PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Rodney Malveira da Silva

Instrumentos de interpretação e integração contratual: aplicação nos conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2010

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Rodney Malveira da Silva

Instrumentos de interpretação e integração contratual: aplicação nos conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais

DOUTORADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de DOUTOR em Direito Civil (Direito das Relações Sociais), sob a orientação do Professor Doutor Giovanni Ettore Nanni.

SÃO PAULO
2010

Banca Examinadora

_____

_____

_____

_____

_____

AGRADECIMENTOS

A ***Deus***.

À ***Jacqueline***, ***Rachel*** e ***Bárbara***, esposa e filhas, que são a razão de nossas lutas.

Ao professor ***Giovanni Etorre Nanni***, pela orientação segura.

Aos professores da ***PUC/SP*** que nos brindaram com conhecimento e erudição.

Aos funcionários da ***PUC/SP*** que sempre nos atenderam com educação, seriedade e eficiência.

“É preciso compreender que o escritor nunca quer dizer alguma coisa. Ele simplesmente diz. O que está escrito é o que ele queria dizer. Se me perguntam: O que é que você queria dizer?, eu respondo: Eu queria dizer o que disse. Se eu quisesse dizer outra coisa, eu teria dito outra coisa, e não aquilo que eu disse”.

Rubem Alves

RESUMO

O novo código civil introduziu uma nova fase para o sistema jurídico do direito privado, incorporando ao seu texto, normas do tipo aberto, quais sejam, os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais, que possibilitam ao intérprete, especificamente ao aplicador do direito, maior poder de decisão, deixando de ser um mero intérprete do direito positivado, passando à sua função integralizadora do direito, aí sim interpretando o fato e adequando-o à norma então posta após o primeiro processo. Para tanto, no trato com os conceitos legais indeterminados e com as cláusulas gerais, espera-se do aplicador do direito, uma maior utilização das regras de experiência e dos instrumentos de integralização postos pelo sistema, tais como, os princípios gerais de direito, os costumes e os usos. Necessário ainda que o intérprete conheça e distinga de forma clara esses instrumentos, pois não é raro que os confunda, principalmente quando maneja os princípios gerais de direito, as cláusulas gerais, as regras de experiência, os conceitos legais indeterminados e os conceitos legais determinados pela função. O que buscamos neste trabalho, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, que além de vasto é bastante complexo, é trabalhar na operacionalização desses instrumentos, trazendo para o texto, de forma didática, as possibilidades de utilização desses *standards* na colmatação das lacunas surgidas, sejam aquelas surgidas no texto legal ou aquelas que brotam dos contratos, tratando a interpretação e a integração da norma de forma única, demonstrando que na atualidade do Direito Contratual brasileiro não se pode interpretar o contrato sem sua referência ao sistema no qual se insere. Destacamos neste trabalho os princípios da boa-fé e da função social do contrato, pela importância dos temas na atualidade.

ABSTRACT

The new Civil Code introduced a new phase for the legal system of private law, incorporating to your text, rules of open type, namely, the indeterminate legal concepts and the general clauses, which enables the interpreter, specifically to the applicator of law, greater power of decision, rather than being a mere interpreter of the positive law, going up to the complementer function of the law, then interpreting the fact and adapting it to standard then called after the first procedure. Thus, in dealing with indeterminate legal concepts and with the general clauses, it is expected from the applicator of law, a greater use of experience rules and complement tools made by the system, such as the general principles of law, the customs and usages. It`s also necessary for the interpreter to know and distinguish clearly these instruments, because it is not uncommon to be confused, especially when it handles the general principles of law, the general clauses, the rules of experience, the indeterminate legal concepts and legal concepts determined by function. What we seek in this work, without any pretension of exhausting the subject, as well as vast is quite complex, is working on the operationalization of these instruments, bringing to the text, from an educational perspective, the possibilities of using these standards at the clogging of the arising gaps, are those arising in the legal text or those that come from contracts, dealing with the interpretation and integration of the standard uniquely, pointing out that in actuality of the Brazilian Corporate Law can not interpret the contract without reference to its system where it belongs. This study highlights the principles of good faith and the social function of contract, by the importance of the topics in the news.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CCB	Código Civil brasileiro
CCP	Código Civil português
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CF	Constituição Federal
CTN	Código Tributário Nacional
CJF	Conselho da Justiça Federal
BGB	Código Civil alemão
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
p. ex.	por exemplo
art.	artigo
SELIC	Sistema Especial de Liquidação e Custódia
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Vcfp	*Venire contra factum proprium*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 15
1 INTERPRETAÇÃO 18
1.1 Considerações Preliminares sobre Interpretação da Lei e do Contrato 18
1.2 Interpretação e Aplicação do Direito 32
1.3 Orientação Constitucional do Direito Civil 34
1.4 Interpretação numa Visão Tradicional 36
1.5 *In Claris Cessat Interpretatio* 41
2 AS REGRAS DE INTERPRETAÇÃO 45
2.1 Referências Históricas 46
2.2 Interpretação Autêntica 46
2.3 Interpretação Doutrinal 48
2.4 Teorias 48
2.4.1 A teoria subjetivista 48
2.4.2 A teoria objetivista 49
2.4.3 Teoria mista 49
2.5 Elementos da Interpretação 51
2.5.1 Interpretação literal e interpretação lógica 51
2.5.2 Elemento sistemático 53
2.5.3 Elemento histórico 55
2.5.4 Elemento teleológico 56
2.6 Resultados da Interpretação 57
2.6.1 Interpretação declarativa 57
2.6.2 Interpretação extensiva 58
2.6.3 Interpretação restritiva 59
2.6.4 Interpretação ab-rogante ou revogatória 60
2.6.5 Interpretação enunciativa 60
2.6.5.1 Interpretação corretiva 61
2.6.5.2 Redução teleológica 62
2.6.5.3 Extensão teleológica 62
3 INTEGRAÇÃO 64
3.1 Considerações Preliminares sobre Integração numa Visão Tradicional 64

3.2 Lacunas **66**
3.2.1 Espécies de lacunas **68**
3.2.1.1 Lacunas voluntárias e involuntárias *68*
3.2.1.2 Lacunas manifestas *68*
3.2.1.3 Lacunas ocultas *69*
3.2.1.4 Lacunas de imprevisibilidade e de intencionalidade *69*
3.2.1.5 Lacunas de colisão *70*
3.2.1.6 Lacunas iniciais *70*
3.2.1.7 Lacunas de previsão e de estatuição *70*
3.2.1.8 Lacunas normativas, ontológicas e axiomáticas *71*
3.3 O Processo Integrativo **72**
3.3.1 A analogia **72**
3.3.1.1 Analogia legis e analogia iuris *73*
3.3.1.2 Analogia e interpretação extensiva *74*
3.3.1.3 Analogia iuris *e princípios gerais de direito* *77*
3.3.1.4 Limites à utilização da analogia *78*
3.3.1.4.1 Leis penais positivas 79
3.3.1.4.2 Regras excepcionais 79
3.3.2 A criação da norma *ad hoc* do Direito português **81**
3.3.3 A equidade **82**
3.3.3.1 Algumas definições *82*
3.3.3.2 Aplicação da equidade onde não há lacuna *83*
3.3.3.3 A busca pela decisão justa *86*
3.3.3.4 A norma do caso *89*
3.3.3.5 Requisitos da equidade *90*
3.3.3.6 Outros casos de aplicação da equidade no CCB de 2002 ..... *90*
3.3.4 O costume **92**
3.3.4.1 Algumas definições de costume *92*
3.3.4.2 Referências históricas sobre os costumes *93*
3.3.4.3 Classificação dos costumes *95*
3.3.4.4 Sobre o fundamento jurídico do costume *96*
3.3.4.5 O costume como fonte de direito *99*
3.3.4.6 Quadro das principais diferenças entre costume – a experiência – e a lei – o processo legislativo *100*

3.3.4.7 O costume como meio de heterointegração de lacunas e como elemento intra-sistemático, nas visões de Maria Helena Diniz e José de Oliveira Ascensão *102*
3.3.4.8 Se há costume, não há lacuna *105*
3.3.4.9 A importância do costume no Direito Civil português e brasileiro *106*
3.3.5 O uso **110**
3.3.5.1 Definição *110*
3.3.5.2 Distinção entre uso e costume *111*
3.3.5.3 O uso no Direito Civil brasileiro e português *111*
4 OS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO – OPERACIONALIZAÇÃO **113**
4.1 Sobre o Estudo e Correlação com os Objetivos da Pesquisa **113**
4.2 Algumas Considerações sobre Princípios no Direito brasileiro e português **115**
4.2.1 Os princípios como norma **116**
4.2.2 A utilização de princípios estrangeiros **118**
4.2.3 Princípios e direito natural **120**
4.2.4 Princípios e regras **120**
4.2.5 Algumas considerações sobre os princípios no Direito português **121**
4.2.6 Princípios e equidade **124**
4.2.7 Princípios e cláusula geral **126**
4.2.8 Um conceito de princípio geral de Direito **133**
4.2.9 Princípios e brocardos jurídicos **134**
4.2.10 Quais as funções dos princípios gerais de Direito? **136**
4.2.10.1 Função fundamentadora *136*
4.2.10.2 Função interpretativa *136*
4.2.10.3 Função supletiva *136*
4.2.11 Quando e como deverão ser utilizados os princípios gerais do Direito? **136**
4.2.12 Princípios e analogia *iuris* **139**
4.2.13 Roteiro para aplicação dos princípios jurídicos **139**
4.2.14 Existe uma ordem, uma hierarquia entre os princípios? **140**
4.2.15 Há diferença entre princípios e regras de Direito? **141**
4.2.16 As regras poderão colidir com os princípios? Como se resolvem as colisões entre princípios? A ponderação de bens **145**
4.2.17 Como se aplica o princípio da proporcionalidade quando há conflito entre princípios? **150**
4.2.18 Em que tipos de colisões será empregado o princípio da proporcionalidade? ... **155**

5 PRINCÍPIOS DE DIREITO CIVIL 159
5.1 Quais são os Princípios de Direito Civil? 159
5.2 O Princípio do Personalismo Ético 160
5.3 O Princípio da Autonomia 163
5.4 O Princípio da Responsabilidade 164
5.5 O Princípio da Confiança 165
5.6 O Princípio da Boa-Fé 166
5.7 O Princípio da Paridade 167
5.8 O Princípio da Equivalência 169
5.9 O Reconhecimento da Propriedade e a sua Função 170
5.10 O Respeito pela Família e pela Sucessão por Morte 173
5.11 Dados Extrajurídicos e as Janelas do Sistema 174
5.11.1 As pessoas 175
5.11.2 Os bens 175
5.11.3 As ações 176
5.12 O Princípio da Eticidade 177
5.13 O Princípio da Socialidade 178
5.14 O Princípio da Operabilidade 180
6 OS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL 182
6.1 Quais são os Princípios de Direito Contratual? 182
6.2 O Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos 185
6.3 O Princípio da Autonomia Privada 187
6.4 O Princípio da Relatividade dos Efeitos do Contrato 191
6.5 O Princípio da Intangibilidade dos Contratos 192
6.6 O Princípio da Boa-Fé Objetiva 193
6.6.1 A aplicação do princípio na fase pré-contratual 195
6.6.2 A aplicação do princípio na fase pós-contratual 196
6.6.3 As funções do princípio da boa-fé objetiva 199
6.6.3.1 Função interpretativa da boa-fé 201
6.6.3.1.1 O princípio da preservação do contrato 203
6.6.3.1.2 O princípio da *interpretatio in favorem debitoris*, ou *in dubio mitius* 203
6.6.3.1.3 O princípio da interpretação contra o predisponente ou *interpretatio contra preferentem* ou ainda *in dubio contra stipulatorem* *203*

6.6.3.2 Função integrativa do princípio da boa-fé objetiva *204*
6.6.3.3 A função de controle do princípio da boa-fé objetiva *207*
6.6.4 Ações contrárias à boa-fé **211**
6.6.4.1 Desleal exercício de direitos *213*
6.6.4.1.1 *Dolo facit* (ou *dolo agit*) *qui petit quod* (*statim*) *redditurus est* 213
6.6.4.1.2 Desvios de direitos 214
6.6.4.1.3 Exercício desequilibrado de direitos (*inciviliter agere* ou procedimento claramente iníquo) 214
6.6.4.1.4 Exercício danoso do Direito 216
6.6.4.2 Desleal não-exercício de direitos ou comportamento contraditório *216*
6.6.4.2.1 *Venire* contra *factum proprium* 217
6.6.4.2.2 *Suppressio* 220
6.6.4.2.3 A *surrectio* 222
6.6.4.2.4 Abuso de nulidades por motivos formais 224
6.6.4.3 Desleal constituição de direitos *225*
6.7 O Princípio da Função Social do Contrato **228**
6.7.1 A função social e a propriedade **228**
6.7.2 A função social e o contrato **233**
6.7.2.1 O princípio da função social e o princípio da solidariedade *234*
6.7.2.2 A operacionalização do princípio da função social do contrato *238*
6.7.2.3 O princípio da função social do contrato e o princípio da relatividade dos efeitos do contrato *243*
6.7.2.4 O princípio da função social do contrato e os terceiros *245*
6.7.2.4.1 O terceiro vítima 246
6.7.2.4.2 O credor prejudicado por terceiro – a tutela externa do crédito 251
6.7.2.5 Análise de dispositivos do CCB de 2002 fundados no princípio da função social do contrato *258*
6.7.2.5.1 Sobre o art. 108 do CCB 258
6.7.2.5.2 Sobre o art. 157 do CCB 259
6.7.2.5.3 Sobre o art. 170 do CCB 261
6.7.2.5.4 Sobre o art. 406 do CCB 262
6.7.2.5.5 Sobre o art. 317 do CCB 267

7 INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DO CONTRATO 270

7.1 Interpretação do Contrato 270

7.2 Interpretação da Lei – Interpretação do Contrato 271

7.3 Análise dos Dispositivos do CCB de 2002 sobre Interpretação do Negócio Jurídico 274

7.3.1 O art. 110 preceitua 274

7.3.2 O art. 111 preceitua 275

7.3.3 O art. 112 preceitua 276

7.3.4 O art. 113 preceitua 277

7.3.5 O art. 423 preceitua 277

7.3.6 A identificação dos contratos de adesão 279

7.4 Outras Regras sobre Interpretação dos Contratos 280

7.5 Integração do Contrato 282

7.5.1 Uma nova perspectiva. O fim da dicotomia interpretação e integração do contrato 283

8 INTERPRETAÇÃO DO DIREITO NA ATUALIDADE 287

8.1 O Fim da Dicotomia Interpretação e Integração 287

8.2 A Superação da *Voluntas Legislatoris* 289

8.3 A Interpretação-Integrativa 290

8.4 A Concreta Realização do Direito 292

8.5 A Pré-Compreensão 293

8.6 Os Resultados do Desenvolvimento do Direito 298

8.6.1 A interpretação corretiva 298

8.6.2 A extensão teleológica 298

8.6.3 A redução teleológica 299

9 CONCEITOS LEGAIS INDETERMINADOS E CLÁUSULAS GERAIS NO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO, NO CONTEXTO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 300

9.1 Primeiras Impressões 300

9.2 Os Conceitos Legais Indeterminados - diferença entre as cláusulas gerais e os enunciados gerais, genéricos e ambíguos 304

9.2.1 Sobre o que seja vagueza – inicialmente 306

9.2.1.1 Sobre a vagueza da norma 307

9.2.1.2 Expressões dotadas de vagueza socialmente típica 307
9.2.1.3 Expressões dotadas de vagueza comum 313
9.2.1.4 As regras de experiência 315
9.3 As Cláusulas Gerais 322
9.3.1 Principal característica 322
9.3.2 Definição, natureza e função 322
9.3.3 Origem 327
9.3.4 Desvantagem 329
9.3.5 Cláusula geral e conceito legal indeterminado 330
9.3.6 Discricionariedade judicial 334
9.4 A Segurança Jurídica 335
CONCLUSÃO 340
REFERÊNCIAS 350

INTRODUÇÃO

No âmbito do Direito Civil, o momento é ainda de transição na seara do Direito das Obrigações, principalmente no que diz respeito aos Contratos e mesmo considerando que nosso Código Civil já chega aos oito anos de sua existência, ainda observamos certa perplexidade com relação à sua proposta inovadora de elevar o Contrato à condição de ente social, tal qual fez a Constituição Federal de 88 com relação à propriedade, título esse a que o Contrato sempre fez jus, entretanto, devido à nossa cultura civilista infestada das ideias do legislador francês oitocentista, que se reflete no primado da lei, o Contrato sempre representou, em primeira e última análise, a primazia da vontade das partes, muito pouco, ou nada importando os efeitos que das avenças pudesse sofrer o tecido social.

Não tem sido raro em comentários acerca dos novos rumos do Direito Civil a questão das cláusulas gerais, dos conceitos legais indeterminados e a mobilidade que garantem ao sistema e muitas vezes para que saibamos exatamente do que tratam, precisamos conhecer os instrumentos de interpretação, integração, ou seja, voltar à Teoria Geral do Direito. A edição de um novo Código Civil certamente traz de volta esses temas.

Questões envolvendo interpretação e integração da norma são tratadas nas faculdades de Direito brasileiras nos primeiros períodos dos cursos jurídicos e por lá permanecem.

Não há dúvida de que tais temas são de extrema extensão teórica, todos requerendo realmente alta análise, entretanto, o que vemos e sentimos é que há a necessidade de buscar uma reunião dos assuntos, que apesar de estarem alocados nesse ou naquele ramo do direito – filosofia, teoria geral do direito, direito civil, etc. –, possa representar um norte para aquele que lida diariamente com questões atinentes à atual realidade contratual.

A proposta do trabalho é ser eixo entre toda a carga teórica e a realidade contratual atual. Esse, a nosso ver, o principal objetivo da academia: buscar o problema no meio social e jurídico, pensá-lo, pesquisá-lo, fornecendo para o operador do direito assoberbado, os subsídios doutrinários organizados para fundamentar suas petições, contestações e decisões.

São diversos os temas sobre os quais deveremos discorrer, pelo que procuraremos concatená-los na busca do objetivo que é bastante claro: que este trabalho de pesquisa, que cuida basicamente da interpretação- integração dentro da atual perspectiva do contrato possa

fornecer ao intérprete a fundamentação necessária, analisando os vetores com os quais irá completar a norma.

Iniciaremos por uma abordagem sobre os temas interpretação e integração numa visão a tradicional em paralelo com a atualidade desses institutos, por entendermos que não se pode prescindir de conhecer o tema em sua generalidade, se buscamos compreendê-lo na realidade contratual e social que hoje se apresenta, principalmente quando se fala do processo de interpretação dos conceitos legais indeterminados e das cláusulas gerais. Traçaremos eixo entre a integração e a interpretação da lei com os mesmos processos aplicados aos contratos, verificando se interpretação e integração se fundem num só processo hermenêutico na busca não somente da vontade da lei ou das partes, conforme o caso, mas destas em uníssono com a realidade que cerca tanto a produção normativa, como a produção contratual.

No *Direito Estrangeiro*, para fins de comparação, procuraremos, nas várias fases da pesquisa, estabelecer paralelo entre o Direito brasileiro e o português, por tratar-se de referência para o nosso Código Civil e porque verificamos na sua doutrina um grande avanço nessa área.

Trataremos dos *princípios jurídicos*, mais especificamente os do Direito Civil e Direito Contratual, com o cuidado de não buscar seus fundamentos – cuja discussão poderia se estender ao infinito –, mas de lidar com sua operacionalização, demonstrando de que forma devem ser utilizados atualmente na interpretação e na integração da norma, através da realização do direito, como *standards* de colmatação de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais. Quando tratarmos da colisão entre os princípios, buscaremos encerrar com o princípio da proporcionalidade, por entendermos que é aquele que deverá nortear o trabalho do intérprete, principalmente do juiz, quando da fundamentação de suas decisões calcadas no processo de interpretação e integração das lacunas e nos inevitáveis confrontos entre os princípios.

Cuidaremos de explanar especificamente e com maior atenção sobre os princípios da *boa-fé* e da *função social dos contratos*, já que, segundo nossa ótica, sem compreendermos o novo contexto do que seja interpretar e integrar a lei e o contrato e o que sejam as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados, bem pouco poderemos entender o que realmente representam na atualidade.

Na última parte do trabalho, discorreremos sobre as cláusulas gerais e sobre os conceitos legais indeterminados, o que são, no que se diferenciam, o que têm a ver com a interpretação e com a integração da norma, se são princípios jurídicos, como se apresentam em nossa legislação Contratual.

Dessa forma, desempenharemos um trabalho amplo, mas que nem por isso tem pretensão de esgotar o assunto, estando calcado na operacionalização dos *standards* e na transformação de toda a carga teórica que esses institutos encerram em um norte para a interpretação e para o emprego das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados na atividade do intérprete na seara do Direito Contratual, sendo este, repetimos, nosso objetivo, e que consideramos novo no tratamento do tema.

1 INTERPRETAÇÃO

1.1 Considerações Preliminares sobre Interpretação da Lei e do Contrato

Para iniciarmos este trabalho de reestudar a interpretação do direito, aqui compreendidos a lei e o contrato, traçando-lhes um paralelo e a posição atual do intérprete diante das cláusulas gerais incluídas pelo legislador de 2002 no Código Civil, mais especificamente no que se refere à boa-fé e a função social do contrato, buscando discorrer sobre a visão do intérprete e aqui nos referimos não só ao juiz, cuja missão principal é a aplicação do direito, mas também daqueles que contratam, dos advogados e das pessoas em geral que sofrem as consequências dos contratos e que provocam a manifestação e o provimento judicial, urge, nesse contexto, que tratemos de definir o que seja interpretação e integração, suas eventuais diferenças e pontos de contato, modalidades e sua aplicação no campo da lei e do contrato, ou seja, verificar em que medida a interpretação e a integração da lei que iremos estudar é aplicada na interpretação e integração do contrato.

Conforme com o que alhures aprendemos, interpretar um contrato é buscar a vontade das partes, já que até então estávamos no âmbito do chamado *império da vontade*, expressão máxima do direito privado, isso, por seu turno, querendo dizer, que o contrato é a expressão máxima da vontade das partes que nele se integram, o que não deixa de ser uma afirmação verdadeira, na medida em que o contrato, com suas prescrições, eventuais contradições, dubiedades e lacunas, será sempre o ponto de partida para a interpretação.

Entretanto, diante da atual realidade contratual, não se pode simplificar dessa forma, se considerarmos que o contrato, pela sua elevação ao nível de ente social, assume de fato e de direito seu lugar no ordenamento jurídico e com ele e através dele deve ser doravante analisado, diferentemente de como pensam aqueles cuja visão segue focada no interesse particular, entendendo que o contrato deve ser interpretado à luz do querer das partes, sendo esta uma posição superada já que sua análise não deve cingir-se única e exclusivamente ao que quiseram as partes, da mesma forma como faria, no âmbito da interpretação da lei, o também já superado exegeta, oriundo da chamada Escola da Exegese, buscando na lei somente a vontade do legislador, sem considerar o viés social, econômico, político e até cronológico, onde essa vontade se encerra.

Aliás, sobre a Escola da Exegese[1], António Menezes Cordeiro em sua introdução à tradução da obra Claus-Wilhelm Canaris[2], refere-se ao século XIX como o século de "profundas e promissoras alterações no modo de entender e de realizar o Direito", dentre elas, "o aparecimento, desenvolvimento e decadência da exegese moderna".[3]

Seguindo no estudo da interpretação, Silvio de Salvo Venosa[4], aduz que:

> Partimos da noção de interpretação da lei. Tanto para interpretar a lei, como para interpretar o negócio jurídico, o que procuramos é fixar o sentido de uma manifestação de vontade. Interpretam-se, portanto normas legais e normas contratuais. *Na vontade da lei, temos em mira um número indeterminado de pessoas para o qual é dirigida. No negócio jurídico, o sentido da vontade a ser examinada é dirigido a um número limitado de pessoas*. Enquanto no negócio jurídico temos como objeto a vontade do declarante em geral, no contrato, especificamente, há duas vontades que se encontram. (...) Existem pois técnicas similares, tanto para a apreciação interpretativa da lei, quanto dos negócios jurídicos.(destaque itálicos nossos)

Mais adiante o mesmo autor esclarece ao se referir ao método de interpretação do contrato, que:

---

[1]VENOSA, Silvio de Salvo. *Direto civil* - teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2008. p. 434. Por oportuno, é bom lembrar que alguns autores utilizam o termo *exegese* muitas vezes não na a sua origem jurídica, ou seja, termo oriundo da Escola da Exegese, mas vernacular, como sinônimo para interpretar, sendo essa nossa impressão após a leitura de trecho de Silvio de Salvo Venosa, quando afirma que: "A hermenêutica é a ciência da interpretação. A exegese consiste na interpretação específica de textos, artigos, dispositivos legais e contratuais". Carlos Maximiliano ensina que a Escola da Exegese em Direito Positivo: "era a que, o interesse do interprete seria descobrir a vontade do legislador, isso através da norma jurídica. Deveria então localizar a intenção e o pensamento do legislador.Hoje não se pode prosperar esse raciocínio, por não se acreditar na onipotência do legislador, porquanto o Direito não e obra de uma pessoa ou de um grupo reduzido de pessoas, mas sim é obra coletiva, espontânea da consciência jurídica nacional", fundamentando sua afirmação, cria uma analogia bastante interessante e que nos faz bem refletir acerca do papel do legislador e do processo interpretativo: "A lei não brota perfeita, pronta e acabada do cérebro de seu elaborador, já que mesmo ao pensar exprimir o que pensa, o homem está condicionado às relações sociais que exprime uma comunidade de propósitos.O indivíduo que legisla é maior ator do que autor; traduz apenas o pensar e o sentir alheios, não raro, usando meios inadequados de expressão. Impelem-no forças irresistíveis, subterrâneas, mais profundas do que os antagonismos dos partidos" (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 7).

[2]CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Antônio Manuel da Rocha; Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. X.

[3]Ainda sobre a citada escola, em bem posta nota de rodapé, António Menezes Cordeiro, traça-lhe um breve histórico: "A exegese desenvolveu-se em torno do Código Napoleão e mercê do fascínio por ele provocado, podendo ser tipificada em quatro fases. Na primeira, 1804 a 1830, assiste-se à sua implantação, graças a autores como DELVIN-COURT; na segunda, 1830 à 1880, dá-o seu apogeu, com relevo para AUBRY e RAU, DEMOLOMBE, LAURENT, MARCADÉ e TOPLONG; na terceira, 1880 à 1900, ocorre um declínio, ainda que com tentativas de renovação, cabendo referir BAUUDRY-LACANTINERIE, BUFNOIR, HUC e SALEILLES; por fim, uma quarta fase, dita exegese tardia, com prolongamentos no século XX, até hoje, assenta em CAPITANT, MAZEAUD e MAZEAUD, DE PAGE, PLANIOL e RIPERT. Esta persistência explicará o isolamento metodológico francês em relação aos demais países do ocidente europeu".

[4]VENOSA, op. cit., p. 434-435, nota 1.

> O trabalho do intérprete é, partindo do elemento externo, adentrar o elemento interno, qual seja, o psiquismo dos contratantes. Doutro lado, o juiz também elabora um trabalho jurídico-processual, porque fixa o *verdadeiro sentido* da vontade contratual com sua atividade jurisdicional, culminada com a sentença, a qual fará lei entre as partes. *Nesse raciocínio levará em conta também os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, como já expusemos* (grifo nosso).

Dos dois textos acima podemos tecer alguns comentários, sendo que, com relação a primeiro, onde destacamos em itálico, nos fica claro que realmente apesar de técnicas idênticas, a primeira, a interpretação da lei, mira um número indeterminado de pessoas a quem é abstratamente dirigida e a do contrato, a mesma vontade, porém de um número limitado de pessoas, ou seja, daquelas pessoas que participam da relação contratual, o que a primeira vista poderia causar impressão de haver alguma discordância do autor com o objetivo que perseguimos neste capítulo, qual seja, o de guardadas as peculiaridades de cada um, aproximar as técnicas de interpretação e integração do texto legal ao do contrato, no sentido de que diante da atual realidade do CCB 2002 não se pode reduzir a interpretação do texto contratual, em dissonância do sistema normativo no qual está inserido – aliás, preceito já consagrado no microssistema do Código de Defesa do Consumidor onde a lei, através do Dirigismo Contratual interfere nas relações contratuais consumeristas, buscando equilibrá-las –, o que representa que, em sua generalidade, o contrato realmente faz lei entre as partes e atinge diretamente as pessoas nele envolvidas e também, muitas vezes, indiretamente pessoas que estão à sua volta, pelo que não podemos isolá-lo da realidade social em que está inserido, e isto representa que deve ser colimada a satisfação, geralmente de cunho econômico das partes contratantes, com a satisfação de ordem social das partes que se encontram ao seu redor, conforme ensina o mestre civilista no final do segundo texto reproduzido que também grifamos em itálico.

Ademais, para concluirmos as observações de Silvio de Salvo Venosa[5], ele esclarece que: "A sociedade, mormente a negocial, não é altruísta, mas eminentemente egoísta. O intérprete de um contrato deve levar em conta esse importante aspecto social ao iniciar seu trabalho e antes de utilizar as conhecidas regras de hermenêutica".

Extraímos desta constatação a motivação que inspira o presente trabalho, porquanto, como dissemos no início, interpretação legal e contratual se completam e devem ser estudadas em uníssono com a trama social com a qual interagem.

---

[5]VENOSA, Silvio de Salvo. *Direto civil* - teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2008. p. 434.

Mônica Yoshizato Bierwagen[6], sobre o processo de interpretação do contrato, afirma:

> (...) Nessa atividade, o intérprete do contrato – que desempenha atividade semelhante à da interpretação legal, com a agravante, contudo, de conciliar duas ou mais vontades – poderá utilizar-se de todos os critérios presentes na lei, assim como aqueles já consagrados na doutrina e na jurisprudência, vale dizer, poderá socorrer-se não apenas das regras interpretativas previamente fixadas pelo legislador, mas também dos princípios gerais e dos métodos de interpretação tradicionais (critérios histórico, sistemático, lógico e gramatical), extraindo do conjunto desses resultados o sentido que melhor se adapte às expectativas das partes.

Tal citação é mais uma forma de fundamentar e justificar nossa preocupação com a técnica interpretativa, procedendo a este estudo, buscando reafirmar pontos importantes a ela referidas e muito utilizadas na prática da interpretação contratual.

Por essas razões nos ocupamos da reflexão do sentido real e atual do que seja interpretação da lei e do contrato, porquanto sem esse raciocínio inicial, certamente falharemos em nosso propósito com relação à compreensão das cláusulas gerais acima mencionadas, por nos parecer claro que quando o intérprete estiver diante de questão envolvendo a interpretação e a integração de lacunas contratuais, deverá percorrer, repetimos, resguardadas as peculiaridades de cada um, caminho similar ao trilhado pelo intérprete do texto legal[7], considerando, como dissemos, que o contrato é norma inserida no sistema, e não é mais entendido naquela concepção que o considera apenas como hermética *lei entre as partes*, mas sim naquela que percebe que o contrato[8], em seu efeito, nem sempre é muito diferente da lei e que tal qual esta, muitas vezes atinge e interfere no meio onde foi produzido, alterando a economia e a paz social, razão pela qual sua interpretação e integração não devem se dissociar da análise dessa realidade onde irremediavelmente está inserido. É acreditando no ensino de Henckel, citado por António Menezes Cordeiro[9], segundo o qual "uma lacuna contratual é uma lacuna legal", que nos propomos a estabelecer essa conexão, que entendemos faltante nas obras que cuidam das cláusulas gerais.

---

[6]BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 82.

[7]Ver também em BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 32.

[8]É bom ressaltar, que neste trabalho nos referimos aos contratos regidos pelo Código Civil, porquanto os contratos que envolvem as relações de consumo, têm sua proteção no Código de Defesa do Consumidor, onde o braço do Estado se fez alongar e passou a conduzir tais relações no sentido de trazer de volta o equilíbrio, já que as desproporções de forças entre consumidor e fornecedor levaram a uma ditadura dos contratos de massa.

[9]CORDEIRO, António Menezes. *Teoria geral do Direito Civil*. Lisboa: AAFDL, 1994. p. 357.

Visando reforçar essa ideia, trazendo um exemplo que de certa forma demonstra o citado egoísmo da sociedade negocial, que apregoa Silvio de Salvo Venosa, recorreremos a situação retirada de nossa experiência particular, referente aos inúmeros contratos celebrados entre os proprietários de usinas de açúcar e de álcool, os denominados *usineiros*, e proprietários de terras na região sudeste do país, mais especificamente no sudoeste do estado de Minas Gerais. Devido ao aumento do consumo do álcool combustível e do divulgado interesse norte-americano por tal produto, aumentou sobremaneira o número de propriedades rurais arrendadas para os usineiros de açúcar que passaram a produzir álcool para ser utilizado como combustível para automóveis, decorrendo daí, a diminuição das áreas plantadas com lavouras de subsistência, como no caso do milho, o que representou a elevação do preço deste produto básico na região. Ainda, devido à grande procura dos arrendamentos pelos proprietários de terras, a celebração de contratos cada vez menos interessantes para os proprietários de terras e muito vantajosos para os usineiros.

Some-se a isso, uma situação não prevista pelas partes nos contratos referidos, a de que os usineiros arrendaram muito mais terras do que precisavam para plantar, visando garantir-se de eventuais e futuras especulações de mercado, e, como pagam o arrendamento aos proprietários das terras em parcelas fixas mensais, independentemente da produção, não tem sido raro se ver propriedades, antes produtivas e com terras totalmente agricultáveis, entregues ao abandono, o que tem causado perplexidade não só aos proprietários, que pensam já na resolução de tais contratos, mas também à coletividade, pela potencial ameaça que essa prática representa. Não se pode negar e ignorar, mesmo nesse singelo e isolado exemplo, o peso social e econômico desses contratos tipicamente civis e particulares que, para muitos, ainda são somente *lei entre as partes*.

Com a certeza de que a solução para eventuais questões surgidas nesses tipos de relações, de tamanha complexidade, seguirá rumo a aplicação das cláusulas gerais, principalmente as da função social do contrato e da boa-fé trazidas pelo legislador para a codificação civil em vigor em seus artigos 421 e 422[10] respectivamente, não queremos nos esquecer que tal solução passará necessariamente pelo processo de interpretação-integração, sobre o qual nos comprometemos a estudar, sendo certo de que nesse trabalho, o intérprete

[10]Artigos 421 e 422, do Código Civil brasileiro: Art. 421 - "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Art. 422- "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

lidará sempre com o corpo normativo composto pelo contrato e pelo sistema normativo em sua generalidade.

José de Oliveira Ascensão[11], a quem muito recorreremos no curso da primeira parte deste trabalho, estabelece as seguintes semelhanças entre a atividade interpretativa da lei e a do ato jurídico negocial, cuja sua maior expressão é o contrato[12]:

> 1 - ambas as interpretações são necessárias para extrair a regra de direito, uma vez que até mesmo para considerar uma regra clara, há que se identificar essa clareza mediante uma interpretação; 2 - o legislador usa fórmulas semelhantes para prescrever as regras interpretativas, como p. ex., os artigos 238º/1 e 2.187º/2[13]; 3 - as duas têm função normativa.

Também Eduardo Santos Júnior[14] identifica, de forma mais genérica, semelhança entre a interpretação legal e negocial onde se sobressaem duas grandes teorias, aliás, que sempre causou enorme dissenso na doutrina, ou seja, a teoria *subjetivista* e a *objetivista* – das quais mais adiante trataremos –, assim como intérprete de ambas se socorre de meios ou elementos interpretativos paralelos.

Há ainda os que[15] veem nas duas espécies interpretativas a mesma finalidade, qual seja, identificar ou revelar o sentido de uma fonte de regras de conduta, no caso, a lei e o negócio jurídico.

É preciso, no entanto, que observemos que as diferenças entre os dois processos interpretativos existem e devem ser consideradas na mesma medida, sem, no entanto servir para afastar os dois métodos, muito pelo contrário, para compreendê-los e praticá-los dentro de um todo interpretativo.

Assim, antes de iniciarmos no estudo da interpretação[16], destacamos que há uma maior relação de dependência entre a lei e as fontes que a exprimem do que entre a interpretação do

---

[11]ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil.* Teoria Geral I, Introdução, as pessoas, os bens. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 173 et seqs.

[12]O que nos leva a questionar se não seria interessante uma regulamentação acerca da interpretação contratual, já que a pouca regulamentação que temos refere-se ao negócio jurídico, gênero da espécie contrato, dos contratos públicos, dos negócios jurídicos que envolvem o casamento, a sucessão, etc.

[13]Art. 238º/1 do Código Civil português: "Nos negócios formais não pode a declaração valer com um sentido que não tenha um mínimo de correspondência no texto de respectivo documento, ainda que imperfeitamente expresso". Art. 2.187/2 : "É admitida prova complementar, mas não surtirá qualquer efeito a vontade do testador que não tenha no contexto um mínimo de correspondência, ainda que imperfeitamente expressa".

[14]SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Sobre a teoria da interpretação dos negócios jurídicos:* estudo de direito privado. Lisboa: AAFDL, 1988. p. 54-55.

[15]VENOSA Silvio de Salvo. *Direto Civil* - teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2008. p. 479.

negócio e a manifestação que a mesma tem como base, isto significando que o sentido da interpretação da lei está atrelado ao que está positivado na fórmula legal. Por outro lado, o sentido final da interpretação negocial pode já não corresponder ao previsto na declaração inicial, já que as partes, de comum acordo, podem alterá-la.

Eduardo Santos Junior[17] visualiza as seguintes diferenças entre um e outro processo:

> 1 - as naturezas jurídicas dos objetos das duas interpretações são distintas (a lei e o negócio jurídico); 2 - a interpretação da lei deve ser a mesma para os diversos casos que abranja, abstraindo-se as circunstâncias concretas dos casos individuais, e a dos negócios jurídicos, ao contrário, deve se dirigir ao caso individual e concreto, que o negócio buscou regular e motivo pelo qual foi celebrado; 3 - a verificação do sentido da lei independe do modo de execução da mesma, fato que é determinante para aclarar o sentido negocial; 4 - a interpretação legal incide sempre sobre um texto escrito, o que não ocorre com a negocial, uma vez que os negócios jurídicos podem ser celebrados de maneira gestual ou comportamental, verbal e até mesmo silenciosamente, quando o Direito reconhece seu valor declarativo negocial; 5 - a linguagem utilizada pela lei é mais rigorosa, técnica e jurídica do que a linguagem dos negócios jurídicos, que podem ser celebrados por pessoas desconhecedoras da linguagem formal e da linguagem técnico-jurídica.

Em breve comentário sobre a diferenciação estabelecida por José de Oliveira Ascensão e Santos Júnior, parece-nos que não afastam as duas formas interpretativas, estabelecendo apenas onde se situam as peculiaridades de uma e de outra, sem, contudo, apor-se qualquer empecilho para a utilização das mesmas regras, aliás, o que é amplamente reconhecido, não se tratando em absoluto de qualquer novidade, apenas tencionamos ressaltar o que percebemos e que muitas vezes fica esquecido.

Em sua obra, Karl Larenz[18], posicionando-se contrário ao que explica Ernst Zeller em citação sua, quando este afirma que a interpretação dos negócios jurídicos e da lei segue os mesmos princípios, e orienta com prudência:

> Assentamos obviamente em que tanto na interpretação dos negócios jurídicos como na interpretação das leis se trata do entendimento que em cada caso seja "correcto", quer dizer, do entendimento juridicamente relevante de expressões lingüísticas. A necessidade da interpretação decorre sempre do caráter polissêmico e, em muitos casos, da abertura da linguagem corrente e da necessidade de tal remediar. Para além disso, a interpretação da lei ou dos negócios jurídicos segue sempre as funções especiais e os

---

[16]ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*. Teoria Geral I, Introdução, as pessoas, os bens. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 178.

[17]SANTOS JUNIOR, Eduardo. *Sobre a teoria da interpretação dos negócios jurídicos:* estudo de direito privado. Lisboa: AAFDL, 1988. p. 57-62

[18]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 491.

> interesses das pessoas envolvidas. Os princípios que valem para uma espécie de interpretação só com grande cautela podem ser vertidos para uma outra, se, de todo em todo, o puderem ser.

Aliás, como já vimos, não nos restam dúvidas de que se cuidam de situações diferentes, ou seja, interpretação de negócio jurídico e da lei, entretanto, numa moderna e mais atual visão, vislumbramos, pelo que até aqui temos estudado, uma aproximação entre as duas técnicas, considerando que o contrato, expressão maior[19] dos negócios jurídicos, apesar de cuidar de relações particulares e das demais diferenças que anteriormente já mencionamos, ganha contornos de ente social, passando a interessar a personagens que não somente aqueles envolvidos na relação contratual, sendo oportunos dois exemplos[20], o primeiro, de um terreno urbano alugado por uma empresa para armazenamento de lixo tóxico sem tratamento e o segundo, de uma distribuição de amostras grátis de bebida alcoólica em frente a uma unidade dos Alcoólicos Anônimos.

O próprio manejo das cláusulas gerais impõe profundo conhecimento da prática interpretativa moderna, num uníssono entre lei e contrato, conforme se pode inferir das palavras de Alberto Gosson Jorge Júnior[21], referindo-se ao art. 422, cláusula geral da boa-fé específica dos contratos e o art. 113, que cuida dos negócios jurídicos[22]:

> O art. 422, sintonizado com o art. 113 – "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração" –, deverá constituir-se em poderosa ferramenta para que o intérprete e os profissionais do direto possam determinar intervenções – seja propondo ou declarando a nulidade dos negócios jurídicos, seja simplesmente alterando cláusulas abusivas com a preservação do negócio –, quando constatado o vício ou desequilíbrio decorrente de desvio ético no comportamento de qualquer das partes.

---

[19]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 490. Cabe-nos esclarecer, que quando Larenz se posiciona contrário à utilização dos mesmos princípios na interpretação do negócio jurídico e da lei, exemplifica com caso envolvendo um testamento, que como sabemos, é bastante diferente do contrato, daí ressaltarmos o contrato como *expressão maior* dos negócios jurídicos e de escopo totalmente diverso, não sendo possível comparar, principalmente nos dias de hoje, a interpretação de um testamento à interpretação de um contrato.

[20]BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 44.

[21]JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 85.

[22]Nós acrescentaríamos o parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil: "Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos". Compondo esse rol de preceitos de ordem pública, certamente estará a boa-fé, daí a necessidade de um reestudo das técnicas interpretativas, viando uma excelente aplicação desses dispositivos, como no decorrer deste trabalho iremos estudar com luminares do Direito nacional e internacional.

Portanto, para um excelente domínio dessas novas ferramentas, imprescindível a compreensão das técnicas de interpretação, o que demanda um reestudo, que nos possibilite caminhar com firmeza nessa nova e importante via aberta pelo legislador pátrio.

Assim, com esse objetivo, buscamos inicialmente com Carlos Maximiliano[23] o significado do termo interpretar que: "é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outra palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém".

Entretanto, segue o autor, "interpretar o texto legal, não é somente tornar claro um determinado dizer, mas revelar-lhe o sentido apropriado, buscado a decisão que mais se adapte ao contexto real".[24]

Da mesma forma observa Karl Larenz[25], para quem interpretar "é a actividade da mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático".

Para Maximiliano[26], ao legislador por mais hábil e bem intencionado que seja, não é dado saber e prever tudo, já que mesmo antes de uma determinada lei passar a ter validade, questões não previstas vão surgindo, não havendo possibilidade de se retornar ao processo legislativo toda vez que houver dúvida, sendo necessária a intervenção do intérprete, na busca do real sentido de seu conteúdo.

O mesmo autor[27], em sua visão ampla, relaciona, nesta passagem, como intérprete, não só o juiz, mas também a autoridade administrativa, o homem comum e nós incluímos aí o advogado.[28]

---

[23]MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 7.
[24]Ibid., p. 8.
[25]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 325.
[26]MAXIMILIANO, op. cit., p. 7, nota 23.
[27]Ibid., p. 11.
[28]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato*. São Paulo: Método, 2004. p. 189. A propósito do reconhecimento do advogado como intérprete, explanando sobre a boa-fé e o abuso de direito, que por sua natureza são conceitos legais indeterminados, sobre os quais versaremos adiante, muito bem se coloca, ao relembrar a máxima segundo a qual, "o primeiro juiz da causa é o advogado", acrescentando que grandes serão as responsabilidades desse profissional, que não deverá levar a apreciação do Poder Judiciário, situações envolvendo, no caso sob comento, o abuso de direito, sem a devida fundamentação, sob pena, complementa o autor, de estar cometendo ele próprio abuso de direito.

Pode-se, sob a mesma perspectiva, já que o escopo inicial deste trabalho, além do reestudo da interpretação e da integração da lei, como forma de melhor apreciar as questões envolvendo os tipos abertos, é também buscar em que pontos se aproximam as técnicas da interpretação legal da contratual, suas similitudes e diferenças, já que também aos contraentes é impossível prever todas as situações que possam advir daquela relação entre eles regulada, mesmo numa fase inicial, denominada de fase das *tratativas* ou *puntuazione*, ou seja, no elaborar daquilo que se chama *lei entre as partes*, muitas situações podem ser esquecidas ou não previstas e entre eles não é raro ignorar-se ou mitigar-se o componente jurídico, conforme Manuel Domingues de Andrade, citado por Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa[29], para quem:

> (...) as partes procuram pensar sobretudo em termos económicos, ou mais genericamente, em termos práticos. Com o que se preocupam é com o definir e precisar os resultados econômicos em vista. Muitas vezes, descuram totalmente a estruturação da correlativa disciplina jurídica (...) Pretende que os objectivos sejam juridicamente tutelados, mas não cuidam de fixar regulamentação adequada.

Assim, como tem sido na realidade, os contratos, por sua natureza, dizem de economia e seus desdobramentos, mas prescindem de elementos inerentes especificamente ao ordenamento jurídico que lhes garante a existência, não raro sendo elaborados por profissionais não afetos à área jurídica.

No analisar da obra de Carlos Maximiliano[30], verificamos que para ele:

> Todo ato jurídico ou lei positiva consta de duas partes, o sentido íntimo e a expressão visível. Partir desta para descobrir aquele, através dos vocábulos atingir a idéia, fazer passar pela própria consciência a norma concreta, compreender o texto em seu significado e alcance; em uma palavra, subjetivar a regra objetiva: eis a operação mental que o interprete realiza.

É certo que na formação do contrato, a liberdade é a tônica, ou pelo menos assim se tem compreendido, e, como se faz *lei entre as partes*, supõe-se poder fazer quase tudo, e não se diz aqui qualquer absurdo, pois, em verdade, dentro dos limites, pode-se realmente quase tudo, precisando que não se esqueça que esse *quase*, principal limitador do espaço da

[29]ANDRADE, 2003, apud BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de caráter metodológico. Algumas reflexões. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 2006. v. 2, p. 371.

[30]MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 12.

liberdade contratual, tem sua circunferência delimitada, principalmente pela licitude, pelos costumes, pela ordem pública e pela boa-fé.

Sobre essa liberdade, esclarece Miranda Barbosa[31]:

> (...) O legislador, no que diz respeito ao contrato, abstém-se de positivar todos os aspectos das relações jurídicas privadas, deixando parte dessa tarefa para a vontade dos contraentes, que assim passam a gerir livremente seus interesses. Existe aqui, uma verdadeira repartição de competências entre poder legislativo e os sujeitos privados, que participam de forma definitiva na regulação daquilo que representa o estatuto de seus interesses particulares.

Assim, podemos concluir que o intérprete da lei busca subjetivar a regra objetiva. Entendemos que da mesma forma se deve comportar o intérprete diante do texto contratual, ou seja, buscar a ideia, a vontade, o que realmente quiseram as partes[32], aliás, sendo esta a regra assente em nossa legislação, entretanto, sem esquecer que esta vontade não impera solitária e alheia a qualquer outra forma de regulação, já que, como verificamos, há a ideia de uma *bipartição* na criação e efetivação do contrato, qual seja, a da *repartição de competências* e que por certo representa um importante parâmetro para o intérprete que deverá analisar o que quase livremente dispuseram as partes, dentro da ideia da autonomia privada, a partir da análise do texto contratual, sem perder de vista o ordenamento jurídico com o qual deve dialogar. Não podemos esquecer, que apesar da mencionada liberdade de auto regulação privada, existem também normas imperativas que não podem ser derrogadas pela vontade das partes e estas serão identificadas durante o manuseio dos tipos contratuais.

Conforme António Castanheira Neves[33], "o negócio jurídico põe-nos mediante uma juridicidade concreta e concretamente constituída", de forma que na mesma medida em que se busca interpretar as normas legais e os demais parâmetros fornecidos pelo sistema, deve-se buscar o sentido das declarações de vontade das partes quando da celebração do contrato, posto que tais declarações vão oferecer a concreta disciplina jurídica a ser aplicada, já que se considera o conteúdo do acordo de vontades das partes o primeiro nível da regulação do

---

[31]BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de caráter metodológico. Algumas reflexões. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 2006. v. 2, p. 369.

[32]Art. 112 do Código Civil brasileiro: "Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem".

[33]NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto - Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade:* ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Almedina, 1967. v. I, p. 328.

contrato, através do qual se cria uma normatividade jurídica particular que se manifesta na vida social.

Pois bem, a busca do sentido do que as partes realmente pretendem é a tônica da interpretação do negócio jurídico, conforme inscrito no artigo 112 do CCB 2002, segundo o qual, "Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que o sentido literal da linguagem".

Entretanto, se quisermos entender o contrato numa nova perspectiva, forçoso é reconhecer que dificilmente há de se conseguir conhecer a relevância jurídica das declarações de vontade das partes se não as cotejarmos com o sistema jurídico.[34]

Assim, pelo que se depreende, não se pode conceber o processo interpretativo do contrato apenas buscando a vontade das partes, porque corremos o risco de entendermos o contrato como um ente solitário e dissociado da realidade jurídica no qual está inserido. Por isso, interpretar é ir além do que querem realmente as partes, sua intenção psicológica e real, é, em verdade, determinar uma vontade normativa. Concluindo esta linha de raciocínio, colhido de António Castanheira Neves[35], citado por Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda Barbosa que define: "Será interpretar um corpo normativo particular na articulação com o quadro normativo geral em que se insere".

Cientes de que o contrato não caminha solitariamente frequentando apenas o interesse das partes envolvidas e que além daquilo que pretendem e negociam, cercam-nos a realidade em que estão inseridos, Miranda Barbosa, citando ao final Castanheira Neves[36], aduz que:

> O contrato não pode ser concebido à margem do próprio sistema de juridicidade. A contratação não se processa num espaço vazio de normatividade. Pelo contrário, a normatividade será sempre um pressuposto da negociação das partes e da celebração do contrato, impregnando-o com os seus valores, princípios e critérios. Ao interpretarmos as declarações de vontade negociais que integram o contrato, temos que referi-las ao sistema e aos princípios da boa-fé, justiça, segurança, equilíbrio de interesses, confiança, responsabilidade, bem como a própria idéia do direito enquanto direito.

[34]BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de caráter metodológico. Algumas reflexões. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 2006. v. 2, p. 373-374.

[35]NEVES, 1967, apud BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de caráter metodológico. Algumas reflexões. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 2006. v. 2, p. 374.

[36]BARBOSA, op. cit., p. 374, nota 34.

Em resumo, do que se trata não é de obter a solução cognitiva e teórica mais verdadeira, mais exata e mais rigorosa, mas de encontrar a solução juridicamente mais justa daquele conflito de interesses manifestado na pluralidade de sentidos possíveis.[37]

Portanto, com os professores de Coimbra podemos concluir, que a interpretação do texto contratual não é a busca do que realmente se quis dizer, mas a busca do que de mais justo se poderia ter dito.

Nessa linha de raciocínio, não é menos certo afirmar que não se pode entender a lei que regula a atividade contratual[38] sem que com ela os parâmetros e disposições contratuais sejam efetivamente cotejados já que conforme dito anteriormente o processo normativo no que se refere ao contrato é bipartido, ou seja, parte do legislador, parte dos contratantes. Dessa forma se pode concluir que a interpretação do contrato fixa, além daquilo que as partes quiseram, também a normatividade, daí esse processo simbiótico de análise e interpretação do texto legal e contratual.

Assim, pensamos ser preciso entender e refinar as técnicas de interpretar e integrar, para que se possa efetivamente circular bem entre as minúcias do sistema das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados, sem o perigo iminente da chamada insegurança jurídica, trazida por decisões arbitrárias e sem fundamentação, como p. ex., *penso, logo decido*. Se pode e se deve realmente *pensar*, mas há que se dizer *porque* pensou. Não há arbitrariedade onde há técnica.

---

[37]NEVES, 1967, apud BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de caráter metodológico. Algumas reflexões. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 2006. v. 2, p. 335-336.

[38]ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra; Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 338. Sobre lei e contrato na atualidade, importante o magistério de Enzo Roppo, que, em síntese, explica que cada vez mais a lei intervém nas relações contratuais, daí, segundo nossa ótica, a necessidade do reestudo das regras interpretativas atuais de forma unificada, ou seja, interpretação da lei e do contrato. Ensina o mestre: "Segundo a sua imagem 'clássica', o contrato tendia a configurar-se como uma espécie de 'zona franca' das prescrições autoritárias dos poderes públicos, e, em particular, do legislador, mostrando-se como domínio incontrolado da livre vontade dos contratantes, que deviam determinar por si, e não fazer-se impor do exterior, as regras da sua conduta, especialmente em matéria de exercício das actividades econômicas ('autonomia' privada). A evolução do direito moderno parece, assim, assimilar a progressiva erosão de uma tal imagem, por causa da extraordinária extensão e desenvolvimento das intervenções legislativas sobre as relações contratuais que reduzem substancialmente os espaços dentro dos quais pode espraiar-se a autonomia dos sujeitos privados: neste sentido, não parecem desprovidas de fundamento as conclusões expressas na fórmula – simplificante, mas incisiva – segundo a qual a lei celebra hoje o seu predomínio sobre o contrato, subtraindo a este último sectores de relações e competências que antes lhe estavam reservados".

Necessário que se diga, antes de prosseguirmos, que na verdade[39] o legislador do CCB de 1916 não tratou da interpretação do negócio jurídico – nem do contrato –, atribuindo essa tarefa á jurisprudência e à doutrina, no que concorda José de Oliveira Ascensão[40], complementando que "a interpretação não é uma tarefa especificamente jurídica. Em todos os ramos da cultura se põe o problema de extrair um sentido de certas exteriorizações". O legislador do CCB 2002 adotou posição idêntica, mas é de se reconhecer que se deu um grande e importante passo com a positivação dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, o que certamente altera completamente sentido do ato de interpretar a lei referente ao contrato e o próprio contrato, componentes, não podemos esquecer, de um todo normativo onde devem estar relacionados.

É preciso ainda considerar que como nos referimos no início aos vários intérpretes, incluindo aí, além do juiz e do advogado, também as partes, isso quando nos referimos especificamente ao contrato, já que estas, como destinatárias da norma interpretativa, devem-na receber no seu sentido supletivo[41], posto que as disposições legais sobre a interpretação dos contratos não são imperativas para as partes, que podem substituí-las por outras, mas para o juiz, são obrigatórias. E se as partes não concordam de derrogá-las, também elas sofrem sua incidência.

A certeza da afirmação nos coloca diante da complexidade da análise do texto contratual pelo intérprete juiz, que sempre deverá levar em consideração o sistema normativo em que está inserido, e ao interpretá-lo aplicar as regras legais atinentes à interpretação do negócio jurídico, isso se as partes, de comum acordo, não as afastaram.

Portanto, passemos a rever alguns fundamentos da interpretação e da integração da lei, com os quais certamente teremos que lidar quando nos depararmos com o sistema de cláusulas gerais, até mesmo para identificá-lo.

---

[39]VENOSA, Silvio de Salvo. *Direto Civil* - teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2008. p. 436.

[40]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 368.

[41]BESSONE, 1987, apud VENOSA, Silvio de Salvo. *Direto Civil* - teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2008. p. 440.

1.2 Interpretação e Aplicação do Direito

Assim, iniciamos analisando a ideia do seja aplicar o direito e interpretá-lo.[42] Aplicar o direito consiste em enquadrar um caso concreto na norma jurídica adequada e interpretar tem seu objetivo único na lei. A aplicação revela o adaptador da doutrina à prática, da ciência à realidade: o verdadeiro jurisconsulto.

Nesse sentido e já que temos em mira as cláusulas gerais, traçando eixo entre a interpretação legal e contratual, não custa lembrar que, numa análise desavisada, a questão envolvendo a aplicação e a interpretação da lei, num certo momento poderia causar alguma perplexidade, quando da leitura do art. 5º da LICC se percebesse que o legislador enfatizou a aplicação da lei e esqueceu da interpretação, já que são coisas diferentes, pois reza no referido dispositivo que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum", nada referindo à interpretação – se considerarmos que são fases distintas –, o que poderia fazer crer que durante o processo de interpretação não se deveria pautar o juiz por esse princípio, entretanto,[43] a diferença entre aplicação e interpretação da lei na época da edição do texto legal comentado não era destacada, o que somente ocorreu tempos depois e até mesmo porque a interpretação ocorre, pelo menos teoricamente, em momento anterior á aplicação.

Ademais,[44] não haveria qualquer sentido numa interpretação do citado artigo que desprezasse o elemento social na interpretação, porquanto só há sentido na interpretação para aplicar o Direito. Interpretar e aplicar o Direito fazem parte do mesmo raciocínio. Essa é uma visão atual.

Buscando entrelaçar esses dois momentos na atual conformação da atividade contratual trazida pelo Código Civil em suas inovações é que nos propomos a analisar os diversos elementos que constituem o universo da técnica da interpretação e da aplicação do direito, sempre buscando como escopo principal a atuação do intérprete na solução de casos onde o texto legal deixa espaço para a participação de suas experiências e conhecimento abrindo possibilidades que vão além da interpretação em processo de integração, mas para nele chegarmos, necessário que destaquemos a importância do processo interpretativo, até

[42]MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 7.
[43]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 402.
[44]VENOSA, Silvio de Salvo. *Direto Civil* - teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2008. p. 433.

porque, diferentemente da legislação civil portuguesa em seu artigo 239º[45], nosso Código Civil não faz em qualquer menção, ao menos direta, ao processo de integração da norma legal ou contratual e poucas são as obras especialmente dedicadas ao assunto. Ademais, atualmente, com o retorno das discussões envolvendo as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados, ouve-se e lê-se a todo momento a palavra integração ou o termo interpretação-integrativa, que é o que precisamos estudar.

Iniciemos então verificando o que representa a diferenciação o termo aplicar o Direito, sem olvidar que este decorre do processo interpretativo, no entendimento de Silvio de Salvo Venosa, anteriormente citado.

Conforme Carlos Maximiliano[46]:

> Aplicar o direito consiste em enquadrar um caso concreto na norma jurídica adequada. Amparar juridicamente um interesse humano. O primeiro passo é identificar a que ramo do direito pertence a solução do problema, para então aplicar as prescrições que lhes são especiais , que podem colidir no espaço, ou no tempo, o que determina um exame prévio do Direito Constitucional e questões ligadas à irretroatividade das leis.

Por oportuno, cabe-nos destacar que este autor nos chama atenção de que este processo, qual seja, o da adequação do fato à norma, também chamado de subsunção – o que atualmente já não é bem aceito pela doutrina, como adiante veremos –, passa por uma fase de reconhecimento, *a priori*, do campo do direito a ser tratado e da verificação do eventual entrechoque entre as normas aplicáveis, conclamando para um exame prévio da Constituição. Veja-se que tratou do tema há décadas e as regras sobre as quais discorre aplicam-se aos vários campos do direito, em sua generalidade. Portanto, o autor, dentre outros, com sua genialidade, mesmo que se referindo a questões que vislumbram a colisão da norma analisada no tempo e no espaço, deixou o caminho aberto para que a interpretação de todo o ordenamento passe por uma verificação *a priori* do texto da Constituição, talvez o embrião do que conhecemos por direito civil-constitucional, que é outra sentença também bastante utilizada na atualidade.

---

[45]Art. 239 do CCP: (Integração) "Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houverem previsto o ponto omisso, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta".

[46]MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 7.

1.3 Orientação Constitucional do Direito Civil

Precisamos abrir aqui um novo parêntese porquanto, como é fato, modernamente muito se tem usado o termo direito civil constitucional e referimo-nos ao direito civil porque é por onde caminhamos agora sendo certo que podemos verificar que o novo talvez não seja tão novo assim, pois mesmo para quem escreveu uma obra nos albores de uma legislação que se pretendia hermética inspirada pelo Direito francês, como foi o caso do CCB de 1916, o foco na Constituição já era uma realidade. Assim, por essa ideia, todos os segmentos do Direito devem ser observados através da lente da Constituição, sendo talvez redundante o termo direito civil constitucional, ou, direito penal-constitucional, já que todos esses ramos do Direito devem conformar-se com a Constituição.

Hoje, sobre a matéria, inúmeros autores opinam, alguns contra, sustentando que existe uma exagerada publicização do direito privado, principalmente do direito civil, quando a ele se aplicam regras inerentes ao direito público, entretanto há os que defendam, quando afirmam que a tendência do legislador não foi a de publicizar o direito civil, mas de trazê-lo para a realidade dos dias atuais, permitindo que as relações negociais sejam cercadas da garantia de que seu objeto, mais do que satisfazer as partes que dele se servem, possa ser objeto da paz e da justiça social, na medida em que a função social e a boa-fé, princípios de ordem constitucional sejam observados nessas relações privadas, sem que por isso deixem de ser da esfera do direito constitucional.

Sobre direito civil constitucional opina Flávio Tartuce[47], para quem:

> O próprio conceito de direito civil constitucional, à primeira vista, poderia parecer um paradoxo. Mas não é. O direito é um sistema lógico de normas, valores e princípios que regem a vida social, que interagem entre si de tal sorte que propicie segurança – em sentido lato – para os homens e mulheres que compõem uma sociedade. Assim sendo, momentos existem que esses dois ramos do direito se vêem tutelando quase que os mesmos direitos. (...) A verdade é que o chamado direito civil constitucional é apenas uma variação hermenêutica, uma mudança de atitude no ato de interpretar a lei civil em confronto com a Lei Maior.

Dessa forma, conclui o autor, que "direito constitucional e direito civil são interpretados dentro de um todo, não isoladamente. Todavia, essa interpretação não quer dizer uma fusão de conceitos".

---

[47]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 63.

Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho[48], a respeito do tema, colocam que:

> (...) a partir da nova Carta, a aplicação das normas do Direito Civil deverá ajustar-se aos princípios e às regras já em vigor, para sua perfeita higidez jurídica, revelando-se, nesse passo, de grande valia a interpretação integrativa, por meio da qual se empresta a determinadas regras o sentido próprio à realidade social do momento, obedecidos os cânones correspondentes da Constituição.

Percebemos, pois, que o que se busca com o emprego do termo direito civil constitucional, ou direito comercial constitucional, ou direito penal constitucional, é um reforço da ideia de que não se pode mais admitir a interpretação de qualquer ramo do direito, texto legal – ou contratual –, fora dos limites da Constituição e isso tem sido uma realidade que não se pode negar e uma prática da qual não se pode mais prescindir. Anotado também no texto transcrito, o termo interpretação-integrativa, que será objeto de nosso estudo mais adiante.

Mais especificamente ao Direito Contratual, afirma Luiz Renato Ferreira da Silva[49] que:

> (...) sob o ponto de vista material, certamente as afirmações da Carta Constitucional abrangem e alteram significativamente as regras postas do direito contratual. Esta evolução, que já vinha sendo, timidamente desenvolvida pela jurisprudência, acaba por encontrar ressonância nos três princípios basilares que estruturam a teoria geral dos contratos no Novo Código Civil.

O autor refere-se aos princípios da boa-fé e da função social dos contratos, que iremos estudar capítulos adiante com maior profundidade, mas que já nos faz antever a importância do foco constitucional nas relações privadas.

Feitos esses importantes esclarecimentos, seguimos com Carlos Maximiliano[50] em sua obra esclarecedora sobre a qual prazerosamente nos debruçamos, quando discorre sobre qual deve ser a sequência do raciocínio do intérprete na persecução do escopo do Direito:

---

[48]BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 42.

[49]SILVA, Luiz Renato Ferreira. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 149.

[50]MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 7.

> A adaptação de um preceito ao caso concreto pressupõe: a) a Crítica, a fim de apurar a autenticidade e, em seguida, a constitucionalidade da lei, regulamento ou ato jurídico; b) a Interpretação, a fim de descobrir o sentido e o alcance do texto; c) o suprimento das Lacunas, com o auxílio da analogia e dos princípios gerais do Direito; d) o exame das questões possíveis sobre ab-rogação, ou simples derrogação de preceitos, bem como acerca da autoridade das disposições expressas, relativamente ao espaço e ao tempo.

Assim, para que não nos desviemos da finalidade deste trabalho, passaremos a estudar o tema, procurando contextualizar as diretrizes prescritas, por entendermos que bem se adaptam à busca do escopo do Direito, aí incluído o contrato, em cotejo constante com as demais normas, dentro daquela ideia da *repartição de competências* a que se referiu Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa.[51] E, como veremos a seguir, os passos *b* e *c* das diretrizes de Carlos Maximiliano, que nos guiarão, tendem a unir-se.

1.4 Interpretação numa Visão Tradicional

Antes de entrarmos propriamente nos estudos propostos, nos cabe esclarecer o porquê do termo *visão tradicional*, que António Castanheira Neves[52] chama de *Teoria Tradicional da Interpretação*, representa a ideia de que o texto da lei é o que se interpreta, sendo este o objeto da interpretação, que por longo período dividiu-se em duas orientações contrárias, como citamos alhures e que mais adiante melhor explicaremos, a dos *subjetivistas* e a dos *objetivistas*, sendo que ambas tendo em comum de que o texto da lei é o objeto da interpretação e o que cada um quer ver nele manifestado. Em síntese, os primeiros, os subjetivistas, apregoando que o propósito decisivo da interpretação é a averiguação da vontade do legislador, ou seja, de sua vontade real, que se exprime no texto legal, sendo seu objetivo a reconstituição do real pensamento do legislador histórico. Os segundos, denominados objetivistas, seguindo por um atalho da mesma estrada ao defenderem que a interpretação se deverá orientar pelo sentido objetivamente assimilado pelo próprio texto legal para o sentido que autonomamente o texto é suscetível de encarnar e exprimir .

Alinhados com os ensinamentos dos mais importantes mestres é importante destacar que os comentários a seguir seguem um quadro expositivo, como dissemos, tradicional, que

---

[51]BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de caráter metodológico. Algumas reflexões. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 2006. v. 2. p. 369.

[52]NEVES, António Castanheira. *Digesta*: escritos acerca do direito do pensamento jurídico da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2, p. 354.

se assenta no esquema considerado ultrapassado, mas ainda amplamente utilizado e ensinado nas escolas de direito, diga-se.

Assim, com o fim de evitar-se qualquer entendimento de que o presente trabalho é uma repetição de fórmulas ultrapassadas, esclarecemos a todo o momento que este reestudo tem finalidade preparatória para o entendimento e aplicação de técnicas mais avançadas de interpretação nas cláusulas gerais e nos conceitos legais indeterminados.

Para termos noção da interpretação na atualidade basta verificar, como comentamos alhures, que a ideia até então predominante da diferenciação entre interpretação e aplicação do direito não mais faz eco, na medida em que[53] se considera que a interpretação é o resultado de seu resultado, ou seja, que somente se concretiza na decisão concreta num processo dialético análogo ao do círculo hermenêutico[54] que acaba por imputar-se na norma interpretanda, reconstituindo-a, enriquecendo-a.

Também a dicotomia existente entre interpretação e integração ruiu, conforme Antonio Santos Justo[55], quando comenta que "enquanto a interpretação atuaria na esfera do sentido literal possível, a integração ultrapassava-a, sobretudo através da analogia: o sentido literal assinalava o limite da interpretação". Assim, prossegue o autor, "retirada a norma da fonte interpretada (a lei), o juiz aplicá-la-ia através duma simples operação lógica de subsunção do caso decidendo: a norma legal seria o ponto de partida, o *prius* metodológico a que se seguiria a realização do direito".[56]

Esse pensamento que espelha o pensamento positivista, conforme afirmado, está em franca superação.

---

[53]NEVES, António Castanheira. *Digesta*: escritos acerca do direito do pensamento jurídico da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2, p. 370.

[54]NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A pré compreensão e a compreensão na experiência hermenêutica. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3.711. Acesso em: 13 ago. 2008. Sobre "O círculo hermenêutico, ensina Gadamer, não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete. A relação do intérprete com a tradição é instaurada por ele mesmo enquanto compreende, enquanto participa do acontecer da tradição, que é continuamente determinada a partir dele próprio. Daí por que Gadamer entende o círculo hermenêutico não no sentido tradicional, sob uma perspectiva metodológica, mas como algo que descreve um momento estrutural ontológico da compreensão".

[55]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 356-357.

[56]NEVES, op. cit., p. 371, nota 53. Também nesse sentido.

A lei hoje deve ser entendida não como *voluntas legislatoris*[57], a tentativa de se encontrar o *sentido em si* na intencionalidade produtora do texto, mas como manifestação de um pensamento que justifica-se e legitima-se por se referir a valores jurídicos que lhe conferem unidade e coerência de um *sistema intrínseco*, importando compreender, restringir, completar e corrigir com base em valores que pertencem ao universo mais amplo do direito no qual a lei se insere.

Assim, podemos perceber mesmo que diante do positivismo que imperou até o momento e que segue arraigado na mente de nossos juízes, foi preciso limitar a vinculação do juiz à lei, mandando aplicá-la nos termos do art. 5º da LICC.[58] Também a analogia não mais se serve apenas para a integração da norma, sendo admitida como *extensio* do direito, ou seja, realizando-se tanto no plano legislativo, adequando a ideia de direito e os casos concretos legislandos, como no plano judicativo, funcionando da mesma forma entre a norma e a realidade a ser decidida.

Por fim[59], perdeu sentido a tradicional distinção entre interpretação e integração: a analogia traz à luz todos os casos que cabem no âmbito intencional da norma jurídica e, portanto, pertence à essência da própria interpretação.

Ainda sobre a diferenciação entre interpretação e integração, destacamos posicionamento de Vicente Ráo, citado por Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho[60], quando se refere aos diversos textos submetidos à interpretação e sobre esta, concluindo que:

---

[57]CATÃO, Adrualdo de Lima. Visão hermenêutica da interpretação jurídica para a superação do paradigma da neutralidade do intérprete. Disponível em: http://conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Adrualdo%20de%20Lima%20Catao.pdf. Acesso em: 03 jul. 2008. Sobre a questão da *voluntas legislatoris*: "No caso da *voluntas legislatoris*, a tentativa de se encontrar o 'sentido em si' na intencionalidade produtora do texto, e, no caso da *voluntas legis*, a tentativa de encontrar o sentido no próprio texto, como se o texto 'em si' tivesse algum sentido independente das necessidades e da história do homem. Ambas as teorias, portanto, permanecem sob o paradigma de que a norma tem um sentido em si, e que o intérprete deveria buscar este sentido ou na vontade do legislador – caso das doutrinas subjetivistas – ou na própria norma – caso das doutrinas objetivistas. Neste sentido, continua-se a buscar algo metafísico, que diz respeito ao 'significado da norma', como sendo este o objeto da dogmática hermenêutica, que ainda vigora nos manuais de direito no Brasil. Essa tentativa metafísica de se buscar um 'sentido em si' no texto normativo desconsidera o caráter humano da interpretação e, conforme se verá ao longo do trabalho, é objeto de crítica das concepções hermenêutico-filosóficas que postulam uma visão do conhecimento como atividade lingüística, voltada não para um ser em si, mas para os problemas e necessidades históricas do ser humano".

[58]Art. 5º da LICC – "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

[59]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 358.

[60]BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional*. 2003. p. 45.

> (...) a conceituação de interpretação, engloba não só a operação de interpretação propriamente dita (apurar o sentido e o fim das normas jurídicas), como também a da integração do Direito (apurar novos preceitos normativos) –, complementando os autores citandos, que "diferentes funções têm sido atribuídas, pela doutrina a esse fenômeno, conforme o sistema teórico adotado pelo escritor".

Em nota explicativa em seu trabalho já mencionado, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa[61], discorrendo sobre o fim da dicotomia interpretação e integração no negócio jurídico, menciona pensamento atribuído a António Castanheira Neves acerca da utilização da analogia na interpretação, demonstrando o fim da distinção entre os dois institutos:

> Ora, o grande contributo metodológico de CASTANHEIRA NEVES, reside exatamente na explicação de que toda interpretação do direito é já analogia, na medida em que a norma legal só possa ser interpretada no confronto e comparação com o caso concreto "decidendum" que a mobiliza, não fazendo sequer qualquer sentido falar-se de interpretação restritiva, na medida em que ela implica uma contemplação autista da norma na sua autosubsistência, composta pelas suas grandezas, letra e espírito.

Firmes nessa linha iniciamos nossos estudos, pretendendo finalizá-los com comentários acerca da concreta realização do direito e de uma nova perspectiva metodológica e os novos resultados que se esperam desse processo renovado, em tempos de efetiva mutação, aliás, motivadora deste trabalho, recorrendo mais uma vez a António Castanheira Neves[62], em trecho de importante escrito, que com prazer reproduzimos:

> A interpretação jurídica suscita um problema particular no quadro global da metodologia jurídica e a sua intencionalidade específica é aí resultante de uma complexa multiplicidade de factores. Nela se reflete a concepção fundamental do direito de cada época e pressupõe o contexto cultural que vai no horizonte significante dos juristas, é codeterminada pela perspectiva epistemológico-metodológica do pensamento jurídico e vê-se orientada pelos imediatos objectivos práticos da realização do direito. E, estando ao nosso tempo tudo isto já em mutação, já em deliberada revisão, a I.J. não pode deixar de se oferecer hoje profundamente problemática. Deixou de haver uma sua teoria estabilizada e dominante que tranquilamente se pudesse expor nas suas linhas características – como ainda acontecia, poderá dizer-se, há duas ou três décadas.

---

[61]BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de caráter metodológico. Algumas reflexões. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 2006. v. 2. p. 377.

[62]NEVES, António Castanheira. *Digesta*: escritos acerca do direito do pensamento jurídico da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2, p. 337.

Para demonstrar a importância, a atualidade e o largo alcance do tema, nos permitimos trazer à colação trecho da dissertação de mestrado de Luiz Guilherme Arcaro Conci, que reproduz pequeno escrito atribuído ao educador Rubem Alves sobre interpretação e que demonstra o quão complexa é e porque merece sempre ser trazida ao debate, sempre ser lembrada, principalmente quando há alteração no corpo normativo, o que certamente vai requerer nova postura do intérprete. Ademais, é através da interpretação que se realiza o Direito, portanto não se pode querer compreender qualquer dos ramos deste mesmo Direito sem o domínio da técnica interpretativa.

Pondera Conci[63]:

> (...) Ao dizermos, anteriormente, que entendemos a atividade interpretativa como uma atividade volitiva, quisemos dizer que é o interprete (leitor) quem escreve o seu próprio texto a partir daquele que lê, servindo, essa idéia, para toda e qualquer interpretação de todo e qualquer objeto, inclusive, para esse trabalho.

Nesse sentido, vale acrescentar assertiva atribuída a Ascarelli, citado por António Castanheira Neves[64], segundo a qual: "a norma será tal como é interpretada", complementando que o critério normativo que a fonte jurídica[65] interpretanda ofereça, só pode oferecê-lo pela mediação da interpretação.

Conci[66], a seguir, como dissemos, cita parte do texto de Rubem Alves sobre interpretação:

> Lembramos de algumas afirmações de ALVES, Rubem. Interpretar é Compreender. (Folha de São Paulo, 27/04/2004): "A interpretação, assim, se revela necessária para salvar o texto da incompetência lingüística do autor... Os poetas são incompetentes verbais. Felizmente, com o uso dos recursos das ciências da linguagem, salvamos o autor de sua confusão e o fazemos dizer o que ele realmente queria dizer. Mas, se o texto interpretado é aquilo que o autor queria dizer, por que não ficar com a interpretação e jogar o texto fora? É claro que tudo o que eu disse é uma brincadeira verdadeira. É preciso compreender que o escritor nunca quer dizer alguma coisa. Ele simplesmente diz. O que está escrito é o que ele queria dizer. Se me perguntam 'O que é que você queria dizer?', eu respondo: 'Eu queria dizer o

[63]CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *Colisão de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares:* problemas de intensidade e a regra da proporcionalidade. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p.191.
[64]NEVES, António Castanheira. *Digesta*: escritos acerca do direito do pensamento jurídico da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2, p. 338.
[65]Ibid, p. 338. Sobre as fontes jurídicas: "(...) o costume, uma prática consuetudinária, um tratado internacional, um texto-norma legal ou regulamentar, uma sentença, um negócio jurídico, etc.".
[66]CONCI, op. cit., p.191, nota 63.

> que disse. Se eu quisesse dizer outra coisa, eu teria dito outra coisa, e não aquilo que eu disse'."

Com esse entendimento certeiro, podemos concluir, retornando à seara jurídica, que apesar da boa índole e correção de grande parte de nossos legisladores nem sempre os seus textos expressam ou são a expressão do que deseja e precisa a sociedade em nome de quem legislam.

Imprescindível, pois, a participação do intérprete naquele "processo, de subjetivar a regra objetiva"[67], ou seja, retirar com técnica e sabedoria do texto frio e às vezes pouco claro da norma, após seu confronto com os anseios das partes envolvidas e do meio social onde estão inseridos, o ideal da correta e justa realização do Direito.

1.5 *In Claris Cessat Interpretatio*

Não é raro ouvirmos ainda hoje a repetição da velha parêmia, *lei clara não carece de interpretação*, como também não é difícil ouvirmos tantos outros brocardos, aliás, um hábito no meio jurídico. Sobre esta máxima, Carlos Maximiliano[68], ensina:

> O brocardo não tem origem romana, apesar de escrito em latim, já que Ulpiano ensinou o contrário: *Quamvis sit manifestissimum edictum poetoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus, ou seja, "*embora claríssimo o edito do pretor, contudo não se deve descurar da interpretação respectiva".

Na verdade, aquele brocardo se refere ao *Digesto de Paulo*, quando este se refere especificamente ao testamento, como forma de respeito à expressão de última vontade e não à lei, alertando Maximiliano para o perigo de se fundamentar com adágios.

Consta segundo o autor pesquisado, que essa forma de fundamentação surgiu no período dominado pela Escolástica, que ele bem define:

> A escolástica introduziu o acervo de distinções e subdistinções e com esta reduzia a Hermenêutica a casuística intrincada, apelando em demasia para o argumento da autoridade. Os pareceres dos doutores substituíam os textos; as glosas tomavam o lugar da lei, chegando-se, através dos excessos, a deplorável decadência jurídica, sob o domínio dos retóricos e pedantes, resumidos na frase cáustica de Cujácio: *verbosi in re facili, in difficili muti, in angusta diffusi*. "verbosos em se tratando de coisas fáceis, mudos quanto às difíceis, difusos acerca de assuntos de estreitas proporções".

---

[67]MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 22.
[68]Ibid., p. 27.

Assim, nesse período, a retórica sobrepujou até mesmo o império da lei, como deixa claro o texto acima, numa verdadeira verborreia que reduzia toda a criação do Direito à criação de máximas, que acabaram por perpetuar muitas vezes entendimento torto de determinada situação, porquanto ao invés de fundamentação ampla, desenvolvida com lógica e rigor científico, muitas vezes se observa apenas o lançamento dos adágios, como não é raro vermos nas relações contratuais quando se utiliza largamente e diante de toda e qualquer situação a máxima *pacta sunt servanda* ou, em outros casos, o *dura lex sede lex*, ou ainda, nas liminares, o *fumus boni iuris*, muitas vezes lançados solitariamente sem qualquer justificação, como se fundamentos fossem.

Carlos Maximiliano[69] com a seguinte reflexão esclarece:

> A pergunta é: O que é lei clara? É aquela cujo sentido vem expresso pela letra do texto e para se saber se isto acontece, forçoso é procurar conhecer o sentido, ou seja, interpretar. Daí a conclusão de que a verificação da clareza de um texto legal, certamente vai envolver a interpretação desse mesmo texto.

A resposta só poderá reafirmar que não há texto claro que possa ser a real expressão de tudo aquilo que se espera da norma posta. Ela haverá de ser sempre averiguada, no cotejo com o caso concreto. Não há realização de Direito sem que se desenvolva esse processo de submeter a lei à interpretação de acordo com aquilo o que esperam dela seus verdadeiros signatários.

Além disso, como vimos alguns parágrafos antes, Luiz Guilherme Arcaro Conci, respaldado por Rubem Alves, que não é jurista, mas educador de renome, muito bem nos esclarece acerca da questão proposta, ao afirmar que *é o intérprete que escreve o seu próprio texto*, com isso querendo dizer, é nossa leitura, que não existe texto com sentido único, sendo sempre possível novas interpretações, e isso vai depender, obviamente daquele que reescreve, ou seja, o intérprete, e vai depender da ótica daquele que perscruta o texto.

Com relação ao contrato, essas afirmações não podem ser diferentes, daí estar em jogo aquele critério interpretativo que busca no contrato a vontade das partes. Parece tarefa complicadíssima se saber o que alguém queria, quando muitas vezes nem mesmo este alguém sabe ao que realmente se obrigou e isso é muito comum em contratos denominados de

[69]MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 30.

contratos de massa.[70] Se considerarmos ainda que, conforme se viu, o critério interpretativo passa pela ótica com que cada um tem de ver as coisas, ou seja, a sua própria interpretação, que sabemos, é formada pela experiência, e que esta encerra um sem número de fatores, dentre eles, a condição social, cultural - aqui incluído os costumes, e até mesmo religiosidade daquele que investiga, neste caso, um contrato. Daí mais uma vez ficar-nos claro, que a análise do texto contratual não se faz a não ser por sua referência no sistema. Não há, portanto, da mesma forma que na lei, texto contratual claro e que não requeira interpretação.

Sobre o tema, aduz Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa[71]:

> Como qualquer comportamento comunicativo, as declarações de vontade das partes, com base nas quais elas manifestam a sua vontade tendente à produção de efeitos práticos, têm de ser interpretadas, não sendo aceitável o brocardo *in claris non fit interpretatio*. Na verdade, não só não existe nenhum critério certo que nos permita determinar o quando é que a vontade expressa no contrato é clara, como a própria clareza da declaração deve já ser vista como um resultado interpretativo, mesmo que não se tenha essa consciência. Ademais, a própria qualificação de um comportamento como declaração negocial tendente à celebração de um negócio jurídico implica já a interpretação do mesmo.

