro de 1918.

<sup>113</sup> 11 de setembro de 1939 – 2 de setembro de 1945.

<sup>114</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gui Benkian, 1967, pp. 545-546.

<sup>115</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 335.

O sentido inicial das cláusulas gerais no BGB, em especial da cláusula geral da boa-fé, tem um papel totalmente reduzido, na medida em que o juiz não poderia realizar qualquer interpretação diferente daquela disposta pela vontade do legislador.

Judith Martins Costa, ao comentar o alcance do § 242 do BGB, observa: “é certo que, no pensamento dos redatores do BGB, as cláusulas gerais não eram tidas como dispositivos especificamente destinados a atribuir aos juízes poderes de criação normativa similares ao do *praetor romano*”<sup>116</sup>.

António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro afirma que o BGB veio “limitar o âmbito da boa-fé”, sobressaindo a boa-fé como fortalecimento e materialização do contrato, como necessidade de cumprimento efetivo dos deveres<sup>117</sup>. Já para J. Schmidt, a evolução da boa-fé consagrada no BGB apresenta três fases distintas:

Até à primeira guerra mundial, ter-se-ia desenvolvido a fase concepcional; de então até ao final dos anos trinta ter-se-ia desenrolado o preenchimento quantitativo do conceito antes firmado e iniciado as primeiras tentativas na busca de um sistema interno do § 242; numa terceira fase, ainda em curso, ter-se-ia prosseguido nessa sistematização, com ordenação de âmbitos de regulamentação do § 242 e com novas codificações do seu conteúdo<sup>118</sup>.

A boa-fé no BGB tem apenas dois sentidos: o da boa-fé subjetiva, ou seja, atinente a elementos do sujeito; o da boa-fé objetiva, limitada ao cumprimento efetivo dos contratos. Desta forma, o juiz estava estritamente ligado ao conteúdo da lei, sem qualquer poder de interpretação ou recondução ao direito justo.

O sentido das cláusulas gerais, em especial da boa-fé, sofre importantes alterações em seu significado e interpretação, condizentes com sua época histórica (política) e com a evolução da ciência do direito, para uma ciência voltada a valores.

## **2.5 Da passagem da Escola Histórica para o normativismo puro e ao direito, segundo uma ordem de valores**

Diante de todo o exposto, verificamos que a construção do sistema jurídico privado chegou ao seu apogeu com a pandectística<sup>119</sup> do século XIX. Karl Friedrich von Gerber

<sup>116</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 288.

<sup>117</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 329.

<sup>118</sup> J. SCHMIDT *apud* CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017.

<sup>119</sup> Movimento científico doutrinário, difundido na Europa do século XIX, que atingiu seu apogeu na Alemanha através da chamada Escola Histórica. Tinham como princípio os estudos do direito romano, conduzindo à codificação.

(1823-1891) transferiu para o direito público a noção de sistema<sup>120</sup>. Através do seu aluno, Paul Laband (1838-1918), a concepção sistemática do direito chegou até Hans Kelsen<sup>121</sup> que, em 1934, escreveu a *Teoria Pura do Direito* – alterando a sistemática do século XX – reduzindo o direito à pura norma, logicamente encadeada, através de uma norma fundamental, e criando a metodologia da pirâmide das normas.

Segundo Miguel Reale,

Kelsen, em verdade, marcou o apogeu da corrente do positivismo-jurídico que, tendo se originado da orientação da Escola Histórica, passou pelo peneiramento do kantismo, dando origem à corrente de Gerber, Laband, Jellinek, Roguin e Orlando, apresentando matizes diversos: a sua doutrina, em suma, brota do seio da Ciência Jurídica Positiva, no momento em que esta, atingindo o ponto extremo da generalidade conceitual e da abstração sistemática, exige uma revisão de pressupostos metódicos<sup>122</sup>.

A teoria de Hans Kelsen está baseada na ideia de que o justo não é objeto da ciência do direito, e sim das demais ciências, como a sociologia e a filosofia. Sua preocupação é com a pureza metodológica da ciência do direito, que deveria ser totalmente autônoma das demais ciências. O direito se faz obrigatório porque é válido, e sua validade depende de uma norma fundamental:

[...] e sua validade depende do fato de a norma fundamental transmitir o dever ser a todas as normas de nível mais baixo. Percorrendo a pirâmide do sistema kelseniano de baixo para cima, a sentença do juiz é válida se se remete a uma lei válida. A lei é válida se se remete a uma norma constitucional válida. A constituição é válida se a norma fundamental – que está fora do direito positivo – declara que essa constituição deve ser obedecida. Visto que para Kelsen a validade de uma norma de qualquer nível coincide com a sua existência, o sistema kelseniano inteiro existe graças à norma fundamental: aceita a noção de norma fundamental, o sistema inteiro descreve, admiravelmente, a estrutura do direito moderno ocidental<sup>123</sup>.

Em Hans Kelsen, a ciência jurídica não explica a origem do direito, mas somente a sua estrutura e validade: “o poder político que gera o direito não é modificável, não pode ser colocado em discussão”<sup>124</sup>. Não obstante, todo ordenamento jurídico surge, e se transforma<sup>125</sup>, portanto, existe inegável ligação entre direito e realidade, ainda que ele se recuse a dar ao direito um fundamento extrajurídico.

<sup>120</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 52.

<sup>121</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

<sup>122</sup> REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 4. ed. São Paulo: Migalhas, 2014, p. 217.

<sup>123</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 54.

<sup>124</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 125.

<sup>125</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Embora a *Teoria Pura do Direito* encontre assíduos e numerosos seguidores por todo o mundo, não deixa de ser objeto de diversas críticas, como a de Mario Losano, abaixo transcrita, que colocam em crise sua obra mais conhecida:

[...] chegando ao vértice da pirâmide normativa e não desejando enfrentar a Górgora do poder, Kelsen deve recorrer a uma série de explicações que não esclarecem a natureza do objeto estudado: o caráter normativo da norma fundamental, a relação problemática entre validade e eficácia, a ambiguidade e a indefinibilidade do dever ser já não são explicações de fenômenos jurídicos positivos, mas justificações da teoria kelseniana diante da falta de explicação de certos fenômenos jurídicos<sup>126</sup>.

No positivismo então vigente imperava a vontade do legislador, ou seja, não havia espaço para o juiz interpretar a lei de modo diverso, mesmo que aquela lei fosse totalmente injusta e fora da realidade do contexto social. Havia, portanto, a necessidade de uma teoria nova, que explicasse a estrutura do ordenamento jurídico, mas que trouxesse também a justificativa da sua origem:

Num mundo de mudanças sociais e econômicas como o nosso, a exigência do positivismo de que o jurista como tal não deveria deixar entrar em linha de conta as considerações éticas, sociais e econômicas aparece como desresponsabilizada do ponto de vista ético-social<sup>127</sup>.

Rudolf Stammler (1856-1938) criou a *Teoria do Direito Justo*. Karl Larenz, ao destacar a importância da novidade, afirma que essa teoria renovou a filosofia alemã do direito e se caracterizou pelo abandono ao positivismo.

Dentro do Direito positivo ou estatuído distingue ainda STAMMLER entre Direito formado e Direito não formado, ou Direito a escolher previamente. Por Direito formado entende ele as proposições jurídicas que estabelecem desde logo, isto é, antecipadamente, a decisão de casos futuros. O Direito não formado, pelo contrário, deixa em princípio a decisão em aberto e basta-se com indicar ao juiz, sempre que um determinado caso surge, a escolha como decisiva daquela proposição jurídica que, de entre as várias que se oferecem, se orienta na linha da ideia do Direito. Uma tal indicação verifica-se para STAMMLER, quando, por exemplo, a lei remete a decisão do juiz para a boa-fé, os bons costumes, a sua apreciação equitativa ou princípios de orientação semelhantes<sup>128</sup>.

No que tange às lacunas, Rudolf Stammler afirma que seu preenchimento deve ser fundamentalmente justo.

<sup>126</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 127.

<sup>127</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 503.

<sup>128</sup> LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, pp. 121-122.

Simultaneamente à *Teoria Pura do Direito*, surgiam outras teorias, como a nacional-socialista de Carl Schmitt (1888-1985), chamada “ordenamentos concretos”, segundo a qual o direito nascia da realidade social.

Em 1940, o brasileiro Miguel Reale, percebendo o reducionismo da teoria de Hans Kelsen, formulou a *Teoria Tridimensional do Direito*, segundo a qual o direito deve ser analisado sob três dimensões. A ordem jurídica positiva deve ter validade social, validade ética e validade técnico-jurídica, com a finalidade de alcançar um valor racional de justiça. Na concepção do autor, “o direito não é puro fato, nem pura norma, mas é o fato social na forma que lhe dá uma norma racionalmente promulgada por uma autoridade competente segundo uma ordem de valores”<sup>129</sup>.

Uma das suas maiores preocupações ao formular a *Teoria Tridimensional do Direito* foi exatamente sublinhar que a justiça é o valor supremo do direito, e “cuja valia consiste em permitir que todos os valores valham, numa harmonia coerente de ideias e de atitudes”, e sem a qual “não pode haver ordem, nem segurança, assim como a riqueza passa a ser privilégio de alguns”<sup>130</sup>.

Através da *Teoria Tridimensional do Direito*, Miguel Reale chegou à definição do direito, nos seguintes termos: “O Direito é a concretização da ideia de justiça na pluridiversidade de seu dever-ser histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores”<sup>131</sup>.

Já o alemão Karl Larenz (1903-93) foi um dos principais teóricos do direito nacional-socialista. Através de sua teoria sobre hermenêutica, chegou até a jurisprudência dos valores. O normativismo então existente, segundo o autor, era abstrato e distante da realidade social quando deveria ser concreto e aderente à vida.

Após a Segunda Guerra Mundial<sup>132</sup>, o que coincidiu também com o fim do chamado Terceiro Reich<sup>133</sup>, ou seja, à ditadura nazista, foram agregados novos valores à ciência do direito. A jurisprudência dos interesses, sufocada pelo nazismo, foi resgatada, contudo, em sentido mais amplo. A ela foram atribuídos valores, transformando-a numa teoria aberta a vários deles, inclusive espirituais<sup>134</sup>.

Sobre a evolução da jurisprudência de interesses para uma jurisprudência de valores, Mario Losano destaca:

<sup>129</sup> REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 4. ed. São Paulo: Migalhas, 2014, p. 365.

<sup>130</sup> REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 128.

<sup>131</sup> REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

<sup>132</sup> 1 de setembro de 1939 – 2 de setembro de 1945.

<sup>133</sup> 1933-1945.

<sup>134</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito: o século XX**. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 243.

Para a jurisprudência dos interesses, o juiz deveria verificar a vontade originária do legislador, e sua avaliação pessoal inserir-se-ia apenas se aquela primeira verificação não tivesse sido frutosa. Porém, aquela teoria não indicava com que método o intérprete poderia continuar sua atividade se não conseguisse verificar o interesse do legislador. Ao contrário, a jurisprudência dos valores constata que o juiz está sempre obrigado a prolatar uma sentença (proibição do *déni de justice*) e se propõe indicar os valores que o guiam, quando a norma positiva silencia. Por isso, a jurisprudência dos valores completa – mas não substitui a jurisprudência dos interesses: quando as normas são excessivamente imprecisas, então a teoria indica quais valores podem ser aplicados em conformidade com o ordenamento<sup>135</sup>.

O contexto histórico e político, com o fim da Segunda Guerra e da ditadura, exigia a reconstrução do direito, com a finalidade de favorecer um Estado democrático. O positivismo jurídico implantado no início do século XX, segundo o qual o direito posto pelo Estado deveria ser aceito e atendido, independentemente do seu conteúdo, já não tinha mais lugar, restabelecendo a ciência jurídica a uma ciência voltada para os valores.

Importante destacar que o positivismo não foi abandonado neste período, provavelmente porque é visto como garantia de cientificidade, contudo, ao juiz foi dada maior liberdade criativa, sempre limitada ao âmbito das normas jurídicas e dos princípios gerais.

A jurisprudência dos interesses determinou a observação da realidade social e dos interesses da sociedade, no entanto, não abordou quais interesses e valores extrajurídicos deveriam ser tutelados, o que só aconteceu através do movimento da jurisprudência de valores – este sim passou a fundamentar o direito através de numerosos valores, embora não substituísse a anterior:

A jurisprudência dos valores completa – mas não substitui – a jurisprudência dos interesses: quando a analogia já não é de ajuda, quando não é possível verificar quais interesses moveram o legislador, quando, em suma, as normas são imprecisas ou lacunosas, então intervém a jurisprudência dos valores para indicar quais valores podem ser aplicados compativelmente com o ordenamento jurídico<sup>136</sup>.

Karl Larenz, um dos precursores da jurisprudência de valores, em 1960 publicou a obra *Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Metodologia da Ciência do Direito)*, a partir da qual afirma que a missão dos juízes é chegar a decisões justas, que o direito deve ser justo, socioeticamente correto. Na concepção do autor, “é manifesto que ao juiz não é possível em muitos casos fazer decorrer a decisão apenas da lei, nem sequer das valorações do legislador que lhe incumbe conhecer. Este é desde logo o caso em que a lei lança mão dos denominados conceitos indeterminados ou de cláusulas gerais”<sup>137</sup>.

<sup>135</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 243.

<sup>136</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 252.

<sup>137</sup> LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 164.

Das lições de Chaim Perelman (1912-1984) acerca da discussão jusfilosófica sobre justiça, reproduzimos os seis tópicos que indicam o que seria justo:

1. A cada um o mesmo.
2. A cada um segundo os seus méritos.
3. A cada um segundo suas obras.
4. A cada um segundo as suas necessidades.
5. A cada um segundo a sua posição.
6. A cada um segundo o que lhe é devido por lei<sup>138</sup>.

Na concepção de Karl Larenz, as formulações de Chaim Perelman se contradizem, e estão sujeitas a reservas, motivo pelo qual “o resultado só pode ser um conceito de justiça cujo preenchimento de conteúdo tem de ser deixado em aberto”<sup>139</sup>. O autor move-se na direção de um sistema aberto como ideal de justiça.

Josef Esser, outro precursor da jurisprudência de valores, através da obra *Grundsatz um Norm in der rechterlichen Fortbildung des Privatrechts*, afirma que, em primeiro lugar, é a causuística que nos revela o que é direito. Os princípios, segundo ele, devem ser procurados na sociedade e integram o ordenamento jurídico, através de um elemento legislativo, constituído através das cláusulas gerais, dos conceitos indeterminados e das normas de conduta<sup>140</sup>.

Walter Wilburg, em 1950, por ocasião de uma aula inaugural na Universidade de Graz, apresentou seu “sistema móvel” como ideal de justiça e critério para a equidade entre as partes, como método para a resolução da “incompletude do ordenamento” em função da necessidade de manter o sistema sempre atualizado diante da mutação dos tempos, da revolução técnica e social. Sua aula resultou no texto *Entwicklung eines beweglichen Systems*<sup>141</sup>.

Em 1967, na Universidade de Munique, Claus-Wilhelm Canaris, que fora aluno de Karl Larenz, apresentou sua teoria sobre o chamado sistema aberto, como método de inclusão de princípios gerais orientados a partir de valores, no sistema jurídico interno.

<sup>138</sup> LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 243.

<sup>139</sup> LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

<sup>140</sup> ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Tradução do original alemão intitulado: GRUNDSATZ UND NORM IN DER RICHTERLICHEN FORTBILDUNG DES PRIVATRECHTS, 1956. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1961, p. 193. “Lo indica la circunstancia frecuente de que primero se haga referencia al derecho consuetudinario en calidad de fuente secundaria, y sólo después, y como tercera fuente, a los “principias generales”. Con otras palabras, lo que se busca es dar el monopolio del derecho legal. que en cada caso puede y debe ser “aplicado” como algo ya existente. Por eso se proscribete toda alusión a la jurisprudencia y a la doctrina en didad de fuentes. La segunda gran irrupción de los principios jurídicos materiales no incorporados axiomáticamente en el sistema de la codificación, ocurre en las llamadas cláusulas generales, normas en blanco y standards”.

<sup>141</sup> Tradução: desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil.

Oportunamente discutiremos nesta pesquisa as teorias acerca dos sistemas fechado, aberto e móvel. Por ora, pretendemos demonstrar como as grandes sistemáticas construíram suas teorias com a finalidade de atingir o ideal de justiça e demais valores subordinados através do tempo.

### 3 OS MODELOS DE SISTEMAS: DO EXTERNO AO INTERNO; DO FECHADO AO ABERTO; E O SISTEMA MÓVEL

Iniciaremos o presente capítulo com uma citação de Clóvis Beviláqua que nos leva à seguinte reflexão: um Código pode ao mesmo tempo conferir ao sistema a segurança jurídica e a precisão de ideias do sistema fechado, além da flexibilidade, da mobilidade e dos valores do sistema aberto?

Mas, si é certo que os codigos não oferecem a mesma flexura dos costumes, convem não esquecer que essa possível dureza de fôrmas é largamente compensada por outros predicados, cujo valor devemos aquilatar pela vehemencia com que a humanidade tem pugnado por obte-los: a clareza e a precisão dos edictos, a segurança dos interesses e o cerceamento do arbitrio dos depositarios do poder<sup>142</sup>.

A lição nos remete ao fato de que para o redator do Código Civil de 1916, o sistema, para conferir segurança, clareza e precisão de ideias, deveria ser totalmente fechado, rígido, e que essas vantagens compensam o que se perde em flexibilidade e outras qualidades que um Código justo deve ter.

Os diferentes tipos de sistema nos mostram que, além de conferir segurança, clareza e precisão das ideias, também é possível ao sistema oferecer a necessária flexibilidade e adaptabilidade às constantes mudanças sociais, sem renunciar aos valores indispensáveis à ordem jurídica justa e equânime. Para tanto, exporemos o conceito e as características de cada um dos tipos de sistemas.

Sistema, em termos genéricos, “é definido como uma totalidade coordenada de elementos”<sup>143</sup>.

Norberto Bobbio entende que o ordenamento jurídico é uma unidade, ou seja, tem como base uma norma fundamental com a qual se relaciona, se subordina, todas as demais normas do ordenamento entre as quais deve existir coerência. Para o autor, sistema é

uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si<sup>144</sup>.

<sup>142</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil brasileiro**: trabalhos relativos à sua elaboração. v. 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917, p. 10.

<sup>143</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: das origens à escola histórica. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 219.

<sup>144</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Junior. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Rev. téc. Cláudio De Cicco. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 71.

Sistema, primeiramente deve ser entendido como método de organização, de ordenação, com a finalidade de se chegar a uma unidade interna. Sistema “remete às idéias de conjunto, ordem, coerência e unidade”<sup>145</sup>.

Na concepção de Tercio Sampaio Ferraz Junior, ordenamento é sistema:

Um ordenamento, em relação ao qual a pertinência de uma norma a ele é importante para identificá-la como norma válida, além de ser um conjunto de elementos normativos (normas) e não normativos, é também uma estrutura, isto é, um conjunto de regras que determinam as relações entre os elementos. Note bem a diferença: uma sala de aula é um conjunto de elementos, as carteiras, a mesa do professor, o quadro-negro, o giz, o apagador, a porta etc.; todavia, esses elementos, todos juntos, não formam uma sala de aula, pois pode tratar-se de um depósito da escola; é a disposição deles, uns em relação aos outros, que nos permite identificar a sala de aula; essa disposição depende de regras de relacionamento; o conjunto dessas regras e das relações por elas estabelecidas é a estrutura. O conjunto dos elementos é apenas o repertório. Assim, quando dizemos que a sala de aula é um conjunto de relações (estrutura) e de elementos (repertório), nela pensamos como um sistema. O sistema é um complexo que se compõe de uma estrutura e um repertório. Nesse sentido, ordenamento é sistema<sup>146</sup>.

Segundo Miguel Reale,

Mais certo será dizer que o ordenamento é o sistema de normas jurídicas *in acto*, compreendendo as fontes de direito e todos os seus conteúdos e projeções: é, pois, o sistema das normas em sua concreta realização, abrangendo tanto as regras explícitas como as elaboradas para suprir as lacunas do sistema, bem como as que cobrem os claros deixados ao poder discricionário dos indivíduos (normas negociais)<sup>147</sup>.

Para Antônio Junqueira de Azevedo, o sistema é complexo, formado por diversos elementos, e de segunda ordem – na medida em que sua existência está em função de um sistema maior, o social. Sua função é evitar conflitos e, na impossibilidade, solucioná-los, segundo a luz diretora da justiça:

O direito é um sistema complexo; é sistema, porque é um conjunto de vários elementos que se movimentam mantendo relações de alguma constância, e é complexo, porque os elementos são heterogêneos e as relações entre eles variadas. Os elementos que compõem o sistema são: normas, como a Constituição e as leis; instituições, como tribunais e assembleias legislativas; operadores do direito, como advogados, juízes e promotores: doutrina; jurisprudência. Na existência dinâmica do sistema, tanto as normas atuam sobre os outros elementos como esses, pela aplicação, atuam sobre aquelas. O mesmo ocorre com os demais elementos; há sempre retroalimentação (*feedback*); por exemplo: o estudante de ontem, juiz de hoje, aplica o que aprendeu – a doutrina influenciando a jurisprudência – e ele, então, por sua vez, com as decisões dadas, alimentará a doutrina – a jurisprudência

<sup>145</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, pp. 40-41.

<sup>146</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 11. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, p. 139.

<sup>147</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 217.

influenciando a doutrina. Além de complexo, o sistema jurídico é um sistema de 2ª ordem, isto é, sua existência está em função do sistema maior, o social; apesar disso, tem ele identidade própria e, por força dessa identidade, é relativamente autônomo (tem autonomia operacional). O direito, há séculos, constitui, no mundo ocidental, um campo especial de conhecimento e atividade; ao contrário de outras grandes civilizações, como a egípcia, a chinesa ou a hindu, a romana separou o sistema jurídico de outros sistemas, como a religião, e deu-lhe identidade própria. Posteriormente, o mundo ocidental prosseguiu no mesmo caminho e separou o sistema jurídico de sistemas diversos, como os da política e da economia. As funções do sistema jurídico são duas: evitar conflitos e, se os conflitos surgem, solucioná-los, tendo sempre como luz diretora a Justiça<sup>148</sup>.

Claus-Wilhelm Canaris, referindo-se ao direito como fenômeno cultural, fundamenta sua importância e a necessidade de sistematização, com a finalidade de evitar o puro arbítrio:

A existência do Direito assenta numa série de fenômenos que se concretizam com regularidade. Sem essa regularidade, o Direito não teria qualquer consistência, ideal ou real: ininteligível, imperceptível e ineficaz, ele deveria ser afastado das categorias existentes.

Em termos esquemáticos, pode considerar-se que, mediante bitolas eleitas em cada cultura jurídica, o Direito tende para tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da diferença. De outro modo, os diversos problemas concretos seriam resolvidos ao acaso, surgindo como expressão do puro arbítrio<sup>149</sup>.

Assim, para que o direito, na qualidade de realidade cultural, seja aplicado, ele deve ser conhecido, portanto, sistematizado. Primeiramente é necessário compreendermos o conceito e as características do sistema externo e do sistema interno.

Ao argumentar de que forma se processa a sistematização externa, o autor afirma que embora a ciência jurídica deva recorrer ao fato-histórico cultural e à casuística, não deve fazê-lo automaticamente, mas, antes disso, procurar fórmulas redutoras, através da pesquisa e da ordenação:

Na exteriorização do Direito, não se recorre já a uma técnica empírica ou puramente casuística: os estudiosos antes procuram fórmulas redutoras que permitam exprimir grandes categorias de casos, através da pesquisa e da ordenação do que, neles, haja de regular, de comum ou de diferente, em função da diferença. Por oposição ao interno, este sistema de comunicação e de aprendizagem recebe o nome de sistema externo<sup>150</sup>.

<sup>148</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem: sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. *Civilistica.com*, v. 2, n. 3, pp. 2-3, 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Azevedo-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

<sup>149</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução do original alemão: *SYSTEMDENKEN UND SYSTEMBEGRIFF IN DER JURISPRUDENZ*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. LXIII.

<sup>150</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução do original alemão: *SYSTEMDENKEN UND SYSTEMBEGRIFF IN DER JURISPRUDENZ*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. LXV.

A própria existência do direito, conforme concluímos dos ensinamentos de Claus-Wilhelm Canaris, depende da sistematização, através da qual o direito é comunicado, utilizando uma linguagem inteligível e redutora.

A sistematização externa do ordenamento iniciou-se por razões práticas, com a finalidade de que certos institutos fossem localizados sem dificuldade.

Para melhor ilustrar a característica do sistema externo, em especial seu caráter lógico e ordenador, expondo o objeto da ciência, Mario Losano traz como exemplo o pensamento do pandectista alemão George Friedrich Puchta:

O nexó entre sistema puramente externo e organização alfabética da matéria é compartilhado também pelo pandectista alemão George Friedrich Puchta; e aos pandectistas alemães podem ser dirigidas muitas repreensões, mas não certamente a de tolerar espirituosas argúcias na redação de seus manuais. Portanto, Puchta lamenta que, por demasiado tempo, construir um sistema do direito romano tenha significado encontrar a colocação de certo instituto, de modo que pudesse encontrá-lo sem dificuldade, “tanto que é quase de causar espanto o fato de não se ter adotado solução mais simples, que consistia em escrever em ordem alfabética os manuais sobre as Pandectas”<sup>151</sup>.

Karl Larenz indica como elemento básico do sistema externo os conceitos gerais abstratos, formados segundo regras da lógica formal que suplantam qualquer valoração, já que a teologia e a ética jurídica só têm lugar na sistemática interna. Segundo o autor, o sistema externo

[...] Baseia-se em que hão-de separar e generalizar, a partir dos factos-tipo que são objeto de uma regulação jurídica, determinados elementos. A partir deles formar-se-ão conceitos de género, que são ordenados de modo a que, acrescentando ou subtraindo notas específicas particulares, se possam alcançar diversos graus de abstração. Os conceitos “inferiores” respectivos, que são os de menor grau de abstração, ao serem subsumidos aos conceitos “superiores” correspondentes, permitem, finalmente, reconduzir a massa do material jurídico a alguns poucos conceitos supremos. Um tal sistema garante em ampla medida não só clareza, mas também segurança<sup>152</sup>.

Desde a chamada jurisprudência dos interesses, o sistema externo sofre grandes críticas. É julgado, então, insuficiente, já que a ciência do direito não deverá se ocupar somente de descrições e da ordenação de fatos de modo abstrato, mas também deverá se ocupar com pautas de valoração, princípios a serem aplicados ao caso concreto e conceitos determinados pelo fim do direito, por sua função.

<sup>151</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: das origens à escola histórica. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 231.

<sup>152</sup> LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 622.

O sistema interno, portanto, não é somente o ponto de partida do estudioso do direito, mas deve ter como pressuposto a valoração da ciência jurídica, a busca pelo fim do direito. Os princípios “diretivos” representam um dos seus mais importantes elementos:

Os princípios directivos que estão mais ou menos concretizados na regulação dada, mas que precisam ainda de ser concretizados, representam elementos de um “sistema interno”, que tem por missão tornar visível e pôr em evidência a unidade valorativa interna do ordenamento jurídico. Como elemento de união, de certo modo, entre estes princípios e os conceitos “abstratos”, que não são tão-pouco de eliminar por completo, servem, finalmente, os conceitos “determinados pela função”<sup>153</sup>.

Assim, um sistema não deve ser composto apenas por conceitos abstratos e de procedimento lógico (sistema externo), mas de conceitos determinados pela sua função e baseados em princípios (sistema interno).

Segundo Claus-Wilhelm Canaris, o sistema interno, que tem como pressuposto a realidade cultural, e o sistema externo, não se contrapõem, mas devem coexistir:

O Direito é sempre um fenómeno cultural. A sua existência depende da criação humana e a sua estruturação advém da adopção pelos elementos que compõem uma sociedade, de certas bitolas de comportamento. Numa sociedade primitiva, de estruturação normativa simplificada, essa aprendizagem poderia ser ministrada de modo empírico, isto é, fazendo corresponder, em termos descritivos, às situações típicas da vida, determinadas consequências jurídicas. Atingindo, porém, um determinado patamar de desenvolvimento social, a aprendizagem requer reduções dogmáticas, isto é, generalizações simplificadas que facultem a transmissão de conhecimentos crescentemente complexos. O fenómeno é perceptível, com clareza, no próprio Direito romano. O sistema externo antes dispensável adquire, em tais condições, um relevo crescente: só o seu manuseamento permite conhecer as conexões materiais internas do direito. O sistema externo torna-se necessário e imprescindível. E quando isso suceda, ele vai bulir, de modo fatal e compreensível, com o próprio sistema interno. Mas se o sistema externo interfere no interno, o inverso não é menos verdadeiro. À partida, o sistema externo visa comunicar o interno, tornando-o acessível ao estudo e à aprendizagem. Ele nasce, pois, com uma preocupação de fidedignidade. As alterações evolutivas das conexões jurídicas materiais projectam-se nas exteriorizações do Direito, interferindo nelas de modo mais ou menos imediato<sup>154</sup>.

Karl Larenz, na obra *Metodologia da Ciência do Direito*, deixa clara sua posição:

As normas jurídicas, tal como foi continuamente referido, não estão desligadas uma das outras, mas estão numa conexão multímoda umas com as outras. Assim, por exemplo, as regras de que se compõe o Direito da compra e venda, o Direito locatício e o Direito hipotecário são partes sintonizadas de uma regulamentação a

<sup>153</sup> LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 623.

<sup>154</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução do original alemão: **SYSTEMDENKEN UND SYSTEMBEGRIFF IN DER JURISPRUDENZ**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pp. LXVII-LXVIII-LXIX.

que subjazem determinados pontos de vista directivos. Por seu lado, tais regulamentações são regulamentações parciais de uma regulação mais ampla – por exemplo, do Direito dos contratos ou do Direito das garantias reais e ambas, por sua vez, do Direito privado. De acordo com isto, toda a interpretação de uma norma tem de tomar em consideração, como vimos, a cadeia de significado, o contexto e a sede sistemática da norma, a sua função no contexto da regulamentação em causa. Além disso, como vimos também, o ordenamento jurídico no seu conjunto, ou pelo menos grande parte dele, está subordinado a determinadas ideias jurídicas directivas, princípios ou pautas gerais de valoração, a alguns dos quais cabe hoje o escalão de Direito Constitucional. A sua função é justificar, subordinando-as à ideia de Direito, as decisões de valor que subjazem à normas, unificá-las, e, deste modo, excluir na medida do possível as contradições de valoração. São de grande préstimo para a interpretação, mas ainda mais, porém, para o desenvolvimento do Direito imanente à lei e do Direito transcendente à lei. A descoberta das conexões de sentido em que as normas e regulações particulares se encontram entre si e com os princípios directivos do ordenamento jurídico, e a sua exposição de um modo ordenado, que possibilite a visão de conjunto – quer dizer, na forma de um sistema – é uma das tarefas mais importante da Jurisprudência científica<sup>155</sup>.

Para Claus-Wilhelm Canaris, o sistema externo não é despido de valor:

O sistema externo, no essencial, se reporta aos conceitos de ordem da lei; pois este não visa, ou não visa em primeira linha, descobrir a unidade de sentido interior do Direito, antes se destinando, na sua estrutura, a um agrupamento da matéria e à sua apresentação tão clara e abrangente da matéria quanto possível. Com certeza que semelhante sistema não fica, com isso, despido de valor; pelo contrário: ele é de grande significado para que o Direito possa ser visto no seu conjunto e, com isso, para a praticabilidade da sua aplicação, bem como, mediatamente, também para a segurança jurídica, no sentido da previsibilidade da decisão<sup>156</sup>.

Conforme avaliação de Mario Losano, “o sistema externo permite a exposição ordenada de cada disciplina, portanto também do direito”<sup>157</sup>. De forma comparativa, o autor conceitua sistema externo e sistema interno: devemos entender sistema externo no sentido de “estrutura como *terminus ad quem*”, posto que ele tende à atividade do estudioso, ou seja, estabelece o ponto de partida, propõe uma ordem que não se percebe à primeira vista no objeto e, portanto, cumpre uma função expositiva; já o sistema interno, “estrutura como *terminus a quo*”, posto que do próprio sistema parte a atividade do estudioso; o sistema externo tem uma estrutura lógica e o sistema interno tem uma estrutura específica, ou seja, característica da matéria a que se refere; o sistema externo é o sistema de proposições científicas que descrevem determinada realidade, é um discurso lógico sobre determinado objeto, e portanto, suas regras são iguais para qualquer objeto; o sistema interno é o sistema ínsito na matéria específica, objeto de determinada ciência, sua estrutura, portanto, varia ao

<sup>155</sup> LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 622.

<sup>156</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução do original alemão: SYSTEMDENKEN UND SYSTEMBEGRIFF IN DER JURISPRUDENZ. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 26.

<sup>157</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: das origens à escola histórica. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 249.

variar a matéria; o sistema externo é caracterizado por três elementos: a caoticidade, a referência à ciência que estuda determinado objeto e seu caráter lógico.

Segundo Mario Losano, o ponto de partida do sistema externo são os axiomas e os teoremas (conclusões extraídas dos axiomas, às quais se aplica a lógica)<sup>158</sup> e seus requisitos são puramente formais: a coerência, a completude, a independência e a necessidade:

a) coerência significa que os axiomas devem ser compatíveis, ou seja, que não devem estar em contradição. No contexto jurídico, esse requisito exige que o sistema externo jurídico não contenha antinomias. b) Completude significa que do subconjunto dos axiomas podem ser deduzidos todos os teoremas do sistema e, simetricamente, que não é admissível um teorema não deduzível de um axioma do sistema. A completude se refere apenas aos axiomas; não é, ao contrário, necessário que deles sejam efetivamente deduzidos todos os possíveis teoremas (ou seja, existem axiomas inativos). A completude tem consequências importantes para o direito: dado que os teoremas (proposições da ciência jurídica) devem descrever apenas o que está nos axiomas (normas jurídicas) do sistema, o requisito da completude conduz ao positivismo jurídico. Mas à completude teórica corresponde frequentemente a incompletude real dos ordenamentos positivos: surge, assim, o problema das lacunas [...] c) Independência dos axiomas significa que cada axioma não deve ser deduzível de outro axioma. Trata-se de um corolário da definição de axioma: um axioma deduzível de um axioma é, de fato, um teorema. d) Necessidade dos axiomas significa que eles devem ser os únicos necessários para deduzir o subconjunto dos teoremas. No direito, esse requisito (mais estético do que lógico) exprime, porém, a exigência de não misturar axiomas diversos, por exemplo, os axiomas jurídicos com os axiomas religiosos ou ideológicos<sup>159</sup>.

Sobre a coerência – um dos requisitos mais importantes do sistema externo, ressaltado também por Norberto Bobbio – Mario Losano, com base em Tadeusz Kotarbinski, chama a atenção para o fato de que a incoerência entre os axiomas leva ao problema das antinomias na ciência do direito:

Tadeusz Kotarbinski define o sistema como composto de dois subconjuntos, um de axiomas (o subconjunto A) e um de teoremas (subconjunto T). Coerência significa que os axiomas devem ser compatíveis entre si. Se estivessem em contradição um com o outro, no subconjunto T encontraríamos afirmações contrárias que, porém, seriam ambas verdadeiras, por serem corretamente reconduzíveis a axiomas do subconjunto A. Mas, se fosse verdadeiro, ou um teorema ou seu contrário, faltaria um dos princípios lógicos que regem nosso raciocínio – o princípio da não-contradição – e, portanto, o discurso científico tornar-se-ia impossível. A coerência é o requisito fundamental de um sistema externo<sup>160</sup>.

<sup>158</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: das origens à escola histórica. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 249.

<sup>159</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: das origens à escola histórica. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 249-250.

<sup>160</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: das origens à escola histórica. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 251.

O sistema interno possui três elementos: a sistematicidade intrínseca do dado jurídico, o sistema interno como discurso não sobre a ciência, mas sobre o objeto da ciência, e o caráter específico do nexos.

- a) a estrutura (nexo que une as partes de um sistema, tanto interno quanto externo) é o ponto de partida da atividade de sistematizar e se concentra no modo pelo qual se realiza concretamente a sistematicidade do direito. Na análise do sistema interno surgem os problemas das lacunas, “da validade de cada uma das normas (como é realizada e em que consiste), das relações entre esse sistema realmente existente no direito e a realidade que circunda o direito”;
- b) o sistema jurídico interno pressupõe que, na realidade, preexista uma ordem, e o objeto do discurso já não é a ciência que descreve o ordenamento, mas o próprio ordenamento. “A ciência de determinada matéria consiste no estudo da estrutura intrínseca da matéria mesma globalmente considerada, e não na criação de um esquema expositivo no qual inclui, segundo um plano unitário, os fragmentos que consta a própria matéria”. O sistema externo é “um discurso conduzido segundo cânones válidos para todas as ciências”, enquanto o sistema interno pretende ter “validade apenas com relação à disciplina à qual se refere”. A teoria do sistema externo é válida para todas as ciências, “porque fixa os cânones lógicos que devem ser respeitados por uma exposição que queira se apresentar como científica”, e especificamente, a teoria do sistema externo jurídico, “não é senão a aplicação a uma matéria específica – o direito – dos critérios gerais”, já no sistema interno, o “objeto de estudo é a estrutura de cada matéria, ou seja, o exame dos nexos próprios de determinada matéria”;
- c) a estrutura é o nexo que une as partes de um sistema, ou seja, “é o conjunto das relações que conectam vários elementos em unidade sistemática”. Entendido que o nexo une as partes de um sistema, e que o sistema externo tem como objeto a “ordenada exposição de determinada matéria”, conclui-se que o sistema externo ocupa-se de nexos lógicos, enquanto o sistema interno, que tem como objeto a própria matéria, e não sua exposição, se ocupa de nexos específicos “entre as partes constituintes de determinada matéria”. Para identificar o tipo de nexo específico que conecta as normas jurídicas entre si, é necessário encontrar um elemento “exclusivamente próprio do direito e que, ao mesmo tempo, permeie todo o ordenamento jurídico, unindo cada uma de suas partes; isto é, um elemento exclusivo

daquele conjunto, mas geral para aquele conjunto; um elemento que explique não apenas o direito, mas todo o direito”<sup>161</sup>.

A *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, é trazida como exemplo de teoria estrutural por Mario Losano.

Na ciência jurídica do século XX, o pensamento sistemático mais rigoroso é o positivismo jurídico. O direito positivo é o direito posto, estatuído por uma autoridade competente, e faz recusa a qualquer base que tenha como referência a metafísica, portanto, os valores, recusando-se a incluir qualquer juízo de valor no raciocínio jurídico. Para o positivismo, o único fundamento do conhecimento é o que pode ser reproduzido experimentalmente ou demonstrado como um cálculo lógico-matemático.

Para Hans Kelsen, o sistema é constituído de normas jurídicas, unitariamente concatenadas, posto que todo o ordenamento deriva da norma fundamental. Somente a norma fundamental confere unidade ao ordenamento jurídico, e a noção de validade de todas as normas de nível mais baixo depende do que a norma fundamental transmite. O sistema interno é constituído pelo direito positivo, por normas de direito positivo, normas que se encontram no plano descritivo do direito, concatenadas pela norma fundamental. Quanto ao sistema jurídico externo, encontra-se no plano descritivo da ciência, à descrição da norma realizada pelo jurista. Da norma fundamental não se deduz o conteúdo de cada uma das normas jurídicas, mas somente a sua validade.

Em *Teoria Pura do Direito*, Hans Kelsen distingue dois tipos de sistema: o estático e o dinâmico. Para Norberto Bobbio, o sistema estático é aquele no qual

[...] as normas estão relacionadas umas às outras como as proposições de um sistema dedutivo, ou seja, pelo fato de que derivam umas das outras partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que têm a mesma função dos postulados ou axiomas num sistema científico [...] Dessa regra fundamental deduz ou pretende deduzir todas as principais regras da conduta humana, que chama de leis naturais<sup>162</sup>.

O sistema estático, na qual as normas estão relacionadas entre si, fornece fundamento tanto para o conteúdo, quanto para a sua validade.

O sistema dinâmico, o qual Hans Kelsen sustenta ser o ordenamento jurídico, é aquele no qual

<sup>161</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 1-10.

<sup>162</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Junior. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Rev. téc. Cláudio De Cicco. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 71.

as normas que o compõem derivam umas das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através de seu conteúdo, mas através da autoridade que as colocou [...] Pode-se dizer que a relação entre as várias normas é, nesse tipo de ordenamento normativo, não material, mas formal.<sup>163</sup>

Portanto, independentemente do conteúdo, o sistema de normas se fundamenta em uma norma fundamental, que apenas confere validade ao sistema, sem se preocupar com o conteúdo<sup>164</sup> – é exatamente essa validade que unifica as normas.

Para Hans Kelsen, os ordenamentos estáticos seriam os ordenamentos morais, “cujo critério de enquadramento das normas no sistema é fundado sobre aquilo que as normas prescrevem (e não sobre a autoridade de que derivam)”<sup>165</sup>.

Notemos o aspecto totalmente formalista, fechado e rígido da teoria positivista estrita, em especial da *Teoria Pura do Direito*, que descreve um ordenamento totalmente fechado para a realidade social, econômica e política, e para quaisquer valores morais que imprimissem ideia de justiça, equidade e bem comum, e a quaisquer aspectos éticos, e pregava a aceitação do direito imposto pelo Estado, independentemente do conteúdo.

O aspecto fechado e rígido da sistemática foi adotado por diversas codificações, a exemplo das oitocentistas, e, em especial, pelo Código Civil brasileiro de 1916, tornando-os códigos “impermeáveis às modificações econômicas e sociais”<sup>166</sup>, o que não cabe mais na sociedade contemporânea.

Após a Segunda Guerra Mundial e o fim das ditaduras, houve uma transformação do pensamento jurídico e, conseqüentemente, uma mudança radical da noção de sistema, em especial, pela nova jurisprudência, que propunha uma abertura aos valores:

O Direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção. Ele tem como ponto de referência o homem na sua evolução psicofísica, “existencial”, que se torna história na sua relação com os outros homens. A afirmação, ao contrário, da autonomia da ciência jurídica e as conseqüentes tentativas de definir a chamada “realidade jurídica” como alguma coisa que possa viver separadamente da realidade social, econômica ou política é herança que ainda pesa muito sobre os juristas e sobre o ensino do Direito. Isso levou à criação de uma cultura formalista, matriz de uma “teoria geral do direito” sem (explicitações) “infiltrações” de caráter político, econômico, sociológico: como se o direito fosse imutável, eterno, a-histórico, insensível a qualquer ideologia<sup>167</sup>.

<sup>163</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Junior. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Rev. téc. Cláudio De Cicco. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 72.

<sup>164</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Junior. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Rev. téc. Cláudio De Cicco. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 72.

<sup>165</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Junior. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Rev. téc. Cláudio De Cicco. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 73.

<sup>166</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 12. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 287.

<sup>167</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 1-2.

A partir do século XX, houve uma alteração de paradigma do pensamento jurídico instalado pelo positivismo jurídico fechado, e por meio de diversos doutrinadores, a ideia de abertura do sistema foi se instalando na ciência jurídica. O sistema adquiriu outro significado, outros pressupostos, de acordo com o que apresentava cada um dos autores.

Segundo Mario Losano,

A tese da indiferença do conteúdo do direito positivo já não podia ser aceita, depois do ocorrido sob as ditaduras que haviam terminado e depois do que continuava a ocorrer sob aqueles que, por um lado, ainda perduravam na Espanha e em Portugal e, por outro, haviam sido estendidas pela URSS às democracias populares. Os teóricos do direito remeteram-se, assim, às doutrinas inspiradas no positivismo sociológico de matriz comtiana. Elas, efetivamente, permitiam restabelecer a ponte entre o direito positivo e os valores<sup>168</sup>.

Guilherme Leite Gonçalves, ao descrever a teoria do sistema aberto de Gérman A. de La Reza, explica a interação do que é externo, do que está no ambiente, com o sistema interno:

A teoria dos sistemas abertos foi desenvolvida para suprir essa carência descritiva. Sua principal característica consistiu na noção de intercâmbio e, nesse sentido, o ponto de partida de suas operações foi a distinção estímulo/resposta que estabelece com seu ambiente. Nessa perspectiva, os sistemas abertos eram pensados a partir da lógica da causalidade, o que lhes permitia manter relações de continuidade e tender ao equilíbrio e à estabilidade com o meio externo. As estruturas internas desses sistemas seriam modificadas por estímulos provenientes do ambiente. Do contrário, produziriam assimetrias incompatíveis com a ideia de abertura<sup>169</sup>.

Cumprе ressaltar que autores como Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, Josef Esser, Walter Wilburg, Mario Losano e Judith Martins Costa, acerca do sistema não abandonaram a ideia de que o direito necessariamente deveria ser sistematizado, posto que a sistematização confere segurança, conhecimento, garantia de cientificidade ao direito. No entanto, houve rejeição ao caráter puramente formal e fechado.

Ao analisarmos o pensamento de Karl Larenz – para quem os princípios “diretivos” representam um dos elementos do sistema interno e devem colocar em evidência a unidade valorativa interna do ordenamento jurídico – notamos mudança na concepção inicial de sistema, já que para ele, o sistema interno é em si, um sistema aberto:

O sistema interno não é, como se depreende do que foi dito, um sistema fechado em si, mas um sistema aberto, no sentido de que são possíveis tanto mutações na espécie de jogo concertado dos princípios, do seu alcance e limitação recíproca, como também a descoberta de novos princípios; seja em virtude de alterações da

<sup>168</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 244-245.

<sup>169</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite. **Teoria dos sistemas sociais**: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 27.

legislação, seja em virtude de novos conhecimentos da ciência do Direito ou modificações na jurisprudência dos tribunais<sup>170</sup>.

Karl Larenz, com base em Claus-Wilhelm Canaris, afirma que um sistema aberto é formado a partir de princípios, que carecem de concretização; isto significa que o sistema aberto é um sistema de princípios jurídicos, em que o princípio deve ser entendido como pauta em aberto, apreensível nas suas concretizações<sup>171</sup>.

Para Josef Esser, o ordenamento jurídico também deve ser composto por normas e princípios, no qual é evidente a função criativa do juiz<sup>172</sup>. É o fato histórico-cultural que diz o que é o direito, visto que a formação do sistema não está somente na tópica, mas também na jurisprudência. O autor

[...] distingue o sistema fechado, que seria representado pela ideia de codificação, e o sistema aberto, que se constituiria em última análise também num direito casuístico, pois que este não poderia subsistir a longo prazo sem um nexo de dedução conceptual e valorativo, que tornasse as resoluções particulares racionalmente comprováveis e o seu conjunto em sistema<sup>173</sup>.

Há, portanto, “um processo circular”, de descoberta de problemas através da análise histórico-cultural, a formação de princípios, com a finalidade de formação do sistema. Para o autor, a ligação entre os princípios e as normas do ordenamento jurídico deve ser constituída através de um elemento legislativo, constituído pelas cláusulas gerais – elas permitem “atualizar e fazer evoluir cada uma das normas mediante uma referência aos princípios que estão por trás das cláusulas gerais”<sup>174</sup>.

Em 1950, Walter Wilburg (1905-1991) apresentou sua teoria acerca do método do “sistema móvel”. Segundo suas reflexões, os valores e os princípios segundo os quais o juiz deve interpretar e aplicar a lei devem ser fixados pelo direito positivo.

Seu método serve para os casos-limite, ou seja, para aqueles casos concretos em que a norma a ser aplicada pareça incerta ou inexistente no ordenamento jurídico.

Mario Losano, ao analisar essa metodologia, afirma que o sistema móvel é “aberto no sentido de que o juiz pode levar em consideração vários princípios, ainda que diversos dos tradicionais”, mas não é livre “no sentido de que o juiz não pode aplicar princípios diversos dos indicados taxativamente pela lei”.

<sup>170</sup> LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 693.

<sup>171</sup> LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 235.

<sup>172</sup> ESSER *apud* LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

<sup>173</sup> ESSER *apud* LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

<sup>174</sup> ESSER *apud* LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Walter Wilburg era um jurista estritamente adepto ao positivismo jurídico, no entanto, pretendia dar uma solução para a “incompletude do ordenamento vigente”, o qual “em muitos casos não satisfaz as necessidades da vida e da sensibilidade jurídica, em razão da “mutação dos tempos que, na (r)evolução técnica e social que lhe é própria, coloca a ciência jurídica constantemente perante novos problemas”. Afirma, ainda, que dessa situação nasce “uma maré cheia de leis”, em verdadeiro contraste com a realidade jurídica<sup>175</sup>, o que levou à produção de leis “sem uma conexão orgânica com o sistema fundamental do direito civil”<sup>176</sup>.

Com sua teoria, Walter Wilburg pretendeu apresentar uma solução para o tradicional sistema de direito rígido e a tendência para a livre apreciação do direito pelo intérprete:

A antítese entre o sistema tradicional e a tendência para a livre aplicação do direito constitui um profundo e sério problema. À ciência jurídica compete, na minha opinião, a tarefa de a superar por via de uma conformação mais móvel ou flexível do direito, e de desenvolver, sempre que o tráfico jurídico não exija regras ou preceitos formais – como acontece no direito registral e no direito cambial –, normas mais elásticas do que as existentes. Mostra-se, pois, necessário libertar a estrutura do direito civil, em muitas das suas áreas, de uma certa rigidez<sup>177</sup>.

Na realidade, foi proposta uma fórmula através da qual o jurista não se apoie em fórmulas rígidas, de modo que os diversos pontos de vista daquele que irá julgar se enquadrem estritamente dentro das forças<sup>178</sup> móveis, atribuídas a determinado instituto.

O autor cita diversos princípios gerais do direito, como a justiça, a equidade e a igualdade, e afirma que todos eles têm sentido útil na ordem jurídica, no entanto, sua falha consiste em ter uma aplicação irrestrita, o que faz surgir diversas antinomias no sistema. Diante disso, a solução seria criar uma “ordem interna”, para cada instituto específico, com a finalidade de que o juiz possa escolher, dentre esses princípios móveis da ordem interna, qual deles aplicará ao caso concreto.

Walter Wilburg propõe tornar seu método uma “técnica legislativa”, com a finalidade de instituir as forças móveis de cada instituto, auxiliando o julgador em suas decisões,

<sup>175</sup> WILBURG, Walter. **Entwicklung Eines Beweglichen Systems im Bürgerli-chen Recht** (Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil) – Oração inaugural proferido na investidura como reitor da Universidade Karl-Franzens de Graz, a 22 de novembro de 1950, pelo Prof. Dr. Walter Wilburg – Traduzido do original alemão por Dora Moreira Sousa e Raul Guichard – Publicado em DJ, XIV, 2000, t. 3, p. 7.

<sup>176</sup> WILBURG, Walter. **Entwicklung Eines Beweglichen Systems im Bürgerli-chen Recht** (Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil) – Oração inaugural proferido na investidura como reitor da Universidade Karl-Franzens de Graz, a 22 de novembro de 1950, pelo Prof. Dr. Walter Wilburg – Traduzido do original alemão por Dora Moreira Sousa e Raul Guichard – Publicado em DJ, XIV, 2000, t. 3, p. 7.

<sup>177</sup> WILBURG, Walter. **Entwicklung Eines Beweglichen Systems im Bürgerli-chen Recht** (Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil) – Oração inaugural proferido na investidura como reitor da Universidade Karl-Franzens de Graz, a 22 de novembro de 1950, pelo Prof. Dr. Walter Wilburg – Traduzido do original alemão por Dora Moreira Sousa e Raul Guichard – Publicado em DJ, XIV, 2000, t. 3.

<sup>178</sup> O termo forças, no texto de Walter Wilburg, equivale a princípios.

juízes esses que não poderiam julgar seus casos concretos em desacordo com os princípios móveis internos do instituto em questão.

Portanto, o método do sistema móvel consiste em “identificar uma pluralidade de princípios que regem um certo instituto jurídico, em confiar ao legislador a tarefa de fixá-los numa norma jurídica e em remeter ao juiz a escolha dos princípios que, entre esses, lhe parecem mais aplicáveis ao caso em exame”<sup>179</sup>.

Ao longo de seu texto, o autor traz diversos exemplos de casos concretos retirados do direito dos contratos e do direito delitual, com a finalidade de explicar o método do sistema móvel e critica aqueles que tentam fundamentar todo o sistema segundo princípios absolutos.

Sua proposta fica clara nas passagens do texto *Entwicklung Eines Beweglichen Systems im Bürgerli-Chen Recht*, reduzido a termo por ocasião de uma aula inaugural ministrada como reitor da Universidade Karl-Franzens de Graz, em 22 de novembro de 1950:

Todos os princípios enunciados têm um sentido útil e razoável. A sua falha consiste, no entanto, no facto de aspirarem a um domínio exclusivo e reclamarem uma vigência irrestrita. As antinomias, que daí surgiram, acabaram por conduzir à resignação da doutrina e à renúncia a uma solução de princípio. Os seus redactores tomaram como princípio orientador a ideia de justiça. A justiça é, nessa medida, um princípio superior, constituindo para a lei e para o juiz um arrimo psicológico na ponderação dos interesses. Ela conduziu os redactores do ABGB a soluções de fina sensibilidade e equilíbrio. Também a ideia de equidade contribuiu valiosamente para o desenvolvimento do direito. Amiúde permitiu “romper” formas rigidificadas. Todavia, seria perigoso instituí-la como princípio geral válido para o julgador, já que carece de “fundamentalidade”. O seu conteúdo permite, no máximo, reconhecer razões de natureza social; para além disso, implicaria um passo no sentido da “livre descoberta” do direito. O “princípio da igualdade” (*par conditio creditorum*) desenvolveu-se para contrariar a “livre competição” entre os credores, a qual remeteria a decisão para a habilidade destes, para o “favor” do devedor ou mesmo para o mero acaso.

Todos os princípios enunciados têm um sentido útil e razoável. A sua falha consiste, no entanto, no facto de aspirarem a um domínio exclusivo e reclamarem uma vigência irrestrita. As antinomias, que daí surgiram, acabaram por conduzir à resignação da doutrina e à renúncia a uma solução de princípio. Ao invés, eu tentei encontrar uma “ordem interna” para o direito da responsabilidade civil pressupondo que tal instituto não se deixa reconduzir a uma ideia unitária, mas antes resulta de um jogo de pontos de vista, que podem ser apreendidos científica e legalmente como elementos ou, como doravante o quero formular, como forças móveis.

O método aqui proposto destina-se a conformar o sistema do direito privado de tal modo que, sem perda da sua consistência interna, adquira a aptidão de receber em si mesmo as múltiplas forças da vida<sup>180</sup>.

<sup>179</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 282.

<sup>180</sup> WILBURG, Walter. **Entwicklung Eines Beweglichen Systems im Bürgerli-chen Recht** (Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil) – Oração inaugural proferido na investidura como reitor da Universidade Karl-Franzens de Graz, a 22 de novembro de 1950, pelo Prof. Dr. Walter Wilburg – Traduzido do original alemão por Dora Moreira Sousa e Raul Guichard – Publicado em DJ, XIV, 2000, t. 3, pp. 10-11-16-27-28.

Desta forma, a liberdade do juiz, chamado a julgar, seria “discrecionariade orientada”, ou seja, não haveria um modo livre, evitando que o tribunal seja remetido apenas para a “equidade, para os bons costumes ou para conceitos semelhantes desprovidos de conteúdo”.

Na concepção de Walter Wilburg, seu método ajudaria a ciência jurídica a adequar os princípios, sem a necessidade de novas leis.

O sistema aberto de Claus-Wilhelm Canaris, aluno de Karl Larenz e amigo de Walter Wilburg, com quem conviveu na universidade de Göttingen, nasceu de seu estudo à jurisprudência dos valores.

O autor reconhecia que a “completude” não era um requisito do sistema jurídico. O sistema aberto, segundo o autor, é um sistema aberto a todos os valores, que são orientadores para os princípios gerais que constroem o sistema. Em sua obra *Systemdenken und Systembegriff*, dedica seus estudos ao sistema interno, o qual chama também de sistema “objetivo”, já que seu objeto de estudos é o direito, a construção de um sistema aplicável ao direito, e não a teoria geral de um sistema aplicável a qualquer ciência. Assim como demais doutrinadores, afirma que o sistema é caracterizado pelos elementos da ordem e da unidade:

No que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este factor modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais<sup>181</sup>.

Claus-Wilhelm Canaris critica duramente o sistema lógico-formal ao modo de Stammler e de Hans Kelsen, já que referido sistema utiliza-se de regras lógicas como as da matemática, que se diz clara, logicamente livre de contradições, e sem lacunas, no qual deve haver a subsunção de todos os fatos, o que é impossível. E, quando não é possível a subsunção em uma das normas, a ordem abdica da garantia essencial.

Portanto, a unidade interna de um sistema não deve corresponder à lógica, tampouco a um sistema dedutivo, mas a um tipo valorativo ou axiológico, através do método indutivo. Por fim, o autor questiona, com a finalidade de criticar o positivismo lógico-formal:

---

<sup>181</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução do original alemão: *SYSTEMDENKEN UND SYSTEMBEGRIFF IN DER JURISPRUDENZ*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 12.

Quem poderia seriamente pretender que a regra de tratar o igual por igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da diferença, pode ser acatada com os meios da lógica? Os valores estão, sem dúvida, fora do âmbito da lógica formal e, por consequência, a adequação de vários valores entre si e a sua conexão interna não se deixam exprimir logicamente, mas antes, apenas, axiológica ou teleologicamente<sup>182</sup>.

O sistema aberto de Claus-Wilhelm Canaris é construído indutivamente, é inconciliável com a ciência do direito que todas as proposições válidas dentro de um determinado âmbito material se deixem deduzir de axiomas, através de uma dedução puramente lógico-formal. Para que fosse possível a dedução lógico-formal do sistema, seriam necessários dois elementos, impossíveis: a ausência de contradições e a plenitude.

Esse sistema não consiste apenas em normas, mas elas devem apoiar-se nos mais altos valores existentes por detrás delas ou que nelas estejam compreendidos, como a justiça, a equidade e a segurança do direito.

A lei compreende diversas cláusulas gerais, que também carecem de preenchimento com valorações que só serão resolvidas no caso concreto.

Para Claus-Wilhelm Canaris, os elementos constitutivos que formam a unidade interna e a adequação da ordem jurídica são os princípios gerais do direito. A principal característica da unidade do sistema é a recondução da multiplicidade dos valores singulares a alguns poucos princípios constitutivos. Ou seja, através da multiplicidade dos valores singulares, através dos quais se tornam claras as conexões interiores, chega-se aos valores fundamentais, portanto, aos princípios gerais da ordem jurídica.

Para o conjunto da sistemática aberta, nem todos os princípios são portadores de unidade, ou seja, nem todos são sistematizadores, mas alguns são relevantes para os subsistemas pequenos, como os princípios gerais autônomos.

O sistema de Claus-Wilhelm Canaris é composto por princípios gerais do direito, inspirados em valores, e dispostos em ordem hierárquica. Para o autor, são esses os elementos supremos constitutivos da unidade interna e da adequação da ordem jurídica. O princípio explicita a valoração que está por detrás dele e, por essa razão, é sempre necessário recorrer à valoração incluída no princípio. Como exemplo, utiliza-se do princípio da autodeterminação negocial, por detrás do qual está o valor da liberdade.

---

<sup>182</sup> WILBURG, Walter. *Entwicklung Eines Beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht* (Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil) – Oração inaugural proferido na investidura como reitor da Universidade Karl-Franzens de Graz, a 22 de novembro de 1950, pelo Prof. Dr. Walter Wilburg – Traduzido do original alemão por Dora Moreira Sousa e Raul Guichard – Publicado em DJ, XIV, 2000, t. 3, p. 31.

O princípio ocupa pois, justamente, o ponto intermediário entre o valor, por um lado, e o conceito, por outro: ele excede aquele por estar já suficientemente determinado para compreender uma indicação sobre as consequências jurídicas e, com isso, para possuir uma configuração especificamente jurídica e ultrapassa este por ainda não estar suficientemente determinado para esconder a valoração<sup>183</sup>.

Conforme explicado, os princípios gerais do direito possuem função sistematizadora, e o modo e a forma pelo qual eles cumprem essa função, ou seja, sua concretização, se dá através de subprincípios e de valores singulares.

Claus-Wilhelm Canaris ensina que os princípios necessitam, para a sua concretização, de subprincípios e de valores singulares com material próprio, já que eles não são normas, portanto, não possuem aplicação imediata. Desta forma, os princípios precisam ser normativizados. Por fim, exemplifica como os princípios gerais são concretizados através de subprincípios:

Quando, por exemplo, se saiba que uma determinada vinculação respeita ao princípio da auto-responsabilidade, ainda se está muito longe de uma norma susceptível de imputação. A auto-responsabilidade não significa mais do que imputação, mas esta pressupõe um determinado princípio de imputação. O Direito civil vigente conhece, como tais, apenas o princípio da culpa, o princípio do risco e – em todo o caso segundo uma opinião difundida, ainda que incorreta – o princípio da causalidade, cabendo efectuar uma escolha entre eles. Mas com isso, o processo de concretização não ficou, contudo, ainda, concluído. Feita, por exemplo, uma escolha a favor do princípio da culpa, surge, em seguida, a questão das formas de culpa; determinadas estas, mais pormenorizadamente, como dolo e negligência, cabe ainda esclarecer o que se deve entender com isso; de novo são necessários valores autónomos, por exemplo, a propósito do tratamento dos erros sobre a proibição, a propósito da questão de saber se o conceito de negligência se deve entender objectiva ou subjetivamente e a propósito da determinação interna do que seja, em determinada situação, o “cuidado necessário no tráfego”; também surgem novos valores da bitola de responsabilidade, portanto a respeito do problema de por que grau de culpa se deve responder: se só por dolo, se só até o limite da negligência grosseira ou se só por diligência exigível, etc.<sup>184</sup>.

Os princípios de Claus-Wilhelm Canaris possuem quatro características: a) podem sofrer exceções e entrar entre si reciprocamente em oposição ou contradição; b) não são exclusivos; c) manifestam-se numa combinação de complementos e restrições (limitações) recíprocas; d) devem ser traduzidos em normas, necessitam para a sua concretização de subprincípios<sup>185</sup>.

<sup>183</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução do original alemão: SYSTEMDENKEN UND SYSTEMBEGRIFF IN DER JURISPRUDENZ. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 87.

<sup>184</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução do original alemão: SYSTEMDENKEN UND SYSTEMBEGRIFF IN DER JURISPRUDENZ. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pp. 97-98.

<sup>185</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução do original alemão: SYSTEMDENKEN UND SYSTEMBEGRIFF IN DER JURISPRUDENZ. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 88.

A primeira característica significa que os princípios gerais do direito não “têm pretensão de exclusividade”, o que significa que para uma mesma consequência jurídica, característica de um determinado princípio, também podem se conectar a outros princípios. Assim, “os princípios ostentam seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas”<sup>186</sup>.

Segundo seu idealizador, duas são as qualidades do sistema: a abertura e a mobilidade.

Entende-se por abertura “a incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema” – dentre os fatores construtivos e modificativos do sistema está o princípio da boa-fé: “O princípio da boa-fé demonstrou, na *exceptio doli*, na doutrina da *suppressio* ou na multiplicidade dos deveres de comportamento desenvolvidos a partir dela, uma inegável força de alteração do sistema”<sup>187</sup>.

Para Mario Losano,

A construção de Canaris partira da asserção segundo a qual os valores fundamentais estavam fora do sistema jurídico. Mesmo estando fora, todavia, eles são capazes de influenciá-lo: os valores mudam, mudam os princípios e muda também o sistema jurídico. Essa mudança depende da natureza mesmo do direito: a abertura do sistema objetivo resulta da essência do objeto da jurisprudência [ciência do direito], ou seja, da essência do direito positivo entendido como fenômeno imerso no processo da história e, portanto, mutável. Contudo, essa constatação empírica não explica por que ocorre a mudança. A própria formulação de Canaris asseriu, mas não demonstra: “Isso é de fato indiscutível e resulta sem dúvida do fato de que, como é sabido, o direito positivo (também em um ordenamento jurídico fundado em uma codificação) é, de modos variados, suscetível de complementação”<sup>188</sup>.

O sistema jurídico deve ser elaborado de forma a exprimir o estado dos conhecimentos do seu tempo, por essa razão, não é definitivo, mas é um processo infundável, e deve estar aberto para a reelaboração científica. É dinâmico e deve assumir a estrutura do aspecto histórico-cultural.

As modificações no sistema jurídico interno cabem primeiramente ao legislador, posteriormente ao direito consuetudinário e à jurisprudência. Existem, ainda, fatores extralegais, que são modificadores da consciência jurídica geral, e que conduzem a um acentuar de valores ético-jurídicos; por fim, as modificações podem ocorrer através das cláusulas gerais, que carecem de preenchimento com valorações e remetem, com frequência, aos princípios gerais do direito.

<sup>186</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução do original alemão: SYSTEMDENKEN UND SYSTEMBEGRIFF IN DER JURISPRUDENZ. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pp. 90-94.

<sup>187</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução do original alemão: SYSTEMDENKEN UND SYSTEMBEGRIFF IN DER JURISPRUDENZ. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 105.

<sup>188</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 331-332.

A influência dos valores e aspectos externos sobre o sistema interno é denominada por Niklas Luhmann como autopoiese, ou seja, há verdadeira estabilidade dinâmica entre os elementos externos, o sistema externo e o sistema interno visto que os sistemas alimentam-se de si próprios, tanto em face de influências externas quanto internas<sup>189</sup>.

As modificações do sistema interno (objetivo) e externo (científico) são assim resumidas por Claus-Wilhelm Canaris:

As modificações do sistema objetivo reportam-se, no essencial, a modificações legislativas, a novas formações consuetudinárias, à concretização de normas carecidas de preenchimento com valorações e à erupção de princípios gerais de Direito extra-legais, que têm o seu fundamento de validade na ideia de Direito e na natureza das coisas. As modificações do sistema científico resultam dos progressos do conhecimento dos valores fundamentais do Direito vigente e traduzem, por outro lado, a execução de modificações do sistema objetivo. As modificações do primeiro seguem, fundamentalmente, as alterações do último; os sistemas objetivo e científico estão também ligados na dialética geral entre o Direito objetivo em vigor e sua aplicação<sup>190</sup>.

O autor distingue entre a abertura de um sistema e o seu caráter móvel, conforme a concepção de Walter Wilburg. Afirmar, por fim, que a mobilidade do sistema deve sempre ser entendida no termo por este pensador e não deve ser confundida com a abertura do sistema:

Para a mobilidade do sistema, é característico, por um lado, que WILBURG negue a determinação de uma determinada hierarquia entre os elementos, que coloca, pois, ao mesmo nível e, por outro, que eles não devam surgir sempre todos, mas antes se possam substituir uns aos outros. As características essenciais do “sistema móvel” são, pois, a igualdade fundamental de categoria e a substitutividade mútua dos competentes princípios ou critérios de igualdade – pois é de facto disso que se trata quando WILBURG fala de elementos ou de forças móveis. Como se vê com facilidade, isto não tem praticamente nada a ver com a abertura do sistema: a modificabilidade dos valores e dos princípios, característica para este, não precisa, de modo necessário, ocorrer num sistema móvel, pois os componentes “elementos” podem ser inteiramente firmes, e, inversamente, a abertura do sistema não tem fatalmente, como consequência, a igual categoria dos seus princípios e a renúncia a previsões firmes; um sistema móvel pode, portanto ser aberto ou ser fechado e um sistema aberto pode ser móvel ou rígido<sup>191</sup>.

No entendimento de Mario Losano, “o direito positivo deve fazer uso da cláusula geral, do sistema móvel e do caso concreto para regular cada aspecto da realidade; essas três

<sup>189</sup> LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoria de sistemas**. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate-Universidad Iberoamericana – México, 1996, p. 307.

<sup>190</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução do original alemão: SYSTEMDENKEN UND SYSTEMBEGRIFF IN DER JURISPRUDENZ. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pp. 125-126.

<sup>191</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução do original alemão: SYSTEMDENKEN UND SYSTEMBEGRIFF IN DER JURISPRUDENZ. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pp. 129-130.

possibilidades, por conseguinte, convivem em todo o ordenamento”<sup>192</sup>. Nesta medida, concluímos que um sistema aberto, com partes móveis e imóveis, se revela o mais adequado.

O direito deve ser codificado e o sistema, positivado, já que a codificação é necessária para trazer-lhe ordem e unidade, e conseqüentemente, cientificidade ao direito e segurança jurídica. No entanto, as constantes mudanças sociais, econômicas, políticas e tecnológicas, além da alteração do paradigma que exige um direito regado a valores, não comporta mais um modelo de Código fechado, impermeável às referidas alterações econômicas e sociais.

O sistema contemporâneo deve, ao mesmo tempo, ser aberto a valores (que formarão os princípios gerais do direito) e aos elementos externos (que influenciam constantemente na vida da sociedade), atendendo, portanto, ao valor fonte do direito que é a pessoa humana, respeitando o valor supremo da justiça, e mantendo o sistema sempre atualizado diante de sua abertura e mobilidade.

Em razão dos princípios gerais do direito positivo, das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, os valores ingressam na aplicação do direito. Os três primeiros conferem ainda mais segurança ao sistema na medida em que deixou de ser tarefa dos juízes adequar à realidade as normas já envelhecidas. Não obstante, referidos termos semanticamente vagos, não dão ao juiz poder de discricionariedade visto que há critérios a serem respeitados para a aplicação destes elementos do sistema aberto.

Toda a sistemática, através de seus princípios gerais, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados ditam os parâmetros (princípios) que deverão ser utilizados pelo juiz para manter o direito adequado às mudanças sociais e ao caso concreto.

O sistema fechado supõe, para a aplicação de suas regras, o raciocínio axiomático-dedutivo, o que não é mais aceitável diante das inegáveis mudanças sociais e tecnológicas. O sistema, então, deve estar pautado em um modelo aberto e móvel, tornando-o operável, atualizado e adaptado às mudanças sociais.

Ocorre que alguns princípios, aqueles ditos como supremos, como a justiça, a dignidade da pessoa humana, o bem comum e a equidade, devem ser imóveis. Embora a sociedade apresente incessante renovação de valores, nem todos são suscetíveis às mudanças, a movimentos, uma vez que sua fonte está na própria natureza humana.

O sistema positivo fechado não tem mais lugar, já que a forma de raciocínio dedutivo não se adapta às mudanças sociais, e não tem abertura para os princípios e valores que devem fundamentar toda a sistemática. O sistema fechado carece de ligação orgânica com o sistema

---

<sup>192</sup> LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 335-336.

do direito constitucional. Na atual sistemática, é inadmissível que qualquer norma não seja pautada em valores, que não se adapte às constantes mudanças sociais, e o sistema fechado não dá abertura a quaisquer valores, não possibilita a captação de elementos externos ao sistema, não tem completude, e é vasto de lacunas, sem conferir alternativas dignas do valor supremo da justiça. Portanto, todas as normas do sistema, sem exceção, devem ser valoradas e abertas aos elementos externos.

Notamos que o sistema móvel de Walter Wilburg é ineficaz na medida em que o convencimento do juiz estaria de qualquer forma vinculado a um sistema totalmente fechado, já que só poderia movimentar os princípios existentes no próprio sistema fechado, que como salientamos, é falho, não tem completude e é vasto de lacunas. Assim, encontramos melhor solução em um sistema aberto, com princípios que convivam lado a lado, sem contradições, sem substituições, já que a vida em sociedade está em constante movimento, e o método de aplicação da lei deve utilizar o método da concreção e dos princípios imóveis, estáveis, não sujeitos à variação.

Encerramos o presente capítulo com Miguel Reale, cujo pensamento reflete nossa conclusão:

Códigos definitivos e intocáveis não os há, nem haveria vantagem em tê-los, pois a sua imobilidade significaria a perda do que há de mais profundo no ser do homem, que é o seu desejo perene de perfectibilidade. Um Código não é, em verdade, algo de estático ou cristalizado, destinado a embaraçar caminhos, a travar iniciativas, a provocar paradas ou retrocessos: põe-se antes como sistema de soluções normativas e de modelos informadores da experiência vivida de uma Nação, a fim de que ela, graças à visão atualizada do conjunto, possa com segurança prosseguir em sua caminhada<sup>193</sup>.

---

<sup>193</sup> REALE, Miguel. **Exposição de Motivos do anteprojeto do Código Civil**. Mensagem 160. São Paulo: Diário do Congresso Nacional- Seção I, 13.06.1975, Seção I, p. 252.

#### 4 DAS DIFERENÇAS ENTRE CLÁUSULA GERAL, CONCEITOS INDETERMINADOS, PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO E CONCEITOS JURÍDICOS DETERMINADOS

Como vimos, a sistemática jurídica, em especial a sistemática jurídica brasileira, sofreu importantes modificações. Isso ocorreu porque o direito contemporâneo busca atender à eticidade, à socialidade, à operabilidade, à equidade, todos princípios que dão concretude à dignidade da pessoa humana (posto que o homem é o valor-fonte por excelência da ciência jurídica), e ao ideal de justiça (valor supremo, cuja valia consiste em permitir que todos os demais valores valham, harmonicamente), verificando-se, portanto, uma nova realidade contemporânea e uma nova realidade de suas fontes.

A sociedade está em constante evolução. As Revoluções Industrial e Tecnológica criaram novos tipos de relações sociais. Como afirma Giovanni Ettore Nanni, os valores se transmudam, e o direito positivo busca acompanhar essas mudanças: “Se o direito civil é o direito do cidadão comum, da civilização, daí a razão de seu nome, deve conseqüentemente acompanhar o progresso e o desenvolvimento da sociedade, o que não ocorreu com o nosso”<sup>194</sup>.

Desta forma, verifica-se uma transformação no sistema das fontes de criação de direitos subjetivos e de deveres jurídicos, uma passagem do sistema fechado para o sistema aberto, ou sistema de autorreferência relativa<sup>195</sup>.

A chamada crise das fontes, segundo Clóvis do Couto e Silva,

[...] resulta da admissão de princípios tradicionalmente considerados metajurídicos no campo da ciência do direito, aluindo-se, assim, o rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo. Em verdade, outros fatores passaram a influir poderosamente no nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional, fatores esses decorrentes da cultura e da imersão dos valores que os códigos revelam no campo social e das transformações e modificações que produzem. A crise decorre da concepção de que um código por mais amplo que seja não esgota o *corpus juris* vigente, o qual se manifesta através de princípios, máximas, usos, diretivas, não apenas na interpretação judicial, como também na doutrinação<sup>196</sup>.

Os Códigos mais recentes, dentre eles o civil brasileiro, “têm em comum a adoção de uma dupla e convergente opção técnica: paralelamente às disposições casuísticas, ajuntam,

<sup>194</sup> NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (coord.). **Cadernos de direito civil constitucional**: caderno 2. Curitiba: Juruá, 2001, p. 58.

<sup>195</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 274.

<sup>196</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 65.

situando-os pontualmente, cláusulas gerais, princípios, conceitos determinados e conceitos indeterminados, tentando aliar segurança e flexibilidade”<sup>197</sup>.

Assim, a ciência jurídica criou novas técnicas legislativas, com a finalidade de manter a sistemática compatível com as necessidades sociais, dentre elas, as cláusulas gerais, os princípios jurídicos, os conceitos determinados e indeterminados, que vivem em verdadeira integração, e formam os principais elementos de um sistema jurídico aberto, todos marcados por alto grau de vagueza semântica: “A solução dos problemas reclama a atuação conjunta desse arsenal”<sup>198</sup>, afirma Nelson Nery Junior.

São objeto do presente estudo apenas as cláusulas gerais. No entanto, será relevante conceituarmos e traçarmos as semelhanças e as distinções de cada uma dessas técnicas.

#### 4.1 Cláusulas gerais

Conforme explica Judith Martins Costa, cláusulas gerais são técnicas legislativas, que permitem o ingresso

[...] no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo<sup>199</sup>.

Portanto, trata-se do nexos entre os princípios valorativos, dos *standards*, máximas de condutas e alterações sociais, e o ordenamento jurídico, o nexos entre os valores e as normas.

Diante da grande abertura semântica existente nas cláusulas gerais, as respostas aos problemas concretos são construídas paulatinamente pela jurisprudência, através de critérios descritos em outras partes da sistemática, como também, através de critérios sociais, como os usos e bons costumes, possibilitando ao juiz “circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial e não legal”<sup>200</sup>.

Notemos, portanto, que as cláusulas gerais são verdadeira técnica legislativa, e não somente norma de valor ético, já que diante da abertura de seus termos conduzem o julgador,

<sup>197</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 141.

<sup>198</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 12. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 290.

<sup>199</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 274.

<sup>200</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 299.

diante do caso concreto, a criar e complementar normas jurídicas, com base nos princípios gerais do direito, com base em normas sociais, com elementos (valores) existentes até mesmo fora do sistema. Estes elementos (internos e externos) possibilitam ao juiz fundamentar sua decisão – fundamentos que, reiterados no tempo, permitirão a ressystematização<sup>201</sup>.

As cláusulas gerais se contrapõem ao método casuístico. Nas regras casuísticas, há uma prevalência do elemento descritivo, concorrendo uma tipificação de condutas no próprio texto legal.

Fredie Didier Junior define as cláusulas gerais a partir de sua estrutura:

Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa<sup>202</sup>.

Notemos, portanto, que a cláusula geral é uma técnica legislativa, que no antecedente, ou seja, na hipótese da norma (os casos nos quais ela se enquadra), utiliza-se de termos vagos, e quanto ao consequente, este será indeterminado. A cláusula geral não dirá qual é a consequência, desta forma, a sanção será construída pelo aplicador da lei. E aqui reside sua diferença em relação ao conceito indeterminado.

Através dos conceitos formulados por Fredie Didier Junior e Judith Martins Costa, cláusula geral é composta por termos vagos e indeterminados, mas jamais por termos genéricos. Karl Engisch também a define como técnica legislativa, e utiliza-se do termo “genérico” para explicitar uma das suas características, quando, na verdade, deveria utilizar-se do termo vagueza:

O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica<sup>203</sup>.

Para Judith Martins Costa, o termo “genérico” utilizado por Karl Engisch é equivocado, posto que “um enunciado é genérico, quando não refere à presença de especificação, isto é, quando a expressão se referir indiferentemente a uma pluralidade de situações diversas”. Portanto, a expressão correta para delinear uma das características das cláusulas gerais é a vagueza:

<sup>201</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 303.

<sup>202</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **Cláusulas gerais processuais**. Disponível em: [www.drediedidier.com.br](http://www.drediedidier.com.br). Acesso em: 20 out. 2019.

<sup>203</sup> ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução do original alemão intitulado: EINFÜHRUNG IN DAS JURISTISCHE DEKEN, 1983. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 233.

As Cláusulas Gerais não são assim necessariamente nem gerais, nem genéricas, nem ambíguas; desde aí, aliás, poderia ser procedida a crítica da expressão derivada do alemão *Generalklauseln*, infelizmente já consagrada. O que as caracteriza enquanto técnica é, fundamentalmente, ou o emprego de expressões ou termos vagos no delineamento da “*fattispecie*” ou a conferência de um mandato – cujo significado pode ser semanticamente impreciso – ao juiz para, a partir dele, sejam concretizadas as consequências normativas visadas<sup>204</sup>.

Claudio Luzzatti diferencia o termo genérico do termo vagueza e esclarece:

Genericidade é um fenômeno bem diferente da vagueza. Como você sabe, a vagueza é uma incerteza sobre os limites de um conceito. Dá vagueza quando surgem casos limites (*borderline cases*) que não podemos atribuir a uma determinada classe ou a seu complemento. Esses casos constituem uma área de meia luz, ou penumbra, que pode ser mais ou menos extensa. Isso não significa que existem outros casos que não apresentam nenhum problema: os chamados núcleo do conceito. De qualquer forma, a incerteza não depende da falta de informação, mas da “porosidade” da linguagem. Se, por exemplo, perguntássemos a um historiador: “Nero morreu jovem?”, ele estaria em dúvida sobre como responder, não por falta de notícias, mas justamente por sua preparação científica. Obviamente, o historiador Nero morreu aos 31 anos, uma idade nem muito jovem nem venerável, além disso, em uma época em que a expectativa de vida era diferente da nossa. No entanto, ele permanece indeciso entre sim e não. Ele pode dizer: “Sim, ele morreu jovem, se por ‘jovem’ você quer dizer uma pessoa com trinta e um anos de idade”. E isso não seria necessariamente uma resposta irônica. Eu acrescentaria que quase todos os conceitos são vagos, embora em graus variados. Por outro lado, deve-se notar que uma noção vaga não carece inteiramente de capacidade de informação. Voltando ao exemplo acima, se eu disser: “Nero morreu relativamente jovem”, é pelo menos claro que o imperador morreu nem decrépito nem em tenra idade<sup>205</sup>.

Diversamente, as cláusulas gerais são enunciados elásticos (vagos, abertos).

Nos enunciados elásticos (vagos, abertos, porosos, cláusulas gerais em sentido amplo) verifica-se a ausência, na hipótese legal, de uma prefiguração descritiva ou especificativa. São empregados termos cuja tessitura é semanticamente aberta, muitas vezes dotados de cunho valorativo (bons costumes; boa-fé; função social, justa causa; diligência habitual, etc.). O detalhamento, próprio da casuística, estará ausente. Exemplos: artigos 187, 421, 422, 884, 949, todos do Código Civil<sup>206</sup>.

<sup>204</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópicos no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 306.

<sup>205</sup> LUZZATI, Claudio. **Elogio dell’indifferenza**. La genericità scarnificata. Diritto e questioni pubbliche-Palermo, 2012. Tradução livre do trecho: “La genericità è un fenomeno ben diverso dalla vaghezza. Com’è noto, la vaghezza è un’incertezza riguardo ai confini di un concetto. Si dà vaghezza quando si presentano casi limite (*borderline cases*) che non siamo in grado di assegnare né ad una data classe né al suo complemento. Tali casi costituiscono una zona di mezza luce, o penombra, che può essere più o meno estesa. Ciò non toglie che vi siano altri casi che non presentano alcun problema: il c.d. nucleo del concetto. L’incertezza, ad ogni buon conto, non dipende da una carenza informativa, bensì dalla “porosità” del linguaggio. Se, per esempio, chiedessimo ad uno storico: “Nerone morì giovane?”, costui sarebbe in dubbio su come rispondere, non a causa di una mancanza di notizie, ma proprio in virtù della sua preparazione scientifica. Lo storico ovviamente sa che Nerone morì a trentun anni, un’età né giovanissima né veneranda, per giunta in un’epoca in cui l’aspettativa di vita era diversa dalla nostra. Resta però indeciso tra il sì e il no. Potrebbe rispondere: “Sì, morì giovane, se per ‘giovane’ voi intendete una persona che ha compiuto trentun anni”. E questa non sarebbe una risposta necessariamente ironica. Aggiungo che quasi tutti i concetti sono vaghi, seppure in misura diversa. D’altra parte, si deve osservare che una nozione vaga non è del tutto priva di capacità informativa. Tornando all’esempio di prima, se affermo: “Nerone morì relativamente giovane”, è per lo meno chiaro che l’imperatore non morì né decrepito né in tenera età”.

<sup>206</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 145.

Conforme afirma Rodrigo Reis Mazzei, partindo da classificação como norma vaga, esta deve ser gênero, da qual são espécies a cláusula geral e o conceito indeterminado<sup>207</sup>.

Pierluigi Chiassoni menciona definição de Vito Velluzi acerca das cláusulas gerais:

La cláusula general es un término o sintagma de naturaleza valorativa caracterizado por la indeterminación, por lo que el significado de tal términ[o] o sintagm[a] no es determinable (o dicho de otro modo, las condiciones de aplicación del término o sintagma no son individualizables) salvo recurriendo a criterios, parámetros de juicio, internos y/o externos al derecho, entre sí competidores potenciales<sup>208</sup>.

Referindo-nos ainda às lições de Pierluigi Chiassoni, notamos que a cláusula geral utiliza termos indeterminados, no qual o sintagma é valorativo. O autor ainda traça os critérios da integração entre os termos indeterminados e o sintagma valorativo:

a. Ao contrário do que os juristas afirmam com certa frequência, a integração valorativa de uma cláusula geral não implica necessariamente o envio e ao uso de parâmetros extrajurídicos (padrões, critérios de julgamento); pode, de fato, implicar, dependendo do caso, o envio, tanto para parâmetros fora da lei quanto para parâmetros internos à lei; b. Quando uma cláusula geral devia (é entendida como um agente de envio) a critérios fora da lei, a integração de valor consiste em operações de integração (genuína); de modo que, nessas hipóteses, permanece uma diferença qualitativa e não apenas quantitativa entre a interpretação de uma disposição legislativa ou constitucional (comum), por um lado, e a integração valorativa de uma cláusula geral, por outro; c. Quando uma cláusula geral se refere (é entendida como encaminhadora) a critérios internos à lei, a integração de valor consiste, em vez disso, em uma atividade normal de interpretação<sup>209</sup>.

Relevante ressaltar que esses critérios internos e externos podem variar de acordo com o contexto histórico-cultural, daí uma das mais importantes funções das cláusulas gerais, que é manter o sistema sempre atualizado conforme os valores de seu tempo.

Em todos esses casos, o texto normativo apresenta, ao invés de descrição na hipótese normativa (fato tipo, *factispecies*), termos e expressões carecidas de determinação (conceitos

<sup>207</sup> MAZZEI, Rodrigo Reis. **Comentários ao Código Civil brasileiro** – parte geral. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. LXXXII.

<sup>208</sup> CHIASSONI, Pierluigi. Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica. **Revista de Derecho Privado**, n. 21, julio-diciembre, 2011, p. 90. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1964643](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1964643). Acesso em: 15 set. 2019. “A cláusula geral é um termo ou frase de natureza avaliativa caracterizada por indeterminação, de modo que o significado de tal termo [o] ou frase [a] não é determinável (ou seja, as condições de aplicação do termo ou frase não são individualizáveis), exceto recorrendo a critérios, parâmetros de julgamento, internos e/ou externos à lei, entre eles concorrentes em potencial”.

<sup>209</sup> CHIASSONI, Pierluigi. Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica. **Revista de Derecho Privado**, n. 21, julio-diciembre, 2011. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1964643](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1964643). Acesso em: 15 set. 2019, pp. 91-92. Tradução livre do trecho: “a. Contrario a lo que los juristas afirman con cierta frecuencia, la integración valorativa de una cláusula general no implica necesariamente el reenvío a, y el uso de, parámetros (standards, criterios de juicio) extra-jurídicos; puede implicar, en efecto, según los casos, el reenvío, tanto a parámetros externos al derecho, como a parámetros internos al derecho; b. Cuando una cláusula general reenvía (es entendida como hacedora de reenvío) a criterios externos al derecho, la integración valorativa consiste en operaciones de (genuina) integración; de modo que, en tales hipótesis, subsiste una diferencia cualitativa y no solamente cuantitativa entre la interpretación de una (ordinaria) disposición legislativa o constitucional, de un lado, y la integración valorativa de una cláusula general, del otro; c. Cuando una cláusula general reenvía (es entendida como hacedora de reenvío) a criterios internos al derecho, la integración valorativa consiste, en cambio, em una normal actividad de interpretación”.

vagos)<sup>210</sup>. Diversamente do que ocorre com a casuística, em que há descrição das *factispecies*, a tipificação da conduta está no próprio texto normativo.

Um termo ou um enunciado é vago quando seu uso apresenta, além das hipóteses centrais e não controversas, alguns casos-limite<sup>211</sup>. Segundo Judith Martins Costa,

Casos-limite são constituídos por *fattispecies* sobre a qualificação das quais poderemos restar intrinsecamente incertos e em relação às quais poderemos não ter condições de dizer se correspondem ou não à *fattispecies* prevista no texto normativo. No nosso sistema existe a necessidade de certeza e precisão, de um lado, e a necessidade de alguma imprecisão, de outro, pois é esta que possibilitará o amoldamento da *fattispecies* normativa às situações novas, sequer possíveis de terem sido previstas quando posto o texto pelo legislador. Ocorre, por isso, em todo o Ordenamento, uma composição entre textos caracterizados por alto grau de precisão semântica e outros construídos sobre a intencional imprecisão, já que é útil e necessária a potencialidade (semântica) da vagueza justamente a fim de ser conferida tutela aos casos-limite<sup>212</sup>.

Segundo Francisco Amaral, a “valorização das cláusulas gerais leva a maior contribuição pessoal do intérprete, conseqüentemente, ao reconhecimento de maior poder ao juiz”<sup>213</sup>.

Desta forma, conclui-se que as cláusulas gerais são orientadoras, dirigidas ao juiz, dando-lhe maior atividade criadora, o que não se confunde com discricionariedade, dotando o sistema de mobilidade, mantendo-o atualizado com as mudanças sociais, desde que observados os ditames da lei. São normas de ordem pública, o que implica em seu conhecimento e aplicação *ex officio* pelo juiz, independentemente de pedido da parte ou do interessado (basta que haja processo em curso), a qualquer tempo e em qualquer grau ordinário de jurisdição (v.g. Código de Processo Civil, artigo 342, III), sem se sujeitar a preclusão. Como prescindem de alegação da parte para serem examinadas, não se submetem à regra da congruência entre pedido e sentença (Código de Processo Civil, artigos 141 e 492), de maneira que, quando o juiz as aplica sem que tenha havido provocação da parte nesse sentido, não estará decidindo *extra* ou *ultra* petita<sup>214</sup>.

As cláusulas gerais reforçam que a prática judicial, através dos julgados, é também fonte de direito. Neste caso, exigem que o juiz utilize o método da concretização ao invés da subsunção. É o que afirma Karl Larenz:

<sup>210</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 45.

<sup>211</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 149.

<sup>212</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 142.

<sup>213</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil** – introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 73.

<sup>214</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 12. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 2.522.

Na apreciação do caso concreto, o juiz não tem apenas de “generalizar” o caso; tem também de “individualizar” até certo ponto o critério; e precisamente por isso, a sua atividade não se esgota na “subsunção”. Quanto “mais complexos” são os aspectos peculiares do caso a decidir, “tanto mais difícil e mais livre se torna a atividade do juiz, tanto mais se afasta da aparência da mera subsunção”<sup>215</sup>.

Superadas as suas principais características e estrutura, passemos às semelhanças e diferenças entre os princípios e entre os conceitos jurídicos determinados e indeterminados.

#### 4.2 Distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados

Assim como as cláusulas gerais, os conceitos jurídicos indeterminados têm como traço característico o alto grau de vagueza semântica, além do reenvio a valores extrassistemáticos e sistêmicos.

Os conceitos jurídicos indeterminados se subdividem entre os termos ou expressões indeterminadas referentes a realidades fáticas ou a valores.

Assim, expressões indeterminadas podem ter o seu significado tornado preciso, com base nas regras da experiência jurídica; já outras expressões determinadas, poderão ter seu significado tornado preciso através das realidades valorativas.

Notemos que é necessário tornar o termo preciso, reportar ao fato concreto o elemento vago indicado na *fattispecie*, e após individualizar a hipótese (antecedente), o consequente é determinado, posto que já está predeterminado na esfera legislativa. Diversamente ocorre com a cláusula geral, em que o consequente é indeterminado e o juiz deverá indicar quais são os efeitos incidentes ao caso concreto, sempre considerando as soluções existentes no próprio sistema.

Para esclarecer o conceito do termo indeterminado, tomemos como exemplo a expressão “posse” – é tão indeterminado que deveremos qualificá-la, analisar o caso concreto, individualizar a hipótese abstrata, para, só então, achar a consequência imposta pela lei. Assim, o aplicador da lei deverá qualificar a “posse”, como posse de boa-fé, posse de má-fé, posse de justo título, posse precária, etc. A depender da qualificação da “posse”, a lei dará a consequência a ser utilizada pelo juiz.

Nesta pesquisa, traremos três exemplos tomados de Judith Martins Costa visando esclarecer as diferenças entre as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados, comparando o artigo 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 422, do Código Civil brasileiro:

<sup>215</sup> LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 150.

Artigo. 51. São nulas, de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV– estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Artigo. 422. Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

Como se vê, os dois dispositivos contêm a expressão “boa-fé”, indiscutivelmente uma expressão dotada de alto grau de vagueza semântica. Em ambos os casos, é possível afastar a ambiguidade que poderia contaminar o significado do conceito, já que, contextualmente, se percebe que o legislador referiu-se à boa-fé objetiva. Marcadas estas identidades, é preciso analisar as diferenças.