Após a leitura do texto fica bastante claro que o processo de interpretação da lei, hoje mais do que antes, se aplica à interpretação do contrato, ente normativo, inserido num sistema com o qual se comunica. Pode parecer repetitivo, mas nossa intenção é mesmo de chamar a atenção para essa realidade que não é nova, mas que ganha um contorno mais vivo a partir da edição do CCB 2002. É preciso que o intérprete se ponha frente a um contrato com o mesmo espírito que se põe à frente do texto da lei, não mais isolando o contrato em uma bolha como

---

[72]AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A função da boa-fé no controle da abusividade das cláusulas contratuais*. Disponível em: http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2.001/outubro/1910/ARTIGOS/A02.htm. Acesso em: 13 ago. 2008. Sobre os contratos de massa – A transformação econômica, que culminou com a passagem das economias concorrenciais do séc. XIX para as economias oligopolizadas do séc. XX, relativizou os princípios sobre os quais se havia estruturado a teoria clássica dos contratos. A escolha da contraparte nas relações negociais deixa de ter sentido no momento em que algumas atividades são exercidas em caráter monopolista. Do mesmo modo, a escolha do tipo contratual perde a antiga importância com a proliferação das cláusulas contratuais uniformes que tornaram praticamente idênticos os contratos celebrados dentro de determinado setor entre fornecedores e consumidores. O traço essencial dos contratos de massa, porém, é a predisposição unilateral das cláusulas contratuais, em nítida oposição à discussão do conteúdo do contrato, ocorrida no modelo contratual clássico. Nos contratos de massa, o predisponente elabora o complexo das cláusulas contratuais que se destina a uma multiplicidade indefinida de sujeitos, a quem cabe, simplesmente, aceitar ou recusar em bloco as cláusulas contratuais predispostas. Este fenômeno, que ficou conhecido como estandardização dos contratos, está na origem da expansão empresarial moderna ao possibilitar a racionalização dos custos, eficiência gerencial e economia de gestão.

[71]BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de caráter metodológico. Algumas reflexões. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 2006. v. 2, p. 370-371.

um ente não normativo e que só interessa para as partes envolvidas, como também não deve isolar a lei. Não custa voltarmos ao exemplo com o qual reforçamos nossas ideias no início deste trabalho, que em nossa opinião bem destaca a importância da interpretação do contrato em uníssono com a legislação que o cerca, sejam eles dispositivos de ordem privada e mesmo de ordem pública, como p. ex., os que se referem à livre concorrência, ao meio ambiente, às relações de trabalho, aos direitos da personalidade, além da Constituição, isso sem contar as regras, os princípios jurídicos, os usos e os costumes.

2 AS REGRAS DE INTERPRETAÇÃO

A interpretação pode acontecer de duas formas[72], ou seja, pode ser em sentido amplo ou em sentido restrito, no primeiro, dá-se a interpretação em sentido amplo quando o intérprete busca a solução de um caso e em sentido restrito, quando busca determinar o sentido de uma fonte, como exemplo desta última, cita o ato de tomar conhecimento do último número de um jornal oficial. Em sentido restrito, a interpretação opõe-se à ideia de integração de lacunas e em sentido amplo, a encampa.

Interpretar é preciso para que se possa extrair da fonte a regra, para que se possa alcançar o espírito que se esconde por sob a matéria. Explica José de Oliveira Ascensão[73], que

> O leigo reage mal quando o jurista lhe afirma que se discute qual a solução de dado caso: "então isso não está na lei?". Mas esta insegurança reativa é fatal, pois não há praticamente fórmula perfeita; a linguagem deforma sempre a mensagem que deveria ser transmitida.

Vale ressaltar, pelo que até aqui se discutiu, que a interpretação do contrato se faz com sua referência ao sistema,[74] o que vulgarmente se chama de interpretação da lei é sempre interpretação, não de uma lei ou norma singular, mas de uma lei ou norma que se examina atendendo à posição que ocupava no ordenamento jurídico em globo: o que quer dizer que o que efetivamente se interpreta é esse ordenamento e, como conseqüência, a norma singular.

Cabe aqui recordar que nosso objetivo não é a elaboração de uma monografia sobre interpretação única e exclusivamente, mas sim avivar o traço de união que liga a interpretação do direito, ou seja, no nosso caso, da lei e do contrato com o sistema de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados incluídos pelo legislador do CCB de 2002, no que se refere ao Direito das Obrigações e, mais especificamente, na Teoria Geral dos Contratos.

Mesmo assim, para que possamos bem compreender o processo interpretativo e atingirmos o objetivo ao qual nos propomos importante que se conheça, ou reestude, as teorias e os elementos que informam o processo de interpretação.

---

[72]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 374.
[73]Ibid., p. 377.
[74]ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milão: Giuffrè, 1953. p. 124.

2.1 Referências Históricas

O processo interpretativo[75] sempre fomentou uma disputa entre o legislativo e o judiciário, pois já entre os romanos Justiniano determinou que em caso de dúvida somente ao Imperador caberia sua interpretação, assim também explica António Castanheira Neves[76].

Aproximando-se um pouco mais, após a Revolução Francesa criou-se a instituição do *référé législatif* que impunha aos tribunais que se dirigissem ao legislativo sempre que entendessem necessário para interpretar uma lei ou fazer uma lei nova.

No período acima compreendido[77] os juízes passaram a ser proibidos de interpretar o texto legal, transformando-se no que passou a se chamar de *juízes boca da lei*, ou seja, deveriam apenas aplicar a lei, ficando impedidos de recorrer à fase anterior, ou seja, à interpretação. Essa doutrina foi criada em decorrência do positivismo do Código Napoleão, que acabou por influenciar todo o direito francês e até mesmo o nosso direito. Nesse período de transição, buscava-se criar a *segurança jurídica* perdida em uma fase anterior à Revolução, conhecida por *Áncien Régime*, onde os juízes, a serviço de uma aristocracia dominante *legislavam* em nome dos interesses deste grupo, decidindo cada caso de forma diferente e sem qualquer fundamentação, criando uma espécie de direito do caso, mas sem qualquer preocupação com antecedentes, como é comum nos países que adotam o sistema da *common law* .

2.2 Interpretação Autêntica

Tradicionalmente, interpretação autêntica é interpretação legislativa, procedida quando da promulgação de uma lei dita interpretativa que se integra ao texto da lei duvidosa a ser interpretada, não havendo também necessidade de que a lei interpretativa emane do mesmo órgão legislativo responsável pela lei interpretada.

---

[75]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 316.
[76]NEVES, António Castanheira. *Digesta*: escritos acerca do direito do pensamento jurídico da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2, p. 339.
[77]TOSTA, Jorge. *Os poderes do juiz no novo Código Civil*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 4.

Antonio Santos Justo[78], sobre o tema exemplifica rebuscando na história jurídica lusitana, que na verdade é também a história jurídica brasileira até certo momento, com o que se chamava então de Casa de Suplicação sendo esta a responsável pela interpretação autêntica das leis. Segundo o autor, sua origem remonta a Dom Manuel I, que através do Alvará de 10 de dezembro de 1518, determinou que as dúvidas que surgissem aos Desembargadores da Casa da Suplicação sobre o entendimento de algum preceito deveriam ser levadas ao Regedor deste Tribunal. O regedor convocaria os Desembargadores que entendesse e com eles fixava a interpretação considerada mais adequada, que ficava registrada no Livro dos Assentos e tinha força para futuros casos idênticos.

A Casa de Suplicação foi extinta e em seu lugar criado o Supremo Tribunal de Justiça, isso em 1832, que tinha competência para uniformização da jurisprudência, entretanto, em 1926 foram recuperados os Assentos, que se mantiveram nos Códigos de 1939 e de 1961, reforçado pelo Código Civil de 1966, em seu artigo 2º e que só desapareceram em 1995, através do Decreto-Lei nº 329 - A/95, isso depois do Tribunal Constitucional tê-los considerados inconstitucionais em 7 de dezembro de 1993.

Atualmente o termo é compreendido dentro de uma nova concepção, conforme explica Eros Grau[79], quando afirma que Kelsen distingue a interpretação autêntica, aquela feita pelo órgão estatal aplicador do direito[80], de qualquer outra interpretação, especialmente a levada a cabo pela ciência jurídica.

---

[78]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 317.

[79]GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 154. Atualmente o termo é compreendido dentro de uma nova concepção, e, para que não paire dúvidas mais adiante, esclarecedor é recorrer a Eros Grau[79], quando afirma que Kelsen distingue a interpretação autêntica, aquela feita pelo órgão estatal aplicador do direito[79], de qualquer outra interpretação, especialmente a levada a cabo pela ciência jurídica, explicando que: "(...) a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. É este ato de vontade (a escolha) que peculiariza a interpretação autêntica. Ela cria direito, tanto quando assuma a forma de lei ou decreto, dotada de caráter geral, como quando, feita por um órgão aplicador de direito, crie direito para um caso concreto ou execute uma sanção". Assim, segundo afirma Kelsen, esclarece o Ministro Grau, as demais interpretações não criam direito, sendo que apenas o intérprete autêntico é revestido do poder de criar as normas jurídicas.

[80]Aqui compreendidos o legislador, o administrador público e o juiz e não somente o legislador, numa compreensão mais tradicional.

2.3 Interpretação Doutrinal

Esse tipo de interpretação é feito por qualquer pessoa,[81] seja jurisconsulto ou não, compreendendo a interpretação jurisdicional que é aquela feita por um tribunal no âmbito de um processo; a interpretação administrativa, a cargo da administração pública; a interpretação particular, feita por qualquer pessoa não jurista e a interpretação doutrinal propriamente dita que é aquela realizada pelos jurisconsultos e juristas. A primeira só tem efeito vinculativo no processo em que tem lugar. A segunda tem eficácia meramente interna na Administração Pública e, portanto, não vincula os particulares. E a força das duas últimas baseia-se na autoridade intrínseca das razões invocadas, por isso não tem qualquer repercussão sobre a *fonte* interpretada: carecem de efeito vinculativo.

Destarte, após os esclarecimentos iniciais do que vem a ser interpretação autêntica e interpretação doutrinal, verificando sua diferenciação e também aquilo que noutra ocasião afirmamos, ou seja, que a interpretação não é atributo somente do juiz, iniciamos o estudo da interpretação propriamente dita, onde buscaremos enfeixar toda a carga teórica que estudaremos nos atuais processos interpretativos a que já nos referimos.

2.4 Teorias

2.4.1 A teoria subjetivista

Sobre ela iniciamos pela Escola alemã, também conhecida por tradicional ou clássica, que no início do século XIX, foi representada por juristas de renome, a exemplo de Ennecerus, Savigny e Windscheid e segundo essa teoria, a interpretação jurídica busca reconstruir o pensamento ou a vontade real do legislador que se exprime no texto da lei. Como vimos quando estudamos a Escola da Exegese, esse tipo de interpretação, que busca uma vontade, psicológica ou empírica, não se poderia aplicar simplesmente porque o poder político e o Estado são instituições e não pessoas, sendo impossível perscrutar-se sua vontade psicológica, além do fato, prossegue o autor, de que reduzindo-se a interpretação da lei à vontade do legislador atribui-se a ela um âmbito mais pobre, ampliando-se o recurso à

[81]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 318-319.

integração de lacunas, segundo ele, com certo sacrifício da segurança e da certeza do direito, por isso, na segunda metade do século XIX, surge a Teoria Objetivista, que impôs-se.[82]

2.4.2 A teoria objetivista

Esta teoria, que teve como ícones, Radbruch e Kholer, dentre outros autores de renome e marca o entendimento de que a lei, assim que é promulgada, desliga-se do legislador para ganhar vida própria.

O Direito, na concepção dessa teoria, é uma ordem normativamente objetiva que assimila o projeto histórico-cultual da comunidade, sendo o legislador apenas seu intérprete.

Por essa razão é que aceita-se a ideia de que a lei pode ser juridicamente mais sábia do que a intenção do legislador e de que o intérprete poderá compreendê-la melhor do que aquele a entendeu.[83]

A teoria objetivista compreende também duas orientações, quais sejam, o objetivismo historicista e o atualista, no primeiro, se pretende entender o sentido objetivo da lei no momento de sua feitura, o que certamente não prospera diante da velocidade com a qual os fatos se sucedem e o que hoje é uma realidade, amanhã poderá não ter a menor importância, além do fato de que não há sentido na interpretação assim procedida, porquanto foge ao seu foco, melhor seria então a edição de uma nova lei a cada período, e que esta buscasse periodicamente renovar o texto legal, o que sabemos, não ser possível.

Já no objetivismo atualista, procura-se apreender o sentido objetivo da lei no momento da sua interpretação, afirmando-se que por trás dela estivesse um legislador abstrato, razoável, que a vai mantendo de pé.[84]

2.4.3 Teoria mista

Para esta teoria[85], importa retirar o que de verdade há em ambas, naquela – teoria subjetivista – o entendimento de que a lei é feita por homens e para homens, ou seja, é a expressão da vontade do legislador dirigida à criação duma ordem justa e, enquanto possível,

[82]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 322.
[83]Ibid., p. 323.
[84]Ibid., p. 324.
[85]Ibid., p. 325.

adequada às necessidades da sociedade; nesta – teoria objetivista – a ideia de que a lei vai além da intenção do legislador, respondendo a questões que não lhe foram postas e, portanto, adquiriu, como o decurso do tempo, uma vida própria.

Dessa forma, esta teoria afirma o respeito à lei e ao legislativo, como sói deve ocorrer em um estado democrático de direito, sem retirar o significado voluntarista político-decisório que também é um aspecto importante dentro da democracia.

As regras legais sobre interpretação[86] não têm importância decisiva, porque não é prudente que o legislador tome posição, pois se perfilar-se a esta não poderá impedir àquela. O problema continua aberto, exigindo uma decisão conforme nossa época.

Por oportuno, cabe aqui chamar mais uma vez à colação Carlos Maximiliano[87], quando afirma que:

> Em tempos de anarquia, magistrados impolutos decidem, de preferência, pela autoridade; tranquilizados os espíritos, homens de igual inteireza de caráter interpretam os mesmos textos no sentido da liberdade. As oscilações verificadas retardam, porém não impedem a evolução jurídica da coletividade.

Portanto, como fica claro, nada há que impeça a evolução do direito, opte-se por esta ou aquela corrente, entretanto, o risco da estagnação existe tanto quanto o risco causado pelos extremos, ou seja, o de se ficar com uma falsa segurança jurídica, refletida em uma interpretação, tanto da lei, quanto do contrato, voltada para os interesses daqueles que dominam.

Na verdade, quando se menciona o termo *segurança jurídica* na seara contratual é para realçar a necessidade da manutenção o estipulado, o que muitas vezes tem servido como verdadeira fonte de injustiças, daí a *interpretação contra o que estipula* nos contratos de adesão. O que ocorre na atualidade, é que principalmente estes tipos de contratos que se avolumam, em si, não apresentam qualquer irregularidade, externando um aparente equilíbrio. O desequilíbrio real que surge de uma fase anterior – que nem mesmo pode ser chamada de fase das tratativas, talvez de cooptação –, fora do *iter* contratual admitido em Direito – conclusão, desenvolvimento e extimção – e que muitas vezes é difícil de ser alcançada.

---

[86]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 325.
[87]MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 39.

2.5 Elementos da Interpretação

A definição do processo hermenêutico através do qual a interpretação se realiza para alcançar o seu objetivo é traduzida essencialmente pela utilização de critérios de interpretação.

2.5.1 Interpretação literal e interpretação lógica

Costuma-se distinguir a interpretação literal de interpretação lógica, conforme se procura determinar o sentido da lei através da sua formulação verbal, à letra, ou *corpus* hermenêutico e ao espírito, ou seja, seu sentido decisivo que deve ser visado pelo objetivo da interpretação.

José de Oliveira Ascensão[88] afirma não haver duas interpretações, ou seja, uma literal e outra lógica, que se seguiria à primeira. Segundo o mestre lusitano, a tarefa de interpretar é una.

Cumpre, entretanto, que se defina o que são. O elemento literal é aquele em que o intérprete procura entender das palavras que estão expressas na lei, analisando-as isoladamente, ou enquanto integradas em um texto. É um primeiro encontro do intérprete com a fonte a ser interpretada e mesmo que chegue à conclusão de que realmente a letra está de acordo com o sentido do texto, essa análise por si só escapa a uma interpretação puramente literal, porquanto se deveu a uma interligação de valoração.

Tal forma interpretativa mostra-se insuficiente, sendo, como considerado por vários autores, apenas o começo, ou seja, o primeiro passo. Precisamos lembrar que historicamente nem sempre foi assim, mais especificamente durante a Escola da Exegese, excluiu-se imperativamente outra forma de interpretação que não fosse a literal.

Atualmente não se poderia conceber, como razoável, a interpretação literal como método interpretativo, dissociado do contexto em que se dá a investigação, até porque, como vimos, a simples constatação de que o texto está de acordo com espírito da lei exige mais do que simples análise literal impondo a interligação de valores.

---

[88]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 391.

Exemplifica o autor com o intérprete a deparar-se com a palavra *servidão* no dispositivo legal analisado, cuja impressão literal tanto pode se referir à escravatura como a um direito limitado de gozo de prédio alheio. Assim, logo que o espírito atua, determina qual o sentido efetivo naquela previsão legal, sendo este exemplo de colmatação de termo vago, já que, como adiante estudaremos, o termo *servidão* se constitui num conceito legal indetrminado.

Sobre a conjugação do elemento literal e lógico[89] não há qualquer dificuldade, pois o elemento gramatical é a letra, com o seu significado intrínseco; os elementos lógicos são todos os restantes aspectos a que se pode recorrer para determinar o sentido.

E complementa o autor, indicando o caminho a ser trilhado e que paulatinamente buscamos neste trabalho como forma de compreensão mais apurada: "A intervenção de elementos não literais, particularmente dos de caráter valorativo, atinge o seu ponto mais alto perante manifestações do modo de legislar contemporâneo, como são os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais".

Pelo que podemos apreender, a totalidade de elementos extraliterais que serão empregados na colmatação das lacunas presentes no modo de legislar por conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais têm seu cerne na fusão dessas duas modalidades interpretativas, qual sejam, a gramatical e a lógica. Não há dúvidas de que dentre esses elementos extraliterais, estão as máximas de experiência do intérprete, os usos e o costume, as tradições, o entendimento do que seja boa-fé objetiva e a atual questão envolvendo a socialidade das relações privadas. Nosso caminho para a compreensão desses modernos institutos está aberto.

Estes elementos lógicos, ou extraliterais estão divididos nos elementos, sistemático, histórico e teleológico que estudaremos a seguir, ainda que de forma concisa, dentro da proposta deste capítulo.

[89]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 392.

2.5.2 Elemento sistemático

O elemento sistemático decorre do fato de que uma lei nunca está isolada, mas sim integrada na ordem jurídica, formando um sistema[90], uma unidade regulativa, em cuja ordem se encontra inserida.

Pois bem, dentro do elemento sistemático, podemos visualizar três níveis de relações[91], quais sejam, o de subordinação, conexão e por analogia.

Por *subordinação* podemos entender as relações existentes entre o preceito isolado e os princípios gerais do sistema jurídico o que irá possibilitar a verificação da incidência de tais princípios para o esclarecimento daquela norma analisada.

Pela *conexão*, situa-se a fonte no sistema a que se integra, ou seja, sistematizar a análise interligando os dispositivos de uma mesma lei entre si. Não se pode ler um artigo fora do contexto no qual está inserido, mais especificamente, entendendo que o artigo analisado tem ligação com o anterior e reflexo no posterior, veja-se o exemplo do art. 1220 do CCB 2002[92], que se refere ao possuidor de má-fé e que num primeiro momento, numa interpretação que não leve em consideração a conexão como processo de sistematização, pode deixar transparecer uma certa injustiça, já que o proprietário, além de ter sido desapossado injustamente ainda teria que simplesmente reembolsar as benfeitorias necessárias feitas por aquele que possuía de forma irregular.

Imaginemos o caso do malfeitor que furta um veículo e passa a utilizá-lo em suas atividades criminosas e que tenha, para facilitar suas empreitadas, equipado o veículo com motor mais potente do que o motor original instalado no veículo e que encontrava-se já bastante avariado, sendo o novo motor cerca de sessenta por cento mais caro que o substituído. Quando detido pela prática do ilícito, o malfeitor aciona na justiça o malfadado

---

[90]DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 24. Sobre conceito de sistema: "(...) sistema significa *nexo*, uma reunião de coisas ou conjunto de elementos, e *método*, um instrumento de análise. De forma que o sistema não é uma realidade nem uma coisa objetiva; é o aparelho teórico mediante o qual se pode estudar a realidade. (...) Todo sistema é uma reunião de objetos e seus atributos (que constituem seu repertório) relacionados entre si, conforme certas regras (estrutura do sistema) que variam de concepção em concepção".

[91]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 396.

[92]Art. 1.220 – Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.

proprietário – que ficou meses sem seu veículo, requerendo o pagamento da benfeitoria efetuada, não havendo dúvida de que foi necessária, já que o motor original estava já avariado.

Da forma em que está proposto o caso e com a simples e solitária leitura do art. 1220, não há dúvida de nos acorre o entendimento de que o legislador beneficiou sobremaneira àquele que age de má-fé.

Entretanto, a leitura dos artigos subsequentes, o 1221 e 1222, já nos traz de volta ao raciocínio de que o equilíbrio foi restabelecido:

> Art. 1221 - As benfeitorias compensam-se com os danos, e só obrigam ao ressarcimento se ao tempo da evicção ainda existirem;
>
> Art. 1222 - O reivindicante, obrigado a indenizar as benfeitorias ao possuidor de má-fé, tem o direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo; ao possuidor de boa-fé indenizará pelo valor atual.

Assim, sem descermos a minúcias, facilmente se verifica que a leitura açodada e solitária do art. 1220 nos levaria a um falso entendimento de injustiça, ao passo que, após a leitura em conexão, verificamos que foi bastante justo o legislador ao tratar da indenização ao possuidor de má-fé, por abrir algumas exceções que se traduzem no tratamento equitativo que se espera do texto legal.

Fala-se ainda em conexão remota, ou seja, aquela em que procura localizar o preceito no conjunto das fontes.

O exemplo retirado do CCB e do CCP bem nos esclarece.[93] O art. 495 do CCB de 1916 (art. 1206 do CCB 2002) e 1255º do CCP, onde consta que com a morte do possuidor a posse continua nos seus sucessores, sugere questão referente a aceitação, ou seja, os sucessores teriam de imediato a posse independentemente de aceitação? A disposição refere-se apenas ao problema da continuidade da posse, ficando claro que esta não se quebra com o fenômeno morte e que a questão envolvendo a aceitação ou não para aquisição das partes sucessíveis deve ser respondida em capítulo anterior ao do direito das sucessões, revelando o contexto, que não se pode esperar resposta daquela fonte, para o problema suscitado.

---

[93]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 396.

Por *analogia*, dentro do estudo do elemento sistemático, é onde se buscam as semelhanças, sendo uma forma de preenchimento de lacunas, que mais adiante estudaremos ao tratar da integração.

Em sua obra, José de Oliveira Ascensão[94], fala em *lugares paralelos* para referir-se a hipóteses em que a semelhança da situação ou da representação faz presumir que o regime jurídico também é semelhante. Fornece-nos o exemplo de que a prescrição pode ser invocada pelos credores e por terceiros com legítimo interesse, situação prevista no art. 174, III, do CCB de 1916 (art. 203 do CCB 2002) e no art. 305º/1 do CCP, afirmando que tal situação, em que alguém pode substituir-se na atuação jurídica, causa dificuldades e complementa com a análise de *lugares paralelos*, como é, no caso presente o que preceitua o art. 1586 do CCB de 1916 (art. 1813 do CCB 2002) e 2067º do CCP, onde é possível aos credores do herdeiro que repudiou a herança aceitá-la em seu nome. Esclarece que apesar das óbvias diferenças pode-se colher vários ensinamentos que permitam a exata avaliação de quem sejam os *terceiros com legítimo interesse*, mencionados no caso anteriormente citados.

Cumpre-nos salientar, sem qualquer tom de crítica, apenas de constatação, que o art. 174, III, do CCB de 1916 (art. 305 do CCB 2002), não trata da invocação da prescrição, mas de sua interrupção, não tirando isso a qualidade esclarecedora do exemplo.

2.5.3 Elemento histórico

Por elemento histórico entendemos os precedentes internos, nestes compreendidos os trabalhos preparatórios e os precedentes externos, o direito comparado. Já aqui, se poderia incluir as circunstâncias sociais que deram origem à lei, denominada de *occasio legis*, que é[95] o circunstancialismo que rodeou o aparecimento da lei.

Com relação aos trabalhos preparatórios pode-se citar como exemplo o prefácio do Novo Código Civil publicado pela editora Revista dos Tribunais, assinado por Miguel Reale[96], presidente da comissão revisora do atual código civil brasileiro, onde tece comentários acerca do novo perfil do Direito Civil em sua concepção de sociabilidade, que nos permite iniciar o entendimento de muitos preceitos ali incluídos, p. ex., no Direito de

[94]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 396-397.
[95]Ibid., p. 398.
[96]REALE, Miguel. *Novo Código Civil brasileiro.* Estudo comparativo com o código civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. XVIII.

Família, com a substituição do termo *pátrio poder* por *poder familiar* e, mais especificamente do direito contratual, da inserção das cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Mais uma vez recorrendo a José de Oliveira Ascensão[97], temos que, "muitas vezes o texto nos parece incompreensível, e é afinal o exame do elemento histórico que permite outorga-lhe um sentido, que lhe tire a marca do absurdo e proporcione o seu aproveitamento". Esclarece ainda, que "os trabalhos preparatórios não têm posição privilegiada ou decisiva na lista dos elementos auxiliares da interpretação". São, entretanto, elementos auxiliares da interpretação.[98]

Feita as interpretações gramatical, sistemática e histórica, o intérprete procurará a *ratio legis*, assim compreendida, como a razão de ser da lei; os fins ou necessidades práticas que ela tem em mira satisfazer.

2.5.4 Elemento teleológico

O elemento teleológico[99], também chamado de elemento racional é a *ratio legis* , ou seja, a razão de ser da lei, e recorremos a exemplo de José de Oliveira Ascensão[100], que refere-se ao art. 434º do Código Comercial português e seu similar brasileiro, presente no art. 1437 do CCB de 1916 (artigos 781-782-778-766 do CCB 2002), que em matéria de seguros proíbe o segurado de fazer segurar pela segunda vez pelo mesmo tempo e risco o objeto já seguro pelo seu inteiro valor, é necessário conhecer a sua *ratio*: impedir que o seguro seja, para o segurado, um negócio lucrativo.

Precisamos esclarecer sem entrar em minúcias, que o CCB 2002 não proíbe esta prática, diferentemente do citado art. 1437 do CCB de 1916, mas impõe-lhe algumas restrições e sanções, no fim, visando o mesmo resultado.

---

[97]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 398.

[98]ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. Coimbra: Armênio Amado, 1963. p. 145. "Sobre os trabalhos preparatórios, o professor de Coimbra cita COSACK, afirmando que ele comparou os trabalhos preparatórios duma lei aos debates preliminares dum contrato, e como estes, em princípio, não têm influência sobre o contrato definitivo, que é fruto de transacções de interesses, assim também àqueles falta autoridade sobre o texto definitivo da lei, que deriva do cruzamento de opiniões e tendências opostas dos vários órgãos legislativos".

[99]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 331.

[100]ASCENSÃO, op. cit., p. 399, nota 97.

Sobre interpretação teleológica[101] temos que o art. 5º da LICC[102] estabelece dois critérios de interpretação teleológica: os fins sociais, significando a adaptação da norma à realidade social com observância dos fenômenos sociológicos do momento da sua aplicação, e o bem comum, que representa aspirações coletivas como a igualdade, a liberdade, a paz, a justiça, a solidariedade, etc.

Importante lembrar que não há qualquer ordem, subordinação ou hierarquia inquebrantáveis entre esses elementos. Não se pode, nesta matéria, estabelecer princípios demasiadamente rígidos, conforme Manuel Domingues de Andrade[103]: "A teoria da interpretação há de contentar-se com o fornecer directivas um pouco vagas e plásticas que, sem abandonarem o intérprete a um empirismo incontrolado, alguma coisa peçam à delicadeza e finura de seu censo crítico".

2.6 Resultados da Interpretação

Visando encerrar nossos estudos sobre a interpretação no qual não objetivamos nos estender além do que até aqui destacamos, segue-se que, tomando por base a distinção tradicionalista entre a *letra* e o *espírito*, pelo resultado hermeneuticamente lícito se poderá chegar a três constatações, quais sejam, ou a letra e espírito se correspondem naturalmente – o significado gramaticalmente enunciado pelo texto exprime adequadamente o sentido que a este é imputável pelos outros elementos da interpretação. Ou a letra, em seu sentido gramatical, é menos ampla do que o espírito; ou a letra é mais ampla que o espírito.

2.6.1 Interpretação declarativa

Pois bem, na primeira hipótese temos o que se chama de interpretação declarativa que ocorre quando o sentido normativo, isto é, o apurado através dos elementos lógicos da interpretação, coincide com a análise literal ou gramatical do texto. Pode acontecer que as palavras contidas num texto tenham mais de um significado, ou seja, ambiguidade e o intérprete se limita a clarificar e a fixar um.

---

[101]BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 14.

[102]Art. 5º da LICC: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

[103]ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. Coimbra: Armênio Amado, 1963. p. 51.

Quando comporta significado mais extenso, diz-se que a interpretação é declarativa *lata*, quando é menos extenso, denomina-se interpretação declarativa *restritiva*. Antonio Santos Justo[104] nos traz uma série de exemplos de uma e de outra forma interpretativa:

> Assim, v.g., o vocábulo "culpa" pode entender-se no sentido de imprudência ou negligência – mera culpa – ou dolo (sentido restrito) e de reprovabilidade ou imputação do facto ao agente que envolve a mera culpa e o dolo (sentido lato); a palavra "homem" pode significar ser humano masculino (sentido restrito) e ser humano independentemente do sexo (sentido lato); o vocábulo "filho" tanto significa filho masculino (sentido restrito) como filho ou filha (sentido amplo) (...).

Conforme António Castanheira Neves[105], "o texto admite sem mais, já no seu significado correcto ou mais natural, já num dos seus significados correctos e naturais, o sentido determinável pelo espírito da lei e o intérprete apenas se fixa nesse sentido que o texto também natural e correctamente exprime".

2.6.2 Interpretação extensiva

Quando não há coincidência entre o significado literal e o espírito da lei, por que o primeiro é menos amplo que o segundo, o intérprete corrige aquele, para que deste modo obedecer á *voluntas legis*. O legislador, nesse caso, disse menos do que queria, *minus dixit quam voluit* e por isso o sentido literal é estendido até que coincida com o espírito da lei.

No dizer de Antonio Santos Justo[106] "a interpretação extensiva move-se ainda dentro dos significados literais possíveis, contrapondo um sentido mais afastado, mediato, lato ou extensivo ao significado comum das palavras da lei". E complementa citando Karl Engisch, para quem; "diluir-se-iam os limites entre a interpretação e a integração das lacunas".

Interpretação extensiva e declarativa *lata* não se confundem, porquanto nesta, há coincidência entre o significado literal e o espírito da lei, sendo que apenas aquele se fixa, na interpretação extensiva o espírito da lei está em desarmonia com a sua letra, que é deficiente, sendo que a extensão desta ultrapassa o seu significado comum, tendo que ser corrigida.

Com relação a alguma confusão que possa fazer entre a interpretação extensiva e a interpretação teleológica, explica o autor que essa correção não ultrapassa o sentido literal

---

[104]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 332.
[105]NEVES, António Castanheira. *Digesta*: escritos acerca do direito do pensamento jurídico da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2, p. 367.
[106]JUSTO, op. cit., p. 333, nota 104.

ainda possível, embora mais afastado, mediato ou *lato*. Do contrário, afastar-nos-íamos da interpretação extensiva e cairíamos na interpretação teleológica; nesta, sim, por se revelar demasiado estrito, o sentido literal é corrigido e opera-se, em obediência à *ratio legis*, o desenvolvimento do direito imanente à lei.

Conforme o autor cuja obra analisamos, ainda se referindo à interpretação extensiva, afirma que "o seu intuito não é completar ou suprir, mas respeitar inteiramente o pensamento e vontade da lei." Cita como exemplo o art. 9º/2, do CCP, que ampara a interpretação extensiva e segundo o qual "não pode ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso".

Como exemplo[107] temos o dispositivo do CCP que proíbe o testamento comum, onde duas ou mais pessoas não podem testar no mesmo ato quer em proveito recíproco quer em favor de *terceiro*. O vocábulo *terceiro* deve estende-se a pessoas diferentes; por isso, *A* e *B* não podem dispor simultaneamente a favor de *C* e de *D*. Poderia acontecer, e a lei não previu, que *A* beneficiasse a *C* e *B* beneficiasse a *D* num mesmo ato, ou seja, não seria um *terceiro* beneficiário, mas *terceiros*, o que está proibido por extensão.

2.6.3 Interpretação restritiva

Em sentido oposto, quando o sentido literal vai além do que queria o legislador,[108] este foi traído pelas palavras e disse mais do que quis dizer – *potius dixit quam voluit* –, exigindo do intérprete que opere no campo da interpretação restritiva, que move-se igualmente dentro dos significados literais possíveis. Sustenta o autor que quando se ultrapassa o sentido literal restrito ainda possível, se estará perante a redução teleológica, ou seja, o desenvolvimento do direito imanente, conforme o exemplo a seguir: negócio usurário: é anulável, por usura, o negócio jurídico quando alguém, explorando o estado mental de outrem, obtiver deste a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados. A expressão estado mental tem um alcance excessivo, devendo considerar-se não um estado mental lúcido e firme, mas, tão só, um estado mental depressivo.

---

[107]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 335.
[108]Ibid., p. 335.

Talvez um estado mental de euforia não configurado em estado mental depressivo, como ensina o autor, também pudesse levar esse outrem a prometer e conceder benefícios que numa situação de normalidade não prometeria ou concederia, portanto, interpretação restritiva, conforme vimos páginas atrás, se faz no cotejo com o caso concreto, integrando-se ao entendimento, *máximas de experiência* do intérprete, no sentido de aferir o que seja, no caso concreto, exploração do estado mental de outrem, num verdadeiro processo que aproxima a interpretação da integração.

2.6.4 Interpretação ab-rogante ou revogatória

Temos ainda a interpretação ab-rogante, que ocorre quando o intérprete conclui haver vício insanável entre o espírito e o sentido literal da lei, quando então reconhece que não existe qualquer norma jurídica, não se tratando de revogação, mas da verificação de que nada existe, sendo uma simples e mera aparência de lei.

Essa constatação dá-se em dois níveis, no lógico e no valorativo. No primeiro, quando não se consegue retirar do texto um sentido normativo. No segundo caso[109] o fato de uma lei que se interpreta previr um instituto que só posteriormente será introduzido, ficando sua aplicação suspensa.

2.6.5 Interpretação enunciativa

Na interpretação enunciativa tratamos da interpretação já não de uma fonte do direito, mas duma norma jurídica e traduz-se no desenvolvimento ou exploração das suas virtualidades através do raciocínio e da intuição.

Este tipo de interpretação pode levar aos seguintes resultados: a lei que permite o mais também permite o menos – argumento a *maiori ad minus* –; a lei que disciplina um caso excepcional pressupõe um a disposição contrária para os casos não excepcionais ou comuns – argumento *a contrario sensu*. Há quem recuse a interpretação enunciativa como uma nova modalidade, porque seus critérios, sendo de pura lógica, pertencem às leis do pensamento abstrato que se acham na base de todos os juízos e raciocínios humanos.[110]

---

[109]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 337.
[110]Ibid., p. 338.

António Menezes Cordeiro[111] melhor explica as formas acima classificando-as em interpretação indutiva e a dedutiva, ensinando que é possível das fontes extrair normas, sendo que, a partir da norma fornecida por uma fonte é possível, recorrendo-se a esquemas indutivos e dedutivos, obter novas normas.

Com a acentuação da *interpretação teleológica*[112] fundada no que se denomina de *ratio legis*, os resultados da interpretação enriqueceram-se de outros tipos de bastante importância na prática interpretativa, porquanto aceitam a preterição do texto a favor do cumprimento da intenção prático-normativa da norma, sendo o que se verifica com a *interpretação corretiva*, com a *redução teleológica* e a *extensão teleológica*

2.6.5.1 Interpretação corretiva

Onde admite-se que o intérprete corrija efetivamente o texto da lei visando alcançar a intenção prática da norma, que o respeito pelo teor verbal implicasse a frustração daquela intenção prático-normativa. Essa forma de interpretação foi inicialmente proposta pela *jurisprudência dos interesses*[113], para mais tarde ser aceita de forma mais geral.

---

[111]CORDEIRO, António Menezes. *Noções gerais de Direito*. Lições proferidas ao 1º ano do curso de Administração e Gestão de Empresas. Lisboa: Faculdade de Ciências Humanas, Universidade Católica Portuguesa, 1979. p. 294-295. "Na interpretação indutiva passa-se duma norma, já estabelecida, a outras normas. Para o efeito, podem ser feitas interpretações, a *minori ad maius*, quando identificada uma norma que proíbe o menos, se deduza a existência duma outra que proíba o mais. Assim, se proíbem gatos e cães nas praias, também se proíbe uma manada de vacas; *a maiori ad minus*, quando, isolada uma norma que permita o mais, se deduza a existência duma outra que permita o menos. Por exemplo, se se permite o estacionamento em determinado local, também se permite uma paragem momentânea; 'a contrario sensu', sempre que, isolada uma norma excepcional, se conclua haver uma norma geral de teor naturalmente contrário. Assim, se uma norma mandar que só os cidadãos do sexo masculino, de 20 a 30 anos, estão sujeitos ao serviço militar, a contrário deve-se concluir pela isenção dos restantes. Na interpretação dedutiva, passa-se por generalização duma norma ou conjunto de normas para um princípio, assim, das normas que permitem contratar, testar e celebrar outros actos, pode concluir-se princípio da autonomia privada".

[112]NEVES, António Castanheira. *Digesta*: escritos acerca do direito do pensamento jurídico da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2, p. 368.

[113]Ibid., p. 215. Segundo Castanheira Neves - Sobre a Jurisprudência dos Interesses: "Escola, também chamada de 'escola de Tubinga', por terem sido professores da Universidade desta cidade os seus principais autores – é uma corrente de metodologia jurídica que se impôs a partir do começo do século passado e orientou decisivamente o pensamento jurídico europeu continental, onde repercutiu triunfante e universalmente, poderá dizer-se, até à II Guerra Mundial, no sentido de uma intenção prático-teleológica, que superaria as orientações contrárias, de cariz lógico-teorético, já na perspectiva estritamente exegético-lógica da 'École de l'exégèse' francesa, já na perspectiva sistemático-conceitual e construtivista. Nasceu mesmo em aberta polémica com esta última, opondo-se ao seu entendimento do jurídico, como uma racionalidade lógico – conceitualmente dedutiva que subsistiria em si mesma e se fecharia num sistema concluso que seriam os elementos realmente constitutivos do direito positivo e em referência aos quais ele devia ser compreendido e realizado". Para o autor, que apresenta excelente pesquisa sobre o tema, "o seu maior e mesmo mais perdurável contributo metodológico devemos vê-lo em ter chamado o pensamento jurídico à consciência de que o próprio direito positivo legal não é um mero lado, algo com que simplesmente se depara e que se tenha de aprender 'de fora', numa relação já hermenêutica, já analítica de pura transcendência objectiva, mas que terá pelo contrário de ser considerado como a solução-resultado de problemas prático-normativos que lhe são pressupostos,

2.6.5.2 Redução teleológica

Que trata de reduzir ou de excluir do campo de aplicação de uma norma casos que estão abrangidos pela sua letra, sendo contra, portanto, o texto da lei com fundamento na teleologia imanente à mesma norma.

2.6.5.3 Extensão teleológica

Que cuida de alargar, ao contrário, o campo de aplicação de uma norma, definido no texto com fundamento também na sua imanente teleologia, a casos que por aquele texto não estariam formalmente abrangidos.

Ressalta o autor, que ambas, a redução e a extensão teleológica, não se confundem, respectivamente, com a interpretação restritiva e com a interpretação extensiva, porque, segundo ele, o que se verifica não é já a procura da adequação ou de uma final correspondência entre letra e espírito, entre texto e pensamento normativo, mas trata-se antes de uma *correção do texto fundada teleologicamente*, prosseguindo, portanto, a interpretação para além dos possíveis sentidos do texto ou sacrificando o seu formal sentido impositivo.

Tal comportamento já indica os novos caminhos da interpretação jurídica, conforme conclui António Castanheira Neves[114]:

> E assim estamos já a ultrapassar os limites tradicionalmente traçados à interpretação, isso afinal só nos mostra uma vez mais que a acentuação do "elemento teleológico" – ou seja, a compreensão prático-normativa das normas jurídicas – implica o abandono de um sentido puramente hermenêutico (hermenêutico-exgético) e a assunção de um sentido verdadeiramente normativo (prático-normativo) na interpretação jurídica.

Importante ressaltarmos, finalizando o estudo sobre os processo de interpretação, que não existe atualmente qualquer supremacia de um sobre outro sistema, entendendo-se que os diferentes processos se integram, unem-se, auxiliam-se reciprocamente para a consecução do resultado final e a obtenção da verdade, ou seja, todos os processos avançam para o objetivo

---

relativamente aos quais apenas tem sido, e que, como tal, só pode compreender-se 'por dentro', através do reconstituir e assimilar do próprio processo problemático-normativo que o constitui – que o direito nunca será teoreticamente objecto e sempre prática solução de problemas. Ao que outros acrescentam ainda que o seu 'axiológico relativismo prático' a torna particularmente adequada às sociedades pluralistas dos nossos dias".

[114]NEVES, António Castanheira. *Digesta*: escritos acerca do direito do pensamento jurídico da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2, p. 368.

final, o resultado da interpretação, que é, segundo Vicente Ráo, citado por Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Júnior[115], "una e incindível".

Esta é exatamente a ideia principal desta investigação, que busca demonstrar a interação de todos os métodos e instrumentos que buscam a concreção da norma num sistema que se mostra em franca abertura e que antes, em face de seu hermetismo, eram utilizados de forma compartimentada, ou seja: hora de interpretar ou hora integrar. Atualmente os instrumentos interpenetram-se, fundem-se, complementam-se.

[115]BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 37.

3 INTEGRAÇÃO

3.1 Considerações Preliminares sobre Integração numa Visão Tradicional

Da mesma forma que nos referimos à interpretação o estudo que ora iniciamos cuida da integração em uma visão tradicional, ou seja, um estudo dissociado da interpretação que acabamos de estudar. Na atualidade, pelas razões que mais adiante estudaremos, interpretação e integração se fundem numa só técnica interpretativa que utiliza todas as peças desses dois jogos, que até há algum tempo eram tratados de forma compartimentada: De um lado, o texto da lei ou do contrato e a interpretação. Do outro, as lacunas da lei ou do contrato e a integração.

Assim, nesse sentido, integrar é suprir eventual lacuna deixada pela lei que pode ter surgido por falha no processo legislativo, representando[116] uma fatalidade, ou afrouxamentos planejados da vinculação para que o juiz os ajuste às circunstâncias particulares do caso concreto e às concepções variáveis da comunidade jurídica[117], sendo, portanto, um estudo acerca do que sejam essas lacunas, suas modalidades e seu preenchimento.

Antes, porém, preciso é verificar que como o que se deve suprir são lacunas surgidas no tecido social, aquelas surgidas dos desencontros dos anseios dos cidadãos, cabendo-nos definir se tais desencontros de anseios carecem de uma solução jurídica ou se padecem de solução d'outro jaez, buscáveis nos domínios da moral, da religião, das boas maneiras, da educação, ou seja, nos *standards* a que já nos refrimos.

Nessa linha de raciocínio, ilustramos com duas situações, uma primeira requerendo, ao menos em tese, interpretação ou suprimento de uma lacuna e outra, pelo menos aparentemente, sem qualquer interesse jurídico, ambas surgidas num prédio em condomínio. No primeiro caso, hipotético, um síndico para saber se havia cães em um determinado apartamento, já que havia reclamações de latidos noturnos, fingiu ir checar o sistema de distribuição de gás, ocasião em que verificou que havia um pequeno cão, mas o regimento do condomínio não refere-se a presença de animais, mas invocando o direito ao sossego, protegido pela convenção interna que autoriza a retirada do objeto que produza a perturbação, notificou o morador para retirar o referido cão. O condômino não contente ajuizou ação na

[116]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 423.
[117]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 339-340.

justiça pleiteando o direito de permanecer com seu pequeno cão no apartamento, alegando que não existe aquela norma, portanto está livre para possuir cães, gatos e outros animais. No segundo caso, igualmente hipotético, um recém formado juiz de direito ajuíza ação exigindo ser tratado por *doutor* pelos demais condôminos quando por eles cruza no corredor ou com eles se encontra em reuniões de condomínio.

Não há regra jurídica que possa alcançar a totalidade de situações a que somos submetidos em nosso cotidiano. Não se pode obrigar uma pessoa a cumprimentar outra e tratá-la de *doutor*: Nem por isso podemos afirmar que existe aqui uma lacuna a ser preenchida pelo juiz nos termos do art. 126 do Código de Processo Civil.[118]

Sobre este ponto afirma Karl Larenz[119]:

> (...) Outros modos de comportamento referem-se, por certo, às relações intersubjetivas; mas segundo a concepção de cada comunidade jurídica e cultural, ou se deixam por regular ou se confia a regulação a outras normas sociais, como o uso ou o decoro. A estes pertencem, por exemplo, as formas de saudação e despedida, de tratamento, de estar em sociedade, e mais, tudo aquilo que pertence ao sector do tato, do bom gosto, do decoro.

Assim, podemos concluir, mais uma vez, que não representa qualquer lacuna da ordem jurídica a falta de regulação para as regras de educação e gentileza, não se ocupando o judiciário desse tipo de questões.

Com efeito, alerta Karl Engisch[120] sobre o que denomina de espaço *ajurídico,* qual seja, a falta de regulação legal para determinada hipótese:

> Saber se numa dada hipótese a lei deve ser entendida em termos de se concluir que certos factos pertencem ao domínio do ajurídico, é novamente uma questão de interpretação, na qual a luta entre as teorias interpretativas se volta a acender, dado a questão da ajuridicidade "consciente e deliberada" poder ser respondida, já do ponto de vista do legislador histórico, já, objectivamente, do ponto de vista da lei. Mas vai-se demasiado longe quando secamente se enuncia um "princípio geral negativo" segundo o qual, sempre que não esteja prevista uma conseqüência jurídica no Direito positivo, a aplicação desta conseqüência jurídica é o "ipso" inadmissível. Assim, por exemplo, faltando a expressa estatuição de uma obrigação de indemnizar para certas espécies de prejuízos, ter-se-ia de concluir sem mais

[118]Art. 126 do CPC - O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

[119]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 526.

[120]ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979. p. 221.

> pela rejeição da pretensão do lesado a uma indemnização. Ora a ausência da respectiva conseqüência jurídica (da obrigação de indemnizar) na lei não significa necessariamente a existência de um espaço ajurídico: pode bem acontecer, antes, que aquela ausência represente uma verdadeira lacuna a preencher pelo juiz, por não estar na "vontade" do legislador ou da lei a intenção de excluir a conseqüência jurídica em questão.

Analisando por essa ótica, talvez esteja certo o jovem juiz que acima referenciamos em caso hipotético, e faça jus realmente ao tratamento pleiteado.

Em síntese, Tércio Sampaio Ferraz Júnior[121], que no que se refere à integração, discute-se "a legitimidade do intérprete ir além da compreensão da norma, configurando novas hipóteses normativas, quando o direito vigente não prevê ou mesmo quando as prevê, mas de modo insatisfatório".

3.2 Lacunas

Para Maria Helena Diniz[122], em seu estudo sobre as lacunas, para fins de sistematizar o tratamento do assunto explica: "Claro está que a localização sistemática do problema das lacunas do direito nos levou a distinguir três questões básicas: existência, constatação e preenchimento das lacunas."

Conclui a autora, após análise de uma enormidade de autores, que não há uniformidade quanto a um método de análise dessa problemática. A professora explica que "é fácil verificar que nos encontramos diante de níveis diferentes de análise: ora lógico, ora axiológico, ora empírico, etc."[123]

Sobre as lacunas, cumpre-nos lembrar, antes de discorremos sobre suas modalidades e características, esclarecer que quando da utilização, pelo legislador, de cláusulas gerais e de conceitos legais indeterminados, o juiz não está diante de lacuna, mas, como dissemos no início, diante de *afrouxamentos* da vinculação do juiz à lei, favorecendo o ajuste das situações de fato.

---

[121]FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 80.
[122]DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 4.
[123]Ibid., p. 4.

A propósito, sobre as lacunas do sistema, Claus-Wilhelm Canaris[124], afirma que nem sempre as lacunas legislativas de valores devem ser julgadas negativamente:

> Na verdade, as lacunas da lei primeiro referidas são uma falha pesada; também muitas normas em branco nada mais representam do que uma desagradável solução de embaraço; mas por outro lado as cláusulas gerais "carecidas de concretização" têm freqüentemente uma função totalmente legítima e opõem-se a uma generalização demasiado rígida, facultando a penetração da "equidade" no sentido da justiça do caso concreto.

Quando o renomado autor se refere às *lacunas da lei primeiro referidas* o faz com relação à falta de uma regulação do estatuto das obrigações do BGB (Código Civil Alemão). Sobre as acima comentadas, refere-se às numerosas normas, segundo ele, "carecidas de preenchimento com valores que nem sempre se deixam concretizar inteiramente com o auxílio das valorações do Direito vigente e que, muitas vezes, se dissociam de um caso singular para outro, em determinações valorativas independentes".

Tércio Sampaio Ferraz Júnior[125] completa que com relação às lacunas, a doutrina encontra dificuldades em determinar o seu estrito significado, separando-o, segundo o autor, de outros casos como os de normas abertas e dos conceitos valorativos. Também é grande o dissenso quando se trata de definir se uma lacuna é legítima ou ilegítima (autênticas ou inautênticas) ou verdadeiras e falsas, de *lege lata*[126] e de *lege ferenda*[127], ou mesmo se se tratam de meras faltas ou erros de política jurídica, admitindo que a imprecisão terminológica é representativa de uma imprecisão no trato dos problemas da integração, acrescentando[128]:

> (...) que cabendo observar que a doutrina, nestes casos, raramente consegue distinguir o conceito de lacuna nos seus aspectos estáticos – ausência de uma norma num ordenamento dado e desligado da sua dinamicidade – e nos seus aspectos dinâmicos – a própria historicidade do direito, revelando *lacunas* que antes não existiam e preenchendo outras antes reconhecidas.

Conclui Tércio Sampaio Ferraz Júnior[129], alertando para o fato de que a doutrina também não se afina com relação aos instrumentos integradores:

> Fala-se em analogia, em interpretação extensiva, em equidade, em princípios gerais, em indução amplificadora, etc. Embora a doutrina as reconheça como

[124]CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 240.
[125]FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 82.
[126]Lacuna do direito vigente.
[127]Lacuna do direito futuro, mais perfeito.
[128]FERRAZ JÚNIOR, op. cit., p. 83, nota 125.
[129]FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 83.

> meios de integração, há incerteza quanto ao seu sentido metodológico, ora chamando-se analogia o que para uns é interpretação extensiva e vice-versa, ora chamando-se equidade o que para outros é princípio geral, etc.

Assim, após importante comentário, necessário que iniciemos estes estudos sabedores do grande dissenso que ainda hoje representa e que muito pouco ou quase nada mudou em cerca de duas décadas, desde que Ferraz Júnior pontuou o problema. Daí sua inegável importância e atualidade, além de ser uma seara onde as paixões por esta ou aquela forma de ver, classificar ou entender, deve sempre ceder lugar ao objetivo, que como antes dissemos, é buscar o equilíbrio nas decisões judiciais.

3.2.1 Espécies de lacunas

3.2.1.1 Lacunas voluntárias e involuntárias

As lacunas podem ocorrer, conforme uma sucinta classificação apresentada por Antonio Santos Justo[130], divididas em várias espécies, podendo ser *voluntárias* quando querida pelo legislador, também denominada por Karl Larenz de *silêncio eloquente*[131] ou *involuntárias*, quando o legislador, não prevendo que determinada situação demanda uma solução jurídica, não elaborou a referida lei.

3.2.1.2 Lacunas manifestas

Quando a lei não contém nenhuma norma jurídica, embora devesse ter, conforme sua própria teleologia, temos as lacunas da lei, denominadas *patentes* ou *manifestas*[132] e seu processo de integração geralmente se dá por analogia, entendida como a transposição de uma regra, dada na lei para a hipótese legal *A*, ou várias hipóteses semelhantes, numa hipótese *B*, não regulada na lei, semelhante àquela.

---

[130]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 340-341.

[131]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 525. – exemplifica o chamado silêncio eloquente o fato de "não conter qualquer disposição sobre a propriedade da casa de morada (no sentido actual), não foi uma lacuna do Código Civil na sua formulação originária. É que o legislador do BGB não quis admitir um tal direito real especial sobre uma casa ou uma parte do edifício, que em princípio lhe não era desconhecido, por razões da disposição das relações jurídicas sobre bens imóveis e, por isso, intencionalmente não incluiu na lei disposições a esse respeito. Foi necessário por esse motivo uma lei própria, pela qual foram modificadas algumas regras do Código Civil, para introduzir a propriedade da casa de morada como instituto jurídico na ordem vigente".

[132]Ibid., p. 540-541.

3.2.1.3 Lacunas ocultas

Serão *ocultas* as lacunas quando a lei contém uma norma jurídica aplicável a uma certa categoria de casos, mas não considerou situações especiais que constituem uma subcategoria, a que não deve aplicar-se. Conforme esse tipo de lacuna[133], contra seu sentido literal, mas de acordo com a teleologia imanente à lei, precisa de uma restrição que não está contida no texto legal.

A integração de uma tal lacuna efetua-se acrescentando a restrição que é requerida em conformidade com o sentido, o que se denomina de *redução teleológica* também chamada de *restrição*, que Karl Larenz[134] exemplifica com a procedida pelo Supremo Tribunal Federal alemão, quando restringiu a interpretação do § 181 do BGB[135], que trata sobre a impossibilidade de negócios de um representante legal realizados consigo mesmo. O caso tratado do único sócio de uma sociedade limitada que como representante daquela, negocia consigo mesmo, sob o argumento de que o interesse do único sócio se identifica com o da própria sociedade.

3.2.1.4 Lacunas de imprevisibilidade e de intencionalidade

As lacunas são inevitáveis e surgem no ordenamento jurídico por várias razões, como pudemos verificar, entretanto, duas delas são aglutinadoras das demais em suas especificidades, quais sejam as da *imprevisibilidade* e a *intencionalidade*. A primeira surge quando há incompletude, diante da complexidade e da imprevisibilidade da vida e a segunda, quando o legislador por critério de oportunidade e devido à fluidez de determinado assunto resolve deixar para os órgãos aplicadores do direito, a completude.[136]

[133]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 556.
[134]Ibid., p. 559.
[135]Uma tradução do § 181 BGB assim se enuncia: "Um representante não pode, a não ser que uma outra coisa lhe fosse permitida, em nome do representado, realizar um negócio jurídico consigo mesmo, no próprio nome ou como representante de um terceiro, a não ser que o negócio jurídico consista, exclusivamente, na satisfação de um compromisso." A rubrica do § é: Contrair consigo mesmo (Insichgeschäft).
[136]LARENZ, op. cit., p. 343, nota 133.

3.2.1.5 Lacunas de colisão

As lacunas de *colisão* ocorrerão quando várias normas jurídicas que se contradizem disciplinam uma determinada situação e, na falta de critério que afaste o conflito, nenhuma delas poderá ser aplicada.

3.2.1.6 Lacunas iniciais

As lacunas podem ser também *iniciais* que podem ser conhecidas (voluntárias) ou ignoradas (involuntárias). No primeiro caso, o legislador não quis resolver o problema e deixou a solução para a jurisprudência. Na segunda o legislador, digamos, enganou-se ou avaliou mal a situação.

3.2.1.7 Lacunas de previsão e de estatuição

Podem ser, finalmente, lacunas de *previsão* quando se traduzem pela falta de previsão de determinada situação de fato e as de *estatuição*, que manifestam-se pela falta de consequências atribuídas pelo direito a uma determinada situação de fato.

Interessante questão levantada por Karl Larenz[137] comentando Zitelmann:

> Mas se é possível aos tribunais, na quase totalidade dos casos, uma resolução fundamentada de acordo com a ordem jurídica, então a lei é lacunosa? ZITELMANN era de opinião que o juiz que decide com base numa analogia afirma com isso a norma por ele achada pela via da analogia é já Direito vigente. Lacunosa seria não a lei, mas tão-só o nosso conhecimento da lei até esse momento. Diz-se também com freqüência que só a lei ou o Direito conformado em regras podem ter lacunas, mas não o direito como um todo de sentido; este conteria sempre uma norma jurídica que possibilitasse a resolução e que só não foi ainda conhecida e formulada até o momento.

Contra essa concepção, contra-argumenta Karl Larenz[138], há que se objetar:

> Que ela desconhece o momento criador de todo o desenvolvimento do Direito, em especial da integração de lacunas. Assim como o Direito, enquanto espírito objectivo só existe, só está temporalmente presente, em virtude de aqueles a quem se dirige e que o aplicam dele terem consciência,

[137]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 572-573.
[138]Ibid., p. 573.

> uma norma jurídica que tem primeiro que ser achada, não existe ainda. É, em todo o caso, direito em potência (...).

Complementando essa ideia, Antonio Santos Justo[139] explica que devemos recusar o dogma da plenitude lógica do ordenamento jurídico que não passa duma *ficção*, pois tal doutrina consiste em afirmações totalmente gratuitas que se postulam como evidentes, sem demonstração, mas que, em boa verdade, não resistem a uma análise despreconcebida.

Dessa forma, conforme o autor é puro dogma entender que a analogia poderia, por si só, suprir todas as lacunas da lei, retirando do sistema jurídico as soluções que as situações da vida reclamam.

3.2.1.8 Lacunas normativas, ontológicas e axiomáticas

Para Maria Helena Diniz[140] são muito variadas as possibilidades de classificação das lacunas, isso dependendo da metodologia empregada, apresentando uma classificação que entende como a que aponta as principais espécies de lacunas, levando em conta, dentre outras, a dinâmica do direito.

Assim, para a autora, seria a classificação ideal, aquela que divide as lacunas em *normativas*, ou seja, aquelas que surgem diante da ausência de lei sobre determinado caso; em *ontológicas*, aquelas onde há norma, mas ela não corresponde aos fatos sociais e, por último, as lacunas *axilógicas*, que é aquela que surge diante da norma que se for aplicada, será injusta ou insatisfatória.

Nesses dois últimos casos, precisamos esclarecer que, conforme pudemos observar, existe a norma, ou, mais especificamente, o texto legal é completo no que se refere aos conceitos, mas ele ou é de aplicação imprópria, diante dos anseios sociais, no caso das lacunas ontológicas, ou sua aplicação será insatisfatória, senão injusta, como nas lacunas axiológicas, o que requer uma conjugação dos métodos de interpretação, porquanto há o texto a ser interpretado, e da integração, porque, mesmo diante do texto legal, surge a lacuna que se corporifica diante da aplicação de um preceito legal que não mais atende aos anseios sociais ou que se torna inaplicável, porque solução justa não trará ao caso posto.

---

[139]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 343-344.
[140]DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 95-96.

3.3 O Processo Integrativo

Conforme comentamos anteriormente, o juiz não se pode esquivar de julgar alegando falta de regulação para o fato que se lhe apresenta, o que se denomina de "proibição da decisão de *non liquet* (obrigação de julgar)"[141] deverá buscar, conforme o caso, soluções dentro ou fora do sistema, tendo por resultado a *pax social* que o direito deve assegurar, visando permitir a convivência humana.

3.3.1 A analogia

A analogia[142] é o raciocínio ou operação mental que, partindo de certas semelhanças observadas, conclui que existem outras.

Como fundamento[143] da analogia jurídica invoca-se o princípio *ubi eadem ratio, ibi eadem* dispositivo que traduz a ideia de justiça e de coerência normativa: a de disciplinar casos semelhantes de modo semelhante. Também a certeza do direito reclama a mesma solução.

Etimologicamente a palavra *analogia* vem do grego e significa *semelhanç*a ou *paridade*. Semelhança que não se confunde com igualdade, embora seja este o seu fundamento essencial.

Mônica Yoshizato Bierwagen[144] bem define analogia, quando afirma que: "(...) Não basta, contudo, que haja lacuna e que os fatos (o regulado e o não regulado) sejam semelhantes. É imprescindível, também, que o princípio que rege o dispositivo, a razão da norma (*ratio júris*) seja também idêntico".

E pela melhor via para a compreensão, a título de exemplo, a autora cita um julgado:

> Por exemplo, do mesmo modo que o art. 649, IV, do Código de Processo Civil considera o salário absolutamente impenhorável, por analogia é possível concluir pela ilicitude de apropriação praticada por instituição financeira dos depósitos feitos a esse título em conta corrente para a compensação de dívida com o banco, já que ambos os casos o que se protege é o caráter alimentar da verba em questão (STJ - AGA 353.291/RS - 4ª T. -

[141]MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 193.
[142]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 344.
[143]Ibid., p. 346.
[144]BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p.10.

> Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior – j. 28-6-2001 – *DJ*, 19 nov. 2001, p. 286).

O processo de integração analógica pode ser ultimado em dois níveis diferentes, ou, de duas formas como costumeiramente apresenta a doutrina. Parece-nos mais adequada a diferenciação fundada em níveis, pois, em síntese, correspondem à analogia *legis* ou individual e a analogia *iuris* ou conjunta[145], a um mesmo método integrativo e normativo, o qual é diferenciado, exclusivamente, em face do processo de busca levada a termo pelo intérprete, para ultimação do silogismo materializado na sentença.

A lei não fornece elementos exatos para a determinação da dicotomia atrás citada, derivando esta exclusivamente da doutrina. Os autores, por seu turno, são quase unânimes ao externarem o ponto de vista, segundo o qual, a diferenciação entre elas é uma questão de grau.[146]

Em ambas as hipóteses a postura do intérprete é de integrar o vazio sistemático objetivando uma resposta para o caso concreto. A integração terá, neste aspecto, a natureza de um ato legislativo. Em síntese, fará brotar lei nova na esfera restrita das partes envolvidas na contenda. O intérprete, diferentemente do legislador, trabalha sempre, tendo por ponto de partida uma situação problema individualizada, mesmo quando a ação possui natureza coletiva.

3.3.1.1 Analogia legis *e analogia* iuris

A diferenciação entre analogia *legis* e analogia *iuris* permeia apenas a dimensão espacial no processo integrativo. Na primeira hipótese o processo integrativo é ultimado tendo por base uma norma reguladora da situação análoga. Apesar de estarmos tratando na seara do direito civil, um bom exemplo de analogia nos surge oriundo do direito do trabalho, qual seja, o fato de ser concedido ao digitador, tratamento isonômico ao datilógrafo, nos termos do art. 72 da CLT.[147]

---

[145]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 544-545. – Larenz usa as denominações analogia individual e geral conjunta para designar o que usualmente a doutrina costuma tratar por analogia *legis* e *iuris*.

[146]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 345-346. – "Vai-se mais longe, falando-se numa diferença não essencial, mas de grau ou de 'desenvolvimento contínuo da norma'.". Remetendo o leitor para: Norberto Bobbio, Lagaz y Lacambra, Miguel Reale e Francisco Amaral.

[147]Acórdão do TST referente a carga horária e fixação de intervalos de descanso para o ocupante da função de digitador. AC. 360, Proc. 4.761, Publ. 22 mai. 1992, p. 07279, Rel. Min. Hélio Regalato.

Na analogia *iuris* inexiste uma norma aplicável analogicamente para dirimir a questão, entrando em operação a integração. A busca há de ser efetivada mediante método mais extensivo e complexo. Terá mesmo que ser investigado não apenas o que o direito fez brotar a partir do solo, e sim do próprio solo. Isso é o mesmo que dizer, que não havendo frutos na árvore terá o intérprete de analisar as raízes daquela, assim, não havendo norma terá que buscar os parâmetros que orientam todo o sistema.

3.3.1.2 Analogia e interpretação extensiva

A aplicação da analogia *legis* não oferece maiores problemas e o aspecto mais relevante consiste na necessidade prática de sua diferenciação da interpretação extensiva, que iremos a seguir analisar, recorrendo mais uma vez a José de Oliveira Ascensão[148] que afirma que a princípio a distinção entre os dois processos é muito simples. O autor pesquisado explica que a interpretação trabalha sobre a fonte, buscando a determinação de regras, já para que haja integração, parte-se da constatação de que não há nenhuma regra, conclusão esta, que segundo ensina, pressupõe uma tarefa de interpretação das fontes.

Recordando, temos interpretação extensiva quando dada hipótese, apesar de não estar presente no elemento gramatical da lei, está em seu espírito. Na lacuna, que requer a integração, a hipótese não se encontra presente nem na letra e nem no espírito da lei.

Ascensão[149], logo adiante, bem esclarece a situação com exemplo bastante interessante, onde, em síntese, questiona se, p. ex., se para extinção da compra e venda existe determinada previsão e para o depósito não, se seria possível utilizar a regra referente à compra e venda no depósito e mais uma vez perguntando se, positiva a resposta, não se estaria a fazer interpretação extensiva, ao que responde negativamente, argumentando que quando o legislador disciplina um tipo, não disse menos do que queria por não abranger outro tipo, podendo estar em causa somente a compra e venda, como resultado do elemento sistemático da interpretação. A disposição referente a depósito deveria surgir no título do depósito e não surge, portanto, se consideramos que a regra referente à compra e venda se aplicaria ao depósito, estaríamos fazendo integração de lacuna por analogia e não interpretação extensiva.

[148]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 426.
[149]Ibid., p. 426.

Nos parece que o autor indica que o critério oferece certa segurança, já que estaremos diante da analogia quando nada se encontrar implícito no texto imperfeito, ao contrário, teremos interpretação extensiva, quando extrairmos a regra do mesmo texto.

Para Antonio Santos Justo[150] a diferenciação entre ambas é nítida e aponta o traço que mais as distingue:

> A analogia constitui um prolongamento da interpretação extensiva levada até às suas últimas conseqüências: enquanto nesta se estende o significado literal, mas coincide com o espírito da lei; naquela, a *mens legis* é impelida numa direção que transcende o sentido da lei.

Esclarece Mônica Yoshizato Bierwagen[151]:

> É importante lembrar que a analogia, sendo recurso de integração de normas, não se confunde com a interpretação extensiva, que, como seu próprio nome denuncia, é método de interpretação: enquanto na analogia não há norma para o caso, na interpretação extensiva a norma existe, mas é necessário extrair-lhe o teor para determinar o seu alcance.

E a seguir nos oferece esclarecedor exemplo, referindo-se ao art. 28, II, do Código Penal brasileiro quando trata a imputabilidade a quem pratica o delito em estado de embriaguez voluntária ou culposa por álcool ou substância de efeitos análogos, não mencionando os entorpecentes e os coquetéis de medicamentos, não sendo difícil deduzir, segundo a autora, que estes últimos dois estão também incluídos, porque o que objetiva a norma é punir aquele que por vontade própria embriagou-se e por estar temporariamente relaxado dos freios limitadores da conduta, ganham coragem para a prática delituosa, não fazendo diferença se com álcool ou com outra droga qualquer.

Maria Helena Diniz[152], com a finalidade de evitar que se confunda a interpretação extensiva e a analogia, apresenta quadro que bem fixa a diferença entre os dois institutos e que nos permitimos reproduzir:

---

[150]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 345-346.
[151]BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 10.
[152]DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 182.

INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA	ANALOGIA
1 – Se atém ao conhecimento de uma norma em sua particularidade em face de outro querer jurídico.	1 – Ocupa-se com a semelhança entre duas questões: a norma contemplada e a não contemplada normativamente.
2 – Requer uma norma expressa, a fim de buscar o seu sentido amplo, dilatando-o até compreender o outro faro por ela abrangido implicitamente, revelando o que na própria norma se contém.	2 – Pressupõe falta de um dispositivo expresso, pesquisando uma norma que abranja um caso não previsto por ela, desdobrando o preceito, de modo que se confunde com outro que lhe fica próximo
3 – Logo, a conclusão que decorre das premissas científicas é justamente aquilo que se prescreve na lei; se as palavras não o alcançarem, os motivos o justificam.	3 – A conclusão tirada das premissas não é a que a lei pretendeu determinar, mas a que determinaria se não houvesse omitido.
4 – Fixa o sentido da lei.	4 – Procura determinar a *ratio legis* que justifique a possível aplicação analógica.
5 – Cabe no direito singular, excepcionalmente.	5 – Em regra, cabe no direito comum.

Por outro lado, em sua obra, Josef Esser, citado por Karl Larenz[153], ensina que:

> Não existe nenhuma distinção de princípio entre interpretação extensiva e preenchimento de lacunas mediante analogia. A interpretação é sempre e já desenvolvimento do Direito. O "preenchimento de lacunas" e a interpretação "integradora" não são tarefas acessórias de criação do Direito por parte do juiz, mas coincidem com o caráter reprodutivo geral da interpretação de princípios,que possibilita a integração daquilo que é díspar num sistema.

Complementa o autor afirmando que dessa observação decorre "que não existe uma aplicação do Direito, tomada no sentido tradicional, pois toda interpretação representa uma articulação entre a *lex scripta* e *jus non scriptum*, que conforma em primeira mão a verdadeira norma positiva (*law in action*)."[154]

Em seu comentário, Karl Larenz[155] informa ter sido Esser o primeiro a visualizar no processo interpretativo o que ele chama de *intervenção espiritual activa* e que o seu resultado corporifica algo novo, tomando-se por base o ponto de partida, ou seja, o texto tal como se encontra na lei.

É nesse sentido que seguimos, ou seja, com o entendimento de que a interpretação é desenvolvimento do Direito, no sentido de que não se interpreta apenas o que está escrito, mas

[153]ESSER, 1990, apud LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p.193.
[154]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 194.
[155]Ibid., p. 194.

também o que não está e aí se materializa, corporifica o que se denomina de realização do Direito, que surge do encontro dessas duas práticas que se fundem, a interpretação, aqui mais especificamenta a extensiva e a integração, no caso sob comento, a analogia.

3.3.1.3 Analogia iuris *e princípios gerais de direito*

Para alguns existe similitude entre analogia e princípios gerais de direito, sendo que estes, na verdade, são, tais como o costume, integrantes do rol das fontes do direito e, portanto, não possuindo qualquer similitude, em termos funcionais com a analogia, veja-se pela lição de Orlando Gomes[156], que destaca que o que pode ser questionado, apenas, é a inclusão dos princípios como fonte formal. O autor alerta, contudo, para que:

> Não se deduza de sua função na analogia *iuris* que se convertem em fonte formal do direito, porque tal interferência indica desconhecimento do conceito de fonte formal do direito. No equívoco de confundir as causas originárias do direito objetivo com a aplicação subsidiária de outras manifestações de caráter normativo, como o costume, ou de técnicas de complementação, como a analogia, incidem jusnaturalistas ansiosos para prestar validade e eficácia ao direito natural.

Neste ponto é interessante recurso a José de Oliveira Ascensão[157], quando fala sobre a citada diferenciação e esclarece que tanto ao direito brasileiro, quanto ao direito português, a determinação da natureza dos princípios gerais do direito interessam, entretanto, como meio de colmatação de lacuna, ou seja, como *standard*, somente o direito brasileiro a eles recorre.

É, segundo o autor analisado, ficção imaginar que a analogia se bastaria para resolver todos os problemas. Questiona o autor: "Como pretender que poderíamos elevar-nos sempre a uma regra, fundada nas disposições positivas, que permitisse resolver todos os casos que fossem surgindo?".[158] A questão surge a partir do exemplo do Direito Internacional Privado brasileiro que em período anterior a 1916, e em Portugal antes de 1966, eram compostos por "meia dúzia de preceitos".

Em resposta, o autor denomina esse tipo de lacuna de *rebelde à analogia*, mesmo à *iuris* e autoriza a se recorrer então a "uma categoria qualificativamente diversa que permite mesmo então salvaguardar a preocupação da ordem jurídica de não denegar solução aos casos

[156]GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 40.
[157]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 447.
[158]Ibid., p. 448

concretos".[159] O autor aponta então os princípios gerais do direito, no direito brasileiro[160], e a regra que o intérprete criaria, no direito português.[161]

Então, para finalizarmos e para entendermos mesmo o que seja a analogia, já que retornaremos ao estudo dos princípios gerais do direito mais adiante e forçosamente voltaremos a tratar da diferença destes com a analogia, recorramos mais uma vez Antonio Santos Justo[162], porque ele nos concede excelente exemplo do processo analógico:

> Se sabemos que os elementos *a, b* e *c* são comuns aos objetos *A* e *B*, poder-se-á, por analogia, concluir que *d*, que observamos em *A*, também pertence a *B*. Formalmente, o raciocínio analógico apresenta-se como um silogismo aparente, sem a força probatória do verdadeiro silogismo, assim:
>
> – premissa maior: a Terra contém seres vivos;
>
> – premissa menor: Marte é análogo à Terra (tem de comum as propriedades *a, b* e *c*;
>
> – conclusão: Marte deve conter seres vivos.

O autor complementa afirmando que esse tipo de raciocínio já se entendeu concluir do particular para o particular, mas que modernamente é considerado composto de indução, que permite obter um princípio geral que contém a *ratio* comum aos casos análogos e de dedução, que realiza a conclusão analógica.

Concluindo, podemos entender que a analogia é o procedimento ou o instrumento, os princípios gerais do direito são os meios, não os únicos, e a integração do sistema é a solução do caso, ou seja, o fim a ser alcançado. Cada uma tem sua função em dado momento, embora estejam todos interligados neste processo.

3.3.1.4 Limites à utilização da analogia

Importante que anotemos que a utilização da analogia é vedada em determinadas situações, mais especificamente no que se refere às regras penais positivas e às regras excepcionais.

---

[159]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p.448.

[160]O art. 4º da LICC que manda aplicar o princípio geral do Direito no caso de não se encontrar disposição análoga nem costume.

[161]O art. 10º/3 do Código Civil português, que "Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema".

[162]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 345.

3.3.1.4.1 Leis penais positivas

Como regras penais positivas, entendamos como sendo aquelas que definem os crimes e estipulam as penas.

Por ser bastante ilustrativo sobre o alcance da analogia na lei penal, citamos nota de rodapé explicativa, José de Oliveira Ascensão[163] ensina que "às regras positivas, contrapõem-se as regras penais negativas, como as que estabelecem as causas de justificação ou de exclusão da antijuridicidade e as de recusa. Semelhante restrição não se lhes aplica".

Assim, por razões de defesa das liberdades individuais, contra os abusos do poder, impõe-se este princípio.

É o que expressa a garantia constitucional, em questão criminal, de que ninguém será processado se não houver lei anterior que defina o crime e nem tampouco preso se não houver cominação da referida pena.[164]

3.3.1.4.2 Regras excepcionais

Logo de início José de Oliveira Ascensão[165], cuja obra é modelo para o direito português e também para o brasileiro, alerta que a justificação do princípio da analogia a partir de regras excepcionais parece coisa simples, pois, "se há uma regra e uma exceção, e surja um caso cuja disciplina se procura, esse caso é naturalmente abrangido pela regra, como regra que é. A exceção está delimitada para os casos para que foi estabelecida e não tem elasticidade para abranger novas situações".

Alguns exemplos deixam clara essa diferenciação, como é o caso do art. 1170 do CCB de 1916 (art. 543 do CCB 2002): "Às pessoas que não puderem contratar é facultado, não obstante, aceitar doações."

Não resta qualquer dúvida da excepcionalidade da norma, que é uma total subversão dos princípios e regras que regem a capacidade civil, isso para possibilitar ao incapaz adquirir bens pela via da doação pura.

---

[163]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 436.
[164]Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, XXXIX.
[165]ASCENSÃO, op. cit., p. 438, nota 163.

Para o autor, na prática, surgem mais casos que se assemelham aos regulados de modo excepcional do que os que integram a regra e apenas afirmar que uma regra é excepcional porque o legislador tratou primeiro de um caso e depois do outro, é reduzir tal apreciação à mera técnica legislativa, propondo uma análise histórica do instituto, para que se possa fundamentá-la num suporte mais sólido.

Segundo a história, consta em texto de Paulo, em D. 1.3.16.: *Ius singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utitatem auctoritate constituentium est*. Qualificam-se, pois, como singulares as regras que, para atingir uma utilidade especial, vão contra um princípio fundamental do direito – contra *rationem iuris*.[166]

Este *ius singulare* que limita a utilização da analogia, na medida em que a peculiaridade da sua *ratio* não permite a extensão a outros casos.

Assim, como se podem identificar os princípios que inspiram a normalidade da disciplina jurídica, também é possível identificar que regras ou institutos lhes são historicamente contrários.

Essas regras que José de Oliveira Ascensão[167] denomina de *substancialmente excepcionais* correspondem ao *ius singulare* romano e não poderão ser aplicadas analogicamente.

Ensina o autor lusitano:

> No Brasil, o art. 6 da primitiva Lei de Introdução rezava: "A lei que abre excepção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica". Essa disposição foi suprimida, e com isso a maioria dos autores deixou simplesmente de referir a categoria do direito excepcional. Os que o fazem limitam-se à afirmação de que o mesmo princípio continua em vigor. A supressão teria pois resultado da preocupação de excluir da lei as regras gerais sobe interpretação, consideradas ao tempo, mais próprias de obras doutrinárias.

O texto acima esclarece bem esta lição, que é de extrema importância para a compreensão e aplicação da analogia, tão importante quando se pretende trabalhar com cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados e que mesmo após este breve estudo, verificamos ser muito mais falada do que conhecida.

---

[166]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 439.
[167]Ibid., p. 440.

3.3.2 A criação da norma *ad hoc* do Direito português

Na sequência das obras dos autores lusitanos aparece como processo integrativo a criação da norma *ad hoc*, bastante específica do direito lusitano, entretanto, entendemos que devemos dedicar, ainda que de forma concisa, atenção ao instituto, até mesmo para fins de comparação com o que ocorre no direito brasileiro. Logo em seguida trataremos dos costumes, da equidade e dos princípios gerais do direito, onde certamente o tema voltará a ser cuidado.

Quando não for possível a utilização da analogia como recurso de preenchimento de lacuna, o CCP[168] autoriza o intérprete a criar a norma, estando, entretanto, circunscrito ao *espírito do sistema*.

Esta solução[169] remonta a Aristóteles[170] e foi consagrada no Código Civil suíço de 1907 que determinou: "*à defaut dúne disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à defaut dúne coutume, selon lês règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur*".[171]

A pergunta que se poderia fazer: Estaria o juiz livre para criar a norma como se legislador fosse? A princípio pode se supor que sim, pelo próprio emprego da terminologia *criar a norma*, entretanto, podemos dizer, utilizando jargão popular, que o legislador *deu com uma mão e tirou com a outra* ao impor como limite o denominado *espírito do sistema* dentro no qual o juiz deverá conduzir-se, pelo que podemos concluir que *espírito do sistema* seja aquele mesmo que inspirou a criação da norma, ou seja, o juiz não poderá legislar com suas observações pessoais ou sentimentos, mas buscando aquilo que seria plausível, de conformidade com o que visa a norma a ser completada.

Este espírito do sistema é definido pelos princípios gerais do direito que assim guiam o juiz na sua função de completar, harmônica e coerentemente a obra legislativa. Voltaremos ao tema mais adiante.

---

[168]Art. 10.º/3 do Código Civil português – "Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema".

[169]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 352.

[170]ARISTÓTELES, Ética de Nicómaco V, apud JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 352.

[171]DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 244. – Refere-se ao citado artigo do Código Civil suíço, como bastante próximo da ideia de equidade – podemos aproximá-lo também do art. em debate do Código Civil português –, entretanto, não admitindo correção da lei, como é o que ocorre com a equidade, isto porque, como vimos, o intérprete está, segundo a lei lusitana, nesse mister, subordinado ao "espírito do sistema".

A norma assim criada esgota-se no caso concreto, isto é, não adquire caráter vinculativo para casos futuros ou para outros julgadores.[172]

Nesse sentido também José de Oliveira Ascensão[173]: "a exigência de que esse hipotético acto de legislar se processe dentro do espírito do sistema amarra o intérprete às valorações próprias do ordenamento, impedindo-o de se decidir autonomamente, pelo circunstancialismo do caso concreto".

3.3.3 A equidade

3.3.3.1 Algumas definições

Esclarece Karl Larenz[174] quando discorre acerca de juízos de valor: "O que querem dizer expressões como boa-fé, equidade ou exigibilidade não pode certamente indicar-se de modo exaustivo com a simples forma de uma explicação verbal ou uma definição, mas pode esclarecer-se mediante exemplos ilustrativos".

Sobre a equidade, explica que:

> O legislador que utiliza tais expressões tem sem dúvida, presentes aqueles casos sobre cuja apreciação existe um consenso geral, segundo a pauta indicada. A pauta contém uma idéia jurídica geral que sugere uma orientação segundo certos pontos de vista. Assim, a pauta da boa-fé, faz referência tanto ao ponto de vista do resgate da confiança manifestada e posta em causa, como à consideração da relação recíproca entre as partes; a equidade significa um *justo equilíbrio*, seja na relação entre as partes do contrato (§ 315 do BGB), seja entre o lesante e o lesado (§ 847 do BGB). (itálico nosso).

Equilíbrio, este é o sentido. Iremos estudar vários autores, várias teorias e algumas visões, mas guardemos conosco a simplicidade da explicação acima, porque no fundo, tanto na interpretação-integração do contrato como da lei, o que se busca, sempre e em última análise é o equilíbrio.

---

[172]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 353.
[173]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 451.
[174]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 410.