No Código de Defesa do Consumidor, está posta a hipótese da invalidade de cláusula contratual, por ato judicial. O enunciado não define “o que é” a boa-fé, não descreve o comportamento devido para agir-se segundo a boa-fé, não determina as condições em que um contrato é executado em boa-fé, e não indica qual é a extensão deste dever. O intérprete deverá, no caso concreto, precisar o que a sociedade onde vive tem para si como “incompatibilidade com a boa-fé”, tarefa eminentemente hermenêutica. Essa valoração determinará a sua premissa. Uma vez configurada, o caso é simplesmente de aplicar a consequência já expressamente prevista no enunciado normativo, declarando a nulidade contratual. Assim, embora caiba ao intérprete determinar, em vista dos elementos fáticos e jurídicos incidentes, o que, no caso, consistiria um comportamento segundo a boa-fé no estabelecimento de cláusulas contratuais, uma vez preenchido o significado dessa expressão, caberá determinar a nulidade da cláusula, se violadora daquele comportamento, ou, até mesmo, de todo o contrato se, apesar dos esforços de integração, a ausência da cláusula importar em “ônus excessivo a qualquer das partes” (artigo 51, §2º). A solução ou consequência normativa não é, pois, “criada pelo juiz, já estando pré-configurada no texto: o que ocorre é, tão somente, um preenchimento do significado da expressão “boa-fé” pelo julgador.

O enunciado do artigo 422 não define o que é boa-fé, não descreve o comportamento devido para agir-se segundo a boa-fé, não determina as condições em que um contrato é executado segundo a boa-fé, não indica qual é a extensão deste dever, e também não define as consequências da sua infração. É no quadro da relação contratual concretamente em exame que se desenvolverá a atividade do aplicador<sup>216</sup>.

Desta feita, em vista do caso concreto, o aplicador do direito deverá analisar os instrumentos fornecidos pelo próprio sistema, para determinar as consequências da infração à boa-fé no caso concreto, que no exemplo do artigo 422, poderá ser indenização,

poderá consistir na paralisação do exercício de um direito (*suppressio*); na coibição de uma conduta deslealmente contraditória (*venire contra factum proprium*); na evitação ao exercício de um direito formativo extintivo (no caso de adimplemento substancial do contrato)<sup>217</sup>, etc.

Em todos esses casos, fica muito clara a atividade de criação do juiz, através da jurisprudência, assim como dos operadores do direito, através da doutrina.

<sup>216</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 159-161.

<sup>217</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 159-161.

Referimo-nos ainda à didática exposição de Marcelo da Rocha Rosado:

No âmbito das normas que possuem, em seu bojo, categorias com alto grau de vagueza semântica, e que enviam o aplicador à análise de instâncias valorativas metajurídicas ou referentes a realidades fáticas mutáveis, é possível distinguir dois fenômenos. Enfocando o conteúdo lógico da norma, temos que sua estrutura consiste em um antecedente (no qual se faz a descrição hipotética do fato sobre o qual deve a norma incidir) e um consequente (no qual se estipula a consequência jurídica advinda da concretização do fato e sua subsunção à norma). Assim, a imprecisão legal pode recair tanto no antecedente da norma, quanto no seu consequente. São duas realidades ou métodos para se conferir flexibilidade a normas, cujo reconhecimento merece acurada abordagem pelo estudioso do Direito. Nessa ótica, a diferença entre conceitos indeterminados e cláusulas gerais consiste na posição de cada um na estrutura da norma. Os conceitos jurídicos indeterminados alocam-se no antecedente da norma, descrevendo hipóteses abertas para a incidência da norma. As cláusulas gerais, por sua vez, residem no consequente da norma, pois a solução a ser dada para o caso concreto que se ajusta ao antecedente da norma não é rigidamente conferida pelo sistema, devendo ser moldada pelo magistrado, conforme as exigências do caso concreto<sup>218</sup>.

Neste mesmo sentido, Rodrigo Reis Mazzei traça as distinções entre a cláusula geral e o conceito jurídico indeterminado:

Havendo identidade quanto à vagueza legislativa intencional, determinando que o Judiciário faça a devida integração sobre a moldura fixada, a cláusula geral demandará do julgador mais esforço intelectual. Isso porque, em tal espécie legislativa, o magistrado, além de preencher o vácuo que corresponde a um conceito jurídico indeterminado (e/ou princípios), é compelido a fixar a consequência jurídica correlata e respectiva ao preenchimento anterior. No conceito jurídico indeterminado, o labor é mais reduzido, pois, como simples enunciação abstrata, o julgador, após efetuar o preenchimento valorativo, já estará apto a julgar de acordo com a consequência previamente estipulada em texto legal<sup>219</sup>.

A diferença entre as técnicas que dão abertura ao sistema deve ser analisada pelas funções que exercem no sistema. Nelson Nery Junior assim diferencia as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados do Código Civil:

Os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais são enunciações abstratas feitas pela lei, que exigem valoração para que o juiz possa preencher seu conteúdo. Preenchido o conteúdo valorativo por obra do juiz, este decidirá de acordo com a consequência previamente estabelecida pela lei (conceito legal indeterminado) ou construirá a solução que lhe parecer a mais adequada para o caso concreto (cláusula geral). Portanto, a mesma expressão abstrata, dependendo da funcionalidade de que ela se reveste dentro do sistema jurídico, pode ser tomada como princípio geral do direito (v.g. princípio da boa-fé, não positivado), conceito legal indeterminado (v.g. boa-fé para aquisição da propriedade pela usucapião extraordinária – CC 1238 e 1260) ou cláusula geral (boa-fé objetiva nos contratos – CC 422). No exemplo dado, o que discrimina a expressão boa-fé, como princípio geral, conceito indeterminado

<sup>218</sup> ROSADO, Marcelo da Rocha. Alguns aspectos relevantes da usucapião e da expropriação privada. In: MAZZEI, Rodrigo Reis (coord.). **Questões processuais no novo Código Civil**. Barueri: Manole/Instituto Capixaba de Estudos, 2006.

<sup>219</sup> MAZZEI, Rodrigo Reis. **Comentários ao Código Civil brasileiro** – parte geral. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. LXXXII.

ou cláusula geral, é a função que ela possui no contexto do sistema, positivo ou não, da qual decorre a aplicabilidade que se lhe dará o julgador (interpretação, solução já prevista na lei ou construção de solução específica pelo próprio juiz)<sup>220</sup>.

Superadas, portanto, as diferenças entre cláusulas gerais e conceitos indeterminados, e restando claro que a expressão vaga boa-fé poderá, dentro do sistema jurídico, estar representada por uma cláusula geral, por um princípio ou por um conceito jurídico indeterminado, passaremos agora à análise quanto às diferenças entre cláusula geral e princípios jurídicos.

### 4.3 Distinção entre cláusulas gerais e princípios jurídicos

Com a finalidade de distinguir a boa-fé de acordo com a sua função no sistema jurídico privado, necessário se faz entender a distinção entre princípios jurídicos e cláusulas gerais.

Iniciaremos o presente subcapítulo com base em Erik Frederico Gramstrup:

A palavra princípio evoca aquilo onde se inicia alguma coisa, o seu começo, a sua origem. Na tradição aristotélica, os princípios são também os elementos integrantes de um ente; algo que é pela reunião dos princípios fundamentais. Estes, destarte, não subsistem por si e não são acessíveis aos sentidos – compreendem-se por inteligência; são inefáveis. É a razão que dá acesso aos princípios, ainda nesse sentido decorrente de Aristóteles, porque não são encontrados por aí como uma pedra em que se esbarra ao caminhar. Gostamos de explorar os dois sentidos ao nos referir aos princípios jurídicos: eles são tanto o início, a fonte de água fresca de onde corre o Direito e suas especializações, como também os elementos imanentes da Justiça. Na primeira acepção, o Direito jorra dos princípios; com cada um dos capítulos especializados do Direito – que se tornam também disciplinas acadêmicas – ocorre o mesmo. Na segunda acepção, são a forma e a matéria, a potência e o ato (princípios intrínsecos) sem os quais o Direito sequer poderia existir, seja qual for a concepção que tenhamos dele, como ideal, como norma ou como prática social<sup>221</sup>.

Princípios gerais do direito são normas que fixam as diretrizes, as estruturas de todo o ordenamento jurídico, as diretivas de toda a experiência jurídica. Portanto todo o direito positivado repousa sobre princípios gerais do direito, que são frutos da experiência jurídica, da formação histórico-cultural, do direito natural.

Karl Larenz define princípios como normas que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e a aplicação do direito. Não se trata de mera interpretação, mas de uma correção da lei orientada pelas normas constitucionais e pela primazia dos valores a que se aduzem esses princípios; no entanto, ainda não são regras suscetíveis de aplicação, na medida

<sup>220</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 12. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 294.

<sup>221</sup> GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados nos institutos de direito privado**: homenagem ao Professor Doutor Francisco José Cahali. São Paulo: Iasp, 2017, pp. 09-10.

em que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas, isto é, a conexão entre uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica. Daí por que os princípios indicariam somente a direção em que está situada a regra a ser encontrada, determinando um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção da regra<sup>222</sup>.

Como afirma Miguel Reale, os princípios gerais do direito “podem ser considerados os alicerces e as vigas mestras do edifício jurídico”<sup>223</sup>.

Portanto, os princípios gerais do direito, além de integrarem as regras estruturais de todo o sistema jurídico, conferindo unidade ao sistema e conexão entre as suas normas<sup>224</sup>, são ainda regras de interpretação para a atividade do cientista do direito, fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada, portanto, fundamentos normativos para a interpretação e a aplicação do direito; são ainda, normas de conduta.

Além de fixar as diretrizes do ordenamento jurídico, são também as regras de conduta que norteiam o juiz na interpretação da legislação, dos atos e dos negócios jurídicos, exercendo ainda papel imprescindível no preenchimento das lacunas. Assim, as normas e todo o ordenamento jurídico devem ser interpretados à luz dos princípios gerais do direito, conforme sublinha Miguel Reale:

Princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática<sup>225</sup>.

Segundo Francisco Amaral,

os princípios exprimem valores supremos do sistema jurídico. Juntamente com os costumes, são fontes extralegais do direito. Orientam o intérprete na concretização da norma jurídica<sup>226</sup> [...] Os princípios diferem dos valores pelo fato de estes apresentarem maior grau de generalidade, enquanto aqueles, por conter um pensamento jurídico diretor ou condutor, já indicam a direção em que se situará a regra que se há de determinar<sup>227</sup>.

Para Claus-Wilhelm Canaris, os princípios gerais do direito tornam possível a ideia de unidade do sistema, que deve avançar até os valores fundamentais mais profundos, ou seja,

<sup>222</sup> LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, pp. 479-484.

<sup>223</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 343.

<sup>224</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução do original alemão: **SYSTEMDENKEN UND SYSTEMBEGRIFF IN DER JURISPRUDENZ**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 81.

<sup>225</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 331-332.

<sup>226</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil** – introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 54.

<sup>227</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil** – introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 55.

até os princípios gerais da ordem jurídica. Para ele, os princípios contêm imediatamente valorações, posto que “são abertos”. Nos princípios as valorações são explícitas, motivo pelo qual eles tornam possível a unidade valorativa do direito<sup>228</sup>.

Ao traçar as características que diferenciam os valores dos princípios gerais do direito, Claus-Wilhelm Canaris observa que de forma fluida ocorre a passagem do valor para o princípio, portanto, o princípio está em um grau de concretização maior do que o valor. Ao contrário do valor, os princípios já possuem a característica bipartida da proposição jurídica, ou seja, a previsão e a indicação sobre a consequência jurídica<sup>229</sup>.

No que tange à norma, o autor traça como característica que afasta ambas, além do conteúdo axiológico sempre presente (explicitamente no princípio jurídico e implicitamente na norma), a questão de que o princípio não é suficientemente concretizado para permitir uma subsunção, precisando, portanto, de uma normatização.

Humberto Ávila, em *Teoria dos Princípios*, descreve critérios diferenciadores entre regras e princípios, visando, ao final, melhor definir princípios gerais do direito.

Para definir regras, Robert Alexy explica:

regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio<sup>230</sup>.

Na definição do autor, princípios jurídicos consistem apenas em “uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas”<sup>231</sup>.

Humberto Ávila constrói seu conceito de princípios gerais do direito e regras a partir dos ensinamentos de Robert Alexy, traçando critérios de distinção entre ambos. Afirma que o primeiro deles, apontado por alguns autores, refere-se ao caráter hipotético-condicional, ou seja, as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predetermina a decisão; os princípios apenas indicam uma diretriz, um fundamento a ser utilizado pelo julgador para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso. No entanto, esse critério seria impreciso, já

<sup>228</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução do original alemão: SYSTEMDENKEN UND SYSTEMBEGRIFF IN DER JURISPRUDENZ. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pp. 76-87.

<sup>229</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução do original alemão: SYSTEMDENKEN UND SYSTEMBEGRIFF IN DER JURISPRUDENZ. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pp. 76-87.

<sup>230</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 91.

<sup>231</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 37.

que primeiramente tanto na regra quanto nos princípios, para o julgador saber a consequência, dependerá das possibilidades normativas e fáticas verificadas no caso concreto. Assim, os princípios também possuem consequência normativa, que só poderá ser analisada diante do caso concreto, assim, o “comportamento necessário para a realização ou preservação do estado ideal de coisas (*Idealzustand*) deve ser adotado”<sup>232</sup>; em segundo lugar, uma “hipótese de incidência é questão de formulação linguística e, por isso, não pode ser elemento distintivo de uma espécie normativa”<sup>233</sup>; em terceiro lugar, mesmo que um dispositivo tenha sido formulado de modo hipotético, poderá ser tanto um princípio, como uma regra<sup>234</sup>.

Em suma, valores, princípios e normas se complementam através de um processo dialético e de limitação, formando a ordem jurídica, de forma extraordinariamente fluida, conforme concepção de Claus-Wilhelm Canaris:

De resto, é de admitir que os valores jurídicos se deixam facilmente reformular nos correspondentes princípios e que, por isso, as delimitações são fluidas – tratando-se apenas de diversos graus de um processo de concretização em si contínuo (que, na sua fase seguinte, prossegue do princípio para a norma e, aí, aparenta de novo delimitações fluidas)<sup>235</sup>.

E o que discriminará uma norma como princípio geral, regra, cláusula geral ou conceito indeterminado, como já exposto, será a sua função, o seu uso argumentativo no sistema, e não sua estrutura hipotética-condicional:

Por isso, não é correto afirmar que um dispositivo constitucional contém ou é um princípio ou uma regra, ou que determinado dispositivo, porque formulado dessa ou daquela maneira, deve ser considerado como um princípio ou como uma regra. Como o intérprete tem a função de medir e especificar a intensidade da relação entre o dispositivo interpretado e os fins e valores que lhe são, potencial e axiologicamente, subjacentes, ele pode fazer a interpretação jurídica de um dispositivo hipoteticamente formulado como regra ou como princípio. Tudo depende das conexões valorativas que, por meio da argumentação, o intérprete intensifica ou deixa de intensificar e da finalidade que entende deva ser alcançada”. “De um lado, qualquer norma pode ser reformulada de modo a possuir uma hipótese de incidência seguida de uma consequência. De outro lado, em qualquer norma, mesmo havendo uma hipótese seguida de uma consequência, há referência a fins. Enfim, o qualificativo de princípio ou de regra depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética”<sup>236</sup>.

<sup>232</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 43.

<sup>233</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 41.

<sup>234</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 40-43.

<sup>235</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução do original alemão: SYSTENDENKEN UND SYSTEMBEGRIFF IN DER JURISPRUDENZ. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 87.

<sup>236</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 41-43.

Segundo Humberto Ávila, a única diferença, portanto, entre princípios e regras, “continua sendo o grau de abstração anterior à interpretação”<sup>237</sup>, ou seja, no caso dos princípios o grau de abstração é maior do que nas regras, já que aqueles não se vinculam abstratamente a uma situação específica, enquanto no caso das regras as consequências são verificadas de pronto, mesmo que devam ser analisadas após a interpretação e no caso concreto.

Os princípios, segundo o autor, estabelecem um “estado de coisas”, ou seja, indicam condutas ideais, com alta carga axiomática, sem descrever diretamente o comportamento devido, mas descrevendo os fins, que funcionam como razão substancial para sua promoção. E exemplifica, com o objetivo de demonstrar que os princípios estabelecem um estado de coisas a ser promovido sem indicar, diretamente, o comportamento devido para o seu alcance:

Por exemplo, a interpretação do princípio da moralidade irá indicar que a seriedade, a motivação e a lealdade compõem o estado de coisas, e que comportamentos sérios, esclarecedores e leais são necessários. O princípio, porém, não indicará quais são, precisamente, esses comportamentos<sup>238</sup>.

Por fim, pondera que os princípios poderiam ser enquadrados na qualidade de “normas que geram, para a argumentação, razões substanciais ou razões finalísticas”, enquanto as regras poderiam ser enquadradas na qualidade de “normas que geram, para a argumentação, razões de correção ou razões autoritativas”<sup>239</sup>.

Para Francisco Amaral, os princípios jurídicos dividem-se em princípios positivos e suprapositivos. Os primeiros “fundamentam os diversos institutos jurídicos que formam o sistema” e, no direito civil, encontramos o princípio da boa-fé objetiva; os princípios suprapositivos compreendem “os princípios gerais do direito, aqueles sobre os quais a ordem jurídica se constrói”<sup>240</sup>.

Tercio Sampaio Ferraz Junior afirma que os princípios gerais do direito integram suas regras estruturais, conferindo coesão entre as normas do sistema – neste sentido estão os princípios gerais em sua premissa maior, sem especificações mais detalhadas. A especificação ocorre na premissa menor, ou seja, nos princípios positivados, que adquirem o caráter de norma geral:

---

<sup>237</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 48.

<sup>238</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 49.

<sup>239</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 49.

<sup>240</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil** – introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 55-56.

De qualquer modo, ainda que se entenda que possam ser aplicados diretamente na solução de conflitos, trata-se não de normas, mas de princípios. Ou seja, não são elementos do repertório do sistema, mas fazem parte de suas regras estruturais (ver item 4.3.1.1), dizem respeito à relação entre as normas no sistema, ao qual conferem coesão. Talvez por isso, como fórmula tópica, eles sejam aplicados sem especificações maiores. Como premissa do raciocínio, eles são mencionados na forma indefinida, que depois se determina numa regra geral com caráter normativo jurisprudencial, (a) tendo em vista os princípios gerais de direito, (b) ninguém deve aproveitar-se de sua própria torpeza, (c) donde se segue que [...]. Observe-se que a expressão princípios gerais é tomada como premissa maior sem especificações. A especificação ocorre na premissa menor que, esta sim, adquire o caráter de norma geral. Ou seja, os princípios gerais, em sua forma indefinida, compõem a estrutura do sistema, não seu repertório. São regras de coesão que constituem as relações entre as normas como um todo<sup>241</sup>.

Josef Esser distingue princípios e normas<sup>242</sup>, não pela abstração, ou pelo caráter da generalidade dos princípios, mas pela possibilidade de concreção. Na mesma linha do pensamento de Nelson Nery Junior, afirma que a ligação entre os princípios e as normas do ordenamento, ou seja, a entrada dos chamados princípios pré-positivos, ocorre através da jurisprudência, das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, os quais denomina “ventanas”, que permitem a atividade criativa do julgador:

A segunda grande irrupção dos princípios jurídicos materiais não incorporados axiomáticamente no sistema de codificação ocorre nas chamadas cláusulas gerais, conceitos indeterminados e padrões de comportamento<sup>243</sup>.

<sup>241</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, p. 235.

<sup>242</sup> Tercio Sampaio Ferraz Junior, em sua obra, explica o conceito de norma citando Von Jhering: “A definição usual de direito reza: direito é o conjunto de normas coativas válidas num Estado, e essa definição a meu ver atingiu perfeitamente o essencial. Os dois fatores que ela inclui são o da norma e o da realização por meio de coação [...]. O conteúdo da norma é um pensamento, uma proposição (proposição jurídica), mas uma proposição de natureza prática, isto é, uma orientação para a ação humana; a norma é, portanto, uma regra conforme a qual nos devemos guiar. Ensina: “Os juristas, de modo geral, veem a norma, primeiramente, como proposição, independentemente de quem a estabeleça ou para quem ela é dirigida. Trata-se de uma proposição que diz como deve ser o comportamento, isto é, uma proposição de dever-ser. Promulgada a norma, ela passa a ter vida própria, conforme o sistema de normas no qual está inserida. A norma pode até ser considerada o produto de uma vontade, mas sua existência, como diz Kelsen, independe dessa vontade. Como se trata de uma proposição que determina como devem ser as condutas, abstração feita de quem as estabelece, podemos entender a norma como imperativo condicional, formulável conforme proposição hipotética, que disciplina o comportamento apenas porque prevê, para sua ocorrência, sanção. Tudo conforme a fórmula: se A, então deve ser S, em que A é conduta hipotética, S a sanção que segue à ocorrência da hipótese; o dever-ser será o conectivo que une os dois termos. Nesse caso, a norma seria propriamente um diretivo, isto é, uma qualificação para o comportamento que o tipifica e o direciona. De um modo ou de outro, nessa primeira concepção, a norma é proposição”. E conclui seu pensamento: Como vemos, seja como norma-proposição, seja como norma-prescrição, seja como norma-comunicação, o conceito de norma jurídica é um centro teórico organizador de uma dogmática analítica. Mesmo sem desconhecer que o jurista, ao conceber normativamente as relações sociais, a fim de criar condições para decidibilidade de seus conflitos, também é um cientista social, há de se reconhecer que a norma é seu critério fundamental de análise, manifestando-se para ele o fenômeno jurídico como um dever-ser da conduta, um conjunto de proibições, obrigações, permissões, por meio do qual os homens criam entre si relações de subordinação, coordenação, organizam seu comportamento coletivamente, interpretam suas próprias prescrições, delimitam o exercício do poder etc. Com isso, é também possível encarar as instituições sociais, como a família, a empresa, a administração pública, como conjuntos de comportamentos disciplinados e delimitados normativamente” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, pp. 72-73).

<sup>243</sup> ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Tradução do original alemão intitulado: GRUNDSATZ UND NORM IN DER RICHTERLICHEN FORTBILDUNG DES PRIVATRECHTS, 1956. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1961, p. 193. Tradução livre do trecho: “La segunda gran irrupción de los principios jurídicos materiales no incorporados axiomáticamente en el sistema de la codificación, ocurre en las llamadas cláusulas generales, normas em blanco y standards”.

O que acontece aqui na realidade é que o juiz é encarregado da tarefa de formar normas atendendo a princípios valorativos não codificados e com sujeição (controlado apenas pelos próprios tribunais) a critérios extralegais, mas “objetivos”, isto é, convencionais, com mudança de base empírica e concreção: usos do tráfego, bons costumes, ética profissional, boa fé, anti-conjugal, contrária ao tráfego, repreensível, etc. Como resultado, a técnica de codificação disfarça que os princípios valorativos autônomos, incluídos aqui no esquema da lei como “janelas”, não representam nenhum direito regular e material do legislador, mas são pontos de partida para a formação concreta de normas por parte do judiciário<sup>244</sup>.

Na prática, a formulação de “princípios legais” nas codificações colide com as objeções mais sérias, que apenas são compensadas pelas vantagens que elas implicam em facilitar um trabalho de elaboração elástica e ao mesmo tempo fiel ao trabalho da lei. As ideias dogmáticas e políticas contidas em um princípio, envelhecem rapidamente<sup>245</sup>.

Em nosso pensamento moderno de codificação, uma infinidade de princípios foi introduzida como um produto da invenção “aberta”, tão profundamente enraizada na dogmática que, com seu aparato conceitual, eles se tornaram parte de um pensamento em aparência puramente axiomático, em que as considerações de “política jurídica” e a casuística vinculada a problemas foram estabelecidas, como ilhotas aparentemente estranhas ao sistema, no âmbito das cláusulas gerais, regulamentos em vigor e instituições recentemente criadas<sup>246</sup>.

Sem os tópicos do *aequum et bonum* (bondade e justiça) em sua relação múltipla com os argumentos da concepção ética civil, a eficácia da dogmática de nosso direito civil seria ilusória de antemão. Por esse motivo, devemos nos acostumar a usar as cláusulas gerais, com tópos como “boa-fé”, com autorização para a criação judicial de instituições<sup>247</sup>.

Portanto, os princípios gerais do direito passarão a integrar o ordenamento através da jurisprudência e das cláusulas gerais, que permitem a atividade criativa do julgador, segundo

<sup>244</sup> ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Tradução do original alemão intitulado: GRUNDSATZ UND NORM IN DER RICHTERLICHEN FORTBILDUNG DES PRIVATRECHTS, 1956. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1961, pp. 194-195. Tradução do original: “Lo que aquí sucede em realidade es que se encomenda al juez la tarea de formar normas atendendo a principios valorativos no codificados y con sujeción (controlada solo por los tribunales mismos) a criterios extralegales pero “objetivos”, o sea convencionales, de cambiante base empírica y concreción: usos del tráfico, buenas costumbres, ética profesional, buena fe, antimatrimonial, contrario al tráfico, reprochable, etc. Com ello la técnica codificadora disimula que los principios valorativos autónomos, incluídos aquí em el esquema de la ley a manera de “ventanas”, no representan ningún derecho regular y material del legislador, sino que son puntos de partida para la formación concreta de normas por parte de la judicatura”.

<sup>245</sup> ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Tradução do original alemão intitulado: GRUNDSATZ UND NORM IN DER RICHTERLICHEN FORTBILDUNG DES PRIVATRECHTS, 1956. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1961, p. 190. Tradução livre do original: “En la práctica la formulación de “principios jurídicos” en las codificaciones choca contra los más serios reparos, que apenas vienen compensados por las ventajas que suponen aquéllos para facilitar una labor de elaboración elástica y a la vez fiel a la ley. Las ideas dogmáticas y políticas contenidas en el principio, envejecen rápidamente”.

<sup>246</sup> ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Tradução do original alemão intitulado: GRUNDSATZ UND NORM IN DER RICHTERLICHEN FORTBILDUNG DES PRIVATRECHTS, 1956. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1961, pp. 61-62. Tradução livre do original: “En nuestro pensamiento codificador moderno se han introducido una multitud de principios producto de la invención “abierta”, arraigando hasta tal punto en la dogmática, que con el aparato conceptual de ésta se han convertido en parte de un pensamiento en apariencia puramente axiomático, en el que las consideraciones de “política jurídica” y la casuística vinculada a problemas se han establecido, como islotes aparentemente extraños al sistema, dentro del marco de las cláusulas generales, normas en blanco e instituciones de reciente creación”.

<sup>247</sup> ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Tradução do original alemão intitulado: GRUNDSATZ UND NORM IN DER RICHTERLICHEN FORTBILDUNG DES PRIVATRECHTS, 1956. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1961, p. 83. Tradução livre do original: “Sin los tópicos del *aequum et bonum* en su múltiple relación com los argumentos de la concepción ética civil, la eficacia de la dogmática de nuestro derecho civil sería de antemano ilusoria. Por esto debemos habituarnos a utilizar, las cláusulas generales, con topoi tales como “buena fe”, en calidad de autorización para la creación judicial de instituciones”.

Josef Esser, como agentes transformadores de princípios pré-positivos em preceitos e institutos positivos:

Não é a massa dos precedentes, nem as normas legais positivas, nem os princípios pré-positivos. Estes últimos recebem sua importância legislativa para a missão institucional confiada à jurisprudência, não para uma recepção material na lei positiva ou para uma remissão nela encontrada. Em vez disso, esse encaminhamento pode lançar luz sobre o escopo do mandato para criar leis<sup>248</sup>.

Distinguindo norma de princípio, o autor afirma que um princípio jurídico não é um preceito jurídico, tampouco uma norma em sentido técnico, posto que não contém nenhuma instrução vinculante de tipo imediato, “os princípios não descrevem objetos imediatamente determináveis, mas prescrevem um estado ideal de coisas”<sup>249</sup>, prescrevem o fim, sem descrever o comportamento necessário para alcançá-lo.

No que tange à eficácia dos princípios gerais do direito, Humberto Ávila classifica a forma (direta ou indireta) como os princípios atuam sobre outras normas internamente. No plano da eficácia interna direta, os princípios atuam sem intermediação de outro (sub)princípio ou regra – o próprio princípio garantirá o fim buscado e exercerá a função integrativa.

Quanto à eficácia interna indireta, há atuação conjunta com outro (sub)princípio ou regra e, neste aspecto, os princípios exercem várias funções, assim definidas pelo autor:

Relativamente às normas mais amplas (sobreprincípios), os princípios exercem uma função *definitória*, na medida em que delimitam, com maior especificação, o comando mais amplo estabelecido pelo sobreprincípio axiologicamente superior. Por exemplo, os subprincípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva deverão especificar, para situações mais concretas, a abrangência do sobreprincípio da segurança jurídica.

[...] em relação às normas de abrangência mais restrita, os (sobre)princípios exercem função *interpretativa*, na medida em que servem para interpretar normas construídas a partir de textos normativos expressos, restringindo ou ampliando seus sentidos [...] Essas considerações qualificam os princípios como decisões valorativas objetivas com função explicativa [...]

Em terceiro lugar, os princípios exercem uma função *bloqueadora*, porquanto afastam elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido<sup>250</sup>.

<sup>248</sup> ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Tradução do original alemão intitulado: GRUNDSATZ UND NORM IN DER RICHTERLICHEN FORTBILDUNG DES PRIVATRECHTS, 1956.

Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1961, p. 178. Tradução livre do original: “No lo es la masa de los precedentes, ni las normas jurídicas positivas, ni tampoco los principios pre-positivos. Estos últimos reciben su importancia legislativa por la misión institucional confiada a la jurisprudencia, no por una recepción material en la ley positiva ni por una remisión que se encuentre en ésta. En cambio, semejante remisión puede arrojar luz sobre el alcance del mandato de crear derecho”.

<sup>249</sup> ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Tradução do original alemão intitulado: GRUNDSATZ UND NORM IN DER RICHTERLICHEN FORTBILDUNG DES PRIVATRECHTS, 1956.

Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1961, p. 65.

<sup>250</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 98.

Tecidas referidas considerações, é possível examinar algumas semelhanças e distinções entre os princípios gerais do direito e as cláusulas gerais.

Primeiramente, observamos que tanto os princípios, quanto as cláusulas gerais, são imediatamente finalistas, contudo, não descritivos, ou seja, prescrevem o fim a ser alcançado, sem, contudo, descrever diretamente o comportamento devido para alcançá-lo.

Tomemos como exemplo o artigo 422, do Código Civil, que remete os contratantes aos valores probidade e boa-fé – ele determina a adoção de comportamentos segundo os valores probidade e boa-fé, no entanto, não define o que é boa-fé, não descreve qual comportamento deva ser adotado para ser considerado segundo a boa-fé, não determina em que condições um contrato será executado segundo a boa-fé, tampouco define as consequências de sua infração, motivo pelo qual é no quadro da relação contratual, ou seja, no exame do caso concreto, que se desenvolverá a atividade do aplicador<sup>251</sup>.

Na doutrina de Humberto Ávila e Josef Esser, os princípios descrevem um “estado ideal de coisas”, ou seja, qual o fim ideal a ser alcançado, a conduta ideal, no entanto, sem descrever diretamente o comportamento, o que se observa também nas cláusulas gerais.

Tanto os princípios quanto as cláusulas gerais possuem forte carga valorativa em seu conteúdo e “caráter fundante”, e reenviam o intérprete a estes valores. São normas, como já dito, imediatamente finalistas, ou seja, estabelecem um fim a ser atingido. Portanto, a positivação destes princípios, assim como as cláusulas gerais, exige a adoção de comportamentos necessários a sua realização.

Para melhor elucidação, utilizaremos exemplo formulado por Judith Martins Costa:

Ao determinar que as partes, na conclusão e a execução do contrato devem agir de acordo com a probidade e a boa-fé, o artigo 422 do Código Civil não está apenas fixando valores, isto é, atuando no plano axiológico: está determinando que as partes de um contrato adotem os comportamentos necessários para que o “estado ideal de coisas” almejado seja realizado na maior medida possível – e, conseqüentemente situa-os no plano deontológico<sup>252</sup>.

Na atual sistemática, como já vimos, aberta, “todo e qualquer enunciado normativo tem referência, direta ou indireta, a um valor”. Diante disso, resta evidenciar que os princípios fazem referência direta a um valor, enquanto as cláusulas gerais

podem ter referência direta (como a cláusula geral da boa-fé objetiva) ou indireta (como a cláusula geral de preenchimento de lacunas mediante o reenvio a outras

<sup>251</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 161.

<sup>252</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 167-168.

instâncias normativas, prevista no artigo 7º do CDC, que remete o intérprete a outros espaços normativos – tratados ou convenções internacionais) [...]”<sup>253</sup>.

Tanto os princípios quanto as cláusulas gerais possuem elevado grau de vagueza semântica, o que é próprio da linguagem de normas com alta carga de elementos axiológicos.

Para Nelson Nery Junior, os princípios gerais do direito são positivados através da técnica redacional das cláusulas gerais, portanto, quando se inclui um princípio geral no direito positivo, ele se torna cláusula geral. O princípio, portanto, deixa de ser regra de interpretação e passa a ser uma cláusula geral, que adquire conteúdo normativo: “o princípio positivado, ou norma-princípio, não é regra de interpretação, mas norma jurídica. Mais técnico e menos confuso dizer-se que se tornam cláusulas gerais, que têm conteúdo normativo e são fonte criadora de direitos e obrigações”<sup>254</sup>.

Seguindo esta linha, Judith Martins Costa afirma que entre os princípios normativos, ou seja, aqueles expressos legislativamente, normatizados, e as cláusulas gerais que remetem diretamente a valores, não há distinção. Haverá, pois, distinção entre os princípios inexpressos legislativamente, posto que estes sempre remeterão à função interpretativa, e as cláusulas gerais, uma vez que não é possível existir cláusulas gerais não previstas em um enunciado normativo.

Neste aspecto, discordamos dos doutrinadores, na medida em que mesmo que um princípio seja incluído no direito positivo, tornando-se um princípio legislativamente expresso, ele não deixa, por esta razão, de ser um princípio para ser uma cláusula geral – há de se analisar sua função na sistemática. Se a função for orientar a interpretação, direcionar ou sistematizar as demais normas, será princípio; caso a função seja definir regras de conduta direcionadas às partes e ao juiz para preencher o conteúdo valorativo para a construção da solução que lhe parecer mais adequada, então será cláusula geral.

Como exemplo, mencionamos o artigo 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor<sup>255</sup>, que mesmo expressamente previsto no ordenamento, não é cláusula geral, mas princípio orientador de interpretação, o que também ocorre com o artigo 113 do Código Civil<sup>256</sup>.

<sup>253</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 169.

<sup>254</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 12. ed. São Paulo: RT, 2017, pp. 290-291.

<sup>255</sup> Artigo 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei n. 9.008, de 21.3.1995) [...] III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

<sup>256</sup> Artigo 113º Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Nesse sentido, Francisco Amaral ressalta:

No caso do artigo 113 do Código Civil, tem-se uma boa-fé objetiva imprópria, no sentido de que, sendo um princípio normativo que se realiza por meio da integração, é, neste caso, invocado como critério orientador no processo de fixação do conteúdo e sentido da declaração de vontade. Seria, a meu ver, um princípio com função interpretativa-integrativa<sup>257</sup>.

Desta forma, após análise da normatização do enunciado (princípio expresso ou inexpressão), nota-se que é a função que a expressão com vagueza semântica e carga valorativa possui no sistema que a definirá como princípio geral, cláusula geral ou conceito indeterminado.

Em suma, a depender do caso concreto, decorrerá a aplicabilidade que o julgador dará à expressão vaga. Se a função for interpretar a relação jurídica, será princípio geral do direito; se a função for preencher o conteúdo valorativo para construir uma solução adequada, será cláusula geral; se a função for preencher conteúdo valorativo, com consequência prevista em lei, será conceito indeterminado.

Especificamente em relação à expressão boa-fé, a depender da funcionalidade que lhe dará o julgador diante do caso concreto, ela poderá ser princípio geral, cláusula geral ou conceito indeterminado.

É o que observamos da redação do artigo 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. O dispositivo configura cláusula geral que remete os contratantes aos princípios de probidade e boa-fé, e, portanto, aos valores probidade e boa-fé.

Judith Martins Costa assim infere:

A confusão entre princípio jurídico e cláusula geral decorre, no mais das vezes, do fato de um dispositivo que configure cláusula geral estar referida a um princípio, reenviando ao valor que este exprime, como ocorre com o reiteradamente citado artigo 422 do Código Civil. Mas aí, sim, se poderá dizer, fundamentadamente, que determinado enunciado normativo configura, ao mesmo tempo, princípio e cláusula geral.

Aliás, boa parte da incerteza acerca dos lindes das cláusulas gerais e dos princípios é devida à confusão entre o sintagma cláusula geral e o enunciado, com a correspondente proposição normativa, contido num texto que consubstancia cláusula geral. Aí se fala, indistintamente, no “princípio da boa-fé”, inscrito no artigo 422 e na “cláusula geral da boa-fé”, desenhada pelo mesmo texto legislativo, como se poderia falar no conceito juridicamente indeterminado revelado na expressão linguística “boa-fé”<sup>258</sup>.

<sup>257</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil** – introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 426.

<sup>258</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 171.

#### 4.4 Conceitos jurídicos determinados

Conforme explicitado, Claus-Wilhelm Canaris considera o sistema interno uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de direito, no entanto, ele não deve ser composto apenas por princípios, mas reunir outros elementos, como normas, conceitos, valores e cláusulas gerais<sup>259</sup>.

Diversamente do ocorrido com os princípios, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados, os conceitos determinados possuem elemento de previsão explícito e consequência jurídica, todos determinados pela sua função.

Karl Larenz revela a importância e a utilidade de um sistema composto também por conceitos determinados:

Se os conceitos procurados não-de ser úteis para o “sistema interno”, não podem ser unicamente conceitos gerais abstractos que serão, com o progressivo grau de abstração, cada vez mais desprovidos de conteúdo. Tem antes que se tratar de conceitos em cujo conteúdo a relação de sentido subjacente a uma regulação, com base num princípio determinante, é expressa em tal medida que, mesmo que necessariamente abreviada, continua a ser identificável. De facto, a ciência jurídica actual trabalha em larga medida com tais conceitos<sup>260</sup>.

Para Claus-Wilhelm Canaris, considerando que o sistema interno deve fazer clara adequação valorativa e a unidade interior do direito, um sistema exclusivamente de conceitos seria impróprio, posto que

mesmo quando estejam bem construídos, eles apenas mediatamente contêm as valorações, por assim dizer fechadas, enquanto os princípios são abertos [...]. A valoração é, por exemplo, essencialmente mais imediata e segura no princípio da autonomia do que no (ordenado) conceito de negócio jurídico<sup>261</sup>.

Portanto, todos os conceitos jurídicos determinados, embora correspondentes a princípios gerais do direito, já estão elaborados, fechados, diversamente do que ocorre com os princípios e as cláusulas gerais. Contudo, o autor ressalta ainda a importância dos conceitos determinados, afirmando que sua formulação é “imprescindível para a preparação da subsunção”<sup>262</sup>.

<sup>259</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução do original alemão: SYSTEMDENKEN UND SYSTEMBEGRIFF IN DER JURISPRUDENZ. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pp. 77-80.

<sup>260</sup> LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 686.

<sup>261</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução do original alemão: SYSTEMDENKEN UND SYSTEMBEGRIFF IN DER JURISPRUDENZ. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 83.

<sup>262</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução do original alemão: SYSTEMDENKEN UND SYSTEMBEGRIFF IN DER JURISPRUDENZ. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pp. 83-84.

Do exposto, notamos que todos os conceitos jurídicos devem corresponder a princípios, teologicamente preenchidos, sempre requerendo o retorno ao princípio correspondente, ao valor neles implicitamente contido.

Na perspectiva de Karl Larenz, os conceitos jurídicos são determinados pela função, ou seja, pelo fim pretendido pelo dispositivo, sempre, de acordo com o princípio correspondente. Portanto, o fim almejado pelo dispositivo determinaria seu conteúdo e sua forma:

Se se fala de “direitos de personalidade”, alude-se àqueles direitos cuja função é garantir à pessoa uma esfera própria protegida face ao exterior. O conceito de “direito de personalidade” não foi obtido na Jurisprudência recente prescindindo das distinções de diferentes direitos de personalidade e tendo fixado o que é comum a todos, mas através da elaboração do específico conteúdo de sentido de um tal direito e da sua função ao serviço de valores humanos<sup>263</sup>.

Assim, uma situação de fato estaria delimitada pela lei e entrelaçada a uma consequência jurídica também prevista pela lei.

---

<sup>263</sup> LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 687.

## 5 A BOA-FÉ NO DIREITO BRASILEIRO

Até este ponto da pesquisa, foi superada a abordagem acerca da evolução histórica da boa-fé no direito estrangeiro, em especial no direito europeu, e como se deu seu desdobramento durante a primeira, segunda e terceira sistemática; foram superados os conceitos e as características dos modelos de sistema, em especial do modelo adotado pelo Código Civil de 2002 e, por fim, esclarecidas as diferenças entre cláusula geral, princípios gerais do direito, conceitos indeterminados e conceitos determinados.

Cabe, agora, examinarmos a evolução histórica da boa-fé no direito brasileiro, seu desenvolvimento até o início de vigência do Código Civil de 2002, a diferença entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva, a concepção e a tríplice função da boa-fé objetiva no direito brasileiro, o novo contexto de interpretação imposto pela boa-fé e, ao final, as recentes “alterações” realizadas pela Lei da Liberdade Econômica no sistema atual.

### 5.1 Evolução histórica da boa-fé no direito brasileiro

Clóvis Beviláqua, a quem foi encomendada a tarefa de redigir o Código Civil brasileiro, iniciou sua obra em abril de 1899 e concluiu seu trabalho em novembro do mesmo ano. Adepto do positivismo de Auguste Comte, primou pelo individualismo à sociedade, à comunidade.

O Código Beviláqua, conforme fora conhecido, sofreu grande influência do BGB e do *Code Civil* de Napoleão, motivo pelo qual adotou a ideia de uma Parte Geral e uma Parte Especial (sob a influência da pandectista), e do ponto de vista material, foi impregnado pelo modelo do *Code Civil*.

Há de se ressaltar a influência do direito português na medida em que o Brasil foi colônia de Portugal, entre os séculos XVI e XIX. O Código Civil brasileiro herdou de Portugal a tradição do centralismo jurídico e do chamado bartolismo.

No período em que o Brasil era colônia de Portugal, estavam em vigor em nosso país as Ordenações. Em 1603, foram promulgadas as Ordenações Filipinas, que influenciaram significativamente nosso direito material quanto à sistemática, já que o direito privado tratava justamente no Livro IV de referida Ordenação.

Todas as Ordenações emanavam do poder real, do monarca, traço seguido pelo Código brasileiro, no qual toda a fonte de direito tinha origem estatal (centralismo jurídico),

diversamente do que ocorria na França e na Alemanha, países nos quais o direito consuetudinário também era reunido em textos escritos.

O Código de Clóvis Beviláqua adotou um sistema como ordem e unidade interna, e tinha como pretensão a completude ou a plenitude legislativa, ou seja, solução e regra estável para todas as situações jurídicas.

Clóvis do Couto e Silva esclarece:

Em suma, o centralismo jurídico teria de levar indesejavelmente à ideia do Código, no seu sentido tradicional e positivista, como algo que incorpore em seu universo a totalidade normativa de um País. Em razão dessa situação peculiar foi possível manter, num País com as dimensões do Brasil, uma uniformidade de aplicação do direito desde a época do descobrimento até nossos dias<sup>264</sup>.

Como afirma Judith Martins Costa, “isto equivale a dizer que, no nosso substrato juscultural, habituamo-nos a pensar o ordenamento jurídico como o resultado de um ato de autoridade, recusando espaço à florescência de direitos particulares ou regionais”<sup>265</sup>.

As Ordenações tinham diversas lacunas, e neste caso, os juízes recorriam às obras doutrinárias de Bártolo e pela aplicação do direito romano e canônico.

Conforme alude Clóvis do Couto e Silva, “no sentido de manter íntegro o sistema de Ordenações, as lacunas eram preenchidas pela aplicação do direito romano e canônico e, no que fossem omissos, pelas glosas de Arcusio e Bártolo, salvo se fossem contrárias à *communis opinio doctorum*”<sup>266</sup>.

Tanto em relação ao conteúdo quanto à forma, o Código de Clóvis Beviláqua foi fortemente influenciado pelo que se passava no exterior, em especial na Europa.

O Pandectismo, ciência da Escola Histórica do Direito, era a principal característica do ensino nas faculdades, tanto da Europa quanto em outros continentes, em especial na América Latina. Sobre a influência do sistema do BGB no Código Civil de 1916, Franz Wieacker explica:

Especialmente intensa foi a influência do BGB em parte da América do Sul e nos países do Extremo Oriente asiático, que, na sequência da sua europeização, introduziram códigos de tipo ocidental; neste ponto, as suas preferências científicas ou técnicas pesaram mais do que a energia do seu *pathos* nacional ou a falta de concordância das soluções do BGB com os problemas sociais da época. O caráter abstrato do BGB favoreceu, pelo contrário, abertamente a sua assimilação civilizatória por culturas e ordens sociais completamente estranhas. Na América do

<sup>264</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 25, n. 97, pp. 163-180, jan.-mar., 1988. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181784>. Acesso em: 15 out. 2019, p. 170.

<sup>265</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 240.

<sup>266</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 25, n. 97, pp. 163-180, jan.-mar., 1988. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181784>. Acesso em: 15 out. 2019, p. 166.

Sul, quer o Brasil (Código Civil), quer, no nosso tempo, o Peru (1936) recorreram também ao BGB<sup>267</sup>.

Ainda:

As influências do BGB limitam-se ao sistema e à adoção de 62 (num total de 1807) parágrafos. Dos outros códigos civis europeus, influenciaram-no sobretudo o *Code Civil* e o Código Civil português (pertencente a esta família jurídica). Os direitos patrimoniais da família, o restante direito da família e o direito imobiliário basearam-se largamente no direito consuetudinário luso-americano e nas leis dos Estados fechados<sup>268</sup>.