Além de outras[175] funções (dulcificação da lei, resolução da norma jurídica e correção da lei)[176], a equidade, segundo o entendimento tradicional, exerce também uma função integradora, a de ponderar as circunstâncias do caso lacunoso que reclama solução jurídica, mas esta visão segue ultrapassada, naquele sentido que tem na sua base uma concepção normativista e legalista de justiça que afirma uma igualdade lógico-abstrata com sacrifício da justiça do concreto e em que, por isso, tinha sentido o recurso a equidade para desempenhar aquelas funções. Coloca-se hoje o caso concreto como centro das preocupações da metodologia jurídica e, em consequência, compreende-se a equidade como um momento da concreta realização do direito, de *standard*, ou seja, "o que constitui uma dimensão ontológica da justiça".[177]

Mais adiante, conclui que "sendo a justiça do caso concreto, a equidade está presente na aplicação das normas jurídicas e, portanto, não constitui um processo de integração".[178]

Maria Helena Diniz[179], seguindo os ensinos de Aristóteles, afirma que "a equidade é uma virtude da qual deve lançar mão o aplicador, para temperar os rigores de uma fórmula demasiado genérica, fazendo com que esta não contrarie os reclamos da justiça".

A ideia é que diante de uma generalização da norma, possa o aplicador, através da equidade, buscar restringi-la ao caso sob sua apreciação, buscando o justo, dentro da fórmula aristotélica,[180] segundo a qual o equitativo, embora melhor do que um gênero de justiça é não obstante justo e não pertence a outra qualquer categoria superior ao justo. Portanto, a mesma coisa é justa e equitativa, e embora sejam ambas boas, o equitativo é superior.[181]

3.3.3.2 Aplicação da equidade onde não há lacuna

Bem de acordo com o entendimento atual da aplicação da equidade entendemos a explicação de José de Oliveira Ascensão[182], onde argumenta que a equidade "(...) não está

---

[175]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 355-356.
[176]Ibid., p. 244. Sobre esse papel da equidade: "Desempenha a equidade o papel de um corretivo, de um remédio aplicado pelo julgador para sanar defeitos oriundos da generalidade da lei, pois a aplicação fiel de uma norma a um caso concreto poderia ser injusta ou inconveniente".
[177]Ibid., p. 355-356.
[178]Ibid., p. 355-356.
[179]DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 244.
[180]ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco, livro V, apud DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 244.
[181]DINIZ, op. cit., p. 244, nota 179.
[182]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 430.

necessariamente vinculada à matéria da integração das lacunas do sistema jurídico". Para o doutrinador, a equidade é empregada mesmo quando há norma, ou seja, não só na sua ausência, isso nas ocasiões em que se requer um ajustamento da determinação legal, ou quando a lei deixa o espaço para a sua complementação pelo aplicador. Isso ocorre basicamente quando há indeterminação, como no caso do parágrafo único do art. 944 do CCB 2002, onde consta que: "Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, *equitativamente*, a indenização" (grifo nosso).

A equidade representa[183] o mais significativo processo extra-sistemático de integração de lacunas e que há equivoco ao afirmar-se ser um processo exclusivamente judiciário, já que as próprias partes, ao cederem reciprocamente numa determinada demanda[184] estão fazendo justiça, querendo dizer com isso, que ao recorrer-se a um processo extra-sistemático de solução de litígios, isso não deve significar unicamente a reserva da integração das lacunas a uma entidade exterior às partes, que ficaria com o poder de resolver o litígio em definitivo.

No Direito brasileiro, por força do que preceitua o art. 127[185] do CPC, existe restrição do emprego da equidade, o que nem sempre foi assim, conforme explica Miguel Reale[186]:

---

[183]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 430.

[184]O autor exemplifica com uma ação de demarcação.

[185]Art. 127 do Código de Processo Civil brasileiro: "O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei".
Casos de equidade no Código Civil brasileiro:
"Art. 413. A penalidade deve ser reduzida eqüitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio".
"Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato."
"Art. 738. A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes do bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço.
Parágrafo único. Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá eqüitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano."
"Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.
Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser eqüitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem."
"Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização."
"Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte o ofendido.
Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso".
Casos de equidade no Código de Processo Civil brasileiro, além do art. 127 já citado:
"Art. 20. (...)

> O nosso Direito Positivo possibilitava ao juiz, quando autorizado a decidir por equidade, a aplicar no caso a regra que estabeleceria se fosse legislador, consoante o já lembrado art. 114 do Código de Processo Civil de 1.939, infelizmente substituído pelo rigorista art. 127 da atual Lei Processual.

No Direito brasileiro a equidade só poderá ser empregada como solução do caso concreto, quando devidamente autorizada pela lei, o que também ocorre no CCP, em seu art. 4º[187], razão pela qual José de Oliveira Ascensão a desqualifica como um processo normal de integração e aponta como inconveniente de sua aplicação, é que segundo ele, após a solução do litígio por equidade, tudo volta à estaca zero, ou seja, o caso deve ser decidido somente por suas particularidades, trazendo incerteza e o esquecimento da preocupação generalizadora manifestada pelo legislador.[188] Como ponto positivo de sua aplicação, está em permitir uma maior adequação no caso concreto.

Não vemos da mesma forma, já que se a ideia atual é mesmo de se destacar o caso decidendo buscando a decisão que o solucione da melhor forma, sendo natural que surjam decisões diferentes para casos idênticos, mas que não sejam iguais. O que torna segura a aplicação da equidade é a obrigatoriedade da fundamentação, aqui nos valendo a fundamentação através das máximas de experiência, que estudaremos em capítulo próprio, mas que em resumo, possibiltam ao julgador, mesmo quando recorra a elementos estranhos ao mundo jurídico fundamente sua decisão, mesmo que tais elementos emerjam, p.ex., da sabedoria polpular que parte de uma constatação científica, como adiante veremos, mas que não custa exemplificar neste momento de nossos estudos, para fins de argumentação, portanto, é certeza de que em água empoçada surjam larvas de moléstias graves, sendo esta

---

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior".

"Art. 1.109. O juiz decidirá o pedido em (10) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna"

Eqüidade no Código Civil português:

"Artigo 812

(Redução eqüitativa da cláusula penal)

1. A cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a eqüidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente; é nula qualquer estipulação em contrário."

[186]REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 295.

[187]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 431. - Art. 4 do Código Civil português: "Os tribunais só podem resolver segundo a equidade: a) Quando haja disposição legal que o permite; b) Quando haja acordo das partes e a relação jurídica não seja indisponível; c) Quando as partes tenham previamente convencionado o recurso à equidade, nos termos aplicáveis à cláusula compromissória".

[188]Ibid., p. 432.

uma verdade conhecida do comum das pessoas, mas que encerra uma constatação científica que irá amparar uma decisão.

3.3.3.3 A busca pela decisão justa

Após a leitura dos textos que acima referenciamos, certamente uma questão nos surge e foi levantada por Karl Larenz[189] e assim colocada: "A questão de como é possível ao juiz chegar à decisão justa dos casos, com a ajuda da lei ou, porventura, sem ela, ocupa todos os autores modernos da metodologia jurídica."

Mais adiante, Larenz ao comentar as ideias[190] de Esser sobre a *law in action*[191] e a criação do Direito por parte do juiz[192], levanta outra questão, que também nos tem aturdido ainda hoje:

> Deve-se perguntar, porém, se ESSER não subvalora em excesso o significado do texto e com ele a participação do legislador na "law in action", ao sublinhar repetidamente que o que é na realidade Direito vigente é determinado em primeira mão pela jurisprudência (ou seja, na terminologia de ESSER: a actividade decisória dos tribunais). A questão está em saber, onde esta se prende com o texto legal.

Abaixo reproduzimos texto de Délio Maranhão[193], que ao nosso ver, responde às duas questões e bem deixa ver o que se espera da utilização da equidade pelos tribunais:

> Levar o juiz em conta, na aplicação da lei, as circunstâncias do caso concreto, ajustar a lei à espécie, aplicá-lo humanamente, decidir, enfim com eqüidade, dentro dos limites da norma é função legítima do julgador. O que não lhe será possível é negar aplicação à lei, o direito sob pretexto de eqüidade. Esta, infelizmente, a tendência demasiado freqüente de certos juristas que, na verdade, ignoram o direito e pretendem remediar essa

[189]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 190.

[190]ESSER, 1990, apud LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 191. Além do que já dissemos quando tratamos da diferença entre analogia e interpretação extensiva, Esser, em resumo, entende que se: "Há um determinado problema de fundo que obriga a elaborar uma solução; esta, a princípio, obtém-se de forma puramente casuística, sem pesquisa nem demonstração de princípios; procura-se depois um apoio, em termos pragmáticos, para a solução encontrada, recorrendo a esta ou àquela fonte legal apropriada; só quando as contradições sistemáticas se tornam impossíveis de disfarçar é que se confessa que as fontes foram utilizadas como simples ponto de apoio sistemático para um princípio jurídico cujo alcance é muito mais vasto".

[191]*Law in action*, segundo Larenz, é "o desenvolvimento do direito que se vai por si continuamente realizando", (LARENZ, op. cit., p. 190, 194, nota 189.).

[192]Sobre o tema nos referimos quando tratamos da diferença entre interpretação e integração, na parte do final do ponto em que tratamos da diferenciação entre analogia e interpretação extensiva.

[193]MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2008. v. 1, p. 169.

> ignorância recorrendo à eqüidade... A eqüidade deve ser uma ambiência, uma atmosfera. Não é um fim em si mesma, mas um meio. Deve ser manejada por mãos de artista, por juristas que conheçam o direito "tout court", e não por aqueles que o ignorem e tentem suprir suas próprias deficiências por uma eqüidade que não é, em realidade, senão uma concepção primária.

Antes de verificarmos os comentários de Karl Larenz acerca das questões acima postas e que muito nos interessam quando estamos diante de uma ambivalência que se resume à aplicação do direito ou à aplicação da equidade, ou de um, ou de ambos, a explicação de Délio Maranhão não deixa qualquer margem para dúvida, fazendo-nos crer que se deve então utilizar a técnica – a lei – e a razão – a equidade –, como forma de se alcançar o ideal de Justiça.

No mesmo sentido, Angel Latorre, com exemplo bastante significativo, recordando o juiz francês Magnaud, fala sobre o real papel da equidade[194]:

> Poderia pensar-se, e pensou-se bastante vezes, que muitas das dificuldades que se levantam se evitariam se se consentisse ao juiz decidir livremente, sem vinculação aos textos legais, seguindo ditames da sua própria consciência. Evoca-se por vezes a figura do juiz Magnaud, que na França de 1900 se tornou célebre por sentenças inspiradas mais em motivos de humanidade do que na letra da lei, como a mais famosa de todas, em que absolveu uma mãe solteira que tinha furtado um pão para alimentar o seu filho.

O autor explica que não se pode esquecer o Direito e a segurança jurídica, que requer justamente o império do abstrato sobre o arbítrio do juiz e a força dos sentimentos, por mais respeitáveis que estes sejam.

E completa Angel Latorre[195], que conciliar a vinculação à lei com a equidade ao julgar o caso concreto, encontrar o equilíbrio entre a segurança e a justiça, respeitar o Direito estabelecido, mas aplicá-lo com sentido humano e com a consciência do que tem de único e irrepetível qualquer problema individual, constitui a servidão e a grandeza dos juízes.

Essa questão já tão debatida e aparentemente simples é sempre atual, deixando-nos clara a dificuldade ainda presente da correta aplicação do direito e nos parece mesmo interminável, estando a suscitar constante debate, por não existir, apesar dos esforços, uma

---

[194]LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 1974. p. 119.
[195]Ibid., p. 119.

fórmula, uma regra, que possibilite ao intérprete avaliar com segurança e certeza, cada situação que lhe é proposta.

Retornando e completando a análise do pensamento de Esser, Karl Larenz[196] explica que o problema desse raciocínio é saber como essa "actividade decisória dos tribunais" se prende ao texto legal. Para Esser, o Direito é utilizado para guarnecer com uma fundamentação que satisfaça a solução já encontrada por outros meios e não como o ponto de partida, ou seja, achar a solução do caso em conformidade com o Direito.

Explica Larenz[197], que, segundo Esser, a fundamentação exerce uma função de controle, ou seja, quando o juiz abandona uma solução antes tida como a melhor, sempre que a esta não se revele passível de fundamentação, o que Larenz entende impossível, dada às inúmeras possibilidades de interpretação e preenchimento de lacunas postas à disposição do magistrado.

Prosseguindo com Karl Larenz[198], que agora analisa a visão de Wolfgang Fikentscher, assevera que para este autor, a busca da solução justa de um conflito do caso concreto também é o ponto central do trabalho de todo jurista.

Para Fikentscher, decisão justa é composta pelo que ele chama de *valoração material* e *valoração equitativa*, a primeira entendida como a adequação da norma decisória à situação de fato em questão e a segunda exige tratamento idêntico para o que deve ser identicamente valorado, ou seja, a mesma pauta para todos os casos similares.[199]

Larenz[200] explica que ao contrário de Esser, Fikentscher alinha-se ao modelo de subsunção, deixando claro, entretanto, que grande parte das regras que existem na lei não são estabelecidas de tal modo que permitam uma simples operação lógica de subsunção, requerendo antes a concretização, que não se restringe às vias de inferência lógica, complementando, que Fikentscher esclarece "que a norma à qual o juiz subsume o facto não seria na maior parte dos casos a regra patente na lei, mas uma norma que o próprio juiz

[196]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 194.
[197]Ibid., p. 196.
[198]FIKENTSCHER, apud LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 196.
[199]FIKENTSCHER, apud LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 196.
[200]FIKENTSCHER, apud LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 197.

constrói, se bem que sempre com base na regra legal, na perspectiva do caso a decidir", o que Fikentscher denomina de *norma do caso*.

3.3.3.4 A norma do caso

A *norma do caso* é obtida não por um procedimento meramente intuitivo, mas surge a partir da concretização feita pelo juiz especificando as diretrizes e os critérios de valoração que lhe são previamente dados por lei e no Direito jurisprudencial, tomando por base os pontos de vista jurídicos que ache adequados até o ponto em que nada mais se ofereça para uma decisão justa do caso, o que denomina de *processo hermenêutico* e o ponto em que é rompido, de *ponto de viragem hermenêutico*. Esse ponto de viragem surge quando "passa a não ser mais possível uma maior densificação sob as pautas da justiça material e equitativa, nem a continuação da especificação da norma, nem tampouco uma maior subdivisão dos conceitos pertinentes à situação de fato".[201]

Essa densificação achada no final de processo fornece então a denominada *norma do caso* relativamente à solução do fato permitindo sua valoração.

Lembramos mais uma vez Miguel Reale[202], que sobre a equidade remete-nos aos romanos, que já advertiam: *summum jus, summa injuria*. Complementando não ser rara a prática de injustiças perpetradas por magistrados formalistas ao extremo. Segundo Reale: "Há casos em que é necessário abrandar o texto, operando-se tal abrandamento através da equidade, que é, portanto, a justiça amoldada à especificidade de uma situação real".

Maria Helena Diniz[203] aduz que:

> S. Tomás de Aquino retomou a noção de equidade de Aristóteles, ao afirmar: "os atos humanos, que devem ser regulados pelas leis, são particulares e contingentes e podem variar ao infinito. Por isso, não é possível criar qualquer lei que abranja todos os casos; os legisladores nada podem fazer, pois legislam tendo em vista o que sucede com maior freqüência.".

Exemplifica com a determinação legal da devolução dos depósitos, que é justo na maioria dos casos, mas que em certas situações poderá representar perigo, como no caso do depósito de uma espada feito por um louco que, num acesso de loucura a exige de volta.

---

[201]FIKENTSCHER, apud LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 198.
[202]REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 295.
[203]DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 245.

3.3.3.5 Requisitos da equidade

Sobre a equidade, Limongi França[204] apresenta os seguintes requisitos:

> 1. A despeito da existência de casos de autorização expressa em lei, concernente ao uso da equidade, essa autorização não é indispensável, uma vez que não apenas pode ser implícita, como ainda o recurso a ela decorre do sistema e do direito natural;
>
> 2. A equidade, entretanto, supõe a inexistência, sobre a matéria, de texto claro e inflexível;
>
> 3. Ainda que, a respeito do objeto, haja determinação legal expressa, a equidade tem lugar, se o mesmo for defeituoso ou obscuro, ou, simplesmente, demasiado geral para abarcar o caso concreto;
>
> 4. Averiguada a omissão, defeito, ou acentuada generalidade da lei, cumpre, entretanto, antes da livre criação da norma equitativa, apelar para as formas complementares de expressão do direito;
>
> 5. A construção da regra de equidade não deve ser sentimental ou arbitrária, mas fruto de uma elaboração científica, em harmonia com o espírito que rege o sistema e, especificamente, com os princípios informadores do instituto objeto da decisão.

Interessante observar que neste último item dos requisitos fornecidos pelo autor, a menção ao *espírito do sistema*, ou seja, à decisão surgida após a aplicação da equidade, em muito se assemelha à *criação da norma ad hoc* do Direito português, que estudamos no item 3.3.2., ou seja, tanto no Direito lusitano, quanto no brasileiro, mesmo diante da aplicação da equidade haverá a necessidade da fundamentação e que esta esteja de acordo com o o sistema, sob pena de tratar-se de arbitrariedade e não de equidade.

3.3.3.6 Outros casos de aplicação da equidade no CCB de 2002

Além dos casos autorizados de equidade previstos na legislação brasileira, Maria Helena Diniz cita algumas situações que bem explicam o item número um (1) da classificação de Limongi França acima reproduzida, fundando-se numa classificação apresentada por Agostinho Alvim[205] que a divide em *equidade legal* e *equidade judicial*, sendo que a primeira, aquela contida no texto da norma, estaria presente nos seguintes dispositivos:

---

[204]FRANÇA, R. Limongi. *Aplicação do Direito Positivo.* São Paulo: Enciclopédia Saraiva. v. 7. p. 78-79.
[205]ALVIM, 1951, apud DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 250-251.

> No art. 1638, I, do CCB 2002, onde consta que: "Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou mãe que castigar imoderadamente o filho"; art. 569, do CCB 2.002, que dispõe: "O locatário é obrigado a servir-se da coisa alugada para os usos convencionados, ou presumidos, conforme a natureza dela e as circunstâncias, bem como tratá-la com o mesmo cuidado como se sua fosse"; no art. 395, parágrafo único, do CCB 2002, que prescreve: "Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado, e se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos"; no art. 402 do CCB 2002, que estabelece: "Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.".

Manda a renomada autora verificar-se ainda os artigos 166, II, 1557, I, 306, 400, 883, 363, 403, 557, III, 667 e 952, parágrafo único, todos do CCB 2002, também na Lei de Introdução ao Código Civil, em seus artigos 4º e 5º, que estabelecem a obrigatoriedade de julgar, por parte do juiz, em caso de omissão ou defeito legal, dentro de certos limites, e a permissão de adequar a lei às novas exigências, oriundas das mutações das instituições, explicando, que: "A lei equitativa é o meio-termo entre a fórmula geral e a fórmula que conviria para dado caso concreto". Há em todos os casos[206] um *standard* jurídico onde há um apelo implícito à equidade do magistrado, a quem cabe julgar do enquadramento ou não do caso, em face às diretivas jurídicas.

Sobre a *equidade judicial*, ela estaria presente quando explicitamente o legislador incumbe o órgão judicante de utilizá-la em suas decisões, como, p. ex., além dos dispositivos que citamos alhures, no caso da Lei de Arbitragem, Lei n. 9307/96, em seu art. 11, II e do art. 127 do CPC, já citado.

A professora Maria Helena Diniz[207] aduz que "o pressuposto da equidade legal ou judicial é a flexibilidade da lei. Lei inflexível e equidade são ideias que se repelem", exemplificando com o art. 1521 do CCB 2002, que não admite equidade por ser inflexível, ao proibir o casamento entre ascendentes e descendentes.

---

[206]ALVIM, Agostinho. *Da equidade*. *Revista dos Tribunais*, ano XXX, v. CXXXII, fasc. 494, p. 3, 1941, p.3.
[207]DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. p. 252.

3.3.4 O costume

3.3.4.1 Algumas definições de costume

Buscando uma definição para o costume, recorremos a Karl Larenz[208], para quem o direito consuetudinário é:

> (...) uma regra de comportamento entre pessoas, observada de facto preponderantemente durante largo tempo, que é acatada com a consciência de com isso se estar a cumprir um mandado do Direito. Para a constatação de um Direito consuetudinário não basta por isso a prova de que as pessoas se comportam efectivamente assim, mas tem que acrescer a asserção fundamentada de que tal comportamento é expressão de uma convicção jurídica que o acompanha.

Antonio Santos Justo[209] assim o define:

> Trata-se duma fonte anônima do direito, sem origem certa ou paternidade, cujas normas têm a sua eficácia automaticamente assegurada: os próprios interessados e destinatários são os responsáveis pela sua constituição e subsistência, sendo seus elementos fundamentais, o corpus (elemento material), que representa uma prática social reiterada em determinado grupo unido por determinados fatores (profissão, religião, etc.) e o animus (elemento espiritual), que é a consciência ou reconhecimento, pelos membros do grupo social de que aquela prática é juridicamente obrigatória.

Para Carlos Maximiliano[210]: "Costume é uma norma jurídica sobre determinada relação de fato e resultante de prática diuturna e uniforme, que lhe dá força de lei. Ao conjunto de tais regras não escritas chama-se Direito Consuetudinário".

O que podemos observar em análise às definições, é que, em suma, a prática reiterada em determinados grupos sociais leva à formação do costume como fonte de direito e que a preocupação com a segurança jurídica prende-se, em certa medida, à incerteza de sua origem, não enquanto fonte de direito propriamente dito, mas mesmo em relação a determinado hábito ou uso que adquire força jurídica.

Com relação à sua forma, Antonio Santos Justo[211] afirma, dando sequência a seu raciocínio anterior, tratando dos requisitos do costume, menciona o que não se deve levar em consideração:

---

[208]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 504.
[209]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 207.
[210]MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 154.

> Não constituem requisitos a sua racionalidade, consagração legal, imposição estatal e nem mesmo a sua não redução por escrito: aquela, porque, sendo embora absurdo que o Estado atribuísse valor de Direito a práticas irracionais, contrárias à natureza física ou moral dos homens ou aos princípios superiores da justiça, a suspeita de irracionalidade também pode recair sobre a lei e, se esta deve ter racionalidade, não constitui uma característica particular do costume; a consagração legal, porque não será do que quer que as leis digam que dependerá a validade ou a invalidade jurídica do costume, mas unicamente do mérito da sua própria juridicidade e dos factores que garantam a sua inserção na normativa vigência do "corpus iuris"; a imposição estatal, porque, não sendo a coercibilidade essencial ao direito, a valia do costume não depende do seu acatamento pelos órgãos do Estado; e a não redução a escrito, porque nada impede que os costumes sejam fixados por escrito e até compilados.

Portanto, nenhuma exigência há para que o costume se efetive como norma de direito, que não seja escrito, aliás, uma tendência que se observa na Justiça nacional, de uma maneira geral, habituada à produção de provas e que vê no papel escrito sua melhor representação.

Mais uma vez recorrendo a Angel Latorre[212], sobre o costume afirma que:

> As razões pelas quais determinados factos sociais acabam por ser considerados como expressões de normas obrigatórias têm de ser indagadas pelos sociólogos, os psicólogos e outros especialistas nas ciências humanas e sociais. Do ponto de vista jurídico, o que importa é o facto de esse fenômeno se produzir e de, portanto, sobretudo nos povos primitivos, o costume ser uma fonte de direito.

E podemos completar que o costume é uma fonte poderosa, muitas vezes com poder de revogar a própria lei.

3.3.4.2 Referências históricas sobre os costumes

Nas sociedades primitivas era o costume que ditava as normas, já que não havia qualquer outra forma de regular as relações entre os indivíduos. Após o surgimento da lei, ambas, lei e costume, caminharam por certo tempo na mesma direção, até que o legislador acabou por limitar e até mesmo recusar a aplicação do costume.

No direito romano, desde a fundação de Roma que data de 753 a.C., até os idos do século V a.C. a única fonte do direito era o costume e quando foi substituído pela Lei das XII

---

[211]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 208.
[212]LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 1974. p. 85.

Tábuas[213], entrou em viva decadência. Entretanto, os jurisconsultos romanos criaram uma forma – a *consuetudo*, de corrigir a *Lex* do imperador, denominada *constitutio principis* que passou a ser a única fonte de direito.[214]

Na Idade Média, ganhou vitalidade, passou a coexistir com a lei e depois perdeu novamente importância, mas não deixou de existir, sendo que na Idade Moderna, na medida em que o estado se afirmava, foi perdendo importância, até que na Idade Contemporânea, diante do racionalismo iluminista, foi varrido dos códigos.[215]

No Direito português, que, conforme atrás afirmamos, até certo período, confunde-se com o nosso, com o reinado de D. Afonso II, a função legislativa toma vulto e ampliou-se sucessivamente com o costume, que adiante cedeu à primazia da lei, considerada expressão máxima da vontade do monarca. As ordenações[216] Afonsinas, publicadas por D. Afonso V (1446), as Manuelinas, de D. Manuel (1512-1521) e, após o domínio da Espanha, as ordenações Filipinas (1603) que vigoraram no Brasil até 1916, quando da edição do Código Bevilacqua, mantiveram o costume como fonte do direito pátrio, até que a Lei da Boa Razão[217] afastou definitivamente o costume *contra legem* e estabeleceu que os costumes

---

[213]JUSTO, afirma: "A Lei das XII Tábuas é fundamentalmente uma compilação dos costumes romanos (*mores maiorum*). Também o *Droit Coutumier* francês foi compilado nos séculos XVI e XVII. E o mesmo sucedeu com muitos foros municipais e costumes locais nos direitos espanhol e português". Asseveramos: também no brasileiro. (JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 208.)

[214]Ibid., p. 209.

[215]Ibid., p. 209.

[216]"Ordenações por serem o resultado de uma ordem do rei". (REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 150.).

[217]Sobre a lei da Boa Razão: (18/08/1769) - A Lei da Boa Razão é o mais importante documento legislativo português da era pombalina, é o texto legal que caracteriza as ideias do Marquês de Pombal, em relação à posição do Estado em face da aplicação do Direito. A Lei cuida do processo judicial e previa o apenamento do advogado que se valia de interpretações maldosas e enganosas, nos processos judiciais entre outras coisas. A Lei da Boa Razão foi promulgada em 18 de agosto de 1709 e cuidava de coibir e regular tudo aquilo que existia de errado antes dela. Contexto: Foi promulgada no tempo dos déspotas esclarecidos, onde Portugal passava por momentos de transformação do Estado, no reino de D. José, quando este pontificou a figura do Marquês de Pombal. Conteúdo: A lei consta de um preâmbulo do rei D. José repleto de verbos no imperativo (faço, quero, mando) e de catorze parágrafos, além de um pequeno final, com ordens específicas para o fiel cumprimento de seu conteúdo.
Parágrafo 1 - Proíbe decisão judicial contra direito expresso, à época, as ordenações e as leis destes meus reinos (...).
Parágrafo 4 - Dá aos Assentos da Casa da Suplicação a autoridade máxima na interpretação do direito, enquanto jurisprudência, antecipação da súmula vinculante.
Parágrafo 5 - Eleva os Assentos a categoria de leis, enquanto fonte normativa.
Parágrafo 6 - Obriga aos juízes recorrerem aos Assentos.
Parágrafo 7 - Penaliza os advogados que se valem de interpretações enganosas, maldosas e recursos meramente protelatórios.
Parágrafo 8 - Confere competência máxima à Casa da Suplicação em Lisboa (...).
Parágrafo 9 - Define o que é boa razão (...).
Parágrafo 10 - Reforça as leis do reino com repulsa ao Direito Romano (*Corpus Juris Civilis*, de Justiniano).
Parágrafo 11 - Confirma o rei como fonte interpretativa mais graduada.

secundum legem e *praeter legem* deviam ser de acordo com a boa razão e ter mais de cem anos de existência.

3.3.4.3 Classificação dos costumes

Sobre a classificação do costume[218] existem, como acima nos referimos, três espécies de costume, o *secundum legem*, que está previsto no texto escrito, que a ele se refere, ou manda observá-lo em alguns casos, como Direito Subsidiário; o *praeter legem*, que substitui a lei nos casos pela mesma deixados em silêncio, preenchendo as lacunas das normas positivas, servindo, da mesma forma como elemento interpretativo e o costume *contra legem*, que se forma em sentido contrário ao das disposições escritas. Com relação a esta última espécie de costume, sem nos posicionarmos, recordamo-nos de caso em que determinado juiz da região onde vivemos deixou de condenar determinado cidadão pela prática de crime relacionado à exploração de casa de prostituição, alegando, em síntese, que a casa de prostituição pertencente ao indivíduo estava localizada ao lado de um motel próprio para encontros amorosos, geralmente ilícitos, e também para fins de prostituição, e que não teria sido alvo da ação das autoridades policiais. Segundo o magistrado, é habitual, costumeira e tolerada, há séculos, a prática da exploração da prostituição e até legalizada, no caso dos motéis, e que a evidência do tratamento desigual entre iguais o impedia de condenar. Sem aderir à polêmica que tal decisão suscita, temos que, talvez o grande equívoco da sentença, esteja em igualar um simples uso – ou tolerância – a um costume, como adiante veremos.

Parágrafo 12 - Proíbe o Direito Canônico no Tribunais Civis.
Parágrafo13 - Proíbe o uso das glosas Medievais de Accursio e Bartholo.
Parágrafo 14 - Manda observação dos costumes, definindo como condição de validade que tenham mais de cem anos.
Influência sobre o Direito em Portugal e no Brasil: A Lei da Boa Razão inovou profundamente no Direito Português oitocentista, retomando o caminho da corrente racionalista do humanismo. Rei e Razão serão as fontes do Direito (...). No Direito brasileiro proíbe o *non liquet*[1], exigindo soluções para todos os casos levados a juízo. Assim quando a lei for omissa o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito (...).
1 - *Non liquet* - expressão latina que significa "para mim, não está claro". Esta alegação era feita pelos Magistrados, para justificar que não julgariam um determinado processo.

[218]MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 156.

3.3.4.4 Sobre o fundamento jurídico do costume

Para Angel Latorre[219]o fundamento do costume é tema bastante polêmico. Para a denominada *Escola Histórica do Direito*, de cujo principal representante foi Friedrich Carl Von Savigny, que influenciou o Direito de vários países, inclusive da Espanha, o costume era "a pedra angular de toda a sua concepção de Direito". Conforme Latorre, para Savigny, o Direito, tal como a linguagem e outras manifestações culturais, era o produto espontâneo do espírito popular, o famoso *Volksgeist*[220], que se manifesta originariamente no costume. Para o autor, à medida que aumenta a complexidade da vida social torna-se necessário o aparecimento duma classe social especializada na interpretação desse espontâneo direito popular e dessa mentalidade da comunidade, que são os juristas, que faz nascer o *Juristenrecht*, ou, o *direito dos juristas* que não é mais do que uma "canalização e aperfeiçoamento do antigo direito consuetudinário através duma técnica própria, mas cujo fundamento é o mesmo, que dizer, o espírito popular, que agora se exprime através dos juristas".[221] Para esta escola, a lei, fruto de uma criação autoritária do Direito por parte dos órgãos estaduais, "só deve ter uma missão complementar naqueles casos em que é necessário, excepcionalmente, fixar, discricionariamente certas normas, como acontece, por exemplo, com a fixação de prazos".[222]

Por suas características, a *Escola Histórica do Direito*, surge em franca confrontação com a legislação racionalista trazida pela Revolução Francesa e Napoleão, inserindo-se num movimento cultural muito amplo, de sentido romântico, que domina a cultura europeia na primeira metade do século XIX. Para Latorre[223], "Tipicamente romântica é aquela ideia de 'povo' como unidade mística dotada dum 'espírito', que se revela nas suas várias manifestações culturais". O autor explica que a Sociologia admite que um povo é na realidade um agregado de grupos diversos e que as suas manifestações culturais refletem os componentes e os conflitos existentes entre eles, assim como as relações de influência e poder. Assim, conclui a própria tarefa dos jurisconsultos romanos, que constitui o exemplo

[219]LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 1974. p. 83.
[220]Segundo a Escola Histórica, o povo é um ser vivo marcado por forças interiores e silenciosas que segrega uma espécie de consciência popular, o espírito do povo (*Volksgeist*). O povo é anterior e superior ao Estado e é do espírito do povo que brota tanto a língua como o direito, consideradas produções instintivas e quase inconscientes que nascem e morrem com o próprio povo. No caso específico do Direito, o costume teria de ser mais importante do que a lei, porque o que emana do *Volksgeist* tem que estar numa posição superior aos próprios ditames do Estado.
[221]Ibid., p. 83.
[222]Ibid., p. 83.
[223]Ibid., p. 84.

típico apresentado por Friedrich Carl Von Savigny, é muito possível que represente uma atitude essencialmente aristocrática dentro da sociedade romana e é difícil determinar, segue o autor, em que medida recolhe realmente as aspirações coletivas do povo romano.

Interessante ainda seguirmos com Angel Latorre[224], porquanto lembra, que a própria história do direito europeu encarregou-se de pôr por terra a doutrina de Savigny, por ele não conseguir explicar o fato de que a partir do século XI, o direito romano, reelaborado na Escola de Bolonha[225], é recebido como direito próprio em vários países, inclusive a Alemanha, que

[224]LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 1974. p. 84-85.

[225]FURMANN, Ivan; SILVA, Thais Sampaio da. Direito pré-moderno: um contributo histórico e uma crítica presente. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7902. Acesso em: 18 ago 2008. Sobre a Escola de Bolonha: A Escola de Bolonha foi originariamente uma escola de Artes. Diferenciava-se das escolas medievais tradicionais porque estas permaneciam intimamente ligadas ao ensino teológico, o que caracteriza a Idade Média. A origem profana e citadina da Escola de Bolonha influenciou sobremaneira o estudo do Direito por um ângulo inovador. A libertação do primado da teologia a diferenciava das demais instituições da época . Destaca-se, nesse sentido, a criação do *studium civile* de Bolonha, uma escola jurídica profana. A utilização dos textos clássicos remontou a proposta universalista do império romano. Alia-se a essa característica a utilização do *trivium* escolástico das universidades medievais. A propedêutica foi o substrato dos estudos em Bolonha. A releitura dos textos jurídicos antigos a partir de tais disciplinas originou um "entusiasmo acadêmico" que, notoriamente, será estranho à atitude moderna, pois pautada na crença da autoridade e do formalismo intelectual. Nota-se que a Escola de Bolonha deteve acesso progressivo a textos anteriormente proibidos pela igreja, a qual monopolizava o saber durante a idade média, como os escritos de Aristóteles (*Organon*). Logo, o desenvolvimento de Bolonha está intimamente ligado ao movimento cultural (germes de modernidade) e ao desenvolvimento econômico (germes capitalismo) que desembocaram nas cidades mercantis italianas. Se de um lado a aplicação do Direito Justinianeu gerou diversos conflitos nesse período medievo, devido às diferenças históricas gritantes entre as realidades medieval e imperial romana. Por outro lado, a autoridade dos textos antigos os fazia intocáveis. "O *Corpus Iuris* gozava da mesma autoridade no pensamento jurídico – em virtude da crença na origem providencial do império –, constituindo mais do que um jogo de palavras o dizer-se que ele teve sobre o sentimento jurídico medieval a força de uma *revelação* no plano do direito". Por isso, a solução para a superação de tal impasse era o constante esforço interpretativo e criativo. A principal herança histórica dessa Escola. A ideologia que permeia a igreja romana medieval é a de que o Direito romano refletia o Direito da Humanidade, do gênero humano. Tal fato reflete a crença na sua pretensa dignidade histórica e autoridade metafísica (ligada ao surgimento do Cristianismo). O *Corpus Iuris Civile* não era utilizado apenas por juristas, mas também por teólogos em escritos sobre a moral. Percebe-se que a adoção do Direito Justinianeu não era apenas uma questão técnica-formal, mas também uma necessidade daquela sociedade em resgatar um fundamento seguro para uma ética político-social. O Direito Justinianeu chegou a ser considerado a *ratio scripta*. Em relação às técnicas de estudo, a expositiva é trazida do *trivium* escolástico para o estudo do Direito, absorvendo-se muitas de suas características. São comuns o uso da glosa gramatical ou semântica, a interpretação dos textos, a concordância e a distinção. A interpretação dos glosadores, entretanto, difere das exegeses modernas. Sua técnica de interpretação está calcada na harmonização-estruturação de ideias pautadas em princípios predeterminados pelo fundamento da autoridade. Em sua interpretação, os glosadores, não precisavam (e nem pretendiam) por a prova a justiça do texto clássico (afinal o texto era sacro e, portanto, intocável); também não pretendiam compreendê-lo ou fundamentá-lo historicamente; nem tampouco buscavam conciliá-lo com a necessidade prática. "O que eles queriam era antes comprovar com o instrumento da razão – que, para eles, era constituído pela lógica escolástica – a verdade irrefutável da autoridade". Por ser parte de uma verdade absoluta, cada parte do texto constitui, em si mesma, uma verdade absoluta. A glosa (comentário escrito nas margens do texto) é, portanto, a forma básica utilizada. Destacam-se os estudos de figuras de dedução lógica aristotélica, aliás, a utilização da filosofia aristotélica em contraposição a perspectiva da filosofia platônica irá ser uma das influências na formação da racionalidade moderna. Perceba-se que apenas parte da filosofia aristotélica é absorvida (analítica), olvidando-se da dialética. Os glosadores também realizavam atividades que pretendiam a compatibilização de textos contraditórios – através de operações de divisões/subdivisões e sínteses – a fim de comprovar o caráter absoluto e total contido nas verdades dos textos. Foi a partir da referida técnica de

nunca pertenceu ao Império Romano, exceto algumas ínfimas porções do seu território. Assim, o fato de como o espírito popular alemão teria assimilado essa recepção de um direito alienígena, que, aliás, provocou muitos conflitos, era um fato difícil de explicar na doutrina da Escola Histórica.

Assim, concluindo, do ponto de vista jurídico, importa mesmo é o fato desse fenômeno se produzir, sobretudo nos povos primitivos o costume ser uma fonte de direito. Se pretendermos dar à existência do costume uma fundamentação teórica geral[226], podemos escolher, com muitos juristas, a ideia de que o seu fundamento está também na vontade geral, que aqui se exprime diretamente, ao passo que na lei se manifesta de forma indireta, através da criação do Direito pelo poder público, que em boa teoria democrática é a expressão dessa vontade geral. Nos direitos estaduais modernos, como se tem repetido, o costume ocupa um lugar secundário e submetido à lei como forma suprema de criar o Direito e só é admitido como fonte do direito quando a lei o permite.[227]

Podemos citar que[228] além da *Escola Histórica*, algumas outras escolas que deles de ocupam e que destacamos, como aquela que considera o costume como *um produto da vontade do legislador*, quando afirmam que a lei e o costume derivam da *voluntas legislatoris*

---

compatibilização de regras que se forma a primeira dogmática autônoma da História européia (*Summa ordinaria*). Este conjunto de interpretações formou o antepassado da dogmática jurídica. A dogmática, portanto, surgiu a partir de uma proposta permeada em verdades absolutas. "Na verdade, a jurisprudência manteve-se até à atualidade (como para além dela, apenas a teologia) como uma dogmática – que pressupõe uma autoridade pré-estabelecida e absoluta de certos dogmas acerca da verdade (...)". A dogmática medieval, portanto, era permeada pela ideia da autoridade do texto do *Corpus Iuris Civile*, sendo sua atividade uma constante busca pela *ratio legis* (razão da lei). O que diferencia a Escola de Bolonha da racionalidade jurídica moderna (em especial a jusnaturalista) será que a primeira observou sempre a dogmática como um substrato necessário para o processo de interpretação criativa enquanto que a segunda criou o mito do dogma para impor de forma acrítica o Direito Romano como *ratio scripta*. O ardil da racionalidade jurídica moderna está na impossibilidade de interpretação do dogma, algo que sequer a Escola de Bolonha cogitava. Os principais glosadores foram objeto de muitos textos biográficos. Entretanto, os seus predecessores ainda permanecem em certa obscuridade pela falta de informações históricas. Nesse sentido, nota-se a importância da Escola de Bolonha no cenário político medieval, sendo reconhecida tanto pela Igreja quanto pelos reis da Lombardia. Destaque-se ainda que, apesar de ser Bolonha o centro de referência no estudo do Direito Romano, seu estudo não ficou restrito a escola de Bolonha, existindo notícias sobre seu estudo em regiões do sul da França, da Catalunha e Grã-Bretanha. A partir do método escolástico, os textos produzidos nessas regiões posteriormente seriam utilizados pelos glosadores. Importante notar, que em Bolonha os estudos sobre o Direito Romano ganham relativo avanço e suporte graças à sistematização do conjunto da obra. Outra questão de destaque é a formação em massa dos juristas, formando assim uma categoria social, responsável pela administração pública, pelo manuseio do Direito. Portanto, provenientes da elite, surgem, ao lado dos clérigos, os juristas ou legalistas responsáveis pela racionalização da justiça. O Direito Romano passou a ser um fundamento para a justificação de força sócio-política em relação aos direitos locais, as palavras sacras do dogma romano constituíam autoridade acima das partes num litígio. A necessidade do uso de um Direito geral influenciou sua recepção nos moldes da Escola de Bolonha. São estas características que mantiveram o Direito Romano como base do Direito privado alemão e, enfim, europeus modernos.

[226]LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 1974. p. 86.

[227]Ibid., p. 85-86.

[228]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 212.

e as críticas a essa corrente são fundadas, principalmente, por não distinguir a vontade do legislador democrático do absolutista, por achar que o legislador conhece todos os costumes; uma autorização do Estado, pois, em si e por si, o costume não é *fons iuris*, porque a juridicidade é atribuída pelo Estado através da lei, sendo esta corrente criticada, porque falta à lei a legitimidade para atribuir ou excluir a juridicidade das normas consuetudinárias, pois a sua própria juridicidade não resulta do seu título político-jurídico, antes é determinada pelos valores e princípios normativos que a consciência jurídica geral duma comunidade sintetiza e dão o sentido fundamental.

3.3.4.5 O costume como fonte de direito

Acerca da origem do costume como fonte de direito, Maria Helena Diniz[229] traz uma concepção interessante, senão curiosa, ao citar o mexicano Altamira, quando este se refere ao fim da *concepção romântica* apregoada pela escola de Friedrich Carl Von Savigny:

> Quanto ao costume jurídico, a comprovação de sua origem oferece, ademais, o fato, um tanto surpreendente à primeira vista, de que grande parte dessa espécie normativa tenha nascido por obra de funcionários do Estado ou de Corporações que possuíam a faculdade de se regerem por normas próprias e de impô-las a todos os homens que delas dependiam, e em que a colaboração de vários indivíduos para se determinar o sentido e a forma dessas normas de conduta e depois para se aceitá-las.

Tal apontamento nos leva à reflexão de que o costume, como fonte de direito, pode surgir em determinados grupos com mais ou menos força perante a opinião pública e que passo a passo vão impondo suas ações como usuais – não costumeiras –, muitas vezes até mesmo ao arrepio da lei, nem sempre para o bem. Entretanto, não se pode negar que vivemos sobre o primado da lei e que esta, em primeiro lugar deve ser cumprida, somente cabendo a aplicação do costume diante de sua falta absoluta e que simples usos não são costumes.

A propósito, é o que defende Miguel Reale[230] quando esclarece que, atualmente, mesmo não prevalecendo mais a redução do direito à lei, há de se reconhecer alguns benefícios trazidos pela já citada Escola da Exegese, enumerando-os como: "a clarificação dos conceitos, a disciplina dos institutos jurídicos e sua sistematização". Complementa este seu raciocínio, afirmando que "no Direito brasileiro, filiado à tradição romanística, também se

[229]DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 188.
[230]REALE, Miguel. *Novo Código Civil brasileiro.* Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 153.

deu análogo movimento de afirmação da supremacia do processo legislativo, que, com naturais abrandamentos, corresponde à índole de nossa cultura e de nossa gente".

Miguel Reale[231] alerta que: "Nada assegura mais a obediência às leis do que a justiça que nelas seja declarada como fim próprio".

Para entendermos mais sobre o costume, Reale nos concita ao estudo do processo legislativo em comparação com a experiência do direito consuetudinário, o que procuraremos fazer através da criação de um quadro comparativo, fundado evidentemente no citado jurista nacional.[232]

3.3.4.6 Quadro das principais diferenças entre costume – a experiência – e a lei – o processo legislativo

LEI	COSTUME
Origem: Sempre certa e predeterminada. Há sempre um momento no tempo, e um órgão do qual emana o Direito legislado. Se lei federal, o congresso, através das câmaras (dos deputados e dos senadores). Portanto, não sofre qualquer dúvida.	**Origem:** Não tem origem certa, nem se localiza ou é suscetível de localizar-se de maneira predeterminada. Geralmente não se sabe onde e como surgiu determinado uso ou hábito social, que aos poucos se converte em hábito jurídico, em uso jurídico.
Elaboração: A lei só se origina de um órgão certo, como, na sua formação, obedece a trâmites prefixados. É o resultado de um processo que já está previsto numa lei anterior e na própria Constituição.	**Elaboração:** Aparecem na sociedade de forma mais imprevista; ninguém poderia predeterminar os processos reveladores dos usos e costumes. É um ato consciente de um homem que, por atender a uma exigência social, passa a ser imitado e repetido. Há uma subconsciência social – por assim dizer – governando o aparecimento e a elaboração dos usos e costumes, tendo falhado todas as tentativas no sentido de subordinarmos esses processos e esquemas estereotipados.

continua...

[231]REALE, Miguel. *Novo Código Civil brasileiro.* Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 154.
[232]Ibid., p. 155-159.

Extensão: A lei é genérica já que possui um elemento de universalidade.	**Extensão:** A maioria dos costumes são particulares, atendendo a uma categoria de pessoas ou de atos, bem como a situações locais, de um município ou de uma região. Entretanto, é preciso ressaltar, que assim como há leis desprovidas de generalidade, também há costumes genéricos, como os que vigoram no Direito Internacional.[233]
Forma: A lei é sempre escrita.	**Forma:** Não escrito. Entretanto, casos há em que o direito consuetudinário é consolidado e publicado por iniciativa de órgãos administrativos, isso não comprometendo sua qualidade enquanto norma de direito, aliás, como já nos ensinou Antonio Santos Justo. Cita Miguel Reale o exemplo já trazido por Maria Helena Diniz, ao qual nos referimos alhures, sobre da Junta Comercial de São Paulo.
Vigência: A norma legal exatamente porque já teve prevista a sua formação através de um órgão predeterminado, se não estiver previsto o prazo de sua vigência, vigorará até o advento de nova lei que a revogue, salvo o caso de manifesto desuso, a que já aludimos. Assim, verificada a prolongada falta de aplicação de uma norma legal, a sua validade formal ou vigência torna-se aparente, esvazia-se por perda de eficácia.	**Vigência:** Não é possível a determinação do tempo de sua duração, nem tampouco prever-se a forma pela qual vai operar-se a sua extinção. Perdem sua vigência pelo desuso, pois sua vigência é mera decorrência da eficácia.
Efeitos: 1 - A lei tem efeitos indeclináveis, contra os quais nem as partes, nem o juiz podem oferecer elemento de fato que os conteste, salvo a hipótese extrema de manifesto desuso; 2 – O brocardo *Jura novit curia* bem aplica-se à lei, já que juízes e tribunais presumem-se conhecedores das leis.	**Efeitos:** 1 - O direito costumeiro, mesmo quando consolidado por escrito, é suscetível de ceder ante uma prova em contrário; 2 - Há uma teoria que afirma que isso deve ocorres também com os costumes, dispensando-se a produção da prova da sua existência, sendo que corrente contraposta entende o contrário, ou seja, que o direito consuetudinário deve vir acompanhado de sua prova. O autor defende uma posição intermédia, segundo à qual a prova do direito costumeiro se fará se dele houver contestação ou se o juiz *ex officio* determinar.

Conclusão.

[233]O Costume Internacional encontra definição no art. 38 (1) (b) do Estatuto da Corte de Haia, trata-se de uma espécie de norma formada pela reiterada prática dos sujeitos do Direito Internacional, consiste, portanto, numa *prática geral aceita como sendo o direito*.

Com relação aos efeitos referentes aos costumes acima citados é importante ressaltar que diferentemente do que ocorria na vigência do anterior Código de Processo Civil, o atual Código (Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973) não particulariza a forma da prova dos usos e costumes, dispondo apenas no seu art. 337: "A parte que alegar direito municipal, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz", devendo-se entender então que eles poderão ser provados, pelos meios de provas admitidos em direito (art. 332 do CPC), estando esta emanação mais de acordo com a posição adotada por Miguel Reale.

Pelo sistema do CPC anterior, a prova fazia-se por certidão das repartições incumbidas do registro (art. 260) e os estrangeiros, por ato autêntico devidamente legalizado, do país de que se tenham originado (art. 261); e à falta de registro eles podiam ser provados pelos meios admissíveis em juízo (art. 88); caso em que julgado provado o uso ou costume, incumbia ao juiz remeter cópia da decisão à repartição competente, para ser registrado e arquivado (art. 262, do CPC).

3.3.4.7 O costume como meio de heterointegração de lacunas e como elemento intra-sistemático, nas visões de Maria Helena Diniz e José de Oliveira Ascensão

Da mesma forma que a equidade, e tão importante quanto aquela para a compreensão da interpretação e integração do contrato e também para a aplicação das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados, o costume, meio de integração[234] das lacunas, inclui-se na espécie denominada heterointegração, conforme afirma Maria Helena Diniz[235], querendo dizer que eventuais lacunas da lei poderão ser supridas pelo costume, que para ela é elemento colhido fora do sistema[236] (tal qual a equidade e os princípios gerais de direito). Entretanto, no

[234]DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 139. Sobre a integração das lacunas: "(...) técnica mais difícil para aplicar o direito, requerendo, como veremos, maior sagacidade dos juízes".

[235]Ibid., p. 184.

[236]Sobre a ideia de sistema na ciência do direito: Conforme Canaris, "Há muitas definições de sistema jurídico, e quase sempre com divergências específicas, entretanto, ainda é determinante a definição clássica de KANT, que o definiu como 'a unidade, sob uma idéia, de conhecimentos variados', ou ainda como 'um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios'. Para EISLER, continua CANARIS, ao definir o sistema, em seu 'Dicionário de Conceitos Filosóficos', estabeleceu sentidos objetivo e lógico, e escreveu: 'Objetivo: um conjunto global de coisas, processos ou partes, no qual o significado de cada parcela é determinado pelo conjunto supra-ordenado e supra-normativo (...); lógico: uma multiplicidade de conhecimentos, unificada e prosseguida através de um princípio, para um conhecimento conjunto o para uma estrutura explicativa agrupada em si e unificada em termos interiores lógicos, como o correspondente, o mais possível fiel, de um sistema real de coisas, isto é, de um conjunto de relações das coisas entre si, que nós procuramos no processo científico, reconstruir de modo aproximativo'.". Também de Savigny Canaris extrai uma definição de sistema

dizer de José de Oliveira Ascensão[237], tais lacunas legais serão supridas, no caso do costume, por este elemento colhido no interior do sistema, que chama de elemento intra-sistemático (tal qual a analogia e os princípios gerais do direito).

Em necessário parêntese, ainda que deixando de lado a alegada polêmica suscitada, imperioso que procuremos explicar, no contexto da integração das lacunas, o que são e quais são os métodos intra-sistemáticos e extra-sistemáticos, no dizer de Ascensão e os métodos de auto-integração e de heterointegração, de acordo com Maria Helena Diniz.

Ao detectar-se uma lacuna[238] no sistema normativo, dever-se-á recorrer aos processos admissíveis de integração das lacunas, que são os processos extra e intra-sistemáticos.[239] Sendo intra-sistemático, o preenchimento da lacuna terá de ser conforme o conjunto de disposições vigentes, ao passo que se o processo é extra-sistemático, pode a solução ir além,

---

correspondente, quando afirma que sistema é "a concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grande unidade". Seguindo, Canaris indica outros autores que definiram sistema: "STAMMLER: 'é uma unidade totalmente coordenada'; BINDER: 'um conjunto de conceitos jurídicos ordenado segundo pontos de vista unitários'; HEGLER: 'a representação de um âmbito de saber numa estrutura significativa que se apresenta a si própria como ordenação unitária e concatenada'; STOLL: 'um conjunto unitário e ordenado'; e COING: 'ordenação de conhecimentos segundo um ponto de vista unitário'." Ao verificar-se as definições, quase que invariavelmente observam-se duas características em estreita relação: a da ordenação e da unidade. A ordenação é um estado de coisas perfeitamente ajustado, racional e intrinsecamente com a realidade. Já a unidade pressupõe a aplicação de princípios fundamentais. É como se vê explicitamente o sistema como um todo. Decorre dessa constatação, duas vias: o sistema de conhecimentos, também chamado lógico por Eisler, ou científico, como prefere Canaris, e o sistema dos objetos do conhecimento, também chamado por Eisler de objetivo ou real. E ainda, segundo Eisler, ambos estão de fato em conexão estreita, devendo o primeiro ser o "correspondente ao mais fiel possível" do segundo, de modo que a elaboração científica de um objeto, não desvirtue este, falseando com isso, sua finalidade. Going, de forma clara, assim manifestou-se sobre os sistemas: "Em última análise, o sistema jurídico é a tentativa de reconduzir o conjunto da justiça, com referência a uma forma determinada de vida social, a uma soma de princípios racionais. A hipótese fundamental de toda a Ciência é a que define o mundo material e espiritual". É certo que a metodologia jurídica parte, nos seus postulados, da existência fundamental de uma unidade de direito, o que é realizado na interpretação sistemática ou nas pesquisas de princípios gerais de direito, no campo da analogia (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 10 et seqs.).

[237] Ascensão assevera que: "CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, n. 39 e 40, e no seu seguimento DIAS MARQUES, *Introdução*, n. 77, falam em hetero-integração e auto-integração. Rejeitamos estas expressões porque estão comprometidas por uma polémica que não é essencial a este momento da análise". DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 139-140, admite dificuldade na determinação do que seja auto-integração e heterointegração e dá o exemplo dos princípios gerais de direito, que ora podem ser entendidos como processo de auto-integração, ora de heterointegração, preferindo a renomada autora enquadrá-lo neste último (ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. 11. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 433.).

[238] Ibid., p. 428.

[239] Nesse sentido Justo que, no entanto, exclui os princípios gerais de direito de ambas as classificações, fundamentando com o fato de que no Código Civil português (CCP) não há referência expressa aos princípios gerais de direito. Entretanto, os princípios gerais de direito estão consagrados, segundo o autor, porque presentes na criação da norma *ad hoc*, tratada no art. 10º/3 do CCP, como seu fundamento, porquanto, explica, são os princípios gerais do direito que asseguram a unidade do sistema e constituem o espírito desse mesmo sistema. Art. 10º/3 do CCP: "Na falta do caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito da lei" (JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 344-355.).

fundando-se noutros critérios. Os métodos extra-sistemáticos podem ser *normativos*, que consistem em resolver o problema da lacuna, com a emissão de regra que preveja aquela situação, emanada de órgão com competência legislativa; pode ser também *discricionários*, quando a dada entidade administrativa fosse reconhecido o poder de resolver determinada situação para a qual não existisse regra, mas resolvendo em concreto, para não cair no caso anterior, como p.ex., o rei, ou governador, decidindo no sentido *A* ou no sentido *B*; finalmente os casos lacunosos poderiam ser resolvidos pela *solução equitativa*, à qual já nos referimos. O contrário, ou seja, na integração intra-sistemática, como dito, o preenchimento se dará com o concurso do conjunto das disposições vigentes, dentro do qual se inclui o costume, a analogia e os princípios gerais do direito.

Para Maria Helena Diniz[240], referindo-se ao direito nacional, dois são os mecanismos por meio dos quais se suprem as eventuais lacunas do sistema, quais sejam, o da auto-integração e o da heterointegração.[241] A auto-integração é um método onde o ordenamento se completa, recorrendo à fonte dominante do direito, ou seja, a lei, sendo seu procedimento típico, a analogia. Já a heterointegração é técnica, segundo a qual, o ordenamento jurídico é completado, lançando-se mão de fontes diversas da norma legal, como o costume, a equidade e os princípios gerais de direito, advertindo a renomada autora, sobre a dificuldade em se distinguir a auto da heterointegração, exemplificando com os princípios gerais de direito podem ser tidos, ao contrário do que pensa, método de auto-integração.

Como podemos observar, a matéria está longe do consenso, daí a predileção de José de Oliveira Ascensão por denominação análoga, buscando escapar à polêmica classificação das fontes, tema para demorado estudo. Também é de se anotar, que as diferentes denominações não se desviam do objetivo comum, qual seja, o de tratar dos processos de preenchimento das lacunas do ordenamento, entretanto, seguem por vias diversas, já que os renomados autores divergem quanto à classificação como métodos de auto e heterointegração (inter e extra-sistemáticos), com relação à analogia, à equidade, ao costume e aos princípios gerais de direito.

---

[240]DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 139.

[241]Nesse sentido: REALE, Miguel. *Novo Código Civil brasileiro*. Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 293, complementando que esta distinção foi proposta por Canelutti.

3.3.4.8 Se há costume, não há lacuna

Prosseguindo em nosso estudo do costume, ainda com José de Oliveira Ascensão[242], destacamos que, após interessante raciocínio, com razão, pelos menos assim pensamos, o autor desqualifica o costume como forma de preenchimento de lacunas, ao afirmar que: "O costume não pode ser considerado meio de integração de lacunas", concluindo que: "Se há costume, não há lacuna", porquanto este é também fonte do direito.[243]

Nesse sentido também segue Karl Engisch[244], quando afirma em resposta a questão por ele mesmo posta, que nos permitimos reproduzir, porquanto em sua totalidade bem exprime o pensamento do professor das Universidades de Heidelberga e Munique:

> O que é o todo jurídico dentro do qual se abre a lacuna? O conceito de lacuna jurídica na verdade, entrelaça-se com o próprio conceito de Direito. Se, ao falarmos do Direito, apenas pensarmos no Direito legislado, "lacuna jurídica" é o mesmo que "lacuna da lei". Mais exactamente falaremos de uma "lacuna da lei" sempre que desta se não consegue retirar, através da interpretação (no sentido atrás explicitado), qualquer resposta para uma

[242]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 434.

[243]BOCCHI, Olsen Henrique. *Fontes do direito obrigacional:* um paralelo com as fontes do direito. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2411&p=2. Acesso em: 21 ago. 2008. Sobre as fontes do direito - Segundo a doutrina tradicional, classificam-se as fontes do direito em fontes materiais e formais, segundo a premissa de primazia da norma jurídica legal. Entende-se por fontes materiais aqueles elementos que concorrem para a formação do conteúdo ou matéria da norma jurídica. As fontes formais, por sua vez, são aquelas manifestações que extrai o modo ou forma da sua manifestação. Tal distinção surgiu com a positivação do Direito no século XIX, que consignou preponderância absoluta da lei como fonte primária do Direito. Com o alargamento do conceito de norma jurídica, já com a Teoria Pura e ainda com maior vigor na Teoria Tridimensional, passa-se a discorrer as demais formas de estudo das fontes. Visto que a doutrina tradicional classificava as fontes do direito em materiais e formais, quando exprimiam meios de formação do conteúdo ou matéria das normas jurídicas ou modos e formas de manifestação das normas, a doutrina atual, tendo em vista os equívocos de tal distinção, prefere classificar as fontes do direito em uma única acepção, tipicamente de método científico-jurídico. Tal acepção pode ser sedimentada unicamente como *meio de expressão do Direito, produzindo normas vigentes e eficazes*. As fontes do Direito, possuindo condão de coercibilidade, ínsitas à natureza do Direito, são meios através dos quais as regras jurídicas se manifestam com legítima força obrigatória, sendo necessária a presença de dois pressupostos: a presença de um "poder" e uma capacidade de "inovar". Para que se possa falar em fonte do direito, como fonte de regramentos obrigatórios, dotados de vigência e eficácia, é preciso que haja um Poder capaz de especificar o conteúdo da exigência de seu cumprimento, imputando ao transgressor as conseqüências, ou melhor, *as sanções*. Os processos ou formas de manifestação do direito pressupõem sempre uma "*estrutura de poder*" prévia e legítima. A interferência de um poder diante de um complexo de fatos e valores opta por uma dada solução normativa, com caráter de objetividade e obrigatoriedade. A capacidade de inovação das fontes do direito, sendo constitutiva de direitos, deve ser capaz de alterar o direito existente, introduzindo algo novo com características de obrigatoriedade no sistema jurídico em vigor. Assim, tendo em vista o corrente sentido de fonte do direito bem como os seus pressupostos supra nominados, pode-se elencar as seguintes modalidades de fontes do Direito: a) O *Processo Legislativo* (expressão do Poder Legislativo e seu objeto que é a lei); b) Os *Costumes Jurídicos* (expressão do Poder Social, do poder decisório anônimo do povo); c) A *Jurisdição* (expressão do Poder Judiciário); d) O *Negócio Jurídico* (Expressão do Poder Negocial ou da autonomia privada).

[244]ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979. p. 224.

> questão jurídica que temos de pôr. *Se, pelo contrário, ao falarmos de "Direito", pensarmos no "Direito positivo" na sua totalidade, o qual, além do Direito legislado, também abrange o Direito consuetudinário, então só teremos uma lacuna jurídica quando nem a lei nem o Direito consuetudinário nos dêem resposta a uma questão jurídica* (grifo nosso).

A afirmação de José de Oliveira Ascensão, amparada por Karl Engisch, prende-se a constatação de que a lacuna surge quando determinada situação não está regulada, o que não acontece quando, na falta de uma lei, há o costume – ambos compondo o Direito positivo –, devendo este ser simplesmente aplicado. Para o autor lusitano, "o problema da lacuna só se suscita, e só se pode pôr a hipótese duma integração por analogia ou outro processo, quando uma determinada situação não for coberta por nenhuma das fontes vigentes".[245]

Bem, por mais que concordemos com essa visão dos autores acima citados, já que em algumas circunstâncias, na prática, o costume se iguala à lei, como ocorre com o fenômeno do desuso que demonstra essa igualdade fundamental[246], nos cabe prosseguir neste tópico com o estudo referente ao costume, verificando sua importância também no Direito português.

3.3.4.9 A importância do costume no Direito Civil português e brasileiro

No direito civil português, O CCP de 1867 afastou o costume como fonte do direito e para o atual, o costume não é considerado fonte do direito, sendo expressamente excluídos os costumes *contra legem* e *praeter legem*, conforme os artigos 9º e 16º.[247]

No direito civil brasileiro, durante algum tempo não foi diferente, já que a anterior LICC não se referia ao costume e o art. 1807 do CCB de 1916, textualmente o afastava: "Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de Direito Civil reguladas neste Código".[248] Entretanto, o art. 4º da

---

[245]ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979. p. 224.

[246]Ibid., p. 224.

[247]Art. 9º do Código Civil português (CCP): "1 - A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada. 2 - Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso. 3 - Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados". Art. 16 do CCP: "A referência das normas de conflitos a qualquer lei estrangeira determina apenas, na falta de preceito em contrário, a aplicação do direito interno dessa lei".

[248]Nem o texto do citado art. 1.807, nem a Constituição que então vigorava em seu art. 141, § 2º, foram capazes de vedar a força compulsória do costume e funda-se nas máximas de Ulpiano, para quem *Diuturna consuetudo pro jure et lege in his, quoe non, ex scripto, descendunt, observari solet* (O costume diuturno deve

atual LICC – já citado, de 1942, trouxe de volta o costume, situando-o após a lei e a analogia[249], não se opondo ao direito escrito, mas ao legislado, pois hodiernamente o costume é formulado por escrito[250] em repertórios, p. ex.: *Assentamentos de Usos e Costumes da Praça do Estado de São Paulo*, feito pela Junta Comercial, com o objetivo de fixá-los e de prová-los. Isso, segundo Maria Helena Diniz, revela uma ideologia liberal em nosso ordenamento, pois somente após esgotadas todas as potencialidades legais, inclusive com a analogia, terá lugar o recurso ao costume, o que, segundo ela, traduz o propósito de garantir a segurança jurídica e o culto à lei.

Nesse sentido também se posiciona José de Oliveira Ascensão[251] quando afirma que para o referido art. 4º há uma hierarquia na aplicação dos critérios de solução. Ao costume só se pode recorrer se não houver norma análoga, e só se recorre aos princípios gerais do direito se a analogia e o costume não derem a solução.

Esclarece ainda o autor[252], que dentro da clássica classificação do costume, ao que aqui se refere a LICC é ao costume *praeter legem*, ou seja aquele que respeita as matérias não abrangidas pelas disposições legais. Assim, o costume *contra legem*, ou seja, aquele contrário à lei, estaria preterido, já que a lei não pode ser contrariada por costumes e mesmo o costume *praeter legem* seria preterido por leis análogas.

Complementando, Maria Helena Diniz[253] explica que no Brasil, o poder estatal não negou a importância do costume, apenas reivindicou para si o primado hierárquico.

Sobre a questão da segurança jurídica, Antonio Santos Justo[254] acrescenta que, em desabono do costume, apregoa-se a incerteza e a insegurança, além da falta de rapidez em

---

ser observado em lugar de lei e direito constituído, relativamente ao que provém de origem não escrita) e de Juliano que afirmava que *Inveterata consuetudo pro lege non, immerito custoditur et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum* (O costume inveterado recebe da lei merecido amparo e é este o direito Consuetudinário). Àqueles que, durante tal período pretenderam negar a força do costume, o autor esclarece que se isso fosse verdade, o Código Civil brasileiro teria sido o mais atrasado da terra, um obstáculo ao progresso jurídico, inferior às compilações justinianas. E complementa com sua genialidade: "Sempre os costumes, quando uniformes, constantes, diuturnos, tiveram força de lei; considera-os a ciência moderna uma fonte viva, e mais rica e importante, de Direito Objetivo. Nenhum código lhes embaraçaria o surto espontâneo, necessário, fatal". E ao final comprova suas palavras, citando vários artigos do então Código Civil de 1916, onde, a "contrario censu" do art. 1.807, admitiam e prescreviam sua observância: artigos 588 (§ 2), 1.192 (nº 11), 1.210, 1.215, 1.218, 1.219, 2.221 e 1.242 (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 154-155).

[249]DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 186.

[250]Ibid., p. 186.

[251]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 433.

[252]Ibid., p. 433.

[253]DINIZ, op.cit., p. 433, nota 249.

responder às demandas da moderna e dinâmica sociedade industrial. Entretanto, o autor faz lembrar àqueles as vantagens, como p. ex.: "a tendência para uma adaptação automática que contrasta com a rigidez da lei; a necessidade de eliminar as leis mortas que a proliferação de leis torna indispensável; a ausência de arbitrariedade, risco que a lei pode correr e o costume não raro tem afastado, funcionando como 'válvula democrática'", recordando ensinos de Legaz y Lacambra, Castanheira Neves, Marcelo Rebelo de Souza e Angel Latorre além de que, citando mais uma vez Legaz y Lacambra os costumes são uma forma jurídica absolutamente fundamental, "cuya importância solo há podido minimizarse dentro de um pensamiento formalista, ciego para naturaleza de Derecho como realidad social".

Como forma de melhor esclarecer a aplicação dos costumes, passamos a discorrer sobre duas decisões de tribunais nacionais:

O primeiro caso: Em síntese, o Recurso Extraordinário nº 706.301[255], cujo acórdão publicou-se em 31 de agosto de 1973, (Anexo I), foi interposto pela parte irresignada com a decisão da 3ª Turma, da 1ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça de Goiás (TJ/GO), que reconheceu que os contratos agrários celebrados naquela região, independentemente do valor, são celebrados oralmente e, no caso julgado, onde a parte recorrente, um fazendeiro, teria adquirido determinada gleba de terras plantada com bananas, comprometendo-se a entregá-la de à meia ao vendedor para que fosse explorada por três anos, sendo que ao final do primeiro ano, o comprador tomou-lhe a meação sem qualquer indenização. O TJ/GO reconheceu então, que estando provado às escâncaras através de prova testemunhal que o parceiro entregava-se ao lavor da terra sem oposição do proprietário, tendo uma delas presenciado inclusive a partilha dos frutos da lavoura entre o lavrador e o proprietário, houve por bem, mesmo contrariando dispositivo legal inscrito, na época, no art. 141 do Código Civil (art. 227 do CCB 2002), que estabelece teto máximo para a comprovação meramente testemunhal.

---

[254]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 211.

[255]EMENTA: PARCERIA AGRÍCOLA – PROVA. Não nega a vigência à lei decisão que, baseada nos costumes rurais, considera provada por testemunhas a existência de contrato de parceria agrícola. Recurso Extraordinário não conhecido por basear-se em prova.

Tal decisão é exemplo clássico da aplicação do Costume *contra legem*, portanto surgido duma lacuna ontológica[256], conforme Maria Helena Diniz, já que o julgador ao optar por tal decisão, aplica o que é justo – contra a lei injusta –, estando afinado com o que preceitua o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC)[257], no que diz respeito ao componente social que deve nortear as decisões judiciais, já que, se se desconhecesse tal prática costumeira como lícita, ainda que contrária à lei, se estaria causando grande problema social, ao privilegiar os arrendantes de terras, os proprietários, contra os arrendatários, geralmente o lavrador que precisa da terra para seu labor e não a possui.

O segundo caso: Cuida a decisão do STJ, referente ao Recurso Especial nº 991.037 – RS (2007/0210062-4), relatado pela Ministra Nancy Andrighi, de agravo interposto pela parte irresignada com decisão do TJ/RS, que determinou a aplicação de juros remuneratórios em cláusula contratual de abertura de crédito bancário que não previu a referida taxa, com base no Costume , ou seja, com base na média de mercado nas operações da espécie, defendeu, diante de tal decisão, a aplicação do percentual de 12% ao ano.

Para melhor compreensão do caso, destacamos trecho da ementa a seguir:

> (...) Na hipótese de o contrato prever a incidência de juros remuneratórios, porém, sem lhe precisar o montante, está correta a decisão que considera nula tal cláusula porque fica ao exclusivo arbítrio da instituição financeira o preenchimento de seu conteúdo. A fixação dos juros, porém, não deve ficar adstrita ao limite de 12% ao ano, mas deve ser feita segundo a média de mercado nas operações da espécie. Preenchimento do conteúdo da cláusula de acordo com os usos e costumes, e com o princípio da boa fé (arts. 112 e 133 do CC/02).

Apenas para fins de argumentação, no que se refere à boa-fé, que estudaremos em capítulo próprio, acrescentaríamos como fundamentação para a decisão, o art. 422 do CC[258], que cuida justamente da obrigação das partes em comportarem-se de forma leal e digna durante todo o *iter* contratual, seja o contrato civil ou de consumo.

Com relação a aplicação do Costume, fica bastante claro que tanto o Tribunal do estado do Rio Grande do Sul, quando o STJ, optaram por ele na colmatação da lacuna

---

[256]DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 95: "(...) Há lacuna ontológica, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, quando p. ex., o grande desenvolvimento das relações sociais, o progresso técnico acarretarem o ancilosamento da norma positiva."

[257]Art. 5º da LICC. "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

[258]Art. 422 do CC. "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

contratual, quando admitiram, no caso, que diante da falta de estipulação da taxa de juros remuneratórios, se recorresse às práticas usuais e costumeiras no mercado, desprezando o limite de 12% ao ano previsto no Decreto-lei nº 22.626/33, alterado pelo Decreto-lei nº 182/38 e Lei nº 3.942/61.

Mais uma vez, agora no que concerne especificamente aos contratos, verificamos que o aplicador do direito ao fazer opção pelo preenchimento de lacunas através do Costume, deve ficar atento à efetivação do uso como Costume, a fim de evitar injustiças e decisões despidas de fundamentação.

Nos dois casos, bem observamos que a aplicação do Costume *contra legem* engloba as ideias de boa-fé objetiva e finalidade social, seja com amparo no art. 5º da LICC, no caso da colmatação legal, seja com amparo nos arts, 421 e 422 do CCB de 2002, no caso dos contratos, sempre na busca do justo, enfim, na busca do equilíbrio que deve permear a aplicação do Direito.

3.3.5 O uso

3.3.5.1 Definição

Após o estudo do tema acima, que após todas as explicações colhidas da melhor doutrina nacional e lusitana, cumpre-nos tratar sobre o *uso* ou *usos*, porquanto geralmente quando nos referimos ao costume, ele também citamos, sendo comum ouvirmos frases do tipo: *o juiz decidiu de acordo com os usos e costumes*. Assim dito, fica a impressão de que uso e costume representam a mesma coisa. Será que têm a mesma importância e força jurídica? Vejamos.

Numa concepção clássica, o uso é uma prática, que diferentemente do costume, não é tão constante e reiterada, desacompanhada do sentido ou convicção de sua obrigatoriedade jurídica. Conforme Antonio Santos Justo[259], há um *corpus*, mas falta-lhe o *animus*, ou seja, a obrigatoriedade.

Na visão deste autor, mesmo faltando-lhe obrigatoriedade, o ordenamento jurídico não deve voltar as costas aos usos por duas razões, a uma, para transformá-lo em costume, a duas, para combatê-los, defendendo o homem da tirania de certos usos, evidentemente quando estes

[259]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 217.

forem ilícitos, quer dizer, contrários à moral, a paz e à ordem pública, à lei e até mesmo contra os costumes.

3.3.5.2 Distinção entre uso e costume

Distingue-se doutrinariamente o uso do costume. Os usos serviriam apenas para completar ou interpretar a vontade das partes quando livremente a eles se submetesse, importando tal eleição na exclusão da ideia de necessidade que está indissoluvelmente presa ao verdadeiro costume jurídico, como facilmente se verifica após leitura do art. 429 do CCB.[260] Dessa forma, os costumes são vistos como uma regra mais imperativa do que os usos, os quais seriam simplesmente convencionais. Explicando melhor, o uso está na base do costume, surgindo após a prática continuada de certos atos e o reconhecimento voluntário de alguma comunidade, aceitos por todos como regras obrigatórias e que vigoram quando a lei não possui normas expressas para regular o assunto, tornando-se, assim, regra implícita da relação jurídica, para a qual nasceu.

3.3.5.3 O uso no Direito Civil brasileiro e português

Para José de Oliveira Ascensão[261], nem no direito português, nem no brasileiro, existem preceitos que dêem relevância genérica ao uso, limitando-se assim aos casos em que há previsão legal, ressaltando que o direito português trata os usos como fonte do direito, ao comentar o art. 3º/2 do CCP.[262] Seguindo o autor, os usos são, pois, fontes do direito, porquanto através deles revelam-se regras jurídicas de caráter interpretativo, acrescentando que, o fato de somente valerem quando a lei determine não o prejudica enquanto fonte do direito, porque não o deixa de ser, por tal qualidade lhe ser outorgada por uma regra sobre a produção jurídica contida numa fonte diversa.

No CCB encontramos menção aos usos nos artigos 111, 113, 372, 429, 445, § 2º, 529, 628, parágrafo único, 658, parágrafo único, 695, e 695 parágrafo único, 699, 700, 701, 724, 753, § 1º, 753, § 4º e 872.

---

[260]Art. 429 - "A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos".

[261]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001.p. 263-264.

[262]Art. 3.º do CCP: 1- "Os usos que não forem contrários aos princípios da boa fé são juridicamente atendíveis quando a lei o determine. 2 – As normas corporativas prevalecem sobre os usos".

No CCP os usos são mencionados, dentre outros e os já citados, nos artigos 236º, 239º, 218º, 234º e 885º/2.

Em resumo, Carlos Maximiliano[263] conclui que: "tem valor jurídico o uso, ou costume, diuturno, constante, uniforme e não contrário ao Direito vigente".

[263]MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.p. 158.

4 OS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO – OPERACIONALIZAÇÃO

4.1 Sobre o Estudo e Correlação com os Objetivos da Pesquisa

Dentre os temas que nos propusemos a estudar seguramente este é o mais complexo, o que mais dissenso suscita entre a doutrina nacional, e também aquele que mais nos servirá de norte no trato com os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais, sendo, portanto, aquele no qual concentraremos maiores esforços e, em consequência, um maior número de linhas. Há, nesse campo, uma verdadeira *babel*, a começar pela denominação, passando pela natureza, origem, objetivos, etc. As palavras de Maria Helena Diniz[264] bem demonstram esta realidade, quando dedica importante capítulo de sua obra por nós analisada:

> No decorrer destas páginas pudemos apontar que a doutrina dos princípios gerais do direito não é isenta de controvérsias; uns a ligam a concepções jusnaturalistas[265], outros à escola histórica (de SAVIGNY, da qual alhures tratamos), sociológica[266] e positivista[267], imperando uma certa confusão.

[264]DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 223.

[265]Sobre a Escola Jusnaturalista - A CONCEPÇÃO DO DIREITO NATURAL surge com os filósofos gregos: Heráclito, Sócrates, Aristóteles, Platão e outros. Em Roma foi adotada por Cícero. Foram eles os grandes representantes do período da era clássica. Para estes, o direito é um conjunto de ideias ou princípios, eternos, uniformes, permanentes, imutáveis, ou outorgáveis ao homem pela divindade, quando da criação, a fim de traçar-lhe o caminho a seguir e ditar a conduta a ser mantida. CONCEPCÃO MODERNA: Na Era Medieval o conceito de Direito Natural estava fundamentado em Deus. Trata-se do conceito de Direito Transcendental. Segundo a escola clássica, primeiro se dá a lei, para depois se pôr o problema do "agir segundo a lei". A escola do Direito Natural vem com outra mentalidade, e diz que em primeiro lugar vem o indivíduo com o seu poder de agir, e depois a lei. A definição desta escola marca um novo pensar no mundo de valores, não mais pautado nas questões religiosas, mas sim na razão humana. Ela é influenciada pelo Renascimento. O Renascimento foi uma revolução de ideias que surgiu dominada pelo pensamento crítico e se caracteriza por um despertar da cultura para um novo mundo de valores, onde o homem procura explicar o "mundo homem" segundo suas próprias exigências. Há, nesta fase da História, uma postura de tentar explicar o universo político e jurídico a partir da razão, explicar os elementos formadores da ciência, indagar sua gene e a origem dos fenômenos. Nesse sentido, o homem coloca-se no centro do universo e passa a indagar a origem do Cosmos e de tudo que o cerca. Surge um movimento dentro da Escola Jusnaturalista Moderna que é o Contratualismo. A partir daí autores jusnaturalistas, como Thomas Hobbes e Hugo Grócius, apresentam conceitos diversos daqueles de eras passadas.

[266]Sobre a Escola Sociológica - Criada por Emile Durkheim, sociólogo francês, natural de Épinal, herdeiro do positivismo. Partindo da afirmação de que "os fatos sociais devem ser tratados como coisas", forneceu uma definição do normal e do patológico aplicado a cada sociedade. O normal seria aquilo que é ao mesmo tempo obrigatório para o indivíduo e superior a ele, o que significa que a sociedade e a consciência coletiva são entidades morais, antes mesmo de terem uma existência tangível. Essa preponderância da sociedade sobre o indivíduo deve permitir a realização desse, desde que consiga integrar-se a essa estrutura. Para que reine certo consenso nessa sociedade, deve-se favorecer o aparecimento de uma solidariedade entre seus membros. Uma vez que a solidariedade varia segundo o grau de modernidade da sociedade, a norma moral tende a tornar-se norma jurídica, pois é preciso definir, numa sociedade moderna, regras de cooperação e troca de serviços entre os que participam do trabalho coletivo (preponderância progressiva da solidariedade orgânica).

[267]Sobre a Escola Positivista - Para Ascensão - "Esta escola repercutiu-se na Ciência do Direito com o chamado 'positivismo jurídico' e, como facilmente se advinha, o tema do direito natural foi o dos mais atingidos. Este foi enfaticamente repudiado. (...) Variam as orientações sobre o que se deve entender por Direito positivo. Pode considerar-se tal: 1 - o que é observado efectivamente na sociedade; 2 - o que é imposto pelos órgãos

Há ainda grande preocupação com sua aplicação, que muitas vezes nos causa um certo sentimento de insegurança, quando, no dia a dia dos tribunais e do meio administrativo, sob o argumento da modernidade, vemos que alguns dos operadores do direito sejam juízes, advogados, promotores ou autoridades administrativas, utilizando-se dos princípios, quando há falta total de qualquer argumento plausível lançam máximas, brocardos e parêmias a torto e a direito, sem qualquer preocupação com fundamentos dessa ou daquela máxima, que no seu íntimo, realmente, muitas vezes encerram princípios gerais de direito, mas que, como adiante veremos, devem ser utilizados após análise profunda das peculiaridades do caso e do cotejo com o ordenamento jurídico como um todo. Há que se duvidar de pedidos, argumentações e decisões que imponham esse ou aquele princípio, sem a devida fundamentação dos motivos de sua utilização.

Dessa forma, para não escaparmos do objetivo desta pesquisa, que busca a operacionalização dos institutos sem nos desligarmos da fundamentação teórica necessária, evitaremos enveredar por temas polêmicos que, em nossa opinião, mais confundem do que auxiliam o jurista em seu dia a dia, mesmo que isso não seja totalmente possível em algumas situações.

Como dissemos o estudo da aplicação dos princípios gerais do direito para a compreensão do sistema de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados é fundamental tanto para a interpretação-integração do direito, em casos envolvendo o contrato e a lei, pelo que procuraremos direcioná-lo para a meta estabelecida.

Em vernáculo, conforme o dicionário *Aurélio*, citado por Ruy Samuel Espíndola[268], princípio significa: "Momento ou local ou trecho em que algo tem origem. Causa primária. Elemento predominante na Constituição de um corpo orgânico, Preceito, regra, lei. Base; germe. Fonte ou causa (...)".

Em breve retrospecto histórico, temos que, na antiguidade, os gregos conheciam a lei escrita e a não escrita, oriunda da natureza, fundada na equidade, ou imposta pela moral e pela religião. Segundo Aristóteles, o princípio "é um freio dos fenômenos sociais repreensíveis, situando-se não só no mundo ideal dos valores mas também no real, onde surgem as

---

públicos e o que o Estado proclama como tal. Nestas últimas duas hipóteses, em particular na última, o critério do Direito já não está em consideração de ser, mas de dever ser: não se atende à ordem que é, mas à ordem que deve ser" (ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 170.).

[268]ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípio constitucional*. 2002. p. 52.

consequências".[269] Na idade média o direito canônico estabeleceu no âmbito do direito positivo, um direito natural, na época o mais importante e onde se enquadravam os princípios. Na era moderna, os princípios passam a ser negados, por conta de uma orientação individualista reinante, mas acabaram sendo retornados ao cenário jurídico e admitidos por vários países.[270]

4.2 Algumas Considerações sobre Princípios no Direito brasileiro e português

Já que este trabalho busca sua fundamentação, em grande parte, no direito português, pelas razões expostas na introdução é interessante neste momento, menos para fins de alimentar polêmicas, mais com a finalidade de avivar a compreensão do instituto, sobretudo porque no direito lusitano a utilização dos princípios jurídicos, no dizer de José de Oliveira Ascensão[271], segue técnica diferente da utilizada no direito brasileiro e o confronto das duas ideias certamente irá nos auxiliar a compreender o instituto.