A Revolução Industrial exerceu grande influência pelo mundo, inclusive no Brasil, a partir de 1850. Na ocasião, teve início o confronto entre os operários (cujos muitos líderes que atuavam nas greves eram estrangeiros, italianos e alemães) e a classe burguesa.

A classe burguesa, em especial os grandes industriários, não pretendiam dividir seu poder com a classe operária, e se fez mais importante diante do governo, motivo pelo qual os interesses desta classe é que foram atendidos.

Conforme observa Maria do Carmo Campello de Souza,

Não obstante o quadro legal instaurado com a República permitir o funcionamento de um Estado democrático, as elites dirigentes como veremos não compartilhavam o poder com os novos grupos que tinham teoricamente assegurada sua representação no processo político. Assim, a elite proprietária, ao mesmo tempo que aspirava, do ponto de vista ideológico a uma democracia liberal, agia de modo que a participação política se restringisse a seus representantes<sup>269</sup>.

Segundo Cláudio De Cicco, “a burguesia que apoiou a República não pretendia dividir o governo com a classe operária, nem lhe dar qualquer participação”<sup>270</sup>.

Assim, Clóvis Beviláqua elaborou um Código, interpretado na ótica individualista do século XIX, de acordo com os interesses do momento histórico, de acordo com a sistemática do BGB e, do ponto de vista material, “fadado a transcrever disposições do Code Napoléon, um século mais velho”<sup>271</sup>, e com a ingênua ilusão de completude ou plenitude legislativa, baseado no direito português.

Importante lembrar que a redação original do Código Civil de Clóvis Beviláqua foi elaborada em 1899, ou seja, anterior à Constituição Federal do Brasil de 1988; nele, não houve qualquer menção à boa-fé objetiva.

<sup>267</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gui Benkian, 1967, pp. 556-557.

<sup>268</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gui Benkian, 1967, p. 557.

<sup>269</sup> SOUZA *apud* DE CICCIO, Cláudio. *História do direito e do pensamento jurídico*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>270</sup> DE CICCIO, Cláudio. *História do direito e do pensamento jurídico*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 383.

<sup>271</sup> DE CICCIO, Cláudio. *História do direito e do pensamento jurídico*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 382.

Ressaltamos que o formalismo jurídico, a pretensão de completude, a segurança de interesses, a dureza das formas, a interpretação adstrita unicamente ao conteúdo da norma, todos presentes no Código Beviláqua, não permitiram no sistema a inserção de cláusulas gerais e de valores como a boa-fé, que ficou limitada aos artigos 221 (direito de família), 490 e 491 (posse), em sua concepção subjetiva. Em razão disso, evidentemente, em meados da metade do século XX, surgiram infundáveis questionamentos sobre a validade e a eficiência deste sistema.

O doutrinador italiano Massimo Brutti, em artigo intitulado *Antiformalismo e storia del diritto*, refere-se às necessárias críticas ao formalismo e ao abstracionismo dos Códigos oitocentistas nos seguintes termos:

Parece-me que as críticas mais articuladas e pontuais investem a sistemática do direito civil (e com elas a ciência processualista, de Chiovenda em diante). Essas são formas que perderam seu poder de síntese, sua capacidade de reassumir e descrever o direito<sup>272</sup>.

Oportuna, ainda, a crítica de Clóvis do Couto e Silva:

Em suma, a ideia de Código, como totalidade normativa, “corpus juris” completo e acabado, não tem mais sentido. Em momento algum, pôde essa ideia realizar-se plenamente. Teria a ideia de Código perdido a sua importância em face do número crescente de leis especiais?

A complexidade social atingiu um grau tão elevado, acarretou a edição de tão grande número de lei, que, em todo o mundo, se observa a tendência de reduzi-las ao indispensável. É da constatação comum a existência de uma “Overregulation” ou “Verrechtlichung” que se propõe como o grande problema não só legislativo, como também regulamentar, em face do crescimento enorme e desordenado do Executivo, que se hipertrofia na edição de decretos que são verdadeiras leis. Ao observador apressado poderia parecer que a ideia de Código teria perdido, por completo, o seu sentido. E, na verdade, quem admitiria um Código que seguisse o modelo do da Prússia, com mais de 19.000 artigos?

O Código Civil, como Código Central, é mais amplo que os códigos civis tradicionais. É que a linguagem é outra e nela se contém “cláusulas gerais”, um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o “corpus juris” vigente com novos princípios e normas. O juiz é, também, um legislador para o caso concreto. E, nesse sentido, o Código Civil adquire progressivamente maiores dimensões do que os Códigos que têm a pretensão, sempre impossível de ser atingida, de encerrar em sua disposição o universo do direito<sup>273</sup>.

Havia momentos em prol do normativismo puro, do sistema totalmente fechado e engessado, no qual não caberia qualquer atividade hermenêutica que desconsiderasse a norma

<sup>272</sup> BRUTTI, Massimo. *Antiformalismo e storia del diritto*. **Quaderni Fiorentini**: per la storia del pensiero giuridico moderno, v. 18. Milano, Gioffré, 1989, p. 680. “Mi pare che le critiche più articolate e puntuali investano le sistematiche del diritto civile (e con esse la scienza processualistica, da Chiovenda in avanti). Si tratta di forme che avevano perduto il loro potere di sintesi, la loro capacità di riassumere e descrivere i diritti”.

<sup>273</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 25, n. 97, pp. 163-180, jan.-mar., 1988. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181784>. Acesso em: 15 out. 2019.

pura; contrariamente, havia movimentos em prol do direito justo, do direito dotado de valores e aberto às constantes mudanças sociais.

Conforme já expusemos, a ciência jurídica “marchou” rumo aos valores indispensáveis a qualquer direito justo, e a mentalidade tanto da sociedade jurídica, quanto da sociedade em geral, foi mudando ao longo dos anos.

No Brasil, em 1940, o jurista e filósofo Miguel Reale iniciou sua *Teoria Tridimensional do Direito*. Mais tarde, em conjunto com José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Casto, elaborou o Projeto do Código Civil de 2002.

O novo projeto passou a ter por principal preocupação incluir na sistemática o direito justo, social, superando os pressupostos individualistas, a ética, a adaptação do sistema às constantes mudanças sociais, dar ao Código um caráter operacional, acolher modelos jurídicos validamente elaborados pela jurisprudência, enfim, adaptar o sistema do direito privado aos princípios constitucionais. A ideia era elaborar um projeto “correspondente às reais aspirações da sociedade brasileira”<sup>274</sup>, já que em relação ao projeto houve manifestação de diferentes círculos jurídicos e da sociedade em geral, que foram acolhidas e aperfeiçoaram a nova sistemática.

O Código Civil de 1916 tinha como principal preocupação a circulação fácil de riquezas. O centro era o individualismo e o contrato, e conseqüentemente, o normativismo puro. Com o desenvolvimento do direito e o despertar para a importância da sociologia e da filosofia para o universo jurídico, passou-se a entender, através das escolas filosóficas, que não é o homem que vive para o direito, mas o contrário; o homem é centro de tudo, e o direito deve servir à coletividade, a fim de garantir os direitos individuais.

No Brasil, a introdução da boa-fé em sua acepção objetiva deu-se através do Código Comercial de 1850<sup>275</sup>, como regra hermenêutica dos contratos comerciais, no entanto, não passou de letra morta. Segundo o Ministro José Carlos Moreira Alves, “nos quase 30 anos em

<sup>274</sup> REALE, Miguel. **Exposição de motivos do anteprojeto do Código Civil**. Mensagem 160. São Paulo: Diário do Congresso Nacional- Seção I, 13.06.1975.

<sup>275</sup> Nosso Código Civil Comercial de 1850 previa a boa-fé objetiva, em sua acepção interpretativa, nos seguintes termos: “Artigo 131 – Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 – a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; 2 – as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as partes tiverem admitido; e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; 3 – o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato; 4 – o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; 5 – nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor”.

que esteve no STF, lembrava-se, apenas por três vezes, em julgamentos, da invocação a este artigo”<sup>276</sup>.

Muito embora a doutrina majoritária, a exemplo de Clóvis do Couto e Silva e Judith Martins Costa, e a jurisprudência dos Tribunais já fossem grandes estudiosos do tema, foi só com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, que o princípio da boa-fé objetiva foi positivado no sistema brasileiro, através do artigo 4º, III, como princípio da Política Nacional de Relações de Consumo, e do artigo 51, IV, como critério para nulidade contratual. Dessa forma, ganhou grande importância e aplicabilidade, o que consistiu em uma importante evolução, renovando o direito e tornando o Código Civil ainda mais desatualizado em razão dessa nova política.

Havia, portanto, grande necessidade de adaptar o direito civil aos novos princípios constitucionais, à ordem democrática, que passou a ter por finalidade precípua a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a função social do direito, conforme pondera Nelson Rosenvald:

O Código Civil de 2002 deseja afastar toda a forma de conceituação estéril, que não revele efetividade. Temos de nos desvincular da velha herança francesa de preencher o desenho da norma em todos os seus poros. Muitas vezes, a prática de conceituar à exaustão é uma forma de esconder a nossa própria ignorância ou um temor de trabalhar com modelos abertos e mutáveis<sup>277</sup>.

Para Judith Martins Costa,

Vigente o Código de Defesa do Consumidor, logo o princípio da boa-fé tornou-se objeto de decisões judiciais relativas a litígios entre consumidores e fornecedores. Como tal, foi aí revestido por um significado específico, coerente com a lógica e os objetivos da proteção ao consumidor. Quando sobreveio o Código Civil, em 2003, esse significado, harmônico aos objetivos perseguidos no diploma consumerista, foi como que transplantado para outras relações obrigacionais cuja racionalidade econômica e cuja principiologia jurídica é positivamente diversa daquela vigente nas relações de consumo. Mas – como em breve melhor será assinalado – a boa-fé atua contextualmente, em vista da singularidade de cada concreta operação contratual, devendo ser filtrada por esquemas socialmente típicos a fim de consentir ao intérprete determinar aquilo que cada regulamento contratual concreto exprime em termos de normalidade e regularidade<sup>278</sup>.

Dentre os principais artigos inseridos na sistemática do Código Civil de 2002, estão o artigo 422 (determina comportamento de acordo com boa-fé objetiva, nas fases pré-contratual, contratual e pós-contrato), o artigo 113 (determina ao operador do direito interpretar os negócios jurídicos conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração), e o artigo 186

<sup>276</sup> ALVES *apud* COSTA, Judith Martins. **Estudos de direito privado e processual civil**: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: RT, 2014.

<sup>277</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 73.

<sup>278</sup> COSTA, Judith Martins. **Estudos de direito privado e processual civil**: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: RT, 2014, p. 193.

(reconhece que o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, comete ato ilícito).

Imenso passo deu o Código Civil de 2002 ao incluir em sua sistemática o princípio e a cláusula geral da boa-fé objetiva, cujo verdadeiro alcance tem sido construído pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais brasileiros.

## 5.2 Da distinção entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva

“A tradição positivista fez com que, durante muitos anos, o direito civil brasileiro ignorasse os recursos decorrentes da aplicação da boa-fé em sentido objetivo, restringindo-se, por décadas, aos limites da boa-fé em sentido subjetivo, prevista pelo legislador, de maneira expressa”<sup>279</sup>. No direito civil brasileiro, distinguem-se dois tipos de boa-fé, a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva; aquela está relacionada à condição ou estado psicológico do sujeito, de crença ou ignorância, enquanto esta qualifica uma norma de comportamento, uma regra de conduta fundada na honestidade, na lealdade e na retidão. Importante distinguir os dois institutos, uma vez que o presente estudo tem como objeto o estudo da boa-fé objetiva, que em muito se distingue da boa-fé subjetiva.

Para Judith Martins Costa, distinguir ambas é o primeiro passo, o mais básico e elementar, para compreender o princípio<sup>280</sup>. Segundo ela, a boa-fé subjetiva é “o agir de boa-fé”, expressa um estado de fato, que é constatado (ou presumido) ou não. Se constatada ou confirmada a presunção, decorrem consequências arroladas pela lei. Exemplos: a posse de boa-fé, mais o decurso do tempo, tem como eficácia a aquisição da propriedade, por usucapião<sup>281</sup>.

A boa-fé objetiva aponta um instituto jurídico indicativo de uma estrutura normativa dotada de prescritividade, bem como, uma regra de interpretação dos contratos e um *standard* (padrão) comportamental<sup>282</sup>.

Claudio Luiz Bueno de Godoy também distingue a boa-fé subjetiva da boa-fé objetiva:

<sup>279</sup> FRADERA, Véra Maria Jacob de. A boa-fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir-UFRGS*, Porto Alegre: Edição Especial, 2003, p. 126.

<sup>280</sup> COSTA, Judith Martins. *Estudos de direito privado e processual civil*: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: RT, 2014, p. 194.

<sup>281</sup> COSTA, Judith Martins. *Estudos de direito privado e processual civil*: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: RT, 2014.

<sup>282</sup> COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado*: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 42.

Diferente da boa-fé subjetiva, que é um estado psicológico, um estado anímico de ignorância da antijuridicidade ou do potencial ofensivo de determinada situação jurídica, a boa-fé objetiva é regra de conduta, uma regra de comportamento leal que se espera dos indivíduos, portanto que com aquela não se confunde.

Ou seja, boa-fé subjetiva e objetiva são conceitos diversos, o primeiro encerrando mesmo um estado e o segundo, um princípio, de especial incidência no campo contratual<sup>283</sup>.

Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro afirma que a boa-fé subjetiva se contrapõe à má-fé:

Acresce que o Código seguiu o esquema de, a propósito das situações mais variadas, dar relevo à boa ou má fé; tratasse-se apenas destas e haveria que fazê-lo em termos genéricos. Na realidade, o Direito pretende proteger ou sancionar as situações jurídicas de base em jogo; a substância de certos factos jurídicos inválidos ou os direitos dos titulares afectados, a posse ou a propriedade, várias propriedades em conflito e a propriedade ou a garantia patrimonial do credor. Na teia de vectores chamados a compor as decisões relativas aos conflitos apontados, a boa ou má-fé podem actuar, sem constituir, no entanto, o objectivo visado pelos dispositivos que as utilizem. Estas considerações são importantes para desmistificar o papel da boa-fé, combatendo desenvolvimentos linguísticos fáceis. A boa ou má fé constitui, apenas, um factor de aplicação do sistema; não traduz, ela própria, um sistema autónomo<sup>284</sup>.

Por fim, a lição de Judith Martins Costa, ao distinguir a boa-fé objetiva da boa-fé subjetiva:

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

Já a ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade<sup>285</sup>.

Destarte, conclui-se que a boa-fé objetiva distingue-se da boa-fé subjetiva – esta última tem concepção psicológica, que sempre se baseia em uma crença ou uma ignorância, enquanto a boa-fé objetiva é técnica legislativa, norma de comportamento, que impõe ao contratante um padrão de conduta, honesto, reto, probo, ético e norma de interpretação dirigida ao juiz.

<sup>283</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 72-73.

<sup>284</sup> CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 510.

<sup>285</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 411.

### 5.3 Conceito de boa-fé objetiva no direito brasileiro

O atual sistema utiliza a técnica das cláusulas gerais, dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios gerais do direito, com a finalidade de dar concretude a um sistema aberto a valores, flexível e adequado às constantes mudanças sociais, políticas e econômicas.

A boa-fé, através da qual é possível dar concretude ao sistema aberto, pode estar representada no sistema por um princípio, por uma cláusula geral ou por um conceito indeterminado, a depender da função que o juiz atenderá para dar concreção aos conceitos, garantindo a aplicação correta ao caso concreto.

Portanto, a boa-fé objetiva, dependendo da sua funcionalidade, ou seja, da sua utilização no sistema jurídico, poderá ser princípio geral de direito (caso a função seja interpretar normas, preencher lacunas do sistema positivado, ou como, guia na imposição de condutas); conceito legal indeterminado (caso a função seja preencher valor, com consequência já prevista em lei); ou cláusula geral (caso a função seja preencher valor, construindo solução específica pelo próprio juiz – como ocorre com o artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, e artigos 113, 422 e 2035, parágrafo único, do Código Civil).

O sistema aberto, além de mantê-lo sempre atualizado – porque evita que mediante o surgimento de novos problemas, mudanças sociais, econômicas e políticas, recorra-se a novas emissões legislativas – assegura a busca fundamental da justiça, através dos princípios e demais técnicas que permitam decisões equânimes e adequadas à sistemática como um todo.

O princípio da boa-fé, incluído na nova ordem sistemática, tem por objetivo dar concretude aos ideais de justiça e de equidade. Neste aspecto, a boa-fé será regra de interpretação e terá caráter de ideia jurídica diretiva a todo o sistema.

Algumas cláusulas gerais inseridas no Código Civil consagram o princípio da boa-fé, portanto, as máximas, os valores dos princípios gerais do direito, penetram no sistema através das cláusulas gerais, que por sua vez, permitem o preenchimento do valor e a construção da solução específica pelo próprio juiz.

Destarte, o princípio da boa-fé, uma vez positivado, a depender de sua função, será cláusula geral de padrão de conduta, que tem como objetivo (e trouxe para o ordenamento) a ética, a lealdade, a correção e a lisura do comportamento das partes, a probidade nas relações contratuais, seja na fase pré-contratual – durante sua execução – como na fase pós-contratual, assegurando a busca fundamental pela justiça.

A boa-fé objetiva, inserida na cláusula geral do artigo 422 do Código Civil, é regra de comportamento já que faz referência direta ao princípio da boa-fé objetiva, segundo a qual as partes devem agir como seres humanos retos, leais, probos, com veracidade, sem causar danos à outra parte, tampouco frustrar a expectativa de terceiros de forma não justificada. Tem maior importância e aplicabilidade no direito das obrigações, já que, além da função interpretativa, possui a função integrativa e de criação dos deveres anexos, além de ser fundamento para limitar o exercício de direitos subjetivos e posições jurídicas. No entanto, possui vasta relevância também no âmbito geral do direito privado e no direito público:

Conquanto a boa-fé objetiva tenha um relevo maior no campo do direito das obrigações, especialmente em razão do vasto espectro de “deveres anexos” que a ela se vinculam e do papel que desempenha como base teórica da culpa *in contraendo*, da responsabilidade pré e pós-negocial, é irrecusável, modernamente, sua importância em todo o território do direito privado. Mas não só; sua influência estende-se também ao direito público, podendo ser percebida muito marcadamente nos contratos administrativos e na responsabilidade pré-negocial do Estado<sup>286</sup>.

Restando claro de que forma a boa-fé está representada em nosso sistema (princípio jurídico, cláusula geral ou conceito indeterminado), importante delimitar o conceito e as características da boa-fé objetiva, sem qualquer pretensão de esgotar tão vasto assunto.

Na sua acepção objetiva, a boa-fé desprende-se da intenção das partes, da consciência individual, ao intérprete, desprende-se do estado psicológico das partes e o que importa é “um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social e em certo momento histórico”<sup>287</sup>.

Para Judith Martins Costa, é “regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do *alter*, visto como um membro do conjunto social juridicamente tutelado”<sup>288</sup>.

Através da boa-fé objetiva é possível interpretar e integrar o contrato, limitar o exercício dos direitos subjetivos e criar direitos e deveres anexos, seja ela representada por princípio, por cláusula geral ou por conceitos indeterminados. Portanto, a cláusula geral da boa-fé objetiva atribui aos juízes o poder de criação e de controle, de forma vinculada – jamais arbitrária –, conforme veremos adiante.

<sup>286</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do artigo 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, pp. 271-315, jul.-set., 2004.

<sup>287</sup> COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção” (as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro). **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 15, 1998, p. 14.

<sup>288</sup> COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção” (as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro). **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 15, 1998, p. 14.

A expressão boa-fé é semanticamente vaga, motivo pelo qual necessita de concretização, por parte do julgador, que deverá especificar seu conteúdo pautado no tempo, no meio social e profissional, assim como no contexto histórico. No entanto, trata-se de expressão objetiva, ou seja, aponta para um modelo jurídico, para um cânone de interpretação determinado, um *standard* comportamental:

Concretiza as exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfico negocial, consideradas a finalidade e a utilidade do negócio em vista do qual se vinculam, vincularam, ou cogitam vincular-se, bem como, o específico campo de atuação em que situada a relação obrigacional<sup>289</sup>.

O caso concreto é que servirá para analisar se as condutas adotadas pelas partes estão conforme a “boa-fé”, sempre considerando os contextos histórico, cultural, social ou profissional das partes, e o campo de atuação (direito do consumidor, direito civil, direito comercial, direito administrativo, direito do trabalho) da relação obrigacional.

Desta forma, a boa-fé objetiva tem funcionalmente sua atuação e eficácia como:

(i) fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas expectativas do *alter*, copartícipe da relação obrigacional; (ii) baliza do modo de exercício de posições jurídicas, servindo como via de correção do conteúdo contratual, em certos casos, e como correção ao próprio exercício contratual; (iii) como cânone hermenêutico dos negócios jurídicos obrigacionais. Ao assim atuar funcionalmente, a boa-fé serve como pauta de interpretação, fonte de integração e critério para a correção de condutas contratuais<sup>290</sup>.

Em suma, segundo Judith Martins Costa, a boa-fé, quando adjetivada como “objetiva” ou “obrigacional”, aponta a um modelo ou instituto jurídico indicativo de: (i) uma estrutura normativa dotada de prescritividade; (ii) um cânone de interpretação dos contratos; e (iii) um *standard* comportamental<sup>291</sup>.

Josef Esser distingue *standards* e princípios. Os primeiros aludem ao “senso comum” (bons costumes) e aos usos de tráfico. Em padrões como a boa-fé estão contidas determinações de comportamento segundo os bons costumes e os usos do tráfico. *Standards* não operam por si, são meras fórmulas, só adquirem importância através da elaboração judicial, que através dos precedentes inferem o grau médio de diligência que configurará os bons costumes e os usos do tráfico jurídico.

<sup>289</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 43.

<sup>290</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 45.

<sup>291</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 42.

Seguindo a doutrina anglo-americana, se entende por *standards* (padrões) como normas que se referem ao “senso comum”, às concepções e conduta do tráfego “normal”. [...] Portanto, o caráter geral da norma *standard* (padrão) não devemos acreditar que é um princípio simples. O princípio repousa sobre si mesmo, seja uma máxima ou um axioma. Como tal, não provém de uma determinada concepção nem fornece critérios. O *standard* fornece um critério, pelo procedimento de se referir às concepções vivas do que é valor, dever ou diligência, ou também pela inclusão de um conceito de valor que deve ser substanciado a critério do juiz. Por outro lado, de modo algum se trata de uma estimativa livre, mas sempre é feita referência às valorações que prevalecem nos respectivos círculos de tráfego. Em qualquer caso, o que pode ser observado aqui não é um princípio como base da argumentação judicial, mas sim uma certa técnica de formação de normas<sup>292</sup>.

Portanto, a boa-fé objetiva remete a um padrão de comportamento, ou seja, o legislador, através da cláusula geral, determina o comportamento conforme os critérios da boa-fé – são critérios objetivos, segundo os bons costumes e o tráfego jurídico, que deverão ser observados pelo juiz na efetiva prestação jurisdicional. Para que os bons costumes e o tráfego jurídico incidam no ordenamento jurídico, devem ser recepcionados pela legislação porque se tratam de normas de comportamento e não de princípios.

Nesse sentido, os bons costumes e os usos de tráfego são normas jurídicas de hermenêutica, que deverão ser observados no exercício da prestação jurisdicional.

Complexo, porém, é conceituar bons costumes e tráfego jurídico, termos vagos, que deverão ser interpretados em consonância com a principiologia do sistema e com o momento histórico e econômico, ou seja, de acordo com a experiência jurídica.

Clóvis V. do Couto e Silva acentua, a esse propósito:

Existe, no conceito de bons costumes, obviamente, o elemento sociológico, sendo decisivo para sua caracterização a convicção popular, na qual compreendem-se os valores morais tidos como necessários à convivência. Entre eles, alguns, no entanto, se modificam e se transformam, mas outros há que perduram, pois são insuscetíveis de sofrer alterações. O que importa contrastar é que os bons costumes se referem a valores morais indispensáveis ao convívio social, enquanto a boa-fé tem atinência com a conduta concreta dos figurantes na relação jurídica<sup>293</sup>.

O ato contrário aos bons costumes incorre no exercício não regular de um direito, o que configura abuso de direito (artigo 187 do Código Civil). Desta feita, os bons costumes, a

<sup>292</sup> ESSER, Josef. **Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Tradução do original alemão intitulado: GRUNDSATZ UND NORM IN DER RICHTERLICHEN FORTBILDUNG DES PRIVATRECHTS, 1956. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1961, pp. 123-124. Tradução livre do trecho: Siguiendo a la doctrina angloamericana, se entiende por standards normas que hacen alusión al “sentido común”, a las concepciones y conducta del tráfico “normal”. [...] Por consiguiente, el carácter general de la norma standard no debe hacernos creer que se trate de un simple principio. El principio descansa en sí mismo, tanto si es una máxima como un axioma. En cuanto a tal, ni procede de una determinada Concepción ni suministra criterios. El standard proporciona un criterio, por el procedimiento de remitir a las concepciones vivientes de lo que es valor, deber o diligencia, o también por inclusión de un concepto valorativo que há de ser substanciado a discreción del juez. Em cambio, em modo alguno se trata tampoco aqui de uma estimación libre, sino que siempre se hace remisión a las valoraciones que privan em los respectivos círculos del tráfico. Lo que en todo caso puede observarse aqui es, no um principio como base de la argumentación judicial, sino uma determinada técnica de la formación de normas”.

<sup>293</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, pp. 34-35.

boa-fé, os usos do tráfego, o fim social são limites impostos ao exercício dos direitos subjetivos, que quando ultrapassados, configuram abuso de direito, ato ilícito, e são causa de invalidade do negócio jurídico.

O artigo 113<sup>294</sup> do Código Civil determina como elementos para interpretação dos negócios jurídicos, a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Trata-se de elemento que através da interpretação confere concretude à boa-fé objetiva. O artigo trata diretamente dos usos do tráfego, antes mencionado na doutrina de Josef Esser e Clóvis V. do Couto e Silva.

Sob esse prisma, Judith Martins Costa assinala:

O artigo 113 direciona, porém, aos usos como critério hermenêutico. Abrange assim, aqueles elementos de fato implicitamente considerados na declaração negocial; as práticas comerciais de um determinado setor; cláusulas habitualmente utilizadas em determinados setores da economia ou “ramos do comércio” ou por categorias profissionais, etc. Deve, pois, o intérprete, ou com base nas regras comuns de experiência ou com o auxílio de perícia técnica, escavar a realidade prática, em busca daquilo que comumente ocorre no específico setor da atividade econômica ou da ambiência cultural na qual concluída e desenvolvida a relação contratual<sup>295</sup>.

O artigo 187 do Código Civil faz referência ainda ao “fim econômico e social”, limite este que não deve ser ultrapassado sob pena de configurar abuso de direito.

Muito embora a autonomia privada seja elemento fundamental do negócio jurídico, garantida pelo princípio norteador da liberdade econômica, a norma em questão impõe limites ao exercício dos direitos subjetivos e à liberdade de contratar, limites estes que serão demandados pela função social e econômica dos negócios jurídicos.

Josef Esser considera as cláusulas gerais normas que autorizam o juiz a utilizar os padrões (*standards*) para aplicar a lei ao caso concreto. A interpretação dos casos concretos, segundo a boa-fé, não deve seguir critérios subjetivos, mas padrões objetivos, o que determina a observância aos usos do tráfego jurídico:

Aqui, o comportamento devido é descrito em uma cláusula geral. Cláusulas gerais são autorizações para o juiz usar os padrões de consciência jurídica viva para encontrar a lei dentro da estrutura especificada. Sem fatos casualmente estreitos, são fornecidas instruções sobre como encontrar decisões legais individuais. Individual para cada caso, mas não subjetivamente, mas de acordo com os padrões objetivos (ou o que o juiz considera). A lei exige essa objetividade, comprometendo-se com um padrão geral – boa-fé – e, é claro, com as opiniões do público afetado – com o devido respeito ao costume do tráfego. [...] O caminho está aberto para o treinamento jurídico judicial. Ao fazer isso, o juiz examinará tanto a visão interna da

<sup>294</sup> “Artigo 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

<sup>295</sup> COSTA, Judith Martins. **O método da concreção e a interpretação dos contratos**: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 496-497.

lei moral (boa-fé) quanto a externa. Experiência de percepção de tráfego referida. A vantagem da redação é que uma visual é usada em vez de uma conceitual<sup>296</sup>.

Essas considerações nos levam a concluir que a boa-fé objetiva impõe às partes um padrão de conduta, determinando ao ser humano o dever de agir com retidão, probidade, honestidade, lealdade e lisura. O atendimento a esses padrões deverá ser observado pelo juiz, nas circunstâncias do caso concreto, como parâmetro para efetivar a prestação, os usos, os costumes e os fins econômicos e sociais.

António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, ao discorrer sobre o dever de atuar segundo a boa-fé, assegura:

O comportamento das pessoas deve respeitar um conjunto de deveres reconduzidos, num prisma juspositivo e numa óptica histórico-cultural, a uma regra de actuação de boa-fé. As incursões anteriores permitiram detectar esses deveres – e logo o aflorar dessa regra – no período pré-negocial, na constância de contratos válidos, em situações de nulidades contratuais e na fase posterior de extinção de obrigações. A boa-fé veio a ser utilizada, de modo repetido, para fundamentar, no Direito positivo, as diversas soluções propugnadas: a sua consagração legal, a sua carga histórico-cultural e a sua disponibilidade davam-lhe as qualidades requeridas<sup>297</sup>.

[...]

A boa-fé apenas normativiza certos factos que, estes sim, são fonte: mantenha-se o paralelo com a fenomenologia da eficácia negocial; a sua fonte reside não na norma que mande respeitar os negócios, mas no próprio negócio em si. A enumeração dos factos-fonte dos deveres de actuar de boa-fé resulta dos estudos efectuados; o início de negociações preliminares, a existência de um contrato, ou da sua aparência, a conexão de terceiro com uma obrigação ou o desaparecimento de um negócio. Todos eles têm em comum a verificação de um relacionar entre duas ou mais pessoas, através duma dinâmica que pressupõe uma conjugação de esforços que transcende o estrito âmbito individual. O direito obriga, então, a que, nessas circunstâncias, as pessoas não se desviem dos propósitos que, em ponderação social, emergem da situação em que se achem colocadas: não devem assumir comportamentos que contradigam – deveres de lealdade – nem calar ou falsear a actividade intelectual externa que informa a convivência humana – deveres de informação<sup>298</sup>.

<sup>296</sup> ESSER, Josef. **Lehrbuch des schuldrechts**. Verlag C. F. Muller Karlsruhe, 1949, p. 44. Tradução livre do original: “Hier ist das geschuldete Verhalten in einer Generalklausel umschrieben. Generalklauseln sind Ermächtigungen na den Richter, im gegebenen Rahmen die Maßstäbe des lebenden Rechtsbewußtseins zur Rechtsfindung heranzuziehen. Unter Verzicht auf kasuistisch enge Tatbestände wird eine Anweisung zur Rechtsfindung individueller Art gegeben. Individuell für jeden Fall, aber nicht subjektiv, sondern nach objektiven (oder was der Richterstand dafür hält) Maßstäben. Das Gesetz fordert diese Objektivität mit der Bindung an einen allgemeinen Maßstab – Treu und Glauben” – und na die Auffassungen der betroffenen Verkehrskreise – mit Rücksicht auf die Verkehrssitte [...]. Hier ist richterlicher Rechtsfortbildung der Weg geöffnet. Dabei wird der Richter sowohl auf die innere Anschauung des Sittengesetzes (Treu und Glauben) als auf die äußere. Erfahrung der Verkehrsauffassung verwiesen. Der Vorzug der Formulierung liegt darin, daß statt einer begrifflichen Formel eine visuelle benutzt wird”.

<sup>297</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimpr. Coimbra: Almedina, 2017, p. 632.

<sup>298</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimpr. Coimbra: Almedina, 2017, p. 646.

Na concepção do autor, boa-fé é dever de conduta, que deve ser observada no período pré-negocial, na constância do contrato e na fase pós-contratual. Não obstante, diante de sua consagração legal, carga histórico-cultural e axiológica, continua sendo fundamento para diversas soluções encontradas pela jurisprudência.

Clóvis V. do Couto e Silva enfatiza a ideia:

A influência da boa-fé na formação dos institutos jurídicos é algo que não se pode desconhecer ou desprezar. Basta contemplar o direito romano para avaliar sua importância. A atividade criadora dos magistrados romanos, restringida num primeiro momento ao *ius gentium*, e posteriormente estendida às relações entre os *cives*, através do *ius honorarium*, valoriza grandemente o comportamento ético das partes, o que expressava, sobretudo, nas *actiones ex fide bona*, nas quais o arbítrio do *iudex* se ampliava, para que pudesse considerar, na sentença, a retidão e a lisura do procedimento dos litigantes, quando da celebração do negócio jurídico<sup>299</sup>.

Para Nelson Nery Junior, a cláusula geral da boa-fé objetiva é fonte de direito e obrigações, assim como a lei, já que impõe comportamento aos contratantes, e integra o contrato através dos chamados deveres anexos, além de ser técnica dirigida ao juiz ao julgar a demanda no caso concreto:

A boa-fé objetiva é cláusula geral, ao mesmo tempo em que se consubstancia em fonte de direito e de obrigações, isto é, fonte jurídica assim como a lei e outras fontes. É fonte jurídica porque impõe comportamento aos contratantes, de agir com correção segundo os usos e costumes. “A boa-fé objetiva impõe ao contratante um padrão de conduta, de modo que deve agir como um ser humano reto, vale dizer, com probidade, honestidade e lealdade. Assim, reputa-se celebrado o contrato com todos esses atributos que decorrem da boa-fé objetiva. Daí a razão pela qual o juiz, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, deve dar por pressuposta a regra jurídica (lei, fonte de direito, regra jurídica criadora de direitos e de obrigações) de agir com retidão, nos padrões do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar<sup>300</sup>”.

Franz Wieacker também conceitua a boa-fé como cláusula geral dirigida ao juiz, devendo este, ao proferir suas decisões, observar a lealdade e a boa-fé, segundo os usos e costumes. Afirma, ainda, que a cláusula geral (norma jurídica positiva) se diferencia das demais normas justamente por sua configuração indeterminada e em razão do reenvio que faz não aos preceitos positivados, mas a mandamentos (lealdade e boa-fé) ou critérios sociais (usos e costumes) e metajurídicos:

Uns e outros concordam que a cláusula geral é uma norma legal positiva, ou seja, um mandato geral da lei, dirigida ao juiz que, conseqüentemente, no caso de reenvio para “boa-fé” ou “usos do tráfego”, o juiz executa ou cumpre simplesmente por meio de um julgamento lógico ou subsunção. De acordo com essa ideia, a norma

<sup>299</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 32.

<sup>300</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 12. ed. São Paulo: RT, 2017, pp. 970-971.

difere dos outros preceitos legais-positivos apenas por duas notas: por um lado, por sua configuração indeterminada (precisamente como uma cláusula geral) e, por outro, pelo reenvio que faz preceitos (“boa fé”) ou critérios sociais (“usos do tráfico”) não positivos, mas metajurídicos<sup>301</sup>.

Relativamente à significação e ao alcance da boa-fé objetiva, o autor ensina que todas as pessoas, todos os membros de uma comunidade jurídica devem comportar-se de boa-fé em suas relações. E que o dever de se comportar segundo a boa-fé, com lealdade, se projeta em todas as fases da relação jurídica (pré-contratual, contratual e pós-contratual) e em todas as relações jurídicas, devendo ser observada tanto pelos credores, quanto pelos devedores:

Todas as pessoas, todos os membros de uma comunidade jurídica devem se comportar de boa-fé em seus relacionamentos recíprocos. O que significa várias coisas: que eles devem adotar um comportamento leal em toda a fase anterior à constituição de tais relacionamentos (diligência *em contraendo*); e que eles também devem se comportar lealmente no desenvolvimento dos relacionamentos legais já estabelecidos entre eles. Esse dever de se comportar de boa-fé é projetado, por sua vez, nas duas direções em que todos os relacionamentos jurídicos são diversificados: direitos e deveres. Os direitos devem ser exercidos de boa-fé; obrigações devem ser cumpridas de boa-fé<sup>302</sup>.

Flávio Alves Martins conceitua a boa-fé objetiva considerando sua aplicabilidade principal no direito das obrigações, mas que também deve ser observada nas relações de direito público e no direito processual; além disso, argumenta que o princípio deve ser observado nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual:

Como princípio de nossa ordem jurídica, a boa-fé atua não no campo do direito privado e também no direito público, como, por exemplo, no direito processual (inc. II do artigo 14 do CPC), mas é na área do direito das obrigações, especialmente nos contratos, que a boa-fé mostra especial fertilidade. Nesse domínio, o princípio tem uma particular incidência, estando presente em todo o ciclo evolutivo da relação, desde os primeiros contatos negociais até a extinção do último vínculo. A boa-fé traduz-se no dever de cada parte agir de forma a não defraudar a confiança do outro. É a boa-fé que assevera a segurança nas obrigações<sup>303</sup>.

<sup>301</sup> WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Tradução do original Zur rechtstheoretische Präzisierung des §242 BGB. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1977, pp. 32-33. Tradução livre do original: “Unos y otros coinciden em que la cláusula general es una norma jurídica positiva, esto es, un mandato general de la ley, dirigido al juez, que, consecuentemente, em el caso de reenvio a la “buena fe” o a los “usos del tráfico”, el juez ejecuta o cumple simplemente mediante un juicio lógico o subsunción. Según esta idea, la norma se diferencia de los demás preceptos jurídico-positivos unicamente por dos notas: de un lado por su configuración indeterminada (precisamente em cuanto cláusula general) y de otro lado por el reenvio que hace a preceptos (“buena fe”) o criterios sociales (“usos del tráfico”) no positivados, sino metajurídicos”.

<sup>302</sup> WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Tradução do original Zur rechtstheoretische Präzisierung des §242 BGB. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1977, p. 12. Tradução livre do original: “Todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe em sus recíprocas relaciones. Lo que significa varias cosas: que deben adoptar un comportamiento leal em toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (diligencia in contraendo); y que deben también comportarse lealmente em el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituídas entre ellos. Este deber de comportarse según buena fe se proyecta a su vez em las dos direcciones em que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe; las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe”.

<sup>303</sup> MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 73.

Para José Roberto de Castro Neves:

A boa-fé objetiva é a análise de uma certa conduta na qual se aprecia, de forma material, se o autor do ato agiu de forma adequada. Trata-se do exame do procedimento correto, não se questionando os motivos ou a intenção do realizador, mas apenas o ato praticado<sup>304</sup>.

Cláudia Lima Marques assim conceitua a boa-fé objetiva:

Boa-fé é cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais. A proteção da boa-fé e da confiança despertada formam, segundo Couto e Silva, a base do tráfico jurídico, a base de todas as vinculações jurídicas, o princípio máximo das relações contratuais. Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações; o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes<sup>305</sup>.

Fernando Noronha, ao explicar a boa-fé objetiva, traça a característica que a distingue da boa-fé subjetiva: o dever de agir, a conduta segundo determinados padrões:

Se a boa-fé subjetiva é um estado, a objetiva, ou boa-fé como regra de conduta, é um dever – dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, para, como veremos na exposição subsequente, não frustrar a confiança legítima da outra parte<sup>306</sup>.

Para Claudio Luiz Bueno de Godoy, boa-fé objetiva é padrão de conduta, segundo o qual as partes devem agir com retidão, lealdade e veracidade:

[...] a boa-fé objetiva significa um *standard*, um padrão de comportamento reto, leal, veraz, de colaboração mesmo, que se espera dos contratantes. [...] a boa-fé objetiva é uma regra de conduta, uma regra de comportamento leal que se espera dos indivíduos [...] De toda sorte, expandiu-se a boa-fé objetiva como uma exigência de eticização das relações jurídicas, a ponto, inclusive, de espriar seu campo de abrangência a outras áreas do direito privado, que não só a do contrato, e mesmo a outras áreas do direito, como por exemplo a do direito público. Mas, com maior incidência na seara contratual ou, para muitos, e decerto influenciados pela própria topografia do parágrafo 242 do BGB, de necessária adstrição ao gênero do direito das obrigações – pressuposta esta como um processo, uma relação jurídica complexa e dinâmica em que as partes não se vinculam apenas à prestação principal, mas também a deveres instrumentais à sua melhor consecução, a seu adimplemento – a boa-fé objetiva faz dos ajustes, hoje, muito mais uma relação de cooperação, de consideração com o outro, destarte garantindo a promoção do solidarismo que, como

<sup>304</sup> NEVES, José Roberto de Castro. **Boa-fé objetiva**: posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais, 2000. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9124-9123-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019, p. 6.

<sup>305</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, pp. 180-181.

<sup>306</sup> NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 136.

visto, é valor constitucional e, nesta senda, imbricando-se com a função social do contrato<sup>307</sup>.

Em 1995, em artigo anterior ao texto *Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto do Código Civil* na questão da boa-fé objetiva nos contratos – no qual faz duras críticas ao sistema de cláusulas gerais –, Antônio Junqueira de Azevedo reconhece a importância da boa-fé objetiva, como princípio e como cláusula geral, afirmando que a boa-fé hoje representa uma das linhas mais importantes atinentes ao negócio jurídico:

À medida que vem diminuindo a intensidade do conflito entre autonomia da vontade, de um lado, e intervenção estatal, de outro, temos a impressão que o Direito privado, parcialmente liberto daquela questão ideológica, vem adquirindo novo alento, especialmente nos temas relativos aos negócios jurídicos e aos contratos; nas novas análises, a cláusula geral da boa-fé objetiva representa hoje, uma das linhas mais importantes. Não se trata, como é óbvio, da velha boa-fé subjetiva, entendida como um estado psíquico de conhecimento ou desconhecimento, de intenção ou falta de intenção, que serve para aquisição de direitos, como em matéria de frutos e benfeitorias (arts. 510 e 516, do CC), de usucapião (artigo 500, do CC) ou de aquisição a *non domino* (artigo 622, do CC), isto é, em geral, de temas de direito das coisas – embora também possam ser lembrados casos de direito de família (por ex., o casamento putativo) e de direito das obrigações (por ex., o credor putativo). A cláusula geral da boa-fé objetiva é norma de comportamento que se transforma em artigo de lei, está positivada em vários Códigos Civis (por ex., artigo 1.134, do Código Civil Francês; parágrafo 242, do BGB; artigo 1337, do CC italiano; artigo 227, do CC português)<sup>308</sup>.

Conforme explica Judith Martins Costa, a boa-fé tem por objetivo estabelecer um padrão comportamental, que visa assegurar justamente (através de uma conduta proba, leal, correta) a confiança no tráfego negocial, o equilíbrio econômico e a função social do contrato e de todas as relações:

Justamente por conta desses significados e destas funções, a boa-fé objetiva, quando apreendida em um princípio jurídico (como está no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor) tem por função estabelecer um padrão comportamental. Esse padrão é o da conduta proba, correta, leal, que considera os legítimos interesses do *alter*, tendo em vista a natureza, a ambiência e a função da relação, pois visa, imediatamente, a lograr o correto processamento da relação e, mediadamente, assegurar a confiança no tráfego negocial. Na relação obrigacional, portanto, considerado o mandamento de “agir segundo a boa-fé”, as partes se devem mutuamente lealdade e probidade (como correção de condutas) no trato dos interesses envolvidos naquela relação a fim de que esta chegue ao adimplemento satisfativo<sup>309</sup>.

<sup>307</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 72; 74-75.

<sup>308</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade São Paulo, São Paulo, v. 90, 1995. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67292/69902>. Acesso em: 10 dez. 2019.

<sup>309</sup> COSTA, Judith Martins. Contrato de seguro. Suicídio do segurado. Artigo 798, Código Civil. Interpretação. Diretrizes e Princípios do Código Civil. Proteção ao consumidor. Parecer. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 1, p. 257, jul.-set., 2014.

De todas as considerações acima, a boa-fé objetiva é padrão de conduta que exige retidão, respeito, cooperação, lealdade, ética, confiança, atuação refletida, pensando no *alter*, sem vantagem/desvantagem excessiva, sem abuso de direito, em todas as relações sociais, sejam elas de direito privado ou público, quer por parte do devedor, quer por parte do credor.

É nesse contexto que a boa-fé objetiva, através do princípio, da cláusula geral ou do conceito indeterminado, garante a concretização de cada um dos princípios fundamentais, do valor fonte homem e dos valores-fim do direito, por outras palavras, de uma ordem jurídica digna para seus homens, justa e equânime.

Sob esse prisma, a boa-fé possui diversas significações e funções no sistema jurídico atual. Independentemente de ser inserida no princípio, na cláusula geral ou no conceito indeterminado, o valor inserido pela boa-fé na sistemática é justamente o da retidão, da probidade, da honestidade para com o *alter*, da responsabilidade social e econômica.

Através do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva se põe, expressamente, como cânone de interpretação dos negócios (artigo 113); como medida para a aferição da licitude no exercício de direitos derivados de negócios jurídicos – cláusula geral da ilicitude no modo de exercício jurídico (artigo 187); e como cláusula geral dos contratos, servindo à sua integração (artigo 422). Nessas três previsões tem caráter geral, espraiando sua eficácia em numerosos institutos, muito embora também esteja prevista em artigos específicos, a exemplo dos artigos 128, 473, parágrafo único, 619, 765 e 769, todos do Código Civil.

A concretização de cada um dos princípios fundamentais, através do princípio da boa-fé ou da cláusula geral da boa-fé, é indispensável para a paz social, para a boa convivência social entre os homens.

Como observa Ruy Rosado de Aguiar Júnior, “a expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indissociável da vida de relação, sem o qual ela mesma seria inviável”<sup>310</sup>.

Conforme já exposto, o direito é fato social segundo uma ordem de valores, no entanto, nem todos os valores se equivalem. Alguns deles são tidos como fundamento do direito e não estão sujeitos à variação, nem mesmo diante das transformações sociais. A pessoa humana é valor-fonte do direito, ou seja, é o fundamento próprio do direito, o motivo de sua existência.

A justiça é o valor-fim do direito, o fim e objetivo a serem alcançados, é a finalidade de toda a sistemática. E a ideia de justiça está imediata e intimamente ligada ao valor-fim de equidade, já que justiça implica em garantir a cada homem o que é seu.