Sobre a concepção adotada pelo direito brasileiro comenta o professor português em sua obra dedicada ao Direito luso-brasileiro:

> Se queremos abranger nos princípios gerais casos que se não deixam integrar nas regras, legais ou naturais, vigentes, esses princípios gerais de direito têm que ser concebidos, não como princípios materiais ou normas, mas como princípios formais. Assim, não determinam directamente condutas, mas estabelecem critérios que permitem, mediante uma valoração, disciplinar as condutas. (...) No direito brasileiro, os critérios materiais esgotam-se com a analogia. Para as lacunas rebeldes à analogia, é, porém, necessário o recurso aos critérios formais, que são de maior amplitude.

E conclui Ascensão[272]:

> Chegamos assim à conclusão de que os princípios gerais de direito, a que a lei brasileira faz apelo para integração das lacunas, devem ser entendidos no sentido técnico da expressão, mas com afastamento dos princípios materiais. Os princípios são as grandes orientações formais da ordem jurídica brasileira, que orientam e unificam normas e soluções singulares.

Em apertada síntese, pelo que pudemos entender, para o professor lusitano o fato de no Direito brasileiro não se recorrer aos princípios gerais de direito durante a analogia seria pelo

---

[269]DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 212.
[270]Ibid., p. 212-213.
[271]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 449-450.
[272]Ibid., p. 449.

menos um dos motivos da desconsideração dos princípios gerais de direito como norma, ficando assim afastada, segundo o autor, até mesmo a "tentação de confundir os princípios gerais de direito com a analogia *júris*".[273] São, portanto, para o autor, os princípios gerais de direito, na visão do direito brasileiro, destacamos, as "grandes orientações formais da ordem jurídica brasileira, que orientam e unificam normas e soluções singulares".

4.2.1 Os princípios como norma

Sobre a negação dos princípios gerais do direito como norma, conforme José de Oliveira Ascensão quando analisa o sistema brasileiro, trazemos alguns argumentos contrários de Maria Helena Diniz[274] e destacamos que os princípios gerais de direito, que em sua grande maioria, não estão declarados nas normas jurídicas, porém nelas estão implícitos, podendo ser descobertos mediante a análise dos subsistemas componentes do sistema jurídico relativos ao tema controvertido que se quer decidir.

A autora ao analisar texto atribuído a Josef Esser[275], tratando sobre a normatividade dos princípios, posiciona-se, enfatizando: "Somos veementemente, contra a opinião que não os considera como normas" e cita Limongi França, observando que nas obras de Nicolau Nazo e Carlos Maximiliano há a preocupação de colocar os princípios gerais de direito como normas formuladas objetivamente, com valor de generalidade e não como simples enunciados oriundos das convicções subjetivas do juiz.

A autora relaciona vários casos de princípios gerais de direito expressos na legislação nacional, além daqueles implícitos, exemplificando, dentre outros, com o art. 3º da LICC, que dispõe[276]: "Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece"; com o art. 112 do CCB: "Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem" e o art. 5º, II, da CF do Brasil, que contém em si, o princípio da

[273]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 449.
[274]DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 225.
[275]ESSER, Josef. Grundsatz und norm in der richterlichen fortbildung des Privatrechts. Tübingen: Mohr, 1990. p. 232."Todos los principios juridicos son elementos del derecho positivo, que gozam de proteción procesal...Son derecho positivo, aunque no normas ('rules') precisas y independientes del generales, las 'rationes leges', los princípios valorativos y construtuctivos de um sistema, pero tambíen los princípios éticos y de justicia que privan em um âmbito jurídico al margen de su sistema escolástico: todos, siempre que hagan obtenido validez em formas concretas del ordinamiento".
[276]DINIZ, op. cit., p. 225-226, nota 274.

legalidade, ao dizer: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Reforçando a sua tese, à qual nos filiamos, por não termos dúvidas da normatividade dos princípios, menciona outros igualmente presentes em nosso sistema jurídico civil, dentre eles, o princípio da moralidade, que impõe deveres positivos na obrigação de agir e negativos na abstenção de certos atos contrários aos sentimentos coletivos, sendo que o da moralidade administrativa está previsto na CF do Brasil, nos artigos 5º, LXXIII, 37, *caput* e § 4º, e 85, V, o da igualdade de direitos e deveres frente ao ordenamento jurídico e o da proibição de locupletamento ilícito, constante do art. 884 do CCB 2002.

Concluindo, Maria Helena Diniz, estabelece:

> Os princípios gerais de direito, entendemos, não são preceitos de ordem ética, política, sociológica ou técnica, mas elementos componentes do direito. São normas de valor genérico que orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração, sendo que algumas são de tamanha importância que estão expressamente contidas em leis, como já enunciamos.

Trazemos à colação, nesta ocasião, a opinião sempre abalizada de Paulo Bonavides sobre o tema, citado por Ruy Samuel Espíndola[277]:

> A passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicísta (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.

Paulo Bonavides[278] fornece ainda em sua obra, numa análise a textos de Ricardo Guastini, seis reflexões acerca da normatividade dos princípios, que entendemos válido e esclarecedor reproduzir:

> Primeiro, que o vocábulo "princípio", diz textualmente aquele jurista, se refere a normas (ou as disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade; em segundo lugar, prossegue

[277]ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípio constitucional*. 2002. p. 65.
[278]BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 257.

> Guastini, os juristas usam o vocábulo "princípio" para referir-se a normas (ou disposições que exprimem normas) providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização por via interpretativa sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos; em terceiro lugar, afirma ainda o mesmo autor, os juristas empregam a palavra "princípio" para referir-se a normas (ou disposições normativas) de caráter programático; em quarto lugar, continua aquele pensador, o uso que os juristas às vezes fazem do termo "princípio" é para referir-se a normas (ou a dispositivos que exprimem normas) cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada; em quinto lugar – novamente Guastini – os juristas usam o vocábulo princípio para designar normas (ou disposições normativas) que desempenham uma função "importante" e ; "fundamental" no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto (o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito das Obrigações); em sexto lugar, finalmente, elucida Guastini, os juristas se valem da expressão "princípio" para designar normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos.

Conforme Paulo Bonavides[279], as variantes do conceito de princípio acima apresentadas são fundadas em sólidas reflexões, ressaltando a atualidade do tema que está sempre a requerer atenção especial do meio jurídico, principalmente no que diz respeito às funções desempenhadas pelos princípios.

4.2.2 A utilização de princípios estrangeiros

Ainda falando sobre os princípios gerais de direito e sua aplicação no direito brasileiro, José de Oliveira Ascensão[280] comenta sobre a essência dos princípios gerais direito e questiona a que princípios nossa legislação se refere: se aos do Direito Romano ou outros,

> É evidente o interesse do Direito Romano, ou do Direito Comparado (que aliás, teria sempre de se limitar ao nosso sistema jurídico), como inspiradores na busca de soluções, dadas as evidentes afinidades. Mas não vemos como fundamentar um recurso a estas ordens jurídicas alheias para integrar a ordem jurídica brasileira. (...) A ordem jurídica brasileira trabalha com os seus próprios instrumentos. Os processos de integração que prevê são verdadeiramente intra-sistemáticos, próprios do sistema jurídico brasileiro. E basta-se a si mesma (...).

Aqui, igualmente, diverge a doutrina nacional, e dessa vez fundamentamos com Miguel Reale[281] nossa igual e respeitosa discordância da posição do renomado jurista lusitano.

---

[279]BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 258.

[280]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 449.

Assim, Reale afirma que uma determinada corrente, de cunho *nacionalista*, com reduzido número de adeptos, entende, primeiro, que a aplicação dos princípios jurídicos se justifica pelo simples fato de estarem implícitos na legislação positiva, da qual são extraídos. Depois, e por esta razão, que somente serão válidos os princípios jurídicos, quando determinados em função do sistema de normas vigente em cada nação, ou seja, de seu ordenamento positivo.

Para Reale[282], seria difícil não perceber, mencionando a título de exemplo, a natural convergência, ou a semelhança substancial dos princípios gerais que governam o ordenamento brasileiro ou espanhol[283] com os de outros povos integrados no mesmo ciclo de cultura, apesar de existirem, não há dúvida, princípios peculiares a este ou àquele outro sistema e arremata a lição, com seu sempre atual, senão visionário entendimento, de que, descontadas as inegáveis diferenças, p. ex., entre o Direito soviético (de então) e as Nações democráticas do Ocidente e do Direito brasileiro e o *common law*, admitindo, entretanto, neste último caso, inegáveis correspondências, ser insustentável a doutrina aferrada ao sistema de Direito nacional, num mundo cada vez mais dominado pela simultaneidade das informações e o jogo das influências recíprocas, sob o impacto unificador, quando não uniformizador, das ciências e da tecnologia.

Nessa linha segue também Maria Helena Diniz[284], quando em citação a Del Vecchio, condena a assertiva de que os princípios gerais de direito são válidos apenas para cada nação em particular, negando, de forma veemente, a existência de tantas séries de princípios gerais de direito quantos forem os sistemas particulares, pois, para ele – e também para a professora, é inquestionável uma *ratio juris* de caráter universal que desde os romanos até o presente tem sido o patrimônio comum dessa nossa consciência jurídica.

---

[281]REALE, Miguel. *Novo Código Civil brasileiro.* Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 302.
[282]Ibid., p. 303.
[283]Acrescentamos o Direito português, que durante muito tempo, com o nosso, foi um só.
[284]DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 217.

4.2.3 Princípios e direito natural

Ainda com José de Oliveira Ascensão[285], no que tange ao direito natural, ponto igualmente polêmico na doutrina nacional, ele se refere ao direito brasileiro – ainda sobre a essência dos princípios gerais de direito, afirmando que eles por aqui não são considerados regras de direito natural, porque estas têm conteúdo material, mas de grande generalidade, abrangendo matéria de maior relevância social, o que implica em não poderem ser utilizadas para colmatar lacunas que geralmente abrangem temas específicos, senão raros, ou ainda, pormenores técnicos.

Maria Helena Diniz[286], na mesma linha, ensina, que dentre outros aspectos, no entendimento dos princípios gerais de direito como verdades derivadas da *Lei Divina*, um sistema superior plantado por Deus no coração dos homens e que contém um conjunto de princípios superiores, oriundos do princípio da justiça, comum a toda a humanidade, como apregoa a escola naturalista, é infecundo, porquanto, para aqueles que assim o adotam, sendo fundamento do direito positivo, nenhuma necessidade teria de recolhê-los em normas positivas, como fazem os Códigos Civis da Espanha (art. 6º) e da Áustria (art. 7º), quanto à possibilidade de sua aplicação. Assim, já que são suprapositivos, impõe-se por si mesmos às normas jurídicas, não podendo, em qualquer hipótese, ter caráter meramente subsidiário.

4.2.4 Princípios e regras

Segundo Ascensão[287], os princípios gerais de direito no direito brasileiro também não são regras porque se assim fossem a função da remissão legal para os princípios gerais do direito ficaria frustrada, explicando o autor que, pretende-se, com o entendimento de princípio geral do direito como regra, dar um critério último de decisão, com objetivo de nada deixar sem resposta, o que não é razoável, já que seria ficção pretender que todos os casos fossem solucionados através da analogia, utilizando como instrumento regras expressas ou induzidas.

Interessante e esclarecedor nesse aspecto, estudo de Ruy Samuel Espíndola[288], pois realmente os princípios gerais do direito não são regras, porque:

---

[285]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 447-448.
[286]DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 219.
[287]ASCENSÃO, op. cit., p. 447, nota 285.
[288]ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípio constitucional*. 2002. p. 66-67.

> (...) devido à tematização nos trabalhos dos espanhóis PEREZ LUÑO, PRIETO SANCHIS e GARCÍA ENTERRIA, chega-se a divisar, no gênero norma, mais de uma espécie normativa: os valores. Assim, segundo essas tematizações, norma é gênero do qual os princípios, as regras e os valores são espécies.

Voltaremos ao assunto mais adiante, estudando esta diferenciação entre regra e princípio jurídico, que muito nos interessa no trato com o sistema de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, verificando em que medida ambos são instrumentos utilizáveis no suprimento das lacunas e por vezes se confundem.

4.2.5 Algumas considerações sobre os princípios no Direito português

Bem, sobre os princípios gerais de direito no direito português, José de Oliveira Ascensão[289] explica que eles foram deixados para a analogia *juris*, assumindo técnica diferenciada da utilizada pelo direito brasileiro, presente no art. 10º/3 do CCP, que alhures citamos, segundo o qual: "Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema", não mandando, pois, a legislação lusitana recorrer-se, a esta altura, aos princípios gerais de direito, estando incluídos, segundo o autor, no processo de analogia, sendo tratados, por esta razão, concluímos, como norma de direito.

Explica Ascensão[290], em resumo, primeiro que como agente de integração, temos toda e qualquer pessoa, ressaltando que a maioria dos casos de lacunas é resolvida espontaneamente, através de acordo ou sem oposição entre as partes e que, por essa razão, a vida corrente contraria a jurisdicionalização do cotidiano, atribuindo-se ao juiz, exclusivamente a função de intérprete, com o que concordamos.

Sobre o que seja o espírito do sistema, ensina que corresponde a *juízos de valor legal* e cita o Estatuto dos Magistrados Judiciais portugueses, que em seu art. 4º/2 preceitua que o dever de obediência à lei compreende o de respeitar os juízos de valor legais, mesmo quando se trate de resolver hipóteses não especialmente previstas. Assim, completa, mesmo quando os princípios substanciais de solução, integrantes do sistema jurídico não permitem encontrar

---

[289]ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 450.
[290]Ibid., p. 453-454.

solução para determinada hipótese, se pode recorrer então aos princípios formais, ou juízos de valor, para por meio deles, integrar a lacuna.

Sobre o tema, para fins até de argumentação, Antonio Santos Justo[291] diz que no CCP não há referência expressa aos princípios fundamentais como instrumento integrador do direito, segundo ele, talvez evitando aquela velha polêmica entre os jusnaturalistas e os positivistas, explicando que anterior CCP, de 1867, mandava recorrer aos *princípios de direito natural*, quando preceituava que "sem as questões sobre direitos e obrigações não pudessem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espírito, nem pelos casos análogos, prevenidos em outras leis". Segue o autor lusitano, afirmando que mesmo diante da falta de previsão expressa, os princípios fundamentais do direito foram consagrados quer na interpretação, quer na integração das lacunas, citando os artigos 9º/1, que estatui que se deve levar "sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico", o art. 10º manda recorrer a analogia e, na sua falta autorizando o intérprete a decidir segundo a norma que criaria *se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema*, explicando que são os princípios fundamentais do direito que asseguram a unidade e constituem o espírito do sistema.

Ainda sobre o tema, recorremos a Carlos Maximiliano[292], que nos trás importante raciocínio acerca desta pretensa diferença entre o direito português e o brasileiro e assim, ao comentar o art. 1º do Código Civil suíço, que segue a mesma linha do atual CCP[293] e que, segundo José de Oliveira Ascensão[294], estabelecem ambos (os códigos civis português e suíço), "posições que nos parecem claramente avessas à lei brasileira", aduzindo que quando o legislador helvético previu que quando ocorrer, que nem o espírito de algum dos dispositivos da lei, nem o Direito Consuetudinário oferecerem a solução para um caso concreto, decida o juiz "de acordo com a regra que ele próprio estabeleceria se fora legislador. Inspire-se na doutrina e na jurisprudência consagrados."

---

[291] JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 221.

[292] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 245.

[293] Art. 10.º/3 do Código Civil português de 1966, em vigor: "Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema. O Código Civil português anterior, de 1867, em seu art. 16, para o mesmo caso, determinava o recurso aos 'princípios de Direito Natural'.".

[294] ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 449.

Para o autor brasileiro, a doutrina helvética – e vendo por esse prisma, também a portuguesa – afeiçoa-se integralmente à legislação brasileira. Por conseguinte, na hipótese de lacuna legislativa não preenchível por meio da analogia, explica Carlos Maximiliano[295],

> (...) que não se quer por isto dizer que o juiz adquire liberdade absoluta; há um limite ao seu arbítrio; deve ele orientar-se pela jurisprudência, tomado este vocábulo em sentido *lato*, isto é, compreendendo os tratados de Direito, nacional e estrangeiro, e arestos de tribunais do mundo civilizado.

Maximiliano[296], no nosso entender, pondo fim a qualquer possibilidade de destacar alguma diferença de fundo, entre o nosso modelo e o modelo português (e também o suíço) no que se refere aos princípios gerais de direito, completa:

> O código suíço ainda restringe a autonomia do magistrado, mediante uma exigência que prevalece entre todos os povos cultos: manda atender à jurisprudência e também à doutrina estabelecida, generalizada, definitivamente consagrada (*Bewaehrte Lehre*). Este preceito final completa a noção de princípios gerais do direito.

Assim, podemos concluir, que a apreciação do mencionado dispositivo do Código Civil suíço, bem se aplica ao que determina o CCP e tanto para aquele, quanto para este, serve a comparação com o que determina o CCB 2002 e a constatação de que nada há que os afaste em fundamento, a não ser a técnica legislativa, que enfatiza nos dois códigos europeus a figura da criação da norma pelo juiz ou intérprete, o que os portugueses chamam de norma *ad hoc*, e que, num primeiro momento poderia causar certo espanto, por atribuir ao juiz, ou, no caso do direito português, ao intérprete, um poder que é do Congresso. Entretanto, remata Maximiliano[297], que "aplicado com discreta reserva e superior critério, o Código suíço (e completamos: também o português) talvez se não distancie da prática judiciária universal e se distinga de outros repositórios de normas civis – menos na essência do que pela audácia da expressão". Afinal, o processo interpretação-integração leva o intérprete juiz ao campo legislativo, pois completa, supre, preenche lacunas encontráveis no direito – aí incluída a lei, diante do caso concreto.

[295]MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.p. 246.
[296]Ibid., p. 245-246.
[297]Ibid., p. 245.

4.2.6 Princípios e equidade

Interessante para quem se lança ao estudo do sistema de cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados, mais especificamente com relação ao preenchimento das lacunas, é analisar a diferença eventualmente existente entre princípio geral de direito e equidade, já que o intérprete muito a ambos recorre na prática de colmatação de vaguidades surgidas no ordenamento jurídico.

Maria Helena Diniz[298] reproduz doutrina de García Máynez, que considera a equidade como princípio jurídico, sob o argumento de que, em última análise, se o intérprete para atingir os princípios gerais de direito, segue no processo de indução até as normas mais abstratas, partindo do estudo da grande e fértil multiplicidade dos dispositivos especiais positivados, deve-se admitir, que no fundo, o que busca é fazer delas preceitos justos. Assim, conclui o autor citado, que: "se a norma que ordena o legislador a elaboração de leis justas é a expressão do primeiro de seus deveres, não se poderá dizer que a equidade seja, radicalmente diferente dos princípios gerais de direito". Em resumo, o que pensa este autor é: se o que se busca através do recurso aos princípios é ser justo no caso concreto e a equidade é exatamente a solução justa dos casos, quando não há lei aplicável, então, princípios e equidade são a mesma coisa.

Citando Hauriou, Maria Helena Diniz[299] defende ponto de vista contrário, ao qual nos filiamos:

> Colocar o juiz abaixo dos princípios e acima da lei escrita nada tem de revolucionário nem mesmo ultrapassa o fato jurisprudencial. Apenas faz passar o espírito antes da letra, resultado contra o qual não se poderia protestar. Ajuntemos: isto é tranqüilizador, pois não abandonaria o juiz, nem a uma livre pesquisa científica sem garantia, nem a impulsões inquietantes para a equidade.

E a autora arremata citando Clóvis Bevilacqua:

> Sendo, sempre e necessariamente, incompleta a expressão legal do direito, o espírito humano é forçado, freqüentemente, a remontar às fontes sociológicas e psíquicas da ordem jurídica, a fim de descobrir a regra não expressa em lei, que se ajusta à espécie, que as energias sociais fizeram vir à tona. Quando a consciência jurídica reconhece um direito, não obstante o silêncio da lei, o juiz, verificada a inaplicabilidade da analogia, vai procurar a solução nos princípios gerais do direito, diz a Lei de Introdução ao Código

[298]DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 220.
[299]Ibid., p. 221.

> Civil, art. 7º. A Constituição de 1.934, art. 113, n. 37, acrescenta: ou por "equidade". Os princípios gerais de direito revelam-se objetivamente à investigação científica. A equidade é expressão subjetiva da idéia de justiça que atenua a dureza da lei. O Código Civil quer que o juiz seja, no caso examinado, a voz da ciência jurídica, A Constituição permite que o juiz decida segundo lhe parecer justo. Num caso, ele descobre o direito latente, pelo processo da investigação, no outro, ele o revela por um apelo à sua consciência, na qual se refletirá a opinião comum do tempo, no grupo social, a que pertence.

Depois dos ensinamentos acima difícil que se prossiga a confundir equidade com princípios gerais de direito, até porque, nem sempre os princípios (ou as leis) são justos. Um dos princípios, digamos, precursores é aquele que estabelece: *Dar a cada um o que é seu*. Se compararmos esse princípio basilar do direito com o instituto do usucapião, haveríamos de questionar a legitimidade da propriedade adquirida dessa forma, já que a lei do usucapião, no cotejo com o princípio, poderia parecer injusta – e há muita gente que acha que é – ao mandar entregar a uma outra pessoa, um bem não foi utilizado pelo dono por determinado tempo, mas como é uma lei e ela afirma que assim será, então esta seria a solução justa, o que faz o princípio parecer injusto. Portanto, se se pudesse aplicar aqui a equidade e ela fosse o mesmo que princípio, ambos entendidos como sendo aquilo que é justo, num caso, p. ex., de alguém que ficou doente e precisou se ausentar do país por longos anos e que ao retornar se viu desapossado de uma sua propriedade, certamente se afastaria a lei e se aplicaria a equidade e o princípio, que no caso, parecem mais justos, o que seria teratológico. Isso para deixar bem claro que o sentido do que é justo nem sempre coincide com o direito – a lei e o princípio geral de direito. Se assim não fosse, o art. 2º da Lei de Arbitragem, Lei nº 9.307/96, não deixaria ao alvedrio das partes escolher entre o direito e a equidade: *A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes*.

Muito provavelmente por essa razão, o legislador do CPC, conforme alhures comentamos, determinou no art. 127, que a equidade só pode ser utilizada pelo juiz quando autorizada pela lei, porque aquele que busca o justo, muitas vezes poderá estar procurando algo contra o direito. Assim surgem os justiceiros.

Maria Helena Diniz sobre essas diversas correntes de pensamento que se digladiam em torno das questões envolvendo os princípios gerias de direito, conclui que:

> Convém esclarecer um pouco este *pot-pourri*. Não há dúvida que cada uma destas tendências doutrinárias traz sua parcela de contribuição no sentido de solucionar o problema, pois no nosso entender, as diversas concepções se completam e não se excluem. Trazem em si elementos valiosos que não

> podem ser olvidados, pois todas as teorias surgiram na história do direito, por maiores que sejam as questões controvertidas que, porventura, despertem em torno de si, contribuem sempre para o patrimônio geral do conhecimento jurídico. Não há porque escusarmo-nos de expor os princípios gerais, apreciando-os à luz dessas doutrinas. Além do mais, denota-se que na base desses diversos aspectos existe um elemento comum a todas as doutrinas; a justiça. Segundo Torré, a ela se reduzem os princípios gerais de direito, sem com ela se identificarem.

Esta lição nos faz mais uma vez entender que o Direito é algo muito maior que seus intrumentos e que por vezes, mesmo os entendimentos que não nos pareçam os melhores, terão aplicação no caso concreto, na busca da Justiça e do equilíbrio, razão pela qual, apesar de nossa discordância, não afastemos de todo as correntes que não nos sejam simpáticas, ainda mais quando na condição de aplicadores do Direito.

4.2.7 Princípios e cláusula geral

As comparações dos princípios gerais de direito com outros institutos não param por aí e, sobre essas comparações, importante nos referirmos a paralelo traçado por Alberto Gosson Jorge Júnior[300], entre os princípios e os valores e as cláusulas gerais. Com os primeiros, os valores, iniciamos pelo exemplo que bem demonstra em que nível se encontram ambos:

> (...) no valor da "igualdade entre os filhos", funda-se o *princípio jurídico* que "proíbe qualquer discriminação entre os filhos", independentemente de sua origem e natureza, princípio este que se encontra "revestido" pela norma constitucional inserta no § 6º, do art. 227 da CF.

Fundado em Miguel Reale, Gosson[301] explica que valor é sempre um elemento constitutivo experiência jurídica, embora sua presença varie de acordo com o modelo jurídico posto em causa:

> Em geral, tais enunciados hermenêuticos ligam-se, direita ou indiretamente, à existência de determinados valores, como o da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da solidariedade, e, já agora, o do respeito aos bens da natureza (valor ecológico), valores esses que podemos considerar invariantes axiológicas[302], as quais vão adquirindo, ao longo do processo histórico, tamanha intangibilidade que lhes serve de fundamento.

---

[300]JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 31.
[301]Ibid., p. 30.
[302]Axiológico: Estudo de alguma espécie de valor, em especial de valores morais.

Concluindo que tais valores[303] consolidam-se em princípios, que acabam por adquirir uma importância maior ou menor de acordo com o peso do elemento axiológico que lhes serve de fundamento.

Com relação ao paralelo entre os princípios às cláusulas gerais, o autor pesquisado afirma que:

> Configurando um possível impasse entre o princípio que representa um valor socialmente amadurecido e que está a pedir não só reconhecimento, mas efetivação na ordem social, e um ordenamento jurídico dotado de normas pontuais, que na sua estruturação sob o prisma rígido da reserva legal não contempla a possibilidade de aplicação de valores-princípios, soltos nos anseios da sociedade, surgiram as cláusulas gerais, elementos de conexão entre os valores reclamados e o sistema codificado, propondo-se a efetuar o elo de ligação para a introdução desses valores no ordenamento, sem ruptura da ordem positivada, sem quebra do sistema.[304]

Mais:

> Num comparativo entre princípios e cláusulas gerais constatamos que os princípios irradiam uma identidade própria no interior do sistema jurídico, o que já não se passa com as cláusulas gerais, que necessitam trazer consigo, ou remeter a princípios, que acabam por se fundir com a sua própria razão de ser (das cláusulas gerais).

Ora, após atenta leitura dos textos acima referenciados, entendemos que, em análise ao art. 422 co CCB 2002, que determina: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé", este claramente destaca o princípio da boa-fé. Entretanto, segundo o autor, a cláusula geral ali inscrita e o princípio não se confundem, porque o enunciado do artigo citado remete ao princípio da boa-fé, aqui entendida como a boa-fé objetiva. Com todo o respeito a opiniões contrárias como alhures dissemos, isso nos parece confuso.

Sinceramente, entre uma coisa e outra não vemos qualquer diferença, porque nos parece ter ficado claro que o princípio da boa-fé objetiva foi positivado no citado art. 422 do CCB 2002, nada mais, restando ao intérprete aplicar o princípio, que é norma positivada, como defende Nelson Nery Júnior[305], e definir, diante do caso concreto, se esta ou aquela

---

[303]JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 31.
[304]Ibid., p. 40.
[305]Sobre a questão Nery Júnior ensina que: "Quando se inclui determinado princípio geral no direito positivo do País (Constituição, Leis, etc.), deixa de ser princípio geral, ou seja, deixa de ser regra de interpretação e passa a caracterizar-se como *cláusula geral.* Assim, as várias classificações que a doutrina tem empreendido nessa difícil problemática (princípio positivados, norma-princípio, etc.), passam por caminhos mais tortuosos para

conduta de uma ou de todas as partes envolvidas no contrato, é ou não contrária ao princípio da boa-fé, e, ao final decidir, aplicando a medida que entender razoável, que poderá ir desde a alteração ou remoção de uma cláusula, até a resolução parcial ou total do contrato, notando-se, neste ponto, que uma das características das cláusulas gerais é a de deixar a medida a ser aplicada ao prudente alvedrio do juiz, que é um traço que distingue as cláusulas gerais dos conceitos legais indeterminados[306], pois nestes, o comando, apesar de também conter vaguidade semântica, prevê a medida a ser aplicada, como é o caso, p. ex., do parágrafo único do art. 927 do CCB[307], que comentamos na nota de rodapé indicada.

Ressalte-se ainda que, devido ao alto grau de generalidade da norma contida no art. 422 do CCB 2002 – que se aplica a todos os contratantes (credores e devedores), o juiz, diante de questão que lhe seja posta sob exame e que envolva contrato regido pela legislação civil, deverá verificar, de ofício, a ocorrência de evento que contrarie o princípio ali insculpido. Dá-nos a devida sustentação Nelson Rosenvald[308] quando em sua obra fala sobre a extensão do art. 422 do CCB 2002 às fases pré[309] e pós-contratual:

---

chegar-se ä solução parecida: 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 de obrigações" (NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil, apontamentos gerais. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra. (Coords.). O novo Código Civil, homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2006. p. 426.).

[306] Sobre essa distinção esclarece que: "(...) Distinguem-se (as cláusulas gerais) dos conceitos legais indeterminados pela finalidade e eficácia, pois aqueles, uma vez diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já têm sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao juiz aplicar a referida solução. Estas (as cláusulas gerais), ao contrário, se diagnosticadas pelo juiz permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta, ou seja, concretizando os princípios gerais de direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer naquele caso concreto" (NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil, apontamentos gerais. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra. (Coords.). O novo Código Civil, homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2006. p. 428.).

[307] Art. 927 do CCB 2002: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. *Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".* Nosso comentário**:** O conceito legal indeterminado está presente na palavra *risco*, que grifamos no texto do dispositivo, pois demandará que o juiz, ao ser provocado, estabeleça, através de máximas de experiência e recurso à discricionariedade, que atividades envolvem risco, além daquelas que até então eram assim consideradas por força da legislação extravagante, como é o caso dos transportes aéreos, ferroviários, exploração de energia elétrica, etc. Note-se que um dos traços que distingue esta situação (conceito legal indeterminado) daquela contida no art. 422 (cláusula geral), é que no parágrafo único do art. 927, existe imposição de uma reprimenda, ou seja, a obrigação de reparar, o que não ocorre no art. 422. Note-se ainda, que é uma característica da cláusula geral, conter conceitos legais indeterminados, que podem ou não ser a positivação de um princípio geral de direito.

[308] ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 100.

[309] Interessante anotar, ainda que não seja sobre o tema que comentamos neste momento, que o Código Civil português, em seu art. 227, inseriu a cláusula geral de boa-fé numa fase pré-contratual, evitando assim divagações doutrinárias e jurisprudenciais. Art. 227.°/1: "Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte".

> Aliás, combinado-se o citado art. 422 com o parágrafo único ao art. 2.035[310] do Código Civil, tem-se a boa-fé como norma de ordem pública, de aplicação cogente e de observância necessária em todas as relações obrigacionais (incluindo-se, agora, as empresariais). Daí se pode perceber a amplitude do princípio. Aliás, como salientou Nelson Nery, o magistrado poderá invocar a cláusula geral de ofício, mesmo que não provocado por uma das partes.

Voltando à diferenciação entre princípio e cláusula geral, bem demonstrada estaria a diferença, caso exemplificássemos com o parágrafo terceiro do art. 496º do CCP, citado pelo autor[311], que dispõe que: "O montante da indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no art. 494°". Para que possa então o intérprete do direito português definir o que seja o *montante equitativo da indemnização*, deverá recorrer, dentre outras fontes, também aos princípios gerais de direito e aqui sim, uma coisa é uma coisa e outra coisa é outra coisa. E isso nos faz pensar que existem duas situações que devem ser analisadas, uma, quando o dispositivo legal é o princípio materializado em cláusula geral e a outra, é quando o dispositivo, a cláusula geral, remete a determinado princípio ou regra, ou costume, ou uso, etc..

Sobre a confusão que se faz entre cláusula geral e princípios jurídicos, Mário Júlio de Almeida Costa[312], fala sobre a questão:

> As cláusulas gerais ("Generalklauseln"), em si mesmas nada acrescentam ao conteúdo do correspondente princípio normativo[313], traduzindo tão-só o apelo directo que o legislador faz àquele princípio na regulamentação de certos domínios. Pela respectiva estrutura, as cláusulas gerais apenas representam a expressão gramatical dos correspondentes princípios normativos, não fornecendo ao julgador conceitos aptos à imediata subsunção lógico-formal, mas simples critérios valorativos.

E arremata: "As cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados ('unbestimmte Rechtsbegriffe') destinam-se a conferir ao juiz, como 'operador jurídico', ampla margem de liberdade de apreciação em cada caso concreto". Mais adiante, como conclusão de nossa pesquisa, reestudaremos esses dois importantes institutos.

---

[310]Art. 2.035 do CCB: "A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas 327 leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.
Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".

[311]JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 73.

[312]COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 98.

[313]O autor refere-se à boa-fé.

Como já afirmamos, concordamos em parte com a assertiva do mestre lusitano, pois como vimos, casos há em que a cláusula geral encerra o princípio positivado que deixa de ser regra de interpretação para ser norma-princípio, a ser aplicada de ofício pelo magistrado, que ao colmatar o conceito legal indeterminado que está contido no princípio, extrairá a norma do caso aí então, no processo de subsunção, aplicará a norma assim colhida, ao caso decidendo.

Assim, antes de mais nada, bom que se ressalte, que sendo ou não a mesma coisa que princípio a citada cláusula geral presente no art. 422 do CCB 2002, o juiz, ao aplicá-la, deverá buscar, no caso concreto, se esta ou aquela conduta das partes está ou não acorde com o que seja probidade e lealdade, e ai sim há de verificar através das máximas de experiência que tipo de conduta possa enquadrar-se como improbidade e má-fé, para então poder aplicar a medida que entender correta, e que poderá ir desde da modificação de determinada cláusula contratual, até a resolução do contrato.

Todavia, apesar da observação que fizemos e da confusão existente acerca da diferenciação entre princípio e cláusula geral, Alberto Gosson Jorge Júnior [314] nos parece de acordo com esse raciocínio, porquanto aduz:

> Tudo isso faz parecer, todavia, que a assimilação recíproca entre cláusulas gerais e princípios, desde que respeitada a hierarquia normativa, vem facilitar a tarefa do intérprete, já bastante dificultada na identificação e no dimensionamento dos valores na norma, não parecendo aconselhável estabelecer distinções conceituais ainda que a pretexto de se estabelecer uma melhor precisão lógico-analítca.

Na verdade, pensamos, o que importa é que o juiz possa identificar uma conduta contrária à boa-fé de um dos contratantes, ou de ambos, e alterar ou extirpar a cláusula ou o contrato, se for de todo danoso.

Ainda sobre a alegada diferença entre princípio e cláusula geral nunca é demais recorrermos àqueles que entusiasticamente ao tema se dedicam, por enxergarem nele a modernidade do processo de aplicação do direito, como é o caso de Judith Martins-Costa, que em sua obra denominada *A boa-fé no direito privado*, debate o tema e traça uma firme linha que separa os dois institutos – advertindo logo de início haver respeitável doutrina entendendo inexistir a alegada distinção[315], e que envolve a questão do § 242 do BGB, que na verdade, e

---

[314]JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 41.

[315]MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 315. A autora cita em nota de rodapé texto atribuído a Ruy Rosado do Aguiar Júnior que os equipara sob a seguinte perspectiva: "As cláusulas gerais são inesgotáveis recursos de que poucos juízes brasileiros lançam mão para

guardada as devidas proporções, é a mesma que se refere ao art. 422 do CCB[316] e, dada à riqueza do esclarecimento, pedimos licença para reproduzir na íntegra[317]:

> Na verdade, a confusão entre princípio jurídico e cláusula geral decorre, no mais das vezes, do fato de uma norma que configure cláusula geral conter um princípio, reenviando ao valor que este sim, como ocorre com o reiteradamente citado § 242 do BGB. Aí sim, se poderá dizer que determinada norma é, ao mesmo tempo, princípio e cláusula geral. Para ter clareza neste ponto devemos todavia atentar para as seguintes circunstâncias: a) não se pode pensar em "cláusula geral inexpressa". Constituindo uma técnica legislativa, não há o que falar em sua "implicitude". Ou estão formuladas na lei ou não estão. Portanto, um dos dois setores em que se divide a classificação dos princípios acima aludida, qual seja a que distingue entre os princípios inexpressos e os expressos, resta completamente afastado da possibilidade de sinonímia ou equiparação às cláusulas gerais; b) considerando o setor que resta, vale dizer, o dos princípios expressos, nem aí se justifica a equiparação. É que não se pode pensar em cláusula geral que não promova o reenvio, seja a outros espaços do próprio ordenamento, seja a "standards" jurídicos ou ainda extrajurídicos, ou a valores, sistemáticos ou extra-sistemáticos, podendo-se apontar, contudo, como acima se aludiu, a um considerável quadro de princípios que não contém conceitos dotados de vagueza semântica, nem sequer de vagueza (semântica) socialmente típica, e que, portanto, não promovem o mencionado reenvio; c) têm-se, então, no campo residual, os princípios expressos que referenciam valores e que se traduzem em linguagem dotada de alto grau de vagueza semântica, tal como "boa-fé", "correção", "moralidade pública", "razoabilidade", etc. Mesmo aí é indevida a equiparação. O que se poderá dizer é que aí se trata de uma cláusula geral que contém um princípio, embora possa haver outras que nem de longe contêm princípios, apenas convidando a outros estatutos, como é o caso do art. 7º do CDC. Em suma, não se pode afirmar que cláusulas gerais e princípios gerais são o mesmo, se tornarmos a expressão 'princípio jurídico', em toda a extensibilidade que lhe é própria. É certo que, tanto quanto às cláusulas gerais, aos princípios pode ser atribuída a vagueza semântica, mas esta, como se viu, pode ser observada em qualquer termo ou expressão, constituindo antes uma questão de grau do que de característica. 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', como a correspondente proposição normativa, contido num texto que consubstancia cláusula geral. Aí se fala, indistintamente, no princípio da boa-fé, inscrito no § 242 do BGB, e na 'cláusula geral de boa-fé desenhada pelo mesmo texto legislativo, como se poderia falar no 'conceito juridicamente indeterminado revelado na expressão lingüística boa-fé. Essa incerteza mais se acentua em razão da confusão entre as suas funções, matéria que será retomada quando se aludir à estrutura e às funções das cláusulas gerais

Durante a leitura do texto de Judith-Martins Costa, pudemos, além de bem compreender a distinção entre os princípios e as cláusulas gerais, também recolher alguns

---

o encontro da decisão justa, mas que aí estão (por exemplo, art. 5º da lei de Introdução ao CC; art. 159 do CC; *o princípio de igualdade*, consagrado no art. 5º da CF). Grifo da autora."

[316]É bom esclarecer que o art. 422 do CCB não foi utilizado pela autora, temos plena certeza, porque na época o CCB de 2002 ainda encontrava-se em fase de elaboração, já que seu livro foi publicado no ano de 1999.

[317]MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 323-324.

termos, tais como, *vagueza semântica socialmente típica* e *conceitos juridicamente indeterminados*, atribuindo a estes últimos uma das razões da confusão que se faz entre princípios e cláusulas gerais e entre estas e aqueles, ou seja, cláusulas gerais contêm conceitos juridicamente indeterminados, mas não são iguais, portanto, conforme o exemplo que a professora forneceu do § 242 do BGB, pode-se observar que este dispositivo, sem qualquer dúvida, é cláusula geral, que materializa o princípio da boa-fé objetiva, sendo o termo *boa-fé*, um conceito juridicamente indeterminado, por conter vagueza semântica socialmente típica, ou seja, para ser colmatada tal vaguidade, no caso concreto, o juiz deverá descobrir o que seja exatamente *boa-fé* naquele contrato que examina, e dizer, se as partes se conduziram ou não dentro de seus limites, devendo buscar subsídios em todo o ordenamento e, até mesmo, fora dele, ou seja, no meio social, na comunidade onde está inserido – daí vagueza socialmente típica – sopesando e aquilatando, para fundamentar sua decisão, caso entenda faltante a *boa-fé*, portanto, não basta ao juiz dizer se esta ou aquela parte contrariou o citado princípio insculpido na cláusula geral, deverá sim, explicar o porque de sua constatação.

No texto comentado, foi também citado art. 7º do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8078, de11 de setembro de 1990, que é uma cláusula geral onde não há materialização de qualquer princípio, mas o reenvio a estese a outros *standards* de colmatação:

> Art. 7º. Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e eqüidade.

Fica fácil verificar que o dispositivo da Lei Consumerista, com bastante clareza não reduz o rol de direitos afetos às relações de consumo apenas ao seu texto, remetendo aos tratados, costume, princípios, etc, sem no entanto encerrar qualquer princípio.

4.2.8 Um conceito de princípio geral de Direito

Bem, depois de analisadas as controvérsias, e prosseguindo em nossa pesquisa, fomos buscar esclarecedor conceito para princípio, localizando na respeitável obra de Ruy Samuel Espíndola[318], o seguinte raciocínio:

> Pode-se concluir que a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou de subordinam.

Logo a seguir, complementa o autor com uma definição de princípio colhida de Clemente de Diego, por ele citado, referindo-se a citação feita por Eros Grau, explicando que: "Essa é a concepção predominante nos quadrantes do pensamento brasileiro":

> Principio de derecho, es el pensamiento directivo que domina y sierve de base a la formación de las singulares disposiciones de Derecho de uma instituición jurídica, de um Código o de todo un Derecho positivo. El principio encarna, el más alto sentido de una ley o institución de Derecho, el motivo determinante, la razón informadora del Derecho (*ratio juris*), aquella idea cardinal bajo la que se cobijan y por la que se explican los precptos particulares, a tal punto, que éstos se hallan com aquélla em la própria relación lógica que la consecuencia al principio de donde se derivan.

A definição trabalhada no mundo do Direito[319] assume algumas peculiaridades, devido aos variados níveis de linguagem nos quais se estrutura o Direito. Assim, ora o termo princípio serve para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre o direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas e ora para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas construídas independentemente de uma ordem jurídica concreta ou de institutos de direito ou normas legais vigentes e essa polissemia acaba sendo maléfica, pois no campo da Ciência Jurídica, *onde a confusão de conceitos e ideias* pode levar à sonegação ou à frustração da práxis jurídica, por prática equivocada de direitos ou situações protegíveis pelo sistema jurídico posto.

Seguindo ainda com Ruy Samuel Espíndola[320], imperioso reproduzirmos, a fundamentação do alerta acima:

---

[318]ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípio constitucional*. 2002. p. 53.
[319]Ibid., p. 54-55.
[320]Ibid., p. 56.

> Ao se tratar de princípio, neste campo das ciências humanas, deve-se distinguir claramente entre a norma e o texto que a contempla; a norma do discurso sobre a norma; as categorias de normas que veiculam princípios. E mais: os princípios constantes nas normas devem distinguir-se dos princípios próprios à interpretação das normas.

Este alerta complementa a ideia a que antes nos referimos, já que não é raro que se confunda o princípio com sua própria aplicação enquanto instrumento de colmatação de lacunas jurídicas, mesmo porque há princípios positivados e estes, repetimos, devem ser aplicadas aos casos específicos, como é o caso do art. 422 do CCB 2002 que cuida da boa-fé objetiva. O termo boa-fé, aqui, ainda que, em última análise, cuide-se de um conceito vago, representa um princípio positivado, veicula este princípio, que deve ser aplicado aos contratantes, que deverão agir com lealdade e probidade, bastando então, e aí sim completando o sentido da norma, que se determine o que são e quais são, em cada caso, atos de deslealdade e de improbidade, o que poderá variar conforme certas especificidades, como os usos e os costumes eu imperam naquele estrato social.

Explica Maria Helena Diniz[321] que os princípios gerais de direito são fontes subsidiárias e serão aplicados quando o intérprete a eles recorrer para suprir as lacunas deixadas pelos outros meios de colmatação, que não estão sempre claramente dispostos no ordenamento jurídico, como no caso das leis, mas que estão nele contidos, de forma imanente.

4.2.9 Princípios e brocardos jurídicos

Ocorre com certa frequência, cumpre-nos esclarecer, que quando se fala em princípios gerais de direito pensar-se em brocardos jurídicos, aqui aparecendo mais uma fonte de problemas, já que muitas vezes os brocardos encerram mesmo princípios de direito, aliás, não é raro, como p. ex., *Ninguém pode se beneficiar da própria torpeza*, *Ninguém está obrigado ao impossível*, *Nos casos duvidosos deve-se preferir a solução mais benigna, O que num ato jurídico é útil não deve ser prejudicado por aquilo que não é*, etc. Entretanto, há que se verificar onde e quando deverão ser empregados, ou seja, há que se analisar o contexto, os fundamentos do caso e do próprio princípio, para que se possa aplicá-lo com segurança, a fim de não se cair no pecado da Escolástica, como nos referimos no início deste trabalho, ou seja, em pura verborreia. Em suma, pensamos que quando o intérprete fundamenta com princípios

[321]DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 213.

gerais do direito, deva explicar claramente a razão de sua utilização, seus pormenores, tal qual faz o médico quando receita uma *fórmula magistral*.[322]

Princípios gerais de direito e brocardos não se confundem[323], embora estejam, em parte, como dissemos, neles integrados. O problema está no uso infundado, lançando os brocardos como dardos certeiros, mas que na verdade de certeiros nada têm, na medida em que somente têm aparência de princípios gerais e absolutos, não havendo qualquer brocardo que não seja falso como máxima geral, pois em face de cada um que afirma dada norma, será sempre possível encontrar-se um segundo com norma oposta.[324] Assim, erros têm sido cometidos pelo uso indiscriminado dos aforismos, por juízes e advogados.

Não se pode confundir o uso prudente dos aforismos com seu abuso[325], residindo o perigo na utilização mecânica e na obediência cega aos dogmas tradicionais. Também nesse sentido Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, igualmente citados por Maria Helena Diniz[326], para quem as máximas têm a vantagem de se apresentar ao espírito com facilidade e ser resguardadas sem esforço de memória, alertando que nenhum desses adágios encerra verdade absoluta, necessitando de avaliação do instituto jurídico a que se deve aplicar um determinado dispositivo, visando perscrutar o sentido, com relação ao seu conteúdo, alcance e finalidade da norma.

Conforme Roberto de Ruggiero, citado também por Maria Helena Diniz[327], os brocardos "são, por vezes, perigosos instrumentos nas mãos do juiz, desde que seja pouco experimentado na difícil arte de interpretar".

Pois bem, realmente há muitos caminhos a percorrer quando se trata de princípio geral de direito, assim, evitando defender opiniões que fatalmente nos levariam a inúmeros desvios que o tema proporciona, visando metodizá-lo, elaboramos algumas questões básicas, que se lograrmos responder, bem nos demonstrarão o que são e como utilizar esses princípios na colmatação dos conceitos legais indetrminados e cláusulas gerais, aliás, o que é o nosso principal objetivo.

---

[322]O que comumente se denomina por *fórmula magistral*, é o medicamento prescrito pelo médico, especificando todos os seus componentes pelo nome químico, delimitando a sua concentração estabelecendo qual o veículo apropriado e a quantidade necessária para o tratamento completo.
[323]DINIZ, op. cit., p. 232-233, nota 321.
[324]Por exemplo: *Pacta sunt servanda versus Rebus sic stantibus*.
[325]DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 234.
[326]Ibid., p. 233.
[327]RUGGIERO, 1940, apud DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 233.

4.2.10 Quais as funções dos princípios gerais de Direito?

Os princípios possuem três funções básicas: fundamentadora, interpretativa, supletiva[328]:

4.2.10.1 Função fundamentadora

Dentro da função fundamentadora da ordem jurídica, aqui com mais importância na área do Direito Público, os princípios assumem eficácia derrogatória e diretiva, ou seja, perderão validade ou vigência as normas que se oponham aos princípios constitucionais.

4.2.10.2 Função interpretativa

Em sua função interpretativa, os princípios funcionam como vetores ou *standards* que indicam o sentido jurídico às demais normas, diante de atos ou fatos que requeiram compreensão normativa.

4.2.10.3 Função supletiva

Como função supletiva, compreende-se a capacidade dos princípios de integrar o Direito, preenchendo os vazios da ordem jurídica.

4.2.11 Quando e como deverão ser utilizados os princípios gerais do Direito?

Modernamente se deve entender a utilização dos princípios não somente quando falta lei, para ser mais claro, já que os princípios possuem a característica de complementação de vagos legislativos, sejam lacunas propriamente ditas, ou seja, aquelas representadas por falta de dispositivo legal que cuide do caso a ser decidido, sejam lacunas axiológicas ou ontológicas, que representam não a falta de dispositivo legal aplicável, mas sim uma dissociação entre a aplicação do dispositivo legal existente e os anseios sociais e de Justiça, já que muitas vezes a aplicação de um determinado dispositivo legal em processo subsuntivo simples e quase que puramente lógico, torna-se prejudicial contraiando as máximas de

[328]ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípio constitucional*. 2002. p. 71.

aplicação da lei inscritas na LICC, quais sejam, o bem comum, os bons costumes e o fim social.

Sobre o tema discorre Mônica Aguiar[329]:

> É que ao juiz compete criar o direito, ainda quando haja norma legal expressa em algum sentido. Ou seja, no ato de julgar, mesmo quando decide cados semelhantes, o magistrado pode editar norma que aponte para uma reelaboração da técnica legislativa, seja em face da necessidade de adequação aos fatos contemporâneos à edição do édito judicial, seja em função de uma mudança no arcabouço teórico doutrinário concernete a deteminada matéria.

Dessa afirmação a autora citada fornece um bom exemplo, representado pela concessão de *habeas corpus*[330] impetrado contra decisão que impôs a prisão civil por dívida decorrente da compra de um veículo cujo inadimplemento verificou-se em alienação fiduciária. Na decisão, confrontou-se o Decrteo-Lei nº 911/67, com o princípio Constitucional da *dignidade da pessoa humana*, os *direitos de liberdade de locomoção* e de *igualdade contratual*, para com base nestes últimos, nos termos da LICC, deferir a ordem. Portanto, no caso, havia o dispositivo legal, mas que se fosse aplicado seria injusto, porque contrário aos princípios da dignidade humana e outros descritos na ementa do acórdão descrito em nota de rodapé.

Sendo deficiente o repositório de normas[331] e nem através da analogia se consiga um meio concreto de se solucionar a questão, o intérprete, refaz o caminho do legislador trilhando-o inversamente, ou seja, o legislador caminha de cima para baixo, do geral para o particular e o intérprete, caminhando em sentido contrário, de baixo para cima, através da indução, de uma ideia em foco para outra ideia mais acima, vai prosseguindo nas generalizações, ampliando-as, até encontrar a solução, como p. ex, em se tratando de direito das Sucessões, investiga, em primeiro lugar, no capítulo correspondente à hipótese controvertida; em falta de êxito imediato, inquire entre institutos afins, no livro quinto do

---

[329] AGUIAR, Mônica. Balizas para a criação judicial do Direito em face da lei de introdução ao Código Civil. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. (Coords.). *Teoria geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 105.

[330] *HABEAS CORPUS*. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R$ 18.700,00 para R$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes. Arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, *caput*, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67. Ordem deferida (HC 12547/DF, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, Data do Julgamento 1º/6/2000, *RSTJ* v. 148, p. 387).

[331] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 241.

Código, em seu conjunto; vai depois ao Direito Civil, integral; e seguida ao Direito Privado (Civil e Comercial); mais tarde a *todo* o Direito Positivo (Público e Privado); enfim à ciência jurídica em sua universalidade.

Assim, na aplicação dos princípios propriamente ditos, deve-se ir, gradativamente, do menos ao mais geral e quanto menor for a amplitude, o raio de domínio a ser adaptado à espécie, menor será a possibilidade de falhas no processo de indução.

O próprio legislador[332] tratou de sugerir o emprego deste método, ao sequenciar, no art. 5º da LICC, a procura da norma aplicável, determinando que diante da omissão específica, considere matéria análoga; não logrando encontrar a solução, que vá aos costumes e, também diante de sua falta, recorra aos princípios gerais de direito.

Por outro lado, Miguel Reale[333] mostra-se contrário a essa sequência, que chama de *excludente*[334], e que teria sido sugerida pelo legislador, primeiro, porque todo raciocínio analógico pressupõe a apontada correspondência entre duas modalidades do real postas em confronto, o que denomina de *analogia entis* e conduz naturalmente ao plano dos princípios. Depois, porque essa asserção prende-se à tese, superada, da supremacia absoluta da lei, ensinando que nada impede que durante o processo de analogia se recorra, concomitantemente aos costumes e aos princípios gerais de direito: "Quando mais não seja, estes reforçam as aduzidas razões de similitude e dão objetividade à sempre delicada aplicação do processo analógico". Para Miguel Reale[335], então, sendo omissa a lei, deve o juiz julgar de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, não existindo, para ele, qualquer hierarquia nesse processo, estando todos incluídos e no mesmo nível, posição esta à qual nos filiamos.

---

[332]DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 238.
[333]Ibid., p. 311.
[334]Sequência excludente que teria essa ordem: Os princípios gerais do Direito serão utilizados quando o aplicador, diante de uma questão dúbia, indaga se há disposição legal expressa; se esta não for localizada recorre a dispositivos que versem sobre casos similares; se estes não forem localizados por inexistirem, deverá o intérprete recorrer aos costumes e na falta destes últimos, aos princípios gerais de Direito.
[335]REALE, Miguel. *Novo Código Civil brasileiro.* Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 310.

4.2.12 Princípios e analogia *iuris*

Apesar dos esforços de alguns tratadistas[336] a analogia *iuris* se confunde com os princípios gerais de direito, primeiro, porque a diferenciação que se faz entre analogia *legis* – que subordina dois casos semelhantes a um mesmo texto legal – e a analogia *iuris* – que dá solução igual a duas hipóteses em virtude da mesma razão de direito - confirma que a analogia *legis*, que é a analogia propriamente dita, relaciona-se intimamente com os princípios gerais de direito.

Sem querer alimentar a polêmica, Maria Helena Diniz[337] segue por caminho diverso, afirmando que não há que se confundir analogia *iuris* com princípios gerais de direito, e explica que a analogia *iuris* é uma ampliação dos conteúdos e dos sentidos de várias normas, a fim de atingir a *ratio legis*; é, portanto, um processo de raciocínio, e os princípios gerais são fontes jurídicas, são preceitos normativos.

De nossa parte, concordamos que existe indubitavelmente relação íntima entre a analogia *iuris* e os princípios gerais de direito, como afirma Reale, ainda que se cuide de espécies diferentes, conforme Maria Helena Diniz, mas cujo traço distintivo é tênue a ponto de se confundirem facilmente. Mais certo está, é nossa opinião, quem considera a primeira como o meio, e os segundos como o objetivo, pois estes sim são fontes às quais a analogia *iuris* recorre buscando fundamentar sua aplicação a casos semelhantes. São realmente diferentes, mas caminham juntos.

4.2.13 Roteiro para aplicação dos princípios jurídicos

Ainda sobre como utilizar os princípios gerais de direito, sua operacionalização, Maria Helena Diniz[338] fornece um roteiro bastante prático e acreditamos que bem venha a representar o espírito do nosso trabalho, porquanto desde nos interessamos pelo tema, vislumbramos a materialização dos métodos de interpretação-integração, principalmente com relação aos princípios gerais de direito, que tanto dissenso dúvidas e insegurança provocam no dia a dia dos que lidam com o direito, tanto no judiciário, quanto nas dependências administrativas:

---

[336]REALE, Miguel. *Novo Código Civil brasileiro.* Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 311.
[337]DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 238.
[338]Ibid., p. 242.

> O órgão judicante, empregando induções e deduções e, ainda juízos valorativos, deverá seguir este roteiro: 1) buscar os princípios norteadores da estrutura positiva e, ainda, juízos valorativos a que se refere o caso *sub judice*; 2) atingir, sendo inócua a primeira medida, os princípios que informam o livro ou parte do diploma onde se insere a instituição, depois os do diploma onde se encontra o livro, a seguir, os da disciplina a que corresponde o diploma e assim por diante até chegar aos princípios gerais de todo o direito escrito, de todo o regime jurídico-político e da própria sociedade das Nações, embora estes últimos só digam respeito às questões de direito internacional público; 3) procurar os princípios de direito consuetudinário, que não se confundem com as normas costumeiras, mas que são o ponto de partida de onde aquelas normas advêm; 4) recorrer ao direito das gentes, especialmente ao direito comparado, onde se descobrem os princípios que regem o sistema jurídico das nações civilizadas, desde que estes não contradigam os do sistema jurídico interno; 5) invocar os elementos da justiça, isto é, os princípios essenciais, podendo para tanto penetrar no campo da jusfilosofia.

Em verdade essa sequência de raciocínio busca metodizar o trabalho do intérprete na busca de fundamentação ou de uma decisão fundamentada, deixando longe, dessa forma, a insegurança que permeia decisões que não são fundadas em textos do repositório legal, nem jurisprudencial.

4.2.14 Existe uma ordem, uma hierarquia entre os princípios?

Segundo Miguel Reale[339], sim, existe uma graduação entre os princípios gerais de direito, que são *conceitos básicos*, alguns cobrindo todo o campo da experiência jurídica universal, outros referindo-se aos ordenamentos jurídicos a que pertencem, o que o autor chama de mesma *família-cultural* e outros ainda referentes ao Direito pátrio, ensinando que há princípios que se referem ao Direito Civil, Processual, Direito do Trabalho, etc. Mais especificamente há outros ainda que se referem ao Direito de Família, das Obrigações, etc.

Maria Helena Diniz[340] nos traz, a propósito da questão da graduação dos princípios gerais de direito, classificação elaborada por Limongi França, que a seguir reproduzimos, que divide os princípios gerais de direito em:

> 1) Os essenciais, que são estáveis, pois representam os elementos primeiros da justiça e os básicos que decorrem da natureza, assim, é da natureza do casamento o destinar-se a procriação e à educação da prole e o auxílio mútuo; 2) Os contingentes, que são: 2.1 - os do ordenamento; 2.2 - do direito consuetudinário e; 2.3 - do direito das gentes.

[339]REALE, Miguel. *Novo Código Civil brasileiro.* Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 312-313.
[340]DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 240-241.

Exemplos dos primeiros, os do ordenamento, 2.1, são: a) os que informam a Constituição das Nações (o da igualdade soberana de todos os membros, o da proteção das minorias, etc.); b) os que fixam as bases do regime político jurídico-nacional (livre acesso ao poder, o princípio da liberdade, da necessidade, que informa todo o título da ordem econômica e social) e, c) a estrutura positiva das instituições (o de que o estado civil de casado não é mais requisito indispensável ao direito de adotar menor – arts. 1.618/1.629 do CCB 2002). Afirma a autora, que estes dois últimos se trifurcam em princípios de Direito Público, de Direito Social e de Direito Privado, estando dentro dessas ramificações, os princípios de Direito Constitucional, de Direito Administrativo, de Direito Processual, de Direito Trabalhista, de Direito Civil, Direito Comercial, etc. Dentro do Direito Civil, que são, como afirma a autora, os que mais nos interessam neste trabalho, informam todo o direito civil, inclusive as leis extravagantes, sendo eles os princípios atinentes ao Direito de Obrigações, Família, Coisas, Sucessões e dentro de cada um deles, os princípios referentes à tutela, a curatela, adoção, posse, compra e venda, fideicomisso, testamento, etc. 2.2) Como exemplo de um princípio de direito costumeiro a professora fornece um de aceitação corrente, segundo o qual para a eficácia da emissão de vales como sinal de um contrato, de um empréstimo ou de antecipação de pagamento, é suficiente a indicação do preço e a assinatura do responsável, independentemente de qualquer outra referência; 2.3) sobre o direito das gentes, ensina que há uma série de princípios que, de modo mais ou menos constante, informam o direito dos povos cultos e os reconhecidos pelas nações civilizadas.[341]

4.2.15 Há diferença entre princípios e regras de Direito?

Não é difícil perceber que o terreno no qual caminhamos é movediço, cheio de detalhes e complexidade. Não é diferente quando se trata de diferenciar princípios de regras, podendo para alguns até parecer inútil, entretanto, de extrema importância se poder chegar a uma, ou a algumas conclusões sobre a distinção, porquanto, não esqueçamos, que estamos tratando do preenchimento de lacunas do direito pela via interpretativa e que a devida hierarquização entre os instrumentos é necessária, na medida em que, certamente em algum momento haverá colisão entre uma regra e outra, ou entre uma delas e um princípio e também

[341]Segundo o Comitê de Juristas que elaborou o projeto do Estatuto de Haia, seriam os princípios aceitos pelas nações *in foro domestico*, tais como certos princípios de processo, o princípio da boa-fé, e os princípios da "*res judicata*".

entre os princípios, só sendo possível ao intérprete aferir, fundamentar e decidir pela aplicação deste ou daquele, se estiver afinado com os traços que, embora tênues, os distinguem.

Recorremos a Ruy Samuel Espíndola[342], que sob orientação de J.J. Gomes Canotilho, elaborou interessante estudo sobre o *Conceito de Princípios Constitucionais*, sendo este, inclusive, o título da obra à qual já nos referimos anteriormente, e em que pese estarmos iniciando pelo final de sua exposição, por assim entendermos mais de acordo com o escopo deste trabalho, as explicações nos fornecem importantes critérios de distinção entre regras e princípios e, nos deixando ver claramente qual a importância da diferenciação e, parafraseando o autor: (...) Para finalizar o discurso em torno desta distinção que integra o conceito de princípio de Direito, demonstrar-se-á sua complexidade, teórica e praxeológica, através das lapidares colocações de Canotilho, que, pela riqueza e substancialidade explicativa, se transcrevem integralmente:

> Saber como distinguir, no âmbito do supraconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos: a) *O grau de abstração*: os princípios são normas com um grande grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta; c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema de fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito); d) *Proximidade da idéia de direito*: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (Dworkin) ou na "idea de direito" (Larenz); as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal; e) *Natureza normogenética*: Os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fudamentante.

Ruy Samuel Espíndola[343] segue citando J.J. Gomes Canotilho, agora com as devidas explicações acerca dos critérios acima elencados, que igualmente iremos reproduzir:

> Como se pode ver, a distinção entre princípios e regras é particularmente complexa. Esta complexidade deriva, muitas vezes, do facto de não se esclarecerem duas questões fundamentais: 1) saber qual a função dos princípios; têm uma função retórica ou argumentativa ou são normas de conduta?; 2) saber se entre princípios e regras existe um denominador

[342]ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípio constitucional*. 2002. p. 70.
[343]Ibid., p. 71.

> comum, pertencendo à mesma "família" e havendo apenas uma diferença do grau (quanto à generalidade,conteúdo informativo, hierarquia das fontes, explicitação do conteúdo, conteúdo valorativo), ou se, pelo contrário os princípios e as regras são suscetíveis de uma diferenciação qualitativa. Relativamente ao primeiro problema, adiantar-se-á que os princípios são multifuncionais. Podem desempenhar uma função argumentativa, permitindo, por exemplo denotar a *ratio legis* de uma disposição ([...] cânones de interpretação) ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito (*Richterrecht*, analogia juris). Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas as regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos: 1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (...); a conveniência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se; 2) conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de *optmização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como regras, à "lógica do tudo ou nada"), consoante o seu *peso* e ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma gera *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida de suas prescrições, nem mais nem menos; 3) em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois ele contém apenas "exigências" ou *standards* que, em "primeira linha" (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contém "fixações normativas" definitivas, sendo insustentável a *vaidade* simultânea de regras contraditórias; 4) os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).

Com relação a essa diferenciação entre princípio e regra[344], o texto acima nos parece bastante esclarecedor, entretanto, um bom exemplo sempre há de ser bem vindo.

Recordamo-nos de nossas aulas da disciplina Teoria Geral das Obrigações quando nos referimos às denominadas *obrigações de dar coisa incerta* e da *regra da qualidade média* que informa o art. 244 do CCB 2002, que estabelece: "Nas coisas determinadas pelo gênero e pela quantidade, a escolha pertence ao devedor, se o contrário não resultar do título da obrigação; mas não poderá dar a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor". Assim, a regra a ser aplicada em caso da escolha da coisa incerta, como p. ex. 100 sacas de feijão carioquinha,

[344]ALEXY, 2001, apud AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. p. 55. Sobre regras ensina Robert Alexy: "Regras são normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer exatamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, determinações no quadro da fática e juridicamente possível. Elas são, portanto, 'mandamentos definitivos'. A forma de aplicação de regras não é a ponderação, senão a subsunção".

tocar ao devedor e caso não se tenha especificado a qualidade, ou seja, 100 sacas de feijão carioquinha do tipo *A*, numa escala que vá até *C*, sendo *A* o de melhor qualidade, o devedor não poderá ser obrigado a entregar ao credor o feijão do tipo *A*, mas também não poderá querer que o credor aceite o feijão do tipo *C*, devendo então, entregar o produto do tipo *B*, que representa, na escala fornecida, o feijão de *qualidade média*. Portanto, uma regra, que no caso, deverá ser aplicada, sem ponderações, *tudo ou nada*, conforme Ronald Dworkin, citado por Ruy Samuel Espíndola,[345] quando trata dos critérios de distinção:

> (...) Mais tarde, Dworkin, em *Talking Rights Seriously*, estabeleceu mais dois critérios, baseados em duas idéias: a primeira, a do tudo ou nada... (...) as regras jurídicas são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Trata-se de um *tudo um nada*. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra se refira (...) se verifiquem, em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso há de ser aplicada. Já os princípios jurídicos atuam de modo diverso: mesmo aqueles que mais se assemelham à regras não se aplicam automática e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam.

Bem, com relação então aos princípios, a título de exemplo, recordamos de uma situação também da disciplina já citada, que lecionamos, onde no art. 246 do CCB 2002: *Antes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito*. Informa este dispositivo um princípio de direito das obrigações, segundo o qual *genus nunquam perit*, ou seja, *o gênero não perece* ou *o gênero nunca perece*, portanto, mesmo que não haja culpa no perecimento (perda total) da coisa incerta a ser entregue, o devedor com direito a escolha, não poderá opor em sua defesa a isenção de responsabilidade fundamentando com a alegação de caso fortuito ou força maior, porquanto, conforme o princípio positivado, sendo o gênero ilimitado, poderá conseguir o produto em qualquer lugar. Assim, clarificando, se o devedor devia 100 sacas de feijão carioquinha e, antes de escolher o produto e comunicar a escolha ao credor, p.ex., uma enxurrada destruiu seu armazém e levou toda a sua produção, deverá buscar o feijão noutras plagas e entregá-lo ao credor, ainda que não mais o tenha. A ideia é que, sendo o gênero ilimitado, ou seja, estipulou-se apenas a entrega de 100 sacas de feijão carioquinha, sem ficar expresso no contrato se este feijão seria o produto de determinada fazenda, ou safra ou aquele estocado em determinado armazém.[346]

---

[345]ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípio constitucional*. 2002. p. 69.

[346]DANZ, Erich. *A interpretação dos negócios jurídicos (contratos, testamentos, etc.).* Estudos sobre a questão de direito e a questão de facto. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Armênio Amado, 1941. p. 98. – O autor, dissertando sobre a importância da verificação dos fatos pelo juiz, apresenta exemplo que vem complementar o exemplo que fornecemos: "Uma fábrica de farinha pede uma indemnização a um grande

Entretanto, aqui, segundo a doutrina e os tribunais, não se cuida de um *tudo ou nada*, por se admitir como escusa para o devedor os casos de limitação do gênero, ou seja, se com relação à coisa incerta a ser entregue pelo devedor, no ato de contratar, estipulou-se expressamente, p. ex., que o feijão carioquinha a ser entregue pelo devedor deveria ser aquele estocado no armazém *A* e não nos armazéns *B* ou *C*, também de sua propriedade, entende-se que, em caso de perda total ocasionada por caso fortuito ou força maior, estará isento de responsabilidade o devedor. Assim, sendo o gênero limitado, isenta-se, no caso apresentado, o devedor de responsabilidade. Além disso, imaginemos que mesmo em caso de falta de limitação do gênero, o produto a ser entregue e que tenha sido perdido sem culpa do devedor só se pudesse conseguir num outro lugar, muito distante e cujo transporte excedesse até mesmo o valor contrato, seria lícito impor o princípio, escudado em sua positivação (*dura lex sede lex*)? Pensamos que não. Princípios outros como o do *equilíbrio entre as partes*, deverão ser invocados a fim de buscar-se uma solução justa para o caso. Assim colocado, pensamos, que nos fica clara essa técnica de diferenciação entre *regra* e *princípio.* Para a aplicação das regras, não há qualquer indagação, aplica-se simplesmente, já a aplicação dos princípios requer essa indagação.

4.2.16 As regras poderão colidir com os princípios? Como se resolvem as colisões entre princípios? A ponderação de bens.

Sobre a primeira questão, citando parecer do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau, Ruy Samuel Espíndola[347] explica que, como as regras são concreções dos princípios, seus desdobramentos normativos, não pode haver antinomias entre regras e princípios, pois, ao afastar-se um princípio, afastam-se as regras que dele emanam.

Entre as regras, quando surge colisão – antinomia jurídica própria, esta se dá no âmbito de sua validade, ou seja, para uma regra aceitável há uma desprezada, conforme explica Robert Alexy, citado por Ruy Espíndola[348]: "Um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra

---

proprietário rural, alegando que este, pelo telefone, se comprometeu a fornecer-lhe 500 quintais de trigo de primeira, enviando-lhe também uma carta confirmando o negócio e como, apesar de, para isso, ter sido instalado, não cumpriu o ajustado, a demandante teve de arranjar-se por outro lado, sofrendo prejuízos. O réu contesta que não lhe foi possível fornecer o trigo porque quis tirá-lo do celeiro verificou que estava podre. Como se tratava de uma compra genérica, foi condenado, com base no § 279.° do BGB. (responsabilidade por caso fortuito)".

[347]ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípio constitucional*. 2002. p. 75.

[348]Ibid., p. 74.

ou pelo menos se uma das regras for declarada nula", explicando o autor, sobre o pensamento de Alexy, que a ideia de *exceção* referida, tem guarida no critério da especialidade e o da *nulidade*, nos critérios cronológico e hierárquico. Esses critérios de especialidade estão afixados na própria ordem jurídica, ou seja, os critérios segundo os quais: *Lex superior derogat inferiorem* – critério hieráquico, *Lex specialis derogat generalem* – critério da especialidade, *Lex posterior derogat priorem* – critério cronológico.

Na colisão entre os princípios – antinomia jurídica imprópria –, a opção por um não torna o outro inválido, havendo sim uma incompatibilidade, isso representando, que "em cada caso, se armam diversos jogos de princípios, de sorte que diversas soluções e decisões, em diversos casos, podem ser alcançadas, umas privilegiando a decisividade de certo princípio, outras a recusando".[349]

Nesse caso[350] o juiz opta por este ou aquele princípio, sem que o que foi afastado seja invalidado e sacado do sistema, como aconteceria no caso das regras. Poderá ser aplicado a outros casos, desde que estejam presentes os requisitos para sua aplicação.

O processo através do qual um princípio é afastado em detrimento de outro é denominado[351] de *ponderação de bens*[352], que é utilizado para determinar o alcance, em cada caso, dos direitos fundamentais ou princípios constitucionais que colidam entre si no caso concreto e apresenta alguns exemplos de situações julgadas onde a referida técnica foi utilizada. Salvo melhor juízo, em nosso entendimento, não vemos qualquer vedação da utilização de tais técnicas noutras esferas – desde que os princípios coincidam em hierarquia, p. ex., na colisão entre princípios gerais atinentes às leis civis, nesse ponto esclarecendo o mestre alemão, que o método se serve a jurisprudência dos tribunais quando, p. ex., na colisão de direitos da personalidade, na questão de existe estado de necessidade e sobre o que é exigível ou tolerável no caso concreto. Ademais, como é cediço, atualmente não se pode

---

[349]ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípio constitucional*. 2002. p. 74-75.

[350]Ibid., p. 573.

[351]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 574.

[352]ALEXY, 1999, apud AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. p. 55. Sobre a ponderação de bens: "O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderação são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. A discussão sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre a ponderação (...)".

conceber qualquer área do Direito, mesmo o Direito Contratual, que não esteja em conformidade com a Constituição.

A utilização[353] pela ausência de uma delimitação rigorosa das hipóteses normativas destes direitos, a não indicação de notas distintivas, em relação, p. ex., ao que é exigível. Assim, por tais direitos não estarem precisamente estipulados e serem abertos e de grande mobilidade, muito constantemente suscitarão conflitos e para que a paz pública seja alcançada, um deverá ceder em prol do outro o que se dará através da denominada ponderação de direitos e de bens que se contrapõem.

A questão que surge com a aplicação de tal método, já que não há, para a aplicação dessa ponderação, uma tabela fixa de valores, é a que se estaria então a confessar[354]que o juiz irá sopesar livremente, mediante uma pauta de avaliação sua, pessoal, na falta de uma pré-estabelecida. Dessa forma, não seriam controláveis as decisões fundadas em tal ponderação de bens em determinada hipótese concreta e usa a seguinte analogia: "ficaria aberto um portão ao parecer subjectivo do juiz de cada vez que tivesse de decidir".[355]

Os conhecimentos metodológicos atuais não são capazes de resolver a questão acima posta e convida para a apreciação de soluções advindas desse tipo de ponderações postas em ação pelos tribunais, ficando-nos claro, que para a avaliação de futuras decisões assim fundamentadas, os exemplos fornecidos pelo Tribunal Constitucional Federal e pelo Supremo Tribunal Federal, ambos alemães, são de excepcional valia, e "oferecem a este respeito um valioso material".[356]

Pelo mesmo autor são fornecidos vários exemplos que bem ilustram a aplicação da técnica, entretanto, para não nos alongarmos, fixaremos nossa atenção a um dos casos, que bem demonstra a instrumentalidade do *princípio da proporcionalidade* – tema que muito nos interessa no trato com o sistema de cláusulas gerais, na solução de colisão entre princípios pelo método da *ponderação de bens*[357], firmes na ideia de que *a palavra convence, mas o exemplo arrasta*[358]:

---

[353]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 575.
[354]Ibid., p. 576.
[355]Ibid., p. 576.
[356]Ibid., p. 575.
[357]Ibid., p. 579-580.
[358]Máxima atribuída a Confúcio (Kung-Fu-Tze) que foi um pensador chinês que viveu no período de 551 a.C a 479 a.C. Foi a figura histórica mais conhecida na China como mestre, filósofo e teórico político. Fisicamente

> No acórdão Lüth tratava-se da relação do direito fundamental à livre manifestação de opinião (art 5.º, parágrafos 1.º e 2.º da Lei Fundamental) com protecção da actividade industrial face a um incitamento ao boicote. O Tribunal Constitucional Federal viu no § 826 do BGB, de que resulta a ilicitude de um boicote "contrário à moral", uma "lei geral" no sentido do art. 5º, parágrafo 2.º, da Lei Fundamental, pela qual, portanto, poderá em princípio restringir-se o direito à livre manifestação de opinião. Não obstante, a cláusula geral do § 826 do BGB deve ser por sua vez interpretada – este ponto de vista aparece aqui, pela primeira vez, na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal – "à luz da ordem de valores da Lei Fundamental". Nela assume um grau especialmente elevado o direito à livre manifestação de opinião, em atenção à sua indispensabilidade para uma democracia que funcione. Se a manifestação de opinião afeta interesses de outrem dignos de protecção,neste caso o interesse do autor no exercício sem entraves da sua actividade industrial então requere-se uma ponderação de bens. Atribui-se a maior importância ao direito de livre manifestação de opinião sobretudo 'quando não se haja de fazer uso do direito fundamental para o fim de litígios privados, mas antes quando aquele que fale quer contribuir, em primeiro lugar, para a formação da opinião pública, de modo que o eventual efeito da sua manifestação na esfera jurídica privada de outrém representa, decerto, uma conseqüência inevitável, mas não o objectivo propriamente dito da manifestação". Para a resolução da questão de se um incitamento ao boicote é contrário à moral, haverá de atender-se, em primeiro lugar, aos motivos, ao objectivo e ao fim das manifestações; e segundo lugar, se ao perseguir o objectivo que não suscita objecções não se ultrapassou a *medida* do prejuízo necessário e adequado segundo as circunstâncias, dos interesses de outrém. No caso *sub judice*, o Tribunal Constitucional Federal chegou à conclusão de que nem os motivos, nem o objectivo e nem o fim das manifestações hão-de julgar-se, segundo a situação objectiva geral, contrários à moral; inclusivamente, as formas escolhidas para a manifestação de opinião não haviam ultrapassado o que é lícito segundo as circunstâncias. O Tribunal Constitucional Federal negou, por isso, a imoralidade do incitamento ao boicote e deu, com isso, prevalência, no caso concreto, ao direito à livre manifestação de opinião. Neste acórdão é digna de nota, em primeiro lugar, a distinção que faz o Tribunal Constitucional Federal entre se a manifestação se dirige imediatamente, pelo seu objectivo e fim, contra o bem juridicamente protegido de outrém – então tem em regra prevalência, assim se tem que interpretar o tribunal, a sua protecção – ou se visa contribuir em primeiro lugar para a formação da opinião pública e o efeito desfavorável para o bem jurídico de outrém é só um efeito secundário, se bem que inevitável. Por outro lado, é digna de atenção a consideração de que se a meta e a finalidade da manifestação não são susceptíveis de reparo, isso depende também de que a manifestação não ultrapasse pela sua forma a media admissível. Aqui tem eco a idéia de que o meio e o fim têm que estar numa relação adequada, de que requer o fim aprovado. Esta idéia, como ainda havemos de ver, desempenha também um papel considerável na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Bem, após a leitura do exemplo fornecido, verificamos que a opção por este ou aquele princípio cerca-se de toda uma avaliação de peso e da ponderação dos valores envolvidos na

---

era alto, forte e enxergava longe. Era símbolo de sabedoria, detentor de um comportamento exemplar, demonstrando sua doutrina nos seus atos.

demanda. São análises que deverão ser feitas no nível das máximas de experiência, da alta indagação dos objetivos e de afinada reflexão acerca das razões que cercam as partes. Não se trata, pois, de dizer se este ou aquele princípio vale mais, mas sim de dizer que tipo de atitude é mais correta e mais consentânea com a realidade que nos cerca.

Afirma o autor alemão[359] que,

> (...) exige-se, juntamente com os princípios do meio mais idóneo e da proporcionalidade, tal como no acórdão Lüth do Tribunal Constitucional Federal, uma relação adequada entre o meio escolhido, que ocasiona o prejuízo, e o fim pretendido, em si dado como bom. Mesmo quando o fim não é reprovável, o meio escolhido não deve exceder uma medida racional.

Finalizando, Karl Larenz, no comentário acima, destaca a importante posição da proporcionalidade – princípio da proporcionalidade – como fiel da balança entre os demais princípios e o equilíbrio que deve haver entre o meio utilizado e o fim lícito a ser alcançado, que poderá deixar de sê-lo, caso se aja com excesso no emprego do meio. Em uma palavra, sempre: Equilíbrio.

Sobre o tema, Robert Alexy[360] ajunta que: "valores e princípios são propensos a colidir. Uma colisão de princípios somente por ponderação pode ser resolvida".

Paulo Bonavides[361] explica que o

> Princípio da proporcionalidade é governado pelos elementos ou subprincípios pertinência ou aptidão (adequação), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito: (a) a escolha judicial do princípio o valor que prevalecerá na concreção da norma de tipo aberto deve ser adequada à finalidade desejada; (b) a necessidade exprime-se pela ideia de escolha do meio menos gravoso ou mais suave (se para atingir o resultado almejado existem dois ou mais critérios, opta-se pelo critério que produza menos danos ou restrições); (c) a proporcionalidade em sentido estrito exprime a necessária correspondência entre o meio empregado e o fim almejado.

Esse procedimento deverá levar em conta ainda, como já estudamos, que diante da colisão de princípios e da necessidade de se optar entre um e outro, deverá ser levado em conta que aquele que não foi a opção não estará descartado, como ocorre na colisão entre

---

[359]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 583.
[360]ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. Tradução de Luis Afonso Heck. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 24, p. 337, out./dez. 2005.
[361]BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 396-397.

regras, o que significa que não deixa de ser princípio aplicável, daí a imposição da escolha do meio menos gravoso para aplicar-se este princípio em detrimento do outro.

4.2.17 Como se aplica o princípio da proporcionalidade quando há conflito entre princípios?

Conforme estudamos, na solução dos conflitos através da aplicação da *ponderação de bens*, certamente o princípio da proporcionalidade assume fundamental importância por constatarmos, após análise do exemplo acima, que a ponderação de bens apóia-se na proporcionalidade[362], ou seja, na proporção em que um princípio é, no caso concreto, mais importante do que outro de mesma hierarquia.

Pois bem, atualmente, na prática, de maneira geral, observamos em alguns casos, que as questões envolvendo a colisão de princípios são resolvidas com o emprego do princípio da proporcionalidade, que surge como uma espécie de brocardo ou fórmula sacramental, sem mais explicações, à moda dos escolásticos. Esclarecendo melhor. Não é raro lermos em algumas decisões o seguinte: *deixo de aplicar o princípio X, para aplicar o princípio Y, em face do princípio da proporcionalidade*. Esta situação nos parece bem diferente daquela que estudamos com Karl Larenz, onde o tribunal encarregado do julgamento de questão onde se confrontam dois princípios, de forma paulatina e fundamentada, identifica e pondera sobre os valores em jogo no caso concreto, avalia-os de acordo com suas circunstâncias e, de forma proporcional e devidamente esclarecida, aplica um e afasta o outro, no entanto, procurando fazê-lo de forma que este afastamento prejudique o mínimo possível direito contraposto, porque esse afastamento não significa que o princípio foi simplesmente descartado ou declarado inválido. Mas a verdade é que, depois que se passou a utilizar com mais frequência o princípio da proporcionalidade como solução para os conflitos entre os princípios, muitas vezes ficamos sem saber em que proporção se optou por este e não por aquele.

Dessa forma, buscando esclarecer o que seja o princípio da proporcionalidade e como ele poderá ser aplicado na solução dos conflitos entre os princípios, é que iniciamos este estudo, focando apenas sua operacionalização no que se refere ao equacionamento dos conflitos entre princípios.

---

[362]BRANCO, 2000, p. 183, apud AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. p. 107. Sobre a ponderação e o princípio da proporcionalidade: "O juízo de ponderação a ser exercido assenta-se no princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja necessário para a solução do problema que seja 'proporcional em sentido estrito', i.e., que o ônus imposto ao sacrifício não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução".

Precisamos ainda esclarecer que para a aplicação do princípio da proporcionalidade em questões envolvendo o Direito Privado e, mais especificamente, os Direitos, Civil e Contratual, precisamos estar convictos da importância da Constituição, conforme estudamos mais no início deste trabalho, onde pudemos observar que modernamente se busca interpretar a lei civil e o contrato, através da lente da Constituição, ou seja, uma *interpretação conforme a Constituição*, não custando repetir trecho da obra de Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho[363], que afirmam:

> (...) a partir da nova Carta, a aplicação das normas do Direito Civil deverá ajustar-se aos princípios e às regras já em vigor, para sua perfeita higidez jurídica, revelando-se, nesse passo, de grande valia a interpretação integrativa, por meio da qual se empresta a determinadas regras o sentido próprio à realidade social do momento, obedecidos os cânones correspondentes da Constituição.

Dessa forma, toda interpretação deverá passar pelo filtro da Constituição. Assim, numa colisão entre princípios, se deverá aferir, no caso concreto, qual deles está de acordo com a Constituição. Se ambos estiverem, deve-se então aferir qual deles está mais de acordo.

Aqui nos apoiamos mais uma vez em Paulo Bonavides[364], quando discorre sobre a *interpretação conforme a Constituição*, estabelecendo a seguinte questão:

> Que é a interpretação conforme a Constituição, criada pelos juízes constitucionais da Alemanha? Quem responde é o Tribunal Constitucional da República Federativa alemã nos seguintes termos: "Se a norma contrariar um princípio, seja qual for a interpretação possível, considerar-se-á inconstitucional. Mas se a norma admitir várias interpretações, que em parte conduzem a uma conclusão de inconstitucionalidade, e por outra se compatibilizam com a Constituição, é a norma constitucional, e como tal se aplicará de acordo com a Constituição" (BVerfGE 19, p. 1 (5)).

Paulo Bonavides[365], explicando de forma mais didática, afirma que:

> Em outras palavras, se houver a possibilidade de uma interpretação que faça transparecer a compatibilização da norma com a lei maior, há de prevalecer esta sobre as demais interpretações porventura cabíveis. Noutro aresto, o mesmo Tribunal fez ver que "de duas diferentes interpretações possíveis de uma norma, há-de prevalecer aquela que melhor exprima a opção de valores da Constituição" (BVferGE 2. S. 266 (282).

---

[363]BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 42.
[364]BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 426-427.
[365]Ibid., p. 427.

A *interpretação conforme a Constituição* afasta o risco de que o princípio da proporcionalidade, por essa sua característica de ser tópico – já que pende para a justiça do caso concreto e de se aparentar bastante com a equidade – transformar-se um considerável reforço dos poderes do juiz, diminuindo, por conseguinte, a competência elaborativa do legislativo.[366]

O princípio da proporcionalidade, incluído que está na interpretação conforme a Constituição, caminha no sentido contrário, ou seja, ao invés de diminuir em importância o trabalho do legislador, busca jurisprudencialmente fortalecê-lo, e quer na verdade, preservar a validade do conteúdo volitivo posto na regra normativa pelo seu respectivo autor.[367] E é com essa certeza que partimos para o seu estudo, entendendo-o como importante ferramenta posta a serviço do intérprete, seja em que área for do conhecimento jurídico, que em sua atividade interpretativa-integrativa, não raro se verá diante de questões de colisão entre princípios e os deverá solucionar sempre através do crivo da Constituição.

José Eduardo Suppioni de Aguirre[368], em seu estudo sobre o princípio da proporcionalidade, explica que este princípio ainda trata-se de um instituto recente, pelo que justifica a falta de cristalização da doutrina.

Para Paulo Bonavides[369] o princípio da proporcionalidade significa um controle de excessos:

> O princípio da proporcionalidade ("Verhältnismässigkeit") pretende, por conseguinte, instituir como acentua Gentz, a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção como os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso ("eine Übermasskontrolle").

Entretanto, conforme Luiz Virgílio Afonso da Silva[370]:

> (...) Antes falava-se apenas em "Übermaverbot", ou seja, proibição do excesso. Já há algum tempo fala-se também em "Üntermaverbot", que poderia ser traduzido por "proibição da insuficiência". O debate sobre a aplicabilidade da regra da proporcionalidade também para os casos de omissão ou ação estatal insuficiente ainda se encontra em fase embrionária, mas a simples possibilidade da aplicação da proporcionalidade a casos em

[366]BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 426.
[367]Ibid., p. 427.
[368]AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. p. 104.
[369]BONAVIDES, 1997, apud AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. p. 105.
[370]SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2005. p. 135.

> que não se relacionam com o "excesso" estatal já é razão suficiente para abandonar o uso sinônimo da "regra da proporcionalidade" e "proibição de excesso".

Também Robert Alexy[371] é favorável à pertinência do princípio da proporcionalidade com casos de ação insuficiente do poder estatal.

Sobre a natureza do princípio da proporcionalidade, existem três orientações, conforme aduz Wilson Antônio Steinmetz[372], esclarecendo que uma *primeira* considera-o um princípio de natureza material, que se traduz na repulsa do excesso; para uma *segunda*, é de natureza meramente formal, porque visa harmonizar princípios em confronto, e, para uma *terceira*, é de natureza mista, ou dupla, porque manda ponderar, mas ao mesmo tempo ostenta exigência de modelação, de justiça.

Os que defendem a natureza material do princípio da proporcionalidade se firmam sustentando que ele

> (...) aduz pontos de vista materiais ou substanciais, acrescentando que, segundo LARENZ, é um princípio jurídico-material, porque "decorre directamente da noção de justiça, da justa medida, da moderação e modifica, não raras vezes, o princípio da igualdade[373], é um princípio de Direito justo".

Teria assim, um conteúdo axiológico. Já para os que sustentam seu caráter formal, este apenas obrigaria a ponderar sem indicar critérios materiais para solução dos conflitos.[374]

Em resumo, o princípio da proporcionalidade assume ambas as características, ou seja, é material, enquanto afasta os excessos e é formal, enquanto serve-se à ponderação, aliás, essa é a posição de José Eduardo Suppioni de Aguirre, para quem, "(...) tem natureza dupla, isto é, formal e material (...)"[375] e de Wilson Antonio Steinmetz[376], para quem, "(...) Não é um

---

[371]ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 27, 1999.

[372]STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 155.

[373]DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 61. Sobre o princípio da igualdade: "(...) princípio da igualdade jurídica, que manda tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. É necessário tratar desigualmente os desiguais. Já Rui Barbosa afirmava: 'Tratar com desigualdade a iguais ou a desiguais com igualdade seria desigualdade flagrante e não igualdade real'. É necessário empregar, ao cumprir o preceito da igualdade, a técnica da desigualdade. Para que todos sejam iguais perante a lei, é indispensável distinguir as desigualdades com que os homens comparecem diante dela".

[374]STEINMETZ, op. cit., p. 155, nota 372.

[375]AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. p. 111.

[376]STEINMETZ, 2001, apud AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. p. 111.

princípio neutro, vazio de conteúdo. Ao mesmo tempo que manda ponderar, indica critérios materiais a serem considerados".

Por nosso turno, preferimos a corrente que entende o princípio da proporcionalidade como um princípio formal, até porque, é essa sua característica que o destaca dos demais princípios e o coloca na condição de *fiel da balança* dos demais princípios, não colidindo com nenhum deles. O princípio da proporcionalidade, conforme Jorge Tosta[377]:

> É princípio de caráter formal que funciona como um método para lidar com valores ou princípios materiais em conflito. Isoladamente, ele nada significa, não tem autonomia própria, nem conteúdo material. Os princípios, normalmente, apresentam por trás de si valores que lhes dão sentido, adquirindo, pois, validade jurídica objetiva. O princípio da proporcionalidade, por outro lado, não alberga nenhum valor com sentido vetorial ou vinculativo, a não ser na sua acepção mais ampla, isto é, como razoabilidade, tal qual como conhecido pelo direito anglo-saxão.[378]

Dessa forma, conforme também acreditamos, o princípio da proporcionalidade não encerra nenhuma fórmula que o possa identificar ou afastar de algum outro dos princípios de sua hierarquia, razão pela qual, como antes afirmamos, não pode ser lançado sem fundamentação, já que, em si próprio, nada representa. Melhor explicando, quando se utiliza o referido princípio que tem a função de avaliar, medir, aferir, o quanto um princípio em colisão é mais importante que outro é obrigatório que se pondere. Portanto, podemos afirmar, que princípio da proporcionalidade e a ponderação, são indissociáveis, até mesmo porque, se assim não fosse, se estaria utilizando o princípio como regra, já que para a aplicação destas, não há necessidade de ponderação. Assim entendemos.

Paulo Bonavides[379] explica que o princípio da proporcionalidade não aparece na forma escrita na CF de 88, entretanto, aponta alguns dispositivos que representam sua expressão: Art. 5.º, incisos V, X, XXV (sobre direitos e deveres individuais e coletivos) e art. 7.º, incisos VI, VII, XXI (sobre direitos sociais). Explica ainda, que o que denomina de *vedação de excessos* ("Übermassverbot"), contido no art. 37, incido IX da CF de 88 (sobre disposições

---

[377]TOSTA, Jorge. *Os poderes do juiz no novo Código Civil*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 153.

[378]TOSTA, Jorge. *Os poderes do juiz no novo Código Civil*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 153, esclarece que "o Princípio da Razoabilidade ostenta como valor fundamental o *bom-senso*, no sentido de aplicação correta da razão para julgar ou raciocinar em cada caso particular da vida. Tem notável incidência na aplicação e gradação de penalidades, na fixação de indenização por dano moral, o que nem sempre significa *proporcionalizar* valores em conflito".

[379]BONAVIDES, 1997, apud AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. p.112.

gerais pertinentes à administração pública) rege a aplicação da norma ali contida, a qual, sendo restritiva, de natureza, não pode – por obra do arbítrio do legislador ordinário – se converter em regra de ação do Poder Público para derrogar princípios constitucionais estabelecidos no *caput* daquele artigo.

De acordo ainda com Ana Paula de Barcelos[380], a aplicação de um modelo metodológico, que sugere a seguir, apesar de não garantir, isoladamente a previsibilidade do resultado decisório, certamente diminui o espaço para arbitrariedades e os subjetivismos do aplicador.

Segundo a autora, essa técnica deve percorrer três etapas: (a) a primeira de identificação dos enunciados que estariam em aparente conflito naquele caso concreto e a sua divisão em grupos de acordo com as soluções apontadas; (b) a segunda de análise das circunstâncias do caso concreto e a sua relação com os enunciados identificados; (c) a terceira e última etapa é o momento de decidir tendo em conta os grupos de enunciados, os fatos relevantes e sua repercussão sobre a hipótese e as diferentes normas que podem ser construídas para a solução do conflito.

Portanto, nos resta concluir, que a utilização do princípio da proporcionalidade não se justifica por si só, como vez por outra temos observado em determinadas sentenças, repetimos, que simplesmente elegem um princípio em detrimento do outro invocando o citado princípio, sem proceder a uma fundamentação convincente do porque da utilização deste e não daquele. Assim, as sentenças determinativas, deverão ter motivação qualificada, justificando claramente o porque da preponderância de determinados enunciados em desfavor de outros, o que estará então legitimando a integração do negócio e a criação de norma para aquele caso concreto.[381]

4.2.18 Em que tipos de colisões será empregado o princípio da proporcionalidade?

É em situação de conflito entre princípios[382] que o princípio da proporcionalidade se mostra significativo devido à sua característica de ser extremamente formal, portanto, não

[380]BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 300-302.
[381]AMARAL E SILVA, Luciano Felix do. Princípios norteadores da intervenção judicial no contrato. Normas abertas versus segurança jurídica. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 37, p. 139, jan./ mar. 2009.
[382]GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A Filosofia do Direito aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 40.

havendo outros que se lhe oponham, sendo a o melhor critério para solucionar os tais conflitos, na medida em que acata prioritariamente um e desatende o mínimo possível o outro.

J.J. Gomes Canotilho[383] aduz que:

> (...) a pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a consequente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma "lógica do tudo ou nada", antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante o seu "peso" e as circunstâncias do caso.

Conforme estudamos anteriormente, a *lógica do tudo ou nada* à qual se refere Canotilho é aquela concebida por Dworkin para diferenciar regra de princípio. Não custa relembrar, que conforme ensina o autor norte-americano, na aplicação de regras não há a ponderação a que se refere Canotilho, pois ao optar-se por uma, de duas regras, para dirimir determinada situação, se está elegendo uma e afastando a outra, sendo o mesmo que afirmar, que somente uma se aplica àquele caso, daí o *tudo ou nada*, não havendo ponderação ou aferição do quanto cada uma das duas regras se aplicaria ao caso sob exame. Isso já não se dá com os princípios, pois na aplicação de um princípio, de dois que conflitam, não se determina o afastamento do outro, sob alegada invalidade, mas atenua-se sua aplicação, naquele caso concreto. Daí o importante papel do princípio da proporcionalidade nessa necessária ponderação, ou seja, na aferição do quanto cada um dos princípios em choque são importantes para o caso sob análise. O quanto a aplicação de um deles irá prejudicar eventual direito garantido pelo outro. Enfim, equilíbrio.

Canotilho[384] estabelece duas ordens de colisão onde são focadas as colisões de direitos entre vários titulares de direitos fundamentais, pois, segundo o autor, é possível a colisão imediata entre titulares de direitos fundamentais e outro, onde destaca as colisões entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado. Com relação a esses últimos, destaca que não se trata de qualquer valor, interesse, exigência, imperativo da comunidade, mas sim de um bem jurídico, de um objeto – material ou imaterial – valioso – bem – considerado como digno de proteção jurídica e constitucionalmente garantida, não

[383]CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1.056.
[384]Ibid., p. 1.137-1.139.

bastando que estejam colocados numa pré-positiva ordem de valores, como no caso da saúde pública, do patrimônio cultural, da defesa nacional, a integridade territorial, a família.

O professor fornece como exemplo, uma colisão que envolva o direito a propriedade privada, e as restrições impostas pela necessidade de defesa do bem patrimônio cultural, diante da possibilidade, por seu titular, de transmissão *inter vivos* e *causa mortis.*

Em resumo, o constitucionalista de Coimbra, aduz que os bens da comunidade que são capazes de entrar em tensão com os direitos fundamentais, são aqueles objetivamente protegidos pela Constituição, tais como, o matrimônio, a união estável, etc. Pensamos que aqui podemos incluir, dentre outras, as relações de trabalho e as relações de consumo.

Robert Alexy[385] divide os conflitos em sentido amplo e estrito. Os primeiros abrangem as tensões entre os direitos fundamentais e os direitos coletivos e os segundos, e, entre os direitos fundamentais entre si, que classifica em quatro níveis, quais sejam: 1) Confronto entre direitos fundamentais idênticos, onde explica, que nesse caso, está, em ambos os lados, afetado o mesmo direito fundamental como direito de defesa universal, exemplificando, com a situação que envolve dois partidos políticos que planejam fazer seus comícios no mesmo dia, local e hora, no centro de uma cidade, havendo perigo de choques; 2) O mesmo direito fundamental, uma vez como direito de defesa liberal de um e, outra, como direito de proteção do outro, como exemplo, o de se atirar naquele que fez alguma pessoa como refém, onde confronta-se o direito à vida do refém e o do agente da constrição pessoal, que sugeriria o atendimento às reivindicações deste, com o direito da totalidade dos cidadãos de pedirem ao Estado não fazer nada que possa estimular a repetição de atos idênticos; 3) Este ocorre entre direitos fundamentais iguais, porém apresentando um lado negativo e um positivo, em função de seus titulares, citando como exemplo, caso julgado pelo Tribunal Constitucional alemão, que versões sobre a presença de crucifixos em salas de aula mantidas pelo Estado. De um lado, os cristãos, para quem a liberdade de crença efetivamente manifestava-se. Para os não cristãos, sob o mesmo argumento, ou seja, o da liberdade de crença, se recusavam a aprender sob a cruz; 4) O choque entre o lado jurídico e fático do mesmo direito fundamental de diferentes titulares. Alexy cita como exemplo o princípio da igualdade e o financiamento estatal das custas judiciais e honorários advocatícios aos cidadãos pobres, em confronto o

[385]ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67, 1999. p. 69-70.

direito dos cidadãos mais abastados à igualdade jurídica com os cidadãos pobres e o direito destes de serem equiparados faticamente àqueles para o fim da lide.

O princípio da proporcionalidade também assume grande importância na concreção de normas do tipo aberto, sendo de grande importância no manuseio das cláusulas gerais e dos conceitos juridicamente indeterminados, conforme veremos quando, mais adiante estudarmos esses temas, que na verdade se completam, porque o intérprete, quando imbuído da tarefa de colmatar uma lacuna, irá se valer, muitas vezes, dos princípios gerais de direito, o que certamente há de causar conflito, na medida em que identifique, no caso concreto, mais de um princípio a ser aplicado.

5 PRINCÍPIOS DE DIREITO CIVIL

5.1 Quais são os Princípios de Direito Civil?

Com Pedro Pais de Vasconcelos[386] aprendemos que, como direito das pessoas comuns, o Direito Civil não pode existir sem uma armadura de princípios ético-jurídicos ancorados na Natureza dos Homens e na Natureza das Coisas[387], de estudo obrigatório no trato de questões

[386]VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 11 et seqs.

[387]Sobre a Natureza das Coisas – Sobre a Natureza das Coisas, recomendamos o texto do professor Pedro Pais de Vasconcelos, cujo título é o mesmo, (publicado por Coimbra Editora, 2001. p. 707-764. Sep. de: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva.). Em breves palavras: segundo o professor, "o pensamento da Natureza das Coisas é antigo, ela foi pensada por sofistas, por Sócrates, por Platão, por Aristóteles, por Santo Agostinho, por S. Tomás de Aquino, pelo racionalismo e pelo empirismo modernos por Kant e por Hegel, pela escola histórica, pela jurisprudência dos conceitos, pela jurisprudência dos valores, pela fonomenologia, pelo existencialismo e pelo institucionalismo, por Gény, por Radbruch, por Larenz, Welzel, Stratenwerth, Coing, Maihofer, Ballweg, Bobbio, Gadamer, Dreier, Kaufmann, Gutzwiller, Schambeck, Baratta, Elscheid e por praticamente todas as correntes de pensamento, com exceção do positivismo legalista, pensaram a Natureza das Coisas, sendo a questão crucial, aquilo que desde os gregos já se interrogava, ou seja, sobre as coisas e sua natureza, sobre a possibilidade de compreender a natureza das pessoas e das coisas, sobre a ordem cósmica das coisas e sobre as regras que regem as pessoas e a sociedade, e sobre o modo como se podem discernir e concretizar. A importância da Natureza das Coisas é indiscutível e atravessa os tempos, inclusive nos atuais, quando entram em debate questões que envolvem basicamente as experiências genéticas e a possibilidade do homem alterar o curso da natureza, o que poderia ser, até bem pouco tempo, algo impensável, pois hoje se vislumbra a possibilidade de prever se determinada pessoa, com vida ainda embrionária, terá a possibilidade de desenvolver determinada doença, seja mental ou física, providenciando-se desde já a cura, ou o descarte desse embrião. São questões que põe máximas em confronto, envolvendo o direito, a religião, a ética, a moral e a ciência, num debate que não há de ter fim. No âmbito do direito, segue o professor Pedro Pais, a Natureza das Coisas influencia fundamentalmente em dois momentos e de duas maneiras. Exerce influência no momento da criação da norma e no momento da decisão; tem uma eficácia orientadora da concretização no caso. O processo de positivação do Direito tem dois momentos ou, dito de outro modo, desenvolve-se em dois planos ou âmbitos: o da legislação e o da concretização. O primeiro traduz-se na criação de lei – ou de outras normas jurídicas congêneres – através da assimilação entre, por um lado, a Ideia de Direito e os princípios jurídicos e, por outro, a factilidade possível ou previsível. O segundo momento traduz-se na assimilação entre a norma e a factilidade real, com vista à decisão do caso concreto, isto é, à concretização. (...) Nesse processo de assimilação, quer no plano da legislação, quer no da concretização, a Natureza das Coisas exerce influência determinante de dois modos: tem influência limitativa e tem influência diretriz. A influência limitativa pode ser absoluta ou não. Pode ser de molde a forçar ou impedir em absoluto a positivação. Tal sucede em relação a processos causais que estão fora do alcance da determinação humana. O Direito só rege sobre ações e só pode o que as pessoas puderem e, por isso, o Direito não pode, por exemplo, determinar que uma gravidez humana completa tenha a duração inferior ou superior a certo número de ciclos lunares; assim como não pode proibir a morte em homenagem ao direito à vida, ou decretar a saúde; assim como não pode também impedir que o quadrado da hipotenusa seja igual à soma do quadrado dos catetos. Se assim suceder, a conseqüência é a ineficácia: bem pode o legislador proibir, por exemplo, a doença, que não será por isso que a saúde irá melhorar, ou revogar a lei da gravidade que as coisas não deixarão de ter peso. No momento da concretização, a Natureza das Coisas desempenha um papel de mediação entre o dever-ser e o ser. O dever-ser, neste plano, não é constituído já apenas pelos princípios ético-jurídicos, mas por estes e pelas normas legisladas; o ser não corresponde já à factilidade possível, mas sim à factilidade concreta a atual. Na apreciação e decisão de um caso, por exemplo, na *culpa in contrahendo*, ou de modificação do contrato por alteração de circunstâncias, não é possível, chegar a uma solução razoável e justa sem ter em atenção a Natureza das Coisas. Na concretização do Direito na decisão a assimilação entre o dever-ser e o ser tem também de ser mediada pela Natureza das Coisas. (...) Na concretização, é muitas vezes preciso concretizar fórmulas abertas, cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Para isto é necessário critério que só raramente a norma contém ou enuncia completa ou satisfatoriamente. O critério pode ser obtido através de padrões éticos supra-legais ou através da Natureza das Coisas, ou de ambos simultânea e integradamente. A concretização do comportamento devido em boa fé, por exemplo, tem de ser feita sob a

envolvendo a concretização do Direito pelas vias que passam pelas cláusulas gerais e pelos conceitos juridicamente indeterminados. Sobre ela, Karl Larenz[388], comenta que:

> A natureza das coisas é um critério teleológico-objectivo de interpretação, sempre que não se possa supor que o legislador tenha querido desatendê-la. Contudo, precisamente aqui, há que ter em conta que aquela permite em concreto, as mais das vezes, diferentes possibilidades de regulação. (...) A natureza das coisas é de grande importância em ordem à "ponderação de bens no caso concreto".

Pedro Pais de Vasconcelos aponta como molas mestras do Direito Civil, os princípios do personalismo ético, da autonomia privada, da responsabilidade, da confiança, da boa fé, da paridade, da equivalência, da propriedade, e do respeito pela família e da sucessão por morte.

Ressaltamos, que entre os princípios existe uma hierarquia, e que o princípio do personalismo é supra legal, cujo conteúdo traduz a Ideia do Direito, sendo que os princípios da autonomia e da responsabilidade dele derivam, sendo que ambos são consequência um do outro e ambos consequência da dignidade humana, pois conforme arremata o mestre, não tem dignidade humana quem não tenha autonomia e responsabilidade.

Os princípios da confiança, da boa-fé, da paridade, e da equivalência são princípios operativos positivados, que dão critério à concretização jurídica e que têm conteúdo ético, esclarecendo o autor, que os princípios da paridade e da equivalência, têm conteúdo mais funcional do que ético, dada à sua característica de operatividade, diferentemente dos princípios do respeito à família e da sucessão por morte, que possuem forte conteúdo ético.

5.2 O Princípio do Personalismo Ético

Este princípio é em geral absoluto[389], mas pode ceder em algumas situações, como p.ex., nos casos de presunção de culpa na responsabilidade civil ou na responsabilidade sem culpa por danos oriundos de atividades que envolvam risco.

Diante da afirmação de José de Oliveira Ascensão, citado por Pedro Pais de Vasconcelos[390], de que o princípio do personalismo ético é um princípio de todo o Direito e

---

orientação dada pelo princípio ético-jurídico supra legal da boa fé – o *honeste agere* – mas também tendo presentes as circunstâncias do caso – a natureza do caso".

[388]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 595-596.

[389]BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2.004, enfrenta a temática, desnvolvendo o seu pensamento sobre o assunto partindo da premissa de que não há direito absoluto.

não exclusivo do Direito Civil, este jurista explica nada impedir que este princípio, de origem estóico-cristã, não possa ser a principal valoração do Direito Civil, já que, como disse, em sua origem, destaca a pessoa humana como ser livre, autônomo e igual e centro da gravidade de toda organização social, dotado de uma dignidade que lhe é própria, inerente por nascimento e que é comum a todas as pessoas e não pode ser separada em razão da religião, da raça, da cor, etc.

Interessante passagem deste trabalho é quando Vasconcelos[391] comenta que:

> Transposto para o direito, em geral, o personalismo ético exige a proscrição da escravatura, do racismo e de todas as discriminações e prepotências; da pena de morte e dos tratamentos e penas infamantes, da tortura e da prisão para obtenção de provas ou para averiguações, da parcialidade judicial e das presunções de culpa.

No âmbito do Direito Civil, o autor enumera as diversas funções do estudado princípio: "o personalismo ético funda a tutela da personalidade, a autonomia privada, a responsabilidade civil, a propriedade, o respeito à família e a sucessão por morte".

O autor analisado aduz que historicamente o princípio do personalismo ético enfrentou e enfrenta dificuldade e sua concretização tem sido feita como muito sofrimento e reveses.[392] Assim, se é certo que no século XIX, tardiamente, a escravatura foi de uma vez por todas abolida, também é certo que muito ela tem sido praticada de forma dissimulada, conforme não raro tem sido o êxodo de trabalhadores rurais para determinadas regiões do nosso país, onde são tratados de forma desumana e brutal, muitas vezes trabalhando a troco de comida; também com relação à tortura para a busca de confissões, que ganhou repulsa mundial, ainda segue, infelizmente nos porões de delegacias e quando não, também institucionalizada, como é o caso da aplicação de certas medidas de cerceamento de liberdade, que muitas vezes aplicadas sem qualquer critério ou responsabilidade, tornam-se verdadeiros aparelhos de tortura psicológica, já que a prisão degrada, humilha e desqualifica a pessoa de bem e o resultado deletério é duradouro e aterrador.

O autor destaca que a personalidade é a qualidade de ser pessoa e lembra que os escravos eram tratados como coisas, não tinham personalidade, da mesma forma que no *apatheid* vigorava o regime de separação das raças e no regime nazista o extermínio,

---

[390]ASCENSÃO, 2000, apud VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 11.
[391]VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 12.
[392]Ibid., p. 13.

incompatíveis com a dignidade humana, portanto, o personalismo ético, não admite nem a privação, nem a graduação da personalidade, nem a recusa do reconhecimento, pois é inerente à qualidade humana e adquire-se com o nascimento, sem que essa qualidade tenha de ser outorgada, atribuída ou concedida, já que nem o Estado, nem a Lei, podem atentar contra a personalidade, tendo que reconhecê-la, respeitá-la e defendê-la.[393]

Os direitos da personalidade, no direito brasileiro, estão protegidos na Constituição Federal e também no Código Civil, sendo, no dizer de Flávio Tartuce[394], "uma das mais festejadas mudanças da parte geral do novo Código Civil Brasileiro" e que consiste na inserção de um capítulo próprio que trata dos direitos da personalidade nos artigos 11 a 21, não, se tratando, na realidade, de uma novidade, tendo em vista a Constituição Federal trazer uma proteção até mais abrangente, principalmente no seu art. 5º, *caput*, onde consagra alguns dos direitos fundamentais da pessoa natural.

Como se pode notar, realmente a importância do personalismo ético, assim denominado pelo mestre lusitano, extrapola o âmbito do Direito Civil, já que protegido pela Carta Maior, mas mantendo com ele estreita relação, pois é no Direito Civil que se vê ordenado.

Maria Helena Diniz[395], no mesmo sentido, afirma que os direitos da personalidade nem mesmo poderiam ser chamados de direitos, pois, conforme pudemos entender até aqui, a personalidade é imanente da qualidade humana, dela, conclui a professora, emanando os demais direitos, portanto, não podendo sofrer qualquer forma de limitação ou graduação, acompanhando o indivíduo desde a concepção[396].

---

[393]TARTUCE, Flávio. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_personalidade.doc>. Acesso em: 08 set. 2008. "(...) Os direitos da personalidade são irrenunciáveis e intransmissíveis, segundo prevê o art. 11 do Código Civil de 2.002. Assim, nunca caberá afastamento volitivo de tais direitos, como daquele atleta que se expõe a uma situação de risco e renuncia expressamente a qualquer indenização futura. Tal declaração não valerá. Mas sem dúvidas que o valor da indenização deve ser reduzido, diante de culpa concorrente da própria vítima, nos moldes dos arts. 944 e 945 da novel codificação. A transmissibilidade dos direitos da personalidade somente pode ocorrer em casos excepcionais, como naqueles envolvendo os direitos patrimoniais do autor, exemplo sempre invocado pela doutrina. De qualquer forma, não cabe limitação permanente e geral de direito da personalidade, como cessão de imagem vitalícia, conforme reconhece o enunciado nº 4, também aprovado na I Jornada CJF, nos seguintes termos: 'Art.11: o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral'. Exemplificando, se fosse celebrado em nosso País, não teria validade o contrato celebrado pelo jogador Ronaldo com a empresa esportiva *Nike*, eis que nesse negócio, pelo menos aparentemente, há uma cessão vitalícia de direitos de imagem".

[394]TARTUCE, Flávio. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_personalidade.doc>. Acesso em: 08 set. 2008.

[395]DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 119-120.

[396]TARTUCE, Flávio. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_personalidade.doc>. Acesso em: 08 set. 2008. "Não

Para concluir, o personalismo ético deve estar sempre presente nas decisões e na mente do intérprete, principalmente do julgador: "A concretização do Direito no caso concreto deve ser sempre feita de modo ético".[397]

5.3 O Princípio da Autonomia

É decorrência[398] do princípio do personalismo ético, já que sem autonomia, não existe paridade, igualdade entre as pessoas.

A autonomia em seu sentido mais amplo ultrapassa o Direito Civil e até o Direito Privado, abrangendo o conceito de autodeterminação e o do Poder Constituinte. Assim, essa autonomia é a capacidade de autogestão atribuída às pessoas, ou seja, de se dar leis a si próprias, sendo nesse sentido, que se pode distinguir um direito dos cidadãos que é autônomo, de um heterônomo, que é atribuído aos súditos, ou seja, sujeitar-se a um direito criado por terceiros.

Em seu sentido mais restrito o princípio da autonomia concede aos cidadãos o direito de reger seus próprios interesses – autonomia privada –, através dos negócios jurídicos e dos contratos, sem terem que se sujeitar a diretivas de terceiros, sendo este espaço de atuação, adstrito pela Lei, pela Moral, pelos Costumes, pela Ordem Pública, e, obedecendo a essas limitações as pessoas têm a liberdade de, ao auto reger seus interesses, criar Direito.

Assim, na esfera interprivada, todo direito positivo é criação das pessoas, via negócio jurídico; organicamente, através do Estado, com a lei e a sentença e inorganicamente, com os usos e costumes jurídicos, com a cultura e a doutrina jurídica.

---

só a pessoa natural possui tais direitos, mas também a pessoa jurídica, regra expressa do art. 52 do novo Código Civil, que apenas confirma o entendimento jurisprudencial anterior, pelo qual a pessoa jurídica poderia sofrer um dano moral, em casos de lesão à sua honra objetiva, com repercussão social (Súmula 227 do STJ).O nascituro também possui tais direitos, devendo ser enquadrado como pessoa. Aquele que foi concebido mas não nasceu possui *personalidade jurídica formal*: tem direito à vida, à integridade física, a alimentos, ao nome, à imagem. Conforme bem salienta César Fiúza, professor da UFMG, sem dúvidas que faltou coragem ao legislador em prever tais direitos expressamente *(Código Civil Anotado. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Síntese, 1ª Edição, 2004, p. 23)*. Mas como a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, somos filiados aos concepcionistas (art. 2º do CC). Assim, não seria mais correta a afirmação de que o nascituro tem apenas expectativa de direitos. Já a *personalidade jurídica material*, relacionada com os direitos patrimoniais, essa sim o nascituro somente adquire com vida. A proteção dos direitos da personalidade do nascituro deve também ser estendida ao natimorto, que também tem personalidade, conforme reconhece o enunciado nº 1, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em setembro de 2002, cujo teor segue: "Art. 2º: a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura".

[397] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 13.

[398] Ibid., p. 12.

Dentro dessa ideia, não é a lei que atribui consequência jurídica aos negócios jurídicos e aos contratos, mas as próprias pessoas que são autoras dos negócios, como no caso da compra e venda, onde não é a lei que produz o efeito da transmissão da propriedade, mas as partes, que acordam entre si, restando à lei, estabelecer-lhe os limites e reconhecer-lhe os vícios.

Da mesma forma que o princípio do personalismo ético, este também não é absoluto, porquanto pessoas há que não possuem essa liberdade, como é o caso dos portadores de doenças mentais, dos menores e dos interditos, restrições impostas para proteger as pessoas a que se aplicam, contra as deficiências de esclarecimento e de determinação que padecem.

5.4 O Princípio da Responsabilidade

Que instintivamente nos se apresenta também como um limitador da autonomia, já que não há liberdade sem responsabilidade.[399]

No campo do Direito a autonomia das pessoas tem como correspondente a responsabilidade criminal e civil, a primeira, a criminal, aplicável aos ilícitos mais graves, os crimes, e a responsabilidade civil àqueles ilícitos de ordem civil, que não configuram crimes e que ocasionam apenas danos de ordem patrimonial ou moral. A primeira com a segunda são cumuláveis.

A responsabilidade civil, ainda hoje, apesar de vozes em contrário, refere-se, em geral, aos atos ilícitos culposos. Entretanto, admitindo a responsabilidade civil sem culpa, fundada na Teoria do Risco[400], ou seja, a responsabilidade civil pela prática de atos lícitos que

[399]VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 16.

[400]SIMÃO, José Fernando. A teoria do risco no novo Código Civil. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_a_teoria_do_risco.ht>. Acesso em: 08 set. 2008. Sobre a Teoria do Risco – "Para que surja o dever de indenizar, necessária se faz a presença de quatro pressupostos, conforme ensina SILVIO RODRIGUES. São eles: a ação ou omissão do agente; b) a culpa do agente; c) a relação de causalidade; d) dano experimentado pela vítima. Assim, em regra, caberá à vítima não só a prova do dano, como também a prova de que esse decorreu de um ato ou de uma omissão culposa praticada pelo agente. Já o agente, para se eximir do dever de indenizar, deverá provar a ausência de um ou mais pressupostos. Poderá provar, por exemplo, que agiu de maneira prudente e diligente, em observância à lei (afasta o elemento culpa) ou que o prejuízo sofrido pela vítima não tem relação com o ato por ele praticado (afasta o elemento nexo causal) ou, ainda, que a vítima não sofreu qualquer prejuízo moral ou patrimonial (afasta o elemento dano). O Código Civil vigente adota, portanto, como regra, a Teoria da Culpa, chamada de subjetiva pois leva em conta a conduta do agente e se esse agiu de maneira diligente e prudente. Nesse sentido, a regra insculpida no artigo 159, com modificações, está no artigo 186 do novo Código Civil, que expressamente consagra a indenização por danos morais, segundo o preceito constitucional (artigo 5º, X). Já o novo Código Civil, em seu artigo 927, parágrafo único, preceitua que haverá a obrigação de indenizar,

envolvem risco e que pune aquele que explora tais atividades e provoca danos a outrem, independentemente de ter agido culposamente, ressaltando-se aqui, que a culpa a que nos referimos é a culpa *lato sensu*, ou seja, aquela que engloba a culpa *stricto sensu* – imperícia, imprudência ou negligência – e o dolo.

A responsabilidade por atos ilícitos[401]não chega mesmo a ser caso de responsabilidade, é algo semelhante e próximo, traduzindo-se, porém, numa forma mais restrita, que é a imputabilidade, que se cuida de imputar ao beneficiário de atividades lícitas, mas danosas, e àqueles que criam perigos ou deles se beneficiam, a indenização pelos danos eventualmente ocasionados e que são denominados de responsabilidade objetiva. Para António Menezes Cordeiro[402], a imputação pelo risco, sem atuação do sujeito, e a imputação por fato lícito ou pelo sacrifício devem promover "uma definitiva emancipação da imputação de danos perante a responsabilidade aquiliana".

5.5 O Princípio da Confiança[403]

Deve balizar as relações entre as pessoas e merece a tutela jurídica, pois quando se celebra um negócio ou contrato, isto é feito confiando na atitude, sinceridade, promessas ou confiando na existência ou estabilidade de certas qualidades das pessoas ou de coisas ou das circunstâncias que os envolvem, e o Direito não pode quedar-se indiferente diante de eventual quebra de confiança.

As aparências, da mesma forma têm que ser respeitadas, já que a confiança depositada o foi em relação àquilo que se mostrou ao contraente, ou seja, a condição de titular de certo direito como base na posse de um registro ou na posse, da titularidade aparente de certos predicados, tais como o do herdeiro e do legatário, ou poder, como no caso do gerente ou representante, a detenção e exposição de uma marca. Se essa confiança não fosse protegida, seria necessário desconfiar de tudo e investigar profundamente todas as circunstâncias que envolvem um negócio, o que seria um complicador para a fluência dos negócios.

Além dessa exigência de segurança do exercício, Vasconcelos[404] aponta uma exigência ética que leva o Direito a defender a boa-fé contra a má-fé, protegendo a

---

independentemente de culpa, nos casos previstos em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrém.

[401]VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 18.

[402]CORDEIRO, António Menezes. *Teoria geral do Direito Civil*. Lisboa: AAFDL, 1994. p. 428.

[403]VASCONCELOS, op. cit., p. 19, nota 401.

honestidade e a seriedade de processos e os aproveitamentos abusivos contrários à confiança e às coordenadas axiológicas fundantes da Ordem Jurídica, pois o Direito não protege e não tolera aquele que constroi expectativas e depois atua no sentido contrário visando seu próprio benefício, o *venire contra factum proprium*.

Havendo prejuízo ocasionado pela justificada situação de confiança, oriundo de investimento nessa circunstância de confiança, tais circunstância poderão desvincular o devedor ou vincular o credor na determinação da exigibilidade concreta e mesmo influenciar em termos de qualidade e quantidade a determinação do comportamento devido.

5.6 O Princípio da Boa-Fé

Que é um princípio do direito justo, vale quer por força da sua justiça própria, quer por efeito de sua positivação e esta não lhe confere validade, que já tem por si, mas tão só as formas organizativas de se realizar e possui um sentido moral profundo que se exprime no mandamento que, segundo Karl Larenz, citado por Pedro Pais de Vasconcelos, "cada um fique vinculado em fé da palavra dada, que a confiança que constitua base imprescindível de todas as relações humanas não deve ser frustrada nem abusada e que cada um se deve comportar como é de esperar uma pessoa honrada".[405]

A boa-fé subjetiva distingue-se a boa da má-fé, dependendo da situação em que se encontra a pessoa durante uma situação jurídica própria, podendo se referir ao possuidor de boa-fé, ou ao adquirente de boa-fé, ou o portador de boa-fé, como aquele que, ao possuir, adquirir certa coisa, não sabia que lesava interesse de outrem, tendo importância aqui, o conhecimento do vício da situação jurídica em que se está envolvido, como p.ex., quando sei que estou adquirindo um imóvel, apenas para livrar um amigo de uma execução ou quando adquiro um bem sabidamente oriundo de ilícito. Também a falta de diligência normal no sentido de verificar a regularidade do negócio, como p. ex., verificação da situação registral de um terreno onde está construído o imóvel objeto de uma compra e venda.

A boa-fé objetiva que está em destaque no Novo Código Civil brasileiro, constitui critério de ação, ou seja, de atuação honesta e não mais de se saber ou não se determinada coisa ou situação é ou não lícita. Agora existe uma exigência para que se aja com decoro,

---

[404]VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 20.
[405]LARENZ, 1987, apud VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 22.

honra, honestidade, probidade. O professor ensina – e seus ensinos muito nos têm auxiliado a compreender o verdadeiro sentido da boa-fé, já que, infelizmente, autores ciosos de descobrir-lhes os sentidos, principalmente após o advento do art. 422 do CCB de 2002, que acabam por criar uma grande confusão – que a boa-fé subjetiva e a objetiva não são duas realidades distintas, mas antes e apenas duas perspectivas distintas, ou dois diferentes pontos de partida, para submeter as condutas jurídicas a um juízo de honestidade, de honradez e decência.

Assim, conclui Pedro Pais de Vasconcelos[406], em sua exposição repleta de conhecimento, técnica e didática:

> Na perspectiva subjectiva, o juízo é feito a partir do conhecimento ou desconhecimento por parte do agente de estar a lesar outrem, ou da consciência por sua parte do vício ou vicissitude em questão; na perspectiva objectiva, é a conduta em si mesma que é submetida a julgamento. A diferença não é tão grande como a primeira vista pode parecer. Na verdade, em ambas as perspectivas o que se está a fazer é a aferir da compatibilidade de actuações concretas com as coordenadas axiológicas do Direito.

Explica, finalizando o raciocínio, que o conteúdo das mencionadas coordenadas axiológicas, são os *standards* comportamentais que são os considerados aceitáveis nas circunstâncias concretas, portanto, cuida-se de verificar se determinada conduta é ou não contrária à boa-fé, como alhures citamos, levando em consideração usos, costumes e circunstâncias de determinado negócio jurídico ou contrato, instintivo de que quando pensamos em boa ou má-fé, logo pensemos em algum estratagema muito bem urdido, cheio de sordidez e malícia, mas a má-fé nem sempre se apresenta nas vestes do lobo, e o intérprete, mormente o juiz, deverá ter a acuidade para buscar, manejando as máximas de experiência e os *standards* acima referidos para, diante de uma aparente normalidade, descobrir o lobo travestido de cordeiro e esta atuação, como dissemos deverá ser de ofício, em nome de algo muito maior do que simplesmente a vontade e os interesses das partes envolvidas no negócio.

5.7 O Princípio da Paridade

Também decorre do personalismo ético, posto que[407] a igualdade originária de dignidade e liberdade das pessoas postula uma posição também de paridade no seio do Direito Civil.

---

[406]VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 23.
[407]Ibid., p. 23.

A paridade que deve ser assegurada não só nas relações contratuais, onde a percebemos mais facilmente, mas também entre os cônjuges no casamento e com relação aos filhos, na filiação, na relação dos sócios, numa sociedade, etc.

Com facilidade este preceito é rompido por desigualdades de ordem econômica, social e cultural, pelo domínio do mercado por uma das partes, enfim, são inúmeros os fatores que tendem a desequilibrar as relações civis, sendo, portanto, necessário manter-se a paridade, defendendo a parte mais fraca, ou hipossuficiente, o que é feito através de um regime de proteção, como os que surgiram no Direto Civil, principalmente com relação aos inquilinos de prédios urbanos, consumidores, clientes dos planos de saúde. Essa paridade não é absoluta[408], porquanto dificilmente seria sindicável e alcançável, mas antes e apenas, a sua paridade relativa.

Esses regimes de proteção não colidem com o princípio da paridade, sendo, em verdade, seus garantidores, porquanto ante a constatação de que a paridade se veja ameaçada, será assegurada pelos regimes especificados, que surgem, em geral, através do legislador, como nos casos aos quais nos reportamos no parágrafo anterior, já que foram editadas leis especiais para garantir as relações de consumo, de inquilinato, dos planos de saúde e mais recentemente dos serviços de telefonia móvel, visando conter o ímpeto das prestadoras de tal serviço, que de várias formas atentam contra a paridade, submetendo os clientes a imposições esdrúxulas, como a da fidelidade, dentre outras.

Também é certo afirmar, que tal proteção se faz não só por obra do legislador, mas também no âmbito do judiciário, mediante a intervenção do juiz, e, mais especificamente no âmbito do Direito Civil, principalmente através do manejo das cláusulas gerais, podendo modificar cláusula ou até invalidar todo um contrato, que se mostre contrário, dentre outros, ao princípio da paridade.

Interessante ressaltar, que é preciso atentar para que esses regimes de proteção não se transformem em regimes de privilégios que os pervertam, complementando, que nunca deve deixar de ser admitida a possibilidade, de na concretização, se denunciar e contrariar os abusos que dos regimes de proteção venham a ser feitos, podendo isso ser feito através da utilização dos dispositivos que cuidam do abuso de direito, que no caso do Direito Civil pátrio, está previsto no art. 187, do CCB 2002, com a seguinte dicção: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos

[408]VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 24.

pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". No Direito Civil português, a previsão contra os abusos do direito, consta do art. 334.º, do CCP, que assim prescreve: "É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito".

5.8 O Princípio da Equivalência

Muitas das relações entre pessoas[409] no Direito Civil são regidas por um equilíbrio entre prestações que se contrapõem, procurando o direito assegurar uma equação valorativa que é a da equivalência das prestações, que pode ocorrer tanto nos contratos sinalagmáticos, em que cada uma das prestações é, ao menos em tese, a contrapartida da outra, quanto na responsabilidade civil, onde as indenizações deverão buscar o retorno do patrimônio diminuído pela conduta do agente, ao seu *statu quo ante.*

Interessante anotar que o princípio da equivalência não é absoluto e relaciona-se com o princípio da autonomia, portanto, não impedindo a celebração de contratos economicamente desequilibrados, desde que livre e esclarecidamente queridos, isso dentro do poder das partes de introduzir um desvio na relação de equivalência, podendo fazer doações puras, modais, vender em liquidações a preços bem abaixo do valor real do bem.

Quanto à relação entre os princípios da equivalência e o da autonomia, explica o mestre lusitano que não existe uma prevalência necessária entre eles, sendo que essa prevalência irá depender dos interesses em jogo, portanto, se o interesse for puramente de ordem privada, há de prevalecer o princípio da autonomia sobre o da equivalência, por outro lado, quando além do interesse privado, estão conjugados interesses de terceiros ou o interesse público, o princípio da equivalência assume posição de destaque com relação ao princípio da autonomia.

No Direito Civil português, a equivalência e o desequilíbrio da equação valorativa livre e esclarecidamente estipulada, funda o denominado *regime jurídico dos negócios usurários*, cuja regulamentação é feita através dos artigos 282º e 283º[410] do CCP, com

[409]VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 24.

[410]Art. 282 do CCP: "(Negócios usurários) É anulável por usura, o negócio jurídico, quando alguém, aproveitando conscientemente a situação de necessidade, inexperiência, dependência ou deficiência psíquica de outrem, obteve deste, para si, ou para terceiro, a promessa ou concessão de benefícios manifestamente excessivos ou injustificados".

consequências que vão desde a modificação, até a anulação do contrato, segundo juízos de equidade, "quando alguém, explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados".[411]

No direito civil pátrio, o CCB 2002, com outras rubricas, prevê situações similares no art. 156, que trata do estado de perigo e no art. 157, que cuida da lesão[412], porquanto punem práticas idênticas, ou seja, aquelas que dão causa ao benefício desproporcional em favor de uma das partes, quando aproveita-se da necessidade de salvaguarda de si próprio ou da família de grave dano conhecido pela outra parte ou de sua inexperiência.

5.9 O Reconhecimento da Propriedade e a sua Função

O reconhecimento da propriedade[413] e a sua função é mais um dos princípios basilares do Direito Civil, e, estando fundamentada essa assertiva, segundo Pedro Pais de Vasconcelos, nos parágrafos 2.402 a 2.405 do Catecismo da Igreja Católica redigido após o Concílio Ecumênico Vaticano II, promulgado pelo inesquecível papa João Paulo II, em 11 de outubro de 1992, a seguir transcritos, para posterior comentários:

> No princípio, Deus confiou a Terra e os seus recursos à gestão comum da Humanidade, para que da mesma tomasse cuidado, a dominasse pelo seu trabalho e gozasse dos seus frutos. Os bens da Criação são destinados a todo o gênero humano. No entanto, a terra foi repartida entre os homens para garantir a segurança da sua vida, exposta à penúria e ameaçada pela violência. A apropriação dos bens é legítima, para garantir a liberdade e a dignidade das pessoas, e para ajudar cada qual a ocorrer às suas necessidades fundamentais e às necessidades daqueles que tem a seu cargo. Tal apropriação deve permitir que se manifeste uma solidariedade natural entre os homens.

Art. 283 do CCP: "1 - Em lugar da anulação, o lesado pode requerer a modificação do negócio segundo juízos de equidade. 2 - Requerida a anulação, a parte contrária tem a faculdade de opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do negócio nos termos do número anterior".

[411]VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 26.

[412]Art. 156 do CCB: "Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.
Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias".
Art. 157 do CCB: "Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.
§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.
§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito".

[413]VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. Relatório apresentado no concurso para professor associado. D01-567. Lisboa: Biblioteca da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998. p. 94.

> O direito à propriedade privada, adquirida pelo trabalho ou recebido de outrem por herança ou dádiva, não vem abolir a doação original da terra ao conjunto da Humanidade. O destino universal dos bens continua a ser primordial, embora a promoção do bem comum exija o respeito da propriedade privada, do seu direito e do respectivo exercício.
>
> Quem usa esses bens, não deve considerar as coisas exteriores, que legitimamente possui, só como próprias, mas também comuns, no sentido de que possam beneficiar não só a si mesmas mas também aos outros. A propriedade dum bem faz do seu detentor um administrador da providência de Deus, com a obrigação de o fazer frutificar e de comunicar os seus frutos aos outros, a começa pelos mais próximos.
>
> Os bens de produção – materiais ou imateriais – como terras ou fábricas, competências ou artes, requerem os cuidados dos seus possuidores, para que a sua fecundidade aproveite ao maior número. Os detentores de bens de uso e de consumo devem utilizá-los com moderação, reservando a melhor parte para o hóspede, o doente, o pobre.

Pedro Pais de Vasconcelos [414], após relevante citação, esclarece que o que está contido naquele documento religioso, e que seria emanação da Divindade, não diverge daquilo que preceitua a Constituição da República portuguesa, no art. 62.º,

> A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição, concluindo que constituem, simultaneamente expressão da lei Divina e da Lei Positiva, são da natureza das Coisas, são de Direito Natural.

Complementando, a Constituição Federal brasileira em seu artigo 5º, incisos XXII, XXIII e XXIV[415], igualmente consagra o direito à propriedade e, da mesma forma, enquadra-se naquela orientação eclesiástica até de forma mais completa, pensamos, porquanto expressamente no inciso XXIII consagra sua função social: "a propriedade atenderá à sua função social".

A apropriação dos bens é garantida, porém limitada. A sua utilidade deve traduzir-se na aptidão de satisfazer necessidades e permitir a consecução dos fins das pessoas, sendo os bens, os instrumentos para que se alcancem tais objetivos. Vasconcelos[416], aduz, que o juízo de licitude ou ilicitude exige um critério material axiológico de decisão, que ficou, segundo ele, firmado linhas atrás: "a propriedade privada não apaga a originária e fundamental

---

[414]VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 1994. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Clássica de Lisboa, Lisboa, 1994. p. 95.

[415]Art. 5.º, inciso XXII da CF brasileira: "é garantido o direito de propriedade"; inciso XXIV: "a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição".

[416]VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 1994. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Clássica de Lisboa, Lisboa, 1994. p. 95.

destinação comum de todos os bens, nem o sentido solidário da sua apropriação e utilização. É este o critério que irá permitir a decisão sobre o abuso do direito de propriedade".

Seguindo com o autor lusitano pesquisado, mais uma vez pedimos permissão para simplesmente reproduzir seu raciocínio no que concerne à licitude da aquisição e acumulação de bens, que não conseguiríamos, por mais que quiséssemos sintetizar sem produzir perda de substância. Em síntese, fala sobre uma graduação da licitude do direito à propriedade, dependendo da forma de sua aquisição e, temos plena convicção de que o estudo a seguir em muito auxiliará o intérprete no trato com sistema de cláusulas gerais como solução para questões surgidas da atividade negocial, mormente a contratual, que envolva - como é o caso da maioria - a transmissão e o uso da propriedade.

Completa Pedro Pais de Vasconcelos[417]:

> O valor moral do trabalho humano legitima a aquisição do seu produto. Este produto poderá ser imediatamente consumido, ou não A história das carências e penúrias humanas ensinaram o homem a produzir e poupar. O proprietário tem liberdade de decidir o que fará com os bens que adquiriu pelo seu trabalho, e a decisão de se abster de os consumir imediatamente na sua totalidade ou de os guardar no todo ou em parte para o futuro, para acautelas carência e penúrias futuras é lícita. Assim se legitima a acumulação de bens emergentes da parcimónia, pela moderação e da prudência na sua utilização.
>
> A liberdade que o proprietário tem de reger o destino dos seus bens legitima a sua doação: o dono pode doar aquilo que é seu. A doação é um acto moralmente bom: trás consigo o desprendimento material, o altruísmo e o amor ao próximo. A licitude da aquisição por doação é de segundo grau: decorre da licitude do acto activo de doar.
>
> Também a licitude da aquisição por herança é de segundo grau e constitui conseqüência da licitude da destinação que é dada ao espólio do falecido. A sucessão por morte assente numa dupla legitimidade: a sucessão legítima assenta na ideia de património familiar e de tutela da família; a sucessão testamentária, na autonomia privada.
>
> Este é o conteúdo positivo da tutela da propriedade. Este princípio tem também um conteúdo negativo, ou defensivo, que proscreve o roubo (não roubarás), a usurpação e a destruição dos bens alheios.

Assim, a aquisição e acumulação de bens é diferente consoante sejam adquiridos pelo trabalho, por herança, por doação ou até criminosamente.

---

[417]VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. 1994. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Clássica de Lisboa, Lisboa, 1994. p. 95.

5.10 O Respeito pela Família e pela Sucessão por Morte

O princípio do respeito pela família é um princípio de Direito Divino, da natureza das Coisas e da Lei positiva[418], posto que o caráter sagrado da família é expresso do 4.º mandamento: "Honra teu pai e tua mãe, para teres longa vida na terra que o Senhor Deus de dará".

Para iniciarmos nossa dissertação sobre este importante princípio, repetimos, sempre apoiados em Pedro Pais de Vasconcelos[419], importante ressaltar trecho inicial de seu texto, onde vaticina: "Numa família sã e feliz não são com certeza os preceitos do Código Civil que efectivamente regem as relações entre marido e mulher e entre pai e mãe, as relações destes com os filhos, e dos filhos entre si. Muito mal vai uma família quando precisa da lei civil para se reger".

Acima de qualquer dissenso as afirmações acima transcritas. Após tal leitura, imediatamente, sem querer parecer piegas, nos remetemos às nossas famílias e constatamos, graças à bondade Divina, que não precisamos recorrer ao Código Civil no curso de nossas existências até aqui, o que nos faz felizes e cientes de que o Direito aqui será aplicado quando faltar em seu íntimo, o amor, a compreensão, o respeito mútuo e a fidelidade, sendo essa razão, por tratar com elementos da intimidade das pessoas, que sessões judiciais envolvendo o Direito de Família correm em segredo de Justiça.

A família sã tem suas regras próprias de regência, que não se aprende em escolas nem em manuais jurídicos. Desde a pessoa menos letrada, até os doutos, as lições são sempre as mesmas e nem mesmo é preciso saber ler e escrever para saber que se tem que respeitar os pais e que estes devem zelar por aqueles, que na sua velhice deverão ampará-los. A família é mesmo a chamada célula *mater* de uma sociedade, porque supera barreiras sociais, econômicas, religiosas e sobrevive às mudanças da sociedade que ora abrandam, ora enrijecem as exigências de respeito, veja-se nas sociedades cristãs e muçulmanas, mas de forma alguma as suprime.

---

[418]VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 28.
[419]Ibid., p. 29.

Finalizando, Pedro Pais de Vasconcelos[420] afirma que "só quando a própria família se encontra tão doente que se não consegue já reger pelas suas próprias regras é que o Direito Positivo tem legitimidade para intervir".

A sucessão por morte[421], com ligação estreita com a instituição familiar, está constitucionalmente prevista no art. 36.º da Constituição da República portuguesa e no art. 5.º, inciso XXX, da Constituição Federal brasileira e tem como conteúdo a destinação que é dada ao espólio dos mortos.

Desde tempos imemoriais os bens e as dívidas deixadas pelos mortos são assumidas pelos herdeiros, explicando o mestre, que o instituto é da Natureza das Coisas – que resumimos em nota de rodapé alguns capítulos atrás –, pois está gravada nas regras que regem os homens, independentemente das leis, e que a lei positiva respeita, não sem alguma intervenção, mas que nunca conseguiu extinguir.

A Natureza das Coisas exige que seja dado destino ao espólio dos mortos, cujas regras vêm de tempos imemoriais e se dividem em duas, uma que determina que a destinação dos bens seja a distribuição entre a família e a outra, que seja respeitada a última vontade do falecido, sendo que, dependendo do lugar ou da época, a importância desta última é variável.

5.11 Dados Extrajurídicos e as Janelas do Sistema

Finalizando a exposição sobre os princípios utilizados no Direito Civil[422], referimo-nos agora aos dados extrajurídicos e as janelas do sistema, tema bastante importante para a compreensão da utilização dos princípios gerais de direito, das cláusulas gerais e dos conceitos juridicamente indeterminados na concretização do Direito, que são as janelas do sistema, sendo através delas que o Direito vai receber de fora do sistema, ou remeter para fora dele, os critérios éticos e sociais que fundam muitos dos juízos jurídicos, como por exemplo, os critérios de equidade, dos bons costumes, dos usos, da boa-fé, do fim social e econômico, da relevância da alteração das circunstâncias, da equivalência, etc.

É certo que o direito positivado não é um sistema fechado, nem pleno, nem imóvel, muito pelo contrário, encontra-se em constante realização e acompanha a realidade social,

[420]VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 29.
[421]Ibid., p. 29.
[422]Ibid., p. 30.

cultural, os valores que lhe determinam as escolas, as carências e as necessidades que influenciam de maneira perceptível e clara a legislação e as políticas que lhes traçam os caminhos. Assim, o direito positivo recebe variadas influências que são extrajurídicas e que o influenciam de modo móvel, sem uma hierarquia que se possa fixar, não dispensando, dessa forma, o concurso do jurista, pois na concretização do Direito na vida, na decisão de litígios, os juristas devem estar abertos a esses dados que de forma obrigatória devem participar da decisão.

Pedro Pais de Vasconcelos[423] enumera as principais realidades extrajurídicas com as quais o Direito tem de contar e que recolhe da vida, que são: as pessoas, os bens e as ações. Ressalta que José de Oliveira Ascensão[424] acrescenta ainda uma quarta realidade pré-legal: as relações, que na sua opinião é mais um *dever ser* do que *ser*, entendendo que as relações não são entes, pois, as pessoas relacionam-se num agir social e o estar em relação é um seu modo de ser ou de estar na vida. No entanto, as relações não deixam de ter relevância como dados pré-positivos – *entia moralia* – as relações sociamente típicas, assim como as situações, posições e papéis socialmente típicos que, de acordo com a natureza das coisas, são portadores de dever-ser que muitas vezes informa e dá sentido normativo a regimes legais.

5.11.1 As pessoas

Estas são o próprio fundamento do Direito, sendo exteriores, porque não é o Direito que as concebe, cria ou extingue e que as pessoas são o fundamento e o fim do direito e, nesse sentido, são dados extrajurídicos, excetuando-se as pessoas coletivas, que sendo criação do Direito, podem por ele ser extintas. Assim, complementa, que a personalidade jurídica da pessoa humana é um dado extrajurídico que o Direito deve respeitar.

5.11.2 Os bens

São os fins perseguidos pelas pessoas, que deles necessitam e são tudo aquilo que não seja pessoa e que tenha a aptidão para satisfazer a necessidade humana. São extrajurídicos, naquilo em que existem fora do Direito e a sua aptidão para satisfazer necessidades, verifica-

[423]VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 32.
[424]ASCENSÃO, apud VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. Relatório apresentado no concurso para professor associado. D01-567. Lisboa: Biblioteca da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998. p. 33.

se originariamente, a partir da vida. O Direito, portanto, não pode deixar de desempenhar missão de extrema importância, qual seja a de determinar quais são os bens jurídicos, pois possui critérios de decisão de quais são os fins que são lícitos e de quais são os bens que devem ser utilizados para realizá-los, já que nem toda utilização de meios é lícita.

5.11.3 As ações

As ações das pessoas, que são suas atuações perante as outras e perante os bens, ações essas que nem sempre se desenvolvem no ambiente jurídico. No Direito, o agir traduz-se na prática dos negócios jurídicos, que são criadores de um regime jurídico que põem em vigor e são um exercício de autonomia privada, já os atos jurídicos simples são pressuposto inerte de uma consequência jurídica, não existindo, porém, entre eles uma fronteira geométrica, mas há critério de distinção. A distinção não é dicotômica[425], mas polar, ou seja, o agir das pessoas em direito pode ser mais autônomo[426] ou mais heterônomo, mas nunca poderá ser exclusivamente autônomo nem exclusivamente heterônomo, sendo a distinção gradual e fluida.

Flávio Tartuce[427] destaca os seguintes princípios, encampados pela nova codificação do Direito Civil brasileiro, com o advento do CCB 2002: o da *eticidade*, da *socialidade* e o da *operalibilidade*, os quais, seguindo suas lições, passaremos a estudar.

O Novo Código Civil brasileiro que nasceu sobre o signo da modernidade, coma viva intenção de abrandar o formalismo até então imperante e uma predileção pelo positivismo codificador oitocentista, introduziu a ideia de um Direito mais ágil e mais voltado para a composição com outras fontes buscáveis fora do sistema, sendo esta uma preocupação e um entrave para sua efetivação. Ainda é difícil para o operador do direito nacional acostumado ao primado da lei, que na verdade ainda prevalece, acostumar-se com novas - que não são novas, mas, digamos de proposta de utilização nova, figuras como as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados.

---

[425]VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 33-34.

[426]Ibid., p. 15. Conforme o professor Vasconcelos, "autonomia, em sentido amplo, é o poder que as pessoas têm de se dar leis a si próprias e de se reger por elas, sendo nesse sentido que se pode distinguir um direito de cidadãos, que é autônomo, de um direito de súditos, que é heterônomo e que significa a sujeição a um direito criado por outrem que não aqueles a que se destina, sendo que a autonomia e a heteronomia de relacionam numa série polar, onde se podem localizar situações e regulações intermédias mais autônomas ou mais heterônomas numa transição gradual e fluida".

[427]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 43.

Inspirado por Miguel Reale[428], como dissemos em outra ocasião neste mesmo trabalho, o Código Civil foi concebido em comunhão com a ideia da conjugação entre fato, *valor* e *norma*, corolários da obra do inesquecível jurista, que denominou de *Teoria Tridimensional do Direito*. Nessa concepção o jurista deverá acostumar-se ao preenchimento das lacunas, não só aquelas surgidas de falhas ou do próprio dinamismo dos fatos diante da lei, mas daquelas que são propositadamente deixadas pelo legislador e que representam um espaço maior para o manejo e concretização do direito, mas que requer acuidade, porquanto essa técnica remete o jurista à utilização das máximas de experiência, aquelas que adquire durante sua existência enquanto pessoa e jurista, ao costume, à equidade, aos princípios gerais de direito, enfim, regulamentando-se tudo aquilo que de uma ou de outra forma vinha sendo praticado no que se refere ao Direito Civil, mas que por falta de positivação no texto legal, acabava por impor um certo temor aos intérpretes, advogados ou juízes, acostumados a garantir suas teses na lei e na sua interpretação, sendo a noção de integração, realização e concretização do direito, através da analogia, dos princípios, da equidade, etc., alguma coisa sempre distante e sombria na realidade forense.

Assim, devem afastar de uma vez por todas esse temor, já quedispositivos do *novel* Código garantem a aplicação de elementos extrajurídicos e das máximas e que são basicamente os que tratam da função social do contrato e da boa-fé objetiva, nas quais um pouco já tratamos e sobre as quais certamente voltaremos a tratar adiante. Os conceitos legais ou juridicamente indeterminados, que já se faziam presentes mesmo no tradicionalista Código Civil de 1916, ganharam força e estão mais presentes em praticamente todos os livros do CCB 2002, como adiante demonstraremos, possibilitando ao intérprete, dessa forma, utilizá-los com mais segurança, aprendendo que as únicas limitações que os espera são aquelas, que desde sempre os limitou, ou seja, a ordem pública, a moral, os bons costumes, a boa-fé e a ética. Aprenderemos também que muito têm em comum com as cláusulas gerais, mas que com elas não se confundem.

5.12 O Princípio da Eticidade

Vários são os artigos do CCB 2002[429] que são informados pelo princípio da eticidade, como p. ex., dentre outros, o art. 113, que trata da boa-fé que deve motivar a interpretação dos

[428]REALE, Miguel. *Novo Código Civil brasileiro.* Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. XII-XV.
[429]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 43.

negócios jurídicos e o art. 187, que prevê punição para aqueles que contrariarem a boa-fé, a função social e econômica de um instituto ou os bons costumes, estando previsto que quem assim agir: *comete ato ilícito*. Segundo o professor, também o art. 422 prestigia a eticidade ao determinar que a boa-fé das partes integre o *iter* contratual.

5.13 O Princípio da Socialidade

Que está longe de ser a mesma coisa que socialismo, que tem uma conotação política, surge na esteira da elevação da propriedade e do contrato a entes sociais, mas não só nessas áreas de faz presente, como explica o professor cuja obra estudamos, já que seu embrião encontra-se na LICC (Lei de Introdução ao Código Civil - Decreto-lei n. 4.657/42), em seu art. 5.º, que já citamos anteriormente, sendo que a socialização dos modelos jurídicos é uma das características mais se destacam do novo Código e seu significado é o da prevalência dos valores coletivos sobre os individuais e da revisão dos direitos e deveres dos cinco personagens do direito privado tradicionais: os proprietários, os contratantes, os empresários, os pais de família e os testadores.[430]

São, pois, materializações[431] dessa socialização como norma positivada na lei, além da Constituição Federal que cuida da função social da propriedade, em seu art. 5, XXII XXIII e 170, III, aliás, conforme já comentamos quando estudamos o *reconhecimento da propriedade e a sua função* e que, em verdade, versa sobre o mesmo tema, sendo diferente apenas no nome, que é mais sugestivo: *princípio da socialidade*. Mesmo assim, prosseguimos com seu estudo, porquanto os exemplos que adiante serão apresentados complementam seu entendimento.

O art. 1.228 e seu § 1º, do CCB 2002, prevêem expressamente essa função, ao estabelecerem que:

> O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

[430]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 47.
[431]Ibid., p. 47.

Assim, aquela comparação com as emanações Divinas elaboradas por Pedro Pais de Vasconcelos, presentes nas Cartas Magnas brasileira e portuguesa, ganha mais um componente quando transpostas para a legislação civil, qual seja, a proteção ambiental.

São alinda elementos de socialidade presentes na extensão da propriedade, ou seja, a posse, quando prevê a diminuição dos prazos da usucapião, quando estiver configurada a posse-trabalho que estão presente nos artigos 1.238, parágrafo único[432] e 1.242[433], parágrafo único, do CCB 2002, que beneficiam aquele que trabalha, mais especificamente a terra, visando aquelas pessoas que só comem se plantarem e não lhes tem garantidos nem mesmo *os sete palmos de terra* após a morte.

Através dos artigos 421, que estabelece como limite para os contratos a função social do contrato e o 2.035, parágrafo único do CCB 2002, que estabelece que "Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos", o princípio da socialidade invade o Direito das Obrigações, talvez o mais hermético e avesso a essa nova realidade, por ser considerado o espírito do Direito Privado, expressado em sua máxima *pacta sunt servanda* e na relatividade dos efeitos do contrato, ambos relativizados após a edição do novo estatuto civil.

A empresa tem seu fator de socialidade presente na atual legislação civil [434], como p. ex., o art. 966, que conceitua o empresário e contém máximas que apontam para o interesse social que deve permear o meio empresarial, como a sentença *atividade econômica organizada* que visa a *produção ou circulação de bens ou* serviços, sendo que tais atividades, além do legítimo interesse do empresário, já que o negócio visa lucro, devem atender igualmente ao interesse social, no que concerne às relações de consumo, à higiene, o meio ambiente, dentre outros.

---

[432]Art. 1.238 do CCB 2002: "Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.
Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo".

[433]Art. 1.242 do CCB 2002: "Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.
Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico".

[434]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 49.

Também com relação á família e à sucessão, o CCB 2002 previu medidas socializantes, com relação à primeira, p. ex. a regra constante do art. 1.511, que prevê a igualdade entre os cônjuges e com relação à segunda, o professor lembra da proteção ao luto, prevista no art. 20, parágrafo único.

5.14 O Princípio da Operabilidade

Este, especificamente, tem em vista o sistema de cláusulas gerais[435], já que o CCB 2002 visa a concretude e a efetividade idealizadas mediante operações feitas pelo aplicador do direito, o juiz da causa, visando o direito prático, fático, concreto, sendo que tal princípio visa facilitar a interpretação e a aplicação dos institutos, procurando-se, por sua via, dirimir as dúvidas imperantes na anterior codificação, tais como, o fim de sinonímias que davam lugar a dúvidas, como, p. ex., ensina Miguel Reale, citado pelo professor estudado, distinção entre associação e sociedade, o acesso às cláusulas gerais, como nos casos onde se exige probidade, boa-fé ou correção por parte do titular de um direito quando é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica.

A grande crítica de parte da doutrina ao CCB 2002, ou seja, a de deixar uma grande margem de interpretação ao juiz, criando uma espécie de *ditadura dos juízes*, não prospera, porquanto mesmo com margens mais alargadas, o juiz não se abstém de fundamentar suas decisões, que devem passar longe dos *achismos* para serem fundamentadas em elementos do próprio sistema ou até extra-sistema, recorrendo-se sim às máximas de experiência, mas com a devida motivação. Sempre houve e sempre haverá limites para essa nobre tarefa de dizer o direito.

Portanto, o princípio da operabilidade faz o código funcionar de maneira mais simples, menos voltada para o tecnicismo fundado em teorias que mais complicam do que esclarecem, pois o que se espera do Direito, aí compreendidos seus produtores: Legislativo e Judiciário são leis e decisões cada vez mais próximas da realidade dos anseios da sociedade e de preferência, estas últimas, rápidas o quanto puderem ser.

[435]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 52.

Flávio Tartuce[436] conclui, lembrando que o princípio da operabilidade como simplificador será facilmente identificado na previsão taxativa e conceitual dos contratos em espécie.

[436]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 53.

6 OS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONTRATUAL

6.1 Quais são os Princípios de Direito Contratual?

Depois do estudo até aqui empreendido, não fica difícil perceber que os princípios gerais de direito aplicáveis ao Direito Contratual passam por uma reciclagem, isso não querendo dizer que um ou alguns deles tenham desaparecido, entretanto, o que está ocorrendo é uma espécie de reacomodação dos conceitos, onde o peso foi redistribuído entre aqueles princípios que ainda emanam força nessa seara. Principalmente os princípios da autonomia da vontade, da obrigatoriedade dos contratos, da relatividade dos efeitos dos contratos, da boa-fé e da intangibilidade do contrato, passam por um redimensionamento, em consequência dessa visão mais social do contrato, que manda observar-se o mundo à volta do contrato, o que chamamos de *meio ambiente contratual*, o que, na dicção do código revogado, soaria como uma afronta aos privatistas, para quem o Código Civil era considerado a Constituição do Proprietário. Hoje, o Código Civil é considerado a *Constituição do Homem Comum*, pelo que podemos concluir que a mudança não se operou apenas na letra, mas no espírito da Lei Civil.

A grande marca dessa nova era é a que inspira a letra do art. 421 do CCB 2002, que determina que "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Sem dúvida esse dispositivo tem e ainda vai continuar a provocar reações do tipo *O que fazer com isso?* ou *Esse artigo não vai pegar*, além das mais variadas interpretações, umas a favor e muitas outras contra, porquanto é, em última análise, a quebra da concepção privatista do CCB 1916 com a qual por um século o Direito conviveu. Como, daqui por diante entender o contrato particular, aquele privado mesmo, na sua mais pura concepção, em uníssono com o meio social que o cerca? Essa questão materializa a ideia de que este dispositivo que encerra poderoso princípio doravante comporá, juntamente com a boa-fé, o fiel da balança dos demais princípios contratuais, pois toda e qualquer relação contratual ocorrida no âmbito do Direito Civil deverá ser observada através desses dispositivos, que encerram princípios, que ganham um novo peso.

O conceito *fim social* é juridicamente indeterminado, por isso propositadamente incluído pelo legislador naquele dispositivo, que é uma cláusula geral por excelência, pois que, como se nota, não impõe qualquer sanção, deixando sua aplicação a cargo do aplicador

do direito[437], que, da mesma forma como no art. 422 (que citamos alhures), deverá observá-lo em concomitância com parágrafo único do art. 2.035 do CCB 2002, o que faz com que essa norma seja aplicada de ofício pelo juiz e atinja às partes como um todo, já que se dirige à liberdade de contratar, que é, com raríssimas exceções[438], atributo tanto do credor, quanto do devedor. Assim, o juiz poderá determinar, se assim entender correto, desde a modificação de uma cláusula, até a resolução do contrato, caso se constate que esteja contrariando em menor ou maior grau a função social, responsabilizando as partes – uma delas ou ambas – pelos danos daí advindos e que atinjam o meio social. Cabe aqui, ainda que não seja exatamente o momento, já que retornaremos ao tema, recordar o caso com o qual abrimos este trabalho, o dos contratos envolvendo os proprietários de terras agricultáveis e os usineiros em Minas Gerais, que é exemplo de relação contratual privada que interfere no meio social e cuja solução de eventuais litígios certamente passará pelo crivo deste dispositivo.

Mônica Yoshizato Bierwagen[439] com relação a essa nova perspectiva da importância social do contrato defende que:

> Isso não significa que as partes não podem mais valer-se do contrato como meio de atingimento de interesses pessoais, ou que o vínculo estabelecido por este há de priorizar o interesse público e visar os delas de forma secundária, mas apenas que sua compreensão deve encontrar limites num valor maior – o interesse social –, que, seja em maior ou menor grau, é presente nas relações privadas.

Bem, nesse novo contexto, passemos então a um reestudo dos princípios gerais de direito afetos às relações contratuais, não sem antes analisarmos, a título de introdução, estudos de Fernando Noronha que são de extrema importância para o seu entendimento e dimensionamento na atualidade.

Fernando Noronha[440] cuja obra nos aponta o norte da nova perspectiva dos princípios do Direito Contratual refere-se aos juristas ingleses Peter Stein e John Shand, que escreveram

---

[437]NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil, apontamentos gerais. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra. (Coords.). *O novo Código Civil, homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2006. p. 428.

[438]Contratos obrigatórios, como p. ex., os de seguro obrigatório de veículos automotores.

[439]BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 28.

[440]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 11.

importante obra sobre os valores jurídicos, *ord*em, *justiça*, *liberdade*[441], que para os autores, seriam os valores fundamentais da civilização ocidental.

Fernando Noronha[442], aderindo à ideia dos autores ingleses, propõe a seguinte questão: Como se equilibrar esses três valores e em que ponto um deve ceder espaço aos outros dois? Explica que o ideal seria atribuir a cada um deles uma amplitude limitada, mas que isso não seria possível, porquanto cada um tende a eclipsar os demais. O autor transpõe essa tensão existente entre os três valores para a órbita do contrato, afirmando que nele se apresenta a mesma tensão entre os três, ordem, justiça e liberdade, argumentando que o clamor por liberdade, apanágio do liberalismo que imperou por séculos e que culminou com uma voraz ditadura dos fortes sobre os fracos, num capitalismo selvagem, evidenciada em relações contratuais irremediavelmente injustas, fez com que vozes se levantassem contra a pseudoliberdade que se instalara, sendo que o próprio clamor contra a liberdade desmedida que conduzia à exploração da escravidão, é reveladora de outros valores, além da liberdade e que não estariam a ser considerados e que, segundo aduz, se considerados, poderiam contrabalançar aquela.

Pois bem, propõe-se então uma mudança de paradigmas[443] a partir da conclusão de que a concepção tradicional equivoca-se ao serem dois os princípios fundamentais dos contratos, ou seja, o princípio da liberdade contratual e o princípio da vinculatividade do pactuado. Os princípios contratuais correspondentes àqueles valores seriam o princípio da autonomia privada – liberdade –, justiça contratual – justiça – e o princípio da boa-fé – ordem –. Esses três parecem ser os três grandes princípios do Direito dos Contratos, dos quais todos

---

[441]STEIN; SHAND, 1981, apud NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 10-11. "Na opinião de STEIN e SHAND, ingleses de Cambridge, ordem, justiça e liberdade, constituem quadro de valores que intentam implantar os sistemas jurídicos ocidentais, tanto os de *civil law* ou *neo-romanos*, na expressão cunhada por R. Limongi França, como os de *common law*. Não são, os únicos valores que operam o direito. Outros há, como o da utilidade, mas aqueles são os de 'nível mais elevado', 'os três valores de base', ou 'fundamentais', que 'se defrontam e se limitam reciprocamente': a sociedade ocidental atual exprime a exigência de ordem, justiça e liberdade; e, no interior destes valores, as relações de equilíbrio aparecem em tensão. Um sistema jurídico que se contente em manter a ordem, pela mera repressão de toda e qualquer turbação, não nos satisfaz. Pretendemos certamente que o direito realize esse objetivo, mas exigimos também que se traduza em justiça. Isto é, espera-se que não só o direito possa conter a violência, mas que também deva haver tratamento igual, e que as suas normas sejam tais que impeçam discriminações e iniqüidades. Além disso, espera-se proteção em relação a governos demasiados zelosos ou a legisladores excessivamente inclinados a considerar a sociedade como um todo. Pode acontecer que estes governos, na manutenção da ordem e na prossecução de objetivos de bem-estar e justiça para a coletividade no seu conjunto, limitem além da medida a liberdade de movimento ou de expressão do indivíduo".

[442]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 12.

[443]Ibid., p. 14.

os demais, como p. ex., o da obrigatoriedade dos contratos, o do consensualismo, etc., derivam.

Assim, em uníssono com as expectativas atuais e com as novas regras preconizadas pelo CCB 2002, esclarece Fernando Noronha[444] que:

> Autonomia privada, boa-fé e justiça contratual são os três princípios que atuam no âmbito interno do microssistema jurídico que é o contrato. Por isso, poderemos mesmo dizer que eles compõem a *ordem pública contratual*.
>
> Assim, em vez de dizer que a liberdade contratual é limitada pela ordem pública, como se afirma no âmbito da concepção tradicional, diremos que os contratos estão sujeitos a três princípios de ordem pública, que se autodelimitam reciprocamente, para manterem uma relação de difícil equilíbrio, em permanente tensão: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual.
>
> Perante esses três princípios, os demais constituirão a *ordem pública externa* dos contratos, já que atuam no âmbito do sistema maior, que é o ordenamento jurídico.
>
> Na concepção tradicional, a ordem pública contratual é composta não só pela nossa ordem pública externa, como ainda por princípios que, em rigor, devem ser reconduzidos à justiça contratual e à boa-fé. Isto é conseqüência da excessiva ênfase dada à autonomia privada na teoria clássica do contrato.

Assim, dentro da proposta deste trabalho, de se proceder ao reestudo dos institutos que envolvem a interpretação do Direito, focados em sua pperacionalização, vamos estudar os princípios de direito contratual mais utilizados atualmente, que são aqueles ensinados nas Escolas de Direito e que constam na maioria dos manuais sobre o assunto, sem perdermos de vista as considerações de Fernando Noronha, que afinam-se plenamente com a atual realidade do Direito Contratual, inclusive com o sistema de cláusulas gerais bastante presente no CCB 2002, mais especificamente nos artigos 421 e 422, que tratam da função social e da boa-fé, aos quais já nos referimos e o que certamente voltaremos a fazer.

6.2 O Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos

Segue sua existência milenar representada pelo brocardo latino *pacta sunt servanda* e não poderia ser diferente, em nome da segurança jurídica das relações negociais e até mesmo do instituto como norma de direito que se insere no sistema e que goza de proteção jurídica.

---

[444]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 15.

Essa obrigatoriedade por longos anos se justificou, porquanto as partes gozavam de certa igualdade e potencial financeiro, o que, com o passar do tempo, com a industrialização com a consequente modernização dos meios de produção e a massificação das relações contratuais, com o surgimento dos denominados contratos de massa, como atrás nos referimos, exigindo a interferência legislativa, através do que se denominou *dirigismo contratual*, visando regular certas relações comerciais, o que culminou, no Brasil, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, visando o reequilíbrio de relações dessa natureza, além da edição de várias outras leis que regulam relações bastante específicas e se mostraram flagrantemente vantajosas para uma parte, o estipulante, e desvantajosa para outra, o aderente, como no caso das relações envolvendo os seguros, os planos de saúde, etc., sendo certo que esse controle não se faz somente pela via legislativa, também o judiciário, através das ações judiciais e o Ministério Público, na salvaguarda dos direitos da coletividade, através das ações civis públicas.

De qualquer forma o novo sistema inaugurado pelo CCB 2002, na esteira do microssistema do Código de Defesa do Consumidor e das demais legislações que cuidam de relações específicas, trouxe para as relações contratuais civis o mesmo apelo por equilíbrio, já que a presunção de igualdade entre as partes nas relações civis é *juris tantum,* admitindo, portanto, prova em contrário.

Assim, aquela visão de que uma vez assinado o contrato é lei e deverá ser cumprido fielmente sofre atenuações e flexibiliza-se, permitindo que se apurem excessos, desníveis e flagrantes desproporções.

Essa flexibilização que relativiza a obrigatoriedade do contrato, antes tão absoluta, não se deve traduzir, bom que se repita, na insegurança da relação contratual, que não poderá ser revista por um simples arrependimento não previsto.