---

<sup>310</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, 1995, v. 14. Disponível em: [http://www.ruyrosado.com/upload/site\\_producao intelectual/144.pdf](http://www.ruyrosado.com/upload/site_producao intelectual/144.pdf). Acesso em: 20 jan. 2020.

A fim de que os valores pessoa humana, justiça e equidade sejam alcançados, a Constituição Federal de 1988 determina o compromisso de solidariedade entre as pessoas, ou seja, o homem deve estar a serviço da coletividade: “A justiça geral, que põe o homem a serviço da coletividade, é a justiça por excelência”<sup>311</sup>.

Oswaldo Peregrina Rodrigues, referindo-se à Constituição Federal de 1988, afirma que “em verdade, há textual solidariedade entre todas essas entidades (família, comunidade, sociedade e Poder Público)”<sup>312</sup>.

Nesse sentido, Paulo Lôbo observou que a liberdade individual deve ser direcionada ao bem comum da sociedade, e deve ser observada não apenas pelo Estado, mas também pelos particulares:

A liberdade individual é funcionalizada à realização da solidariedade, a promover o bem de todos (artigo 3º, IV, da CF), e não apenas de cada um. O mais importante nessa viragem de rumo ao princípio jurídico da solidariedade é a compreensão de que a solidariedade não é apenas dever positivo do Estado, na realização das políticas públicas, mas também que importa deveres recíprocos entre as pessoas<sup>313</sup>.

Desta forma, a boa-fé objetiva integra os chamados princípios sociais, indispensáveis à ordem jurídica nos moldes previstos pela Constituição Federal de 1988, e é corolário dos princípios da dignidade da pessoa humana, da justiça e da solidariedade. Evidentemente não é possível alcançar os valores fundamentais sem o comportamento segundo a boa-fé, a cooperação, a solidariedade, a honestidade, a empatia e a lealdade. E a cláusula geral da boa-fé objetiva, através de sua técnica legislativa, destina-se a dar concretude à concepção social do direito.

É de se salientar ainda a lição de Teresa Negreiros, que ao analisar a amplitude da boa-fé, afirma que o princípio do equilíbrio-contratual, assim como o princípio da função social do contrato, está na verdade abrangido pela boa-fé, “não passando de duas de suas múltiplas arestas”<sup>314</sup>.

Seguindo na análise da boa-fé no sistema jurídico brasileiro e na dimensão da sua relevância, resta analisar se a boa-fé é elemento do plano da existência do negócio jurídico. Não pretendemos, entretanto, enfrentar e esgotar todas as questões sobre o tema, o que seria inviável na presente dissertação, o que não nos impede de analisar se de fato seria a boa-fé elemento de existência ou de validade do negócio jurídico contemporâneo.

<sup>311</sup> REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 4. ed. São Paulo: Migalhas, 2014.

<sup>312</sup> RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **Direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Verbatim, 2016, p. 21.

<sup>313</sup> LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**, pp. 2-3. Disponível em: [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/78.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf). Acesso em: 23 jan. 2020, pp. 2-3.

<sup>314</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 116.

Frisamos, assim como Paulo Nalin, a importância dessa análise no contexto do direito civil contemporâneo, uma vez que não haveria suporte doutrinário para sustentar a boa-fé como elemento de existência, em um Estado Liberal, no qual reinava a liberdade individual, com a conseqüente liberdade contratual sem limites. Para o autor, a boa-fé é elemento essencial a compor o plano da existência do negócio jurídico contemporâneo:

Nessa base de nucleação do contrato no princípio da boa-fé, não tenho dúvida de que o contrato celebrado sem sua observância também será inexistente, sendo ela (boa-fé) antes elemento de materialização do negócio do que simples princípio informativo do que conformativo da vontade contratual. Ou seja, é antes elemento essencial do que limite interpretativo. O contrato é antes de boa-fé do que conforme a boa-fé. E, em assim sendo, no meu entender, atualmente inclui-se a boa-fé dentre os elementos que formam o *corpus* do negócio (sujeitos, vontade, objeto ou conteúdo e boa-fé), não mais ocupando posto a medir a validade do negócio (grau de validade), o que implicaria apontar um contrato conforme a boa-fé. Mais do que antes, agora, aprimorada a compreensão da boa-fé pela doutrina em geral, talvez por conta de sua estabilização no plano do Código Civil (artigo 422), reafirmo a necessidade de realocação doutrinária do princípio da boa-fé no plano da existência do negócio jurídico<sup>315</sup>.

Segundo teoria de Pontes de Miranda, interpretada por Antônio Junqueira de Azevedo, o negócio jurídico deve ser analisado sob os planos da existência, da validade e da eficácia.

Seguindo a linha do pensamento do intérprete acima, são elementos que compõem o plano da existência do negócio jurídico: 1) elementos essenciais (sem os quais o ato não existe), subdivididos em: 1.1) elementos gerais intrínsecos ou constitutivos, que são: a) declaração de vontade b) forma; c) objeto; d) circunstâncias negociais; 1.2) elementos gerais extrínsecos (ou pressupostos): a) agente; b) lugar; c) tempo do negócio; 2) elementos naturais (caracterizam a natureza jurídica de cada tipo de negócio): 2.1) elementos categoriais essenciais ou inderrogáveis; 2.2) elementos categoriais naturais ou derogáveis; 3) elementos acidentais ou particulares (facultativos, voluntários).

O plano da validade deve ser analisado após a verificação da existência do negócio jurídico – este será válido quando formado conforme as regras da sistemática, regular e imune de vícios. Portanto, uma vez existente o negócio jurídico, ele será válido ou inválido (nulo ou anulável).

Antônio Junqueira de Azevedo afirma que são elementos necessários à validade do negócio jurídico: 1) a declaração de vontade (resultante de um processo volitivo, querida com plena consciência da realidade e escolhida com liberdade, deliberada sem má-fé); 2) elementos intrínsecos: 2.1) objeto lícito, possível e determinado ou determinável; 2.2) forma

<sup>315</sup> NALIN, Paulo. **A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico**. Questões controvertidas – parte geral do Código Civil. Série “Grandes temas de direito privado”. v. 6. São Paulo: Método, 2006, p. 344.

livre ou prescrita em lei; 2.3) circunstâncias negociais; 3) elementos extrínsecos: 3.1) agente capaz e legitimado; 3.2) tempo útil; 3.3) lugar apropriado.

Notemos que os substantivos forma, objeto, agente e lugar são elementos estruturais, componentes da existência de um negócio jurídico, que existirá independentemente da qualificação ou da adjetivação que se seguirá após o substantivo.

Os elementos de validade são os adjetivos que seguem os substantivos (elementos de existência) do negócio jurídico, ou seja, “o agente” é elemento de existência, e o “capaz”, adjetivo que segue o agente, será o elemento de validade do negócio jurídico. O objeto é elemento de existência do negócio jurídico, e o “lícito, possível, determinado ou determinável” será o adjetivo que tornará aquele negócio jurídico válido.

Portanto, se presentes os elementos de existência, a qualidade, a adjetivação desses elementos será verificada apenas no plano da validade. Na inexistência dessa qualificação, o negócio jurídico será nulo ou anulável.

Nesse sentido explica Francisco Amaral:

Elementos do negócio jurídico são os itens que compõem a sua estrutura. A eles se opõem os pressupostos, logicamente anteriores, e os requisitos, qualidades desses elementos. Elementos do negócio jurídico são a vontade, o objeto e a forma, a que devem juntar-se os requisitos da capacidade, da idoneidade e da legalidade para que o negócio exista e seja válido (CC, Artigo 104). A validade do negócio jurídico exige que esses elementos tenham determinados requisitos ou atributos, qualidades que a lei indica (CC, artigo 104): a declaração de vontade deve resultar de agente capaz, o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável e a forma deve ser conforme à lei<sup>316</sup>.

Tecidas tais considerações, com todo respeito, ousamos discordar de Paulo Nalin, e consideramos que a boa-fé é elemento de validade do negócio jurídico na medida em que presentes os elementos forma, objeto, circunstâncias negociais, declaração de vontade, agente, lugar e tempo do negócio, o negócio jurídico existirá, e o elemento da declaração de vontade escolhida com liberdade, se o comportamento exteriorizado pelas partes através da declaração de vontade no negócio jurídico foi ou não de acordo com a boa-fé, se o comportamento manifestado pelas partes está valorado com a boa-fé, deverá ser analisado no campo da validade.

Não obstante, o fato de considerarmos a boa-fé elemento a ser analisado no plano da validade, não exclui das partes a responsabilidade pelas expectativas criadas durante as tratativas negociais, como também, durante a formação dos contratos (fase pré-negocial).

---

<sup>316</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil** – introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 397-398.

A declaração de vontade, como vimos, é elemento indispensável para a existência do negócio jurídico. Contudo, em muitos casos, mesmo havendo declaração de vontade das partes, manifestando vontade negocial, intenção na realização do negócio jurídico, na fase das tratativas, ou na fase pré-contratual, poderá ocorrer o rompimento dessas tratativas ou a não concretização do contrato. Em razão dos deveres de lealdade e boa-fé, as expectativas e a confiança criada no *alter* geram direitos e deveres para as partes chamados deveres anexos.

Portanto, mesmo que o negócio jurídico não venha a “existir”, a boa-fé através de uma de suas funções, cria deveres e direitos, diante das expectativas e da confiança depositadas pelas partes, conforme veremos adiante.

#### 5.4 Das funções da boa-fé objetiva

O Código Civil de 2002 é fruto de todo um movimento doutrinário e jurisprudencial por um direito dotado de valores e princípios, e foi promulgado com o objetivo de atribuir à nova sistemática do direito civil a observância aos valores e aos princípios da nova ordem constitucional. Foi desta forma que a boa-fé se expandiu e se consolidou no direito contemporâneo.

Diante desse quadro, iniciamos o subcapítulo acerca das funções da boa-fé com observação de Paulo Nalin, que vê na boa-fé, através de suas funções, ferramenta hábil para a concreção da socialidade do direito civil contemporâneo: “A boa-fé, nas suas múltiplas funções, pode dotar o operador do direito de ferramenta hábil a gerar a tão esperada revolução social, da qual todos somos credores”<sup>317</sup>.

Seja qual for a regulação subjacente, o princípio da boa-fé apresenta pelo menos uma tríplice funcionalidade geral: a interpretativa, que constitui um “critério para se estabelecer o sentido e alcance da norma”<sup>318</sup>; a integrativa, que através da boa-fé integra o conteúdo da relação obrigacional, impõe direitos e deveres na relação obrigacional, além daqueles já estipulados pelas partes; e a função corretiva (de controle) ou limitadora de direitos subjetivos, que tem por finalidade limitar a autonomia privada, adequando-a à boa-fé objetiva.

Franz Wieacker, em sua obra *El principio general de la buena fe*, ao analisar o § 242, do BGB, prevê uma tríplice função para a boa-fé, e de que forma o juiz poderá atuar pautado nestas funções – inclusive, por ocasião da aplicação do § 242, o magistrado poderá agir *contra legem* na salvaguarda do direito e da justiça:

<sup>317</sup> NALIN, Paulo. **A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico**. Questões controvertidas – parte geral do Código Civil. Série “Grandes temas de direito privado”. v. 6. São Paulo: Método, 2006, p. 343.

<sup>318</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil** – introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 426.

- a) O juiz atua em estrita conformidade com o ordenamento jurídico escrito e, em virtude de sua *officium iudicis*, limita-se a concretizar o projeto previamente estabelecido e planejado no regulamento legal (ver infra, n. 1).
- b) O juiz age com maior liberdade e *praeter legem*, quando exige que as partes se comportem de maneira justa no exercício ou na defesa de seus direitos. Do ponto de vista histórico-dogmático, esse era o campo ocupado pelo conceito de *exceptio doli*, incluindo os *dohis generalis sive praesens* (ver infra, n. 2).
- c) Por fim, a aplicação do 242 é realizada *contra legem*, através da ruptura que a jurisprudência empreende em direção a uma nova lei judicial, que vai além da realização de um projeto legislativo e da salvaguarda do Direito e da justiça no comportamento concreto das partes (vid. infra, n. 3)<sup>319</sup>.

Nem sempre a lei, ou as partes, através das cláusulas contratuais, podem prever ou regular todas as situações possíveis; muitas vezes, ao estabelecerem referidas cláusulas, ultrapassam o limite de seus direitos subjetivos.

Assim, à boa-fé são inerentes três funções: interpretativa ou hermenêutica, supletiva ou integrativa e corretiva ou de controle ou limitadora de direitos subjetivos, as quais serão analisadas em seguida.

#### 5.4.1 Da função interpretativa

Para um exato entendimento da função interpretativa da boa-fé, convém apreciar os apontamentos de Tercio Sampaio Ferraz Junior acerca da interpretação como necessidade para a decidibilidade de conflitos, buscando o sentido válido da norma, das declarações de vontade e de soluções possíveis:

A interpretação jurídica, como tarefa dogmática, ocorre num amplo espectro de possibilidades. Envolve o direito como um fenômeno complexo, na perspectiva da decidibilidade de conflitos [...] o jurista pressupõe que, no discurso normativo, são fornecidas razões para agir de um certo modo e não de outro. Essas razões, portanto, se destinam a uma tomada de posição diante de diferentes possibilidades de ação nem sempre congruentes, ou seja, conflitivas [...] Como essa significação conhece variações subjetivas, a interpretação jurídica cria condições para tornar decidível esse conflito significativo. O que se busca na interpretação jurídica é, pois, alcançar um sentido válido de uma comunicação normativa, que manifesta uma relação de autoridade. Trata-se, portanto, de captar a mensagem normativa como um dever-ser para o agir humano<sup>320</sup>.

<sup>319</sup> WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Tradução do original Zur rechtstheoretische Präzisierung des §242 BGB. Tradução José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1977, p. 51. Tradução livre do original: “a) El juez actúa en cumplimiento estricto del ordenamiento jurídico escrito y en virtud de su officium iudicis se limita a concretar el proyecto previamente establecido y planificado en la regulación legal (vid. infra, núm. 1). b) El juez actúa con mayor libertad y praeter legem, cuando exige a las partes que en el ejercicio o defensa de sus derechos se comporten de manera justa. Desde el punto de vista histórico-dogmático, éste, era el campo ocupado por el concepto de la exceptio do/i, con inclusión del dohis generalis sive praesens (vid. infra, núm. 2).c) Finalmente, la aplicación del 242 se realiza contra legem, mediante la ruptura que de la jurisprudencia acomete hacia un nuevo Derecho judicial, que va más allá, tanto de la realización de un proyecto legislativo como de la salvaguardia del Derecho y la justicia en el comportamiento concreto de las partes (vid. infra, núm. 3)”.

<sup>320</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 11. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, p. 217.

Importante destacar que mencionamos o termo “necessidade” de interpretação porque toda norma e toda declaração de vontade deverão ser interpretadas pelos operadores do direito, assim como, pelos juízes chamados à resolução de conflitos. Essa necessidade de interpretação para completude do texto normativo e posterior aplicação de solução correta ao fim do litígio é ressaltada por Eros Roberto Grau:

O texto, preceito, enunciado normativo é alográfico, na medida em que não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A “completude” do texto somente é realizada quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. Mas o “sentido expressado pelo texto” já é algo novo, distinto do texto: é a norma. Isso significa que o texto normativo, visando a solução de conflitos [litígios] (isto é, uma decisão normativamente fundada para problemas práticos, em razão do que consubstancia dever-ser, reclama um intérprete [“primeiro intérprete”] que compreenda e reproduza, não para que um segundo intérprete apenas possa compreender, mas a fim de que um determinado conflito [litígio] seja decidido. Por esse motivo, a interpretação do direito opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular: isto é, opera a sua inserção na vida<sup>321</sup>.

Se a atividade da interpretação busca o sentido válido da norma e das declarações de vontade, as soluções possíveis aos conflitos e procura criar condições para resolvê-los, de que forma essa interpretação poderá atender aos valores e aos princípios da sistemática atual?

O Código Civil traz ferramentas específicas para a justa interpretação da lei e dos negócios jurídicos, conforme veremos adiante.

A necessidade de criar soluções e condições de decidibilidade decorre da proibição do *non liquet*, ou seja, da compulsoriedade na tomada de decisões. A atual sistemática, como vimos, determina a tomada de decisões com a total observância dos princípios gerais do direito que estruturam o ordenamento.

Para Tercio Sampaio Ferraz Junior, o problema hermenêutico da decidibilidade, em outras palavras, o problema da criação das condições para uma decisão deve ocorrer “com o mínimo de perturbação social possível”<sup>322</sup>. O que nos leva à reflexão: para que uma decisão traga o mínimo de perturbação possível, ela deve ser justa, equânime, solidária e atender à dignidade da pessoa humana; deve, portanto, atender aos principais valores do sistema normativo, “capazes de dar ao significado das normas um sentido que alcance situações presentes e repercussões futuras”<sup>323</sup>.

---

<sup>321</sup> GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *Revista Crítica Jurídica*, n. 18, jun., 2001.

<sup>322</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 11. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, p. 221.

<sup>323</sup> DASCAL *apud* FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 11. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, p. 237.

Vimos que a boa-fé poderá estar representada por um princípio jurídico que, além de traduzir os “fins imanentes da ordem jurídica e social”, possibilitando a compreensão de toda a sistemática, é regulador<sup>324</sup> da atividade interpretativa, e serve de guia para preencher as lacunas. Quando representada por uma cláusula geral, a boa-fé objetiva servirá para suprir o conteúdo valorativo e posterior construção de solução pelo juiz, diante do caso concreto.

A nova sistemática, repleta de cláusulas gerais e de princípios informadores, em especial o princípio da boa-fé, dotado de caráter ético, conforme explica Paulo Nalin, introduziu a necessidade de repensar os modelos anteriores de interpretação, posto que, segundo o autor, não é possível para a espécie apontar uma definição rígida de seus contornos conceituais, pois sempre depende de uma conduta contratual, que se destina a melhor efetivação dos interesses do outro contratante. Assim, sua interpretação é “essencialmente tópica”<sup>325 326</sup>, trata-se de técnica destinada à resolução de problemas concretos, pela qual se busca soluções sem definições rígidas, em termos vagos, assim como os princípios gerais do direito.

No ato de interpretar a lei, o termo utilizado “o intérprete produz a norma” deve ser bem entendido, ou seja, a interpretação expressa conteúdos de disposições já existentes no ordenamento, mas que podem se encontrar em “estado de potência”. O intérprete, por meio de sua técnica, retira seu sentido do próprio ordenamento, produzindo nova norma, através de atividade criativa, a exemplo da jurisprudência e das súmulas dos tribunais:

<sup>324</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 11. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, p. 254.

<sup>325</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil – constitucional. v. 2. Curitiba: Juruá, 2001, p. 132.

<sup>326</sup> Tercio Sampaio Ferraz Junior explica o que é a técnica do pensamento tópico e como ela se desenvolve: “Quando se fala, hoje, em tópica pensa-se, como já dissemos, numa técnica de pensamento que se orienta para problemas. Trata-se de um estilo de pensar e não, propriamente, de um método. Ou seja, não é um conjunto de princípios de avaliação da evidência nem de cânones para julgar a adequação de explicações propostas, nem ainda critério para selecionar hipóteses. Em suma, não se trata de um procedimento verificável rigorosamente. Ao contrário, é um modo de pensar, problemático, que nos permite abordar problemas, deles partir e neles culminar. Assim, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados com caráter problemático visto que jamais perdem sua qualidade de tentativa. Os pontos de vista referidos, chamados *loci, topoi*, lugares-comuns, constituem pontos de partida de séries argumentativas, em que a razoabilidade das opiniões é fortalecida. Como se trata de séries argumentativas, o pensamento tópico não pressupõe nem objetiva uma totalidade sistematizada. Parte de conhecimentos fragmentários ou de problemas, entendidos como alternativas para as quais se buscam soluções. O problema é assumido como um dado, como algo que dirige e orienta a argumentação, que culmina numa solução possível entre outras. Viehweg observa vários modos de irrupção da tópica no direito. A interpretação, indispensável no pensamento jurídico desenvolve-se dentro do estilo tópico: o que garante a permanência de uma ordem jurídica em face de certos câmbios sociais no correr do tempo é justamente este estilo flexível em que os problemas são pontos de partida que impedem o enrijecimento das normas interpretadas. A própria interpretação dos fatos exige o estilo tópico, pois os fatos de que cuida o aplicador do direito, sabidamente, dependem das versões que lhes são atribuídas. Ademais, o uso da linguagem cotidiana, com sua falta de rigor, suas ambiguidades e vagezas, condiciona o jurista a pensar topicamente. Por isso, em seu raciocínio, ele sabe, de algum modo, que não há sistema em si que possa resolver todos os problemas jurídicos. Donde o caráter peculiar dos “sistemas” normativos, que mais parecem séries heteróclitas, ou das grandes “sistematizações” da ciência jurídica, que não resistem a uma análise lógica mais rigorosa” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 11. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, pp. 291-292).

O intérprete desvencilha a norma do seu invólucro (o texto); neste sentido, o intérprete “produz a norma”. Assim, atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas, a interpretação é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual o intérprete desvenda as normas contidas nas disposições.

Isso, no entanto, não significa que o intérprete, literalmente, crie a norma; o intérprete a expressa; o produto da interpretação é a norma expressada como tal; mas ela (a norma) pré-existe, potencialmente, no invólucro do texto, invólucro do enunciado. A norma encontra-se, em estado de potência, involucrada no enunciado (texto ou disposição); o intérprete a desnuda; isto é, desvencilha a norma de seu invólucro, fazendo-a brotar do texto, do enunciado. Por isso digo que o intérprete “produz a norma”<sup>327</sup>.

Nesse sentido, a função hermenêutica do princípio da boa-fé objetiva atua na interpretação da lei e dos negócios jurídicos, exigindo harmonia entre a declaração negocial e o comportamento das partes. Conforme observa Antônio Junqueira Azevedo, o comportamento posterior das partes será fonte de interpretação da declaração negocial:

O comportamento posterior das partes é universalmente reconhecido como uma espécie de interpretação autêntica do contrato. Na Itália, o artigo 1.362, alínea 2, determina que a intenção das partes deve ser procurada no comportamento dos *contraentes anche posteriore alla conclusione del contratto*<sup>328</sup>.

Muito embora o negócio jurídico seja elaborado pelas partes, “muitas vezes sua redação mostra-se obscura e ambígua”, ou o comportamento das partes não condiz com a declaração negocial, daí exigindo sua interpretação<sup>329</sup>. Segundo o artigo 112 do Código Civil, “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que o sentido literal da linguagem”. A norma, portanto, dispõe acerca da necessidade de interpretação das declarações negociais.

A interpretação das declarações de vontade deve considerar a declaração objetivamente apresentada pelo declarante, posto que a vontade só adquire relevância quando externada, quando declarada, e conhecida pelo *alter*. Portanto, não se trata de uma vontade interna, não declarada, irreconhecível pela outra parte. A interpretação dessa vontade externada deve considerar também critérios objetivos, conforme explica Emilio Betti: “o conjunto das circunstâncias (§ 41), o significado social das palavras usadas ou da conduta observada – tanto o emprego da linguagem falada como os usos, o comércio e as concepções dominantes na consciência social” porque, “concorrem, essencialmente, para determinar

<sup>327</sup> GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? *Revista Crítica Jurídica*, n. 18, jun., 2001.

<sup>328</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual**: o comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do programa contratual estabelecido. Parecer. São Paulo, 1998, p. 5. Disponível em: [http://ead2.fgv.br/ls5/centro\\_rec/docs/Interpretacao\\_do\\_contrato.pdf](http://ead2.fgv.br/ls5/centro_rec/docs/Interpretacao_do_contrato.pdf). Acesso em: 20 jan. 2020.

<sup>329</sup> RODRIGUES, Oswaldo Peregrina *et al.* **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2017, p. 127.

também a concreta situação subjetiva das partes”<sup>330</sup>. Segundo o autor, quando a norma determina nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção das partes,

A lei não se afasta daqueles critérios objetivos (artigo 1.362) quando põe em paralelo com o sentido literal das palavras a comum intenção das partes, porque também essa intenção comum deve ser geneticamente reconstituída, na sua objetiva reconhecibilidade e, portanto, com a ajuda daqueles critérios<sup>331</sup>.

E complementa, ao declarar:

A questão de saber se a “vontade interior” (porque esta é a vontade “verdadeira”) deve prevalecer sobre a declaração, ou a declaração deve sobrepor-se à vontade interior, exprime uma alternativa inadmissível no terreno do direito; portanto, está mal formulada. Porque a vontade das partes só adquire relevância jurídica, precisamente na medida em que seja reconhecível, sob a forma de declaração ou de comportamento: por isso não pode ser colocada no mesmo plano que essa forma, nem ter um valor próprio em antítese com o dela. Onde a lei (artigo 1.362) tem em vista a valorização da intenção comum das partes, que se conservou, sem chegar a exprimir-se, na esfera íntima da consciência, mas o *intuito concorde*, formado por ambas as partes, na medida em que se tornou reconhecível, na sua comum ou congruente declaração e conduta. Ela entende, portanto, essa comum e congruente declaração e conduta, interpretada, aliás, não segundo a morta e abstrata letra das palavras ou das atitudes, mas antes segundo o *espírito*: isto é, interpretada em função do recíproco comportamento global das partes de quem provém e da situação de fato em que se mostra concretamente enquadrada<sup>332</sup>.

A respeito da vontade interna, e da impossibilidade de fazer parte do objeto da prestação, sem declaração, Karl Larenz observa: “o ânimo e a disposição puramente interna ou simplesmente “a boa conduta” não são adequados para serem objeto de um “dever de prestação” e, como tal, não podem constituir uma obrigação”<sup>333</sup>.

Cabe, neste particular, rememorar Paulo Nalin, para quem “no atual momento de maturidade doutrinária sobre a boa-fé, verifica-se a objetivação das condutas negociais em detrimento da intenção negocial, sendo reflexo desse quadro a expansão da relevância da boa-fé objetiva diante da boa-fé subjetiva”<sup>334</sup>.

<sup>330</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda, 2008, p. 480.

<sup>331</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda, 2008, p. 480.

<sup>332</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda, 2008, p. 479. Segundo Emilio Betti, a teoria da declaração acima apontada é característica das declarações constitutivas de negócios *inter vivos*, e que ela tem um outro sentido, quando há a necessidade de interpretação dos negócios *causa mortis*, nos quais impõe-se “ter em conta o entendimento concreto do disponente, ainda que divergente do significado comum das palavras por ele usadas”, desaparecendo, portanto, a “necessidade de tutelar a expectativa gerada, de acordo com a boa-fé, em quem está autorizado a depositar confiança na declaração alheia, e não entram em jogo as necessidades do comércio e da circulação”. (BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda, 2008, pp. 481-482).

<sup>333</sup> LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. t. I. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 20. No original: “el ánimo y disposición puramente internos o simplemente la “buena conducta” no se adecuan para ser objeto de um “deber de prestación” y com ello no pueden constituir una obligación”.

<sup>334</sup> NALIN, Paulo. **A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico**. Questões controvertidas – parte geral do Código Civil. Série “Grandes temas de direito privado”. v. 6. São Paulo: Método, 2006, p. 372.

Relevante destacar que a regra do negócio jurídico, segundo a boa-fé, irá analisar o comportamento, a conduta das partes, e não o fator psicológico envolvido, portanto, não a intenção das partes. Desta forma, a interpretação será sempre objetivada, considerará a boa-fé objetiva, a boa-fé-conduta, a boa-fé comportamental, que por sua vez será analisada segundo diversos critérios objetivos, a exemplo dos usos e costumes.

Nesse contexto, a boa-fé tem natureza jurídica de regra de interpretação do negócio jurídico. Para esta finalidade, o juiz deve buscar a intenção das partes (Código Civil, artigo 112), externada, reconhecível, “sob a forma de declaração ou de comportamento”<sup>335</sup>, e não somente o texto literal do negócio, partes estas que devem agir de acordo com a boa-fé – ou seja, o negócio jurídico será interpretado conforme a boa-fé.

Cabe, neste particular, invocar Emilio Betti ao referir-se à boa-fé e aos usos como critério de interpretação:

[...] ela deve ser também utilizada como critério objetivo na interpretação técnica, e, mais precisamente, como instrumento para interpretar o preceito contratual, não já simplesmente segundo a letra, mas segundo o espírito. Na verdade, em face de uma interpretação cavilosa que, reportando-se ao texto literal do contrato, se apoie na ausência de certos pactos consequenciais, a parte interessada pode – mesmo na falta de usos a tal respeito – recorrer à boa-fé, já não entendida aqui como lealdade no negociar, mas como o espírito de colaboração, que deve animar cada uma das partes. Além disso, e acima de tudo, são instrumentos precípuos da interpretação técnica os critérios objetivos que se extraem daquilo “que geralmente se pratica”<sup>336</sup>.

Neste contexto, a boa-fé objetiva atua como recurso de interpretação da real vontade das partes e como integração das lacunas existentes na lei e no negócio jurídico firmado.

O artigo 113 do Código Civil consagra a boa-fé em sua função de interpretação e integração, ou seja, como cânone de interpretação do negócio jurídico, o que na opinião de Miguel Reale é o “artigo-chave” da atual codificação, posto ser norma fundante, a qual dá sentido às demais “sintetizando diretrizes válidas para todo o sistema”<sup>337</sup>.

A interpretação contratual deve ser realizada como um todo, ou seja, as cláusulas contratuais não podem ser interpretadas isoladamente, desprendidas do contexto contratual. No que tange à hermenêutica dessas cláusulas, o princípio da boa-fé objetiva presta-se a interpretar a “real vontade dos contratantes”, ou seja, de ambas as partes, o que significa dizer que se busca alcançar a intenção em comum, o consenso de ambos, e não a vontade individual<sup>338</sup>.

<sup>335</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda, 2008, p. 479.

<sup>336</sup> BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda, 2008, p. 489.

<sup>337</sup> REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: RT, 2003, p. 75.

<sup>338</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 77.

Desta forma, o juiz deve, ao utilizar-se da função interpretativa da boa-fé objetiva, considerar a vontade das partes como um conjunto, analisar o complexo de direitos e deveres de cada uma das partes, a finalidade e a função do contrato. Para tanto, deverá considerar os “elementos de valoração postos nos princípios fundamentais do sistema ou no conjunto normativo em análise”<sup>339</sup>.

Judith Martins Costa chama a atenção para o fato de que, no campo hermenêutico, no caso concreto, a boa-fé não atua sozinha, mas em conjunto com todo o sistema do Código Civil, das legislações esparsas e o comportamento contratual:

Este é um ponto a reter: como cânone hermenêutico, dificilmente a boa-fé atuará isoladamente, de forma divorciada de outros cânones interpretativos. Chamar a boa-fé no plano interpretativo importa em conjugar *standards*, para averiguar como se individualia, *in concreto*, o comportamento segundo a boa-fé, ou como é singularizado, também *in concreto*, um significado (do contrato, do comportamento contratual) em acordo à boa-fé<sup>340</sup>.

Para o intérprete utilizar a função interpretativa da boa-fé objetiva corretamente, ele deve observar os elementos extracontratuais e externos do próprio contrato, como os costumes e o lugar de sua celebração (artigo 113 do Código Civil). Efetivamente, o contrato deve ser interpretado de maneira a preservar a “real vontade dos contratantes”, a vontade externada, considerando-se as declarações ou o comportamento, preservando suas expectativas e tendo em vista sempre uma conduta leal, esperada de um contratante probo.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se através das Jornadas 26 e 27<sup>341</sup>.

#### **5.4.1.1 Os acréscimos realizados pela Lei da Liberdade Econômica no Código Civil, artigo 113**

Não pretendemos com a presente dissertação sustentar que a autonomia privada perdeu total importância ou foi completamente eliminada pela boa-fé.

A autonomia privada é princípio fundamental dos negócios jurídicos, um de seus pilares. Evidente que a obrigatoriedade das convenções (*pacta sunt servanda*) continua a

<sup>339</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 431.

<sup>340</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 488.

<sup>341</sup> Jornada 26 do Superior Tribunal de Justiça: “A cláusula geral contida no artigo 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes”; Jornada 27 do Superior Tribunal de Justiça: “Na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos”.

exercer essa função nos negócios jurídicos. O fim visado por toda relação obrigacional é seu adimplemento, afinal, o “adimplemento atrai e polariza a obrigação, é o seu fim”<sup>342</sup>. Contudo, observamos e defendemos nesta pesquisa que atualmente tanto a autonomia privada quanto a obrigatoriedade da convenção sofreram mitigação em face da boa-fé e ambas (autonomia privada e boa-fé) formarão o conteúdo do contrato.

A boa-fé objetiva é norma de ordem pública, que tem por finalidade assegurar a eticidade e a socialidade das relações: “o poder negocial instaura relações jurídicas válidas, desde que não conflitantes com expressas determinações de ordem legislativa”<sup>343</sup>.

Conforme já exposto, nem sempre a lei, ou as partes, através das cláusulas contratuais, podem prever ou regular todas as situações jurídicas possíveis, ou, muitas vezes, ao estabelecer referidas cláusulas ultrapassam o limite de seus direitos subjetivos. E é exatamente nestas circunstâncias que a boa-fé tem espaço.

Em 20.09.2019 foi publicada, e entrou em vigor na data de sua publicação, a Lei n. 13.874/2010, chamada Lei da Liberdade Econômica.

Relevante aqui ressaltar a tentativa da Lei da Liberdade Econômica, de substituir os valores de justiça e equidade, introduzidos na atual sistemática, pelo anterior paradigma de prevalência da autonomia privada e da convenção das obrigações, sempre, independentemente do conteúdo quando os negócios jurídicos forem de natureza paritária.

Nesse aspecto, Maurício Bunazar argumenta:

No que tange ao regime jurídico dos contratos, a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica não implicou apenas alterações ao texto do Código Civil; implicou verdadeira mudança de paradigma.  
[...] Se o texto original do Código Civil de 2002 teve como um de seus princípios fundamentais a socialidade, pode-se dizer que a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica é indicativo eloquente da revalorização da autonomia privada<sup>344</sup>.

O que por ora nos interessa à discussão nesta pesquisa são os parágrafos acrescentados ao artigo 113 do Código Civil – atualmente presente na parte geral do Código Civil e aplicável a todo e qualquer negócio jurídico de natureza civil, sem exceção.

Na redação original da Medida Provisória verifica-se que a intenção das alterações introduzidas era alcançar os nortes interpretativos dos negócios jurídicos de natureza empresarial. Contudo, alterou-se a Medida Provisória para que os nortes interpretativos introduzidos pelos parágrafos fossem aplicados aos negócios jurídicos em geral.

<sup>342</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 16.

<sup>343</sup> REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: RT, 2003, p. 76.

<sup>344</sup> BUNAZAR, Maurício. A Declaração de Direitos da Liberdade Econômica e seus impactos no regime jurídico do contrato de direito comum. **Revista Brasileira de Direito Contratual**. v. 01, n. 01, out.-dez., 2019, pp. 1.563-1.564.

A Lei da Liberdade Econômica não alterou o *caput* do artigo 113<sup>345</sup> do Código Civil, mas acrescentou dois parágrafos ao dispositivo que sempre teve como objetivo legitimar o comportamento das partes, desde que se comportassem segundo a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Portanto, os critérios objetivos de interpretação, como lealdade, probidade, boa-fé e os usos do tráfego jurídico, sempre foram critérios legitimados pelo legislador, pela doutrina e pela melhor jurisprudência.

A Lei n. 13.874/2019, em seu § 1º, acrescentou incisos que preveem regras para que as interpretações atendam à boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Especificamente em seus incisos I, II e III positivaram a interpretação realizada pela doutrina e pela jurisprudência, em relação aos negócios jurídicos, e repetiram os nortes do *caput* do artigo.

O inciso I do § 1º positivou a teoria criada pela jurisprudência e pela doutrina a partir da boa-fé objetiva, o *venirun contra factun proprium*, a vedação do comportamento contraditório.

No inciso IV do parágrafo 1º (“a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável”), a lei criou nova regra de interpretação, que se aplica aos contratos de adesão, com conteúdo imposto por uma das partes, mas também aos contratos paritários, em relação às cláusulas redigidas exclusivamente por uma das partes. Portanto, uma norma mais ampla em relação a do Código Civil, artigo 423, que faz referência exclusiva aos contratos de adesão.

Em relação ao artigo 113, § 1º, V, do Código Civil, observamos a valorização do comportamento das partes, no entanto, agora, o comportamento no momento das negociações preliminares, proposta e eventuais contrapropostas, anteriores à efetiva conclusão do negócio jurídico. Essas negociações preliminares deverão ser inferidas, interpretadas com as demais cláusulas contratuais com base na “racionalidade econômica das partes”. Observamos que o critério para a interpretação deve ser objetivo, ou seja, conforme o declarado pelas partes nas negociações preliminares, antes da conclusão do negócio jurídico, e deve ser auferido das próprias negociações, sem espaço para suposições contrárias à vontade efetiva das partes.

O outro critério objetivo para a interpretação do que seja razoável inferir em relação à “razoável negociação das partes” (artigo 113, § 1º, V, do Código Civil), é a “racionalidade

---

<sup>345</sup> Atual redação do Código Civil, artigo 113, com os acréscimos da Lei n. 13.874/2019: Artigo 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. §1º. A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: I – for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II – corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III – corresponder à boa-fé; IV – for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V – corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. § 2º. As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

econômica das partes”, novo conceito indeterminado que deverá ser preenchido pelo intérprete. Talvez devamos, mais uma vez, considerar os usos e costumes em relação ao negócio firmado, em razão do que é economicamente esperado de acordo com os usos e costumes do local em que foi firmado, para se chegar à conclusão acerca das expectativas de vantagem econômica das partes.

O § 2º, introduzido pela Lei da Liberdade Econômica, deve ser interpretado de acordo com a sistemática da Constituição Federal, do Código Civil, e ao artigo 3º, da própria Lei, que estabelece como parâmetro a liberdade de livre estipulação para os negócios jurídicos paritários, com respeito às normas de ordem pública.

O § 2º consagra a liberdade das partes em suas disposições contratuais, ou seja, procura mitigar toda a sistemática, dando ênfase e prevalência à autonomia privada, a qualquer custo, na tentativa de substituir o poder interpretativo e integrativo concedido ao juiz pela sistemática aberta, na expectativa de substituir valores como justiça, equidade e solidariedade, por conceitos econômicos e liberdade irrestrita.

Ressaltamos que a liberdade de estipulação das partes, ou seja, a autonomia privada, também é um dos pilares na ordem jurídica atual, e assegurar essa liberdade é tão importante quanto qualquer outro princípio. No entanto, essa liberdade deve ser exercida de boa-fé e em observância à função social do contrato, normas de ordem pública e caráter social do direito.

Portanto, a liberdade é basilar, a livre pactuação é inerente aos negócios jurídicos, a clara pactuação das cláusulas do negócio jurídico também é inegavelmente valiosa para a interpretação do que as partes efetivamente querem e serve de apoio à segurança jurídica. Para tanto, servimo-nos do brocardo popular: “o combinado não sai caro”. No entanto, o direito deve ser interpretado sistematicamente, com base na eticidade e na socialidade das relações jurídicas.

Assim, as regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos, livremente pactuados pelas partes, encontram sua liberdade mitigada pelos princípios do ordenamento, pelas normas de ordem pública. Nenhuma cláusula de interpretação poderá ser contrária à boa-fé, mesmo que o negócio jurídico tenha sido firmado de forma paritária, tampouco, poderá nessa hipótese afastar a intervenção do Poder Judiciário. O contrato tem sua função social, o que significa dizer que nenhuma estipulação poderá trazer prejuízos à sociedade, conforme explica Flávio Tartuce:

Como se verá, há norma muito próxima no novo artigo 421-A, inc. I, da codificação, sendo necessário o devido controle dessas regras de interpretação ou preenchimento de lacunas pelos julgadores em geral, para que abusos não sejam cometidos. Adianta-se que a norma pode ser inócua em muitas situações, pois as partes de um

negócio jurídico podem sim pactuar a respeito dessas questões, mas isso não afasta a eventual intervenção do Poder Judiciário em casos de abusos negociais ou em havendo a tão citada lesão à norma de ordem pública. Pode-se também sustentar que não haveria a necessidade de inclusão dessa previsão no texto legal, pois o seu conteúdo já vinha sendo admitido parcialmente pela doutrina brasileira, pelo teor do enunciado 23 da I Jornada de Direito Comercial.

[...] Nota-se que, em matéria de contratos, a lei da liberdade econômica procurou valorizar a autonomia privada e resolver antigos problemas técnicos que existiam no Código Civil, o que é louvável. Todavia, não se pode dizer que a autonomia privada, a força obrigatória do contrato e a tal intervenção mínima passaram a ser princípios contratuais inafastáveis e absolutos. Por óbvio que devem eles ser ponderados e mitigados frente a outros regramentos, caso das sempre citadas função social do contrato e boa-fé objetiva. Com isso, busca-se o eventual equilíbrio contratual perdido e a vedação dos abusos e excessos negociais, tão comuns em nosso país<sup>346</sup>.

Maurício Bunazar enfatiza a importância da Lei da Liberdade Econômica para o exercício da liberdade contratual e destaca: “se a autonomia privada foi exercida em conformidade com as normas de competência, seu produto – a norma jurídica – é válido”. Destarte, realça a existência de limites para o poder do agente, as normas jurídicas de competência, dentre elas as normas sobre boa-fé que possuem caráter cogente, “de modo que não podem ser afastadas pelo exercício da autonomia privada das partes”<sup>347</sup>.

O § 2º colide inclusive com o próprio *caput* do artigo 113 do diploma civil.

A limitação da autonomia privada pela boa-fé objetiva, pela função social do direito e do contrato, atende aos valores introduzidos pelos princípios constitucionais no contemporâneo Estado Social de Direito brasileiro.

Tanto o princípio da boa-fé objetiva, quanto da função social do contrato, são normas de ordem pública, fundamentais para o exercício da democracia, da justiça e da igualdade entre as partes; além disso, conforme disposição do artigo 2.035 do Código Civil, nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública.

É certo que a sistemática consagra a livre-iniciativa, no entanto, devemos atentar ao fato de que o artigo 1º, IV, da Constituição Federal de 1988, consagra como princípio fundamental do Estado Democrático, “o valor social da livre-iniciativa”; não se trata, entretanto, de uma prerrogativa ilimitada, mas amparada como preceito fundamental, pelos valores sociais.

Portanto, qualquer norma que colida com a livre iniciativa limitada pelos valores sociais, como a defesa do consumidor, o equilíbrio entre as partes, a função social do direito e

<sup>346</sup> TARTUCE, Flávio. A “lei da liberdade econômica” (Lei n. 13.874/2019) e os seus principais impactos para o direito civil. Segunda parte. 15 de outubro de 2019, pp. 3-8; 7-8. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/313017/a-lei-da-liberdade-economica-lei-13874-19-e-os-seus-principais-impactos-para-o-direito-civil-segunda-parte>. Acesso em: 28 abr. 2020.

<sup>347</sup> BUNAZAR, Maurício. A Declaração de Direitos da Liberdade Econômica e seus impactos no regime jurídico do contrato de direito comum. *Revista Brasileira de Direito Contratual*. v. 01, n. 01, out.-dez., 2019, pp. 1.553-1.558.

do contrato, a redução das desigualdades sociais, com os ditames da justiça social, da solidariedade e da socialidade, é contrária à normatividade do direito privado.

O § 2º da Lei da Liberdade Econômica deve ser lido e interpretado em consonância com o *caput* do artigo 113, portanto, atendendo-se os ditames da justiça social e todos os demais princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil. Desta feita, a autonomia privada continua mitigada e controlada pela função social do contrato e pela boa-fé objetiva.

A boa-fé objetiva, conforme já expusemos, é corolário, consequência dos princípios constitucionais da justiça social (artigo 170), da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III) e da solidariedade (artigo 3º, I), todos previstos na Constituição Federal de 1988. Assim, a autonomia privada deve atentar aos valores sociais da livre-iniciativa, conforme rege a Carta Magna, em seu artigo 170.

Parece-nos que a redação dos parágrafos incluídos no artigo 113 do Código Civil pela Lei da Liberdade Econômica pretendeu aproximar a boa-fé objetiva até então prevista no sistema brasileiro, da boa-fé disseminada no sistema da *common law*, especificamente naquilo que se verifica no direito inglês, conforme artigo de Antônio Barreto Menezes Cordeiro<sup>348</sup>, acerca do papel atual da boa-fé no cumprimento dos contratos, no âmbito do direito inglês. A posição dominante no direito inglês é a prevalência atribuída à autonomia privada e à vontade manifestada pelas partes. Isso se dá em razão do “liberalismo e o individualismo profundamente enraizados na cultura e na sociedade inglesas”<sup>349</sup>, o que contrasta com o direito social, implantado na sistemática atual brasileira, que visa acautelar a posição jurídica da parte mais fraca da relação, ou daquele que foi prejudicado de alguma forma pela má-fé alheia.

Em razão da consolidação do princípio da autonomia privada como princípio estruturante do direito inglês, não houve consolidação do princípio da boa-fé no sistema, e sem qualquer apoio da doutrina dominante, a jurisprudência não se dedicou ao assunto.

A não consolidação do princípio da boa-fé no direito inglês, contudo, não significa que a doutrina e a jurisprudência reconheçam sua existência, mas sim que o sentido dado à boa-fé objetiva é totalmente diferente daquele previsto no sistema anterior às alterações realizadas pela Lei da Liberdade Econômica.

---

<sup>348</sup> CORDEIRO, Antônio Barreto Menezes. Princípio da boa-fé na execução dos contratos no direito inglês. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 14, ano 5, pp. 369-382. São Paulo: RT, jan.-mar., 2018.

<sup>349</sup> CORDEIRO, Antônio Barreto Menezes. Princípio da boa-fé na execução dos contratos no direito inglês. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 14, ano 5, pp. 369-382. São Paulo: RT, jan.-mar., 2018, p. 378.

Para o direito inglês, agir de boa-fé significa dar o exato cumprimento ao contrato, em todos os termos previstos. As partes, desta forma, são livres para agirem, contratarem como melhor lhes aprouver, e não poderão posteriormente atuar em violação aos termos do contrato. Em suma, agir de boa-fé significa observar e cumprir os termos do contrato, livremente pactuado entre as partes.

Concluimos que a Lei da Liberdade Econômica, especificamente no ponto analisado na presente dissertação, além de colidir com os princípios constitucionais, como também com os princípios do Código Civil, pretende limitar o poder de revisão e de integração dos negócios jurídicos concedido aos juízes pelo atual sistema aberto.

Consideramos que a autonomia concedida ao juiz para interpretar os negócios jurídicos e integrá-los de deveres segundo ditames da boa-fé objetiva não pode ser restringida por dispositivo infraconstitucional, totalmente contrário à sistemática da Constituição Federal e do Código Civil.

Tanto o princípio da boa-fé objetiva, quanto a cláusula geral da boa-fé, são dirigidas ao juiz, devendo este, ao proferir suas decisões, observar os critérios da lealdade, probidade, boa-fé, segundo os critérios sociais, os usos e costumes do tráfego jurídico. Importante frisar que o § 2º da Lei n. 13.874/2019 não tem o condão de alterar o poder criativo concedido ao juiz.

O poder de interpretação e integração concedido ao juiz atende a critérios objetivos limitados pela própria sistemática, e qualquer tentativa de mitigar a atuação do judiciário na busca do direito justo, da equidade e da solidariedade, não tem validade no ordenamento.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a boa-fé não se restringe a dar maleabilidade a eventual rigidez da norma jurídica, mas também tem caráter integrativo e interpretativo, cujo limite é a própria legislação aplicável.

#### **5.4.2 Da integrativa e criação de deveres**

Quando a interpretação da lei, ou das declarações de vontade da parte (para se definir se essa declaração é coerente com o comportamento das partes, ou casos em que essas declarações são incompletas, contraditórias ou obscuras), não for o suficiente para preencher as lacunas da lei, ou do próprio negócio jurídico, necessário utilizar a segunda função da boa-fé, que é a função integrativa e de criação de deveres.

Através da função integrativa, o julgador utiliza-se da boa-fé objetiva para compor a vontade das partes. Não se trata de substituir a vontade originária, a base do negócio jurídico,

mas de adequá-la aos ditames do princípio e criar direitos e deveres não previstos pelas partes. Neste sentido, a boa-fé tem função autônoma ao negócio jurídico, já que cria direitos e deveres não previstos anteriormente.

Para Tercio Sampaio Ferraz Junior, as necessidades de uma sociedade em mudança exigem do sistema a possibilidade da atividade criativa, da ação do juiz perante o direito posto:

O problema da integração aparece desde que se postule uma distinção entre atividade legislativa, executiva e judiciária. A adoção do princípio da tripartição dos poderes está no cerne da questão. Pressupõe uma organização política relativamente estável e uma sociedade cujos problemas jurídicos, à época em que a teoria das lacunas é formulada, pareciam restringir-se, em sua maior parte, aos de natureza privada, sendo o conteúdo de seus conflitos questões interindividuais. Não obstante, se de um lado, essas condições permitiram a concepção do direito como norma posta e encarada pelo intérprete como ponto de partida inegável, as necessidades de uma sociedade em mudança, de outro, exigiam o rompimento dessa pretensa atitude acrílica perante o direito posto<sup>350</sup>.

Diz-se assim que a boa-fé objetiva, além de servir como regra de interpretação do negócio jurídico, integra a obrigação, como fonte autônoma de direitos e deveres, ao lado do negócio jurídico, implicando “a criação de uma norma para o caso de acordo com os dados objetivos que ele mesmo apresenta, atendendo à realidade social e econômica em que o contrato opera, ainda que isso o leve para fora do círculo da vontade”<sup>351</sup>.

É de se assinalar, portanto, que os deveres nascidos da obrigação principal, previstos no negócio jurídico, são os chamados deveres primários, enquanto os deveres e direitos nascidos em razão da integração da boa-fé são os deveres secundários.

Em 1958, Karl Larenz, em sua obra *Derecho de obligaciones*, já desenvolvia sua tese acerca dos deveres primários e secundários, decorrentes da integração da boa-fé objetiva, utilizando como parâmetro para o comportamento de boa-fé as circunstâncias e as exigências do tráfego jurídico:

Portanto, o que distingue a relação de obrigação de outras relações jurídicas é o significado principal do dever de prestação. Isso não significa, no entanto, que a relação obrigatória se esgote com esse dever. Para qualquer relação jurídica, qualquer que seja sua estrutura, rege o princípio de cumprir a prestação com fidelidade à palavra dada ou de qualquer forma à obrigação de não frustrar a confiança da outra parte, ou seja, cumprir a prestação do serviço de acordo com a boa-fé (§242). Esses deveres que vão além de seu próprio dever estrito de fornecer – cujo cumprimento normalmente é objeto de uma ação judicial – e que resultam para ambas as partes do que é expressamente acordado, do sentido e fim da obrigação, do princípio da boa-fé, de acordo com as circunstâncias ou, finalmente,

<sup>350</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 11. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, p. 263.

<sup>351</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, 1995, v. 14. Disponível em: [http://www.ruyrosado.com/upload/site\\_producao intelectual/144.pdf](http://www.ruyrosado.com/upload/site_producao intelectual/144.pdf). Acesso em: 20 jan. 2020, p. 384.

das exigências do tráfego, os chamados “deveres de conduta” (*Verhaltenspflichten*). Esse resultado seria incompreensível se não fosse também nesses casos de deveres derivados da “relação de obrigação” (como relação jurídica especial), que, no entanto, diferem devido à sua natureza secundária e complementar, do verdadeiro dever de cumprimento<sup>352</sup>.

Frisamos que o problema da lacuna no negócio jurídico nem sempre é coexistente à relação contratual, mas também pode surgir ao longo do cumprimento do negócio jurídico, em decorrência de transformações não previstas ou imprevisíveis, motivo pelo qual a função integradora poderá se manifestar em qualquer fase da relação jurídica (tratativas, pré-contratual, contratual e pós-contratual).

Como afirma Judith Martins Costa:

Por vezes a interpretação contratual (como definição do significado e alcance do texto do contrato, bem como da conduta das partes) é insuficiente para resolver problemas derivados de uma lacuna, coexistente à conclusão contratual ou mesmo superveniente, se tendo manifestado em virtude de transformações, que a relação contratual possa enfrentar no tempo<sup>353</sup>.

Estabelecer se no contrato há ou não determinadas lacunas, carências a serem preenchidas, é o primeiro passo para a integração, e é resultado da interpretação, portanto, a integração parte da interpretação:

Num contrato integra-se o que deveria estar nele contido, ou dele ser deduzido, não porque haja uma omissão, mas porque há uma ‘incompletude’ que deve ser preenchida para atingir-se o adimplemento satisfativo segundo a normalidade da operação econômica realizada, a utilidade visada pelas partes e o mandamento legal, imposto a todos os contraentes, de agir na conclusão e execução de um contrato segundo a boa-fé, com lealdade e probidade (Código Civil, artigo 422)<sup>354</sup>.

E complementa, descrevendo a razão dos deveres anexos e laterais:

Explica-se, assim, a razão pela qual – por concretização da boa-fé – haverá imposição, às partes, dos mencionados deveres anexos e laterais (ou de proteção)

<sup>352</sup> LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. t. I. Tradução Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, pp. 21-22. Tradução livre do original: “Por consiguiente, lo que distingue la relación de obligación de otras relaciones jurídicas es el significado primario del deber de prestación. Ello no significa, sin embargo, que la relación obligatoria se agote con ese deber. Para toda relación jurídica, cualquiera que sea suya estructura, rige el principio de cumplir la prestación con fidelidad a la palabra dada o a la obligación fundamentada de cualquier modo que sea, sin defraudar la confianza de la otra parte, es decir cumplir la prestación según la buena fe (§242). Estos deberes que exceden del propio y estricto deber de prestación- cuyo cumplimiento constituye normalmente objeto de demanda- y que resultan para ambas partes bien de lo expresamente pactado, del sentido y fin de la obligación, del principio de buena fe de acuerdo con las circunstancias o, finalmente, de las exigencias del tráfico, los denominados “deberes de conducta” (“Verhaltenspflichten”)... Este resultado sería incomprensible si no se tratase también en tales casos de deberes derivados de la “relación de obligación” (como relación jurídica especial), que, sin embargo, se diferencian por su carácter secundario, complementario, del auténtico deber de cumplimiento”.

<sup>353</sup> COSTA, Judith Martins. **Estudos de direito privado e processual civil**: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: RT, 2014, p. 211.

<sup>354</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 565.

porque necessários à implementação dos fins e da função cometidos pelos contraentes ao próprio autorregulamento de interesses<sup>355</sup>.

A autora menciona, por fim, a incompletude porque se as partes forem omissas, deduz-se que elas não queriam determinado efeito.

Como já exposto, o princípio da boa-fé presta-se exatamente a aclarar e dar completude ao conteúdo contratual, com a finalidade de atingir-se o adimplemento satisfativo, segundo a normalidade (bons costumes, usos do tráfico) do negócio jurídico realizado inclusive com os deveres que compõem a base objetiva do negócio jurídico. Portanto, buscase proteger as partes do comportamento desleal do *alter*, de eventual vantagem/desvantagem excessiva, com base na equidade e na solidariedade, mas sempre com o objetivo de recuperar e de proteger a base objetiva do negócio jurídico. Na impossibilidade de cumprir esse objetivo, o descumprimento de quaisquer dos deveres de conduta é fundamento para o dever de indenizar, revisar ou resolver o negócio jurídico.

A esse propósito, Giovanni Maria Uda acentua: “a boa-fé ou justiça objetiva em si é uma fonte de integração do contrato”<sup>356</sup>.

Posto isto, cumpre ressaltarmos que o preenchimento da lacuna da lei, ou das incompletudes do negócio jurídico, ou até mesmo da integração autônoma através da implementação de direitos e deveres anexos, deverá ser realizado mediante análise às circunstâncias de cada caso concreto. O preenchimento da lacuna ou da incompletude do negócio jurídico, assim como a constatação de deveres e direitos anexos, não impede sua verificação em novos casos. Ao revés, mesmo após a atividade interpretativa-integrativa, a lacuna continuará existindo no ordenamento jurídico até que o legislador venha a supri-la. Porém, o sistema é por natureza incompleto, lacunoso, posto que incapaz de prever todas as situações da experiência jurídica.

Assim, embora o poder legislativo seja o órgão competente para legislar, os juízes através de suas reiteradas decisões e interpretações formam a jurisprudência pacífica dos tribunais, inovam a lei, o que segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior, acaba por prevalecer, em especial, na atual sistemática aberta implementada pela Constituição Federal de 1988, e seguida pelo Código:

Se é verdade que o respeito à lei e a proibição da decisão *contra legem* constituem regras estruturais fortes do sistema, não podemos desconhecer, de um lado, a formação de interpretações uniformes e constantes que, se não inovam a lei, dão-lhe

<sup>355</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 565.

<sup>356</sup> UDA, Giovanni Maria. Integrazione del contratio, solidarieta sociale e coriuspattivita delle prestazioni. **Rivista del Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazioni**, del Fascicolo 5-6 (Maggio-Glugno), 1990, pp. 309-340. Tradução livre do original: “che la buona fede oggettiva o correttezza costituisce essa stessa una fonte d'integrazione del contratto”.

um sentido geral de orientação; é a chamada jurisprudência pacífica dos tribunais, que não obriga, mas de fato acaba por prevalecer. De outro lado, contudo, indo mais além, é conhecida a elaboração de verdadeiras normas jurídicas gerais em casos de lacuna que constituem uma espécie de costume *praeter legem*. Esse costume, em primeiro lugar, à diferença dos costumes em geral, resulta de uso jurisprudencial, isto é, decisões judiciais, que se repetem e se mantêm para casos semelhantes<sup>357</sup>.

A atual sistemática constitucional e civil permite ao juiz exercer papel de intérprete e integrador, criando condições para uma decisão justa, equânime e solidária.

Nesse contexto, em caso de lacuna da lei, incompletude do negócio jurídico ou desrespeito aos valores, a boa-fé, através da atividade criativa do juiz, passará a integrar o ordenamento, ou o negócio jurídico, compondo as circunstâncias do caso.

Diversos são os deveres anexos, que completam o conteúdo contratual, servem para dar concretude ao contrato e reequilibram os direitos e deveres de cada uma das partes, tornando-o mais equânime e solidário. São alguns desses deveres:

*Cooperar* com a contraparte, em vista de alcançar o adimplemento, fim justificador do contrato; *atuar com a lealdade* exigível a uma pessoa proba; *informar* com a completude necessária para viabilizar um consentimento informado à proposição negocial ou a modificações que alterem, no *inter* contratual, as condições pactuadas; *proteger* os legítimos interesses da contraparte, de modo que o contrato não seja um fator produtor de danos injustos ao outro contratante ou ao seu patrimônio. Esses deveres passam a integrar a relação contratual, ainda que não expressamente previstos no instrumento<sup>358</sup>.

Neste caso, portanto, cabe a integração contratual, suprindo eventuais lacunas, com o “recurso à lei (por exemplo, regras legais atinentes ao tipo contratual, dispositivos da *soft law*), bem como, igualmente, ao princípio da boa-fé”<sup>359</sup>.

Assim, os direitos e deveres advindos da relação obrigacional não são apenas aqueles estipulados no contrato, ou advindos da lei, isto porque a boa-fé objetiva impõe a observância de deveres de conduta, ou seja, os contratantes devem observar a boa-fé objetiva e agir com lealdade e respeito, não danificar o patrimônio da outra parte, não impedir que o outro cumpra com sua obrigação, e cooperar para que o negócio jurídico tenha seu bom andamento.

O dever principal consiste no núcleo da relação obrigacional, define o tipo contratual, é o objeto do contrato. Os deveres secundários são aqueles destinados a preparar o cumprimento ou assegurar a execução da prestação principal<sup>360</sup>.

<sup>357</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 11. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, p. 201.

<sup>358</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

<sup>359</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Os deveres acessórios são os deveres de conduta, deveres de proteção e derivam de cláusula contratual, dispositivo de lei, ou da incidência do princípio da boa-fé objetiva. Ressalta-se que os deveres acessórios, embora surjam em razão da obrigação principal, são independentes e essenciais ao correto cumprimento desta.

António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro classifica em três os deveres acessórios: o dever de proteção, o dever de esclarecimento e o dever de lealdade, e os atribui os conceitos a seguir:

Os deveres acessórios de protecção constituem a versão actuante na vigência de um contrato das adstrições pré-contratuais patentes no caso do linóleo. Por eles, considera-se que as partes, enquanto perdure um fenómeno contratual, estão ligadas a evitar que, no âmbito desse fenómeno contratual, sejam inflingidos danos mútuos, nas suas pessoas ou nos seus patrimónios. Os deveres acessórios de esclarecimento obrigam as partes a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir. Os deveres acessórios de lealdade obrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objectivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado<sup>361</sup>.

Na classificação de Claudio Luiz Bueno de Godoy:

Pelo dever de informar se entende seja indispensável, na relação contratual, conduta de transparência, de esclarecimento sobre os dados, objeto e características atinentes ao contrato, envolvendo ainda o aconselhamento, quando se trate de ajustes específicos, a que inerente a qualificação técnica de uma das partes, como são os contratos médicos ou de planos de saúde. Pelo dever de sigilo se exige reserva da parte sobre o que tenha sabido em razão do contrato e cuja divulgação lhe possa frustrar o objetivo ou trazer prejuízo a seu desenvolvimento e, por conseguinte, à própria contraparte. Pelo dever de colaboração, está a parte obrigada, de um lado, a não criar dificuldades para o cumprimento da prestação do outro contratante, mesmo que não chegue a impedi-la, de outro, impondo-se-lhe ainda a obrigação de cooperar mesmo para que o contrato chegue a seu melhor termo. E, pelo dever de cuidado, impõe-se ao contratante a cautela de não contratar ou agir de forma a causar exacerbados riscos de danos à pessoa ou ao patrimônio do outro contratante<sup>362</sup>.

Apresentadas as classificações, importante esclarecer que todos os deveres anexos, como a própria boa-fé objetiva em si, devem ser observados nas fases das tratativas, pré-contratual, execução e pós-contratual. Sua inobservância está sujeita à sanção, em razão da chamada violação positiva do contrato, dando ensejo à responsabilidade pré-contratual, à responsabilidade contratual, e por fim, à responsabilidade pós-contratual, conhecida como culpa *posto pactum finitum*.

<sup>360</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 78.

<sup>361</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 604-606.

<sup>362</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 80.

### 5.4.3 Da função corretiva (de controle) ou limitadora ao exercício de direitos subjetivos

Alguns conceitos doutrinários trazem à tona a limitação ao exercício de certas atividades no processo obrigacional e em especial, no direito contratual, limitação esta imposta pelo princípio da boa-fé objetiva.

O direito subjetivo corresponde à liberdade, que é inerente ao homem, motivo pelo qual o direito pertence ao mundo do dever ser, ou seja, ao mundo da ética, da moral, e é imperativo. Assim, cada ser deve exercer seus direitos observando os limites do próprio direito e os direitos do próximo. A atual sistemática civil trouxe para o direito outros limites, impostos pela boa-fé e pela função social do próprio direito.

O Estado Liberal consagrava a liberdade individual praticamente sem limites, com livre determinação de todo o conteúdo do negócio jurídico, sem intervenção na autonomia da vontade das partes. A passagem do Estado Liberal para o atual Estado Social concedeu novos contornos à liberdade individual e, conseqüentemente, à liberdade contratual; passamos de uma autonomia da vontade para uma autonomia privada, através da qual a livre determinação do conteúdo da declaração negocial está condicionada aos valores e aos princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Assim, no atual Estado Social, “a perspectiva civil-constitucional, a aplicação ao contrato de novos princípios levou a que se quebrasse aquela hegemonia outrora atribuída à autonomia negocial”<sup>363</sup>.

Para Teresa Negreiros:

Trata-se de dar um sentido constitucional à evolução histórica do conceito de contrato, que caminha por meio de um confronto direto com o conceito de contrato formado no âmbito de um sistema normativo fechado em si mesmo, e marcado pela indiferença relativamente ao direito-público-constitucional<sup>364</sup>.

Josef Esser disserta acerca dos limites da autonomia privada fundados na boa-fé objetiva, e afirma que os grandes princípios do direito das obrigações, como a autonomia privada, a liberdade de contratação, a fidelidade ao pactuado, para estarem de acordo com o justo, devem se sujeitar a limites e correções “implícitas” no ordenamento e impostas por critérios objetivos, a exemplo da interpretação segundo a boa-fé e os usos do tráfego jurídico. Nesse âmbito, a vontade privada expressa a proteção das partes em sua liberdade de volição,

<sup>363</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 108.

<sup>364</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 109.

enquanto o princípio da confiança (boa-fé) representa a proteção do tráfego jurídico, em harmonia com a função social do direito<sup>365</sup>.

Não há que se dizer, contudo, que a autonomia privada perdeu total importância, ou que foi totalmente eliminada pela boa-fé. O que se observa na atualidade é a sua mitigação em face da boa-fé, o seu controle através da boa-fé, e ambas (autonomia privada e boa-fé) formando o conteúdo do contrato.

Neste particular, razão assiste a Clóvis do Couto e Silva:

A dogmática do século passado tinha por centro a vontade, de forma que, para os juristas daquela época, todos os deveres dela resultavam. Em movimento dialético e polêmico poder-se-ia chegar à conclusão oposta, isto é, a de que todos os deveres resultassem do princípio da boa-fé. Mas a verdade está no centro: há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses. Em alguns casos, porém, o conteúdo do negócio jurídico é formado imediatamente pelos deveres da boa-fé. [...] o que radica na autonomia da vontade e o que nasce da boa-fé fundem-se num só elemento, formando, desde logo, o conteúdo do contrato<sup>366</sup>.

Verifica-se que os valores sociais se sobrepõem em relação aos interesses privados, no entanto, sem eliminá-los, ou seja, existe uma margem de discricionariedade no exercício dos direitos que não pode exceder os limites impostos pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional, em especial ao princípio da boa-fé objetiva e à função social do contrato.

Portanto, a boa-fé objetiva e a função social do contrato limitam a autonomia privada.

Nessa nova concepção, a parte tem liberdade para contratar ou não contratar, para escolher a outra parte, no entanto, o conteúdo do contrato sofre limitações impostas pela boa-fé-objetiva e seus deveres anexos, pelo equilíbrio e pela equidade contratual.

Cláudia Lima Marques afirma que a vontade contratual ainda é essencial à formação dos negócios jurídicos, mas tem limitações: “A vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas sua importância e força diminuíram, levando à relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato”<sup>367</sup>.

Desta forma, a vontade das partes existente no contrato não é mais a única fonte de interpretação para que o magistrado compreenda o seu real conteúdo e a vontade de cada uma delas; devem ser considerados também os efeitos sociais do contrato, a verdade real de cada parte, protegendo-se a confiança que cada parte depositou na outra.

<sup>365</sup> ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Tradução do original alemão intitulado: GRUNDSATZ UND NORM IN DER RICHTERLICHEN FORTBILDUNG DES PRIVATRECHTS, 1956. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1961, pp. 102-103.

<sup>366</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, pp. 38-39.

<sup>367</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 227.

De fato, a terceira função da boa-fé, quer seja denominada função de controle ou de limitação aos direitos subjetivos, tem por objetivo, através do controle exercido pelo juiz, limitar os direitos subjetivos das partes.

A boa-fé objetiva tem o condão de limitar condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade, probidade e correção, tendo neste aspecto a função de correção pelo juiz, através da resolução contratual, além da função integrativa. Esta limitação a direitos subjetivos é realizada através de alguns institutos doutrinários e jurisprudenciais, criados a partir do princípio da boa-fé objetiva. Na função de controle, a boa-fé é limite da ilicitude no modo de exercício de direitos e de posições jurídicas; ela atua no controle do próprio conteúdo contratual e no comportamento das partes na sua execução<sup>368</sup>. Serve, ainda, para repelir condutas lealmente contraditórias e assegurar o respeito às legítimas expectativas, o que é fundamental para a previsibilidade das condutas empresariais.

Judith Martins Costa afirma que as três principais funções da boa-fé (interpretar, criar deveres, limitar o exercício), quando deduzidas do princípio da boa-fé, têm primariamente uma função individualizadora, ou seja, atinente ao caso concreto<sup>369</sup>.

No entanto, quando o princípio da boa-fé está expresso em uma cláusula geral, tem secundariamente o efeito de permitir a formação de instituições (no sentido de regras, normas) para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do direito, enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou negativo em face do direito postulado pela outra parte<sup>370</sup>.

Segundo a autora, ao discorrer acerca da limitação do exercício dos direitos subjetivos,

o que há em comum entre as figuras parcelares da contrariedade desleal é a vedação a exercitar um direito subjetivo, faculdade, ou posição jurídica em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé, ou quando o exercício posterior se choque com a norma de conduta pautada pela boa-fé<sup>371</sup>.

Através da função limitadora dos direitos subjetivos, a boa-fé se manifesta por meio das instituições do adimplemento substancial dos contratos; da violação positiva do contrato; da responsabilidade por culpa *post pactum finitum*<sup>372</sup> e do *venire contra factum proprium*, instituto que “visa a evitar que uma parte do contrato adote um ato em contradição com

<sup>368</sup> COSTA, Judith Martins. **Estudos de direito privado e processual civil**: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: RT, 2014, p. 213.

<sup>369</sup> COSTA, Judith Martins. **Estudos de direito privado e processual civil**: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: RT, 2014, p. 215.

<sup>370</sup> COSTA, Judith Martins. **Estudos de direito privado e processual civil**: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: RT, 2014, p. 216.

<sup>371</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 672.

<sup>372</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 216.

conduta anterior, e acabe por confundir a outra, obtendo, com isso, alguma vantagem”<sup>373</sup>. A *venire contra factum proprium* postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo<sup>374</sup>; da *exceptio doli*, que pode ser conceituada como “o poder que uma pessoa demandada judicialmente possui para repelir a pretensão do autor, por ter este incorrido em dolo”<sup>375</sup>; da *supressio*, “situação de direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa fé”<sup>376</sup>; e *surrectio*, através da qual cria-se um direito, em razão do continuado comportamento de uma das partes<sup>377</sup>; da *tu quoque*, “a pessoa que desrespeita um contrato e exige, depois, a sua observância à contraparte, parece incorrer em contradição”, em outras palavras, “a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído”<sup>378</sup>, assim como através da teoria do abuso de direito, etc.

No que tange ao abuso de direito, o Código Civil, através do artigo 187<sup>379</sup>, coloca a boa-fé como critério para definir a ilicitude na maneira de exercício de direitos, poderes e faculdades, sempre que estes excederem os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, ao comentar um acórdão originário da Relação de Évora, de 12.04.1984, citado por Teresa Negreiros, esclarece a relação existente entre a boa-fé e o abuso de direito:

A boa fé procura assegurar uma perfeita execução do ordenamento contratual de acordo com o seu sentido e fim tendo como finalidade a plena realização dos interesses coenvolvidos. [...] À actuação dos intervenientes deverá estar sempre subjacente um espírito de lealdade e de cooperação. A boa fé na sua dimensão essencial de limite ao exercício de um direito subjetivo é, ainda, um elemento constitutivo do abuso de direito<sup>380</sup>.

<sup>373</sup> NEVES, José Roberto de Castro. **Boa-fé objetiva**: posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais, 2000. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9124-9123-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019, p. 13.

<sup>374</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 742-743.

<sup>375</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 133.

<sup>376</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 797.

<sup>377</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 91.

<sup>378</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 843-837.

<sup>379</sup> “Artigo 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

<sup>380</sup> BARBAS *apud* NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 141.

Portanto, comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. É a chamada ilicitude objetiva.

A ilicitude no modo de exercício de posições jurídico-subjetivas se manifesta ou pelo uso excessivo (“abuso”, em sentido próprio); ou disfuncional (em vista do fim econômico e social e da utilidade buscada pelo contrato); ou irregular (em vista do direito reconhecido).

## 6 A BOA-FÉ OBJETIVA COMO FUNDAMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO ABERTO

Como vimos ao longo do presente estudo, havia premente necessidade de superação do positivismo jurídico fechado de normas jurídicas, que pretendia “ingenuamente”, ser dotado de solução para todas as hipóteses, despreocupado com a experiência jurídica e despreocupado com o valor-supremo justiça.

A característica da estaticidade do antigo sistema fechado, em especial o aspecto do individualismo, entrou em total colapso com a dinamicidade da sociedade, da economia e da política, como também com os valores e princípios que passaram a integrar a Constituição Federal de 1988.

Já não fazia mais sentido um sistema que não acompanhava a contínua e inevitável evolução social, econômica e política, tampouco, que não se adequasse aos valores sociais e às conquistas sociais e políticas de sua época.

O sistema fechado, sistematizado por dispositivos ditados “por meras preferências teóricas”, no qual prevaleciam “princípios individualistas que não mais se harmonizavam com as aspirações do mundo contemporâneo”<sup>381</sup>, tornou-se totalmente ineficiente, incabível, injusto, desequilibrado, motivo de sua derrocada.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado Democrático de Direito passou a ter outras prioridades, outros fins voltados aos direitos fundamentais, dentre eles, a dignidade humana, a justiça e a solidariedade.

A superação do positivismo fechado levou a jurisprudência e a doutrina à busca de soluções concretas que conferissem ao juiz margem de liberdade para aplicação dos novos fundamentos da sociedade, em cada caso concreto, capaz de oxigenar e dar mobilidade ao sistema e de compreender, acompanhar e dar solução aos problemas e anseios socioeconômicos.

Com esse objetivo, a nova sistemática do direito civil empregou como diretrizes a eticidade, a socialidade e a operabilidade.

Miguel Reale, através da Exposição de Motivos do anteprojeto do Código Civil, afirma que a nova sistemática tinha por escopo elaborar normas destinadas a assegurar a “socialidade” e a “concreção”:

---

<sup>381</sup> REALE, Miguel. **Exposição de Motivos do anteprojeto do Código Civil**. Mensagem 160. São Paulo: Diário do Congresso Nacional – Seção I, 13.06.1975, p. 3.

[...] os dois princípios que fundamentalmente informam e legitimam a obra programada. Não se compreende, nem se admite, em nossos dias, legislação que, em virtude da insuperável natureza abstrata das regras de direito, não abra prudente campo à ação construtiva da jurisprudência, ou deixe de prever, em sua aplicação, valores éticos, como os de boa-fé e equidade.

Ficava, desse modo, firmada esta diretriz que foi das mais fecundas: a de aliar os ensinamentos da doutrina e da jurisprudência ao “direito vivido”<sup>382</sup>.

Portanto, a nova ordem jurídica privada, ao empregar como suas diretrizes a eticidade, a socialidade e a operabilidade, pretendeu justamente abrir o sistema a valores, dar-lhe mobilidade e conferir ao juiz margem de liberdade para uma atividade criativa, de forma vinculada e fundamentada na própria ordem, com a finalidade de permitir a ressystematização do sistema, sempre que a experiência jurídica exigisse referida alteração, sem a necessidade de se criar novas leis que apenas inflariam ainda mais o sistema de normas rígidas, fechadas, lacunosas e contraditórias.

Os princípios éticos e jurídicos são essenciais à nova sistemática do direito privado, dentre os quais julgamos o mais relevante o da boa-fé diante da sua alta carga valorativa e possibilidade de adequação e resolução digna, justa, equânime aos mais diversos casos concretos, através do instrumento indispensável à sistemática aberta, que é a hermenêutica para a aplicação do direito e a ressystematização da ordem jurídica.

Por evidente, a boa-fé objetiva não é a única cláusula geral que concede abertura ao sistema. No entanto, diante de suas características e peculiaridades, consideramos a mais importante e eficiente a dar concretude ao atual sistema aberto.

Além da função hermenêutica, a boa-fé possui a função de integração, e é fonte autônoma de deveres e de limitação aos direitos subjetivos. Portanto, atua na promoção de uma ética, de solidariedade, equidade e de direito justo através de funções que somente a ela são designadas.

Tal é a amplitude da boa-fé objetiva que abrange o princípio do equilíbrio-contratual, da vedação do enriquecimento sem causa, a cláusula geral que determina que o ato ou o negócio jurídico deve ser realizado com atendimento aos seus fins sociais e econômicos e o dever de indenizar objetivamente, independentemente de dolo ou culpa, quando a atividade praticada trazer risco para o direito de outrem.

Ademais, é norma de comportamento, que visa guiar as partes das relações jurídicas ao necessário comportamento ético, justo e equânime.

---

<sup>382</sup> REALE, Miguel. **Exposição de Motivos do anteprojeto do Código Civil**. Mensagem 160. São Paulo: Diário do Congresso Nacional – Seção I, 13.06.1975, p. 7.

A nova sistemática do direito civil, portanto, pretendeu fornecer modelos, diretivas e técnicas de ação que possibilitem (além de aplicar as diretrizes da socialidade, da eticidade) uma estrutura normativa concreta, ou seja, “destituídas de valores formais abstratos”, animando a ciência do direito como uma ciência da experiência social concreta, através de “soluções que deixem margem ao juiz e à doutrina, com frequente apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações etc.”<sup>383</sup>.

Evidentemente, um sistema com estrutura normativa concreta, que tem como uma de suas prioridades dar margem ao juiz e à doutrina, a possibilidade de integrar a suas decisões conceitos como a boa-fé, equidade, probidade, função social do direito, é incompatível com a rigidez de um sistema fechado, de “tipo físico-matemático”.

Igualmente, um direito que tem como prioridade a ética, a justiça, a equidade, a socialidade, tem por finalidade precípua construir uma sociedade estável, coletivamente satisfeita, visto que uma sociedade aética evidentemente é constituída por forte e constante instabilidade e insegurança social, conforme explica José Augusto Delgado:

A pretensão de se construir um mundo sem ética está levando a humanidade ao desespero numa economia aética, uma política aética, um direito aético só contribuem para que o comportamento humano fique oscilando entre o bem e o mal, constituindo uma instabilidade social que afronta a consciência moral de cada um e provoca insatisfação coletiva, fatores causadores de degradação<sup>384</sup>.

Considerando as constantes mudanças sociais, econômicas e políticas, ou seja, reconhecendo-se que a sociedade é dinâmica, e que o direito está a serviço da sociedade, dinâmico e flexível deve ser nosso sistema, passível de reconstrução e, portanto, “adequado a regular mudanças e criações supervenientes”<sup>385</sup>.

O atual sistema aberto, portanto, é delineado pela opção do legislador em dotar o sistema de princípios que representam os atuais valores da sociedade; além disso, adotar a técnica das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados possibilita ao sistema “recolher e regular ‘mudanças e criações supervenientes’”<sup>386</sup>.

A esse propósito, o autor prossegue:

---

<sup>383</sup> REALE, Miguel. **Exposição de Motivos do anteprojeto do Código Civil**. Mensagem 160. São Paulo: Diário do Congresso Nacional – Seção I, 13.06.1975, p. 11.

<sup>384</sup> DELGADO, José Augusto. A ética no novo Código Civil. **Informativo jurídico da biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. 15, n. 2, pp. 137-265, jul.-dez., 2003, p. 161.

<sup>385</sup> COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção” (as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro). **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 15, 1998, p. 6.

<sup>386</sup> COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção” (as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro). **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 15, 1998, p. 6.

Tendo-se a visão conjunta de que o Novo Código Civil atua por intermédio de duas soluções técnicas: a primeira consiste num chamado à responsabilidade da jurisprudência, pelo emprego de numerosas cláusulas gerais; já a segunda, diz respeito à tarefa do legislador, encarregado, para o futuro, de editar leis aditivas ao Código naqueles campos, como o Direito da Empresa e o Direito de Família, sujeitos à maior imutabilidade dos imperativos de ordem social e econômica, embora estejam estas futuras leis vinculadas ao Código, eixo central, pela ligação aos valores e aos conceitos genéricos ali postos como a função de assegurar a unidade relativa do sistema<sup>387</sup>.

Nesse mesmo sentido, Nelson Nery Junior avalia:

Em pleno século XXI não seria mais admissível legislar-se por normas que definissem precisamente certos pressupostos e indicassem, também de forma precisa, suas consequências, formando uma espécie de sistema fechado. A técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo. Como um Código Civil, pela sua magnitude, não pode fundar-se apenas em cláusulas gerais, o método casuístico também foi bastante utilizado, notadamente no direito das obrigações, de modo que podemos afirmar que o CC seguiu técnica legislativa mista, com base nos métodos da casuística, dos conceitos legais indeterminados e das cláusulas gerais. Foi essa técnica legislativa a que foi adotada pelo nosso CC de 2002<sup>388</sup>.

Resta claro que o Código Civil de 2002 privilegiou a técnica de um sistema aberto, dotado de cláusulas gerais, conceitos indeterminados e construído em prol dos valores constitucionais, o que lhe concede “aptidão para recolher os casos que a experiência social contínua e inovadoramente propõe a uma adequada regulação, de modo a ensejar modelos jurídicos inovadores, abertos e flexíveis”<sup>389</sup>.

O sistema aberto, em especial através da boa-fé objetiva, a mais ampla cláusula geral prevista no sistema, e a que mais tem o condão de concretizar os princípios fundamentais da ordem constitucional brasileira, permite que o próprio sistema proporcione meios de se alcançar inovação, “conferindo aos novos problemas soluções *a priori* assistemáticas, mas promovendo, paulatinamente, a sua sistematização”<sup>390</sup>, sem necessidade de se recorrer a um legislativo lento e ineficiente, nem de inundar o sistema de leis esparsas contraditórias e ineficientes.

<sup>387</sup> DELGADO, José Augusto. A ética no novo Código Civil. **Informativo jurídico da biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. 15, n. 2, pp. 137-265, jul.-dez., 2003, p. 166.

<sup>388</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 12. ed. São Paulo: RT, 2017, p. 288.

<sup>389</sup> COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção” (as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro). **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 15, 1998, p. 6.

<sup>390</sup> COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção” (as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro). **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 15, 1998, p. 6.

Toda a sistemática do Código Civil, quer seja em razão de seus valores, princípios ou técnica legislativa, foi construída com base na Constituição Federal de 1988, que também foi elaborada como um modelo jurídico aberto<sup>391</sup>.

A Carta de 1988 incorporou um extenso rol de valores – fundamentos do Estado (artigo 1º) e objetivos fundamentais da República (artigo 3º) – que transformaram o Estado Liberal em um Estado Social de Direito.

Sobre a transformação que a integração dos valores realiza no sistema jurídico, Garcia de Enterría sublinha:

[...] um sistema jurídico ordenado por valores superiores abertos será qualquer coisa menos positivista. Há aqui a aplicação mais clara de uma ‘jurisprudência de valores’, que vê nas normas, uma por uma e todas elas, não como sistemas formais fechados e autossuficientes, e sim como portadoras de valores de uma justiça superior, que dominam seu sentido e presidem toda sua aplicação<sup>392</sup>.

A integração de valores supremos ao sistema transformou substancialmente toda a sistemática de direito público e de direito privado especificamente quanto ao direito privado, convertendo-o em outro sistema, totalmente distinto<sup>393</sup>, aberto, flexível, justo.

É de se reconhecer que “os valores supremos estão incrustados nesses princípios gerais de direito”<sup>394</sup> que, por sua vez, estão incrustados nas cláusulas gerais e nos conceitos indeterminados.

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior, o sistema não pode ser construído matematicamente, por puro gosto especulativo, mas deve atender à devida decidibilidade dos conflitos, nos casos concretos, ou seja, deve ser elaborado através da experiência jurídica, dos conflitos surgidos através do trato social:

A elaboração do sistema resulta, pois, de diferenciações e de ligações. Os sistemas não são construídos pela ciência dogmática por puro gosto especulativo (por exemplo, conforme um objetivo formal de concatenar logicamente proposições, como o faz um matemático), mas tendo em vista a decidibilidade de conflitos em geral, isto é, de conflitos concretos mas de forma compatível com conflitos que extensamente possam surgir no trato social. Por isso, os sistemas elaborados pela ciência dogmática, embora mostrem uma coerência, não são rigorosamente lógicos, no sentido da lógica formal, como o é um sistema matemático<sup>395</sup>.

<sup>391</sup> Sobre o sistema aberto da Constituição Federal, ver André Ramos Tavares: “A abstratividade ou abertura das normas revela-se pelos vocábulos vagos, pelas palavras imprecisas empregadas pelo constituinte, e que necessitam, inegavelmente, de um preenchimento ou integração para tornarem-se compreensíveis e imediatamente aplicáveis. Na maior parte dos casos, as normas constitucionais de caráter aberto são classificadas doutrinariamente como principiológicas, nesse exato sentido da abertura quanto a suas hipóteses de incidência ou regência” (TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 184).

<sup>392</sup> ENTERRÍA *apud* TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 218.

<sup>393</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 218

<sup>394</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 224.

<sup>395</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019, p. 69.

Com efeito, muito embora o princípio da boa-fé objetiva não esteja explicitamente expresso na Constituição Federal de 1988, acentuamos que possui fonte constitucional, posto ser corolário dos princípios fundamentais da dignidade humana, da justiça e da solidariedade.

Na concepção de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a boa-fé não é apenas um conceito ético, mas também econômico, que está a serviço da ordem econômica, atua como fundamento para orientá-la e para salvaguardar os princípios constitucionais da liberdade, da justiça e da solidariedade, compatibilizando interesses – mas fazendo prevalecer sempre o social. Ela tem por objetivo dar concreção aos princípios e valores, de forma coerente com toda a sistemática:

A boa-fé é uma cláusula geral cujo conteúdo é estabelecido em concordância com os princípios gerais do sistema jurídico (liberdade, justiça e solidariedade, conforme está na Constituição da República), numa tentativa de concreção em termos coerentes com a racionalidade global do sistema<sup>396</sup>.

[...] boa-fé serve para realçar que esta não é apenas um conceito ético, mas também econômico, ligado à funcionalidade econômica do contrato e a serviço da finalidade econômico-social que o contrato persegue. São dois os lados, ambos iluminados pela boa-fé: externamente, o contrato assume uma função social e é visto como um dos fenômenos integrantes da ordem econômica, nesse contexto visualizado como um fator submetido aos princípios constitucionais de justiça social, solidariedade, livre concorrência, liberdade de iniciativa etc., que fornecem os fundamentos para uma intervenção no âmbito da autonomia contratual; internamente, o contrato aparece como o vínculo funcional que estabelece uma planificação econômica entre as partes, às quais incumbe comportar-se de modo a garantir a realização dos seus fins e a plena satisfação das expectativas dos participantes dos negócios<sup>397</sup>.

Jacques Ghestin, importante doutrinador francês, autor de *Traité de Droit Civil*, com quem alinhamos nosso pensamento, considera o princípio da boa-fé objetiva corolário do princípio da justiça, e afirma tratar-se de critério objetivo de interpretação dos contratos, que leva o juiz a interpretá-los de forma justa, útil e equânime:

As convenções devem ser executadas de boa-fé, ensina o artigo 1.134, parágrafo 3. O artigo 1.135 afirma que as convenções obrigam não apenas ao que é expresso ali, mas também a tudo que a equidade, o uso ou a lei dá obrigação de acordo com sua natureza.

Equidade e uso, portanto, não parecem ser “meros conselhos”.

O contrato só é considerado vinculativo se tiver sido aceito livremente e com a dupla condição de ser útil e justo<sup>398</sup>.

<sup>396</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, 1995, v. 14. Disponível em: [http://www.ruyrosado.com/upload/site\\_producao intelectual/144.pdf](http://www.ruyrosado.com/upload/site_producao intelectual/144.pdf). Acesso em: 20 jan. 2020, p. 383.

<sup>397</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, 1995, v. 14. Disponível em: [http://www.ruyrosado.com/upload/site\\_producao intelectual/144.pdf](http://www.ruyrosado.com/upload/site_producao intelectual/144.pdf). Acesso em: 20 jan. 2020, p. 380.

<sup>398</sup> GHESTIN, Jacques; GOUBEAUX, Gilles. *Traité de droit civil: introduction générale*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, pp. 42-43; 54. Tradução livre do original: “Les conventions doivent être exécutées de bonne foi, enseigne l’article 1134 alinéa 3. L’article 1135 retient que “les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l’équité, l’usage ou la loi donnent à obligation d’après sa nature. L’équité et l’usage

Nessa esteira, também para Paulo Nalin, muito embora a boa-fé objetiva não tenha previsão expressa na Constituição Federal, a expressão tem perspectiva delineada a partir da Constituição Federal e de seus princípios fundamentais, em especial no princípio constitucional da solidariedade:

até porque a boa-fé não está expressamente anotada na Constituição, sendo dela, todavia, derivada, o que não lhe retira a importância sistêmica e a eficácia legal. Realiza a boa-fé, em nível concreto (negocial), o princípio constitucional da solidariedade, donde, creio, é oriunda<sup>399</sup>.

Para Teresa Negreiros, a fundamentação constitucional do princípio da boa-fé objetiva está alicerçada na “cláusula geral da dignidade da pessoa humana” e no princípio da solidariedade:

A fundamentação constitucional do princípio da boa-fé assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana – em que esta se presume parte integrante de uma comunidade, e não um ser isolado, cuja vontade em si mesma fosse absolutamente soberana, embora sujeita a limites externos. Mais especificamente, é possível reconduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica. Neste sentido, a incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina uma valorização da dignidade da pessoa, em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que se passa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e de solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana<sup>400</sup>.

Seguindo a linha de Teresa Negreiros, Giovanni Ettore Nanni afirma que a boa-fé comportamental é exigida nas relações jurídicas exatamente em respeito à dignidade humana, dentro da ordem de uma sociedade que busca a liberdade, a justiça e a solidariedade<sup>401</sup>.

Marcel Storme, cuja opinião é totalmente compatível com os argumentos e fundamentos do presente estudo, observa que o princípio da boa-fé aproxima o direito da pós-modernidade, posto que concede ao sistema jurídico abertura e mobilidade. Para o autor, o que mais caracteriza o direito pós-moderno é que ele se tornou um sistema aberto, que será construído dia após dia, mas jamais concluído:

E, finalmente, o que mais caracteriza a pós-modernidade do direito no final do século XX é que ele se tornou um sistema aberto [...], ou seja, um sistema que nunca

---

n'apparaissent donc pas comme de simples conseils. Le contrat n'est ressenti comme obligatoire que s'il a été librement accepté et à la double condition d'être utile et juste”.

<sup>399</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil – constitucional. v. 2. Curitiba: Juruá, 2001, p. 128.

<sup>400</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 117.

<sup>401</sup> NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. In: LOTUFO, Renan (coord.). **Cadernos de direito civil constitucional**: caderno 2. Curitiba: Juruá, 2001, p. 189.

será concluído, mas que cria dia após dia, o que exige novas interpretações e novas abordagens a cada vez<sup>402</sup>.

Sobre a incompletude do sistema aberto, Tercio Sampaio Ferraz Junior afirma que ele tem essa característica porque se lança para o futuro:

Ele é aberto e incompleto e tem um sentido prospectivo. Ele é incompleto porque se lança para o futuro e o futuro vem, ainda. Ele não é completo, ainda. Ele é aberto porque admite a presença de novos elementos. Mas, em terceiro lugar, o mesmo sistema, o sistema jurídico passa a ser, também, um conjunto de decisões, e, como tal, aberto, mas completo. Não precisa de mais nada. Sempre permite decisão. Nesse sentido, ele é um sistema na sua atualidade<sup>403</sup>.

E é justamente isso o que queremos para o futuro do nosso direito: decisões elaboradas com fundamento na boa-fé, condutas adotadas pelos *alters* de boa-fé, implantar na sociedade a mentalidade sempre presente de que as atitudes devem ser respeitadas ao próximo, cumprindo o direito com o seu papel social, com o objetivo de que os comportamentos sejam sempre justos, dignos e equânimes, enfim, um sistema que não necessite de mais nada para que decisões justas sejam adotadas, mantendo-se, dessa forma, sempre atualizado.

A abertura, característica que permite ao sistema ser construído e reconstruído dia a dia, além de permitir que a atividade do juiz se faça mais justa e eficaz diante de cada caso concreto, permite também a tão necessária possibilidade de mobilidade do sistema para adequação ao dinamismo da sociedade.

O sistema aberto “admite um elemento novo sem modificar a estrutura”<sup>404</sup>, o que faz justamente através das técnicas introduzidas e que tem por objetivo manter essa abertura, através de técnicas legislativas de conceitos abertos e indeterminados, que “conduzem o julgador, diante do caso concreto, a criar e complementar normas jurídicas, com base nos princípios gerais do direito”<sup>405</sup>, em valores sociais, e elementos existentes dentro e fora do sistema.