Bom que se diga que a flexibilização do princípio da obrigatoriedade dos contratos não é a sua derrocada, já que o CCB 2002 consagrou ao impor ao descumprimento do contrato, a responsabilidade do devedor por eventuais perdas e danos, além dos juros, da atualização monetária e dos honorários advocatícios, conforme adiante se vê da letra do art. 389: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

Em contrapartida, não só em espírito o CCB 2002 tratou da amenização do princípio da obrigatoriedade dos contratos, já que em seus artigos 478 a 480, 156 e 157, cuidou de estabelecer claramente a possibilidade de revisão da relação contratual. No primeiro caso, dos artigos 478 a 480, através da denominada cláusula *rebus sic stantibus*, que permite, de uma maneira geral, a revisão contratual – contratos de trato continuado – por eventual disparidade entre a época da celebração do contrato e a sua execução, diante de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, que torne o negócio excessivamente oneroso para uma das partes e extremamente vantajosa para a outra. No segundo, através do estado de perigo (art. 156) e da lesão (art. 157), aos quais já nos referimos e que são corolários do *princípio da paridade*, pelo que está plenamente justificada servirem-se de escudo ante a aplicação não ponderada do princípio ora estudado, ficando claro dessa forma, que só poderá haver obrigatoriedade onde houver equilíbrio.

6.3 O Princípio da Autonomia Privada

Modernamente esse princípio que se denominava de *autonomia da vontade* passa a ser denominado de *princípio da autonomia privada*, como esclarece Flávio Tartuce[445]:

> Entre os italianos, Enzo Roppo foi quem melhor compreendeu os elementos que conduzem à formação do contrato. Para esse autor, "a autonomia e a liberdade dos sujeitos privados em relação à escolha do tipo contratual, embora afirmada, em linha de princípio, pelo art. 1.322.º c. 2 Cód. Civ. estão, na realidade, bem longe de ser tomados como absolutas, encontrando, pelo contrário, limites não descuráveis no sistema de direito positivo". Roppo reconhece a existência de claras restrições à vontade manifestada nos negócios. Primeiro, percebe-se uma limitação quanto à própria liberdade de celebrar ou não o contrato. Em outras ocasiões, o autor italiano sinaliza que as limitações são também subjetivas: referem-se às pessoas com quem as avenças são celebradas.

Mais adiante, ainda fundamentando a diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada, Francisco Amaral [446] explica que:

> A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde existindo entre ambas sensível diferença A expressão 'autonomia da vontade' tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto

[445]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 143.
[446]AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 348.

> autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real.

Assim, conforme Enzo Roppo, posto de lado o dogma da vontade[447] das partes que se corporificava no princípio da autonomia da vontade, de perfil subjetivo, fruto daquela ideia já ultrapassada do individualismo burguês, a autonomia privada assume perfil objetivo, como sendo uma potestade, um deferimento do Estado ao cidadão para que possa regular seus interesses, dentro da ideia da liberdade contratual, nos limites da lei.[448]

Prosseguindo, atualmente, fora os contratos celebrados entre particulares, onde pelo menos teoricamente deve existir paridade, a grande maioria é composta por contratos modelo, com cláusulas predeterminadas – contratos de locação de imóveis, de veículos, etc. – sendo, em última análise, a imposição de uma vontade sobre a outra geralmente do mais forte – culturalmente, socialmente, economicamente, politicamente, etc. – sobre o mais fraco. Tais contratos foram primeiramente regulados pela legislação consumerista sob o nome de *contratos de adesão,* exigindo-se para eles algumas regras, tais como redação legível, destaque para cláusulas de maior importância, além de rol não taxativo de situações que configuram abuso, etc.

Enzo Roppo[449] nos esclarece afirmando que um elemento comum a todas essas hipóteses é o que se verifica, quando a relação contratual nasce e passa a produzir seus efeitos, não mais a partir de declarações de vontade válidas, mas sim com base num *contacto social* que se estabelece entre as partes dessa mesma relação. O professor italiano explica que:

---

[447]ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra; Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 302. Sobre a vontade das partes – "Se atentarmos nas mais variadas relações contratuais – entre as mais freqüentes e mais importantes na vida de todos os dias – constata-se, de facto, que pelo que toca à sua constituição e à sua disciplina, não só a vontade das partes desempenha um papel que não é decisivo, como, por vezes, *permanece na sombra o próprio elemento de uma (válida) declaração contratual.* Isto acontece, por exemplo, em todos aqueles contratos que têm por objecto a prestação de bens de consumo e de serviços de massa, por parte de empresas a favor do público, a que nossos antigos autores chamavam, por vezes, *contratos automáticos.* Os exemplos mais eloqüentes e, poderia dizer-se, mais exacerbados, de um tal automatismo contratual são aqueles em que a oferta ao público é constituída pela presença de uma máquina distribuidora de pequenos bens de consumo (por exemplo, cigarros) ou de documentos, que legitimam à fruição de um serviço (por exemplo, bilhetes para o transporte num autocarro urbano), e a aceitação manifesta-se com a inserção mecânica de uma moeda no orifício adequado: não é, na verdade, fácil, reconhecer-lhes um apreciável conteúdo de subjectividade e individualidade. Parece mais realista dizer que, nestes casos, se atribui, convencionalmente, o valor de declaração contratual a comportamentos sociais valorados de modo típico, por aquilo que eles socialmente exprimem, abstraindo-se das atitudes psíquicas concretas dos seus autores". O autor menciona ainda os contratos "standardizados", ou padrões, mais conhecidos por "adesão", como mais um elemento do fenômeno das despersonalização das relações contratuais.

[448]VELTEN, Paulo. Função social do contrato. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coord.). *Função do Direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 411.

[449]ROPPO, op. cit., p. 302-303, nota 447.

> Contacto social é o complexo de circunstâncias e de comportamentos – valorados de modo socialmente típico – através dos quais se realizam, de facto, operações económicas e transferências de riqueza entre os sujeitos, embora faltando, aparentemente, uma formalização completa da troca num contrato, entendido como encontro entre uma declaração de vontade com valor de proposta e uma declaração de vontade com valor de aceitação; assim, por exemplo, é contacto social a aquisição de bens e serviços de massa nas formas a que chamamos 'automáticas''; e é contacto social a prestação de facto de actividade laboral a favor de um outro sujeito. E, por força deste contacto social,a relação económica entre os sujeitos interessados é reconhecida e tutelada pelo direito, que a trata como relação jurídica e, mais precisamente, como relação contratual (visto que lhe considera aplicável grande parte das regras que disciplinam as relações nascidas do contrato).

Na esteira Código de Defesa do Consumidor, o CCB 2002, passou a regular os *contratos de adesão* que sejam celebrados no âmbito da legislação civil, criando limitações, como se vê no art. 423: "Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente" e no art. 424: "Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio".

É bom salientar que os contratos de adesão, ou seja, naqueles onde à parte mais fraca cabe dizer sim ou não, não participando da elaboração de qualquer cláusula – contratos fruto do *contato social* –, sejam esses contratos uma relação de consumo ou relação civil, como vimos, estão protegidos pelos dispositivos já citados.

Da mesma forma que o legislador previu limitações, também trouxe a legitimação dessa liberdade, conforme a dicção do art. 425 do CCB 2002: "É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código". É como no início deste trabalho quando nos esclarece, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa, referindo-se à uma *repartição de competências entre poder legislativo e os sujeitos privados*[450], reconhecendo o legislador[451] o poder imaginativo do ser humano, bem como a grande importância social exercida por essa figura do direito privado.

[450]BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de caráter metodológico. Algumas reflexões. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 2006. v. 2, p. 31.

[451]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 141-142.

A propósito da limitação da liberdade contratual, tornamos a Fernando Noronha[452], que explica, dentre outras coisas, citando Radbruch, para quem "a liberdade contratual do direito converte-se (...) em escravidão contratual na sociedade. O que, segundo o direito, é liberdade, volve-se, na ordem dos fatos sociais, em servidão."

Fernando Noronha[453] segue citando outros autores, que entre nós enfatizaram essa ideia e cita Orlando Gomes:

> O Direito das Obrigações elaborado no século XIX, calcado no Direito Romano e aperfeiçoado, principalmente na Alemanha, pela Escola dos Pandectas, concorreu para o desenvolvimento econômico, mas legitimou abusos, ao favorecer a prepotência das pessoas economicamente fortes. No pórtico de sua codificação, poder-se-ia ter inscrito, a talho de foice, a legenda: *beati possidentes*.[454]

Nesse sentido e com esse alerta que ainda reverbera, será sempre atual recordar o Iluminista da Revolução Francesa, Lacordaire: "Entre o rico e o pobre, entre o forte e o fraco, é a lei que liberta, é a liberdade que escraviza".

Para concluir[455]é posta a crucial questão: Fundamentalmente, até onde poderá ir a liberdade das pessoas, a fim de que os fortes não explorem os fracos, que a liberdade contratual do direito não se converta em escravidão contratual na sociedade, como enfatiza Radbruch?. A resposta é deste último autor, transcrita por Noronha a qual também nos permitimos transcrever:

> Limitações legais à liberdade contratual mostram-se sempre necessárias, por isso que é a própria liberdade contratual que no seu processo dialético tende a limitar-se e por vezes se anula. Em todos os tempos lhe foram postos limites resultantes do meio social, ou do "milieu contractuel" em que ela se move. (...) Além disso, só uma sociedade onde todos tivessem uma igual força social, numa sociedade de pequenos proprietários, é que a liberdade contratual poderia, como é óbvio, ser uma igual liberdade para todos. Desde que os contraentes se distinguem entre proprietários e não-proprietários, a liberdade contratual não pode deixar de se transformar numa liberdade dos mais fortes, de imporem a sua vontade aos mais fracos, acompanhada da necessidade para estes de terem de a aceitar. À proporção pois em que a economia livre se transforma numa economia capitalista, tanto mais a liberdade contratual dos indivíduos vai sofrendo limitações impostas pelo predomínio econômico dos grupos. E se foi a liberdade contratual que tornou possível a formação de grupos e associações de toda a espécie, verifica-se,

[452]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 13.
[453] Ibid., p. 12.
[454] Felizes são aqueles que possuem.
[455]NORONHA, op. cit., p. 12-13, nota 452.

> por outra banda, que são esses mesmos grupos e associações que cada vez mais a vão limitando.

Importante recordar que em alguns casos, o CCB 2002 dificulta algumas formas de contratação, exigindo o consentimento ou aprovação de terceiros, como no caso dos arts. 496 e 504.[456] Há casos ainda de proibição, como nos casos das pessoas elencadas no art. 497 e seus incisos.[457]

6.4 O Princípio da Relatividade dos Efeitos do Contrato

Igualmente passa por reestruturação, já que, conforme outrora aprendemos, o contrato não atinge terceiros, quer seja para beneficiar, quer seja para prejudicar, a não ser naqueles casos previstos no CCB, ou seja, a estipulação em favor de terceiros (art. 436 à 438), a promessa de fato de terceiro (art. 439 e 440) e o contrato com pessoa a declarar (art.467 à 471).

Mônica Yoshizato Bierwagen [458], em nota de rodapé, cita REALE, quando se referindo ao Projeto do atual CCB, esclarece acerca do princípio da socialidade:

> O sentido social é uma das características mais marcantes do projeto, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Civil ainda em vigor (...) fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana. Por outro lado, o projeto se distingue por maior aderência a realidade contemporânea, com a necessária revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do Direito Privado tradicional: o proprietário, o contratante, o pai de família e o testador.

---

[456] Art. 496: "É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido"
Art. 504: "Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência".

[457] Art. 497: "Sob pena de nulidade, não podem ser comprados, ainda que em hasta pública:
I - pelos tutores, curadores, testamenteiros e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração;
II - pelos servidores públicos, em geral, os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta;
III - pelos juízes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, os bens ou direitos sobre que se litigar em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade; 73
IV - pelos leiloeiros e seus prepostos, os bens de cuja venda estejam encarregados.
Parágrafo único. As proibições deste artigo estendem-se à cessão de crédito".

[458] BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 32.

Sendo essa uma das molas mestras da ideia privatista do contrato, hoje confrontado com o *princípio da socialidade,* que impõe que se reconheça no contrato, o interesse da coletividade, não mais pode persistir aquela velha fórmula do contrato hermético. Além do abuso se direito, a função social do contrato, também positivada, impede que o contrato satisfaça apenas as necessidades pessoais e individuais dos contratantes, servindo de arrefecimento a este princípio.

O contrato encontra-se na esfera dos direitos pessoais[459], cuja principal característica é envolver somente as partes, sendo relativos os direitos dele provenientes, ao contrário do direito real, que com o primeiro compõe o direito privado, cujos direitos dele provenientes operam-se *erga omnes*, daí ser um princípio que se arrefece quando confrontado com o princípio da função social do contrato, sem, no entanto se dar seu rompimento absoluto, já que isso representaria uma total inversão de valores que atentaria inclusive contra o próprio conceito de contrato enquanto principal instrumento do direito privado e até mesmo contra a autonomia privada.

6.5 O Princípio da Intangibilidade dos Contratos

Representa sua expressão mais individualista e hermética e que considera o contrato uma fortaleza intransponível protegida pelas muralhas do então portentoso princípio da obrigatoriedade da convenção e da relatividade do efeito dos contratos, não admitindo a intromissão de terceiros, nem mesmo do Estado, o que, depois do que até aqui estudamos, torna-se inconcebível. Entretanto, antes da edição do atual Código Civil, há aproximados sete anos, essa era a realidade, e a possibilidade de intervenção estatal pela via judicial dependia da utilização dos princípios gerais de direito, da equidade e da cláusula *rebus sic stantibus*[460] – que esta presente hoje nos artigos 478 e 480 do CCB 2002 –, o que sempre é tormentoso num sistema jurídico legalista, valendo aqui recordar que numa de nossas primeiras aulas, isso recentemente, após termos feito uma afirmação, determinada aluna segundanista perguntou em que artigo do Código Civil aquilo que havíamos dito estava escrito, como se somente a lei desse legitimidade ao Direito. Essa ainda é a visão de muitos estudantes nas inúmeras – inúmeras mesmo – faculdades de direito espalhadas Brasil a fora, e de seu produto, mesmo que doutrinadores de renome, juristas de todo quilate, acadêmicos envolvidos com a pesquisa

[459]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 160.
[460]BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 34.

e professores zelosos venham se desdobrando para mostrar e demonstrar uma nova realidade, ainda há muitos deles que se chocam, quando têm notícia de que um magistrado *subvertera* a ordem estabelecida em nome do bom senso, da verdade e do clamor social. Não foi à toa que ouvimos de um livreiro que os livros de doutrina ficam parados nas prateleiras de sua livraria, numa cidade de pouco mais de trezentos mil habitantes e que possui três grandes faculdades de Direito.

Bem, esse princípio, como é fácil observar, sofreu grave arrefecimento, ainda que não tenha deixado de existir e componha, ainda que de forma secundária a ordem de importância dos princípios que atuam sobre a atual realidade contratual.

6.6 O Princípio da Boa-Fé Objetiva

Antes de tratarmos desse importante princípio que dentro da nova estruturação das relações contratuais ganhou especial destaque e ao qual dedicaremos mais algumas páginas, recorremos a interessante síntese de Mônica Yoshizato Bierwagen [461], do que até aqui foi visto sobre os princípios que atuam nas relações contratuais, regidas pelo CCB 2002:

> A crise social gerada pela conjugação do individualismo jurídico e o liberalismo econômico do século XIX e início do XX ensejou uma reformulação dos seus princípios basilares tendentes à maior "socialização" e publicização do direito das obrigações: o *princípio da autonomia da vontade*, cedendo parte de seu espaço para o dirigismo contratual, buscava resgatar a igualdade das partes perdida com o fenômeno da massificação das relações contratuais; o *princípio da obrigatoriedade* foi amenizado para admitir a inexecução dos contratos pelo desequilíbrio contratual decorrente de acontecimento imprevisível e extraordinário; o *princípio da relatividade dos efeitos* foi remodelado por força do reconhecimento de uma função social dos contratos; e o *princípio da intangibilidade* foi relativizado para admitir a intervenção do Estado em certos casos de premente interesse social.

O princípio da boa-fé objetiva, por que o agir bem é da natureza humana, está desde sempre frequentando as relações contratuais, na medida em que o sentido ético e moral sempre direcionaram tais relações, acentuando-se ou esmaecendo-se, mas estando sempre presente, mesmo que despercebido, ou bastante combalido, como nos dias atuais, frente a um capitalismo cada vez mais dominante, onde o lucro é a razão de ser de tudo o que se faz ou pensa na seara contratual. Difícil se desvencilhar dessa realidade, já que todo negócio, por

[461]BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 47.

mais simples que seja, visa o lucro e lucro é vantagem e esta, se desmedida, transforma-se em ganância e esta se transforma em uma espécie de *vale-tudo* ao modo da velha *lei de Gerson*, aquela que durante bom tempo foi veiculada nas televisões de todo o país através de uma propaganda de cigarros, onde o famoso jogador da seleção nacional de futebol da década de 1970 afirmava, falando sobre a tal marca de cigarros: *É que eu gosto de levar vantagem em tudo*. Essa máxima traduz, de certa forma, a opção da nossa sociedade pela vantagem, pela esperteza, pelo *jeitinho brasileiro*.

A *lei de Gerson* bem ilustra o gosto da nossa sociedade pela vantagem, num país em que todos são pseudonegociantes, e onde em tudo tem que se auferir algum lucro ou levar alguma vantagem seja na compra e venda de um objeto qualquer para uso pessoal, como p. ex., na compra e venda entre particulares de uma simples bicicleta ou de um automóvel para ser utilizado como meio de transporte, seja na compra e venda de um imóvel para morada, seja no que for, o desejo do lucro está à frente, enfim, em tudo e em todas as camadas sociais. Em tudo se visa o lucro. Em tudo se visa vantagem. É assim a nossa sociedade.

Bem, sendo assim, a questão ética é bastante importante, daí a verdadeira balbúrdia que até a edição do Código de Defesa do Consumidor imperava no comércio de uma maneira geral, e isso até bem pouco tempo, onde as pessoas, enquanto consumidoras eram desrespeitadas e afrontadas com produtos de qualidade duvidosa, sem qualquer informação, garantias, etc. Tudo pelo lucro.

Dessa forma as relações civis precisavam acompanhar essa nova proposta de regulação, aplicando o princípio da boa-fé objetiva às práticas negociais que não se configurassem relações de consumo, trazendo para o âmbito do CCB 2002 o importante princípio, que já estava positivado na legislação consumerista[462], o que representa grande avanço, porquanto, mesmo sabedores da normatividade dos princípios, somos sabedores igualmente de que a positivação legislativa é muito mais importante no Direito brasileiro. Estar na lei é muito importante, apesar do reconhecimento de boa parte da doutrina e da jurisprudência, da importância e normatividade dos princípios. Não fosse assim, não se estaria

[462]Art. 4º do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90): "A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na **boa-fé** e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores" (grifo nosso).

falando tanto do princípio da boa-fé objetiva, que, na verdade, não é nenhuma novidade. Novidade sim é ter sido positivado em uma cláusula geral, a exemplo do pioneiro § 242 do BGB, que é o que na verdade tem causado inquietação no meio jurídico, resultado mesmo do desconhecimento do sistema de cláusulas gerais e dos conceitos legais ou juridicamente indeterminados, que conduz ao temor de uma eventual *ditadura dos juízes*, ao menos para os mais afoitos ou desinformados, favorecida pela elasticidade que o conceito de boa-fé comporta.

Assim, além da discussão no meio jurídico, o que se deve esperar na prática, com a positivação da boa-fé objetiva é o arrefecimento das práticas desleais, causado por uma maior possibilidade de intervenção judicial na órbita do contrato e, repita-se, de ofício, após, obviamente, instalada a demanda. Espera-se mesmo a derrogação da *lei de Gerson*, segundo a qual a vantagem é meio e fim, não importando os subterfúgios utilizados ou as práticas desleais, desde que se lucre, e de preferência muito.

6.6.1 A aplicação do princípio na fase pré-contratual

Com a positivação do princípio umas das primeiras questões a surgir refere-se a se essa boa-fé deverá ser observada desde antes da conclusão do negócio até após sua extinção. O tema foi motivo de críticas por parte de vários juristas com relação à letra do art. 422[463], que se refere apenas à conclusão, não tratando das fases pré e pós-contratual, como é o caso de Antônio Junqueira de Azevedo, citado por Nelson Rosenvald[464] o que levou também grande número de outros juristas a afirmarem, em síntese, que aquelas fases encontram-se subentendidas na letra do artigo e que seria desnecessária tal explicitação, o que não deixa de ser verdade, já que não seria razoável que uma conduta desleal urdida antes da conclusão do contrato ou após sua extinção não pudesse ser alcançada pelo preceito sob alegação da falta de expressa previsão legal, mesmo que tal ardil pusesse em ruína a parte vítima.

É como entende Nelson Rosenvald[465], cuja explicação analisamos:

> Com o máximo respeito à opinião de ilustrados juristas, parece-nos que o art. 422 não olvidou a fase das tratativas, tampouco a da responsabilidade *post pactum finitum*. Resta implícito no dispositivo que os deveres de conduta

[463]Art. 422 do CCB: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".
[464]AZEVEDO, 2002, apud ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005. p. 99.
[465]ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005. p. 100.

> relacionados ao cumprimento honesto e leal da obrigação também se aplicam às negociações preliminares e sobre aquilo que se passa depois do contrato. É certo que não possuímos um dispositivo elástico como o do art. 1.137 do Código italiano de 1942 – o qual dispõe expressamente sobre a responsabilidade pré-contratual –, todavia não podemos olvidar que estamos diante de norma de textura aberta que induz os operadores ao seu preenchimento com base em argumentações já desenvolvidas na doutrina.

Esse nos parece um caso clássico de *minus dixit quam voluit*, onde o legislador disse menos do que queria ter dito, sendo mesmo caso para o intérprete buscar a *voluntas legis*, porquanto existe patente disparidade entre o sentido literal e o espírito da lei. Dessa forma o sentido literal da lei será alargado, estendido pelo intérprete, até que aquelas situações não previstas na lei, mas queridas por seu espírito, passem a integrar o espaço normativo. Numa visão tradicional de interpretação, é o que se chama de interpretação extensiva, que bem se aproxima do processo interpretativo-integrativo do qual estamos tratando, não havendo, essa é a concepção atual, qualquer necessidade de distingui-las, porque, em verdade, existe um vazio a ser preenchido, não fazendo diferença prática que se entenda esse preenchimento como extensão da norma ou como integração dessa mesma norma de textura aberta.

Bem, voltemos à questão central que envolve o estudo do princípio em si mesmo, porque nossos esforços a esta altura devem nele centrar-se e não em sua marcante característica de cláusula geral inserida pelo legislador do CCB 2002, o que será visto mais à frente.

6.6.2 A aplicação do princípio na fase pós-contratual

Por oportuno, e dentro do escopo deste trabalho, repetimos, que é o de dar ao leitor a ideia de operacionalização do arsenal posto à disposição do intérprete no processo de interpretação-integração do direito, neste caso o *princípio da boa-fé objetiva*, trazemos ao trabalho exemplos fornecidos por António Menezes Cordeiro[466] acerca do *post pactum finitum* e que cuidam da conduta desleal e réproba ocorrida após a extinção do contrato, dando azo à responsabilização na esfera contratual e que é muitas vezes de difícil visualização, o que não ocorre na fase pré-contratual, ou seja, aquela denominada de *fase das tratativas* já que não é difícil aí se verificar a conduta desleal, como ocorre p. ex., quando um vendedor, demonstrado suas afirmações com um falso plano de urbanização induz a erro o comprador de um terreno

[466]CORDEIRO, António Menezes. *Estudos de Direito Civil*. O contrato-promessa nas reformas de 1980 e de 1986. O cumprimento e o não cumprimento das obrigações. Problemas de direitos reais. Coimbra: Almedina, 1994. v. 1, p.143-144.

urbano com a promessa de que na vizinhança será por ele próprio construído, conforme o falso plano de urbanização, nos próximos dois anos, um grande *shopping center* que em muito irá valorizar a área, por isso cobrando pelo terreno quantia superior à de mercado.[467]

Vamos aos exemplos de casos de deslealdade ocorridos após a extinção da relação contratual, ou seja, numa fase denominada de pós-contratual, com os posteriores comentários de António Menezes Cordeiro.

O primeiro:

> A autora compra ao Réu um terreno para construção. Do terreno transacionado, disfrutava-se de bela vista sobre um monte vizinho. Nos preliminares, o R. assegurava à A. que, no espaço mediante entre o terreno e o monte, não seriam feitas quaisquer construções; comprova tal afirmação através do plano de urbanização. Concretizada a operação, a A. constrói, no terreno, uma casa de morada cujo valor é seis vezes superior ao do terreno. Meses volvidos, o R. adquire o espaço mediante, solicita e obtém a alteração do plano de urbanização e procede a edificações que prejudicam as vistas da A. sobre o monte. Do contrato celebrado entre A. e o R. não constava qualquer cláusula que extravasasse a compra e venda . A A. alega grande prejuízo com a perda da paisagem, afirmando ter, em função desta, realizado a compra; posto o que pede judicialmente a condenação do R. no pagamento de avultada indemnização . A A. perde nas instâncias mas ganha no tribunal de revista. *RGZ 161 (1939), (330-331)=DR 10 (1940), 246-248.*

O segundo:

> A Autora dedica-se, desta feita, à fabricação e comércio , por grosso, de casacos de senhora; solicita aos Réus 120 casacos de pele, de modelo por estes expressamente concebido com base em desenho encomendado. O funcionamento é satisfeito. Posteriormente, sem o acordo da A., os RR. oferecem e fornecem, a entidade concorrente, o mesmo modelo de casaco. Do contrato celebrado não resultava qualquer cláusula de exclusividade ou de não concorrência. A A. demanda judicialmente os RR. alegando os prejuízos sofridos com a concorrência por eles ocasionada. Ganha na 1ª instância, perde na 2ª e ganha no tribunal de revista. *BGHZ 16 (1955), 4-12 (4-5).*

O terceiro:

> O R. decide-se, num terceiro caso, à exploração dum Hotel. Compra, para ele, à A., alcatifa[468]. Uma unidade indicada por esta procede à sua colocação. Dias passados, surgem manchas na alcatifa: houvera falhas técnicas na operação de colagem. O R. retém o preço; accionado pela A., vê

[467] Caso de *culpa in contrahendo*, preconizada por Rudolph Von Jhering já em 1861: "antes da conclusão do contrato, já existem para as partes deveres específicos cuja violação, em circunstâncias determinadas, gera responsabilidade".

[468] Grande tapete que reveste o chão e as paredes. Um tipo de carpete.

> proceder a sua defesa no tribunal de revista. Apenas parte desta decisão foi publicada em *DB, 1958, 1324*.

Sobre os três exemplos de procedimentos António Menezes Cordeiro[469] tece comentário que nos permitimos igualmente reproduzir e que nos trará à reflexão acerca da aplicação dos princípios na integração do Direito através, no caso, do princípio da boa-fé objetiva:

> Nos três casos focados ocorrem situações de cumprimento. Tem-se sempre entendido que o cumprimento extingue as obrigações. Do Código Civil português, embora não expressamente, a solução emerge, com clareza, por exemplo, do Capítulo VIII do Título I do Livro dedicado ao Direito das Obrigações, cujo título, "Causas de extinção das obrigações além do cumprimento", dispensa mais desenvolvimento. Na ausência de obrigações não se encontraria, porém, uma saída para os litígios sumariados: se nalgum dos três cenários, os intervenientes se tivessem encontrado como terceiros estranhos, o desfecho teria sido outro. Finalmente, os exemplos em causa exigem, do Direito, uma solução; vender a uma pessoa um terreno com paisagem e, "legalmente", tirar-lha, fornecer a uma empresa um modelo específico de casaco de senhora e, depois, inundar, com ele, o mercado da cidade e ceder um produto novo sem, posteriormente elucidar o comprador sobre as suas particularidades, é situação que a justiça, a natureza das coisas ou a ideia de Direito não toleram. Se não existe instrumentação técnica, desenha-se, clara, uma lacuna.

Cordeiro[470] esclarece que nos três casos o "tribunal de revista alemão decidiu bem", amparando as decisões no já citado § 242 do BGB, explicando, que da regra do cumprimento honrado e normal do contrato pode permanecer para o devedor, também depois da própria prestação um dever do comportamento ou de omissão, complementando, que expressamente ou não, resultou claro das decisões, que a extinção de um contrato por cumprimento não basta à existência de certos deveres para as partes com subseqüente responsabilização.

Assim, a conclusão não difere daquela indicada por Nelson Rosenvald[471] quando estende à compreensão da letra do art. 422 do CCB 2002 que encerra o princípio estudado, e mais, com relação ao Código Civil português este autor, refere-se a Mário Júlio de Almeida Costa que enxerga solução para esse tipo de questão no Capitulo VII, art. 762.º/2, que cuida da boa-fé, diferentemente daquela prevista por António Menezes Cordeiro, para quem, uma eventual solução, estaria disposta no Capítulo VIII do Título I do Livro dedicado ao Direito

[469]CORDEIRO, António Menezes. *Estudos de Direito Civil*. O contrato-promessa nas reformas de 1980 e de 1986. O cumprimento e o não cumprimento das obrigações. Problemas de direitos reais. Coimbra: Almedina, 1994. v. 1, p. 145.
[470]Ibid., p. 145-146.
[471]ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005. p. 101.

das Obrigações, cujo título é *Causas de extinção das obrigações além do cumprimento*. Assim, para Mário Julio de Almeida Costa:

> O conteúdo exato do dever de boa-fé terá de ser determinado em face das várias situações concretas. Há que realizar, insista-se, a sua concretização como princípio normativo ou cláusula geral. O legislador limitou-se a estabelecer a formulação elástica que impõe a cada uma das partes uma conduta honesta e conscienciosa, a fim de que não resultem afectados os legítimos interesses da outra. Eis o sentido da boa-fé preconizada pelo n. 2.º do art. 762.º do Cód. Civ., para temperar uma interpretação e um desempenho estritos ou abusivos da relação obrigacional. Essa diretriz pode ter como conseqüência que se modifique, amplie ou restrinja o conteúdo atribuído à prestação pela mera letra do negócio jurídico ou da lei.

É preciso que se diga, e assim entendemos, que além de cuidar da questão referente à extensão dos artigos 422 do CCB 2002, do 762.º/2 do CCP e do § 242, do BGB às situações ocorridas nas fases pré e pós-contratual os exemplos e os comentários acima estudados bem servem para dar a exata ideia da aplicação no campo contratual, do princípio da boa-fé que informa esses dispositivos.

Cumpre-nos ressaltar, sendo uma nossa observação pessoal *sub censura*, que após a leitura dos casos acima e malgrado do que consta na doutrina, sempre sujeita ao dissenso, que não seria demais que o art. 422 do CCB 2002, em sua letra, estendesse os efeitos da boa-fé objetiva às fases pré e pós-contratual, e já que este é mesmo o espírito da lei, que ele estivesse claramente contido em sua materialização, conforme nossa sugestão de *lege ferenda*: Art. 422: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na fase das tratativas, na conclusão, na execução, bem como após a execução do contrato, os princípios de probidade e boa-fé".

6.6.3 As funções do princípio da boa-fé objetiva

No Direito brasileiro Fernando Noronha, como já dissemos, elaborou vigoroso estudo sobre a boa-fé, composto pela autonomia privada e pela justiça contratual, considerados pelo autor, como os princípios basilares do Direito Contratual, como vimos. Assim, sempre na diretriz de operabilidade a que nos impusemos neste trabalho, fomos buscar em sua obra, com a devida fundamentação teórica, as funções da boa-fé, representadas por suas funções *interpretativa*, *integrativ*a e de *controle*, sobre as quais passamos a discorrer.

Sobre o alcance da boa-fé objetiva[472] temos que os contratos são o seu principal campo de aplicação, traduzindo-se no dever de cada parte agir de forma a não defraudar a confiança da contraparte. A confiança e a lealdade entre as pessoas são corolários da segurança necessária à realização das finalidades de interesse geral servidas pelo Direito Contratual, que da mesma forma que a lei, não pode prever todas as situações, até porque, no que se refere à lei uma pormenorizada regulamentação dos contratos seria inconveniente à autonomia privada, aliás, atentaria contra a ideia da *bipartição de competências* entre os entes privados e o legislativo, conforme estudamos no início deste trabalho com Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa.

Jean Dabin[473] aduz que "o exercício para fins pessoais de um direito de finalidade egoísta está dentro do normal (*est dans la ligne normale*)". Assim, podem muito bem conviver os interesses egoístas, no sentido a que atrás nos referimos, ou seja, de lucrar, com a ética e a boa-fé. Não poderemos ser utópicos a ponto de imaginar que as pessoas devam encetar seus negócios sempre em nome do bem comum, porque isso não vai acontecer, mas podemos esperar sim, que cuidem de seus interesses, que lucrem, mas que não sejam desleais. Essa é a ideia da boa-fé objetiva.

Complementando essa ideia, Fernando Noronha[474] recorre a Jean Domat, que asseverava já no século XVII:

> Nos compromissos voluntários e mútuos, aqueles que contratam (*traitent ensemble*) devem-se a sinceridade, para se fazerem entender reciprocamente sobre aquilo a que se obrigaram, a fidelidade para sua execução, e de tudo o que podem exigir os seguimentos (lês suítes) dos compromissos em que tenham entrado. Assim, o vendedor, deve declarar sinceramente as qualidades da coisa que vende.

Posto dessa forma fica bastante claro e simples o alcance da boa-fé objetiva que realmente é simples, pois é um componente ético que nos obriga além daquilo a que nos obrigamos na avença em si. Não está escrito e nem precisa estar, mas está amparado e há consequências se faltar, sendo isso que nos compete aqui compreender.

Fernando Noronha[475] cita Karl Larenz, que explica sobre o *personalismo ético*[476]:

---

[472]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 147.
[473]DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 1952. p. 296.
[474]NORONHA, op. cit., p. 149, nota 472.
[475]LARENZ, 1989, apud NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 150.

> Que eleva o respeito pela dignidade pessoal de cada ser humano à categoria de imperativo moral supremo, não seria, contudo, suficiente para fundamentar uma ordem jurídica, e nem sequer uma ordem jurídico-privada, se não interviesse também um elemento ético-social, que é o princípio da boa-fé. Uma convivência pacífica e próspera de pessoas numa comunidade ainda tão falha de coesão não é possível sem que a confiança dispensada, ao menos em geral, não seja defraudada, mas confirmada, e que, por isso, a boa-fé permaneça como possível enquanto fundamento das relações humanas. Uma sociedade onde cada um desconfiasse do próximo assemelhar-se-ia a um estado de guerra latente entre todos, em vez de paz dominaria a discórdia. Lá onde se haja perdido a confiança, a comunicação humana está perturbada no que tem de mais profundo.

O CCB 2002, conforme Noronha[477], contém três comandos que claramente distinguem as funções da boa-fé objetiva, que são,

> (...) em primeiro lugar, no art. 113, os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé; em segundo lugar como se estabelece no art. 422, as partes devem guardar, tanto nas negociações que antecedem o contrato como durante a execução deste, os princípios da boa-fé; em terceiro lugar, como se declara no art. 187, comete ato ilícito quem, ao exercer o seu direito, excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé.

Esses comandos, ao nosso ver, indicam os novos caminhos das relações obrigacionais, que muito mais que um vínculo eminentemente bipolar[478] estabelecido entre credor e devedor, segue no sentido de uma relação jurídica inserida em um meio ambiente ao qual tais relações devem adequar-se, buscando a satisfação não só das partes envolvidas, mais daqueles que por conexão lhes sofram as conseqüências. Uma relação que atente contra a ordem pública e contra os direitos dos indivíduos que habitam esse meio onde ocorre a relação antes considerada puramente privada, não deve prevaler porque fere a boa-fé e ferindo a boa-fé fere a sociedade.

6.6.3.1 Função interpretativa da boa-fé

Regra segundo a qual, os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com a boa-fé, que tem[479] dois desdobramentos, sendo o primeiro, que os contratos – e os negócios jurídicos unilaterais – devem ser interpretados de acordo com o seu sentido objetivo, ou seja, aquele que está aparente, ressalvado o fato da contraparte conhecer a real vontade do declarante, ou se a pudesse conhecer, se agisse com razoável diligência, e o segundo, quando

---

[476]Princípio do *personalismo ético* que estudamos páginas atrás com o professor Pedro Pais de Vasconcelos.
[477]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 151. O autor em sua primeira edição de 1994, faz menção ao então Projeto do Código Civil e aqui já nos referimos ao CCB de 2002.
[478]MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 383.
[479]Ibid., p. 152.

o próprio sentido objetivo suscite dúvida, devendo-se preferir o significado em que a boa-fé aponte como mais razoável.

Com relação ao primeiro[480] temos que quando o legislador concebeu o art. 85 do CCB de 1916 (atual art.113), foi no sentido de que a declaração deverá ser entendida no seu sentido real, quando o destinatário conhecer o que quis dizer o declarante, e no seu sentido literal , quando este o ignore, assim nos parecendo também funcionar no Direito português, conforme se vê do enunciado no art. 236.º/2 do CCP: "Sempre que o declaratário conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida". Aliás, não se poderia justificar que o texto fosse entendido no seu sentido literal, quando o seu sentido verdadeiro fosse diverso e conhecido de ambas as partes.

Na verdade[481] o que se quer com a boa-fé objetiva, é, na interpretação do contrato, dar-lhe o significado que as partes haveriam de querer, se agissem com lealdade e probidade. Assim, nos parece um exercício de trocar as partes contratantes por outras duas que seriam, dentro daquela avença específica, modelos de lealdade e probidade, para depois, com base nos comportamentos ideais hauridos dessa substituição hipotética, analisar, em confronto, a conduta das partes reais, sendo mais ou menos como determina o art. 236.º/1 do CCP, quando dispõe que: "A declaração negocial vale com o sentido que um declaratário normal, colocado na posição do real declaratário, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele".

O segundo desdobramento[482]diz respeito à dúvida que reste do próprio sentido objetivo, ou seja, quando ocorrerem cláusulas ambíguas, sendo a recomendação que, nesse caso, se adote o significado que a boa-fé aponte como sendo o mais razoável e aponta um conjunto de regras cujo fundamento é a boa-fé e que a jurisprudência de vários países consagrou como sendo, diante da dúvida no sentido objetivo, o sentido mais razoável, que nos permitimos a seguir transcrever, esclarecendo que todos são já bastante conhecidos, inclusive positivados, incluindo-lhes no âmbito da boa-fé, o que muito nos esclarece, já que essas máximas sempre nos vieram soltas, produtos da jurisprudência:

[480]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 154.
[481]Ibid., p. 155.
[482]Ibid., p. 155-156.

6.6.3.1.1 O princípio da preservação do contrato

O *favor actus* (ou do negócio jurídico), segundo o qual, quando uma cláusula contiver diversos sentidos possíveis, na dúvida, a interpretação deve favorecer o sentido que assegure a preservação do contrato, ou do negócio jurídico unilateral, sendo caso de aplicação da *conversão* do negócio jurídico nulo, prevista no art. 170 do CCB 2002 e a regra *utile per inutile non vitiatur*, consagrada no art. 153 do CCB 1916 (atual art.184) e 51, § 2.º, do CDC.

6.6.3.1.2 O princípio da *interpretatio in favorem debitoris*, ou *in dubio mitius*

Segundo o qual, havendo dúvida quanto ao significado da cláusula, ela será interpretada no seu sentido mais favorável à parte que assume as obrigações, ou seja, a parte onerada, sendo que o CCB 2002 possui significativa aplicação deste princípio, quando dispõe que os contratos gratuitos deverão ser interpretados estritamente, conforme o art. 1.090 do CCB de 1916 (atual art.114), havendo outras especificações ainda nos arts. 1.483 e 126 do CCB de 1916 (atuais arts. 819 e 133, respectivamente).

Essas máximas remontam ao último título do *Digesto* atribuídas a Marcelo e Gaio e que demonstram como é antiga tal regra, segundo o autor, também aplicável à interpretação das leis em geral *semper in dubiis benigniora praeferenda sunt* (D. 50, 17, 56) e *in re dúbia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est quam tutios* (D. 50, 17, 192, § 1.º)

6.6.3.1.3 O princípio da interpretação contra o predisponente ou *interpretatio contra preferentem* ou ainda *in dubio contra stipulatorem*

Muito utilizada atualmente, em vista dos contratos de adesão, que segundo Fernando Noronha[483], também é regra muito antiga sendo formulada, segundo dizem, na França, no século XVII por Domat, tendo sido sempre muito utilizada na jurisprudência e que atualmente encontra-se positivada no art. 423 do CCB 2002: "Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente".

[483]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 156.

6.6.3.2 Função integrativa do princípio da boa-fé objetiva

A boa-fé deve ser vista no sentido de que os direitos e deveres de cada uma das partes não se limitam àqueles descritos no contrato, mas outros direitos e deveres que emanam daqueles, portanto, numa compreensão mais alargada da relação obrigacional, aquela que aprendemos na Faculdade e que indica que a obrigação é um conjunto que envolve o credor, o devedor e a prestação, sendo este um conceito *simples* de obrigação, bastante diferente daquele hoje aceito, onde além do negócio entabulado, respondem as partes por obrigações subjacentes, sendo então essa obrigação denominada de *complexa*, ou sistêmica, como prefere Fernando Noronha[484], que afirma, referindo-se aos contratos que: "desse ponto de vista globalizante fica claro que um contrato é normalmente composto por um conjunto de direitos, deveres, poderes e faculdades, que se ligam às respectivas partes, formando uma constelação de múltiplas situações jurídicas".

Noronha[485] nos fornece alguns exemplos dessa visão atual globalizante e exponencial do contrato, em confronto com a visão clássica, conforme adiante veremos e comentaremos:

> Encarando a relação contratual do ponto de vista da relação obrigacional simples, poderemos falar na obrigação de pagar o aluguel, com o locador podendo exigir este, e o locatário devendo pagá-lo. Do ponto de vista da relação obrigacional complexa, teremos o conjunto de direitos e deveres que na locação unem reciprocamente locador e locatário, e a que se referem os arts. 22 e 23 da Lei n. 8.245/91: o locador é obrigado a entregar o prédio, a garantir ao locatário o seu uso, a resguardá-lo dos embaraços e turbações de terceiros, etc.; o locatário é obrigado a pagar o aluguel, a reparar os estragos a que der causa, a restituir o imóvel ao termo do contrato, etc. E repare-se que muitos outros direitos e deveres existem, previstos noutros preceitos como a obrigação do locador de dar preferência ao locatário na hipótese de venda (art. 27), o direito do locador de exigir periodicamente reajustes (art. 17, parágrafo único) e revisões (arts. 19 e 68), ou ainda o seu direito de recusar o pagamento de aluguéis atrasados ou em montante inferior ao devido, e mesmo o direito de requerer o despejo do locatário.

Assim, conclui Noronha:

> Uma relação obrigacional, na acepção restrita, é apenas um vínculo, constituído da prestação (crédito), e pelo correspondente dever jurídico do devedor de realizar esta (débito). É apenas um dos vínculos que se podem distinguir no âmbito do todo constituído pela relação obrigacional simples é mera abstração; aquilo que encontramos na vida real são relações obrigacionais complexas: como alguém disse, a obrigação simples é "mero

[484]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 157.
[485]Ibid., p. 158.

> vínculo singular descarnado" que deixa passar a realidade da mesma forma que as malhas duma rede deixam passar a água dum rio.

A definição de *relação obrigacional complexa* que expande o vínculo obrigacional, alargando-o, nos faz refletir acerca da noção do contrato, principal espécie do gênero relação obrigacional, no seu sentido de socialidade, atingindo em cheio o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, pois aqui, em nossa opinião, se pode explicar que uma relação obrigacional inicialmente entabulada entre duas partes, credor e devedor, girando em torno de cláusulas por ambos concebidas, possa envolver, além daquele raio de obrigações também outras pessoas alheias à relação, como no exemplo acima, locador e locatário têm obrigações também com a vizinhança, com o meio ambiente, com a ordem pública e por aí adiante. Essa ideia bem explica a atual área de conformação da relação contratual, que não mais está resumida às partes.

Aqui, mais uma vez, pedimos licença para voltar ao exemplo com o qual abrimos essa pesquisa e que, dentre outros, tem nos motivado a prosseguir. Para recordar, nos referimos à situação dos locadores de imóveis rurais que arrendam suas propriedades a usineiros de álcool utilizado como combustível, que por razões de especulação arrendaram mais terras do que precisavam e como pagam aos arrendantes uma mensalidade fixa, não plantam em suas propriedades que vão se acumulando de mato e o pior, deixando de gerar empregos a uma enormidade de trabalhadores rurais daquela região e fazendo com que o preço de gêneros de primeira necessidade que ali eram plantados suba no comércio local, porque têm que ser conseguidos pelos varejistas em outras praças. A questão é a de saber se essa *relação contratual complexa* – com força no *princípio da função social do contrato* – seria capaz de se estender a ponto de incluir em seu perímetro os direitos das inúmeras pessoas eventualmente prejudicadas por essa relação, ou seja, uma coletividade. Pretendemos tê-la respondido até o final deste estudo.

Há nessa relação obrigacional complexa[486], sistêmica, deveres primários e secundários de prestação e deveres acessórios de conduta, ou laterais. Na relação contratual existem os deveres de prestação, ou seja, as prestações exigíveis e que subdividem-se em deveres primários e deveres secundários. Os primeiros são aqueles que referem-se à prestação principal. Os segundos incluem não só os deveres acessórios da prestação principal – destinados a preparar o cumprimento ou a assegurar a perfeita execução da prestação –, mas

[486]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 160-161.

também os deveres relativos às prestações substitutivas ou complementares da prestação principal. Já os meros deveres de conduta, são aqueles que, mesmo que não interessem direitamente ao cumprimento da obrigação principal, lhes são essenciais, considerando o correto cumprimento da relação obrigacional em que a prestação se integra. Esses deveres correlatos não são de antemão identificados no negócio, não são específicos, tendo por único fundamento o princípio da boa-fé, assegurando que a parte contrária não sofrerá em seus bens, danos em decorrência e nem durante a realização da prestação. Esses deveres correlatos[487]são, p. ex., o dever do vendedor de entregar ao comprador os documentos necessários ao registro da propriedade é dever secundário, entretanto, será dever acessório de conduta, aqui imposto então pelo princípio da boa-fé, o vendedor prestar assistência ao comprador em eventual necessidade deste de proceder a alguma retificação naquele registro. Em contrato de locação, p. ex., será dever secundário o do devedor entregar a coisa ao final do contrato, sendo dever lateral , aqui de acordo com o princípio da boa-fé, a obrigação do locatário, mesmo que na omissão do contrato, permitir a eventuais interessados o exame do imóvel, quando ele mesmo haja avisado que vai da por findo o contrato – art. 6, da Lei 8.245/91 –, ou ainda, de informar ao proprietário do imóvel uma infiltração de água – art. 21, da mesma lei –, pois, faltando a estas obrigações, será responsável pelos danos deles advindos.

Esses deveres acessórios de conduta[488], que são os mais importantes no que se refere à integração dos contratos, através do princípio da boa-fé, são repartidos em três, e que pela importância que assumem neste trabalho iremos a seguir reproduzir:

> Deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade: por força dos primeiros, as partes, enquanto perdure um fenômeno contratual, estão ligadas a evitar que, no âmbito desse fenômeno, sejam infligidos danos mútuos, nas suas pessoas e nos seus patrimônios; pelos segundos, as partes estão obrigadas 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, na execução contratual, possam advir; quanto aos deveres de lealdade, estes obrigam-se, na pendência contratual, a absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado.

Tais deveres de comportamento[489]podem ser deveres de informação, de assistência, de proteção de pessoas e bens e de cooperação com a contraparte.

---

[487]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 162.

[488]CORDEIRO, 1984, apud NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 162.

Assim, entendemos que mesmo que se tenha que levar em consideração Jean Dabin[490], quando afirma que "o exercício para fins pessoais de um direito de finalidade egoísta está dentro do normal (*est dans la ligne normale*)", ou Silvio de Salvo Venosa[491] para quem, "A sociedade, mormente a negocial, não é altruísta, mas eminentemente egoísta", o intérprete de um contrato deve levar em conta esse importante aspecto social ao iniciar seu trabalho, antes de utilizar as conhecidas regras de hermenêutica, e as partes devem ceder espaço à cooperação e à lealdade, apesar do justificado interesse particular. Não se quer e nem se pretende que alguém contrate simplesmente para agradar a contraparte ou o faça apenas levando em conta o interesse daquela. Isso seria, repetimos, utópico, entretanto, pretende-se que mesmo cuidando de seus interesses mais egoísticos, as partes contratantes não se esqueçam de dar atenção a uma também velha máxima do campo contratual, que pode inclusive resumir toda essa argumentação e que consiste em que o *contrato deve ser bom para ambas as partes*, estando aqui compreendidos todos os deveres que emanam dessa relação, estando ou não expressos, não se devendo esquecer, da mesma forma, do que chamamos de *meio ambiente contratual*, representado pelo bem estar social.

Fernando Noronha[492] observa ainda, já numa moderna visão do processo interpretativo, que se deveres laterais e até secundários da prestação se integram ao contrato por força do princípio da boa-fé, explica, é "por que essa função integrativa da boa-fé não é qualitativamente diversa da função interpretativa: a integração é apenas a continuação da interpretação do contrato para além das disposições previstas pelas partes, ou impostas pela lei". Conclui que tanto a interpretação, quanto a integração, têm por objetivo estabelecer quais são as obrigações e quais são os direitos das partes. Assim, ao se estabelecer os direitos de uma parte, automaticamente se está a estabelecer as obrigações da outra.

6.6.3.3 A função de controle do princípio da boa-fé objetiva

Tem por finalidade estabelecer qual o limite dos direitos das partes, sendo que por razão que esta função caminha bem próximo da função integrativa, já que esta estabelece os direitos e aquela lhes impõe os limites.

---

[489]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 165.
[490]DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 1952. p. 296.
[491]VENOSA, Silvio de Salvo. *Direto Civil* - teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 434.
[492]NORONHA, op. cit., p. 166-167, nota 489.

Para que bem se entenda essa função[493] necessário o cotejo entre a autonomia privada e o abuso de direito, já que todo o problema a ser enfrentado gira em torno dessas duas máximas. Como vimos até aqui, o princípio da autonomia da vontade abre um espaço de discricionariedade às partes para que possam auto-regular seus interesses privados, estabelecendo-se assim entre o particular e o Estado, como anteriormente vimos, *uma bi-partição de responsabilidade*. Deverá então essa discricionariedade ser limitada e o princípio da boa-fé assume então importante função, buscando alcançar situações que reflitam o abuso do direito concedido, sendo essa uma tarefa árdua, já que o que se terá de aferir é a partir de quando determinada conduta reflita abuso de direito – o que não é nenhuma novidade –, bastando lembrar que desde muito cedo ouvimos de nossos avós e pais que o *nosso direito termina onde começa o do outro* – o que é sempre difícil de aferir –, nos parecendo que tal dificuldade seja idêntica também fora da realidade contratual, pois a percepção desses limites é bastante subjetiva e envolve uma série de fatores, tais como, formação familiar, educação, cultura, religião, etc.

Na realidade contratual, sobre o que seja abuso de direito, Fernando Noronha[494] explica que após a invenção da expressão *abuso de direito*, atribuída a Marcel Planiol, no século XIX, que dizia[495]:

> Esta nova doutrina repousa toda inteira sobre uma linguagem insuficientemente estudada; a sua fórmula, "uso abusivo dos direitos", é uma logomaquia, porque se eu uso de meu direito, um ato é *lícito*, e quando ele é *ilícito*, é que ultrapasso o meu direito e ajo *sem direito* (...). É preciso não ser logrado pelas palavras: *o direito cessa onde o abuso começa*, e não pode haver "uso abusivo" de um direito, qualquer que seja, pela razão irrefutável de que um só e único ato não pode ser ao mesmo tempo *conforme ao direito e contrário ao direito*.

O alerta de Planiol muito contribuiu para o entendimento da expressão, sendo, portanto, fora de dúvida atualmente de que nada há de direito quando se está no campo do abuso.

A partir dessa constatação e diante da extensa margem de discricionariedade concedida às partes para a auto-regulação de seus interesses o que se busca é estabelecer

---

[493]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 168.
[494]Ibid., p. 169.
[495]PLANIOL, 1926, apud NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 169.

quando determinado ato deve ser considerado contrário ao direito[496], para isso, existem vários critérios propostos, quais sejam, o do dano excessivo, ausência de interesse, escolha de modo de exercício sem utilidade para o titular, desproporcionalidade entre o interesse beneficiado e o afetado, intenção de prejudicar, desvio do direito da sua função social, comportamento anormal, etc., mas, que, atualmente, a questão se resume a duas verificações, quais sejam, de se saber se só há abuso de direito quando a pessoa age com a intenção de prejudicar outrem – na concepção subjetivista individual de George Ripert[497] – ou se basta que ela tenha o propósito de realizar objetivos diversos daqueles para os quais o direito subjetivo em questão foi preordenado – na concepção finalista-teleológica ou social – de Louis Josserand[498], que considera abusivo o ato contrário ao fim da instituição, ao seu espírito e finalidade.

Sobre a teoria subjetivista, parece não haver dúvidas de que o dolo, a vontade de prejudicar, a má-fé declarada ou facilmente verificável é contrária ao direito, portanto é abuso de direito. Com relação à segunda teoria, a finalista, de uma forma até simplista podemos concluir que é de difícil constatação e[499] o próprio Josserand reconhecia que o critério finalista seria de difícil aplicação em face de sua característica de ser extremamente abstrato, concluindo-se que, os atos que são apontados comumente como abuso de direito são contrários à boa-fé, entretanto devemos proceder nessa análise com a devida cautela, porque como vimos, a boa-fé não determina que ninguém aja com espírito altruísta com relação à contraparte, servindo como único parâmetro para essa verificação o *sacrifício manifestamente desproporcional*, ou seja, na falta de um critério mais seguro, esse, que apesar de vago[500], parece o único adequado.

Essa última orientação[501] é fruto da jurisprudência de alguns países, citando um acórdão da *Cour de Cassation*[502] belga, que reproduzimos em nota de rodapé, explicando

---

[496]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 169.

[497]RIPERT, 1949, apud NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 170.

[498]JOSSERAND, 1939, apud NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 170.

[499]NORONHA, op. cit., p. 172, nota 496.

[500]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 174.

[501]Ibid., p. 175-176.

[502]Acórdão de 19-9-1.983 da 3ª Câmara de *Cour de Cassation* belga, *Revue Critique de Jurisprudence Belge*, ano 40, p. 282, 1.986: " I - O princípio da execução de boa-fé das convenções, consagrado pelo art. 1.134 do Código Civil, interdiz a uma parte num contrato abusar dos direitos que lhe confere este. II – Uma parte não desconhece a sua obrigação de executar de boa-fé a convenção, quando usa no seu único interesse pessoal prerrogativas que o contrato lhe reserva, se não fica demonstrado que os inconvenientes que daí resultam para a outra parte são sem comum medida com as vantagens que a primeira retira do exercício de seus direitos."

ainda que o então Projeto do atual Código Civil brasileiro de 2.002, de orientação finalista, aplicou essa regra em seu art. 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". Ao enunciado do referido dispositivo se faria a ressalva de que não só os atos ilícitos, mas também os lícitos, porém antijurídicos podem, explicando que quem age contra o direito, age sem direito: os casos ditos de abuso de direito são, na realidade, casos de atuação contrária ao direito, atuação antijurídica, não necessariamente atuação ilícita e só sustentará que o abuso de direito é sempre ilícito quem se colocar nos quadros das concepções subjetivistas exigindo que haja sempre o propósito de prejudicar.

Como até aqui temos procurado direcionar nossos estudos, até certa altura em paralelo com o direito português, fomos buscar mais uma vez em Pedro Pais de Vasconcelos[503] lições sobre alguns casos de abuso de direito, que muito nos auxiliarão na compreensão desse importantíssimo instituto que é a boa-fé, que tem motivado ilustres escritores e, malgrado a grande carga teórica envolvida, aqui procuramos resumir de forma a que se tornem compreensíveis e utilizáveis todos os instrumentos postos à disposição do intérprete, seja da lei, seja do contrato.

O art. 334.º do CCP de 1.966 trata do abuso de direito, assim dispondo: "É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico do direito".

No Direito português[504] sob o a epígrafe *abuso de direito* o art. 334.º do CCP desempenha, com relação ao direito subjetivo, controle análogo ao desempenhado pelo art. 280.º com relação ao negócio jurídico: "1. É nulo o negócio jurídico cujo objecto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável. 2. É nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo aos bons costumes". O direito subjetivo e o negócio jurídico são as principais manifestações da autonomia privada. O Direito brasileiro cuida do assunto de forma geral, em nível de direitos subjetivos[505], no título III, dos atos ilícitos.

[503]VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 657.
[504]Ibid., p. 658.
[505]WINDSCHEID, 1902, apud VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 669. Windscheid define direito subjetivo de forma bastante sucinta e esclarecedora: "Um poder da vontade concedido e protegido pela ordem jurídica". É o quanto basta.

O fim econômico ou social, a boa-fé e os bons costumes são os limites para a prática de qualquer direito e – não por mero acaso – nisso se afinam os códigos civis brasileiro e português, dentre outros.[506]

6.6.4 Ações contrárias à boa-fé

Iniciamos este importante momento de nosso trabalho, nos reportando a Judith Martins-Costa[507], que acerca do tema comenta:

> (...) a boa-fé como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida. Nesse campo tema a boa-fé objetiva particularíssima operatividade em matéria de *resolução contratual*, como já demonstrou Ruy Rosado do Aguiar Jr. em obra aqui reiteradamente referida.

O dever de agir conforme a boa-fé, nas relações contratuais está descrito no art. 422 do CCB 2002 e no art. 762.º do CCP, ambos já citados anteriormente neste trabalho. Assim, no exercício dos direitos subjetivos, principalmente nos direitos relativos, p. ex., no contrato, implica no contato jurídico com outras pessoas, pelo que as partes envolvidas devem proceder no âmbito da boa-fé, que, na sua concretização não dispensa o concurso de a uma referência

---

[506]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p.175. Sobre a origem deste artigo e sobre a sua similitude com o Código Civil português, Fernando Noronha nos esclarece em bem posta nota de rodapé, que nos permitimos reproduzir: "Este preceito tem como fonte o art. 334º do Código Civil português de 1.966 (...), o qual, por sua vez, reproduz o art. 281 do Código Civil grego de 1.940, em vigor desde 1.946 ("O exercício é proibido quando exceda manifestamente os limites postos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo escopo social ou econômico do direito" – a tradução é de Menezes Cordeiro, *Da boa fé*, cit., v.2, p. 711). O art. 281 do Código Civil grego, aliás, apenas consagrou as soluções que já haviam chegado a jurisprudência e a doutrina na Alemanha e na Suíça, trabalhando sobre os §§ 226, 826 e 242 do BGB, (...), e também sobre o art. 2º, § 2º, do Código Civil suíço ("L'abus manifeste d'um droit n'este pás protégé par la loi"). Como diz Menezes Cordeiro (p. 713-4), "o Direito alemão em vigor nos anos trinta não era já o constante do BGB: a doutrina transcendera as posições anteriores e a jurisprudência consagrara soluções novas. O novo Código grego recebeu estes elementos actualizados e não a codificação de 1896. Muitas das inovações atribuídas à codificação grega, correspondem aos progressos alcançados. Neste sentido, o Código grego de 1.946, salvas as suas especificidades, corresponde mais à doutrina alemã do que o próprio BGB". Segue NORONHA, explicando que "especificamente sobre o art. 281 do Código Civil grego, fonte mediata do art. 187 do nosso Projeto (atual CCB de 2.002 em vigor), escreve Menezes Cordeiro (p. 715): "reconhecendo as insufciências da mera condenação da chicana, entendida, para mais, de modo subjectivo, demarca-se, em definitivo desse modelo [o direito grego anterior], adotando um esquema objectivo. Da codificação suíça, sobretudo, da doutrina alemã, retira a referência aos bons costumes e à boa fé, enquanto o art. 71 do projeto franco-italiano das obrigações lhe cedeu a refer6encia ao fim social e económico do direito. O art. 2/2 do Cód. Suíço foi, por seu turno, modelo, exigindo que a ultrapassagem dos limites postos ao exercício dos direitos se dê 'manifestamente'. O art. 281 do Cód. grego harmoniza, assim, sob a égide de uma doutrina, de tipo alemão, muito elevada, uma série de transferências culturais".

[507]MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 457.

extrasistemática, que tem a ver com os velhos mandamentos *honeste agere* e *alterum non laedere* e da proscrição do *venire contra factum proprium*.[508]

O direito deve ser exercido honestamente[509], como deveria ser exercido por uma pessoa de bem, ao modo do *honeste agere*, assim, sendo os descumprimentos nesse campo, designados por *exceptio doli*, tipo característico da má-fé, e também pela *tu quoque* que representa a proibição da invocação da ilicitude própria ou da própria torpeza, em proveito próprio e que corresponde ao velho brocardo *nemo auditur turpitudinem suam allegans*. Nessa mesma linha segue o *venire contra factum proprium*, onde o titular provoca uma invalidade e mais tarde alega-a a seu favor, como p. ex., a parte pede a dispensa de uma formalidade num determinado negócio que a exige e, mais tarde, arrependido do negócio entabulado, alega a falta de formalidade por ela provocada a fim de desfazê-lo.

O *venire contra factum proprium*[510]se caracteriza, como vimos no exemplo acima, pela mudança brusca de atitude da parte, ou seja, através de ações num determinado rumo, cria na outra parte expectativas, que são frustradas através de uma radical mudança, que implica na quebra da confiança, caracterizando a má-fé. Essa mudança pode expressar-se também mediante omissões, como mais adiante estudaremos, caracterizando os casos de *surrectio* e *supressio*. Ainda aquilo que chama de *inalegabilidade formal*, ou seja, quando a parte permite que se mantenha um vício do qual tinha conhecimento e mais tarde alega esse vicio, que permitiu ou até mesmo provocou, visando à invalidade do negócio. Em todos esses casos, em comum, atitudes contraditórias, que induzem à má-fé, ou seja, ao procedimento desleal e contra o Direito.

Veremos a seguir cada uma dessas figuras, dada a importância de seu estudo, principalmente no que se refere ao trato com o sistema de cláusulas gerais, mormente a da boa-fé, porque aqui se exigirá do intérprete acuidade especial, a fim de identificar quando determinada ação ou omissão deixa o terreno da boa-fé e se instala no da má-fé, sendo tênue e muitas vezes até mesmo imperceptível, a linha demarcatória desses dois terrenos, cujo escrutínio requer atenção especial.

---

[508]VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 659.
[509]Ibid., p. 659.
[510]Ibid., p.660.

Fernando Noronha[511] esclarecendo não serem as únicas, mas as mais destacadas, [512] estabelece um rol dessas contrariedades ao princípio da boa-fé, que divide em *desleal exercício de direitos*, *desleal não exercício de direitos* e *desleal constituição de direitos*.

O autor,[513] na primeira classificação, ou seja, no *desleal exercício dos dir*eitos, elenca as principais categorias de exercício de abuso de direito, como sendo: o *Dolo facit* (ou *dolo agit*) *qui petit quod* (*statim*) *redditurus est*, os desvios de direitos, o exercício desequilibrado de direitos (*inciviliter agere*) ou procedimento claramente iníquo, além de outros casos.

6.6.4.1 Desleal exercício de direitos

6.6.4.1.1 *Dolo facit* (ou *dolo agit*) *qui petit quod* (*statim*) *redditurus est*

Que cuida-se de fórmula do *Digesto de Paulo* (D. 50, 17, 173, § 3)[514], e significa que *comete dolo quem pede aquilo que será obrigado a devolver*, porque ao seu direito, se contrapõe uma outra obrigação, relacionada com o seu direito. Essa máxima foi importante em Roma devido ao formalismo do seu direito, cabendo na denominada *exceptio doli generalis* que é uma subdivisão da *exceptio doli*.

Sobre a bipartição da *exceptio doli*, António Menezes Cordeiro[515], comenta que:

> O Direito romano, na tradição do Direito comum, reconhecia o papel duplo da *exceptio doli*, base da sua repartição por duas *exceptiones* diferenciadas. Nuns casos, o defendente alegava a prática, pelo autor, de dolo, no momento em que a situação jurídica levada a juízo, se formara: era a *exceptio doli praeteriti* ou *specialis*. Noutros, o réu contrapunha, à ação o incurso do autor em dolo, no momento da discussão da causa: era a *exceptio doli praesentis* ou *generalis*.[516]

[511]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 177.

[512]Ibid., p. 117; esclarece que existem ainda outros casos de contrariedade ao referido princípio, que não foram citados em seu trabalho para não alongá-lo por demais, remetendo o leitor, o que igualmente fazemos – em especial para Menezes Cordeiro que estudamos ocasião em que pudemos verificar tratar-se de obra de extenso alcance e profundidade, para a obra de Franz Wiacker (*El principio general de la buena fe.* Madrid: Civitas, 1982, p. 59-74), Menezes Cordeiro (*Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984. v. 2, p. 719-860) e de Adolfo Di Majo (*Obbligazioni in generali*. Bologna: Zanichelli, 1985). (*V. Commentario Del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, p. 325-34).

[513]Ibid., p. 177 et seqs.

[514]FRANÇA, R. Limongi. *Brocardos jurídicos:* as regras de Justiniano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 126.

[515]CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 1997. Coleção teses. p. 721-722.

[516]Ainda sobre a *exceptio doli generalis*, António Menezes Cordeiro, ensina que ela tinha, "casuisticamente uma grande extensão. A evolução jurídica, ainda no próprio Direito romano, levou a que, dela, primeiro

Por Fernando Noronha[517] são apresentados alguns exemplos da *exceptio doli generalis*, porém nos reportaremos a um deles, que entendemos o mais esclarecedor, que cuida de caso onde o devedor incapaz que procurando cumprir uma obrigação válida realize prestação que importe em transferência de propriedade da coisa devida; se depois o seu representante legal pedir a restituição desta invocando a incapacidade o credor poderia responder invocando o seu direito àquela prestação, que, de qualquer forma, o representante legal seria obrigado a satisfazer, logo depois.

6.6.4.1.2 Desvios de direitos

Como o próprio nome indica consiste na utilização desleal de um direito com o fim diverso daquele para o qual foi concebido na viva intenção de prejudicar a contraparte. O bom exemplo serve mais do que mil palavras[518]vejamos o acórdão do STF (Supremo Tribunal Federal), de 18-11-1987 (*RTJ*, 85:568), que cuida de caso onde um locador, que era ao mesmo tempo sócio da empresa locatária, ingressou em juízo com ação de despejo, visando a retomada do imóvel, mas o despejo foi negado por ter ficado provado que ele tinha por fim destruir a sociedade, empobrecê-la, desmoroná-la, afligi-la economicamente.

6.6.4.1.3 Exercício desequilibrado de direitos (*inciviliter agere* ou procedimento claramente iníquo)

No Direito Romano[519] significava agir sem consideração pelo cidadão. Esse agir, indica a falta de consideração de uma parte para com a outra, mesmo que não esteja presente a vontade de molestar ou prejudicar. São vários os exemplos desse tipo de atitude de uma parte perante a outra a exemplo do chamado *abuso de direito na emenda da mora por parte do locatário*, representada por reiteradas purgações da mora em juízo, que mesmo que não tenham o fim de molestar o locador, acabam por fazê-lo, atentando contra o princípio da boa-fé, consubstanciado na retidão e na lealdade que entre as partes deve haver, pois, no caso, se o aluguel tem data de vencimento é porque naquela data o locador conta com aquela quantia,

---

substancialmente e, depois, com reconhecimento formal, fossem autonomizadas outras figuras: sobressaem, nessas circunstâncias, a compensação e o direito de retenção" (CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 1997. Coleção teses. p. 722).

[517]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p.177-178.

[518]Ibid., p. 179.

[519]Ibid., p. 179-180.

não sendo correto que o locatário pudesse a cada mês pagar o aluguel no dia que bem entendesse, abusando do se direito de purgar a mora. Todavia, na legislação do inquilinato essa prática foi abolida, primeiro pela jurisprudência e depois pela própria Lei nº 8.245/91, art. 62, parágrafo único, que a veda, caso o locatário já tenha purgado a mora por duas vezes nos últimos doze meses.

Dentre os vários exemplos que podem surgir de exercício desequilibrado de direitos, como o pequeno atraso, a diferença irrisória na coisa devida ou no valor a ser pago, etc., ressaltamos um exemplo, que na verdade é um acórdão do STF e que passamos a reproduzir, pois bem esclarece essa má utilização do direito, que aqui acaba funcionando como uma forma de espezinhar a contraparte, mesmo que essa não seja a intenção.

O acórdão e os comentários de Fernando Noronha[520]:

> A demora havida não justifica a rescisão da avença, pois pequenas falhas nos documentos e um razoável atraso são fatos comuns e, com um pouco de boa vontade, a agravante teria condições de receber a escritura, porque a eventual falta de documentos não tornaria impossível a realização do negócio.
>
> No caso concreto, o instrumento contratual consignava o prazo máximo de dez dias para validade das certidões negativas de ônus reais, o qual fora ultrapassado, já que elas eram datadas de 14-6-1974, quando a escritura havia sido marcada para 22-7-1974. A este respeito, ponderaram os julgadores que, "considerando a grande distância da comarca da situação do imóvel, o excesso de prazo não é tão importante, para se reconhecer a pretendida inadimplência dos réus".
>
> Ainda nesse caso, os réus também não haviam comprovado o recadastramento dos imóveis no INCRA, levando os julgadores à seguinte ponderação: "é preciso considerar que se trata de providência burocrática, que não acarreta maiores conseqüências". E como também não haviam sido exibidas negativas criminais decidiu-se que "tampouco seriam indispensáveis".

O exemplo bem nos esclarece acerca da ideia do equilíbrio a que desde o início deste trabalho vimos nos referindo. Apesar da clareza do exemplo, podemos afirmar que o equilíbrio entre as partes vai além de uma boa técnica de redação contratual, constante da letra da avença. O equilíbrio deve reger o espírito do contrato, que se reflete na confiança mútua entre as partes e não somente nas suas cláusulas, pois não tem sido comum observarmos contratos muito bem redigidos e materialmente – e aparentemente – equilibrados, mas que em sua fase anterior, ou seja, na fase das tratativas foi maculado por ações contrárias à boa-fé.

---

[520]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 180 (*Juriscível do STF*, 68:40.).

6.6.4.1.4 Exercício danoso do Direito

O exercício danoso do direito[521], igualmente contrário à boa-fé, é exercido com único desiderato de prejudicar, é, portanto, aquele oriundo do sentimento que, não podemos negar – por força do formalismo positivista que em muito ainda nos conduz –, ainda impera entre as pessoas juridicamente menos preparadas, que se traduz no raciocínio de que se o direito está previsto na lei, se poderá exercê-lo de qualquer modo e que eventuais danos causados a outrem não serão ilícitos, na medida em que o exercício do direito é lícito, o que é, evidentemente, ledo engano, já que aqui deve vigorar o *princípio do mínimo dano*, obtemperando que nem sempre será ilícito todo procedimento danoso ao direito, como p. ex., com os casos onde a sã concorrência comercial implica para empresários do mesmo ramo, muitas vezes, perda de mercado, de clientes e até do negócio. Entretanto, somente será ilícito o procedimento desleal.

São quatro as principais situações em que o exercício danoso configura a prática abusiva: 1) Exercício emulativo de um direito, ou seja, torna-se abusivo o direito quando seu exercício tem por finalidade unicamente prejudicar o fazer mal à outra parte; 2) Exercício danoso inútil e injustificado, posto que não representa qualquer vantagem para o titular, mas extrema desvantagem para a contraparte; 3) Exigência de algo que deva ser imediatamente restituído (*dolo agit petit quod staim redditurus est*), pois é abusivo exigir a entrega de uma coisa que deva ser imediatamente restituída ou o pagamento de uma quantia que deva também ser imediatamente paga; este é o fundamento da compensação; 4) Desproporção no exercício, pois é abusivo o exercício do direito sempre que a vantagem dele resultante para o titular for mínima e desproporcionada com grande sacrifício de outrem[522].

6.6.4.2 Desleal não-exercício de direitos ou comportamento contraditório

Fernando Noronha[523] agrupa as seguintes categorias: *venire contra factum proprium*, o protraimento desleal do exercício de um direito e o abuso de nulidades por motivos formais – inalegabilidades –. Nesses casos, em suma, alimenta-se na contratação a sensação de que não se vai fazer uso de um determinado direito, para mais tarde utilizá-lo, isso representando a

[521]VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 667.
[522]Ibid., p. 667-668.
[523]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 183.

quebra da confiança e configurando procedimento desleal, contrário à boa-fé. Vamos aos casos e às suas especificidades.

6.6.4.2.1 *Venire* contra *factum proprium*

Trata-se de uma fórmula reduzida da original criada pelos glosadores, *venire contra factum proprium nulli conceditur*. António Menezes Cordeiro[524] explica que o âmbito do instituto é extenso, devendo ser de alguma forma delimitado, "somente se considerando como *venire contra factum proprium* a contradição directa entre a situação jurídica originada pelo *factum proprium* e o segundo comportamento do autor". Aqui, Menezes Cordeiro[525] afirma que na verificação do *venire contra factum proprium* se "postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo, sendo o primeiro o *factum proprium* que depois vem a ser contrariado pelo segundo". Há, segundo o mesmo autor, *venire contra factum proprium*

> (...) quando uma pessoa em termos que, especificamente, não a vinculem, manifeste a intenção de não ir praticar determinado acto e, depois, o pratique e, também, quando uma pessoa, de modo, também não ficar especificamente adstrita, declare pretender avançar com certa actuação e, depois, se negue. Estas hipóteses compreendem submodalidades.

O autor fornece alguns exemplos retirados do repertório jurisprudencial alemão, que adiante reproduzimos[526]:

> Assim em BAG 8-jun.-1972 [NJW 1.972, 1.878-1.880 (1.879)], discutiu-se o seguinte: um trabalhador – o A. – pretende despedir-se, o empregador – os RR. – opõe-se ao despedimento; um mês volvido, os RR., alegando o mau estado da empresa, despedem-no; o BAG entendeu haver aqui violação da boa fé,por vcfp[527], uma vez que, quando do primeiro comportamento – a recusa – os RR. já sabiam do mau estado da empresa; nessa base, os dois comportamentos são, de facto, contraditórios.
>
> Em AG Münster, 21-Mar.-1.972 [WuM 1975, 32.Roth], decidiu-se haver exercício inadmissível do direito por parte do senhorio que, depois de ter afirmado, ao inquilino, a possibilidade de ele permanecer no local até certa data mínima veio, antes dela, rescindir o contrato de arrendamento.
>
> Em OLG Köln, 8-Nov.-1.972 [MDR 1.973,314], decidiu-se que o comprador de um veículo pesado que aceita, em negociação, a reparação de certo vício, não pode, por vcfp, devolver o veículo contra o preço, alegando outro vício adveniente.

[524]CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 1997. Coleção teses. p. 746.
[525]Ibid., p. 745.
[526]Ibid., p. 747.
[527]*vcfp – venire contra factum proprium*.

No Direito brasileiro, Fernando Noronha[528] refere-se a antigo julgado – um pouco mais do que os acima citados – do Tribunal de Justiça de São Paulo (RT, 387:138), sendo que muitos outros cuidaram também do assunto[529]:

[528]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 184.

[529]MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 466 et seqs. Sobre o *venire contra factum proprium* - Não querendo estender em demasia o assunto, mas na viva necessidade de bem esclarecer sobre o *venire contra factum proprium*, que em verdade demanda profundos estudos, que não serão possíveis de serem levados adiante neste trabalho, com mais um exemplo colhido de Judith Martins-Costa, a quem se deve sempre recorrer no Brasil quando o tema é boa-fé e que nos traz um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, diga-se, sempre na vanguarda do direito nacional, cujo relator foi o então desembargador daquela Casa, Ruy Rosado do Aguiar Jr.. O caso: "Versou sobre negócio de compra e venda de estabelecimento comercial de pequeno porte, e das mercadorias lá estocadas, dirigidas ao comércio de vestuários, em Porto Alegre sendo instrumentalizado mediante contrato de singela redação. Ocorre que, feito o negócio, o comprador, em razão de atos praticados pela vendedora, ficou com a expectativa de continuar recebendo as mercadorias já encomendadas e as que acabara de encomendar. Isso porque, enquanto o comprador providenciava o seu registro no CGC nos primeiros dias de funcionamento da loja recém-adquirida, a vendedora emprestou-lhe o seu registro, a fim de que não houvesse solução de continuidade em relação às encomendas. Posteriormente, porém, a vendedora voltou atrás. Ao que parece em razão de desavença com o comprador, decidiu cancelar, junto aos fornecedores, o pedido de mercadorias encomendadas sob o seu número de CGC. Com isso, perdeu o comprador a mercadoria com a qual contava para dar normal andamento ao negócio. Afirmou, com efeito, que, "sem efetuar novos pedidos, com a necessária antecipação, e sem receber as mercadorias ainda não entregues, mas já encomendadas, (...)estaria inviabilizado de obter os frutos que tinha justa expectativa de auferir, quando da celebração do negócio", do que lhe ocorreu sério dano patrimonial. Demandada em juízo, alegou a vendedora que o negócio realizado entre as partes compreendia apenas as instalações e mercadorias existentes na loja à época da conclusão do negócio, não tendo sido ajustada s inclusão de mercadorias decorrentes de encomendas feitas e ainda não entregues. Ao contrário, a responsabilidade pelo pagamento de mercadorias referentes às encomendas seria da própria vendedora, conforme cláusula contratual expressa, motivo pelo qual poderia cancelar o pedido. Afirmou, ainda, não ter autorizado o comprador a utilizar o seu nome comercial e a sua inscrição no CGC para efetuar compras. A prova testemunhal indicou que a vendedora havia, efetivamente, emprestado o seu nome comercial e o registro, e, mais ainda, ser 'usual em implícito', neste tipo de negócio, que o 'comprador continue usando o CGC do vendedor até a regularização da situação, pois os fornecedores exigem a inscrição no CGC para fornecer mercadorias. Se assim não fosse, o comprador teria de fechar as portas do estabelecimento até que tivesse munido da inscrição comercial'. Com base nesses elementos de ordem fática reveladores da efetiva conduta contratual, apelou o julgador ao princípio da boa-fé objetiva, apesar de não constar no nosso Código Civil dispositivo semelhante ao § 242 do BGB'. Ponderando ser este princípio, 'no âmbito do direito obrigacional, fonte de criação de especiais deveres d conduta exigíveis em cada caso, de acordo com a natureza da relação jurídica e com a finalidade perseguida pelas partes', concretizou estes 'especiais deveres de conduta', como segue: 'No caso dos autos, estes deveres especiais, acessórios ou anexos consistiam em impor à vendedora da pequena loja o dever de abster-se de assumir comportamento inviabilizador da normal continuidade do negócio adquirido pelo autor, dependente – como é sabido – do recebimento de mercadoria adequada para cada estação, previamente encomendada, pois a época da comercialização pelas indústrias é bem anterior à da venda no varejo'. '(...) É razoável acreditar-se, pois, que essa continuidade era uma *naturalia negotii* não convencionada de forma expressa, precisamente, porque vale entre as partes como *naturalia.* Fundamentalmente, é aqui que as obrigações acessórias derivadas da natureza das coisas encontram o seu sítio, em particular as conseqüências necessárias das obrigações aceitas de modo expresso - no sentido da máxima de direito territorial: 'quando as leis outorgam direitos, também concedem o meio sem o qual não poderiam ser exercitados (Franz Wieacker, ob. cit., p. 54)'. "Além de caber ao juiz, na aplicação do princípio da boa-fé, determinar a exist6encia dos deveres acessórios, não expressamente previstos, mas inerentes ao negócio e à finalidade buscada pelas partes, (...) ainda se extrai dele uma máxima de conduta ético-jurídica, sobre a inadmissibilidade de comportamento contrário à boa-fé. Nesta parte, acolhe-se o princípio de *venire contra factum proprium*". "(...) Por força da lealdade a que as partes reciprocamente estão coligadas, não se permite que o comportamento prévio de uma delas, gerador de justificada expectativa, seja contrariado posteriormente, em prejuízo da outra. No caso, a ré foi auxiliar o comprador, nos primeiros dias após a celebração do negócio, e ali efetuou pedidos de novas mercadorias, alguns deles em seu próprio nome e fornecendo o seu CGC, apesar de já transferido o negócio (...). Quem assume esta conduta evidencia

> Os sócios de sociedade comercial, tendo sido demandados individualmente para vistoria preparatória de ação de perdas e danos, constituíram advogado para a defesa de seus direitos, mas não denunciaram a existência da sociedade; depois, porém, na contestação da ação de indenização, vieram alegar a imprestabilidade da vistoria, por ilegitimidade passiva "ad causam".

Sobre a questão da culpa[530] os autores são unânimes em afirmar que no *venire contra factum proprium* não se cogita da culpa do titular e explica que isso é muito compreensível, por estarmos no âmbito de atuações em desconformidade com a boa-fé objetiva, razão pela qual há dever de não agir contraditoriamente, de atuar de acordo com os padrões exigíveis de correção e lealdade. Assim, concluindo, haverá responsabilidade quando o desrespeito à confiança da contraparte se verificar, mesmo quando só a título objetivo.[531]

Explica Giovanni Ettore Nanni[532], que a boa-fé é cláusula geral delimitadora dos exercícios dos direitos, sendo portanto abuso de direito as ações contrárias à boa-fé.

---

estar autorizando os pedidos assim formalizados; não pode, logo depois, sem outra razão aparente, ordenar o seu cancelamento".

Nota: Sobre *naturalia negotii* (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: e*xistência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37-38.) Ensina Antônio Junqueira de Azevedo que: "A doutrina tradicional romanística estava absolutamente certa, portanto, quando, com base nas fontes romanas, distinguia, *em cada tipo de negócio*, os elementos essenciais e os naturais. Afinal, não se havia, ainda, chegado à categoria mais abstrata (negócio jurídico); o que havia eram tipos de negócios. Ora, realmente, cada tipo de negócio tem elementos que lhe caracterizam a essência (*essentialia negotii*) e elementos que resultam de sua natureza, sem que, porém, se afastados pela vontade das partes, o negócio mude de figura (*naturalia negotii*). Os primeiros são *inderrogáveis*, no sentido de que, se derrogados, já não teremos aquele negócio, enquanto os segundos são *derrogáveis*, no sentido de que, mesmo repelidos pelas partes, seu regime jurídico continuará o mesmo (logo, quanto a estes elementos, há, para as partes, uma situação de *ônus de se manifestar*, se quiserem afastá-los).

[530]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 184-185.

[531]CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 1997. Coleção teses. p. 760-761. Sobre o assunto, fomos buscar em Cordeiro a devida ponderação, que se faz necessária, até mesmo para que possamos bem avaliar a extensão do *venire contra factum propium*. Ensina o mestre, que nos concedeu o privilégio de assistir, como ouvinte, algumas de suas aulas no pós-graduação junto da FDUL (Faculdade de Direito de Lisboa): "A recondução laboriosa do *venire contra factum proprium* à doutrina da confiança e ao princípio da boa fé não é pacífica. Na base da sua natureza, coloca-se um problema de regime, com questões deste tipo: Pode um incapaz *venire contra factum proprium*? E se houver simulação, reserva mental, falta de seriedade, falta de consciência ou coacção física, erro, dolo, coacção moral ou incapacidade acidental, aquando da produção do *factum proprium*? A doutrina é uniforme em tomar a previsão de *venire contra factum proprium* por meramente objectiva: não requer culpa, por parte do titular exercente, na ocorrência da contradição. Não se pode, contudo, ir tão longe nessa via que, ao *factum proprium*, se dê mais consistência do que ao próprio negócio jurídico: também este, afinal e por maioria de razão, suscita, no espaço jurídico,confiança digna e protecção e, não obstante, cede perante vectores que, em casos determinados, se apresentem com peso maior".

[532]NANNI, Giovanni Ettore. Abuso de Direito. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. (Coords.). *Teoria geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 764.

Segundo o autor: "A proibição do comportamento contraditório, também designada como teoria dos atos próprios, encontra respaldo no art. 187 assim como no art. 422 do Código Civil, que veicula a cláusula geral da boa-fé objetiva".

Portanto, o art. 187 do CCB 2002 fundamenta o *vcfp*, já que qualquer ação contrária à boa-fé é também abuso de direito. Ademais, com respeito às posições contrárias, o próprio art. 187 configura uma cláusula geral, porquanto em seu comando exste um reenvio a princípios da boa-fé, da função social, além dos imperativos representados pela ordem econômica e pelos bons costumes. Assim, estará agindo ilicitamente o titular de um direito que não observar tais determinantes. Veja-se ainda que o dispositivo não prevê qualquer consequncia, cuja aplicação pelo juiz dependerá da observação de cada caso concreto. Vemos nessa cláusula geral o comando que dissemina por todo o *codex* os princípios da função social e da boa-fé objetiva, que apesar de materializadas no capítulo referente aos contratos, atinge toda a legislação civil por intermédio deste comando, como norma de ordem pública, como já pudemos constatar.

6.6.4.2.2 *Suppressio*

Denominada por Fernando Noronha[533] de *protraimento desleal do exercício de um direito* – ou perda do direito por protraimento desleal – sendo para ele a sentença que melhor traduz a ideia da *Verwirkung*, geralmente traduzida por caducidade. Conforme António Menezes Cordeiro[534], para quem *suppressio*[535] é o melhor termo: "Diz-se *suppressio* a

[533]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 185.

[534]CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 1997. Coleção teses. p. 797.

[535]Ibid., p. 797. Sobre o termo *suppressio* explica que: "pretende introduzir-se o termo *suppessio* para exprimir a *Verwirkung*. Na doutrina portuguesa já fora utilizados com esse efeito, os termos caducidade e exercício inadmissível do direito. Mas sem razão: 'caducidade'é a extinção de uma posição jurídica por decurso de um prazo a que esteja sujeita e que, nada tendo a ver com a boa fé, goza de regime explícito – art. 328 ss.; 'exercício inadmissível do direito' é a expressão consagrada para, no domínio da doutrina da segunda codificação, designar o que em França se diz de 'abuso do direito', embora em termos mais amplos. Poderiam ser feitas outras tentativas: 'decadência', 'inibição', 'paralisação', 'preclusão' ou 'perda'. Porém, a 'decadência' é usada por AA. brasileiros com o sentido de caducidade, a 'inibição' implica uma ideia de não possibilidade transitória de exercício, tendo conotações técnicas com setores específicos, como ocorre com a inibição ao exercício do poder paternal, a inibição de exercício de advocacia ou a inibição do direito de conduzir, p. ex., a 'paralisação' associa-se ao funcionar de uma excepção de Direito material, podendo ser usada apenas em termos descritivos, a 'preclusão' liga-se ao efeito emergente do decurso do prazo ou a outros efeitos igualmente impeditivos, mas sempre determinados e a 'perda', para além de já ter um sentido técnico específico nos direitos reais, equivale à extinção , seja ela qual for, de um direito. O recurso a expressões compostas levaria à introdução de qualquer coisa como 'extinção de um direito por exercício tardio contrário à boa fé', o que, sendo incómodo, postularia de imediato tratar-se de extinção, o que não é certo. Para o progresso de uma Ciência, há que, a realidades autónomas, atribuir expressões próprias e a conceitos novos,

situação do 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".

Logo de início percebemos uma grande semelhança entre essa figura e a da prescrição ou a decadência, que aprendemos cuidarem, ressalvadas as devidas especificidades, da perda de uma ação, em sentido material, ou de um direito, pela sua não utilização. Sobre essa diferenciação Nelson Rosenvald esclarece que,

> (...) as distinções são sintetizadas por KARL LARENZ[536], pois enquanto na prescrição e na decadência os critérios decisivos são o transcurso do tempo e a inatividade de seu titular, a *supressio* demanda a confiança da contraparte motivada pela inatividade do opoente a ponto de lhe trazer a expectativa de que nunca exercitará o direito. Por isso que o tempo para a perda do direito não se submete a prazos rígidos.

Portanto, nada obsta que venha a ocorrer a *suppressio* antes de atingido o prazo prescricional ou decadencial.

Giovanni Ettore Nanni[537] explica que "a *supressio* encontra aplicabilidade na inatividade de uma posição jurídica, emq eu, pelo decurso do tempo, se tutela a confiança e a boa-fé, fazendo com que essa posição jurídica não possa ser exercida".

Conforme António Menezes Cordeiro[538], a *suppressio* tem origem jurisprudencial e suas manifestações mais antigas ocorreram na negociação por venda de ofícios comerciais, a favor do comprador, ficando consignadas em decisões do então denominado *Reichsoberhandelsgeiricht* , seguindo o seguinte esquema:

> Os §§ 346 e SS. Do HGB, na versão em vigor na altura, permitiam ao vendedor na compra e venda comercial, havendo mora do comprador no levantamento da coisa, a sua venda de ofício, atribuindo-lhe, ainda, uma pretensão pela diferença do preço. A lei não fixava, porém, um prazo para o exercício destas faculdades. Podia, pois, acontecer que o vendedor, dando a impressão de se ter desinteressado do contrato viesse, mais tarde, inesperadamente, a actuar as suas pretensões, de modo ruinoso para o comprador. Entendeu-se bem, haver aí, em certas circunstâncias, uma demora desleal no exercício do direito, contrária à boa fé.

---

nominações novas, sem confusão com factores já existentes. Fique, pois, aguardado melhor, uma tradução latina de *Verwirkung*, não comprometida: *suppressio*".

[536]LARENZ, 1978, apud ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005. p. 139.

[537]NANNI, Giovanni Ettore. Abuso de Direito. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. (Coords.). *Teoria geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 766.

[538]CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 1997. p. 797-798.

Arremata o professor, que foram as perturbações econômicas geradas pela primeira guerra mundial e a inflação que consagraram a *suppressio* primeiro, porque verificaram-se aumentos imprevisíveis nos preços das mercadorias e pela dificuldade dos respectivos fornecimentos, em conseqüência, o exercício retardado de certos direitos, que causava inadmissível desequilíbrio entre as partes; segundo a inflação, através do chamado direito de valorização monetário, que segundo António Menezes Cordeiro[539], marcaria pelas aplicações permitidas da *suppressio*, sua consagração definitiva.

Também é comum confundir-se a *suppressio* com o *venire contra factum proprium* (*vcfp*), entretanto, a diferença não nos parece complicada, já que no *vcfp*, em regra, são sempre dois momentos, ou seja, o do *factum proprium* – uma ação no sentido de deixar claro que não utilizará o direito – e depois atuação do autor de forma contraditória, o que não ocorre na *suppressio* – apenas uma omissão na utilização do direito –, onde o que a caracteriza é a não utilização de um direito por determinado período de tempo, que causa, em certas circunstâncias, a perda desse direito, por seu exercício contraditório atentar contra a boa-fé, como vimos.

Importante salientar, que a configuração do *protraimento desleal do direito*, compreende rigorosas exigências, pois é como a própria letra do art. 187 do CCB 2002, que antes já vimos, determina que os limites dos direitos, para a configuração do abuso de direito, devem ser manifestamente excedidos, portanto, não serão, conforme Fernando Noronha[540], "meras tolerâncias do credor, consentindo no recebimento atrasado do que lhe é devido, e casos semelhantes, não caracterizarão protraimento desleal; admitir o contrário, isso sim, é que ofenderia o princípio da boa-fé".

6.6.4.2.3 A *surrectio*

Entendida em seu sentido amplo, conforme António Menezes Cordeiro[541], seria o verdadeiro fenômeno do qual a *suppressio* é subproduto e para que bem entendamos essa figura, necessário reproduzir todas as suas ponderações, sob pena de se perderem elementos fundamentais à compreensão do fenômeno. Segue então o autor:

---

[539]CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 1997. p. 801.
[540]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 186-187.
[541]CORDEIRO, op. cit., p. 824, nota 539.

> O fenómeno da *suppressio*, traduzido no desaparecimento de posições jurídicas que, não sendo exercidas, em certas condições, durante determinado lapso de tempo, não mais podem sê-lo, sob pena de contrariar a boa fé, corresponde a uma forma invertida de apresentar a realidade. A *suppressio* é, apenas o subproduto da formação, na esfera do beneficiário, seja de um espaço de liberdade onde antes havia adstrição, seja de um direito incompatível com o do titular preterido, seja, finalmente, de um direito que vai adstringir outra pessoa por, a esse mesmo beneficiário, se ter permitido actuar desse modo, em circunstâncias tais que a cessação superveniente da vantagem atentaria contra a boa fé. O verdadeiro fenómeno em jogo é o da *surrectio*, entendida em sentido amplo. É nesta que devem ser procurados requisitos. (...) Assim, o beneficiário tem de integrar uma previsão de confiança, ou seja, deve encontrar-se numa conjuntura tal que, objectivamente, um sujeito normal acreditaria quer no não exercício superveniente do direito da contraparte, quer na excelência do seu próprio direito. Subjectivamente, ele deve estar de boa fé, no sentido de não ter consciência de prejudicar outrem e de ter acatado os deveres de indagação que, no caso, ocorressem. Essa situação deve ser imputável ao prejudicado pela *surrectio*, seja por que este, em directo, lhe deu lugar, seja porque ela acompanha, com concomitância, outras situações relativas ao mesmo prejudicado, em termos tais que fazem surgir a ideia do risco.

A *surrectio*[542] é uma forma de encarar o problema pela ótica não da pessoa que deixou de exercer o direito, mas daquela que resultou beneficiada.

É traço de união entre a *supressio* e *a surrectio* o fato de que o que se busca tutelar é a confiança e a boa-fé.[543]

Entretanto, é Nelson Rosenvald[544], ao nosso ver, quem melhor sintetiza as ideias da *suppressio* e da *surrectio*, ao explicar que:

> *Supressio* e *surrectio* são dois lados de uma mesma moeda: naquela ocorre a liberação do beneficiário; nesta, a aquisição de um direito subjetivo em razão do comportamento continuado. Em ambas preside a confiança, seja pela fé no não-exercício superveniente do direito da contraparte, seja pelo credo na excelência do seu próprio direito.

António Menezes Cordeiro[545] aduz que a *surrectio* está pressuposta no art. 334.º do CCP, em algumas de suas manifestações, quando em sua locução considera ilegítimos determinados exercícios que postula a existência de beneficiários, que são todos aqueles que não devam ser atingidos pelo ato abusivo, sendo que a lei não distingue o tipo de benefício

---

[542]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 187.

[543]NANNI, Giovanni Ettore. Abuso de Direito. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. (Coords.). *Teoria geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 768.

[544]ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005. p. 140.

[545]CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 1997. Coleção teses. p. 826-827.

positivo implicado na vantagem, formulada pela negativa, como *não poder ser atingido por atos ditos abusivos*. Entretanto, segue o mestre, por imperativo lógico, esse benefício será ora a recuperação de uma liberdade genérica de atuação onde antes faltava, ora a formação de uma permissão específica de aproveitamento onde antes existia uma permissão genérica, ou até proibição. Concluindo, o insigne professor explica que o art. 334.º permite que por força do abuso de direito sejam restringidos ou até extintos direitos do titular e concomitantemente que sejam ampliados, ou mesmo criados, direitos da contraparte.

Esse raciocínio, pensamos, pode ser estendido ao art. 187 do CCB 2002, que da mesma forma considera ilícito o direito exercido em infração ao limite da boa-fé.

6.6.4.2.4 Abuso de nulidades por motivos formais

Situações essas também conhecidas por *inalegabilidades.* Sobre elas Pedro Pais de Vasconcelos[546] comenta que esse abuso consiste na invocação de invalidade formal de um negócio pela parte que dolosamente ou não provocou a ocorrência. Assim, a invocação do vício formal, constitui conduta contraditória e desconforme com a boa-fé. O autor complementa, afirmando que quando o vício formal tenha sido dolosamente provocado pela parte pode igualmente ser invocada a *exceptio doli* na modalidade *nemo auditur turpitudinem suam allegans*.

De forma esclarecedora Nelson Rosenvald[547] afirma que trata-se da constatação de uma nulidade que decorre da elisão de formalidade que não seja *ad solemnitatem*, mas que tenha sido pactuada entre as partes, sendo que uma delas poderia tê-la invocado a nulidade da forma mas consente no adimplemento.

António Menezes Cordeiro[548] explica que as mesmas razões extrajurídicas que militaram no sentido da proibição do *venire contra factum prorium* incitam na sociedade ao cumprimento dos negócios livremente celebrados ainda que sem a observância da forma.

Esses casos têm sido bastante comuns atualmente, no que se refere à venda de imóveis hipotecados através dos denominados *contratos de gaveta*, que nem por isso deixam de ter valor entre as partes. Na verdade, o que caracteriza o abuso, em simples palavras, é o fato de

[546]VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 666.
[547]ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005. p. 140.
[548]CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 1997. Coleção teses. p. 771.

que uma dessas partes, no futuro, alegue a falta da formalidade legal, ou seja, da escritura pública de venda e compra de imóvel para dar por nulo o negócio. Esse procedimento é contraditório e contrário ao princípio da boa-fé.

Ainda António Menezes Cordeiro[549] lembra que é muito fácil uma pessoa agir com dolo e induzir a outra a celebrar um negócio sem a forma prescrita, retirar da aparência daí emergente tais benefícios e a qualquer momento que lhe convenha, alegar a nulidade.

O instituto das inalegabilidades guarda grande semelhança com o *venire contra factum proprium* sendo única diferença a questão da forma, ou seja, quando no negócio celebrado se abre mão da formalidade – não se nega que é *factum proprium* – e depois se alega a falta de forma – conduta contraditória – para anular o negócio está-se diante de inalegabilidade. Outros casos onde há um tipo qualquer de *factum proprium* que não se refira à forma, seguido de uma conduta contraditória, aí sim estaremos diante da *vcfp*.

6.6.4.3 Desleal constituição de direitos

Mais comumente conhecidos por *tu quoque* cujo termo é oriundo do grito de dor[550] do imperador romano Júlio César, quando percebeu que Brutus, seu filho adotivo, estava entre aqueles que haviam tramado sua morte. Para Franz Wieacker[551], essa figura "é a conhecida regra de ouro da tradição ética: não faças aos outros o que não queres que façam a ti", e completa afirmando que dentre outros casos, especialmente duas situações chamam atenção, ou seja, aquela cuja parte *adquiriu direitos de forma desleal contra a outra* e, por similitude, aqueles em que *a pessoa deslealmente cria a aparência de existência de direitos da contraparte contra ela*, fornecendo dois exemplos, sendo do primeiro, que se refere a *aquisição desleal de direitos*, o do art. 129 do CCB 2002[552]:

> Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento.

[549]CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 1997. p. 772.
[550]"*Tuo quoque, fili*?", ou "*Brute, fili mi*?". Em português popular: "Até tu Brutus?".
[551]WIEACKER, Franz. *História do Direito privado moderno*. Tradução do original alemão por A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 67.
[552]CORDEIRO, op. cit., p. 837-838, nota 549, fornece vários exemplos colhidos do CCP, sendo que o primeiro é o do art. 275.º/2, similar ao 129 do CCB 2002, além dos artigos 438.º, 580.º, 647.º, dentre outros.

Assim, aplicada a *tu quoque*, na primeira situação os efeitos impedidos irão se verificar e na segunda, nenhum efeito se produzirá , inobstante a realização da condição. O segundo exemplo, que se refere à *pessoa deslealmente cria a aparência de existência de direitos da contraparte contra ela*, ocorre no caso do devedor não levar ao conhecimento do fiador exceções que lhes forem pessoais ou extintivas de obrigações (art. 1.502 do CC de 1916), mais tarde invocando-a contra o fiador que pagou sua dívida ao credor e sub-rogou-se nos direitos deste contra o devedor (arts. 1.495 e 1.496 do CC de 1916).

Fernando Noronha aponta ainda os arts. 971 e 1.015, II, como exemplos do *tu quoque*.

Nelson Rosenvald[553] indica como exemplo clássico do *tu quoque* a conduta dolosa do menor que oculta a sua menoridade e posteriormente dela pretende tirar proveito para invalidar a obrigação, conforme previsto no art. 180 do CCB 2002.

Além do princípio da boa-fé, os autores[554], de uma maneira geral, acatam a tese de que o *tu quoque* atenta também contra o princípio da justiça contratual, porquanto busca, inegavelmente, preservar o equilíbrio entre as prestações. "Quem não cumpre os seus deveres, também não pode exigir direitos".[555]

Sobre a similitude do instituto com o *venire contra factum proprium* (*vcfp*), António Menezes Cordeiro[556] explica que:

> O *venire contra factum proprium* poderia, em leitura apressada, integrar o *tu quoque*: a pessoa que desrespeita um contrato e exige, depois, a sua observância à contraparte, parece incorrer em contradição. Essa integração pressuporia um alargamento prévio do *venire*, uma vez que, no *tu quoque*, a contradição não está no comportamento do titular-exercente em si, mas nas bitolas valorativas por ele utilizadas para julgar e julgar-se. Em qualquer dos casos, e dada a grande extensão já decelada no *venire* nada impediria que o *tu quoque* lhe representasse um subtipo mais concreto, com especificidades bastantes para incluir princípios próprios.

Ao que nos parece, o *vcfp* está proibido a partir do momento em que o assim denominado *factum proprium* fere a confiança da contraparte que acreditou, ou seja, num primeiro momento a pessoa diz uma coisa e mais tarde faz outra. Já no *tu quoque*, esse primeiro momento não existe dessa forma, não havendo manifestação que atente contra a

---

[553]ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005. p. 141.
[554]Ibid., p. 142, nesse sentido.
[555]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 190.
[556]CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 1997. p. 843.

confiança, ou seja, nada é dito à contraparte, mas há um falsear que se apresenta ou como silêncio sobre determinada situação ou como uma espécie de picardia com o fim específico de obter direito, como vimos nos exemplos trazidos, que induz em erro a contraparte, daí porque António Menezes Cordeiro admite que o *tu quoque* seria um subtipo mais concreto do *vcfp*.

Fechamos com mais um exemplo de *tu quoque*, recordando a situação em que o agente em estado de necessidade responde pelos danos que cause se o perigo foi por ele próprio provocado. Essa situação está prevista em nossa legislação (arts. 188 e incisos[557], 929 e 930 do CCB 2002[558]). Na legislação portuguesa, no art. 339.º/2, do CCP, está estipulada claramente: (Estado de necessidade):

> O autor da destruição ou do dano é, todavia, obrigado a indemnizar o lesado pelo prejuízo sofrido, se o perigo foi provocado por sua culpa exclusiva; em qualquer outro caso, o tribunal pode fixar uma indemnização equitativa e condenar nela não só o agente, como aqueles que tiraram proveito do acto ou contribuíram para o estado de necessidade.

Finalizando este reestudo sobre o princípio da boa-fé objetiva, buscamos em João de Matos Antunes Varela[559] o resumo do que se espera das partes, no que a ele concerne, quando afirma que as partes devem agir mais do que numa forma de respeito farisaico da fórmula na qual a obrigação ficou condensada em colaboração leal na satisfação da necessidade a que a obrigação se encontra adstrita, razão pela qual devem, por isso, ater-se não só à letra, mas principalmente ao espírito da relação contratual.

Todas as situações estudadas, seguindo em nossa busca de concatenar os instrumentos de interpretação-integração, serão amplamente utilizados pelo intérprete, mais especificamente pelo julgador, quando deparar-se com tais situações que induzem uma complementação, com fundamento na cláusula geral da boa-fé. Temos que com isso, apesar da grandiosidade do instituto, possamos ter prestado nossa colaboração.

---

[557] Art. 188. Não constituem atos ilícitos:
I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.
Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

[558] Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.
Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

[559] VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1996. v. 2, p. 12.

6.7 O Princípio da Função Social do Contrato

Este está bastante distante de ser um tema pacífico, aliás, como ocorre com a maioria dos temas até aqui estudados. A própria história tem demonstrado isso quando traz ao nosso conhecimento as inúmeras lutas pela conquista de bens sempre precedida de interesses egoísticos, muitas vezes disfarçados em outros: políticos, ideológicos e até religiosos. As grandes guerras sempre culminaram em grandes expropriações e saques.

Malgrado essa faceta da espécie humana o Direito progrediu a ponto de se criarem mecanismos a partir da codificação civil buscando-se a regulação, dentre outras, de utilização e disposição da propriedade, procurando estabelecer critérios que possibilitem a circulação de riquezas de forma organizada e pacífica, sendo que durante muito tempo, no nosso caso desde o CCB de 1916, a codificação garantiu basicamente os direitos do proprietário e daquele que negocia com ela, sempre dentro de uma visão individualista, ou seja, a propriedade e os negócios que ela possibilita, são tratados dentro de um perímetro, no qual estão presentes somente os interesses, ou do proprietário, ou daqueles que com ela negociam.[560]

6.7.1 A função social e a propriedade

Assim, para ser mais específico, a propriedade, que até então esteve única e exclusivamente sob o interesse do proprietário e os contratos envolvendo a circulação dessa propriedade, sob o interesse das partes contratantes, sendo essa é a herança do Código Napoleônico, que sob o argumento de liberalizar essas práticas, possibilitando um livre uso, gozo e disposição de bens, acabou por aprisioná-las nas mãos de poucos para serem utilizadas contra muitos, levando principalmente os filósofos, os religiosos e juristas a questionarem se seria mesmo a liberdade total algo de bom para as relações privadas, concluindo, não sem muito esforço, resistência e muita luta, que não, que a regulação, em outros parâmetros, seria necessária para evitar as iniquidades e os abusos dos poucos que tudo tinham sobre a grande maioria dos desvalidos.

---

[560]NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato.* Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 206. Sobre a função social - Teresa Negreiros ensina que partindo da premissa segundo a qual "a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa mito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas".

Inocêncio Galvão Telles[561] comenta, em conferência sobre a Função Social e a Transmissão da Propriedade e a liberdade no uso, gozo e disposição da propriedade que imperou após a Revolução Francesa, refletida na legislação individualista por ela inspirada e que trouxe a exaltação da propriedade, transformada em direito absoluto e sujeito a um mínimo de restrições ou limitações, podendo seu detentor utilizá-lo com extraordinária amplitude:

> A propriedade, expressão requintada da vontade individual, instrumento poderoso dessa vontade, circulava livremente de mão em mão por impulso do querer omnipotente do seu titular. O proprietário, que tinha a faculdade de fazer dos bens o que lhe aprouvesse, podia inclusivamente dar-lhes novo destino subjectivo. Podia em vida demitir-se deles, alienando-os gratuita ou onerosamente, e podia deixá-los por morte a quem elegesse para o efeito. Assim se dinamizava a propriedade por um acto do proprietário, ou um acto bilateral, o contrato, ou um acto unilateral, o testamento.
>
> No contrato se via todo o fundamento da circulação econômico-jurídica dos bens, mas o contrato concebido a uma luz puramente individualista como dócil instrumento nas mãos dos interessados que, quase inteiramente sem peias, podiam a seu bel-talante celebrá-lo ou deixar de o celebrar e, optavam pela afirmativa, podiam nele introduzir as cláusulas ou condições que bem lhes parecesse. As convenções tinham por assim dizer uma força mística que as colocava a par da lei ou mesmo acima dela.
>
> Do encontro entre o contrato e a propriedade resultava o estímulo ou motor da vida econômica. O primeiro reagia sobre o segundo, dando-lhe vida e movimento: a liberdade da propriedade manifestava-se predominantemente sob a forma de liberdade contratual.

Mas como conciliar os direitos de propriedade, aqui incluídos o uso, o gozo e a disposição, com o interesse geral? Essa a questão que ate hoje se busca responder.

As legislações de alguns países, de uma maneira geral, adotaram essa nova tendência de socialização da propriedade inspirados pelo magistério da Igreja Católica ministrado, dentre outras, pelas encíclicas *Rerum Novarum* (1891) e *Quadragesimo anno* (1931), respectivamente de Leão XIII e Pio XI, a cujo pensamento essencial se mantêm fiéis textos posteriores como as encíclicas *Pacem in terris* (1963) e *Populorum progressio* (1967), respectivamente de João XXIII e Paulo VI, e a Constituição pastoral sobre a Igreja no mundo contemporâneo (1965) saída do concílio Vaticano II.[562]

---

[561]TELLES, Inocêncio Galvão. *Função social e transmissão da propriedade*. Lisboa: Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito de Lisboa, 1974. p. 18.
[562]Ibid., p. 22.

Assim, essa nova concepção de forma mais ou menos paulatina conquistou os espíritos e passou a influenciar leis, decisões judiciais, usos e costumes. Passou a ser uma realidade entender-se a propriedade como ente social. Dentre nós a CF de 88[563], como vimos anteriormente, tratou do assunto, no que foi seguida pelo CCB 2002[564], de matiz claramente socializante.

É certo, entretanto, que essa forma de entender a propriedade gerou e gera protestos, ela não é feita sem dor, certamente porque atinge em cheio os interesses daqueles que a todo custo pretendem manter seus feudos. No Brasil, principalmente nos Estados do norte, nem o CCB 2002, nem a CF de 88 parecem ainda ter feito eco, porque por lá continua a vigorar as grilagens de terras, as apropriações de vastas áreas de floresta, principalmente amazônica, que são desmatadas para a formação de pastagens e venda da produção de madeira de forma ilegal para outros estados da federação e até para exportação. Esses fatos têm sido noticiados regularmente pela imprensa, mas a precariedade dos órgãos fiscalizadores e da Justiça impede uma ação no sentido contrário. Muitas das ações que são encetadas naquela região, são patrocinadas por organismos particulares, as chamadas ONGs (organizações não governamentais) ou por religiosos de várias ordens, e não tem sido raro que seus líderes sejam barbaramente assassinados, como foi o caso da missionária Dorothy Stang[565] e, em alguns casos – como neste –, executores e mandantes permaneçam[566] impunes, devido a filigranas processuais urdidas por advogados muito bem pagos com o dinheiro proveniente do lucro da barbárie que se instalou naquele rincão do nosso país que segue esquecido. Fica aqui nossa homenagem a esses verdadeiros heróis nacionais que com o sacrifício das próprias vidas lutam e fazem a genuína socialização da propriedade, que malgrado esteja prevista na Carta Magna e no CCB, em muitos casos é letra morta. Muito ainda temos que estudar e trabalhar.

---

[563]Art. 5.º, inciso XXII da CF brasileira: "é garantido o direito de propriedade"; inciso XXIV: "a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição".

[564]Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

[565]Missionária norte-americana naturalizada brasileira, de 73 anos, assassinada por pistoleiros a mando de fazendeiros, em 12/02/2005, em Anapu/Pará/Brasil, porque denunciava grileiros de terras e assassinos que infestam aquela região.
Para saber mais: http://pt.wikipedia.org/wiki/Dorothy_Stang.

[566]O mandante deste crime, que não importa citar o nome, foi novamente levado a júri popular e absolvido, sendo que no primeiro julgamento foi condenado a mais de vinte anos de reclusão. Atualmente foi novamente julgado e condenado, o que acabou por inspirar uma nova lei que terminou com a obrigatoriedade de novo júri para os condenados no primeiro a pena superior a vinte anos.

Após essa reflexão que entendemos pertinente e real, como é a realidade de nosso país, tornamos a Inocêncio Galvão Telles[567] que sobre a questão que envolve as críticas à socialização do Direito Civil como um todo, o que para alguns o retira lentamente do âmbito do direito privado, pondera:

> Mas a evolução, em meu modesto juízo, não deverá caminhar no sentido de uma inversão pura e simples do estado de coisas anterior. Não podemos deixar-nos arrastar pelo ímpeto da onda e consentir que o Direito Civil, a mais nobre e a mais tutelar cidadela da pessoa humana no intimismo de sua vida, se deixe envolver e porventura asfixiar pelo Direito Público.
>
> O Direito Civil deve conservar a extensão tradicional, inclusivamente enriquecido em muitos sectores com instituições ou formas novas decorrentes das mutações sociais e económicas.

O citado autor[568] prossegue, referindo-se ao CCP que entrou em vigor em 1967, com comentários que bem podemos estender ao CCB 2002, porque são histórias bastante parecidas, com um passado em comum, tanto em corpo, enquanto colônia, quanto em espírito, devido à mesma orientação jurídica:

> Aí está a atestá-lo entre nós o actual Código Civil, entrado em vigor em 1967, vasto monumento jurídico com os seus 2334 artigos, ainda acrescido de alguma legislação avulsa ou complementar e vivificado em relação ao código pretérito por apreciável número de inovações impostas pelo *facies* do mundo contemporâneo. Não há que restringir o círculo do Direito Civil nem fazê-lo definhar mas antes mantê-lo vivaz mediante a insuflação de espírito novo não só no plano da criação, por obra do legislador, mas também no da aplicação, por obra dos seus executores e principalmente dos tribunais, na medida em que o consintam na sua plasticidade ou maleabilidade os preceitos legislativos.

Dessa forma, quando o nosso legislador utiliza a sentença *função social* atrelada à propriedade não está querendo dizer que ela deixou de ter sua função privada, passando ambas a assumir níveis de idêntica importância, porquanto não se podem mais dissociar, nem mesmo mensurar. Responder até onde um direito à propriedade ou a liberdade contratual é um ente privado e a partir de onde passa a ser um ente social é impossível. Essas funções se diluem e se misturam: ser dono é ter responsabilidade social, da mesma forma que contratar exige a mesma responsabilidade.

---

[567]TELLES, Inocêncio Galvão. *Função social e transmissão da propriedade*. Lisboa: Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito de Lisboa, 1974. p. 13.
[568]Ibid., p. 13-14.

Bem sabemos que não é tarefa fácil disseminar essas diretrizes que nada têm de novas, sendo inclusive previstas em nossa legislação civil anterior, mas que por muito tempo permaneceram esquecidas, como p. ex., no art. 5.º da LICC. [569]

Mas se essas diretrizes de cunho social já estavam previstas inclusive na legislação – e não eram novidade –, por que então tanta demonstração de surpresa diante da perspectiva da função social limitar a atividade contratual? Fernando Noronha[570] responde que:

> Repare-se, em rigor, que mesmo ao tempo do individualismo liberal não se negava ao contrato uma função social: o que acontecia era apenas acreditar-se que a livre atuação das partes resultava necessariamente no bem de todos. Nesta concepção, a apreciação do interesse do credor em termos exclusivamente subjetivistas era o caminho para realizar a função social dos contratos.

Bem, conforme prossegue o autor, perdida a ilusão de que a manutenção do livre jogo dos egoísmos individuais resulta no *bem de todos e felicidade geral*, passou-se a se repensar a função social.

Com relação à propriedade, também de forma lenta e gradual, a ideia da função social foi sendo sedimentada, primeiro, conforme explica Jorge Manuel Coutinho de Abreu[571], protegendo-se a propriedade produtiva dos bens e desfavorecendo-se os proprietários que os não usam produtivamente, que na sua expressão mais aguda, implica na expropriação por utilidade pública. Também a extinção do direito pelo não uso, acompanhado pela concomitante apropriação pela usucapião é, segundo o autor citado, um afloramento da ideia da função social da propriedade, sendo que, atualmente, são as ideias de relações sociais mais justas e igualitárias de aumento e distribuição mais equitativa da riqueza socialmente útil que alimentam a ideia da função social da propriedade.

---

[569]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 83, referindo-se ao então Projeto de Código Civil (2002), sobre a Função Social, aduz que: "Nem a função social do contrato é descoberta do Projeto, nem é privativa dos contratos; todo direito tem uma função social, que dispensa referência expressa. Aliás, neste século XX, são as próprias Constituições que fazem do direito de propriedade – e, como diz o Prof. Miguel Reale, 'o reconhecimento da função social do contrato é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir a ordem econômica'. Mesmo os direitos subjetivos de finalidade egoística, como são todos os direitos de crédito (entre os quais se inserem os resultantes dos contratos), são reconhecidos, como qualquer outro direito, tendo em vista não só a realização dos interesses do respectivo titular, como também a realização de finalidades sociais: toda norma jurídica, afinal, visa 'fins sociais' e atende 'exigência do bem comum', côo ficou expresso no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil".

[570]Ibid., p. 85

[571]ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito*. Coimbra: Almedina, 1983. p. 33.

Sobre esse tema trata também Pietro Perlingieri[572], utilizando o termo *despatrimonialização* do Direito Civil, afirmando que com ela:

> (...) individua-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores).

Nessa nova perspectiva se tem desdobrado a doutrina e os tribunais, sendo por isso temas tão antigos se tornam novos e motivam estudos cada vez mais voltados para essa nova realidade, ou seja, de afastar o egoismo das relações privadas e de tornar a sociedade mais justa, não com distribuição de dinheiro e cestas básicas aos pobres, mas com educação, que no nosso caso é educação jurídica, fazendo ver àqueles renitentes, que não se pode ganhar tudo o tempo todo e a qualquer preço.

6.7.2 A função social e o contrato

Com relação ao contrato, que é o instrumento que por longos anos reina quase que absoluto na instrumentalização da circulação desses bens, é que precisamos bem entender como se processa a função social.

Flávio Tartuce, dentre outros, elaborou estudo sobre a *Função Social dos Contratos* – título da obra –, abordando o tema sobre vários aspectos e certamente é hoje uma das referências para os que buscam informar-se sobre a temática, razão pela qual a ela recorremos mais uma vez.

Em parte importante de seu trabalho, citando Caio Mário da Silva Pereira[573], Tartuce comenta que sendo o contrato o cerne das relações privadas não poderia ficar alheio à mudança operada em todo o direito civil, mudança esta representada pela socialização de conceitos herdados do direito romano. Conforme pudemos observar, essa mudança de atitude do legislador acabou por causar certa confusão entre os juristas, acostumados àquele velho primado da lei, da propriedade particular e do contrato lei entre as partes. Assim como a propriedade, o contrato passa a ser visto não pura e simplesmente como instrumento da autonomia de vontades – combalida por novas e variadas formas de contratar, como páginas

[572]PERLINGIERI, Pietro. *Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 33.
[573]PEREIRA, 2001, apud TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 226.

atrás vimos com Enzo Roppo –, mas como expressão de uma vontade maior, autônoma, porém limitada pelos anseios do meio social daqueles que contratam, com perímetro bastante definido – muito embora às vezes pouco visível –, como veremos, que passou a ser denominada *autonomia privada*, como esclareceu Fernando Noronha, páginas antes, quando tratamos do princípio da boa-fé objetiva.

Sobre a função social, Rosa Maria Andrade Nery[574] observa que:

> Já não é mais possível preservar a idéia de que o contrato opera efeitos apenas entre as partes que o celebram. Há na compreensão moderna do contrato, bem como da empresa que opera o mercado de da propriedade privada, um sentido funcional, de promoção social que ultrapassa os limites da funcionalidade do ato e do negócio, como mera experiência particular de um sujeito. Os institutos do direito de obrigações não podem abdicar de sua função da mais elaborada técnica jurídica, dispor-se a representar um papel que se ponha contra essa finalidade científica do direito.

Este é, sem qualquer dúvida, um caminho sem volta, que requer adaptação e acatamento ao novo conceito, o que certamente não será e não tem sido tarefa fácil, repetimos, numa sociedade consumista e voltada para o lucro a qualquer preço. É com a visão do novo que devemos seguir no estudo desta impotante página do Direito Pivado nacional.

6.7.2.1 O princípio da função social e o princípio da solidariedade

Para se poder falar em socialização sem nos reportarmos à Constituição e na inegável aproximação entre Direito Público e Privado e para se poder entender propriedade ou contrato como entes sociais, imprescindível ligá-los a um preceito maior, garantidor das relações sociais, qual seja o *princípio da solidariedade social*[575] e talvez aqui resida grande parte da resistência na aplicação da função social aos contratos, não apenas como limitadora do exercício da liberdade contratual, mas como norma de ação das partes envolvidas.

---

[574]NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 249.

[575]MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 294. (Coleção Prof. Agostinho Alvim). Sobre a função social do contrato: "A contribuição da função social do contrato como postulado da justiça contratual tem exuberância (i) na exigência de solidarismo para o amparo da dignidade da pessoa humana nas avenças celebradas entre as partes; (ii) na investigação dos efeitos e efetividade do estipulado pelas partes entre determinado terceiro; (iii) na verificação de efeitos negativos perante a sociedade; e na (iv) solução do contrato por falta de fim". (original sem grifos) Segundo este autor, sua tese foi objeto de debates quando da defesa, pois os examinadores Cláudio Luiz Bueno de Godoy e Silvio Ferreira da Rocha entendem a função social do contrato não como *postulado de direito contratual*, mas como *princípio*, ao lado da boa-fé objetiva. Com respeito às opiniões diversas, nos perfilamos àqueles que entendem como princípio a função social do contrato, pelo simples fato de ser um termo vago que requer complementação com amparo no princípio constitucional da solidariedade.

Na verdade, quando se fala em princípios constitucionais, a ideia que se tem, e é como são vistos, é de que se tratam de comandos dirigidos ao legislador infraconstitucional e não às pessoas de uma maneira geral, como é, inegavelmente o escopo de uma Constituição.

Todavia, atualmente, dentro de uma nova concepção, as normas constitucionais descem do pedestal de normas pragmáticas, assumindo característica normativa, passando ao centro do sistema legal, inclusive influenciando o direito privado[576], que vem sendo interpretado sob a ótica dessas emanações de ordem constitucional. Não há mais como fugir a essa realidade, p. ex., deixando-se de aplicar um princípio constitucional para corrigir uma disparidade entre o caso concreto e a legislação infraconstitucional no âmbito do Direito Civil. Isso é apanágio da *Constituição Cidadã,* como ficou conhecida a CF de 88.[577]

Sobre o princípio da solidariedade, de matiz constitucional, cujo corolário é, conforme alguns autores, o princípio da função social[578] dos contratos – ou seja, sua base constitucional[579] –, já que não pode entender relações sociais sem solidariedade, ou seja, a

---

[576]SOARES, Renzo Gama. Função social dos contratos. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coord.). *Função do Direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 445. O caro colega de aulas na PUC/SP, em seu artigo, lembra que: "Como é consabido, a Constituição Federal de 1.988 foi primorosa em fazer constar em seu texto normas de caráter eminentemente privatista, fazendo menção à família, à propriedade, aos meios de comunicação e até mesmo aos direitos que estariam sujeitos à reparação por meio da responsabilidade civil, como foi o caso do dano moral. Na esteira deste raciocínio, a Constituição ganhou extrema importância como fonte de normas de tutela das relações de direito privado. Tal mudança tem tamanha relevância que Teresa Negreiros, citando Gustavo Tepedino, afirma que o 'Código Civil' perde, assim, definitivamente o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional".

[577]VELTEN, Paulo. Função social do contrato. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coord.). *Função do Direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 412. Também sobre o assunto: COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) *Obrigações.* Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 49.

[578]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 199-200. Sobre a função social como princípio constitucional: ensina que, como é princípio que interessa à coletividade, até mesmo, como antes dissemos, por tratar-se de norma de ordem pública, nos termos do art. 421, c/c art. 2.035 do CCB 2002 está amplamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1.º, III, da CF de 88 e da solidariedade entre todos, prevista no art. 3.º, III da Carta Magna.

[579]Sobre o fundamento constitucional da função social do contrato: Diverge a doutrina entre o princípio da solidariedade – como vimos com Rosa Maria de Andrade Nery – e o fim social da propriedade, como afirma o próprio Miguel Reale, (apud NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 83): "Aliás, neste século XX, são as próprias Constituições que fazem questão de referir a função social dos direitos, em especial do direito de propriedade – e, como diz o Prof. Miguel Reale: 'o reconhecimento da função social do contrato é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir à ordem econômica'. Nesse sentido também TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 204; BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 38-40 e MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção – as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 753, p. 39, jul. 1998. No sentido de tratar-se do princípio da solidariedade, a base

ideia de todos em favor de todos, que não é, diga-se, bem recebida no Direito Privado, onde imperou, impera e há de imperar o egoísmo e o individualismo, principalmente no meio negocial, que como dissemos anteriormente visa lucro e lucro leva a ganância. Assim, o papel do Estado como regulador dessas atividades deve se agigantar da mesma forma que se agigantou a atividade negocial, que reinou absoluta e livremente, quase sem travas durante longo tempo e, com todo seu poderio econômico, pondo seus departamentos jurídicos a criar mecanismos para facilitar a obtenção de maiores lucros, de forma rápida, através figuras como a dos contratos eletrônicos – via *internet* – e dos contratos de adesão, também conhecidos por contratos de massa, onde poucos ditam normas e muitos obedecem. Poucos determinando como muitos outros deverão viver, agir, etc. Numa realidade como a nossa, onde pode mais quem mais possui, existe uma grande sorte de *outros* que nem bem são percebidos, mas que alimentam essa máquina feroz.

Rosa Maria de Andrade Nery[580] explica que ainda hoje – diríamos: principalmente hoje –, em todas as vertentes do direito privado,

> (...) se vê presente esse paradoxo da disposição pessoal de o sujeito buscar a realização dos interesses dos seus, em detrimento dos outros, quase que numa reconstrução da antiga concepção tribo/cidade, principalmente no momento em que se busca definir aquilo que a ciência moderna denomina de função.

A autora aponta as dificuldades de cada área do direito privado em assimilar essa nova mentalidade. No que se refere ao direito dos contratos, comenta que:

> Os mecanismos técnicos do direito das obrigações lidam com a recuperação da ideia de igualdade que o direito privado sempre resguardou nas celebrações negociais, mas que o sistema econômico da vida moderna fez por desaparecer. Os desiguais se aglutinam e se tornam "os outros, dentro do modelo do vínculo jurídico, e reclamam por soluções que demandam nova reflexão sobre o conceito de lealdade e de igualdade".

Rosa Maria de Andrade Nery[581] encerra seu artigo afirmando que:

> É no princípio da solidariedade que devemos buscar inspiração para a vocação social do direito, para a identificação do sentido prático que seja a funcionalização dos direitos e para a compreensão do que pode ser

---

constitucional do princípio da função social do contrato, NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato.* Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 148.

[580]NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 17, p. 67-68, 2004.

[581]NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 17, p. 70, 2004.

> considerado parificação e pacificação social. (...) E compreender o princípio da solidariedade é meditar acerca da lindíssima passagem da obra monumental de Calamandrei, em que ele afirma que a Justiça é vontade de reciprocidade operosa e de solidariedade humana.

Na verdade, o egoísmo e as idiossincrasias tem cuidado da atividade negocial, não sendo raro observarmos atônitos situações que nos constragem e incomodam, diante da insensibilidade e prepotência dos que comandam a economia. Não há qualquer atitude que denote um sentido social, nada indica uma preocupação com o outro. É o lucro pelo lucro.

Luis Renato Ferreira da Silva[582], discorrendo sobre a nova era introduzida nas relações contratuais através da positivação dos princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva pelo CCB 2002, esclarece:

> Ditos princípios, tomando-se como base a premissa da leitura com as lentes constitucionais, traduzem uma aplicação concreta de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, inscrito no inciso I do artigo 3º da Constituição, a ssaber, o objetivo de construir uma sociaedade solidária.

A dificuldade de implantação dessas ideias nas relações contratuais, segundo o mesmo autor, é que como o direito privado tem como objeto as relações próprias dos indivíduos, o que acaba favorecendo a ideia oriunda do oitocentismo e a primazia da autoniomia absoluta dos privados, ou seja, a vontade como centro da atividade contratual.

Rosa Maria Andrade Nery[583], explica que em inúmeros dispositivos no CCB 2002, o legislador demonstrou sua preocupação com a operabilidade da solidariedade, como exemplo, os artigos 13, parágrafo único; 20; 50; 69; 421; 422; 927, parágrafo único; 964, 1.228 § 1º; 1.285 e parágrafos; 1.694 e parágrafos; 1.844; 2.035, parágrafo único.

Apenas para fins de complementar a ideia da autora, temos que parágrafo único do art. 2.035 do CCB 2002, dentro do escopo deste estudo, assume importância de relevo, quando, dentro dessa nova sistemática que impõe a solidariedade nas relações privadas, torna obrigatória a aplicação dos arts. 421 e 422 do CCB 2002 às relações contratuais, que cuidam respectivamente da função social do contrato e da boa-fé objetiva, ao prescrever que "Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar

---

[582]SILVA, Luiz Renato Ferreira. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 149.

[583]NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 241.

preceitos de ordem píblica, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".

6.7.2.2 A operacionalização do princípio da função social do contrato

É sobre essa funcionalização – escopo deste trabalho – que se reflete na efetiva aplicação do princípio da função social, que passamos a estudar, analisando algumas ideias.

Sobre a operacionalização do princípio da função social, Pedro Oliveira da Costa[584], observa que parte da doutrina[585] considera-o um princípio ético atinente à justiça contratual, cuja finalidade seria proteger o contratante hipossuficiente, funcionando assim como um princípio integrador, o que, segundo ele, seria capaz de informar e orientar vários dispositivos do Código Civil, mas com pouca ou nenhuma concretude.

O autor explica essa sua afirmação com a constatação de que o princípio da função social teria, na seara contratual, sua área de atuação resumida a uma função de auxiliar na interpretação de dispositivos do CCB 2002, como os que se referem à revisão judicial dos contratos (arts. 317 a 480), à lesão (arts. 157 a 165), à onerosidade excessiva (arts. 478 a 480), boa-fé (art. 422), no propósito de proteger o lado mais fraco da relação contratual.

Seguindo esse raciocínio o autor afirma que se estabelece uma superposição entre os princípios da função social, da boa-fé e do equilíbrio contratual. Em suma, uma prática contrária á boa-fé, p. ex., também é, num outro plano, contrária à função social.

Na verdade, entendemos que existe realmente essa superposição entre os princípios da finalidade social e da boa-fé, pois é inegável que uma contrariedade ao principio da boa-fé certamente se refletirá no meio social, conforme aduz Mariana Ribeiro Santiago, em dissertação de mestrado defendida na PUC/SP, citada por Flávio Tartuce[586]:

---

[584]COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). *Obrigações.* Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 53.

[585]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 85. Sobre a função social: "É dentro dessa preocupação com a finalidade social dos direitos de crédito que (dentre eles incluído o contrato), num posicionamento característico da atual sociedade de massas, se procura proteger, em nome da justiça social, os chamados 'mais fracos', como são os trabalhadores (a quem é dedicado todo um capítulo, o 2º do Título II da Constituição de 1988) e os consumidores (a quem pela primeira vez se faz, entre nós, e por duas vezes, referência expressa na Constituição), e, por outro lado, se exige que a autonomia privada (a 'livre iniciativa' do texto do art. 170) atenda os 'ditames da justiça social'."

[586]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 203.

> (...) um princípio social do contrato, compatibilizando-o com os ideais do Estado social, limitando a autonomia privada e ao mesmo tempo fundamentando outras limitações a esta autonomia, a exemplo do que ocorre no caso do reconhecimento da lesão como vício do consentimento, da boa-fé objetiva e da resolução por onerosidade excessiva, estando a dita função social numa posição hierarquicamente superior a estas outras limitações. Atingido em sua substância pelo princípio da função social, o contrato não se presta mais apenas à mesquinha função de criar direitos e obrigações para as partes enquanto indivíduos, devendo estar amoldado aos preceitos do Estado social sob pena de ser invalidado.

Sobre sua afirmação, explica Pedro Oliveira da Costa[587], que essa visão da superposição mitiga a importância do princípio da função social fazendo eco àqueles – os eternos arautos do *pacta sunt servanda* – que lhe negam praticidade. Isso, segundo o autor, demonstra uma tendência de fazer com que o principio inscrito na cláusula geral do art. 421 funcione como uma espécie de referência, com o que discordamos, fazendo nossas as observações de Mariana Ribeiro Santiago. Ademais, essa alegada superposição de princípios é na verdade o reconhecimento de que o princípio da função social paira acima da relação contratual, da própria propriedade, ou seja, emana do princípio constitucional da solidariedade e assim, aumentado seu espectro, não vemos como possa ser mitigado, por mais que se entenda que essa, digamos, fluidificação possa dificultar sua aplicação prática – a concreção – já que como estudamos, na aplicação dos princípios, parte-se do mais geral ou mais fluido, para o mais específico ou mais concreto, entretanto, na atual forma de serem aplicados os princípios, isso em nada impossibilita ou dificulta sua aplicação prática, já que, principalmente no que concerne ao direito contratual, a função social está impregnada em diversos dispositivos do CCB 2002, que analisaremos mais adiante, sendo sua marca e seu norte.

É bom e oportuno que ressaltemos que da mesma forma que se quer manter um Direito Civil como estatuto do Direito Privado, também se pretende que o contrato siga sua missão de expressar as manifestações volitivas através da autonomia privada, evitando assim o *terror da solidarização absoluta*[588], o que afastaria de vez a sua importância ainda incompreendida por aqueles que temem o arbítrio judicial, pois não é raro confundir-se o

[587]COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) *Obrigações.* Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 53.

[588]COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) *Obrigações.* Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 54.

termo socialização com o termo assistencialismo, o que, definitivamente não é o escopo do princípio.

Sobre essa confusão entre função social e assistencialismo, com razão esclarece Humberto Theodoro Júnior[589]:

> A função social que se atribui ao contrato não pode ignorar a sua função primária e natural, que é a econômica. Não pode esta ser anulada, a pretexto de cumprir-se, por exemplo, uma atividade assistencial ou caritativa. Ao contrato cabe uma função social, não uma função de "assistência social". Um contrato oneroso e comutativo não pode, por exemplo, ser transformado por revisão judicial em negócio gratuito e benéfico. Por mais que o indivíduo mereça assistência social, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência.

Sobre esse aspecto, qual seja, o de se chegar ao que realmente significa, em cada caso posto, a função social de um contrato sem que se confunda, como vimos com assistencialismo, numa comparação pertinente até mesmo para que possamos mensurar, neste caso, onde termina a função social e começa o assistencialismo, o sistema de cláusulas gerais que adiante estudaremos, permite que o julgador trabalhe neste tipo de conceito juridicamente indeterminado, de máxima relevância social, fundamentando suas decisões dentro dos parâmetros fornecidos pelo sistema, com técnica, mas atento à realidade que o cerca e de onde irá retirar os *standards* para suas medidas, evitando-se assim interpretações equivocadas sobre o sentido desse conceito, como ao que acima se refere Theodoro Júnior. Daí todo nosso esforço de chegar, até aqui, após uma longa jornada por vários aparatos postos a disposição do intérprete, principalmente do juiz, que a partir dessas técnicas, de conceitos também renovados, com segurança possa decidir pela modificação ou não de uma determinada cláusula contratual ou até mesmo pela anulação de todo o contrato, sem que se tudo isso se transforme em puro arbítrio.

Na busca de uma proposta de solução para o caso envolvendo os usineiros e produtores rurais com o qual inauguramos este trabalho, e ao qual vez por outra retornamos, podemos perceber que o princípio da boa-fé possibilita uma ampliação do perímetro da relação obrigacional, com a finalidade de alcançar os próprios contratantes em situações ocorridas em fases extracontratuais, já o principio da função social, permite alcançar, além dos contratantes, também pessoas estranhas à relação contratual, que tenham de forma direta ou indireta interferido na normal fruição do negócio ou que tenham sido de alguma forma

[589]THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 98.

prejudicadas por aquela relação, arrefecendo, desta forma, o princípio da relatividade dos efeitos do contrato.

Como obtempera Renzo Gama Soares[590] é reconhecido que o contrato hodiernamente passou a ter uma função dentro de toda sociedade indo além do interesse das partes contratantes, o que implica que, se o contrato não exerce sua função perante a sociedade – da mesma forma que a propriedade que não gera produção, nem empregos – é dado à esta sociedade intervir.

Sobre esse alcance a que nos referimos encontramos concordância em Paulo Velten[591], que comenta, sobre a operabilidade da função social do contrato, conservando a logicidade dos arts. 421 e 422 do CCB 2002, que

> (...) o primeiro, ao tratar da cláusula geral da função social, dirige-se para a regulação dos efeitos externos da contratação. O segundo, ao apoiar-se na cláusula geral de boa-fé objetiva, cuida dos efeitos internos da relação obrigacional, que operam apenas entre os próprios contratantes.

Por nosso turno, complementamos, afirmando que o art. 421 também regula efeitos internos do contrato, ou seja, as ocorrências intrapartes.

Dentro da ideia de que a função social do contrato atinge apenas as relações externas, arremata Humberto Theodoro Júnior[592]:

> No que tange ao âmbito interno do contrato, que toca exclusivamente aos interesses das partes contratantes, somos da opinião segundo a qual não é apropriado suscitar desvio de função social quando a deslealdade de um contratante prejudicar os interesses apenas do outro. Nesse caso, entra em cena a figura da boa-fé objetiva e quem pode reagir é o próprio sujeito contratual lesado.[593]

---

[590]SOARES, Renzo Gama. Função social dos contratos. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coord.). *Função do Direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 453.

[591]VELTEN, Paulo. Função social do contrato. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coord.). *Função do Direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 437.

[592]THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 59.

[593]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social dos contratos e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribuiu para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, p. 113-120, abr. 1998. Esse também é o pensamento de Antônio Junqueira de Azevedo: "É grande, nessa função, o papel do poder Judiciário; por isso, devem ser atuados, com a habilidade dos prudentes, os novos princípios de direito contratual – da boa-fé e o da economia contratual, entre as partes, e o da função social, em relação à coletividade e aos terceiros".

Em visão contrária, Renzo Gama Soares[594] conclui que dois aspectos essenciais afloram da função social do contrato, o primeiro é a relativização do princípio da relatividade dos contratos e norma de ordem pública que imponha a realização de negócios jurídicos que não privilegiem uma das partes em detrimento da outra.

Para Giovanni Ettore Nanni[595], "a função social do contrato então não apenas reduz a força obrigatória do contrato, mas impõe um padrão de comportamento com o intuito de evitarem-se relações obrigacionais espoliativas e injustas". Segue o autor sob comento, afirmando que "a função social do contrato é uma limitação à autonomia privada, como aspecto imanente em prol da socialidade, com o fito de assegurar uma justa relação obrigacional entre as partes contratantes e seus efeitos perante terceiros". Em nossa forma de ver, filiamo-nos a essa última forma de pensamento.

Seguindo em concordância com Giovanni Ettore Nanni, vendo a função social, no que se refere ao contrato, em seus dois aspectos limitadores da relação obrigacional, diferentemente do que defende o professor Humberto Theodoro Junior, por entendermos que, dirigir os efeitos da função social apenas à limitação do princípio da relatividade dos contratos, que atinge apenas terceiros alheios à relação contratual, seria, no mínimo, retirar da contraparte que também se sinta agredida, o direito de acionar o autor por descumprimento da função social, caso nenhum dos terceiros que possam ou queiram se legitimar como partes em eventual ação judicial, condenando-se assim a contraparte prejudicada, a seguir nessa situação. Sem qualquer dúvida, podemos afirmar que o importante da atividade contratual, que apesar da importância social posta pela revisão de seus conceitos, ainda continua a ser o contratante e seu legítimo interesse individual que não pode ficar desprotegido.

Cláudio Luiz Bueno de Godoy[596], sintetiza em duas vertentes a questão da operacionalização do princípio da função social do contrato:

> Em síntese, então, tem-se a operatividade da função social do contrato, primeiro, mediante uma sua eficácia que deve ser considerada interpretativa, tal qual nos casos que serão examinados do princípio da conservação nos ajustes; segundo, mediante uma eficácia negativa, concernente ao controle

[594]SOARES, Renzo Gama. Função social dos contratos. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coord.). *Função do Direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 452-453.

[595]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 autonomia privada*, Curitiba: Juruá, 2001. Caderno 2, p. 245.

[596]GODOY, Cláudio Luiz Bueno de.*Função social do contrato.* São Paulo: Saraiva, 2009. p. 159. (Coleção Prof. Agostinho Alvim).

> do merecimento de tutela doc contratos, desde que atendam à sua função social e a hipóteses como a de purga da mora em alienação fiduciária, ainda que não pagos 40% do preço financiado.

Mas não se deve pensar a funcionalização do princípio apenas em sua eficácia interpretativa e negativa, mas também positiva[597], quando estimula o consumo e a participação de cada vez maior parte da população, que por razões de cunho social estão dele alijadas, e isso inclui não só o judiciário, mas também executivo e o legislativo, pois como vimos recentemente, autoridades monetárias do país, através de determinadas medidas, quando em meio a crise econômica mundial, ampliou de forma equilibrada o consumo através da diminuição dos encargos tributários, com a finalidade de possibilitar maior acesso ao consumo de camadas menos privilegiadas da população e também o reequilíbrio dos indicadores financeiros, atendendo e favorecendo, ao nosso ver, a função social dos contratos.

6.7.2.3 O princípio da função social do contrato e o princípio da relatividade dos efeitos do contrato

Bem, a par da constatação a que acima nos referimos, entendemos que a questão que envolve o princípio da função social e sua interação com o princípio da relatividade é o que mais nos chama atenção, talvez por reconhecermos que antes da positivação do princípio no art. 421 do CCB 2002, o assunto não despertava a atenção do meio jurídico e malgrado sua positivação, ainda faz coro os argumentos daqueles que negam sua funcionalização sob o argumento de sua fluidez enquanto princípio, o que não é, ao nosso ver uma realidade, já que foi inserido no sistema pelo legislador do CCB 2002, como cláusula geral, estando aí sua importância e funcionalidade. Passamos a estudar os dois principais efeitos da função social dos contratos, primeiramente com relação aos terceiros, ou seja, às pessoas que poderão ser alcançadas e que possam se legitimar para intervir na relação contratual da qual não fazem parte diretamente, rompendo-se assim o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, assunto que é, sem qualquer dúvida, o mais envolvente e que mais desperta polêmicas. Buscamos suporte em Teresa Negreiros[598], que sobre o tema, afirma que:

> Conforme se demonstrará a seguir, novas doutrinas vêm reformulando o princípio da relatividade em vista do declínio do seu substrato, qual seja: a autonomia da vontade como fundamento da força obrigatória do contrato. (...) Diante do novo cenário principiológico em que se insere o contrato,

[597]GODOY, Cláudio Luiz Bueno de.*Função social do contrato.*3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.158. (Coleção Prof. Agostinho Alvim).
[598]NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato.* Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 210.

> podem ser deduzidos fundamentos para, sob certas circunstâncias, atribuir ao credor ação de responsabilidade em face do terceiro que, através de um contrato concorrente, inviabiliza a satisfação do seu direito de crédito.

Seguimos então com Teresa Negreiros[599] que elaborou estudo que nesta altura muito nos orienta. Comenta a autora que o nosso direito civil no que se refere à relatividade dos efeitos dos contratos segue as emanações do Código Civil francês[600], que no art. 1.165, em tradução livre, dispõe que as convenções só têm efeito entre as partes contratantes; elas não prejudicam terceiros, e só lhe trazem benefícios nos casos previstos pelo art. 1.121. Com razão a professora afirma que nem no código anterior, nem no CCB 2002, existe dispositivo que cuide da ineficácia do contrato com relação a terceiras pessoas, mas que a teoria geral dos contratos sempre a considerou um dogma.

O CCB 2002, tanto quanto o anterior, sobre essa matéria cuida de especificar como a quebra do princípio da relatividade poderá ocorrer, nas seções III e IV, do capítulo que estabelece as disposições gerais sobre os contratos, quando cuida das estipulações e da promessa de fato de terceiro.

O atual CCB incluiu também o contrato com pessoa a declarar, como mais uma forma de arrefecer o princípio da relatividade, o que não era novidade no Código Civil português (arts. 452 a 456) e nem no italiano (arts. 1.401 a 1.405). Esta modalidade é aquele em que uma das partes se reserva a faculdade de designar uma outra pessoa que assuma a sua posição na relação contratual, como se o contrato fora celebrado com esta última.

Entre o princípio da relatividade dos efeitos do contrato e a autonomia da vontade existia uma tamanha interdependência, que realmente não se justificava a positivação do princípio da relatividade, num período de extremo individualismo, que em comentário ao citado art. 1.165 do Código Civil francês, Demolombe[601] chegou a considerá-lo ingênuo, tendo em vista a proposta elementar.

---

[599]NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato.* Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 210-211.

[600]Também o art. 1.372, do Código Civil italiano: *Il contratto ha forza di legge tra le parti. Esso non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge*.

[601]BACACHE-GIBEILI, 1996, apud NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato.* Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 215.

Como até aqui estudamos, a socialização das relações contratuais é uma realidade e contra o voluntarismo e a supervalorização da vontade como formadora da relação obrigacional pouco a pouco se percebe que a vontade vai ficando de lado e em seu lugar algum outro instituto precisa surgir ou ganhar força, já que uma lacuna vai se abrindo e suas consequências ainda não foram bem assimiladas, como a certa altura deste trabalho nos referimos, dos contratos eletrônicos, via *internet* e outras novas formas de contratar, onde a vontade se resume a apertar um botão de máquina ou *clickar* um *mouse* de computador. Aquela velha e desgastada máxima segundo a qual ninguém pode se tornar credor ou devedor contra a vontade, vai perdendo importância. É um caminho sem volta.

Enzo Roppo[602] visualiza situações em que a vontade nem mesmo faz parte da avença. Segundo ele:

> É possível que um contrato se forme validamente, e vincule os sujeitos interessados, mesmo que no momento em que se conclui falte completamente a vontade de uma das partes, ou até exista uma sua vontade contrária: pense-se nas regras sobre a subsistência da eficácia da oferta, mesmo depois da morte do proponente (que seja médio ou grande empresário), ou na disciplinada revogação da aceitação (art. 1.28 do CC), com base na qual – se a revogação é emitida antes da conclusão do contrato, mas chega ao proponente depois daquele momento – dá-se a formação de um contrato não derivado da vontade actual de uma das partes, e, até positivamente não querido.

O legislador do CCB 2002, sensível a toda essa necessidade de mudança, de forma que não se pode mais contestar que o absolutismo voluntarismo perdeu terreno, incluiu no novo *codex* a boa-fé, o estado de perigo e a lesão, que autoriza a revisão judicial de uma forma geral, uma orientação intervencionista protecionista e de caráter cogente em favor da parte mais vulnerável, o que, irremediavelmente, redimensiona o princípio da força obrigatória do contrato.[603]

6.7.2.4 O princípio da função social do contrato e os terceiros

Feitas essas observações, nos cabe então tratar sobre os terceiros, já que são eles a razão desta etapa dos estudos. Quem, afinal, poderá intervir principalmente quando

---

[602]ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra; Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 299.

[603]NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato.* Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 217.

prejudicado, na relação contratual até então hermética e inacessível naqueles casos previstos na lei aos quais nos referimos?

Assim[604], identificam-se duas ordens de problema ao se referir à aplicação do princípio da relatividade. A uma, a posição do terceiro vítima de um dano consecutivo ao inadimplemento de uma obrigação. A duas, e inversamente, a posição da parte credora em relação ao terceiro que contribuiu para o inadimplemento da obrigação assumida pelo co-contratante devedor.

O início da solução para essas questões, que na verdade há de enfrentar grande resistência, consiste numa também renovada conceituação do que seja *terceiro* e *parte*. Sem muita dificuldade ainda hoje afirmamos que, com relação ao contrato, terceiro é aquele que não participa da relação contratual e parte, ao contrário, são as pessoas – físicas ou jurídicas – diretamente envolvidas e, para ser bem específico, quem assinou o contrato.

6.7.2.4.1 O terceiro vítima

Facilitando a compreensão do que se pretende, posto que é difícil entender como uma pessoa – o terceiro – alheia à determinada relação contratual possa legitimar-se, dentro daquela ideia do *res inter alios acta allis neque nocere neque prodesse potest*[605] para, p. ex., ingressar em juízo, alegando determinado prejuízo e pedindo a alteração de determinada cláusula contratual ou até mesmo as extinção. Seria o caso, p. ex., para ser bem prático e aproximar bastante esses conceitos da realidade que nos cerca, de alguns vizinhos que ingressassem na justiça pedindo a extinção de um contrato de locação porque na rua estritamente residencial onde moram, um proprietário alugou sua casa para determinada pessoa para fins residenciais e esta passou a utilizá-la como bar e boate noturnos, promovendo algazarras e outros tipos de incômodos às pessoas ali residentes. Essas pessoas, pelo que aprendemos, não possuem qualquer direito, já que se houve inexecução da obrigação, ela há de se resolver, no caso, entre locador e locatário, lembrando que o direito creditório é relativo, daí a relatividade do alcance da relação contratual.

Bem, mas o que se quer e o que se visualiza com a edição do CCB 2002, principalmente no que diz respeito à função social é uma espécie de flexibilização do

[604]NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato.* Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 229.
[605]O que foi negociado entre as partes não pode prejudicar nem beneficiar terceiros.

princípio da relatividade dos efeitos do contrato, o que, em algumas circunstâncias, tem levado autores a admitirem que a responsabilidade contratual alcance terceiros lesados pelo descumprimento de uma obrigação constante de um contrato do qual não participaram.[606]

Luis Renato Ferreira da Silva[607] esclarece que:

> Já os reflexos externos da relações contratuais, ou seja, as relações contratuais enquanto fatos que se inserem no mundo das relações econômicas e sociais, com isto integrando-se à cadeia produtiva e afetando a esfera de terceiros, umpõem um comportamento solidário, cooperativo, que é atuado pela ideia da função social no exercício da liberdade contratual (regra do artigo 421 do Novo Código).

O autor acima citado, na mesma passagem de sua obra[608], referindo-se a esfera interna, dentro da relação contratual, discorre sobre o princípio da boa-fé objetiva – art. 422 do CCB 2002 –, esclarecendo que nessas relações internas, opera o citado princípio, com o que, com o devido respeito às opiniões contrárias, ousamos não concordar, já que também o princípio da função social atua nas relações internas, a uma, por entendermos que uma agressão à boa-fé objetiva seja também uma transgressão de ordem social, a duas, porque as partes contratantes, além de integrarem o contrato, fazem parte do mesmo tecido social, isto implicando que, uma transgressão ao princípio da função social do contrato atinge, além do correspondente interesse social, também a parte contrária, estando esta legitimada para buscar amparo judicial.

Mireille Bacache-Gibeili[609] admite que os efeitos dos contratos[610] devem alcançar "aquelas pessoas que, uma vez fazendo parte de um 'grupo de contratos', se equiparam às partes contratantes sob o ponto de vista, não da vontade, mas daquilo que explica e fundamenta a força obrigatória dos contratos." Segundo esta autora francesa, o contrato tem a função de realizar a justiça comutativa e dar segurança às relações econômicas, pelo que

---

[606]NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato.* Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 230.

[607]SILVA, Luiz Renato Ferreira. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 152.

[608] Ibid., p. 153.

[609]BACACHE-GIBEILI, Mireille. *La relativité des conventions et les groups de contrats*. Paris: LGDJ, 1996. p. 258.

[610]SILVA, Luis Renato Ferreira. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 152. Sobre os grupos de contratos: "Em uma sociedade economicamente massificada, o entrelaçamento dos contratos mantidos entre os vários elos da cadeia de circulação de riqueza faz com que cada contrato individual exerça uma influência e tenha importância em todos os demais contratos que possam estar relacionados. Assim, a inadimplência de um grupo de consumidores (seja pela onerosidade excessiva que surja nos contratos de consumo, seja pela alteração das circunstâncias nas quais ditos contratos foram firmados) acarretará a inadimplência do lojista com seu fornecedor que, por sua vez, poderá repercurtir na relação deste com aquele que lhe alcança a matéria-prima e deste, por sua vez, com quem o financia e assim sucessivamente."

caberia verificar de que maneira essa dupla função interfere no princípio da relatividade. Para ela, fundada nestas funções, o conceito de que o contrato só produz efeitos entre as partes deverá ser interpretado estendendo o conceito de *parte* para que nele se incluam "pessoas que do contrato não participaram, mas que estão sujeitas a ser por ele prejudicadas precisamente no que se refere à sua função social".

Importante ressaltar que o contrato em sua atual visão não deve ser compreendido em seus efeitos, apenas no que se refere às partes contratantes. O contrato exibe claramente efeitos entre as partes e de forma menos clara – ou menos perceptível –, também em relação às pessoas que estão fora de sua circunferência, porém recebendo seus reflexos, o que nos faz lembrar Cesare Massimo Bianca[611], que ao discorrer sobre a relatividade dos efeitos dos contratos, fala de seus efeitos internos e externos. O autor comenta que a regra da relatividade do contrato refere-se à *eficácia direta* do contrato, estabelecendo que são destinatários dos efeitos produzidos pelo contrato são as partes e também os terceiros, quando tais efeitos os favorecerem e quando os aceitam. Mas também há que se considerar a *eficácia externa* do contrato, que se expressa principalmente pela relevância externa do contrato, que é pressuposto das posições jurídicas que se referem a terceiros alheios à relação contratual com direitos em conflito com o contrato e na possibilidade de nele interferirem, através da via judicial.

Sobre Código de Defesa do Consumidor – CDC, comentava Orlando Gomes[612], antes de sua promulgação, sobre o art. 12:[613]

> Estabelecido que o fabricante deve responder pelo dano causado por um produto defeituoso que fabricou, foi preciso remover um obstáculo. Como se sabe, o produto fabricado chega ao consumidor através de um ou de sucessivos intermediários. São estes que o colocam no mercado por meio da operação jurídica da venda. Seria, por conseguinte, contra o vendedor que o consumidor se deveria voltar ao comprar coisa defeituosa pois é com este que contrata. O fabricante é terceiro em relação a essa venda. Não tem, por conseguinte, qualquer responsabilidade vinculada a esse contrato. No sistema civilístico dominante, o contrato é *res inter alios acta*; sua eficácia restrita às partes, um dos dogmas do direito das obrigações.

---

[611]BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile.* Il contratto. Milano: Giuffrè, 1984. v. 3, p. 41.

[612]GOMES, Orlando. Responsabilidade civil do fabricante. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 32, p. 15-16, abr./jun. 1985.

[613]Art. 12 do CDC – "O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos".

Logo recordamos o que acima estudamos com Mireille Bacache-Gibeilli sobre o *grupo de contratos*, sendo bastante claro agora que a autora francesa refere-se aos terceiros que possuem contratos conexos, interligados ou de alguma forma atrelados àquele em que fora primeiramente descumprido, numa espécie de reação em cadeia. Melhor explica essa ideia, Ricardo Lorenzetti[614], que exemplifica o que vem a ser *esse grupo de contratos*, que denomina de *redes contratuais*, e que por sua importância passamos a reproduzir:

> (...) cuando una persona contrata la compra de uma heladera em uma firma y obtiene um crédito en otra indicada por ella, celebra dos contratos autónomos: mutuo y compraventa. Si la cosa presenta algun vicio, podrá deducir su acción,pero deberá seguir pagando porque no podrá plantear esa cuestión en el mutuo celebrado. Lo mismo sucede cuando se compra com tarjetas de crédito – una empresa importa maquinarias y para ello celebra um contrato de compraventa, otro de transporte, otro de seguro, otro de asistencia técnica, y muchos otros, de modo que el propósito práctico no es el funcionamiento autônomo, sino coordinado de todos ellos. Sin embargo, em el momento de conceder acciones, El derecho no considera esse entrelazamiento.

É preciso entender esse processo que se instalou no CCB 2002. É certo que a proteção ao consumidor foi uma exigência que se impôs em vista da massificação das relações de consumo contratos de massa – adesão, cibernéticos, etc. –, o que, como todos nós sabemos, transformou a relação contratual e exigiu que o Estado interviesse, procurando o reequilíbrio. Daí, por tratar-se de relação de consumo, não chamar atenção essa quebra do princípio da relatividade, aliás, muito pouco comentada. Entretanto, quando o assunto é relação obrigacional no âmbito do Código Civil, onde os contratos de massa são exceções – quando muito por adesão –, essa tese é considerada ousada. É claro que, de uma maneira geral, se pode temer pelo futuro do contrato, diriam os mais afoitos, considerando que se terceiros puderem, por qualquer motivo, interferir em relações contratuais será realmente o fim. Mas não é essa a proposta. O que se quer comprovar, evidentemente, é que em casos estritamente de contrariedade ao princípio da função social, se possa recorrer ao expediente de alcançar terceiros que tenham sido prejudicados ou que tenham prejudicado a relação contratual. Daí a importância de bem situar o princípio da função social, aliás, o que também motivou o CDC, já que o apelo por uma regulamentação do microssistema do direito consumerista é basicamente de contorno socializante, constante da necessidade de proteger o mais fraco são artimanhas do mais forte. Foi assim com o CDC e é assim com o CCB 2002.

---

[614]LORENZETTI, 1998, apud NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato.* Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 239.

Pedro Oliveira da Costa[615] fornece dois exemplos colhidos da jurisprudência nacional de aplicação do princípio da função social, através de julgados do STJ, que estendeu a terceiros o efeito de contratos dos quais não participaram e cujo objeto sequer lhes dizia respeito, especificamente. Na primeira[616] dessas decisões, considerando que o segurado não teria recursos para indenizar a vítima pelos danos que lhe causou, uma seguradora foi obrigada não a ressarcir o segurado, mas a pagar diretamente à vítima do sinistro a indenização prevista no contrato de seguro. No segundo[617], a quitação dada ao comprador no contrato de compra e venda de unidade imobiliária foi imposta à instituição financeira concedido à construtora-vendedora, que ainda incidia sobre o imóvel. Em nota de rodapé Pedro Oliveira da Costa reproduz comentários de Luis Renato Ferreira da Silva[618], que nos permitimos também colacionar:

> De acordo com LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA, ambas as decisões encontram-se vinculadas à função social dos contratos: a primeira "na medida em que ela acaba por impor a cooperação" entre os contratantes entre si e para com terceiros, "para que o contrato atinja a sua finalidade"; a segunda por "reconhecer a continuidade dos contratos e sua inserção numa cadeia", o que "impede o agente financeiro de vir executar a hipoteca como se ignorasse que houve alienação e que os pagamentos foram feitos ao construtor". O autor faz questão de ressaltar ainda a necessidade de superação da concepção da função social do contrato como instrumento apenas para sujeitar o terceiro ao dever de indenizar: "o certo é que no acórdão, ainda que sob outra fundamentação (que não a da função social dos contratos), acabou-se por impor ao contratante obrigações de natureza contratual, tornando-o devedor de um terceiro que não era parte no contrato".

Luis Renato Ferreira da Silva[619] prossegue afirmando que:

> O contrato de seguro assume relevância no mundo econômico, pois permite que se garanta a indenização mais ampla dos danos, desempenhando a função precípua de permitir a reparação e a recomposição dos prejuízos sofridos pelas vítimas dos acidentes. Se as seguradoras puderem deixar de cumprir o que se comprometeram por força de suposta ilegitimidade, estar-se-ia a validar um caráter absoluto do efeito relativo, esquecendo-se que o

[615]COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) *Obrigações.* Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 65.

[616]STJ, REsp. n. 97.590/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado do Aguiar, pub. RSTJ 99/347.

[617]STJ, REsp. n. 187.940/SP, 4 ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado do Aguiar, pub. RSTJ 122/347.

[618]SILVA, 2003, apud COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) *Obrigações.* Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 65-66.

[619]SILVA, 2003, apud COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) *Obrigações.* Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 66.

> contrato de seguro existe, em certa medida, para que terceiros não restem sem indenização.

Ainda sobre os dois exemplos, Luis Renato Ferreira da Silva[620] constata a tendência em se amenizar os efeitos relativos, reconhecendo o contrato como instrumento de realizar trocas, enquanto estas forem úteis e não se sirvam para fomentar concorrência desleal e outras agressões do mesmo nível, o que manterá a liberdade contratual.

Não é demais lembrar, que de certa forma, por visar lucro às seguradoras, o contrato de seguro é repleto de socialidade, ou seja, socializa o risco, no sentido de que todos os segurados contribuem para que os vitimados sejam reembolsados por seus prejuízos. Tanto é assim, que se pode pagar o seguro por longos anos sem nunca utilizá-lo.

6.7.2.4.2 O credor prejudicado por terceiro – a tutela externa do crédito

Bem, voltando aos legitimados, além dos terceiros vitimados, conforme vimos páginas antes, também o credor, quando prejudicado por um terceiro poderá, ao menos essa é a tese, acionar aquele que, indiferente ao contrato, obrou para o seu descumprimento. Aqui se analisa o terceiro não como vítima de uma relação contratual da qual não participa e que o atinge, mas como autor de alguma prática ilegítima que acaba por interferir, da mesma forma, em relação contratual da qual não participa. Antonio Junqueira de Azevedo[621], que ensina que: "terceiros não podem se comportar como se o contrato não existisse".[622]

---

[620]SILVA, Luiz Renato Ferreira. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 164.

[621]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social dos contratos e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribuiu para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, p. 116, abr. 1998. p. 113-120.

[622]DUARTE, Maria de Fátima Abrantes. *O pacto de preferência e a problemática da eficácia externa das obrigações*. Lisboa: AAFDL, 1989. p. 5. Essa posição longe está de ser pacífica, como comenta Maria de Fátima Abrantes Duarte: "A doutrina tradicional (defendida, entre nós, pelos Profs. Drs. Serra Vaz, Manuel de Andrade, Almeida Costa, Antunes Varela e outros), apoiando-se no argumento clássico do efeito meramente relativo (ou da eficácia inter partes) da obrigação, nega a possibilidade de admissão de tal responsabilidade". Entre nós, além do prof. Antônio Junqueira de Azevedo, Silvio de Salvo Venosa, admite, em outros moldes, o abrandamento do princípio da relatividade, com o que chama de *repercussões reflexas* do contrato, explicando que: "Não deixamos de lado, contudo, a noção de que, sendo o contrato um bem tangível, tem ele repercussões reflexas, as quais ainda que indiretamente tocam terceiros. (...) Também aquele que redige o contrato, ou aconselha a parte a firmá-lo, pode vir a ser chamado por via reflexa para os efeitos do negócio" (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direto Civil* - teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2008. p. 362).

Maria de Fátima Abrantes Duarte[623] explica que a questão da eficácia ou ineficácia externa das obrigações é problema dos mais disputados pela doutrina portuguesa e estrangeira. A autora coloca então como fulcro central, a questão de se saber, se um terceiro que colabora com o devedor na violação de uma relação jurídica obrigacional é responsável perante o credor, em conjunto com o devedor, pelas consequências dessa violação.[624] Conforme a autora lusitana, no direito positivo português não existe preceito que faça previsão e consagre a existência da eficácia ou ineficácia externa das obrigações, o que, segundo ela, tem levado a doutrina e a jurisprudência a contradições e sucessivos debate, esclarecendo ainda, que o art. 734.º do Ante-Projeto do atual CCP, rejeitava tal tipo de eficácia, entretanto, não tendo sido consagrado no atual CCP. Ressalta que o legislador, naquela altura, com a doutrina já pendendo para a eficácia externa, *não se atreveu a consagrar o princípio diverso*, criando uma lacuna a ser colmatada com a orientação doutrinária mais atual.

No Brasil, de forma mais ampla, o CCB 2002 (o art. 1.235 do CCB de 1916, limitava a eficácia ao contrato de serviços agrícolas), conforme Teresa Negreiros[625], prevê a tutela externa da relação obrigacional quando dispõe no art. 608 que: "Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos". Explica a autora, que se estabelece, nesse tipo de caso, conflito entre dois contratos, não sendo material o comportamento do terceiro, como seria no caso de causar dano à coisa devida ao próprio devedor.

Flávio Tartuce[626]explica que esse tipo de situação prevista no art. 608 do CCB 2002, não corresponde a uma ruptura com o princípio da relatividade, mas sim seu abrandamento – ou limitação parcial ao princípio –, corresponde à *tutela externa do crédito* que pune o

---

[623]DUARTE, Maria de Fátima Abrantes. *O pacto de preferência e a problemática da eficácia externa das obrigações*. Lisboa: AAFDL, 1989. p. 5-7.

[624]Um bom exemplo seria o caso do proprietário de um imóvel que se compromete a locá-lo para determinada pessoa, devendo entregar as chaves daí a três dias, sendo que antes da data aprazada, um conhecido do futuro locatário, tomando conhecimento do negócio, dirige-se ao proprietário e, oferecendo-lhe maior quantia, passa a alugar o imóvel, causando grande prejuízo ao ex-futuro locatário, que perdeu outros imóveis que poderia alugar e passou a residir em hotel, até conseguir outro. O que se questiona então, é a possibilidade desse ex-futuro locatário, acionar além do locador, também o atual locatário, que obrou contra o que já estava pactuado. A doutrina tradicional entende, que nesse caso, restaria ao ex-futuro locatário, ação de perdas e danos contra o locador, já que o que possuía com aquele era um contrato cuja obrigação era de fazer – alugar o imóvel –, que já não poderia ser executada devido à posição do terceiro (até então considerado de boa-fé), ou seja, o novo locatário. O que se busca, com a tese, é alcançar também o atual locatário, que apesar de terceiro alheio à potencial relação contratual desfeita, nela interferiu de forma ilícita, impedindo que se realizasse.

[625]NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato.* Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 242.

[626]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 162.

atravessador que responderá por intervir em contrato do qual não participou, conforme previsto no dispositivo, explicando o professor, que a indenização prevista refere-se apenas ao dano material e não ao moral, por não poder ser tarifado pela lei.