Para Clóvis do Couto e Silva, ao discorrer acerca do princípio da boa-fé no direito brasileiro e português, as cláusulas gerais são o meio de concreção das disposições legislativas abertas. O autor ressalta a importância da boa-fé como um conceito aberto,

<sup>402</sup> STORME *apud* NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 115. Tradução livre do original: “Et enfin ce qui caractérise le plus la postmodernité du droit à la fin du XXe siècle, c’est que celui-ci est devenu un système ouvert [...] c’est-à-dire un système qui ne sera jamais achevé, mais qui construit jour après jour, qui demande chaque fois de nouvelles interprétations et de nouvelles approches”.

<sup>403</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria geral do direito**: sistema jurídico e teoria geral dos sistemas – aulas dadas nos dias 12, 14 e 16/3/73 – Curso de Extensão Universitária em Direito (promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo mar.-jun. 1973), p. 16.

<sup>404</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria geral do direito**: sistema jurídico e teoria geral dos sistemas – aulas dadas nos dias 12, 14 e 16/3/73 – Curso de Extensão Universitária em Direito (promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo mar.-jun. 1973), p. 14.

<sup>405</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 303.

adequado a atribuir ao juiz a tarefa de aplicação judicial às modificações sociais, uma vez que os limites dos fatos previstos nas cláusulas gerais são móveis:

Essas modificações ensejaram as mais diferentes análises a respeito da interpretação e mesmo da fundamentação das inúmeras decisões que faziam a concreção das disposições legislativas abertas, denominadas geralmente de “cláusulas gerais”, em que ao juiz se facultava editar a regra do caso. Com a edição de conceitos abertos como o da boa-fé, a ordem jurídica atribuiu ao juiz a tarefa de adequar a aplicação judicial às modificações sociais, uma vez que os limites dos fatos previstos pelas aludidas cláusulas gerais são fugidios, móveis; de nenhum modo fixos.

O fato de considerar-se o sistema como “aberto”, permite a admissão da mobilidade, ou seja, a aplicação de outras disposições legais para a solução de certos casos, percorrendo às vezes a jurisprudência um caminho que vai da aplicação de um dispositivo legal para outro tendo em vista o mesmo fato<sup>406</sup>.

Cumprido ressaltar que, os valores inseridos na sociedade tem o poder de transformar um sistema jurídico aberto, mas que também, o direito através de suas normas, tem o condão de modificar, através de suas mensagens, os valores de determinada parcela da sociedade.

A boa-fé objetiva, quer seja representada por um princípio, quer seja por uma cláusula geral ou um conceito indeterminado, diante de sua mais alta carga valorativa, é a norma que mais confere ao sistema a possibilidade de abertura, e a possibilidade de melhor guiar o julgador em busca da dignidade da pessoa humana, da justiça e da equidade. A ausência da vontade e conduta de prejudicar, a lealdade, o cuidado e a responsabilidade com o *alter*, os deveres de informação, de reparar o dano, de não lesar, de não obter vantagem excessiva, de não abusar do seu direito subjetivo, a probidade, a empatia, a equidade, a necessidade de cuidado e respeito com o próximo, são todos conceitos “abraçados”, integrantes, presentes do conceito da boa-fé objetiva.

Não há possibilidade de existência de uma sociedade justa, equânime, na qual impere a paz social, sem que os integrantes dessa sociedade tenham o ânimo da honestidade, da boa-fé dentro de si, em suas vontades declaradas, e em suas posteriores condutas, o que se faz mais que necessário em especial no nosso mundo capitalista. “Essa é, com efeito, a tendência mundial, apresentada tanto nos países superdesenvolvidos quanto nos em desenvolvimento e também entre nós verificada, em que a lei acolhe a boa-fé em sua feição objetiva”<sup>407</sup>.

<sup>406</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. Artigo publicado: Estudos de Direito Civil Brasileiro, 11 Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil, Porto Alegre, 1979. In: (org.) FRADERA, Vera Maria Jacob. **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 39.

<sup>407</sup> COSTA, Judith Martins. Contrato de seguro. Suicídio do segurado. Artigo 798, Código Civil. Interpretação. Diretrizes e Princípios do Código Civil. Proteção ao consumidor. Parecer. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 1, p. 257, jul.-set., 2014, p. 257.

Os princípios acima citados têm por objetivo dar concretude ao valor supremo justiça. A boa-fé, especificamente, fixa diretrizes de hermenêutica, de conduta e de integração, de eticidade e de socialidade determinadas pela Constituição Federal de 1988.

As técnicas legislativas utilizadas pela atual sistemática do direito privado, através dos princípios, das cláusulas gerais e de conceitos indeterminados destinam-se a dar valor concreto à concepção social do direito, que deve estar repleto de valores sociais e possibilitado de atender à dinamicidade da sociedade, mantendo-se sempre atualizado diante do caso concreto.

No sistema aberto, os princípios estão aderidos aos reais problemas da sociedade, e são utilizados na resolução do caso concreto, diversamente do ocorrido com o sistema fechado, que se utiliza unicamente de conceitos desenvolvidos de modo dedutivo. Na concepção de Josef Esser,

Falta, por conseguinte, princípios construtivos e elos conceituais no sentido axiomático; em vez do “sistema fechado” de dedução lógica, à maneira das críticas de HECK, os princípios parecem ligados aos problemas e desvendados sobre o caso. Interpretação e desenvolvimento não têm o caráter fictício de um refinamento do sistema fechado, que age meramente por interpolação, mas eles têm a missão “aberta” de expandir o existente por meios argumentativos<sup>408</sup>.

Os princípios gerais do direito são normas que estabelecem um fim a ser atingido, no entanto, carecem de concretização tanto pelo legislador quanto pelo juiz. As técnicas das cláusulas gerais, em especial da boa-fé objetiva, foram os meios encontrados pelo legislador para concretizar valores como honestidade, correção, lealdade e confiança<sup>409</sup>.

Nota-se que as diretrizes da nova sistemática do direito privado se contrapõem ao individualismo presente no Código Civil de 1916.

A nova sistemática do direito civil material utilizou-se da boa-fé como fator de sistematização e de fundamentação, cujos diversos institutos foram obtidos a partir da boa-fé objetiva.

Partimos mais uma vez de Miguel Reale. Ao comentar o artigo 113 do Código Civil, afirma que a boa-fé é o cerne ou a matriz da eticidade:

---

<sup>408</sup> ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Tradução do original alemão intitulado: GRUNDSATZ UND NORM IN DER RICHTERLICHEN FORTBILDUNG DES PRIVATRECHTS, 1956. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1961, p. 235. Tradução livre do original: “Faltan, por consiguiente, principios constructivos y enlaces conceptuales en el sentido axiomático; en lugar del ‘sistema cerrado’ de deducción lógica al modo de la crítica de HECK, aparecen principios adheridos a problemas y desvendados sobre el caso. La interpretación y el desarrollo no ostentan el ficticio carácter de un refinamiento del sistema concluso, que actúa meramente por interpolación, sino que tienen la misión, ‘abierta’, de ampliar lo existente por vía argumentativa”.

<sup>409</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 170.

No tocante à primeira, andou bem o legislador ao se referir à boa-fé, que é cerne ou matriz da eticidade, a qual não existe sem a *intentio*, sem o elemento psicológico da intencionalidade ou do propósito de guardar fidelidade ou lealdade ao passado. Dessa intencionalidade, no amplo sentido da palavra, resulta a boa-fé objetiva, como norma de conduta que deve salvaguardar a veracidade do que foi estipulado<sup>410</sup>.

Para o autor, justiça é um valor supremo, e sua valia consiste em permitir que todos os valores valham. Muito embora a sociedade esteja em constante mutação, alguns valores não estão sujeitos à variação, permanecem intactos, independentemente do tempo ou do espaço.

A justiça, por sua vez, é o valor supremo do direito, e permite que outros valores a ela subordinados tenham validade e integrem o sistema. Um deles é o bem comum, que se presta a dar concretude ao valor supremo. O princípio da boa-fé objetiva proporciona ao sistema justamente a oportunidade de positivar os valores ‘justiça’ e ‘bem comum’.

A boa-fé objetiva é realização do bem comum, já que as partes devem ser leais entre si, probas, honestas com a outra parte, dar a cada um o que é seu, cooperar com o *alter*. O homem que vive naturalmente em sociedade não pode procurar apenas o próprio bem, mas o bem comum. A boa-fé coloca o homem a serviço da coletividade, dispersando do sistema o egoísmo que em alguns casos, integra a natureza humana.

Das raízes da justiça e bem comum,

resulta a expressão boa-fé objetiva que exprime o *standard* de lisura, correção, probidade, lealdade, honestidade – enfim, o *civiliter agere* que deve pautar as relações inter-subjetivas regradas pelo Direito sob pena de o próprio Ordenamento não ser funcional, pois sem um mínimo de lealdade entre os participantes do tráfego jurídico, permitindo confiar na palavra dada e nas “regras do jogo” predispostas impossível se torna a gestão do risco e a previsibilidade das ações futuras<sup>411</sup>.

Miguel Reale, tecendo considerações acerca do necessário equilíbrio entre o bem de cada homem e o bem comum, afirma:

a Justiça geral, que põe o homem a serviço da coletividade, é a Justiça por excelência, pois o bem comum não se realiza sem o bem de cada homem e o bem de cada um não se realiza sem o bem comum; é a ordem social na proporcionalidade dos bens particulares e coletivos<sup>412</sup>.

A boa-fé objetiva é um fim-meio, que recebe seu valor justamente do valor fim-supremo, a justiça. Alguns homens têm por tendência procurarem o seu próprio bem, no entanto, conforme Aristóteles, o homem é um animal político, destinado por natureza a viver

<sup>410</sup> REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: RT, 2003, p. 77.

<sup>411</sup> COSTA, Judith Martins. Contrato de seguro. Suicídio do segurado. Artigo 798, Código Civil. Interpretação. Diretrizes e Princípios do Código Civil. Proteção ao consumidor. Parecer. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 1, p. 257, jul.-set., 2014, pp. 256-257.

<sup>412</sup> REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 4. ed. São Paulo: Migalhas, 2014, p. 372.

em sociedade. Desta forma, todos devem procurar o bem comum, a justiça social, a fim de haver um perfeito equilíbrio social.

Para que a justiça se concretize, o direito deve atender não só ao que é igual nos homens, mas principalmente às suas desigualdades, reconhecer e positivizar justamente o que os distingue.

Se todos os homens fossem iguais, justos, leais e probos, não haveria a necessidade do direito positivo, não haveria a necessidade de positivizar os valores integrados aos fatos, à experiência jurídica.

A justiça deve ser objetiva, assim como a boa-fé, posto que ser justo e leal é uma questão de sentimento; cada pessoa tem uma concepção do que é justo, uma maneira de ver o mundo e os valores que integrarão a sua vida.

O direito tem sempre que caminhar para a justiça e sem a concessão mútua entre as partes de uma relação ela não existirá. O homem tem o livre arbítrio, a autonomia é própria do ser humano, motivo pelo qual a Lei que cumpre com o seu papel social convida o ser humano à solidariedade, à empatia, à cooperação entre os indivíduos, a alargar e difundir o altruísmo, reprimindo o egoísmo. Segundo Nelson Rosenvald, “bem e fim são termos conversíveis, ambos indicando que a justiça requer relações de reciprocidade e equivalência”<sup>413</sup>.

Importante frisar que reciprocidade e equivalência é o objetivo do princípio da boa-fé objetiva. Esse é o direito ideal à sociedade.

O sistema anterior ao neoconstitucionalismo, em especial, o Código Civil de 1916, não atendia aos ideais de justeza, menos ainda, cumpria seu papel diante da dinâmica e da evolução da sociedade.

A ética individual deveria ser o suficiente a atender o ideal do Direito, ao seu valor fim-supremo, bem como, aos seus valores-meio, no entanto, não é, motivo pelo qual há a necessidade de positivação dos princípios que sustentam uma ordem jurídica justa, que atenda ao bem comum, e que preveja sanções àqueles que não atenderem a esses princípios. O objetivo do Direito deve ser muito superior à vontade individual. Portanto, a nova sistemática, implementada pelo Código Civil de 2002, passou a atender ao objetivo histórico-cultural (dinâmico e evolutivo) e valorativo do direito. É necessário, por isso, haver um equilíbrio entre o individual e o bem comum, um não anula o outro; contudo, o bem comum, a sociedade, é indispensável para a realização do bem individual.

---

<sup>413</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 66.

Para Nelson Rosenvald, “não se discute o predomínio da pessoa como valor, que antecede o próprio ordenamento jurídico. O social, porém, é o meio de resguardar o individual. Somente haverá bem comum quando o sistema permitir que as pessoas se relacionem visando ao exercício da liberdade”<sup>414</sup>.

A sociedade humana não é estática, mas dinâmica e evolutiva.

Os novos valores, agregados à ciência jurídica, exigiam uma reconstrução do sistema privado, a ressystematização do direito privado com a finalidade de alcançar a pessoa humana como destinatária direta da norma, pessoa humana que vive em sociedade, e deve buscar o bem comum.

Para integrar os novos valores à ciência jurídica, o legislador utilizou-se da técnica das cláusulas gerais que “impedem que os Códigos envelheçam prematuramente, pois são elas as portas abertas para a ética social, os canais porque penetram no direito as mudanças culturais e econômicas, os delicados sensores que adaptam os sistemas jurídicos às oscilações do meio a que aplicam”<sup>415</sup>.

Sem a presença de técnicas de tessitura aberta, como as cláusulas gerais, ocorrendo a mudança de um valor social já existente no Código Civil, seria necessária nova alteração do texto civil. Contudo, as cláusulas gerais e os princípios gerais do direito permitem ao juiz a adequação da norma ao caso concreto, com a possibilidade de promover a justiça e o equilíbrio entre as partes.

A evolução social, política e econômica é contínua e inevitável, “por tais motivos, mesmo na vigência de um novo Código, a busca pela ressystematização do direito civil se mantém em voga, pois já é reconhecida a insuficiência do sistema codificado, tornando árduo o processo de modificação do seu texto básico”<sup>416</sup>.

Para Franz Wieacker, as cláusulas gerais são uma válvula, uma porta de entrada para as exigências ético-sociais, que preconizam uma permanente adaptação da estrutura normativa às exigências sociais, encontrando seu limite na própria sistemática:

De uma maneira um pouco mais moderada, procurou-se encontrar nas cláusulas gerais uma válvula para as demandas ético-sociais, uma espécie de positivismo social esclarecido que, de certa maneira, inspira como se fosse diocese uma nova ética social em primeira mão. No entanto, essa tese, defendida por uma permanente “adaptação” da estrutura normativa às demandas sociais, encontra seu limite na medida da própria norma – ou seja, a medida e a diretriz das decisões – deve ser

<sup>414</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 65.

<sup>415</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Romanismo e germanismo no Código Civil brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 1971, p. 21.

<sup>416</sup> NALIN, Paulo. **A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico**. Questões controvertidas – parte geral do Código Civil. Série “Grandes temas de direito privado”. v. 6. São Paulo: Método, 2006, p. 362.

imutável. A mudança, como dialeticamente entrelaçada temporal e espacialmente, são apenas os resultados sociais e as exigências da justiça no caso específico<sup>417</sup>.

Portanto, a técnica legislativa das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados permite a introdução da ética e da justeza presente nos princípios gerais do direito, no ordenamento jurídico civil, constituindo a porta de entrada para um sistema aberto e passível de atualização sempre que a evolução social assim o exigir. Nesse sentido, Judith Martins Costa assinala:

A modificação da técnica legislativa – pela introdução de cláusulas gerais, pela utilização, na formulação das normas jurídicas, de termos dotados de ampla vagueza semântica (os denominados “conceitos jurídicos indeterminados”) pela inserção nas Constituições e nas leis de um grande número de princípios valorativos ou ainda pela adoção de “normas-objetivo” que implementam políticas públicas – altera, substancialmente, o tipo de raciocínio hábil à aplicação do direito, exigindo a convivência do tradicional raciocínio lógico-subsuntivo com a chamada concreção ou concretização das normas, com o que se tem um método de raciocínio produtivo. Assim, é promovida uma efetiva alteração nos pesos tradicionalmente conferidos, na teoria das fontes de produção jurídica, à própria atividade jurisdicional, que aparece como relevante fator de modificação que alcançará de frente a moldura tradicional da teoria da separação dos poderes.

Averiguar os modos de atuação da boa-fé objetiva conduz, necessariamente, ao exame destas características de índole metodológica, justamente porque as imensas potencialidades operativas que encerra atuam como uma espécie de prisma no qual se reflete, de modo imediato, a questão do formalismo e do antiformalismo na aplicação do direito privado. Não por acaso a boa-fé enseja a discussão acerca da matriz ética dos princípios jurídicos e da capacidade do direito de continuamente transformar-se para atender às concretas exigências sociais. Bem por isso polariza as expectativas daqueles que aspiram a eludir a dogmática abstrata<sup>418</sup>.

As cláusulas gerais, em especial a da boa-fé (que representa princípio ético-jurídico essencial no fixar das linhas ordenadoras do sistema e instrumento indispensável à hermenêutica) tem por finalidade adaptar o direito às constantes mudanças sociais, às diversas situações de vida, dar flexibilidade ao direito e priorizar os valores coletivos sobre os individuais. Esse o motivo de todo esse movimento pela valoração do direito, visando dar-lhe finalidade de justiça através da observância dos fatos sociais-históricos e culturais e dos valores da sociedade ditos imutáveis.

<sup>417</sup> WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Original: Zur rechtstheoretische Präzisierung des §242 BGB. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1977, p. 30: “En forma algo más moderada se há querido encontrar em las cláusulas generales una válvula para las exigencias ético-sociales, una espécie de ilustrado positivismo social que en certo modo inhala como por diósmosis una fresca ética social de primera mano. Sin embargo, esta tesis y la todavía más audaz que preconiza una permanente “adaptación” de la estructura normativa a las exigências sociales, encuentran su limite em que precisamente la norma misma- esto es, la medida y la línea directriz de las decisiones-, ha de ser incambiable. Cambiantes, em cuanto dialécticamente entrelazados temporal y espacialmente, son sólo los resultados sociales y las exigências de la justicia em el caso concreto”.

<sup>418</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 33.

O direito deve ser equânime, justo. As decisões proferidas pelos juízes devem observar o fato concreto e os valores sociais envolvidos; já as cláusulas gerais e os princípios gerais do direito são técnicas eficientes para o alcance do direito como ele deve ser.

Karl Larenz afirma que a subsunção requer que a norma à qual a situação concreta deva ser subsumida seja previamente interpretada, ou seja, “deve ser estabelecido o seu sentido preciso e determinante”<sup>419</sup>, sempre com foco nos ideais de justiça.

Del Vecchio, em sua monografia sobre o conceito de justiça, na antiguidade clássica e na Idade Média, demonstra que, de maneira implícita ou explícita, sempre houve a noção do justo como “alteridade” ou “bilateralidade”. Para ele, as ideias de “bilateralidade, alteridade, paridade, igualdade inicial, reciprocidade, são expressões do ideal de justiça”<sup>420</sup>.

E é justamente essa igualdade, essa paridade entre as partes, esse ideal de justiça, que o princípio da boa-fé busca, no desempenho de todas as suas funções.

O direito deve estar aberto para a experiência jurídica, “não pode fugir a essa tomada de contato com o real”<sup>421</sup>, ou seja, não pode fugir dos fatos histórico-culturais, com o objetivo de manter-se sempre atualizado e eficaz.

Para Leon Petrazitsky, “as relações sociais entre os homens exigem uma estrita conformidade entre direitos e deveres”, e “não existindo essa conformidade e havendo dissonância entre as pretensões e os adimplementos, surgem conflitos perigosos, atos de violência e de crueldade”<sup>422</sup>. Esse é um dos motivos pelo qual a boa-fé objetiva é também um instrumento de paz social. O autor utiliza esses critérios de solidariedade e igualdade entre as partes para explicar porque a norma que deve exprimir a vontade coletiva ou a consciência social deve ser aceita como um princípio imperativo de conduta.

Quando os valores e a moral começaram a ocupar seu papel como finalidade do direito, e passou-se a reconhecer que o direito não poderia estar distante dos conflitos sociais, políticos e econômicos, tampouco estar dissociado das constantes e inevitáveis evoluções sociais, havia a necessidade de buscar meios para concretizar o que passou a ser essencial ao direito, motivo pelo qual a legislação, sob a influência da doutrina e das mais diversas Codificações, a exemplo da alemã, passaram a utilizar a técnica das cláusulas gerais e os conceitos indeterminados, em especial a boa-fé objetiva, diante das suas diversas potencialidades e funções.

---

<sup>419</sup> LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 165.

<sup>420</sup> DEL VECCHIO *apud* REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 4. ed. São Paulo: Migalhas, 2014.

<sup>421</sup> REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 4. ed. São Paulo: Migalhas, 2014, p. 130.

<sup>422</sup> PETRAZITSKY *apud* REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 4. ed. São Paulo: Migalhas, 2014.

Percebe-se que o ordenamento jurídico civil de 1916, com sua mentalidade totalmente individualista e inflexível, estava em completo desacordo com os fundamentos primordiais do direito, com o fim-supremo e os valores-fim observados através dos fatos, na consciência coletiva. Não obstante, estava totalmente “engessado”, sem permitir o contato com o real e as constantes mudanças sociais. As cláusulas gerais, em especial, a cláusula geral da boa-fé objetiva, foi inserida no ordenamento jurídico exatamente com a finalidade de adequar o direito aos seus valores-fim, torná-lo flexível e constantemente atualizado.

Miguel Reale, em significativa passagem da obra *Teoria Tridimensional do Direito*, ensina que o movimento da experiência jurídica é determinado tanto por fatores de ordem factual quanto por motivos de natureza axiológica. Para ele, as normas, que expressam os valores supremos adquirem duração permanente e se prestam a adequar o ordenamento às infraestruturas fático-axiológicas alteradas pelas incessantes mutações sociais, em especial, as tecnológicas:

A experiência jurídica é sempre uma composição de estabilidade e movimento. Este é determinado tanto por fatores de ordem factual como por motivos de natureza axiológica. Há épocas em que predominam exigências ideais; outras em que prevalecem impulsos ou reclamos de caráter empírico. De uma forma ou de outra, porém, a mutabilidade é inerente à vida jurídica, a qual, no entanto, não pode prescindir de estabilidade, de certo horizonte marcado pela ordem e pela certeza [...] A tão falada “revolta dos fatos contra os Códigos”, que teria assinalado o fim da era individualista, nas primeiras décadas de nosso século, não é senão um exemplo de acentuação típica de um fenômeno constante na vida do Direito<sup>423</sup>.

Como solução à adequação da norma às constantes mudanças de ordem fática e axiológica, e como método de manutenção do ordenamento atualizado e eficaz, é que no sistema do Código Civil de 2002 foram incluídas cláusulas gerais, carregadas de valores-fim, e de métodos de interpretação segundo os valores da boa-fé e usos do lugar, concedendo, portanto, à hermenêutica indispensável papel na necessária e constante adequação da norma às mudanças de ordem fática e axiológica.

Segundo lição de Miguel Reale:

O que se tem em vista é, em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais abstratos. Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com frequente apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os da boa-fé, equidade, proibidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações etc., o que talvez não seja do agrado dos partidários de uma concepção mecânica ou naturalística do Direito, mas este é incompatível com leis rígidas de tipo físico matemático. A “exigência de concreção” surge exatamente da contingência

<sup>423</sup> REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 99.

insuperável de permanente adequação dos modelos jurídicos aos fatos sociais *in fieri*<sup>424</sup>.

Portanto, inserir no ordenamento norma que determine comportamento de acordo com a boa-fé objetiva, nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual (artigo 422 do Código Civil) – que determine ao operador do direito interpretar os negócios jurídicos conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração (artigo 113 do Código Civil) (lembrando que a hermenêutica jurídica, além de esclarecer o significado das regras positivas, assegura-lhes contínua atualização e operabilidade)<sup>425</sup> – e reconhecer que se o titular de um direito, ao exercê-lo, exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, comete ato ilícito (artigo 186 do Código civil), é conferir ao ordenamento jurídico a necessária adequação às constantes mudanças sociais, ao conjunto de valores supremos da consciência coletiva, dotando o sistema de equilíbrio social, de justiça, de solidariedade entre as partes e a coletividade, de socialidade e eticidade, tornando-o sempre adequado ao seu tempo, ou seja, atualizado.

Em suma, a boa-fé objetiva é preceito fundamental e essencial à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica, como também para adequar os modelos jurídicos à constante e inevitável evolução social, através do desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência.

---

<sup>424</sup> REALE, Miguel. **Exposição de Motivos do anteprojeto do Código Civil**. Mensagem 160. São Paulo: Diário do Congresso Nacional – Seção I, 13.06.1975, p. 258.

<sup>425</sup> REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 114.

## 7 ATIVISMO JUDICIAL EM RAZÃO DA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO – ASPECTO POLÊMICO

O grande temor daqueles que fazem duras críticas ao sistema aberto e consequentemente ao sistema das cláusulas gerais, é justamente o ativismo judicial, a possibilidade de arbitrariedade nas decisões, o subjetivismo de determinadas decisões, e ainda, a possibilidade de manipulação das decisões em razão de interesses políticos e econômicos. No entanto, não podemos permitir que algumas más decisões nos levem a deixar de observar e defender as vantagens e o tamanho da importância para a sociedade de um sistema construído desta maneira, de um sistema que permite a evolução adequada e a atualização do direito conforme as exigências da experiência jurídica na atualidade, de acordo com os problemas apresentados em seu contexto histórico.

Em seu aspecto geral, e quando observados os parâmetros legais, o ativismo judicial é positivo, e tem por função a busca pela igualdade material, assim como, permitir decisões justas às circunstâncias juridicamente relevantes que não pertençam a nenhum tipo conceitual, isto é, que não pertençam a nenhum suporte fático, o que dependerá de análise do caso concreto e interpretação sistemática por parte dos operadores do direito.

Não obstante, o instituto não dá apenas poder de criatividade ao julgador, mas também impõe ao julgador o dever de interpretar e julgar segundo os parâmetros da boa-fé, o que indiscutivelmente traz segurança às relações sociais.

Proposições jurídicas abertas, indeterminadas e vagas têm importante e imprescindível função no sistema à medida que concede espaço para a atividade criativa do juiz, com aplicabilidade limitada a casos específicos, especialmente no “espaço legislativo lacunoso”<sup>426</sup>, isto é “para casos que não sejam rotineiros, que não estejam ‘prontos’ no sistema (para que a situação fática se encaixe automaticamente nelas)”<sup>427</sup>, e ainda, para aqueles casos que muito embora estejam previstos pela lei, o negócio jurídico firmado entre as partes ultrapassem os limites impostos pela boa-fé objetiva, norma de ordem pública, o que autorizará a atividade integradora e corretiva do juiz. Ambas as hipóteses autorizadoras da atividade criativa do juiz e demais operadores do direito possuem ainda, como consequência fundamental, uma das mais importantes funções, que é a de manter o sistema jurídico constantemente atualizado

---

<sup>426</sup> COSTA, Judith Martins. Contrato de seguro. Suicídio do segurado. Artigo 798, Código Civil. Interpretação. Diretrizes e Princípios do Código Civil. Proteção ao consumidor. Parecer. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, p. 257, jul.-set., 2014, p. 264.

<sup>427</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e da ação rescisória*. São Paulo: RT, 2002, p. 394.

diante dos problemas concretos e das constantes alterações no contexto social, o que evita que as normas se tornem obsoletas diante das demandas jurídicas apresentados, cuja evolução é inevitável. Em suma, verificamos que o espaço para a atividade criativa do juiz (função de interpretar e julgar) e demais juristas (função meramente teórica) é:

1º) o espaço legislativo lacunoso, cujos casos, problemas jurídicos e, portanto, juridicamente relevantes, não pertençam ao núcleo de qualquer hipótese normativa, isto é, que não possuam a descrição de qualquer suporte fático previsto na norma;

2º) cujos negócios jurídicos ultrapassem os limites impostos pela boa-fé objetiva, o que resultará em ato ilícito ou inadimplemento contratual, com possibilidade de integração ou de correção por parte do juiz.

Consequências da atividade criativa positiva:

1º) possibilidade de atender problemas juridicamente relevantes que não pertençam ao núcleo de hipótese normativa, cujo grau de evolução e de complexidade impediem que a situação fática tivesse sido prevista pela norma;

2º) possibilidade de interpretação e julgamento conforme a justiça material;

3º) construção de significados para a norma jurídica a partir da normatividade do sistema, que atualmente possui característica axiomática.

Limites da racionalidade para um ativismo positivo:

1º) interpretações e decisões analisadas concretamente;

2º) interpretações e decisões “criadas” a partir dos elementos constantes do sistema jurídico, isto é, a partir da normatividade da norma, portanto, limites objetivos, jamais subjetivos ou discricionários.

Cabe nesse particular melhor analisar as hipóteses de cabimento (espaço), limites e consequências da atividade criativa do juiz e demais operadores do direito.

A convicção do julgador sempre se dará na análise do caso concreto, e deverá ser formada segundo as regras do direito, conectando o texto da lei e a realidade dos fatos sociais da época, sempre em busca do bem comum.

Ao formar sua convicção, isto é, “nesse ponto convergente de normas”<sup>428</sup>, o juiz poderá “proceder à escolha entre o justo e o injusto”<sup>429</sup>, o que poderá fazer através das funções de interpretação, de integração e de correção.

No ponto convergente de normas, o juiz poderá optar por proteger os direitos sociais, valorizar a solidariedade mútua, a proporcionalidade entre as obrigações e os direitos, o equilíbrio entre as partes, proteger as expectativas ou, simplesmente, escolher entre o injusto.

Notemos que existe um ponto convergente entre normas, e que o critério utilizado para a formação da convicção sempre será objetivo, ou seja, a lei mesma em seu sentido amplo. Portanto, o ato de julgar é resultado de uma *techné* judicativa que procura “razões” ou fundamentos para um caso concreto, sendo a lei mesma, mais propriamente, concebida como “decisão concreta de concretos casos jurídicos futuros”<sup>430</sup>.

Conforme observa o jurista português João Baptista Machado, em sua obra *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*,

a norma, o texto legal, é já uma resposta a uma questão de direito, ela é já uma objectivação linguística de pontos de vista jurídicos e, portanto, [...] é ela própria já uma interpretação de algo: de algo que está fora dela e para que ela necessariamente remete, sendo esse algo o Direito, a juridicidade<sup>431</sup>.

A interpretação jurídica da norma se dá através das leituras e das apresentações que os diversos operadores do direito realizam diante do fato concreto, e mediante as decisões judiciais, a chamada jurisprudência, que passa a ser elemento normativo. Assim como a possibilidade da função de integração e controle, concorre inegavelmente para a realização da justiça. Nesse sentido, segundo Castanheira Neves, tanto o princípio da boa-fé quanto a cláusula geral da boa-fé ensejam uma tarefa de criação por parte do julgador, concorrendo para a realização da justiça. Resta saber quais são os limites impostos ao julgador em razão dessas funções.

Para compreender os limites do julgador, isto é, quais os critérios a serem observados no ato de interpretar a lei, necessário entender a sistemática adotada pela teoria objetivista da interpretação.

Consoante Castanheira Neves,

<sup>428</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 289.

<sup>429</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 292.

<sup>430</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 291.

<sup>431</sup> MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1989, p. 214.

uma teoria subjectivista sustenta que o propósito decisivo da interpretação estará na averiguação da vontade do legislador (da vontade real, subjectivo-histórica ou histórico-psicológica do legislador) que se exprime no texto da lei; [...] Uma teoria objectivista, pelo contrário, entende que a interpretação se deverá orientar para o sentido objectivamente assimilado pelo próprio texto da lei, para o sentido que autonomamente (i. é, com abstracção ou desligado do seu autor real) o texto legal é susceptível de encarnar e exprimir [...] para o subjectivismo a “vontade legislador”, para o objectivismo o sentido imanente à própria obra<sup>432</sup>.

A teoria objectivista é consequência da evolução do entendimento de que o direito é reflexo da história e da cultura da sociedade, e não da vontade política. Desta forma, a lei será compreendida e interpretada em função de seu conteúdo, de acordo com todo o sistema.

A hermenêutica praticada pelo julgador, assim como a integração e a correção no caso concreto, deverá ser realizada de acordo com o conteúdo próprio da lei, conforme o sentido normativo, entendido em seu contexto histórico-cultural.

O sistema aberto e, consequentemente, a interpretação objectiva da lei, permite que ela seja interpretada em seu contexto actual, conforme o contexto histórico, político, social e económico contemporâneo, de forma que a lei evolui junto à sociedade, acompanhando suas profundas transformações, seus problemas e seus valores. Cabe, neste particular, fazer referência ao pensamento de Castanheira Neves:

o objectivismo aceita da hermenêutica geral (v. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, cit., p. 171 ss. e 180 e *passim*) a ideia de que a lei pode ser juridicamente mais sábia do que a interpretação do seu autor ou de que o intérprete a poderá compreender melhor do que a entendeu o próprio legislador – é que a lei vai ser referida, na sua interpretação actual, a hipóteses que o legislador não teve em mente e nessa actualidade reflecte contextos significantes distintos e mais evoluídos do que aquele que esteve na sua origem<sup>433</sup>.

Na lição do autor, o objectivismo, ao assumir uma perspectiva que lhe permite uma evolução adequada a exigências atualizadas da aplicação e do contexto normativo oferece “maiores possibilidades de desentranhar da lei as soluções requeridas pelas necessidades da prática e pelas exigências do sentimento jurídico preponderante na comunidade social”<sup>434</sup>.

Assim, o processo de racionalidade do juiz, isto é “das razões que ele aduz para justificar o que decidiu” e ao “proceder à escolha entre o justo e o injusto”<sup>435</sup>, ou de qualquer intérprete-jurista, deverá ser deduzido logicamente do próprio texto da lei, que em um sistema aberto permite a adequação aos valores e aos problemas actuais, através dos princípios gerais

<sup>432</sup> NEVES, Castanheira A. **Metodologia jurídica** – problemas fundamentais I. Coimbra: Coimbra, 1993, pp. 98-99.

<sup>433</sup> NEVES, Castanheira A. **Metodologia jurídica** – problemas fundamentais I. Coimbra: Coimbra, 1993, pp. 98-99.

<sup>434</sup> NEVES, Castanheira A. **Metodologia jurídica** – problemas fundamentais I. Coimbra: Coimbra, 1993, pp. 100-101.

<sup>435</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 292.

do direito, das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados abertos, uma vez que admite ao intérprete-jurista imputar significado jurídico ao texto-preceito legal.

Um dos primeiros critérios considerados para que a interpretação jurídica cumpra seu papel de dar concretude (realização) ao direito – a hermenêutica – deverá estar centrada na norma adequada para solucionar o caso concreto, ou seja, a norma deverá ser analisada em função do caso concreto.

Com efeito, no atual sistema a norma revela-se

intencionalmente aberta ou normativamente indeterminada na referência ao caso decidindo – sobretudo por isso carece também ela sempre de interpretação – e é a interpretação, exigida pela decisão do caso jurídico concreto e a realizar em função do problema normativo-jurídico por ele posto, que irá superar aquela abertura e a sua indeterminação, imputando à norma o sentido jurídico que essa concreta resolução problemática lhe permite reconhecer<sup>436</sup>.

Wolfgang Fikentscher sustenta que “o direito só verdadeiramente o é quando cumpre simultaneamente uma exigência de justiça como igualdade e uma exigência de adequação concreto-material dos juízos decisórios”<sup>437</sup>.

Ato contínuo, para a tomada da decisão no atual sistema aberto, cujas normas jurídicas deverão ser interpretadas em atenção ao caso concreto, o julgador deverá formular uma hipótese normativa (os casos concretos nas quais ela se enquadra), que satisfaça aos ideais de justiça, e confrontar essa norma hipotética com as normas do direito positivo, “se alguma lhe corresponder, será essa o fundamento da decisão”<sup>438</sup>; caso nenhuma lhe corresponda, o conseqüente (o efeito jurídico) será construído pelo aplicador da lei, orientando-se pelos princípios e subprincípios do direito, assim como pelos precedentes judiciais. Portanto, referida decisão submete-se ao controle do direito positivo e a critérios objetivos.

O sistema jurídico aberto (aberto a valores e aos problemas da experiência jurídica) possibilita, desta forma, a assimilação constante de novas experiências e assume “numa totalização congruente as novas intenções normativas de que, através dessa experiência, o direito se vai enriquecendo”<sup>439</sup>.

Assim, o trabalho hermenêutico do operador do direito, e em especial do julgador, através da decisão que formará a jurisprudência, deverá observar a dialética entre o sistema (formado de normas cuja normatividade indica a dimensão intencional da expressão) e o caso

<sup>436</sup> NEVES, Castanheira A. **Metodologia jurídica** – problemas fundamentais I. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 146.

<sup>437</sup> FIKENTSCHER *apud* NEVES, Castanheira A. **Metodologia jurídica** – problemas fundamentais I. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 145.

<sup>438</sup> NEVES, Castanheira A. **Metodologia jurídica** – problemas fundamentais I. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 147.

<sup>439</sup> NEVES, Castanheira A. **Metodologia jurídica** – problemas fundamentais I. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 156.

concreto, sempre em busca de concretizar de forma justa a problemática apresentada atualmente, a realidade histórico-cultural revelada naquele momento.

A racionalidade da decisão, ou seja, os seus fundamentos e suas escolhas terão de procurar-se na “própria normatividade fundamentantemente constitutiva do sistema jurídico”<sup>440</sup>.

É no sentido fundamental da norma que o aplicador da lei procurará valorar os fatos, ou seja, os problemas concretos do caso a ser decidido e interpretar a norma para verificar se aquele suporte fático (descrição dos fatos) possui todos os elementos para se enquadrar na hipótese de incidência da norma. Uma vez presentes todos os elementos do suporte fático (antecedente), a incidência da norma será sempre automática, fatal, incidirá sobre o fato e produzirá os efeitos jurídicos previstos.

A incidência, portanto, sempre terá como requisito a presença de todos os elementos do suporte fático, e será automática, passando a produzir os seus efeitos.

O que ocorre nas normas com preceitos vagos, indeterminados, isto é, nos princípios gerais do direito e com as cláusulas gerais, não é arbitrariedade ou mudança de conceito, ou mudança da normatividade da norma, por parte do aplicador da lei. O que essas normas trazem para o sistema é uma abrangência muito grande de conceitos, de suporte fático, o que permite ao aplicador do direito valorar os fatos e interpretar a norma de acordo com os valores previstos no sistema, sempre cingido à normatividade da norma. E esses elementos do sistema aberto, ou seja, as normas de termos vagos e indeterminados, tornam o sistema dinâmico, uma vez que são elas que possibilitam ao aplicador analisar o caso concreto de acordo com a atual realidade social.

A maior contribuição do sistema aberto, formado com base nos valores já discutidos na presente dissertação – o que evidentemente confere segurança jurídica, ao contrário do que afirmam alguns – é que a experiência jurisprudencial e doutrinária se formará justamente de acordo com a intencionalidade normativo-jurídica do sistema.

A intencionalidade da norma (que poderá sofrer mutações de acordo com a realidade social-política-econômica) será sempre o critério a ser observado para a decisão do caso concreto. As cláusulas gerais, também chamadas de “conceitos de valor”, os conceitos indeterminados (abrange as várias possibilidades da intencionalidade normativa<sup>441</sup>), permitem o trabalho da jurisprudência e da doutrina na determinação do sentido da norma, que cumprirá o seu papel de adaptação à realidade social-político-econômica.

---

<sup>440</sup> NEVES, Castanheira A. **Metodologia jurídica** – problemas fundamentais I. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 155.

<sup>441</sup> NEVES, Castanheira A. **Metodologia jurídica** – problemas fundamentais I. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 188.

Assim, o trabalho hermenêutico realizado pelo aplicador na concretização da norma utilizará a normatividade da própria norma, que em um sistema aberto é toda construída através de valores.

É de se reconhecer, portanto, que os critérios utilizados pelo aplicador do direito jamais serão subjetivos, mas sempre haverá a determinação da norma, a sua interpretação, integração e correção, através de critérios objetivos, fornecidos pelo próprio sistema formado por valores, presentes nos princípios, nas cláusulas gerais e demais preceitos normativos, e oferecidos pela já consagrada doutrina e jurisprudência.

Portanto, importante entender que o “sistema é uma unidade de totalização normativa que se analisa em quatro elementos”: a) os princípios normativos jurídicos positivos (nos quais se incluem as cláusulas gerais) e suprapositivos; b) as normas prescritivas (normas legais); c) a jurisprudência; d) e a doutrina jurídica.

Inquestionável é que as normas prescritas visam apenas as hipóteses, os problemas mais comuns, mais frequentes, e que nem todos os problemas são possíveis de prever, o que não exclui o dever e a possibilidade de decidir concretamente o problema apresentado, com os elementos da própria sistemática, com a normatividade (sentido, possibilidades) extraída da própria norma em sentido amplo.

Daí a inegável importância de normas de tessitura aberta, que além de ter em seu corpo os valores consagrados pela sociedade, isto é, pelo atual sistema, permitem a possibilidade de julgar casos, fatos jurídicos não subsumíveis ao sentido literal da norma e que ficariam fora do âmbito de sua interpretação, as chamadas *fattispecies*. Isto ocorre porque, em razão de seus conceitos vagos e indeterminados, abrangem o leque de fatos não atingidos pela norma, ganhando maior amplitude de situações, algumas vezes não previstas pela norma. Isto permite que aquele caso concreto ganhe um suporte fático (todos os elementos para sua incidência) e, conseqüentemente, a devida incidência normativa, autorizando que o fundamento da decisão esteja de acordo com o sentido normativo do sistema – e abrangendo casos e problemas jurídicos que estariam excluídos pela letra da lei.

Acentuamos, desta forma, que o trabalho de interpretação, integração e correção será realizado com referência direta ao fundamento axiomático, teleológico (fim, razão) das normas positivadas, como também em referência à coerência do próprio sistema normativo.

Certo é que tanto o princípio da boa-fé quanto a cláusula geral da boa-fé, objeto da presente dissertação, assim como os demais princípios e cláusulas gerais, possuem um alto grau de vagueza e de indeterminabilidade, ensejando uma tarefa de criação por parte do

juiz na análise do caso concreto, que será realizada segundo critérios objetivos fornecidos pelo próprio sistema.

A interpretação das normas é bem tratada por Ronald Dworkin, para quem os casos devem ser interpretados de acordo com os princípios:

juizes devem decidir casos difíceis, interpretando a estrutura política de sua comunidade do seguinte e talvez especial modo: tentando encontrar a melhor justificação que possam achar, em princípios de moralidade política, em favor da estrutura, como um todo, a partir dos detalhes constitucionais, por exemplo, do direito penal ou privado do contrato<sup>442</sup>.

O juiz sempre será levado a decidir casos difíceis. Como afirma Ronald Dworkin, é incontestável que a atual sistemática lhe concedeu o poder de interpretação; resta saber de que forma e os aspectos considerados para a construção da motivação do julgado.

André Ramos Tavares ressalta a importância do juiz atuante, que através de seu trabalho concretiza os valores e torna o sistema permanentemente atualizado:

Mas a verdadeira, a grande novidade está no terceiro momento, ou seja, na tentativa de transformar a imprecisão e a imóvel elasticidade daquelas fórmulas e a inefetividade daquela prevalência em uma efetiva, dinâmica e permanente ‘concretização’, através da obra de um intérprete qualificado [...] o especial juiz constitucional. Aqui, verdadeiramente, o gênio dos homens atingiu o seu vértice; a aspiração ao eterno, uma aspiração que renasce perenemente de suas próprias cinzas, encontra aqui a sua concreta conciliação com a realidade; a eternidade dos valores, aquela eternidade que a história mostrou ser impossível e também sempre suprema utopia da humanidade, concretiza-se através do trabalho atuante do juiz<sup>443</sup>.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ao dissertar sobre a cláusula geral da boa-fé, enfatiza que a norma será formulada judicialmente pelo juiz, e que para isso influenciarão tanto critérios jurídicos quanto metajurídicos. Assim, considerando que a “elaboração retórica do juiz não se limita à simples invocação da norma de dever positivada, pois esta não existe e deve ser construída para o caso”, cumpre às partes “trazer aos autos todos os elementos que interessam para esta definição”<sup>444</sup>.

Ao traçar os critérios objetivos para a aplicação da cláusula geral da boa-fé nas relações de consumo, Ruy Rosado de Aguiar Júnior afirma que toda cláusula geral permite atividade criadora do juiz: “esta, porém, não é arbitrária, mas contida nos limites da realidade

<sup>442</sup> DWORKIN, Ronald A. Natural law revisited, v. XXXIV. **University of Florida Law Review** n. 2, 1982, p. 165.

Tradução do original: “judges should decide hard cases by interpreting the political structure of their community in the following, perhaps special way: by trying to find the best justification they can find, in principles of political morality, for the structure as a whole, from the most profound constitutional rules and arrangements to the details of, for example, the private law of tort or contract”.

<sup>443</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 214.

<sup>444</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, 1995, v. 14. Disponível em: [http://www.ruyrosado.com/upload/site\\_producao intelectual/144.pdf](http://www.ruyrosado.com/upload/site_producao intelectual/144.pdf). Acesso em: 20 jan. 2020, p. 378.

do contrato, sua tipicidade, estrutura e funcionalidade, com aplicação dos princípios admitidos pelo sistema”<sup>445</sup>.

O princípio da boa-fé objetiva forneceu ao juiz “os instrumentos necessários para a realização da justiça material”<sup>446</sup>. Desta forma, primeiramente, há de se ter consciência de que a cláusula geral não funcionará pelo método da subsunção, mas pelo método da concreção.

Para Paulo Nalin, por parte do aplicador-juiz haverá uma leitura subjetiva da boa-fé objetiva que deverá consultar “seus próprios valores éticos e comportamentais, manifestar-se caso a caso, se as partes agiram segundo um *standard* da boa-fé objetiva, estabelecido a partir do seu próprio imaginário”<sup>447</sup>. Discordamos dessa ideia, com todo respeito, uma vez que todos os critérios para a aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva serão extraídos do próprio sistema, da normatividade da norma, portanto, de critérios objetivos. Haverá, talvez, uma leitura subjetiva quando no ato da formação da convicção, o juiz esteja diante de duas normas distintas aplicáveis ao caso, e deverá escolher entre o justo ou o injusto, ou entre o justo e o mais justo.