Tartuce[627] buscando comprovar a reconhecida ampliação dos efeitos contratuais, cita o Enunciado 21 do Conselho Superior da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil: "art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito".

No direito português, Maria de Fátima Abrantes Duarte[628], explica que a questão envolvendo a eficácia do contrato nesse tipo de caso, instalou-se nos idos de 1964, acórdão[629] do STJ (Supremo Tribunal de Justiça) português atribuiu *eficácia real* a um pacto de preferência que se realizou ao abrigo do então art. 1.568.º/4, do CCP de 1867 (revogado), porquanto comprovou-se a má-fé do terceiro adquirente da coisa que havia sido prometida,

---

[627]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 162.

[628]DUARTE, Maria de Fátima Abrantes. *O pacto de preferência e a problemática da eficácia externa das obrigações*. Lisboa: AAFDL, 1989. p. 8-9.

[629]Fundamentação do acórdão: "A natureza pessoal da imputação leva a verificar se esta procedeu de boa fé, inocentemente, ignorando o pacto de preferência, assinado pelos autores e réu, a que a venda das acções estava sujeita, não há dúvida que a sua conduta não pode conciliar-se com a boa fé e ultrapassa a culpa ou dolo, gerando estas situações a sua responsabilidade. Desde que a ré Empresa sabia da existência do pacto de preferência assinado pelos autores e réu, a que a venda das acções estava sujeita, não há dúvida que a sua conduta não pode conciliar-se com a boa fé e ultrapassa a culpa grave caindo no campo do dolo, pois que, sabendo do aludido pacto de preferência, não conheceu os seus pormenores, nem se os autores tinham consentido na venda das ações, sobrepondo os seus interesses ao direito de preferência dos mesmos autores, em negócio de tão elevado montante. Verificam-se, assim, todos os elementos da responsabilidade civil por parte da empresa ré, que agiu, na violação do pacto de preferência, praticando um acto ilícito e ofensivo de alheios direitos, participando como terceiro cúmplice na violação apontada. De várias disposições da nossa lei designadamente nos arts. 2.361º, 2.364º, 2.393º e 702º s. do C.C., resulta que o terceiro cúmplice, em casos como o dos autos, deve indemnizar o lesado, restituindo a coisa ou o valor devido, ou satisfazendo as perdas e danos, como se diz nos citados arts. 702º e 2.364º. No caso deste recurso e em aplicação do princípio adoptado no nº 1, do art. 1.568 º e disposições legais análogas do C.C. e de outras leis impõe-se a reparação, mais adequada aos casos de preferência, de os preferentes poderem haver para si o objecto vendido e estranhos desde que lhe paguem o preço por estes pago. Esta solução está apoiada na regra da colisão de interesses estabelecida no art. 14º do C.C., onde se diz que quem, exercendo o próprio direito, procura interesses, deve, em colisão e na falta de providência especial, ceder a quem pretende evitar prejuízos. (...) Quanto aos que, como a empresa ré, participam na violação de direitos de preferência, a solução legal é a que foi atrás apontada – restituição da coisa, restituição do lesado ao estado anterior à lesão ou mais concretamente, poder haver para si a coisa vendida a estranhos contanto que a estes pague o preço dado. (...) Contra a solução específica de os terceiros cúmplices, violadores conscientes de direitos de opção, não colhe o argumento que pretende tirar-se do nº 4 do art. 1.568 º C.C.. Este n º 4 foi introduzido pela Reforma de 1.930 (Dec. n º 19.126) e como esclarece a respectiva nota oficiosa 'resolve a questão de saber se aquele a favor de quem foi estipulado particularmente o direito de opção pode usar dele ou exigir apenas perdas e danos. Não estando esse direito sujeito a registro, não poderia obrigar-se o comprador,que ignorava a sua existência contratual a abrir mão do prédio comprado: o vendedor que não cumprir o estipulado responde por perdas e danos".
Notas: 1) A autora não forneceu dados sobre o acórdão e não conseguimos localizá-lo pelos meios habituais de pesquisa. 2) Os artigos citados referem-se ao revogado CCP de 1.867.

posto ter ficado comprovado que o terceiro adquirente tinha conhecimento da preferência e do não oferecimento do bem ao preferente.

No Brasil a questão voltou a ganhar relevo quando do parecer de Antônio Junqueira de Azevedo[630] envolvendo distribuidoras de combustível e contratos de exclusividade que mantêm com postos de gasolina que utilizam sua marca, as chamadas, *bandeiras*. Azevedo manifestou-se favorável em parecer publicado na Revista dos Tribunais[631], à responsabilização de distribuidoras que então celebravam contratos com os postos vinculados, com exclusividade a outras distribuidoras.

Dentro de um dos objetivos deste trabalho, onde nos propusemos a, dentro de nossa capacidade, cuidar da operabilidade dos princípios e, nessa linha, tornamos a nos referir a Teresa Negreiros[632] e a mais um exemplo da aplicação do princípio da função social[633] como

---

[630]AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social dos contratos e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribuiu para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, p. 116, abr. 1998. p. 116-117. Parte do parecer: "Não é possível que, ao final do século XX, os princípios do direito contratual se limitem àqueles da *survival of the fittest*, ao gosto de Spencer, no ápice do liberalismo sem peias; seria fazer tabula rasa de tudo que ocorreu nos últimos cem anos. A atual diminuição do campo de atuação do Estado não pode significar a perda da noção conquistada com tanto sofrimento, de tantos povos e de tantas revoluções, de harmonia social. O alvo hoje, é o equilíbrio entre sociedade, estado e indivíduo. O contrato não pode ser considerado como um ato que somente diz respeito às partes; do contrário, voltaríamos a um capitalismo selvagem, em que a vitória é dada justamente ao menos escrupuloso. Reduzido o Estado, é preciso, agora, saber harmonizar a liberdade individual e a solidariedade social. É grande, nessa função, o papel do poder Judiciário; por isso, devem ser atuados, com a habilidade dos prudentes, os novos princípios de direito contratual – da boa-fé e o da economia contratual, entre as partes, e o da função social, em relação à coletividade e aos terceiros".

[631]Processo n. 2.000.61.13.000870-0, Justiça Federal, 1ª Vara Federal de Franca, SP, j. 08 e 10-03-2.000. Juiz Federal Rubens Alexandre E. Calixto. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 36, out./dez. 2000. p. 351.

[632]NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato.* Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 242-243.

[633]BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil de terceiro por lesão à situação jurídica contratual*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2005, nota de rodapé p. 91. Sobre a proteção externa do contrato contra ataques injustos por parte de terceiros: o autor explica que a fundamentação é o que denomina *situação jurídica*, não concordando com autores que enfatizam como fundamento a função social do contrato e que a "possibilidade de oposição é fundada na no princípio da função social do contrato sob um aspecto de solidariedade, no que, igualmente, pensamos de forma diversa por termos que a função social do contrato, ainda que guiada pela solidariedade, tem o aspecto de limitar a autonomia privada e, também, conformar as linhas gerais dos comportamentos contratuais, no sentido da impossibilidade de um efeito anti-social e não na criação de um dever geral de respeitar a posição contratual, o que, lembremos, principalmente, é um interesse individual. Aliás, se assim fosse, a propriedade e empresa, também dotadas de função social, seriam protegidas, unicamente, desde a função social, o que, sabidamente, não é o caso. Além disso, a compreensãop da função social encerra um elemento variável, a ser aplicado à luz de casos concretos, sempre no sentido do aproveitamento social do direito, que, por óbvio, se ofender a coletividade não poderá gerar efeitos jurídicos pretendidos por seu titular. Parece-nos ser excessiva a compreensão de que tudo se resolveria pela função social unicamente, seria como afirmar que o direito sempre objetiva o bem comum, ora isso não significa a não aplicação das demais disposições normativas existentes (...)". De nossa parte, sem pretender acirrar polêmica, pensamos que a função social do contrato é sim limite a autonomia privada e que uma interferência injusta e deletéria na relação contratual alheia fere a finalidade social dos contratos, já que é esta mesma sociaedade que autoriza que as relações contratuais ganhem vida e se desenvolvam. Portanto, uma agressão a este bem social é uma

atenuante do princípio da relatividade. A professora menciona casos de violação de sigilo, ou seja, casos em que, em tese, o terceiro que contrata a revelação das informações sigilosas pode ser responsabilizado pelo credor da obrigação, citando caso ocorrido em *Hollywood*, com o filme *O informante – The insider –*[634] onde se discute a possibilidade da emissora de TV ser responsabilizada pela Companhia de Cigarros, por esta ter com o mencionado informante, contrato de sigilo que era do conhecimento daquela. *O Informante* estava obrigado contratualmente a não revelar nada do que tivesse conhecimento em função de sua atividade naquela empresa. A autora recorda que no filme, a exibição da entrevista chega a ser suspensa por expressa recomendação do departamento jurídico da TV, temendo ser responsabilizada por *tortius interference*.[635] Seria o caso de uma empresa de refrigerantes que adquirisse a fórmula original da *Coca-Cola* de um funcionário desta.

---

agressão à sociaedade, protegida, em nível da atividade contratual, pelo princípio da função social do contrato insculpido na cláusula geral do art. 421 do CCB 2002.

[634]Filme dirigido por Michael Mann e escrito por Eric Roth, Michael Mann e Marie Brenner, como base no livro desta última, apud NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato.* Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 242.

[635]MATIAS, João Luiz Nogueira; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. A função social do contrato. A quebra eficiente e o terceiro ofensor. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso_de_paula_pinheiro_rocha-1.pdf>. Acesso em: 10 out. 2008. Sobre Tortious Interference with Contracts: "No direito norte-americano, o ilícito civil de interferência é vislumbrado em duas vertentes: 1) *interference with contracts;* e 2) *interference with prospective bussines.* O primeiro pressupõe a existência de uma relação contratual na qual se interfere de forma a romper o vínculo existente. O segundo tão somente uma atuação que interfere com negócios futuros. A existência de tal ilícito pressupõe uma noção de *fair play* dentro do mercado. Pretende-se reprimir que um determinado indivíduo atue de forma desleal ou desconforme o direito em relação às relações jurídicas de outrem. Tal concepção traduz-se no "*Unlawful Means Test",* um padrão ou "teste" aplicado ao caso concreto pelos juízes para verificar a caracterização do ilícito. As origens deste ilícito deitam raízes nas relações entre locador e locatários e nas relações entre empregadores e empregados. As cortes de justiça garantiam este remédio contra terceiros que induziam os locatários a sair e aos empregados a abandonar o emprego. Tal figura de ilícito surgiu exatamente porque, à época, não existia um remédio dentro da teoria dos contratos, pois tais relações eram por tempo indeterminado e podiam ser finalizadas a qualquer momento. Outro precedente famoso ocorreu em 1853, no caso *Lumley v. Gye.* Lumley era o dono de uma casa de ópera, que moveu a referida ação contra Gye, um dono de teatro rival, pois este teria induzido uma famosa cantora de ópera Joanna Wagner, a quebrar o contrato de performance com Lumley. No caso, a tese defendida por Lumley era a extensão da regra de indução das relações de locador-locatário para a relação contratual em questão. A decisão da tribunal levou em consideração a natureza da relação sobre a qual recaiu a interferência e sua similaridade com a relações onde a atuação de um terceiro sobre uma relação obrigacional de outrem causa dano a uma das partes envolvidas. Outro exemplo, mais atual e bastante conhecido tanto pelo seu caráter iconográfico, como pelos elevados valores envolvidos é o caso "*Texaco v. Pennzoil*", em 1.987. Em um breve relato do caso, duas empresas da área de petróleo e gás, Pennzoil e Getty Oil, negociavam os termos da compra de parte das ações da segunda e uma possível fusão e reestruturação da mesma. Diversas tratativas já haviam sido realizadas, chegando-se aos fundamentos básicos de um acordo. Além disso, as duas empresas divulgaram ao mercado a existência desse princípio de acordo, segundo matéria do *Wall Street Journal* em 5 de janeiro daquele ano. Entretanto, durante estas negociações e antes da formalização de um documento final, a Texaco, analisando o possível valor das ações da Getty Oil e os possíveis benefícios de uma aquisição. Assim, a Texaco propôs uma oferta pela integralidade das ações da Getty Oil por um valor superior ao oferecido pela Pennzoil. Os executivos e proprietários das ações da Getty Oil aceitaram a proposta da Texaco, emitindo um novo *press release* sobre a aquisição. A Pennzoil moveu então uma ação de responsabilidade por ato ilícito (*tort)* contra a Texaco. O resultado foi uma indenização de bilhões de dólares a ser paga à Pennzoil, sendo reconhecido que a Texaco, de forma consciente, interferiu com uma relação contratual alheia. O

Numa concepção clássica e voluntarista, essa tese encontraria duplo óbice para que o terceiro fosse alcançado, o terceiro que contrata com o devedor comum uma obrigação incompatível, isso porque na concepção voluntarista, a eficácia do contrato está circunscrita à relação entre devedor e credor, não sendo admissível que um terceiro, alheio à relação, possa ser responsabilizado por força de um outro contrato, o qual, diz a autora, "também estaria 'encerrado', como que numa cápsula, no estreito âmbito das relações entre as partes daquele específico contrato".[636]

A esse respeito se posiciona Pietro Perlingieri[637], quando afirma que:

> Mesmo o crédito é, de um certo ponto de vista, um bem, e enquanto tal deve ser respeitado por todos. Tome-se, como exemplo, o fato ilícito de terceiro que provoque a morte do devedor impedindo assim ao credor de satisfazer o próprio interesse; o dano do terceiro não configura um inadimplemento (o terceiro não era devedor), mas um fato ilícito relevante nos termo do art. 2.043. Há portanto uma ampliação das fronteiras da responsabilidade extracontratual, em relação ao *princípio da solidariedade constitucional*: Se o comportamento do sujeito é lesivo de uma situação juridicamente relevante (absoluta ou relativa) de maneira a provocar um dano injusto, não há motivo de excluir a responsabilidade de quem provocou a lesão (grifo nosso).

Como fundamento maior então dessa amplitude da área de abrangência da relação obrigacional, está, conforme o autor estudado, o princípio constitucional da solidariedade, do qual o princípio da função social do contrato é corolário. Essa maior extensão de perímetro proporciona que situações como as constantes do exemplo sejam alcançadas de forma a responsabilizar-se o terceiro que provoque, aqui, entendemos, de forma intencional, o descumprimento da prestação, causando prejuízos ao credor.

O citado art. 2.043 do CC italiano preceitua que: *Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri um danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso Il fatto a risarcire il*

---

interessante a ser observado é que foram estabelecidos danos punitivos na esfera de bilhões de dólares. O que ressalta que o valor elevado da condenação não só levou em consideração o preço de mercado da parte pretendida das ações da Getty Oil, ou os custos que a Pennzoil teve com a negociação e a posição que estaria caso o contrato tivesse sido adimplido. A ordem jurídica americana foi além e estabeleceu uma condenação adicional – *punitive damages* – com o intuito de punir a conduta da Texaco, bem como de prevenir condutas similares. Esta noção de que existe um ilícito civil, um errado (*tort*), em interferir com um uma relação contratual alheia, punível em valores adicionais aos da mera compensação pela quebra do contrato, ressalta de forma clara a existência de um interesse social em preservar a tranqüilidade e a estabilidade das relações contratuais. Na ótica da teoria da quebra eficiente, tais danos punitivos não deveriam ser estabelecidos, pois eles estariam a "artificialmente" inviabilizar as quebras eficientes, teoricamente mais benéficas à sociedade (...)" .

[636]NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato.* Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 243.

[637]PERLINGIERI, Pietro. *Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 142.

danno[638] – que se assemelha ao art. 927 do CCB[639] – conforme Francesco Donato Busnelli[640], a cláusula geral contida naquele artigo fundamenta a tutela externa do crédito. O autor italiano utiliza como argumento contrário à tese de uma concepção estreita do princípio da relatividade, a possibilidade de um terceiro realizar a prestação, extinguindo dessa forma o crédito, como no caso do art. 304 do CCB 2002[641] acrescentando que essa possibilidade seria o outro lado da moeda da lesão ao crédito, ambas representando manifestação do que denomina de: incidência da atividade do terceiro sobre o direito de crédito.

Como percebemos pelos exemplos e pelas teses apresentadas, a questão envolvendo a tutela externa do crédito está longe de pacificação. O enquadramento da lesão de crédito por terceiro como hipótese de dano injusto – art. 927 do CCB –, que parece fácil, contraria frontalmente a atual doutrina majoritária, que considera que a injustiça do dano pressupõe a violação de um direito subjetivo absoluto e que inclusive diferenciaria esta responsabilidade extracontratual, da responsabilidade contratual, sendo esta específica da violação de um direito relativo.[642]

No Direito brasileiro essa questão da tutela externa do crédito é tratada com parcimônia, apesar de ser tese bastante fundamentada e não ser nova, mas que ganha novo impulso após a edição do CCB 2002, através da cláusula geral da função social do contrato, como pudemos até aqui observar. A resistência certamente deve-se à nossa tradição, no que diz respeito ao Direito contratual, de insistir no hermetismo da relação obrigacional, mais especificamente a contratual e no binômio credor-devedor, sendo raro admitir que se possa extrapolar seus limites, tanto objetivos, quanto subjetivos, estendendo seus efeitos além de suas fronteiras e além daqueles que a lei prevê. De nossa parte, entendemos que a parcimônia que traduz incerteza deve ser paulatinamente transformada na certeza da utilização prudente, o que temos certeza passará a ocorrer com mais frequência, a partir de uma compreensão – e utilização – correta do princípio da função social do contrato, observado através da lente do princípio maior, que é o da solidariedade. Pouco a pouco há de se entender que o sistema

---

[638]"Qualquer fato doloso ou culposo, que ocasione aos outros um dano injusto, obriga aquele que haja cometido o fato a ressarcir o dano" (*tradução livre do autor*).

[639]Art. 927 do CCB: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

[640]BUSNELLI, Francesco Donato. *La lesione del credito da parte di terzi*. Milano: Giuffrè, 1964. p. V-VII (*premessa*).

[641]Art. 304 do CCB: "Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor. Parágrafo único. Igual direito cabe ao terceiro não interessado, se o fizer em nome e à conta do devedor, salvo oposição deste". Por exemplo: Seria o caso do adquirente de imóvel hipotecado que está autorizado a pagar a dívida e resgatar a hipoteca.

[642]NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato.* Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 257.

capitalista, que bom o mau, é o que ora temos, deve ser fundado nessa mesma solidariedade e não em práticas odiosas empregadas a título de práticas negociais arrojadas, e o pior, com o beneplácito conservador do Direito que anda anos luz atrás dos fatos.

6.7.2.5 Análise de dispositivos do CCB de 2002 fundados no princípio da função social do contrato

Procurando com sucesso demonstrar que o princípio da função social do contrato não existe somente no campo das ideias, sendo, por outro lado real e efetivo, com aplicação no campo prático, Flávio Tartuce apresenta rol de dispositivos do CCB, onde visualiza o princípio, que o autor comenta, carregados do que mais importante há no âmago desse princípio, que é a valorização da pessoa humana, que consiste numa fusão de preceitos patrimoniais e pessoais, que asseguram o mínimo de dignidade ao sujeito de direito. De forma sintética, destacaremos alguns deles, os que entendemos mais importantes para o escopo didático deste trabalho.

6.7.2.5.1 Sobre o art. 108 do CCB

"Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóvel de valor superior a 30 vezes o maior salário mínimo vigente no País."

O mencionado dispositivo substituiu o art. 134, II, do CCB de 1916 utilizava como parâmetro a quantia de *cinquenta mil cruzeiros*. Assim, apesar de não ser novidade, o mérito do artigo 108 foi o de introduzir como parâmetro o salário mínimo, que por tratar de matéria de ordem pública, não fere o preceito contido no art. 7.º da CF de 88 que preceitua que o salário mínimo não pode ser utilizado para outros fins que não aqueles previstos no preceito e que se referem às necessidades básicas do cidadão. Justifica Flávio Tartuce[643], que o revogado dispositivo já nem mesmo era utilizado, em face da impossibilidade de se atualizar a citada quantia, que mesmo atualizada, seria irrisória, tornando o dispositivo, letra morta. Por isso, o professor entende que o art. 108, mesmo incluído em capítulo que trata do negócio jurídico, mantém íntima ligação com o princípio da função social do contrato, porque protege as

[643]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 112-114.

pessoas pobres que adquiram imóvel de pequeno valor, ou que adiram a contratos onde são parte mais fraca e onde não seja possível reversão das despesas, já que nos termos do art. 490 do CC, as despesas de escritura correm por conta do comprador.

6.7.2.5.2 Sobre o art. 157 do CCB

"Ocorre lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta."

Tartuce[644] atribui-lhe natureza mista, ou seja, como vício do consentimento – entre o erro, o dolo, a coação e o estado de perigo –, entretanto não se podendo afastar a influência social, daí considerando-a também vício social – entre a simulação e a fraude contra credores – pela repercussão que pode gerar sua manutenção no negócio ao seio da sociedade. Na verdade, conforme obtempera o autor, o desafio de descobrir o sentido do instituto é uma constatação ainda na atualidade, devido à grande quantidade de contratos desproporcionais que hoje são celebrados. Não é difícil lembrar uma situação dessas, basta verificar os preços alcançados por um veículo após seu financiamento, chegando, muitas vezes, duplicar seu valor. Também, na atualidade, casos de contratos de mútuo em consignação para aposentados e pensionistas, que tem causado um grave problema social, na medida em que tais pessoas têm sido, digamos, cooptadas por anúncios de *dinheiro fácil*, através de vários artifícios utilizados pelo sem número de financeiras que ultimamente aportaram o mercado de crédito, consistentes em ardis, que envolvem até festas ao ar livre, como já presenciamos, com oferta de café e guloseimas aos aposentados e pensionistas, que ao saírem, levam consigo a certeza de que entraram numa ciranda da qual dificilmente se livrarão. Tem sido comum também, que parentes desses aposentados usem a *facilidade* que seus bondosos pais ou avós têm de conseguir crédito, para adquirir veículos e outros bens de consumo, deixando, muitas vezes, para os aposentados o desconto em sua minguada aposentadoria, causando-lhes imenso sofrimento e privação.

O negócio assim celebrado, ou seja, contendo o vício da lesão, estará sujeito a anulabilidade, nos termos do art. 171, II, do CCB[645], entretanto, a anulabilidade poderá ser afastada "se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a

[644]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 210-212.
[645]Art. 171 do CCB: "Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: 28
I - por incapacidade relativa do agente;
II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores".

redução do proveito", conforme o § 2.º, do art. 157[646] o que possibilita a revisão extrajudicial do contrato. Este preceito é informado pelo princípio da manutenção do contrato, que é princípio anexo ao da função social do contrato e firme na convicção de que o instituto da lesão possui matiz social[647], afirma o autor – e com o que concordamos – que o juiz, na análise de um eventual caso de lesão[648], deverá atentar para situações que permeiam o negócio, tais como, condição econômica das partes, circunstâncias em que o fato foi celebrado, podendo-se incluir, perfil educacional e cultural.[649]

Interessante observação de ordem prática faz o autor[650] quando reconhece *uma relação simbiótica* entre o princípio da função social, da boa-fé objetiva e a consignação em pagamento, explicando que, a parte, em pedido de revisão contratual, diante da alegação de descumprimento da função social do contrato por onerosidade excessiva, comprova sua boa-fé, quando utilizando do instituto da consignação extrajudicial, prevista no art. 334 do CCB

---

[646]Art. 157 do CCB: "Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.
§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.
§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito".

[647]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 219. "Com fundamento nos arts. 421 e 2.035, parágrafo único, ambos no novo CC, podemos afirmar que a proteção da parte vulnerável da relação negocial interessa a toda a coletividade, eis que a liberdade contratual deverá ser exercida nos limites da função social do contrato".

[648]BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 98. Sobre o critério de avaliação da lesão: "O sistema do novo Código Civil filiou-se ao critério judicial para avaliação da lesão. De fato, o art. 157 não estabelece um método para aferição da lesão (por exemplo, um determinado percentual), referindo-se exclusivamente a 'prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta', de modo que a constatação da desproporcionalidade deve-se resolver caso a caso, em atenção ao princípio da equivalência das prestações". A autora cita Anelise Becker, (BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 110.) que explica que: "Quando se fala em equivalência das prestações, não se deve ver a justiça unicamente na igualdade. A equivalência as prestações, que é ideal nos contratos bilaterais, dificilmente será absoluta, uma troca de valores iguais, exatamente equivalentes: trata-se de uma equivalência relativa, que admite ser julgada com o critério da razoabilidade e em consideração às circunstâncias do caso, das pessoas, do lugar e da época".

[649]NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 28. Conforme o professor Noronha, "o erro do positivismo jurídico (que dominou a ciência jurídica novecentista e que ainda colhia a maioria dos sufrágios durante a primeira metade do nosso século XX, tendo, aliás, ainda hoje, muitos e ilustres defensores) foi tentar isolar no tempo e no espaço cada sistema jurídico, para analisá-lo independentemente de suas relações com o meio social, das lutas de interesses, dos compromissos, das metas e dos valores da sociedade. Todas as escolas positivistas, desde a da exegese francesa e da pandectística alemã, ambas do século XIX, até ao kelsenismo e ao neopositivismo deste século XX, enclausuravam o jurista numa torre de marfim, condenando-o, nas palavras de Betti, a fazer 'arida analisi formale, astrattamente concettualistica'. No século XIX, ao tempo do pandectismo, Windscheid, que, segundo o testemunho de Wieacker, é o jurista alemão mais citado ate hoje, dizia abertamente que 'considerações de caráter ético, político ou econômico não são assunto dos juristas, enquanto tais'. (...) Hoje, felizmente, é pujante toda uma corrente que, sob as mais diversas denominações, vê no direito mais do que um conjunto de normas, que vê nele normas ordenadas em função de princípios e valores fundamentais."

[650]TARTUCE, op. cit., p. 220-221, nota 647.

c/c art. 890 do CPC, deposita a quantia que entende justa para discutir a sobre-parcela que alega injusta. O professor enfatiza, que essa possibilidade, bem expressa o bom senso do legislador e a interação sincronizada entre os princípios da operabilidade, da simplicidade e da eticidade.

6.7.2.5.3 Sobre o art. 170 do CCB

"Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade".

Observa-se uma relação com o princípio da função social do contrato,[651]quando, na busca da vontade real, procura-se o equilíbrio entre as partes e o negócio é analisado no plano prático e concreto, o que afasta o caráter individualista e o tecnicismo do CCB de 1916. Essa chamada conversão do contrato exige um componente subjetivo, ou seja, que as partes queiram o novo contrato e que estejam conscientes da nulidade que acomete o contrato celebrado, ou seja, conforme Teresa Luso Soares[652], a conversão é "o meio jurídico em virtude do qual, verificados certos requisitos, se transforma noutro um negócio jurídico inválido, para salvaguardar, na medida do possível, o resultado prático que as partes visavam alcançar com aquele".

Um bom exemplo é a conversão do contrato nulo de compra e venda de um imóvel de valor superior a trinta salários mínimos por falta de celebração de escritura em um contrato preliminar[653] de compromisso bilateral de compra e venda, caso as partes desejem assim manter o negócio, já que possuem a mesma natureza jurídica.[654]

Com efeito, a manutenção do contrato que interessa às partes tem importância social e também interessa à sociedade, na medida em que se busca a valorização da relação contratual como ente social, que vai bem além da formalidade, que, apesar ter que ser respeitada, não deve contrariar os legítimos interesses das partes. É muito comum em regiões mais longínquas do nosso imenso país, negócio desse tipo serem entabulados sem qualquer formalidade, até porque, se não fosse assim, não seriam possíveis.

---

[651]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 226.
[652]SOARES, 1986, apud TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 224.
[653]Art. 462 do CCB: "O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado".
[654]TARTUCE, op. cit., p. 226, nota 651.

Com a propriedade é assim, como já tivemos oportunidade de comentar, após a CF de 88. É assim também com a empresa[655], que após ser reconhecida como ente social passou a interessar juridicamente, também à sociedade, veja-se pela lei n.º 11.101, de 09/02/2.005, que *Regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária*, que deixa bastante claro que antes da falência, em nome do reconhecimento da empresa como ente social de grande, se busca sua recuperação.

6.7.2.5.4 Sobre o art. 406 do CCB

"Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional".

A questão envolvendo a cobrança de juros é sempre pertinente e tormentosamente polêmica, pelo que, sem nos envolvermos nos dissensos, seguiremos nessas poucas linhas, o que entendemos correto nessa matéria.

Primeiramente preferimos aceitar que o percentual de 1% ao mês é o que se encontra vigente para os juros moratórios, por força do que preceitua o art. 161, § 1.º, do CTN[656] e não pela taxa SELIC, conforme Enunciado n.º 20 da I Jornada de Direito Civil do CJF, cujo enunciado é o seguinte:

> A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, §1.º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% (um por cento) ao mês. A utilização da taxa Selic como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque o seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com o a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e

[655] Sobre a função social dos meios de produção (dentre eles a empresa) - SILVA, José A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 287. O princípio da função social da empresa, tal qual os princípios da função social da propriedade urbana e da função social da propriedade rural, é decorrente do princípio constitucional da função social da propriedade, e a ele está intimamente vinculado. Assevera José Afonso da Silva, que o princípio constitucional da função social da propriedade "ultrapassa o simples sentido de elemento conformador de uma nova concepção de propriedade como manifestação de direito individual, que ela, pelo visto, já não o é apenas, porque interfere com a chamada propriedade empresarial" e conclui que o "direito de propriedade (dos meios de produção principalmente) não pode mais ser tido como um direito individual", devendo ele atender primariamente às necessidades da sociedade, isto é, à sua função social.

[656] Art. 161 do CTN: "O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido dos juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas na Lei ou em lei tributária.
§ 1.º. Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês".

> pode ser incompatível com o art. 192, § 3.º, da Constituição Federal[657], se resultarem juros reais superiores a 12% (doze por cento) ao ano.

Bem, com relação aos juros convencionais, entendemos[658] que estão limitados a 2% ao mês e 24% ao ano, nos termos da do art. 1.º da Lei de Usura (Decreto n. 22.626, de 07/4/1933), sendo essa a taxa que deve ser praticada também no caso do empréstimo bancário, estando em perfeita sintonia com o princípio da função social do contrato que é preceito de ordem pública.

Se os juros são esses, volta a pergunta que não quer calar: Por que as instituições financeiras cobram praticamente o que querem de juros, captando dinheiro a juros que às vezes nem chegam a 1% ao mês e emprestando o mesmo dinheiro a juros que variam de 5% a 12% ao mês?

Flávio Tartuce[659] afirma que a livre convenção dos juros moratórios, muitas vezes em *limites astronômicos*, não se adéqua à ideia de um direito privado mais justo e social.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho[660], cuidam assim do tema, em bem posto trecho de sua obra, que nos permitimos reproduzir:

> Falar sobre a aplicação de juros na atividade bancária é adentrar em um terreno explosivo.
>
> De fato, fizemos questão de mostrar como a disciplina genérica do instituto, bem como as peculiaridades encontradas em uma relação jurídica especial, como a trabalhista, em que o próprio ordenamento reconhece as desigualdades dos sujeitos e busca tutelá-los de forma mas efetiva, reconhecendo que, mesmo ali, ainda é observada, no final das contas, a regra geral.
>
> Isso tudo para mostrar que 'há algo de errado no reino da Dinamarca' quando se fala da disciplina dos juros bancários no Brasil.

---

[657]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 290. Conforme explica o professor Tartuce, após a edição da Emenda Constitucional n. 40, "o parágrafo terceiro (§ 3.º as taxas de juros reais, nelas incluídas as comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar) do citado art. 192 foi revogado, bem como os demais. Art. 192 da CF de 88 (alterado pela EC 40): O sistema nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram".

[658]Ibid., p. 191.

[659]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 292.

[660]GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil.* Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 322.

> Tal jocosa afirmação se dá pela circunstância de que, lamentavelmente, o Supremo Tribunal Federal, ao editar a Súmula 596, firmou entendimento no sentido de que 'as disposições do Decreto 22.626 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas e privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional'.
>
> Em nosso entendimento, sob o argumento de que a atividade financeira é essencialmente instável, e que a imobilização da taxa de juros prejudicaria o desenvolvimento do país, inúmeros abusos são cometidos, em detrimento sempre da parte mais fraca, o correntista, o depositante, o poupador.

Assim, concordamos com Tartuce[661], quando afirma ser a Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal francamente inconstitucional e que deve ser revogada.

Nos resta esperar que os bons ventos da função social dos contratos, após devidamente compreendido, seja efetivamente aplicado pelo Judiciário e que em nome da paz social as instituições financeiras recebam o mesmo tratamento que todos os demais cidadãos nacionais têm recebido. Talvez assim possamos resolver aquela questão que abordamos e que envolve os aposentados e pensionistas que são verdadeiramente embromados e extorquidos por instituições financeiras, nos tais contratos de consignação, comprometendo, em alguns casos, como tem sido divulgados cotidianamente, mais de 70% de seus parcos vencimentos.

A esta altura do trabalho seria bom salientar que quando o Estado interfere na esfera privada o faz visando o bem comum e nem poderia ser diferente. Foi assim com as relações de trabalho, de consumo, com os contratos de planos de saúde, de telefonia móvel, etc. Toda vez que a desproporção entre os contratantes atinge escalas intoleráveis, o Estado age – ou deveria agir –, através da elaboração de legislação reguladora e da ação do judiciário. Assim, nos fica claro, que toda legislação que busque estabelecer, p. ex., como já vimos, proteção ao inexperiente ou necessitado que se endivida de forma desproporcional, o teto de juros cobrados, a manutenção do contrato, o valor mínimo para celebração de escritura pública, o faz em nome do interesse púbico e, como o legislador do CCB 2002 trouxe vários desses dispositivos para o plano legal, podemos afirmar que o Código Civil Brasileiro tem, como escopo, o bem social, antes de tudo. É certo que o patrimônio privado está mantido e garantido e não se tornou desimportante, mas o interesse público paira soberano sobre tudo e sobre todos. É essa a nossa atual realidade e é com ela que temos que nos acostumar a conviver. E não é somente na letra, mas na prática. Não poderemos vencer as injustiças que presenciamos todos os dias, se principalmente nós, que militamos no meio jurídico, não

---

TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 293.

entendermos e observarmos de uma vez por todas essa tendência. Se não fosse assim, não nos incomodaria assistir as administradoras de cartões de crédito, que são na verdade agências de cobrança que aplicam juros escorchantes, entre dez, treze e até dezoito por cento ao mês, serem equiparadas, por Súmula do STJ a instituições financeiras para escapar da Lei de Usura[662], em decisão que francamente escapa ao princípio da função social. Não pode haver resignação diante de tais disparates.

Na sequência destacamos a importância da função social no estabelecimento de regras de proteção aos contratos de adesão no CCB 2002, o que já era uma realidade nas relações de consumo, principalmente, para fins deste estudo, no que toca ao art. 423.[663]

Por contrato de adesão, entenda-se aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte – fornecedor –, *ne varietur*, isto é, sem que o outro parceiro – consumidor – possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito.[664]

Essa forma de conceituar o contrato de adesão como contrato de consumo dificulta sua visualização nas relações civis, já que quando se pensa em contrato de adesão, se pensa em Código de Defesa do Consumidor e em seu art. 54.[665] Assim, mais uma vez nos valendo da obra de Tartuce[666], reproduzimos dois exemplos que bem reforçam essa diferença:

---

[662]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 291. Sobre o assunto, posiciona-se o professor Tartuce: "Não concordamos, em hipótese nenhuma, com o teor de recente súmula do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos: 'Súmula 283: As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por eles cobrados não sofrem as limitações da lei de Usura'. Entendemos que a Lei de Usura está em total sintonia com a proteção constante na Lei 8.078/1990. Logicamente, se às instituições financeiras deverão ser aplicadas as regras do Código de Defesa do Consumidor, há um total dissenso nessa recente súmula". Referências da Súmula: Enunciado: As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura.
Fonte:
DJ DATA:13/05/2004 PG:00201
Data da Decisão: 28/04/2.004
Órgão Julgador: S2 - SEGUNDA SEÇÃO
Referência Legislativa:
LEG:FED DEC:022626 ANO:1933

[663]Art. 423 do CCB: "Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente".

[664]MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 58.

[665]Art. 54 do CDC : **"**Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.
§ 1º - A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.
§ 2º - Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no § 2º do artigo anterior.

> Visualizando em termos práticos, exemplificamos com uma situação em que uma pessoa adquire um tapete. Ela vai até uma loja especializada e discute todos os termos do contrato, barganhando o preço e impondo até mesmo a data da entrega, celebrando para tanto um instrumento sob forma escrita. Essa pessoa é consumidora, mas o contrato assumiu a forma paritária. Aplica-se todo o Código Consumerista, com exceção do que consta do seu art. 54, aquele que conceitua o contrato *standard*.
>
> Partindo para outro exemplo, em situação oposta, vejamos o caso de um contrato de *franchising*, ou franquia. O franqueado recebe toda a estrutura do franqueador, que cede inclusive o direito de utilização da marca. Nesse contrato, observa-se que o franqueado recebe toda essa estrutura não como destinatário final, mas como intermediário, para repassar aos consumidores finais, que irão adquirir seus produtos ou serviços. Esse contrato, para nós, não assume a forma de contrato de consumo, mas, na prática, é contrato de adesão, já que o franqueador impõe todo o conteúdo do pacto, na maioria das vezes.

Sanada essa usual dúvida, já que da análise dos dois exemplos, podemos bem facilmente verificar que não é porque um contrato é regido pelo estatuto consumerista que será de considerado contrato de adesão, podendo assim configurar-se, quando regido pelo Código Civil, e por óbvio, razão da inclusão dos dois dispositivos no CCB 2002, pois se assim não fosse, deveríamos entender de duas formas, ao nosso ver, equivocadas: a primeira, de que não há contrato de adesão em se tratando de relação civil e a segunda, que, admitindo sua existência, entenderia que o CDC bastaria para regular todo e qualquer contrato de adesão, numa interpretação maximalista do direito do consumidor[667], à qual não nos alinhamos.

Com relação ao interesse social representado pela proteção dos contratos de adesão no CCB 2002 não há mais dúvida, pois o art. 423 prevê interpretação contra o que estipula – *interpretatio contra stipulatorem* – e a favor do aderente, regra esta consagrada, conforme já comentamos, entretanto, surge alguma crítica com referência ao texto do artigo, propondo o

---

§ 3º - Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.
§ 4º - As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.
§ 5º - (*Vetado.*)".

[666]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 238.

[667]Ibid., p. 238-239. Sobre a interpretação maximalista: "Somos adeptos, nesse sentido, de uma interpretação finalista do Código de Defesa do Consumidor, conforme Cláudia Lima Marques propõe, na obra já citada, não concordando com qualquer tendência de ampliar o conceito de consumidor ou de relação de consumo, como fazem os adeptos de uma teoria denominada maximalista". Segue o professor, explicando que os maximalistas entendem que o CDC é aplicável a todos os contratos de adesão, inclusive os de locação. O professor põe-se contra, fundamentando sua posição, dentre outras, com o fato de que o art. 29 do CDC, por ser norma de ordem pública, não comportar interpretação extensiva e ainda, porque os microssistemas importantes, como é o caso da Lei do Inquilinato, não podem sucumbir à luz do CDC, o que tiraria, de certa forma, o prestígio do novo CCB.

deputado Ricardo Fiúza[668] que passasse a constar, principalmente, a obrigatoriedade da utilização de termos claros, com caracteres ostensivos e legíveis, o que foi rejeitado pelo parecer do deputado Arruda Alvim, presidente da Comissão de Redação, Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, sob o argumento de que as alterações seriam desnecessárias, porquanto já pacificadas na doutrina e na jurisprudência nacional, além de constar no CDC.

6.7.2.5.5 Sobre o art. 317 do CCB

Conforme Tartuce,[669] o art. 317[670] do CCB de 2002, que cuida da revisão do contrato, é informado pela antiga cláusula surgida no direito canônico – *rebus sic stantibus* –. Assim, ao menos em tese, para que a parte possa alegá-la, dentre os demais requisitos, deverá comprovar a imprevisibilidade do acontecimento que tornou sua prestação manifestamente onerosa. O autor lamenta que muitas decisões dos tribunais desconsiderem o dispositivo, muitas vezes sob alegação de que determinados fatos não são imprevisíveis, a exemplo da inflação em tempos de crise, como se todo contratante fosse obrigado a conhecer os vieses da macroeconomia nacional e apenas para fins de bem esclarecer, citamos, sem analisarmos o caso, uma parte do acórdão n. 122.975, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal,[671] onde se vê esse tipo de fundamentação: "(...) IV – Quanto a aplicação da chamada teoria da imprevisão, não deve esta ser utilizada, porquanto em nosso país não é novidade a adoção de planos econômicos, mormente em situação de inflação alta, como a narrada pelo apelante".

Por outro lado, a teoria da finalidade social do contrato não está claramente presente neste dispositivo,[672] já que a imprevisibilidade que é requisito para que se possa alegar o desequilíbrio e que deverá motivar a revisão contratual, por ser de difícil prova, retira do dispositivo o alcance pretendido, ainda mais atualmente, como temos visto e ouvido, quando

[668]FIÚZA, Ricardo. *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 77.
[669]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 356.
[670]Art. 317 do CCB: "Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação".
[671]TJDF, Processo: Apelação Cível 19980110055113, acórdão: 122.975, Órgão julgador: 5ª Turma Cível, data: 18/11/1999, relator: Asdrubal Nascimento Lima, publicação: Diário da Justiça do DF: 22/03/2000, p. 28. Observação: TJDF APC-44780/1.997 STJ Súm. 93, apud TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 258.
[672]TARTUCE, op. cit., p. 263, nota 669. "De acordo com o que já deixamos claro, o próprio Código Civil prevê, em seu art. 2.035, parágrafo único, que a matéria de relativização da força obrigatória e a função social do contrato são regras de ordem pública e interesse social. Sob tal enfoque, não está a previsão do art. 317 adequada com a concepção aqui demonstrada e defendida".

estamos em meio a uma crise uma mundial sem precedentes e que a qualquer momento poderá interferir nas relações contratuais, muitas vezes causando uma onda de instabilidade que compromete a vida das famílias e das empresas endividadas – como a maioria – e que é de conhecimento de muitas pessoas. Na verdade, nos dias de hoje, poucas situações são inesperadas, devido aos meios de comunicação de massa, à *internet*, etc., não sendo raro se ouvir em alguma reunião de populares, ao lado de debates sobre futebol, também sobre economia. Agora, uma coisa é esperar, outra é prever seus efeitos.

Dessa forma, sobre o art. 317, Tartuce pondera ser desnecessário que os fatos que ensejam a revisão contratual sejam imprevisíveis e argumenta que o CCB adotou de forma ostensiva o princípio da função social do contrato no art. 421 e observa:

> (...) se o Código de Defesa do Consumidor, que adotou a função social do contrato como princípio, abraçou também a teoria da eqüidade contratual – revisão por simples onerosidade, não necessitando da prova de fato imprevisível –, como poderia o novo Código Civil, que traz o mesmo regulamento básico contratual, adotar a teoria da imprevisão dos negócios jurídicos patrimoniais. Muitas vezes, na verdade, percebem-se equívocos cometidos pela jurisprudência em relação às duas órbitas. Entendemos que isso contraria a ordem natural das coisas e toda a tendência de direito social surgida com a emergência dos direitos da personalidade, conforme expusemos no início do nosso trabalho (...).

Buscando fundamentar suas afirmações, o autor faz uma comparação entre o art. 317 e o art. 480 do CCB 2002, que preceitua: "Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.", o que causa dúvida sobre qual dos dois deverá ser aplicado, já que o art. 317 exige os *motivos imprevisíveis*, para que surja o direito à revisão contratual e após várias ponderações, sugere que seja utilizada a fórmula prevista no Enunciado 17, aprovado pela I Jornada de Direito Civil do Conselho Superior da Justiça Federal, que prevê: "a interpretação da expressão *motivos imprevisíveis*, constante do art. 317 do novo Código Civil, deve abarcar tanto as causas de desproporção não previsíveis, como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis".[673]

A respeito do art. 478, que cuida da resolução e não da revisão contratual[674] por tratar-se de medida radical somente justificada em casos emergenciais, está de acordo com o princípio da função social do contrato no sentido de que seja mantida a segurança jurídica.

---

[673]TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004. p. 262.
[674]Ibid., p. 264.

Entendemos que a imprevisibilidade é uma exigência que vem de longe, ou seja, desde o direito canônico, através da citada *cláusula rebus sic stantibus* e deve ser mantida e aplicada nos termos em que foi entendida pelo Conselho Superior da Justiça Federal, conforme acima foi citado.

Com essa análise, entendemos ter demonstrado a importância prática desse princípio, na atividade do intérprete diante da nova realidade do Direito Contratual, que ganhou um novo contorno, bastando que seja aplicado de forma responsável, fundamentada e inspirada nos anseios de justiça social que emanam da nossa Constituição e do novo Código Civil.

Interessante para finalizar este estudo sobre a função social do contrato é a assertiva de Gerson Luiz Carlos Branco[675], quando formula raciocínio acerca do controle da colmatação desse importyante princípio insculpido na cláusula geral do art. 421 do CCB 2002:

> A aplicação do princípio da socialidade por meio de uma cláusula geral traz mais segurança do que a aplicação direta do princípio jurídico, sem mediação da lei, pois o sistema de uniformização das decisões dos tribunais e o controle da legalidade por parte do Superior Tribunal de Justiça podem ser um meio de balizar o conteúdo da cláusula geral.

Esta forma de observar a questão do controle do preenchimento do sentido da cláusula geral citada, demonstrando que esta aumenta a segurança na aplicação do princípio que a informa, é ponto crucial para a atuação do juiz, que deverá exercer sua liberdade na colmatação do sentido da norma – para que não se torne arbitrária –, em comunhão com as pautas que lhes são fornecidas pelo controle da legalidade das decisões judiciais.

Entretanto, fica o alerta do autor, para quem, apesar de possível recurso especial com fundamento no art. 105, III, da CF contra decisões que eventualmente sejam arbitrárias na colmatação da cláusula geral da função social do contrato, há que se considerar a Súmula 7 do STJ que impede a admissão de recursos em que a análise de matéria fática seja determinante para a decisão.

---

[675]BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos*: interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 290-291.

7 INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DO CONTRATO

7.1 Interpretação do Contrato

Como vimos, no contrato, numa visão clássica, se analisam duas vontades contrapostas, conforme aprendemos nos manuais jurídicos, ou seja, o intérprete debruça-se sobre o contrato que está à sua frente buscando apreender o que quiseram as partes dizer através do que escreveram, ou através do que não escreveram e quiseram dizer, já que o silêncio muito pode representar.

A passagem do que se pensa para o que se expressa geralmente é algo bastante complexo e não raro aquilo que se escreve ou se diz não expressa aquilo que pensamos. Além disso, mesmo que se tenha dito ou escrito exatamente aquilo que se pensou e que seja a real expressão da vontade daqueles que contratam, pode ocorrer que situações não previstas possam vir a modificar o que se expressou, ou seja, aquele acordo de vontades foi alterado por uma ação externa, devendo então o intérprete buscar o que realmente se quis através da expressão utilizada.

Como percebemos, não é tarefa fácil, já que muitas vezes, além daqueles vícios que interferem na vontade e que são previstos na legislação – o erro, o dolo, a coação, a lesão e o estado de perigo – o intérprete deverá atentar ainda a eventuais dúvidas, ambiguidades e obscuridades constantes do texto posto para sua análise, buscando seu sentido, buscando reorganizar as ideias daqueles que celebraram o contrato.

O legislador nacional, através de algumas regras, buscou auxiliar esse trabalho do intérprete, entretanto, tal tarefa é naturalmente dos juristas, conforme explica Alípio Silveira[676]:

> A função jurisdicional e o modo de exercê-la escapam a qualquer criação legislativa, não pertencem a ela, não podem ser colocadas dentro dela. Em consequência, quando o legislador quer dizer aos juízes de que modo estes deverão interpretar a lei, suas palavras nesta matéria resultarão necessariamente inoperantes.

Assim também pensa Silvio de Salvo Venosa[677]:

---

[676]SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. v. 1, p. 77.
[677]VENOSA, Silvio de Salvo. *Direto Civil* - teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2008. p. 436.

> A interpretação do negócio jurídico em geral, e do contrato em particular, situa-se na fixação do conteúdo, compreensão e extensão, da elaboração de vontade. Para isso, o julgador se valerá muito mais de regras empíricas, da experiência, do que de normas interpretativas estabelecidas na lei.

Nessa assertiva encontra-se, mais especificamente em seu final, encontra-se umas das razões para desconfianças e críticas a atividade jurisdicional, já que não é raro confudir-se *regras empíricas* ou *máximas de experiência* aplicáveis pelo juiz, com arbitrariedade judicial, o que não procede, conforme veremos adiante.

7.2 Interpretação da Lei – Interpretação do Contrato

Cabe aqui recordarmos que de acordo com inúmeros autores anteriormente citados, na interpretação dos contratos, o intérprete desempenha semelhante atividade à do intérprete da lei[678], podendo utilizar-se de todos os meios já consagrados e que acima estudamos, inclusive os critérios de integração. Aliás, como vimos, na atualidade, esse processo não se destaca, ou seja, quando interpreta, se integra, já que se deve, como estudamos, relacionar o contrato com o sistema no qual está inserido, estando ultrapassada, pois, a ideia da interpretação como análise pura e simples da vontade das partes, onde a supremacia do subjetivismo da autonomia da vontade cede lugar à autonomia privada, de perfil objetivo.

Portanto, numa nova concepção, podemos concluir que o contrato deverá ser analisado de acordo com o contexto no qual está inserido[679], o que denominamos de *meio ambiente contratual*, considerando-se, além da vontade daqueles participantes da relação contratual, também seus efeitos com relação a terceiros, nos termos de uma concepção de sociabilidade das relações privadas, o que acaba por alterar, como vimos, a intensidade de alguns princípios afetos aos contratos.

---

[678] VENOSA, Silvio de Salvo. *Direto Civil* - teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2008. p. 434-436. Sobre o assunto: "Tanto para interpretar a lei, como para interpretar o negócio, o que procuramos é fixar o sentido de uma manifestação de vontade. Interpretam-se, portanto, normas legais e normas contratuais. (...) Existem, pois, técnicas similares, tanto para a apreciação interpretativa das leis, quanto dos negócios jurídicos. (...) Qualquer que seja a postura adotada pelo intérprete, as regras gerais de interpretação literal, sociológica, histórica, sistemática, entre outras, pertencentes à hermenêutica em geral, devem sempre ser lembradas".

[679] MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 52. Sobre o contrato na atualidade: Conforme a autora, a teoria atual do contrato, em virtude das novas realidades econômicas, políticas e sociais e dos novos parâmetros da ciência jurídica, defende que ele ganhou uma nova função, que é realizar a justiça e o equilíbrio das relações jurídicas contratuais. Surgiu, dessa maneira, o fenômeno da socialização da teoria contratual, que estabeleceu para o contrato a busca da equidade, da boa-fé, da justiça social nas relações contratuais, o que na prática, representa a maior interferência estatal nas questões envolvendo a autonomia privada.

Mais uma vez recorremos a Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa[680], que esclarece:

> Hoje entendemos que o contrato constitui, por si só, uma normatividade concreta que dialoga abertamente com o sistema da normatividade em que se insere e com o qual terá de se conformar.
>
> Se assim é, interpretar é muito mais do que averiguar o efectivamente querido, a intenção psicológica e real do autor ou autores da vontade comunicada. É muito mais do que averiguar um fato psicológico. Interpretar será, então, determinar uma vontade normativa. Será interpretar um corpo normativo particular na articulação com o quadro normativo geral em que ele se insere.

O problema da interpretação extravasa a questão que é decidida pelo art. 236.º do CCP[681] – que, além de algumas especificidades, tem por similar o art. 112 do CCB 2002[682] –, observando que, se para que se considere celebrado um contrato é necessário que existam duas declarações negociais que são compostas por dois elementos, ou seja, vontade e declaração, preciso é que se identifique, primeiramente, o que mais importa, se a definição da vontade real das partes ou o sentido que emana da própria declaração[683], sendo esta última, a orientação do CCP. Entretanto, o problema da interpretação vai além de se saber somente em que sentido deve valer a declaração negocial, conforme Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa[684], o que reforça a ideia que se deve ter do contrato e de sua interpretação na atualidade:

> De facto, nunca conseguiremos compreender sequer a própria relevância jurídica das declarações das partes se não as referirmos ao sistema jurídico já constituído e às exigências constitutivas do sistema a constituir, na medida em que este sistema, tal-qualmente o concebemos hoje, é um sistema aberto, que se reconstitui constantemente pela mediação do caso concreto. Estamos longe de entender, como o faziam os positivistas, que o contrato é um mero facto social constituído à margem do direito. Com efeito, para o positivismo,

---

[680]BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de caráter metodológico. Algumas reflexões. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 2006. v. 2, p. 374.

[681]Art. 236.º do CCP: "1. A declaração negocial vale com o sentido que um declaratário normal, colocado na posição do real declaratário, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele. 2. Sempre que o declaratário conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida".

[682]Art. 112 do CCB: "Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção neles consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem".

[683]Nesse sentido ambos os estatutos se igualam, porquanto recepcionam doutrinas objetivistas, como temos estudado neste trabalho.

[684]BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de caráter metodológico. Algumas reflexões. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 2006. v. 2, p. 373-374.

> o negócio era apenas um *Tatbestand*[685] factual e que participava a vontade dos seus autores com uma certa intenção merecedora de um relevo jurídico específico. Hoje entendemos que o contrato constitui, por si só, uma normatividade concreta que dialoga abertamente com o sistema da normatividade em que se insere e com o qual terá de se conformar.

E segue Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa[686], afirmando que, "ao interpretarmos as declarações negociais que integram o contrato, temos que referi-las ao sistema e aos princípios da boa-fé, justiça, segurança, equilíbrio de interesses, confiança, responsabilidade, bem como à própria ideia de direito enquanto direito".

Fica-nos claro, que assim deveremos militar no dia a dia de nossas atividades enquanto professores, estudantes e aplicadores do direito na seara contratual, aprendendo, ensinando e defendendo que a referência ao sistema é imprescindível, porquanto será essa referência que nos possibilitará aferir as especificidades jurídicas das declarações de vontade das partes, também para aferição de descumprimento de normas imperativas e se elas descumprem os princípios de interesse público da boa-fé e da função social do contrato.

Assim, dentro dessa realidade, os dispositivos que integram a lei civil, no que se refere aos negócios jurídicos, dos quais o contrato é sua maior expressão, funcionam apenas como *lembretes*, que se dirigem ao intérprete e que atuam como orientação hermenêutica, não comprometendo sua atividade de intérprete criador, já que não se pode querer tudo positivar, principalmente diante da enormidade de situações que naturalmente podem advir[687], ressaltando que, essas orientações positivadas são expressões do que se encontra sedimentado na doutrina e na jurisprudência, tanto que o atual CCB repete em grande parte os preceitos do CCB de 1916, acrescentando outros, que como diz Mônica Yoshizato Bierwagen[688], da mesma forma se encontram consagrados.

Entendemos que essas prescrições representadas por alguns artigos do CCB, que logo adiante estudaremos, deverão ser aplicadas pelo juiz e funcionarão realmente como *lembretes*, no dizer da autora acima citada, no sentido de que esses preceitos abrem-se diante do juiz chamando-o ao preenchimento dos termos vagos. Assim, quando o juiz estiver diante, p. ex.,

---

[685]O *Tatbestand* seria pura abstração, uma imagem reguladora.

[686]BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de caráter metodológico. Algumas reflexões. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 2006. v. 2, p. 374.

[687]BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 82.

[688]Ibid., p. 83.

do art. 111 do CCB, onde terá que aferir o que sejam os *usos* e as *circunstâncias* de cada caso, utilizará parâmetros colhidos no sistema – uso, costume, etc. –, em *regras de experiência*, visando completar a ideia deixada propositadamente inacabada pelo legislador através de *vagueza socialmente típica*, como adiante estudaremos.

7.3 Análise dos Dispositivos do CCB de 2002 sobre Interpretação do Negócio Jurídico

Portanto, com o entendimento de valorizar uma interpretação que integra o contrato a todo o sistema, analisaremos os mais importantes desses dispositivos orientadores postos à disposição do intérprete pelo legislador do CCB 2002, tendo consciência de que a interpretação contratual é de todo complexa, pois além de se ter que analisar uma vontade externa – na verdade duas vontades, representada pelo que está escrito, por um meneio de cabeça ou um sinal, como no caso dos leilões, e até pelo silêncio, há também uma vontade interna, representada por aquilo que realmente se quis dizer, ou seja, aquilo que foi pensado imaginado. Além de tudo, o intérprete precisa levar em conta os aspectos sociais e os que se referem à boa-fé objetiva, numa moderna visão do direito contratual.[689]

7.3.1 O art. 110 preceitua

"A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento".

Este dispositivo cuida da denominada reserva mental, que consiste na falsa declaração de uma parte daquilo que realmente quer. Assim, conforme o preceito, se a contraparte conhecia essa reserva, o negócio será nulo, por simulação, nos termos do art. 167, § 1.º, II, do CCB, ao contrário, caso a contraparte desconheça a reserva mental, o negócio será válido. Assim, quando não há, no dizer de Silvio de Salvo Venosa[690], coincidência entre o que se expressou e o que realmente se quis expressar, entra a interpretação do contrato, que busca o sentido do que melhor se adapta à vontade e à necessidade dos contratantes. A tarefa é, nesse sentido, conforme o professor, um *fenômeno psíquico*, pois é preciso buscar, partindo-se do elemento externo adentrar ao elemento interno, qual seja, o psiquismo dos contratantes.

---

[689]VENOSA, Silvio de Salvo. *Direto Civil* - teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2008. p. 434.
[690]Ibid., p. 434-435.

Nesse trabalho, o juiz elabora um trabalho jurídico-processual que fixa o verdadeiro sentido da vontade contratual, usando, nesse raciocínio os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, pelo que, podemos concluir, que essa análise não se deve cingir única e exclusivamente ao contrato, porquanto, na busca do citado elemento interno, em cotejo com o externo, o intérprete, principalmente o juiz, deverá cotejar não apenas ambos os elementos, mas também, dentre outros, como já dissemos, também os princípios da boa-fé objetiva e da finalidade social do contrato, pois essa busca do ideal do que as partes pretenderam, deve adequar-se ao bem comum, através do princípio da função social do contrato, e a conduta dos contratantes deve ser proba, honesta e transparente, nos termos do que preceitua o princípio da boa-fé objetiva, ambos de interesse público. Portanto, podemos afirmar, que esse trabalho vai além do que uma análise puramente psicológica da vontade expressada.

Assim, por mais que se recorra a teorias e doutrinas que buscam explicar essa complexa operação, verdade é, conforme mais uma vez esclarece Venosa[691], que o intérprete sempre ficará preso a dois parâmetros, o primeiro, a vontade declarada e o segundo, a necessidade de perscrutar a verdadeira intenção. O autor alerta para o fato de que o intérprete, nessa prática não deve alçar vôos interpretativos, consciente de que a palavra expressa é a garantia das partes, já que, com exceção de situações patológicas, o que as partes procuram ao contratar é afastar qualquer dúvida, o que nem sempre é conseguido.

Por outro lado, deverá haver equilíbrio na interpretação e todas as regras doutrinárias e legislativas buscam isso, não devendo o intérprete ficar preso à letra fria das palavras ou de outra forma de externação do pensamento, o que pode levá-lo a situações ilógicas e iníquas. Entendemos, dessa forma, não haver como desprezar os elementos externos, sendo certo que se deve sim alçar vôos interpretativos, mas vôos orientados pela palavra expressa, pela intenção das partes e pelo interesse coletivo. Aí está a sabedoria que se espera do intérprete na atualidade.

7.3.2 O art. 111 preceitua

"O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa".

[691]VENOSA, Silvio de Salvo. *Direto Civil* - teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2008. p. 435.

Portanto, como lembra Mônica Yoshizato Bierwagen[692], o dispositivo não contempla com juridicidade o velho ditado *quem cala consente*, explicando, com base em assertivas de Silvio Rodrigues[693], para quem o silêncio a que a lei se refere, é o denominado *silêncio circunstanciado ou qualificado*, que é levado em consideração a vontade das partes ou seu comportamento anterior, como no caso do clássico exemplo do comerciante que recebe, como freguês habitual, encomenda de determinada mercadoria de seu ramo por preço corrente no mercado com prazo de entrega determinado, ocorrendo que, caso o comerciante não recuse imediatamente a encomenda, entender-se-á seu silêncio como anuência. A autora lembra, que não se deve considerar qualificado o silêncio, p. ex., nos casos de determinada empresa, onde não há o hábito a que nos referimos, encaminhar determinado produto para venda, advertindo que o silêncio importará na conclusão do contrato. O estudo das cláusulas gerais e dos conceitos legais ou juridicamente indeterminados com o qual encerraremos este trabalho, nos proporcionará um melhor entendimento e utilização desses preceitos, ou seja, servirá de orientação para o intérprete no árduo trabalho de preenchimento das vaguidades existentes na lei e da mesma forma no contrato, como no caso do presente dispositivo, como já dissemos, representados pelas expressões *circunstâncias* e *usos*.

7.3.3 O art. 112 preceitua

"Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção neles consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem".

Aqui bem se observa, como antes dito, a opção do legislador nacional pela concepção objetiva, que tem como núcleo básico a declaração de vontade e se caracteriza por admitir que a declaração tenha validade com um sentido diferente do pretendido pelas partes, sendo que, nesse sentido, o intérprete deve investigar o sentido exteriorizado ou cognocível através de certos elementos objetivos, ou seja, o sentido que da própria declaração se desprende, segundo as circunstâncias do caso, mediante uma interpretação objetiva que tem caráter normativo. Como já dissemos mais no início deste trabalho, autores como Karl Larenz e Erich Danz filiaram-se a essa teoria. O oposto, não custa repetir, a concepção subjetivista, está centrada na vontade real do declarante e, como tal, exige que o intérprete verifique, através de

[692]BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 83.
[693]RODRIGUES, 1996, apud BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 83.

todos os meios possíveis e adequados, a vontade real do autor da declaração, destacando-se entre os juristas filiados a essa corrente, Savigny e Bernard Windscheid.

Silvio de Salvo Venosa[694] refere-se ao BGB, que em seu § 133, manda indagar a vontade real do declarante, embora contra o sentido literal da expressão, obtemperando que essa posição extremada não se adapta ao espírito jurídico brasileiro, onde se busca apurar não a verdade real, mas a intenção materializada na declaração. Ademais, não custa recordar, que em situações que envolvam os chamados contratos de adesão, como adiante veremos, a declaração de vontade da parte aderente resume-se, geralmente, ao expressar de um *sim*. O autor complementa, afirmando que nessa espécie de forma eclética de interpretação, que busca a intenção e não a vontade real serão verificáveis o sentido gramatical das palavras e frases, os elementos econômicos e sociais que cercaram a elaboração do contrato, bem como o nível intelectual e educacional dos participantes, seu estado de espírito no momento da declaração, etc. Enfim, tarefa que demanda grande experiência, acuidade e técnica por parte do intérprete.

7.3.4 O art. 113 preceitua

"Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

Malgrado a importância do dispositivo, deixamos de falar sobre ele neste ponto porquanto, quando tratamos do processo de integração estudamos sobre os usos e sobre a boa-fé objetiva.

7.3.5 O art. 423 preceitua

"Quando houver no contrato cláusula ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente".[695]

Pois bem, o contrato de adesão como vimos , quando estudarmos o princípio da função social do contrato, é um dos que mais espelha essa nova perspectiva do direito contratual e a

[694]VENOSA, Silvio de Salvo. *Direto Civil* - teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2008. p. 437-438.

[695]Correlação: Art. 1.370 do CC italiano: "As cláusulas inseridas nas condições gerais de contrato ou em módulos ou formulários predispostos por um dos contraentes se interpretam, na dúvida, a favor do outro" (*tradução livre do autor*).

intervenção estatal no Direito privado, através do dirigismo contratual. A proteção do contratante aderente – geralmente parte mais fraca, ou seja, aquele que na relação contratual denominada por *contrato de adesão* é o que adere à vontade do estipulante, geralmente, parte mais forte desta relação, aderência esta muitas vezes representada apenas por um *sim*, o que é uma característica dessa modalidade contratual. O Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/90, em seu art. 54, define o que seja um contrato de adesão, o que não fez o CCB 2002, o que acabou por causar certa confusão entre o que seja contrato de adesão e contrato de consumo. Assim, conforme veremos, o contrato de adesão ocorre, p. ex., numa relação de locação urbana entre locador e locatário, quando comumente o locador dita as regras daquele contrato, regido pelo CCB e não pelo CDC, portanto, uma relação civil e não de consumo, por outro lado, pode haver relação de consumo que não configure contrato de adesão, como logo mais estudaremos. Não custa lembrar que atualmente, a grande maioria dos contratos celebrados são de adesão, também conhecidos por *contratos de massa* ou *contratos padrão*, como inclusive já comentamos páginas antes, sendo poucos os contratos paritários, ou seja, aqueles onde há igualdade de condições e onde se cumpre aquela já quase desconhecida fase das tratativas, onde as partes discutem o teor das cláusulas contratuais, numa fase anterior à conclusão do contrato.

Sobre o que sejam cláusulas *ambíguas* ou *contraditórias*, que são termos que carregam grande grau de indeterminação, como estudaremos mais adiante, Mônica Yoshizato Bierwagen [696] fornece dois bons exemplos:

> Será ambígua a cláusula que da sua interpretação gramatical for possível a extração de mais de um sentido, como, por exemplo, o prestador de serviço que se compromete a trocar dois pneus de dois carros; há ambigüidade na medida em que não é possível determinar se a troca versa sobre dois pneus de cada carro, ou seja, quatro pneus, ou um pneu de cada um dos dois carros, totalizando dois pneus. De outro lado, há contradição se o conteúdo das cláusulas for inconciliável, tal como dispor que o mútuo é celebrado sem vantagens para o mutuante e estabelecer cobrança de juros.

Essas situações caso ocorressem em contrato paritário certamente levaria o intérprete a empregar toda sua experiência e conhecimento das técnicas de interpretação, na análise do que realmente se tencionou com a avença, ou melhor, a análise daquilo que realmente foi a intenção das partes, isso sempre através da ótica da boa-fé e a função social do contrato.

---

[696] BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 89.

Pelo contrário, conforme podemos apreender, a regulação do contrato de adesão no CCB 2002 busca proteger aquele que se encontra em desvantagem na atividade contratual, ficando claro que em razão dessa desvantagem, surge o dispositivo que visa restabelecer o equilíbrio entre as partes.

7.3.6 A identificação dos contratos de adesão

Também a identificação do que seja um contrato de adesão pelo intérprete é tarefa de extrema importância, já que[697] os contratos de adesão não são uma espécie contratual, mas uma técnica de elaboração de contrato, o que exige do intérprete, ao par de todas as técnicas de interpretação gerais, a análise de algumas outras características, a primeira, que já mencionamos é o preestabelecimento das condições e ainda: 1) a necessidade de contratar de todos ou de um número considerável de pessoas, como é o caso do fornecimento de energia elétrica, em que várias pessoas precisam do serviço e o fornecedor previamente estabelece as condições para sua prestação; 2) a existência de um monopólio de fato ou de direito, da parte mais forte, ou seja, o contratante não tem outra escolha senão contratar com aquele que dita as regras, sob pena de ficar sem o produto ou o serviço pretendido; 3) que haja uma multiplicidade de situações uniformes, de modo que seja possível submetê-las todas a um mesmo contrato padrão.[698]

Ao lado dessas regras que estão presentes na legislação e que, como dissemos, servem apenas como uma espécie de *lembrete*, Venosa[699], obtempera que essas regras são primeiramente endereçadas às partes, na medida em que são os principais interessados no correto cumprimento do contrato e, num segundo momento, ao juiz, que está obrigado à sua aplicação, com o que concordamos, apesar do grande subjetivismo de que tais dispositivos estão carregados. Para as partes, essas disposições, que são normas dispositivas, são verdadeiramente aqueles *lembretes* aos quais nos referimos, porque podem delas abrir mão a qualquer tempo, funcionando de forma supletiva.

---

[697]BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 90.

[698]RODRIGUES, 1996, apud BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 88.

[699]VENOSA, Silvio de Salvo. *Direto Civil* - teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2008. p. 440.

7.4 Outras Regras sobre Interpretação dos Contratos

Além das regras positivadas das quais analisamos as que entendemos mais importantes por serem de alcance mais amplo, há ainda algumas regras que foram, ao longo do tempo se consolidando na doutrina e na jurisprudência, algumas já positivadas, e que não faltam em obras que cuidam sobre a interpretação contratual. Na verdade, essas regras[700], que são de muita importância para a interpretação dos contratos em geral, são atribuídas a Robert Joseph Pothier e Domat e que, em sua maioria, fazem-se presentes no Código Civil francês, e que adiante reproduzimos, sendo certo que a jurisprudência, através da experiência dos julgados, criará outras regras interpretativas[701]:

> Nas convenções mais deve indagar qual foi a intenção comum das partes contraentes do qual é o sentido comum das palavras. A regra é a mesma de nosso art. 112 já examinada. Não excluímos o sentido das palavras, mas buscamos preponderantemente a intenção das partes;
>
> Quando uma cláusula é suscetível de dois sentidos, deve entender-se naquele em que ela pode ter efeito; e não naquele em que não teria efeito algum. Entende-se que, da mesma forma como o legislador não coloca na lei palavras inúteis, assim fazem os contratantes no negócio jurídico. Buscamos sempre em cada cláusula o entendimento que faz sentido e harmoniza-se com as demais;
>
> Quando em um contrato os termos são suscetíveis de dois sentidos, deve entender-se no sentido que mais convém à natureza do contrato. Nem sempre as partes usam os vocábulos na acepção jurídica, e mesmo o sentido vulgar de uma palavra pode ter mais de um sentido. Deve ser acolhido pelo intérprete o sentido que se amolda à natureza do contrato. Assim, um contrato elaborado no meio rural, por agricultores, não pode ter a mesma compreensão de um contrato firmado por empresários da indústria;
>
> Aquilo que em contrato é ambíguo interpreta-se conforme uso do país. A questão não diz respeito unicamente a contratos com efeitos internacionais, mas também aos usos regionais e locais, que devem ser levados em conta pelo intérprete. O uso é uma repetição de uma prática que ainda não chegou ao estágio de costume.[702]
>
> O uso é de tamanha autoridade na interpretação dos contratos que se subentendem as cláusulas do uso ainda que se não exprimissem. Existem determinadas formas de contratar de certas classes de pessoas que se repetem de geração em geração. Na dúvida, o intérprete deve admitir o uso como integrante do contrato. A regra constava do art. 113, n. 4 do nosso Código Comercial, pois nas práticas de comércio o costume é bem mais

[700]VENOSA, Silvio de Salvo. *Direto Civil* - teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2008. p. 440-441.

[701]BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 90. "Como, por exemplo, a regra que estabelece que a inserção de cláusulas no contrato de adesão não lhe retira esse caráter, ou que no conflito entre cláusulas datilografadas e manuscritas prevalecem estas últimas".

[702]Sobre essa diferença, com mais detalhes, estudaremos mais adiante, quando tratarmos da integração.

caracterizado. O vigente Código refere-se expressamente aos usos e à boa-fé na interpretação dos negócios jurídicos (art. 113);

Uma cláusula deve interpretar-se pelas outras do mesmo instrumento, ou elas precedam, ou elas sigam àquela. O contrato deve ser visto e sua totalidade. Não pode o exegeta prender-se ao sentido de uma só cláusula. Como vimos, o contrato é um todo orgânico;

Na dúvida, uma cláusula deve interpretar-se contra aquele que tem estipulado uma coisa em descargo daquele que tem contraído a obrigação. Em outras palavras, interpreta-se, na dúvida, contra quem redigiu a cláusula. Este deveria ter sido claro E em favor do devedor, porque devemos procurar a situação mais cômoda para que ele cumpra a obrigação (...);

Por muito genéricos que sejam os termos em que foi concebida uma convenção, ela só compreende as coisas sobre as quais parece que os contraentes se propuseram tratar, e não as coisas em que eles não pensaram. Não devemos ampliar o âmbito de alcance material do contrato, se isto não passou pela vontade dos contratantes. O alcance do contrato deve ser sempre restritivo. Não cabe ao intérprete criar cláusulas contratuais;

Quando o objeto da convenção é uma universalidade de coisas, compreende todas as coisas particulares que compõem aquela universalidade, ainda aquelas de que as partes não tivessem conhecimento. Quando é vendido um rebanho, por exemplo, as crias já concebidas, mas não nascidas, acompanham a venda, ainda que delas não tivessem conhecimento os contratantes. Quando é contratada uma universalidade de direito ou de fato, qualquer exclusão deve ser expressa pelos declarantes;

Quando em um contrato se exprimiu um caso, por causa da dúvida que poderia haver, se a obrigação resultante do contrato se estenderia àquele caso, não se julga por isso ter querido restringir a extensão da obrigação, nos outros casos que por direito se compreendem nela, como se fossem expressos. Um exemplo de caso concreto pode ter sido mencionado no contrato, para esclarecer uma cláusula. Isso não significará que as disposições do contrato somente se aplicam àquela hipótese, mas a todas as outras semelhantes. Se os contraentes desejarem contemplar um *numerus clausus* de hipóteses fáticas, devem mencioná-las expressamente;

Nos contratos, bem como nos testamentos, uma cláusula concebida no plural se distribui muitas vezes em muitas cláusulas singulares. Cabe ao intérprete averiguar se, quando os contratantes redigiram uma cláusula no plural, procuraram abranger várias hipóteses no mesmo contrato ou não. Geralmente, uma cláusula desse nível se aplicará a uma série de cláusulas. A questão é de exame gramatical (...);

O que está no fim de uma frase ordinariamente se refere a toda a frase, e não àquilo só que a precede imediatamente, contanto que este final da frase concorde em gênero e número com a frase toda. Esta regra interpretativa também é eminentemente gramatical. Cumpre evitar na redação de um contrato frases em ordem indireta ou excessivamente longas. Os pensamentos contratuais hão de ser expressos da forma mais objetiva possível, evitando-se justaposições de orações que causem prolixidade. Os vocábulos devem ser repetidos tantas vezes quanto necessário, pois nem os sinônimos são exatos.

As orientações constantes das regras acima transcritas demonstram que de uma maneira geral se busca sempre o equilíbrio e paridade entre os contratantes, e de forma até bastante lógica, todas, sem exceção, sugerem ao intérprete o trilhar desse caminho e como são frutos da experiência e da prática, num ramo do direito onde pouco a lei se impõe e mesmo àqueles a que ela é uma imposição, como é o caso do juiz, abre-se assim espaço para a criatividade, através da aplicação das máximas de experiência, não havendo conceitos fechados, quando se trata de interpretação de norma contratual.

7.5 Integração do Contrato

O CCB 2002 não cuida especificamente da integração do contrato, como faz o CCP, que em seu art. 239º preceitua que: "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 omisso, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta".

Malgrado não haver previsão, ela é praticada, seguindo mais ou menos os moldes do que preceitua o CCP. A integração acontece quando há falta de previsão sobre determinado ponto do contrato que as partes não previram ou que venha a ser alterado por um fato qualquer, como, p. ex., num contrato de empreitada, o material a ser empregado parou de ser fabricado, não existindo similar no mercado, ou o caso do índice de correção que desaparece.[703]

Está prevista também no Código Civil italiano, no art. 1.374, onde consta que: "O contrato obriga as partes não somente ao quanto é expressamente, mas também a todas as conseqüências que dele derivam, segundo a lei, ou na sua falta, segundo os usos e a equidade".

Pois bem, é durante a integração que o intérprete, aqui especificamente nos referindo ao juiz, vai buscar, muitas vezes fora do ordenamento jurídico elementos para o suprimento da lacuna, seja ela uma lacuna legal ou contratual, não podendo, nessa tarefa, criar situações para as quais não haja fundamentação. Assim, conforme consta da letra do dispositivo do Código Civil italiano, na falta de uma lei que possa ser diretamente aplicada, ou aplicada

[703]VENOSA, Silvio de Salvo. *Direto Civil* - teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2008. p. 444.

através de analogia, serão utilizados os usos e a equidade na complementação da vaguidade surgida. Entretanto, além dos usos, são também admitidos o recurso aos princípios gerais de direito e os costumes serão levados em conta, conforme o art. 4.º da LICC, que já citamos.

7.5.1 Uma nova perspectiva. O fim da dicotomia interpretação e integração do contrato

A dicotomia entre interpretação e integração perdeu o sentido – como tivemos oportunidade de comentar logo no início desta pesquisa, e se compreende atualmente, que na atividade interpretativa, encontra-se também a integrativa, na medida em que o contrato não é mais entendido como um ente solitário e está em constante diálogo com o sistema no qual está inserido. Daí a utilização do termo interpretação-integrativa, atualmente de uso corrente.

Assim, se a interpretação do negócio jurídico só pode ser feita por referência ao quadro normativo em que está inserido e se ela é sempre orientada pelos princípios, a conclusão é de que a atividade de interpretar não se distingue da atividade de integrar, como orienta Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa[704], que exemplifica com a seguinte situação:

> Concluindo, através de um processo interpretativo, que existe uma lacuna no contrato, teremos antes de mais que recorrer às normas dispositivas[705] que o legislador fixou como contendo a solução materialmente mais equilibrada e mais justa para o eventual conflito que possa surgir entre as partes. Caso elas não existam ou a elas não possamos recorrer, a lacuna de regulamentação será integrada por recurso à vontade hipotética das partes.

Vontade hipotética das partes, quando nos referimos à integração do negócio jurídico, trata-se da vontade que as partes hipoteticamente teriam tido, se tivessem podido prever o ponto omisso. Assim, caso aquela vontade, se aquilo que as partes quereriam, seja, p. ex., contrária a preceitos de boa-fé, o juiz deverá afastá-la. A vontade conjetural das partes só pode prosperar, caso seja idêntica à solução que chegaremos se considerarmos a boa-fé.[706] Dessa forma, complementa a professora, que isso não diminui a importância da vontade das partes, já que ela é imprescindível, até porque a boa-fé, enquanto conceito indeterminado que

---

[704]BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de caráter metodológico. Algumas reflexões. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 2006. v. 2, p. 376.

[705]Normas que podem ser derrogadas pela vontade das partes.

[706]E no caso do CCB de 2002, também a função social do contrato.

é, só pode ser concretizado se referido no caso concreto, ou seja, ao quadro normativo traçado pelos contratantes durante a avença, ao abrigo da lei contratual.

Dessa forma, de acordo com Ana Mafalda[707], desaparece a tradicional distinção entre interpretação e integração das lacunas contratuais:

> Tradicionalmente estaríamos no âmbito da interpretação quando nos ocupássemos de determinar o sentido das declarações de vontade das partes; passaríamos a estar diante de um problema de integração quando urgisse colmatar uma lacuna de regulamentação, ou seja, quando fosse necessário preencher um ponto omisso no contrato, sem o qual não se poderia dar execução às restantes disposições daquele.
>
> Vimos porém, que a interpretação vai muito além da simples determinação de uma vontade psicológica dos declarantes. No processo interpretativo temos que referir o contrato no seu todo ao sistema globalmente considerado, que ele faz parte, para verificarmos se ele viola ou não regras imperativas, se ele viola ou não ditames da boa fé, que devem orientar os contratantes em toda a vida negocial.

A clareza com que a questão foi posta, entendemos, não nos faz duvidar dessa nova realidade, ainda mais no Brasil, após a edição do CCB 2002, que positivou a boa-fé objetiva, essa mesma à qual se refere a jurista portuguesa, além da função social do contrato, que da mesma forma tem que servir de baliza para a atividade contratual.

Portanto, mesmo sendo repetitivo, não se pode mais entender o contrato solitariamente, analisado com base em regras hermenêuticas que buscam simplesmente encontrar o espírito daquilo o que as partes quiseram dizer ou pensaram. Além disso, o contrato deve interagir com o sistema como um todo, a fim de que se verifique se a vontade que constrói aquela relação contratual está de acordo com o interesse social, representado, principalmente, pela boa-fé e pela função social do contrato.

---

[707] BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de caráter metodológico. Algumas reflexões. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 2006. v. 2, p. 380. Sobre essa distinção – Barbosa afirma que "o problema da integração das lacunas do contrato surge quando um juiz tem à sua frente um contrato que levanta um problema entre as partes, problema esse que não foi previsto por elas ou que, tendo sido, contraria as normas imperativas – aquelas que não podem ser alteradas pela vontade das partes – ou os princípios do sistema jurídico. O que deve, nesse caso, fazer o juiz? Procurar uma norma dispositiva própria daquele tipo contratual, de um outro tipo contratual que se possa aplicar por analogia, ou uma norma do regime geral dos contratos, ou mais genericamente dos negócios jurídicos em geral. Se de todo essa norma não existir, deve, então, indagar qual a vontade conjectural das partes. No fundo, o que é que o juiz está a fazer? A realizar o direito por referência ao caso concreto. Perante este, ele mobiliza uma norma e interpreta-a de acordo com as especificidades daquele. Só que as peculiaridades do caso concreto só podem ser compreendidas se remetermos o caso ao sistema no horizonte do qual ele surge. O que quer dizer que para interpretarmos o contrato teremos de o referir necessariamente ao sistema, donde confirmamos a posição por nós sustentada anteriormente, ao afirmarmos que o problema da interpretação do contrato extravasa o problema solucionado ao nível do art. 239 do Código Civil – português".

Perde sentido, dessa forma, manter os processos de interpretação e integração do contrato em compartimentos estanques, da mesma forma que perde sentido se manter em compartimentos estanques, a interpretação e integração do contrato e a interpretação e integração da lei. Podemos já, é uma constatação, afirmar que se aproximam e se completam. Para saber interpretar o contrato e a lei, é preciso saber interpretar o Direito, dentro dessa ideia do todo no qual se inserem.

Bem, aceita a ideia de uma interpenetração dos processos de interpretação e integração do contrato, trazemos exemplo e comentários de Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa[708], que nos leva a reflexão do que seja a prática dessa nova realidade e até onde se pode ir, se entendemos que a integração não se aplica apenas diante da constatação de uma lacuna, mas durante todo o processo interpretativo, como uma espécie de instrumento de correção do que foi pretendido pelas partes e que contrarie imposições de dispositivos imperativos e/ou o interesse público, como no caso da boa-fé e da função social do contrato, conforme acima estudamos: Assim:

> (...) Se *A* vende a *B* 1.000 toneladas de açúcar por um certo preço