Jacques Ghestin traz outros dois critérios para a aplicação do controle e reequilíbrio realizado pelo juiz com fundamento na boa-fé objetiva. Segundo o autor, o reequilíbrio deve ser realizado de forma prudente, sob pena de, na verdade, gerar um desequilíbrio inverso e a ineficácia das decisões, motivo pelo qual não devem obrigar às partes ônus que não são impostos pela função social do contrato e pela justiça comutativa:

Mas esse reequilíbrio do contrato deve ser feito de maneira prudente, porque, por querer reequilibrar demais, pode-se acabar com um desequilíbrio inverso e com um intervencionismo jurisprudencial muito pesado, capaz de causar perda de confiança no contrato e, finalmente, ineficácia das soluções teóricas identificadas. É razoável pensar que esse também é o motivo pelo qual o Tribunal de Cassação controla diretamente a interpretação objetiva do contrato – cujo princípio agora é adquirido – e censura os juízes do julgamento quando eles impõem a um dos contratantes uma obrigação que nem a utilidade social do contrato, nem a justiça comutativa impõem<sup>448</sup>.

<sup>445</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, 1995, v. 14. Disponível em: [http://www.ruyrosado.com/upload/site\\_producao intelectual/144.pdf](http://www.ruyrosado.com/upload/site_producao intelectual/144.pdf). Acesso em: 20 jan. 2020.

<sup>446</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil – as obrigações e os contratos. **RT/Fasc. Civ.**, ano 89, v. 775, maio 2000, p. 30. Sobre justiça material, ver: Tercio Sampaio Ferraz Junior, segundo o qual a justiça material não significa somente a premissa racional para a identificação daquilo que deva ser repartido proporcionalmente e a quem, mas sim a percepção da justiça como atendimento à dignidade. A dignidade da pessoa humana como sentido nuclear da justiça: “a cada qual conforme sua dignidade” (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 303).

<sup>447</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil – constitucional. v. 2. Curitiba: Juruá, 2001, p. 134.

<sup>448</sup> GHESTIN, Jacques; GOUBEAUX, Gilles. **Traité de droit civil**: les obligations: les effets du contrat. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, p. 55. Tradução livre do original “Mais ce rééquilibrage du contrat doit être fait de façon prudente, car à force de vouloir trop rééquilibrer on pourrait aboutir à un déséquilibre inverse et à un dirigisme jurisprudentiel trop pesant de nature à entraîner une perte de confiance dans le contrat et, finalement, une inefficacité des solutions théoriques dégagées. Il est permis de penser que c’est aussi la raison pour laquelle la Cour de cassation controle directement l’interprétation objective du contrat- dont le principe est désormais acquis – et censure les juges du fond lorsqu’ils

Teresa Arruda Alvim Wambier complementa quais devam ser os critérios utilizados pelo juiz por ocasião de sua atividade criativa: “essas soluções, sob pena de se deixar definitivamente de lado o valor segurança, devem ser “criadas” a partir de elementos constantes no sistema jurídico, somados, combinados, engrenados, etc., e não com base em elementos que o sistema não tenha encampado”<sup>449</sup>.

A respeito do ponto de partida da interpretação, Humberto Ávila ressalta limites e o que transforma o ativismo, em um ativismo negativo, discricionário, subjetivo:

Daí se dizer que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.

A conclusão trivial é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. Compreender “provisória” como permanente, “trinta dias” como *mais de trinta dias*, “todos os recursos” como *alguns recursos*, “ampla defesa” como *restrita defesa*, “manifestação concreta de capacidade econômica” como *manifestação provável de capacidade econômica*, não é concretizar texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos. Essa constatação explica por que a doutrina tem tão efusivamente criticado algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal<sup>450</sup>.

Faz-se necessário entender que tanto o juiz quanto os demais juristas, ao interpretarem a norma, não descrevem apenas significados, mas “reconstroem sentidos” a partir dos problemas concretamente apresentados pela sociedade em constante evolução, sentidos que vão sendo agregados ao sistema, ao conteúdo da norma, alimentando o sistema de si próprio, no limite de sua normatividade, tanto em face de perturbações externas quanto internas. Importa desta forma, “deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto”<sup>451</sup>.

É de se reconhecer que o ordenamento jurídico tem por finalidade preservar valores, e que a interpretação, cujo ponto de partida são esses mesmos valores, tem por consequência a constante reconstrução do sistema, à medida que poderá adaptar as normas aos novos fatos e aos novos valores:

---

mettent à la charge de l’un des contractants une obligation que ni l’utilité sociale du contrat, ni la justice commutative n’impose”.

<sup>449</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e da ação rescisória**. São Paulo: RT, 2002, p. 394.

<sup>450</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 33-34.

<sup>451</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 34.

O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução<sup>452</sup>.

Judith Martins Costa, referindo-se às cláusulas gerais e à negativa de possibilidade de discricionariedade pelo julgador no caso concreto, acentua:

Na verdade, por nada regularem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é o de enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes. Não se trata – é importante marcar desde logo este ponto – de apelo à discricionariedade: as cláusulas gerais não contêm delegação de discricionariedade, pois remetem para valorações objetivamente válidas na ambiência social. Ao remeter o juiz a estes critérios aplicativos, a técnica das cláusulas gerais enseja a possibilidade de circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos cujas características serão formadas por via jurisprudencial, senão legal. Em outros casos, por não preverem, determinadamente, quais são os efeitos ligados à infringência do preceito, abrem a possibilidade de serem também estes determinados por via jurisprudencial<sup>453</sup>.

Já em 1952, quando Franz Wieacker publicou a 1ª edição de *História do Direito Privado Moderno*, ao comentar as cláusulas gerais presentes no BGB Alemão, com início de vigência em 1900, já alertava para os seus perigos e para a necessidade de uma técnica para o uso correto dessas cláusulas:

O reverso das cláusulas gerais foi de há muito notado. Se a disciplina dogmática do juiz se torna mais rigorosa, dá-se uma tentativa de fuga para as cláusulas gerais, para uma jurisprudência voltada exclusivamente para a justiça e liberta da obediência aos princípios; em épocas de predomínio da injustiça elas favorecem as pressões políticas e ideológicas sobre a jurisprudência e o oportunismo político. Mesmo abstraindo destas épocas de degenerescência, elas possibilitam ao juiz fazer valer a parcialidade, as valorações pessoais, o arrebatamento jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo gênero, contra a letra e contra o espírito da ordem jurídica. Por outro lado, o uso inadequado, hoje cada vez mais frequente, das cláusulas gerais pelo legislador atribui ao juiz uma responsabilidade social que não é a do seu ofício. Todas estas manifestações se baseiam no fato de a cláusula geral não permitir e, ao mesmo tempo, esvaziar de sentido qualquer atividade subsuntiva, desde que ela, por seu lado, não remeta para a situação bem definida de uma moral estabelecida e de uma técnica judicial firme. Enquanto a teoria do direito e a tradição judicial não desenvolverem uma técnica refletida do uso correto da cláusula geral, ela constitui um perigo crescente para as nossas ordens jurídicas<sup>454</sup>.

<sup>452</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 34-35.

<sup>453</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 299.

<sup>454</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, pp. 546-547.

De fato, o aspecto apontado por Franz Wieacker é a grande preocupação de todos: há evidente perigo de decisões arbitrárias, contraditórias, injustas, com padrão de eminente caráter político, e esse é seu caráter negativo.

No entanto, o ativismo positivo tem importante e indispensável papel na proteção dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil, quando através de um trabalho concretizador observa os critérios objetivos apresentados pelas pautas de valor da Constituição Federal de 1988 pelos princípios jurídicos e demais normas.

Josef Esser traça os princípios como ponto de partida do raciocínio jurídico e instrumentos necessários para uma decisão valorativa de caráter positivo, o que confere legitimidade à decisão:

Os princípios são o ponto de partida do raciocínio jurídico: não como instrumentos simples de pensamento heurístico, mas como expressão primária de uma decisão valorativa de caráter positivo, que é aquela que confere legitimidade à regra que deve ser aplicada<sup>455</sup>.

Para Pietro Perlingieri, “a norma nunca está sozinha, mas existe e exerce a sua função unida ao ordenamento e o seu significado muda com o dinamismo do ordenamento ao qual pertence”. Ao discorrer sobre o uso das cláusulas gerais, ensina que elas “esperam ser preenchidas de um conteúdo específico, por uma hierarquia das fontes na qual as normas constitucionais exigem a prevalência, mesmo em presença de uma norma específica do caso”<sup>456</sup>.

As normas de conceitos vagos e indeterminados, carecidas de preenchimento, a exemplo da boa-fé, bons costumes, justa causa, que medem a moral social dominante deverão ser interpretadas pela jurisprudência “segundo as pautas de valor fundamentais do ordenamento jurídico, em especial da Constituição”. Desta forma, considerando que suas decisões serão adotadas atendendo uma pauta de valores jurídicos, representados pelos princípios, suas próprias decisões valerão de exemplos às demais decisões que se façam necessárias<sup>457</sup>.

É evidente que esse quadro valorativo que será utilizado pelo julgador será previamente fornecido pela própria norma, visto que se trata de valorações do próprio

<sup>455</sup> ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Tradução do original alemão intitulado GRUNDSATZ UND NORM IN DER RICHTERLICHEN FORTBILDUNG DES PRIVATRECHTS, 1956. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1961, p. 252. Tradução livre: “Los principios son el punto de partida del razonamiento jurídico: no como simples instrumentos del pensamiento heurístico, sino como expresión primaria de una decisión valorativa de carácter positivo, que es la que confiere su legitimación a la regla que debe ser aplicada”.

<sup>456</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 72-73.

<sup>457</sup> LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, pp. 406-408.

ordenamento jurídico. Desta forma, na apreciação do caso concreto e na aplicação de sua consequência jurídica, segundo essa pauta de valores, a decisão estará adequada no sentido da lei. Neste aspecto, afirma Karla Larenz: “a tarefa do jurista é precisamente a materialização das valorações”, incumbindo-lhe, por isso, “um valorar ligado a princípios jurídicos com a ajuda de um pensamento “orientado a valores””<sup>458</sup>.

Cada caso concretizado através da jurisprudência pautada nos valores ligados aos princípios servirá, desta forma, como ponto de partida para decisões posteriores:

A jurisprudência dos tribunais, esclarecendo mediante exemplos “ilustrativos” estas ideias jurídicas e princípios e, de seguida, por via da comparação com outros casos julgados em conformidade com eles, bem como mediante a elaboração de ideias jurídicas novas e mais especiais, com base na análise jurídica dos casos em que elas se manifestam, consegue enriquecer cada vez mais o conteúdo da pauta relativamente “indeterminada”, concretizá-la em relação a certos casos e grupos de casos e, deste modo, criar finalmente um entrelaçado de modelos de resolução em que possam ser arrumados, na sua maioria, os novos casos a julgar<sup>459</sup>.

A investigação do Direito por parte do juiz tem de orientar-se pelos princípios jurídicos subjacentes à ordem jurídica; o juiz tem, no preenchimento das lacunas, de pressupor todo o sistema existente como vinculante. Ele não é chamado a uma decisão de política jurídica<sup>460</sup>.

Em sentido similar, Judith Martins Costa traça critérios para a aplicação do artigo 422 do Código Civil (critérios interpretativos e elementos fáticos) com base nos quais o aplicador deverá, tendo em vista o instrumental fornecido pelo sistema, não aplicá-lo aleatoriamente:

A integração é processada, primeiramente, segundo procedimentos integrativos, isto é, operações do pensamento sistematizadas ao longo dos séculos pela Ciência Jurídica: extensão analógica, argumentação *a majore, ad minus, a contrario*, redução ou correção teleológica, que, embora orientados *prima facie* para o preenchimento de lacunas da lei também servem, com as devidas adaptações, para a integração de lacunas contratuais. Há, ainda, regras específicas ou típicas (quando o legislador se ocupa em fornecer a regra integrativa, *e.g.* o artigo 488 do Código Civil, para o estabelecimento do preço na compra e venda, quando as partes não o fixaram); e há, por igual, regras gerais integrativas das declarações negociais, como, por exemplo, o artigo 239 do Código Civil português, nos termos do qual “Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ou de acordo com os ditames da boa-fé, quando seja outra a solução por eles imposta”. No sistema brasileiro, cumpre esse papel, concernentemente à boa-fé integrativa, o artigo 422 do Código Civil<sup>461</sup>.

<sup>458</sup> LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 410.

<sup>459</sup> LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 411.

<sup>460</sup> LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 82-83.

<sup>461</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 565-566.

Segundo a autora, são elementos indispensáveis para a aplicação do princípio: 1º) pesquisar as soluções anteriormente conferidas pela jurisprudência e/ou aquelas apontadas pela doutrina para casos análogos de execução contratual; 2º) investigar os padrões de comportamento usualmente seguidos na ambiência contratual em causa; 3º) os interesses e riscos próprios do negócio examinado; averiguar o comportamento das partes, e, tudo somado e ponderado, quando apreciar demanda fundamentada na violação ao comportamento segundo a boa-fé, integrar o contrato concretamente considerado, determinando o conteúdo dessa integração em vista dos demais elementos fáticos e normativos do caso<sup>462</sup>.

Certo é que o método descrito, de concretização de acordo com certos grupos de casos, deve acompanhar as mudanças da consciência valorativa da sociedade, a exemplo do significado de “bons costumes”, que pode ser alterado constantemente, ou de acordo com os usos e costumes de cada lugar. Assim, a “jurisprudência dos tribunais não pode alhear-se durante muito tempo de tais mudanças, se quiser continuar a estar em consonância com a consciência jurídica e moral gerais”<sup>463</sup>.

Embora quase a totalidade dos autores mencione o sistema pautado em princípios e em cláusulas gerais como uma grande, importante e necessária inovação – na medida em que reconhecendo a atividade criativa do juiz e dos demais operadores do direito, esse sistema é dotado de flexibilidade, de atualização constante, já que suscetível de cobrir todo o campo da experiência jurídica – Antônio Junqueira de Azevedo, em razão do “poder” concedido ao juiz, realiza críticas pontuais, à boa-fé objetiva, e entende que o Código Civil é insuficiente, deficiente e desatualizado, posto que hoje são outros os paradigmas:

Após o da lei, veio o paradigma dito do Juiz, daquele tempo em que o Estado era intervencionista; ele usava os famosos conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais. Esses conceitos jurídicos indeterminados eram principalmente o que chamo de “bando de quatro” – à moda daquela revolução cultural comunista –, quais sejam: função social, boa-fé, ordem pública e interesse público. O problema todo desses quatro conceitos era que eles não tinham conteúdo, eram vazios do ponto de vista axiológico. Até hoje, eles servem para a retórica, mas o mundo atual não se conforma mais com esses conceitos vazios. O paradigma, que antes era o da lei, passou a ser o do Juiz e, agora, é o da solução rápida do caso concreto. Hoje, estamos fugindo do Juiz<sup>464</sup>.

Antônio Junqueira de Azevedo refere-se a outras possibilidades de solução de conflitos através das quais poderemos “fugir do juiz”, sugerindo a Lei de Arbitragem, a

<sup>462</sup> COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 161.

<sup>463</sup> LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 412.

<sup>464</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto do Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 775, 2000, pp. 5-6.

Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a OAB, o Conselho de Medicina e “várias outras instituições cujos problemas não desaguam no judiciário”, ao qual acrescentamos o método da mediação. Contudo, discordamos do referido jurista na medida em que tanto as cláusulas gerais, os conceitos indeterminados, quanto os métodos alternativos de solução de conflitos, devem integrar uma mesma sistemática, de um mesmo “arsenal”, que possibilite que o valor fundamental homem e os valores-fins (como justiça, equidade, solidariedade e eticidade), sejam alcançados.

Na opinião de Jan Peter Schmidt, “o Poder Judiciário brasileiro faz uso peculiar das cláusulas gerais do Código Civil, como a que exige a boa-fé nos negócios jurídicos e a que garante a função social do contrato. Com isso, decisões entram em choque com as leis, pois juízes as fazem com base nas suas visões de mundo”<sup>465</sup>, o que não ocorre no direito alemão.

Para o autor,

o objetivo dessas cláusulas não é dar poder ao juiz para prevalecer sobre o legislador. A função delas é permitir que o juiz tome decisões razoáveis quando houver uma lacuna na legislação, para que, por exemplo, quando não houver normas, ele possa encontrá-las nas cláusulas gerais, que podem guiá-lo nessa direção<sup>466</sup>.

O Poder Judiciário brasileiro tem se utilizado destas cláusulas, simplesmente, segundo Jan Peter Schmidt, como “uma vara de condão”. O que pretendemos com a presente dissertação é afirmar que a cláusula geral da boa-fé objetiva não é nem deve ser utilizada dessa maneira para solucionar todos os casos. Ela será aplicada em casos específicos, tem seu espaço e atuação limitados, e deve atender aos critérios objetivos apresentados; respeitados todos os seus espaços e limites, o poder de “criação” do juiz é positivo diante das consequências geradas.

O julgador não deve realizar uma apreciação discricionária, mas aspirar ao direito justo, segundo critérios impostos pelo ordenamento jurídico.

Percebemos, portanto, que o ativismo judicial é positivo, benéfico e imprescindível na medida em que no ato de interpretar as normas em sentido amplo, o julgador racionalize sua decisão de acordo com a normatividade da norma, buscando garantir os direitos fundamentais constitucionais e da própria legislação ordinária. No entanto, poderá ser muito negativo, nocivo, na medida em que adotar posições de caráter meramente político, fugindo da racionalidade do justo imposto pela atual legislação.

---

<sup>465</sup> SCHMIDT, Jan Peter; ZIMMERMAN, Reinhard. Incertezas jurídicas: princípios do Código Civil não autorizam juiz a atropelar a lei. **Consultor Jurídico**. Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso em: 01 mar. 2015, p. 01.

<sup>466</sup> SCHMIDT, Jan Peter; ZIMMERMAN, Reinhard. Incertezas jurídicas: princípios do Código Civil não autorizam juiz a atropelar a lei. **Consultor Jurídico**. Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso em: 01 mar. 2015, p. 01.

Finalizamos assim o presente capítulo com a consideração de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, para quem

o desenvolvimento, com base na boa fé, de um direito jurisprudencial que, ainda quando à revelia das doutrinas comuns, demonstrou, numa experiência temperada pelo corrigir de desvios, sempre possíveis, capacidades dogmáticas reais, permite atingir um dos níveis mais nobres e delicados da cultura jurídica actual: o da correcção das leis injustas ou inconvenientes<sup>467</sup>.

---

<sup>467</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil** (Teses de Doutoramento). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017, p. 47.

## 8 CONCLUSÃO

Após todo o exposto, permitimo-nos concluir que a noção de sistema fechado, alcançado através da terceira sistemática, é ciência jurídica abstrata, e não se preocupa em acompanhar o desenvolvimento e os valores da sociedade, e em algumas hipóteses acaba por se tornar letra morta, imprestável. Não obstante, serve de fundamento para conceder legalidade a atrocidades, conforme verificamos após a Segunda Guerra Mundial e durante o nazismo.

Emanuel Kant, através de suas obras, iniciou o movimento do pensamento jurídico do século XIX influenciando diversos autores que acabaram transformando-o numa ciência autônoma – mas, diversamente de alguns deles, adeptos do seu pensamento, Kant tinha ciência do sentido ético do direito.

Rudolph von Jhering, em sua segunda fase, contribuiu para a evolução da ciência do direito reconhecendo que “a sociedade é o sujeito do fim e todas as proposições jurídicas”, ou seja, reconheceu que a norma deve ter como fim uma função social, o que foi ponto de partida para a chamada jurisprudência de interesses. No entanto, ainda havia diversos obstáculos a serem superados como o fato de o juiz verificar unicamente a “vontade do legislador” para a correta aplicação da lei.

Em 1º de janeiro de 1900 passou a vigorar o Código Civil alemão, o BGB, um marco para toda a ciência do direito.

Embora o BGB tenha seguido o caráter rigorosamente conceitual da pandectística, que não concedia ao juiz qualquer liberdade de interpretação que não fosse a vontade do legislador, por outro lado, inovou ao trazer normas de orientação dirigidas ao juiz, as chamadas cláusulas gerais que faziam referência à boa-fé, aos bons costumes e aos hábitos do tráfego jurídico.

O sentido inicial das cláusulas gerais no BGB tinha um papel totalmente reduzido, na medida em que o juiz não poderia realizar qualquer interpretação que não fosse a vontade imposta pelo legislador, não havia qualquer poder para reconduzir ao direito justo. A boa-fé era limitada ao cumprimento efetivo dos contratos.

Hans Kelsen, que em 1934 escreveu *Teoria Pura do Direito*, reduzindo o direito à pura norma, ignorava que ao lado da validade deve existir o justo e o ético.

Todavia, após as atrocidades cometidas durante a Primeira Guerra Mundial e o Terceiro Reich, que acabou por culminar na Segunda Guerra Mundial, as cláusulas gerais começaram a demonstrar seu inestimável valor, adquirindo uma função totalmente nova.

A realidade até então vivida demonstrou que o direito válido (vigente) aprovado após um procedimento por um órgão competente, sem que fosse observada a justiça e a eficácia (um fim), era capaz de conferir legalidade às piores atrocidades, como o fascismo, o nazismo, o totalitarismo, a ditadura – julgamentos realizados pelo Tribunal de Nuremberg após a Segunda Guerra Mundial – e a censura.

Havia premente necessidade de um direito humano, justo, voltado para os valores. A sociedade, especialmente a sociedade jurídica, passou a perguntar-se: o que realmente confere validade ao direito?

Assim disseminou-se a ideia de que para o direito ser válido, não basta validade técnico-jurídica (vigência), mas também é necessário validade ética e social. As cláusulas gerais presentes no BGB permitiram ao juiz alemão uma nova interpretação da lei, condizente com as necessidades da sociedade pós nazismo e pós Segunda Guerra Mundial.

No Brasil, em 1940, Miguel Reale escreveu sua *Teoria Tridimensional do Direito* segundo a qual “o direito não é puro fato, nem pura norma, mas é fato social na forma que lhe dá uma norma racionalmente promulgada por uma autoridade competente segundo uma ordem de valores”.

A justiça deixou de ser algo subjetivo e “proibido”, para ser objetivamente prevista e necessária no sistema atual.

A doutrina passou, então, a movimentar-se na direção de um sistema aberto como ideal de justiça, uma vez que este sistema é aberto a todos os valores orientadores aos princípios gerais que constroem o sistema, e tende a manter o equilíbrio entre a estrutura interna do sistema e as perturbações, modificações da sociedade em constante evolução.

Os princípios gerais do direito passaram, então, a exercer a função sistematizadora, além da interpretativa. Cumprem essa tarefa por meio dos subprincípios, das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, cujos valores estão em total consonância com os valores fundamentais da ordem democrática, dentre eles, a dignidade da pessoa humana, a equidade, a solidariedade e a liberdade exercida conforme os ditames da justiça social, exatamente os valores fundamentais que dão racionalidade ao ideal de justiça.

Concluimos, então, que um sistema aberto, com partes móveis, se revela o mais adequado. É aberto a valores representados pelos princípios, recebe influências dos fatores externos como evolução social, econômica e política, e é móvel, na medida em que os princípios já existentes no sistema devem ser móveis entre si, coexistir, conviver lado a lado, e serem aplicados aos mais diversos institutos.

Vimos que um sistema aberto é construído através dos princípios gerais do direito e da técnica legislativa das cláusulas gerais, que através de seus termos vagos e indeterminados, tornam possível ao juiz interpretar a lei, integrar e limitar os direitos subjetivos aos ideais impostos pelo sistema, além de tornar possível ajustar ao sistema o mais vasto grupo de situações que não se encaixam em qualquer hipótese normativa, atribuindo-lhe incidência e consequência jurídica, já que a lei não é capaz – e nunca será – de cobrir todo o campo da experiência jurídica.

As cláusulas gerais, em especial a da boa-fé objetiva, objeto da presente pesquisa, são normas de tessitura aberta que fazem referência, são construídas a partir dos valores presentes nos princípios, que permitem além da aplicabilidade de um direito justo, a possibilidade de atualização e de evolução das normas.

É certo que os conceitos indeterminados, abertos, presentes nos princípios gerais do direito e nas cláusulas gerais conferem ao juiz margem para exercer atividade criativa à aplicação dos valores da sociedade, contudo, sempre a partir da análise de cada caso concreto de forma objetiva.

Demonstramos que a cláusula geral da boa-fé objetiva é a cláusula geral do sistema que privilegia o maior número de princípios, ou seja, o maior número de valores do sistema. É a que mais tem o condão de dar concretização aos princípios fundamentais da ordem jurídica constitucional, e conseqüentemente, a um sistema aberto, conferindo aos casos *a priori* não previstos em lei, soluções justas e válidas, permitindo paulatinamente a sua sistematização e ressystematização.

A boa-fé, através do princípio ou da técnica da cláusula geral, é o que mais aproxima o direito da pós-modernidade, concedendo ao sistema justiça material, abertura e mobilidade.

A técnica legislativa das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados, em especial da boa-fé, introduz a ética e a justiça material presente nos princípios gerais do direito e no ordenamento jurídico civil, constituindo, desta forma, a porta de entrada para um sistema aberto passível de atualização sempre que a evolução social exigir.

Certo é que a norma jurídica deve sempre acompanhar o desenvolvimento social, visto que vivemos em um constante processo de profundas transformações. Por isso, são essenciais as técnicas presentes envolvendo as normas de tessitura aberta e valorativas.

As atuais regras introduzidas pela Lei n. 13.874/2019, a chamada Lei da Liberdade Econômica, foi introduzida no sistema justamente com a finalidade de mudar totalmente o paradigma, mitigando os princípios da socialidade, da eticidade e da operabilidade em prol da liberdade, da revalorização da autonomia privada e do acordado entre as partes,

independentemente do conteúdo da avença. Desta forma, falar em sistema aberto e valorativo passou a ser um desafio ainda maior.

Todavia, demonstramos que a boa-fé objetiva jamais perdeu seu espaço, sua importância e proeminência em relação à obrigatoriedade do contrato.

O propósito de adaptação social, de equidade, de justiça, eticidade, atualmente presentes no Código Civil, tem origem nos fundamentos e nos objetivos do atual Estado Democrático presentes da Constituição Federal de 1988.

Portanto, muito embora a Lei da Liberdade Econômica tenha procurado alterar o paradigma presente no Código Civil, ele está de acordo com os valores e os princípios fundamentais da Constituição Federal. A liberdade é um direito fundamental; já a autonomia privada é um princípio cujo valor resguardado é a liberdade – todavia, essa liberdade deve ser exercida conforme os ditames da justiça social (artigo 170 do Código Civil).

Devemos partir da premissa de que a interpretação de toda e qualquer norma deve ser sistemática, parte de um sistema normativo maior, que a engloba e a envolve. O conteúdo da Lei deve ser extraído conforme a leitura de todo o sistema, construído através dos princípios gerais do direito. Assim, não poderia ser diferente com a Lei da Liberdade Econômica, que deve ser interpretada sistematicamente, considerando todos os valores resguardados pelos princípios constitucionais, infraconstitucionais e normas de ordem pública.

Assim, todos os princípios devem coexistir e conviver em harmonia. A liberdade continua a ser valor fundamental, aliás, jamais deixou de sê-lo diante da boa-fé objetiva. Mas, o que devemos considerar é que a liberdade desenfreada, aquela que prejudica e que desequilibra, destoadada dos propósitos de solidariedade, essa é mitigada em razão da boa-fé objetiva.

Evidentemente, aqui não defendemos o extermínio da autonomia privada, ao revés, reconhecemos que a autonomia privada também é princípio fundamental da ordem jurídica e, conseqüentemente, de todo e qualquer negócio jurídico. Contudo, na atual sistemática, tanto a autonomia privada, quanto a obrigatoriedade das convenções sofrem mitigação em face da boa-fé, controle através da boa-fé; enfim, a autonomia privada e a obrigatoriedade do avençado formarão o conteúdo do contrato e deverão reger qualquer tipo de obrigação.

A atual situação pandêmica nos revela claramente a inegável importância de um sistema aberto construído por valores e através de técnicas legislativas que permitem ao juiz e aos demais operadores do direito (advogados, promotores, doutrinadores) a interpretação da lei segundo esses valores, e a possibilidade de ressystematização, adequando a Lei aos

problemas apresentados pela evolução e pela dinamicidade da sociedade, além de tudo que a envolve.

Talvez, nunca antes na história da humanidade, diante de uma pandemia que assola a economia e os povos de todo o mundo, verificamos tão claramente a importância e o impacto da solidariedade, da eticidade, da boa-fé comportamental, do dever de renegociar, de o juiz interpretar as normas e os negócios jurídicos de acordo com os princípios da solidariedade e da eticidade, e poder adequá-los a esses princípios. A atual situação pandêmica e de recessão global revela claramente que não é crível um sistema que mitigue esses valores em prol da obrigatoriedade do convencionado. A função social do contrato e a necessidade de sua conservação jamais foram entendidas em proporções tão abrangentes; nunca os deveres anexos tiveram tamanha importância. Assim, compreendemos que um liberalismo exacerbado jamais será a solução.

Constatamos hoje a tamanha importância do sistema jurídico aberto brasileiro, que está preparado para “abraçar” as marcas que serão deixadas no mundo, e conseqüentemente, na forma como o veremos e na maneira como serão exercidas as relações interpessoais.

Nesse sentido, as cláusulas gerais, os conceitos indeterminados, estabelecem padrões que trazem segurança jurídica. Mais do que nunca percebemos o quanto o direito se desenvolve a partir dos momentos de crise. As normas de tessitura aberta determinam ao operador do direito o preenchimento dessas cláusulas e desses conceitos, a partir do acordo com os princípios representados por essas normas.

Estamos vivendo um momento transformador. Enquanto as pessoas estão sendo chamadas a se comportarem de forma mais leal, solidária e ética, o juiz está sendo conclamado a observar esses parâmetros. A má-fé e o liberalismo exacerbado devem ser rechaçados pelo Poder Judiciário.

Nunca estivemos tão conscientes do poder transformador da sociedade. Precisamos compreender que a sociedade muda, sem pedir licença. Ao longo da vida, vimos a alteração na composição das famílias e o surgimento das famílias homoafetivas e famílias afetivas; a alta e o controle da inflação; as crises econômicas e a alteração do modo como atualmente celebramos nossos negócios usando tecnologia e o tempo cada vez mais escasso; as relações contratuais construídas com base em novos usos e costumes; as novas lógicas mercadológicas; a globalização; as oscilações do cenário econômico; as liberdades atuais que até recentemente eram descabidas; as transformações da tecnologia; as guerras; o superaquecimento; a escassez de produtos; a evolução dos direitos da personalidade e seu reconhecimento às pessoas jurídicas; as ditaduras, o totalitarismo, o nazismo; as democracias;

as perturbações dos mercados externos; a geração alfa; as pandemias. Todas exaltam e mudam os valores da sociedade, independentemente da autorização das leis. Cabe a elas, portanto, acompanhar essas mudanças, os desafios apresentados pela evolução e os períodos de crise. Trata-se de acolher uma racionalidade adequada, sempre renovável, o que ocorre através das normas de tessitura aberta. Notemos a essencialidade desse sistema. Eventuais riscos que ele possa trazer são mitigados por sua essencialidade.

Demonstramos que a boa-fé objetiva não deve ser aplicada irrestritamente, mas tem lugar e alcance muito bem definidos na própria lei.

Abusos praticados por julgadores, interpretações subjetivas, afronta à separação dos poderes e o ativismo sempre existiram e assim continuarão, sob a forma dos mais diversos fundamentos, independentemente da existência das cláusulas gerais.

Assim, os princípios, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados, todos estabelecem padrões que trazem segurança jurídica. Constantemente vemos em nossos tribunais decisões totalmente contrárias aos valores fundamentais com viés para a liberação das drogas e do aborto, por exemplo, quando a Constituição Federal tem como valor fonte a vida, a dignidade. Portanto, o problema não está nas cláusulas gerais nem na boa-fé, mas no próprio julgador ao achar que tem permissão para julgar de forma subjetiva.

A solução está em um sistema que enaltece os valores como a boa-fé e a solidariedade, tanto para a sociedade quanto para os julgadores, que jamais devem se utilizar de uma racionalidade política ou de interesses econômicos.

Vimos que o ativismo judicial pode ser negativo, no entanto, em seu aspecto geral, é positivo, e tem por função a busca da igualdade material, através da interpretação, da integração e do controle.

A cláusula geral da boa-fé objetiva não tem aplicabilidade irrestrita, ao revés, tem aplicabilidade limitada a casos específicos, delimitados ao longo da presente pesquisa. Ou seja, haverá permissão legal para o poder criativo do juiz a casos (problemas, circunstâncias) juridicamente relevantes que não pertençam a nenhum suporte fático, isto é, no espaço legislativo lacunoso.

Não obstante, terá aplicabilidade naqueles casos cujos negócios jurídicos ultrapassem os limites impostos pela boa-fé objetiva, o que resultará em ato ilícito ou inadimplemento contratual, com possibilidade de integração ou correção por parte do juiz.

Apontamos como consequências de um “ativismo positivo”: a possibilidade de atender problemas juridicamente relevantes que não pertençam ao núcleo de hipótese normativa, cujo grau de evolução e complexidade impedia que a situação fática tivesse sido prevista pela

norma; a possibilidade de interpretação e julgamento da lei e dos negócios jurídicos conforme a justiça material; a construção de significados para a norma jurídica a partir da normatividade do sistema, que atualmente possui característica axiomática, permitindo a constante atualização do sistema diante dos problemas concretos, evitando que as normas se tornem obsoletas.

No ato de interpretar a lei, o termo utilizado “o intérprete produz a norma” ou “cria a norma” ou “cria a hipótese normativa” deve ser bem entendido, no sentido de que a interpretação expressa conteúdos de disposições já existentes no ordenamento, mas que podem se encontrar em “estado de potência” implícitas no sistema. Caberá ao intérprete, por meio de sua técnica, retirar seu sentido do próprio ordenamento, produzindo nova norma, novas hipóteses normativas, através de sua atividade criativa, a exemplo da jurisprudência, das súmulas dos tribunais e da doutrina.

Não somos capazes de prever todos os acontecimentos, fatos jurídicos, reações humanas e todas as mudanças que afetam a sociedade, a economia e a política.

Os parâmetros são seguros; a boa-fé é parâmetro de segurança jurídica na medida em que permite a atualização do sistema de acordo com as realidades sociais, políticas e morais da sociedade, fixando ao julgador os parâmetros que devem ser observados para um julgamento com observância à boa-fé, justo, equânime e digno.

Verificamos que a boa-fé objetiva é padrão de comportamento a ser observado não somente pelas partes, mas também pelo juiz e demais operadores do direito. Ela impõe aos contratantes se comportarem de maneira leal e transparente entre si – do contrário, o juiz poderá intervir.

Os parâmetros são objetivos, o próprio sistema mostra o caminho a ser seguido diante do caso concreto e a racionalidade jamais deve ser política. A atividade hermenêutica, de integração e de correção deverá observar e respeitar o conteúdo próprio da lei, de acordo com o sentido normativo, entendido em seu contexto histórico-cultural.

Os princípios gerais do direito e os subprincípios serão sempre o ponto de partida para qualquer interpretação e, conseqüentemente, para a formação de precedentes. Os usos e costumes do local também serão considerados para a correta aplicação dos princípios e formação dos precedentes – estes últimos, posteriormente, serão utilizados como paradigma para casos análogos, analisados sempre no caso concreto, a fim de se extrair a razão daquela decisão, e o que há de fato de análogo em cada caso, com a finalidade de adequá-lo ao caso apresentado.

Demonstramos que a boa-fé se aplica como princípio geral, como cláusula geral ou conceito indeterminado; nesse momento emergencial que vivemos atualmente, observamos, mais do que nunca, a importância dos conceitos indeterminados, que regem o comportamento probó entre as partes, e dos juízes, de reequilibrar os contratos com fundamento nesses conceitos abertos.

Julgar ou não de acordo com a boa-fé objetiva dependerá da observância dos parâmetros fornecidos pela lei, como justiça, solidariedade, isonomia, equidade, usos e costumes e analogia.

A legislação jamais deve abandonar seu caráter axiológico, seus valores éticos e, mais do que isso, deve estimular e impor comportamentos éticos e solidários, tanto das pessoas partes das relações jurídicas, quanto dos julgadores, a fim de que o mais forte não “atropela” o mais fraco.

As soluções para os conflitos, para o equilíbrio contratual, devem ser capazes de se transformar junto com a sociedade.

Há muito mais segurança jurídica quando as partes se comportam de boa-fé, quando a outra sabe o que esperar do *alter* e do negócio, e assim, muito mais segurança quando temos um sistema que enaltece a eticidade das relações, muito além do liberalismo desenfreado, da vontade desenfreada de uma das partes; há mais segurança interna na própria relação e muito mais segurança para a sociedade como um todo.

Assim é o sistema aberto, através de suas técnicas legislativas, diante desse novo mundo que se impõe diariamente a toda a humanidade.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, 1995, v. 14. Disponível em: [http://www.ruyrosado.com/upload/site\\_producaointelectual/144.pdf](http://www.ruyrosado.com/upload/site_producaointelectual/144.pdf). Acesso em: 20 jan. 2020.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil – as obrigações e os contratos. **RT/Fasc. Civ.**, ano 89, v. 775, maio 2000.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil** – introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto do Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 775, 2000.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual**: o comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do programa contratual estabelecido. Parecer. São Paulo, 1998, p. 5. Disponível em: [http://ead2.fgv.br/ls5/centro\\_rec/docs/Interpretacao\\_do\\_contrato.pdf](http://ead2.fgv.br/ls5/centro_rec/docs/Interpretacao_do_contrato.pdf). Acesso em: 20 jan. 2020.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem: sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. **Civilística. com**, v. 2, n. 3, pp. 2-3, 2013. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Azevedo-civilistica.com-a.2.n.3.2013.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade São Paulo, São Paulo, v. 90, 1995. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67292/69902>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Tradução Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil brasileiro**: trabalhos relativos à sua elaboração. v. 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Junior. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Rev. téc. Cláudio De Cicco. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BRUTTI, Massimo. Antiformalismo e storia del diritto. **Quaderni Fiorentini**: per la storia del pensiero giuridico moderno, v. 18. Milano: Gioffré, 1989.

BUNAZAR, Maurício. A Declaração de Direitos da Liberdade Econômica e seus impactos no regime jurídico do contrato de direito comum. **Revista Brasileira de Direito Contratual**. v. 01, n. 01, out.-dez., 2019.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2. Reimpressão da edição de jul. 2003. Coimbra: Almedina, 2018.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução do original alemão: SYSTENDENKEN UND SYSTEMBEGRIFF IN DER JURISPRUDENZ. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

CHIASSONI, Pierluigi. Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica. **Revista de Derecho Privado**, n. 21, julio-diciembre, 2011, p. 90. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1964643](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1964643). Acesso em: 15 set. 2019.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Princípio da boa-fé na execução dos contratos no direito inglês. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 14, ano 5, pp. 369-382. São Paulo: RT, jan.-mar., 2018.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil** (Teses de Doutorado). 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2017.

COSTA, Judith Martins. O direito privado como um “sistema em construção” (as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro). **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 15, 1998.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999.

COSTA, Judith Martins. Contrato de seguro. Suicídio do segurado. Art. 798 do Código Civil. Interpretação. Diretrizes e princípios do Código Civil. Proteção ao consumidor. Parecer. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 1, p. 257, jul.-set., 2014.

COSTA, Judith Martins. **Estudos de direito privado e processual civil**: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: RT, 2014.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

COSTA, Judith Martins. **O método da concreção e a interpretação dos contratos**: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2008.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei n. 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, pp. 271-315, jul.-set., 2004.

COUTO E SILVA, Almiro do. Romanismo e germanismo no Código Civil brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 1971.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 25, n. 97, pp. 163-180, jan.-mar., 1988. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181784>. Acesso em: 15 out. 2019.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. Artigo publicado: Estudos de Direito Civil Brasileiro, 11 Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil, Porto Alegre, 1979. In: (org.) FRADERA, Vera Maria Jacob. **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos atos próprios**: elementos de identificação e cotejo com institutos assemelhados. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2006.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DE CICCIO, Cláudio. **História do direito e do pensamento jurídico**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DELGADO, José Augusto. A ética no novo Código Civil. **Informativo jurídico da biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. 15, n. 2, pp. 137-265, jul.-dez., 2003.

DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. **Novo Código Civil**: questões controvertidas. v. 1. São Paulo: Método, 2003.

DICIO. **Dicionário on-line de língua portuguesa**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/sistema/>. Acesso em: 10 out. 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Cláusulas gerais processuais**. Disponível em: [www.drediedidier.com.br](http://www.drediedidier.com.br). Acesso em: 20 out. 2019.

DWORKIN, Ronald A. Natural law revisited, v. XXXIV. **University of Florida Law Review** n. 2, 1982.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução do original alemão intitulado: EINFÜHRUNG IN DAS JURISTISCHE DEKEN, 1983. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ESSER, Josef. **Lehrbuch des schuldrechts**. Verlag C. F. Muller Karlsruhe, 1949.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Tradução do original alemão intitulado: GRUNDSATZ UND NORM IN DER RICHTERLICHEN FORTBILDUNG DES PRIVATRECHTS, 1956. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1961.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria geral do direito: sistema jurídico e teoria geral dos sistemas – aulas ministradas nos dias 12, 14 e 16/3/73 – Curso de Extensão Universitária em Direito (promovido pela Associação dos Advogados de São Paulo, mar.-jun. 1973)**.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. A boa-fé objetiva, uma noção presente no conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir-UFRGS**. Porto Alegre: Edição Especial, 2003.

GHESTIN, Jacques; GOUBEAUX, Gilles. **Traité de droit civil: introduction générale**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977.

GHESTIN, Jacques; GOUBEAUX, Gilles. **Traité de droit civil: les obligations: les effets du contrat**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados nos institutos de direito privado: homenagem ao Professor Doutor Francisco José Cahali**. São Paulo: Iasp, 2017.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? **Revista Crítica Jurídica**, n. 18, jun., 2001.

HART, H. L. A. **Derecho y moral**: contribuciones a su análisis. Buenos Aires: Depalma, 1962.

IMHOF, Cristiano. **Código civil e sua interpretação jurisprudencial**: anotado artigo por artigo. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

JHERING, Rudolph von. Der Kampf ums Recht. v. I. **Leipzig**: Druck und Verlang von Breitkopf & Hartel, 1884, VIII.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fredique Morujão. Tradução do original alemão intitulado Kritik Der Reinen Vernunft. 5. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. t. I. Tradução Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LARENZ, Karl. Tradução do original alemão: **Methodenlehre der rechtswissenschaft**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LOBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**, pp. 2-3. Disponível em: [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/78.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf). Acesso em: 23 jan. 2020.

LOTUFO, Renan. **Curso avançado de direito civil** – parte geral. v. 1. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: das origens à escola histórica. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. v. 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana – México, 1996.

LUZZATI, Claudio. **Elogio dell'indifferenza**. La genericità scarnificata. Diritto e questioni pubbliche. Palermo, 2012.

MACHADO, J. Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1989.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MAZZEI, Rodrigo Reis. **Comentários ao Código Civil brasileiro** – parte geral. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NALIN, Paulo. **A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico**. Questões controvertidas – parte geral do Código Civil. Série “Grandes temas de direito privado”. v. 6. São Paulo: Método, 2006.

NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil – constitucional. v. 2. Curitiba: Juruá, 2001.

NANNI, Giovanni Ettore. A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. *In*: LOTUFO, Renan (coord.). **Cadernos de direito civil constitucional**: caderno 2. Curitiba: Juruá, 2001.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 12. ed. São Paulo: RT, 2017.

NEVES, Castanheira A. **Metodologia jurídica** – problemas fundamentais I. Coimbra: Coimbra, 1993.

NEVES, José Roberto de Castro. **Boa-fé objetiva**: posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais, 2000. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9124-9123-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1994.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: RT, 2003.

REALE, Miguel. **Exposição de motivos do anteprojeto do Código Civil**. Mensagem 160. São Paulo: Diário do Congresso Nacional-Seção I, 13.06.1975.

REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 4. ed. São Paulo: Migalhas, 2014.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **Direitos da pessoa idosa**. São Paulo: Verbatim, 2016.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina *et al.* **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2017.

ROSADO, Marcelo da Rocha. Alguns aspectos relevantes da usucapião e da expropriação privada. *In*: MAZZEI, Rodrigo Reis (coord.). **Questões processuais no novo Código Civil**. Barueri: Manole/Instituto Capixaba de Estudos, 2006.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Metodologia jurídica**. Tradução do alemão para o português Hebe A. M. Caletti Marengo; adequação linguística Regina Célia de Carvalho Paschoal Lima. Campinas-SP: Edicamp, 2001.

SCHMIDT, Jan Peter; ZIMMERMAN, Reinhard. Incertezas jurídicas: princípios do Código Civil não autorizam juiz a atropelar a lei. **Consultor Jurídico**. Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso em: 01 mar. 2015.

TARTUCE, Flávio. A “lei da liberdade econômica” (Lei n. 13.874/2019) e os seus principais impactos para o direito civil. Segunda parte. 15 de outubro de 2019, pp. 3-8; 7-8. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/313017/a-lei-da-liberdade-economica-lei-13874-19-e-os-seus-principais-impactos-para-o-direito-civil-segunda-parte>. Acesso em: 28 abr. 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. (coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

UDA, Giovanni Maria. Integrazione del contratio, solidarietà sociale e coriusspettività delle prestazioni. **Rivista del Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazioni**, del Fascicolo 5·6 (Magglo-Glugno), 1990.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e da ação rescisória**. São Paulo: RT, 2002.

WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Tradução do original Zur rechtstheoretische Präzisierung des §242 BGB. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1977.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gui Benkian, 1967.

WILBURG, Walter. **Entwicklung Eines Beweglichen Systems im Bürgerli-chen Recht** (Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil) – Oração inaugural proferido na investidura como reitor da Universidade Karl-Franzens de Graz, a 22 de novembro de 1950, pelo Prof. Dr. Walter Wilburg – Traduzido do original alemão por Dora Moreira Sousa e Raul Guichard – Publicado em DJ, XIV, 2000, t. 3.

**Referências normativas**  
**(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)**

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação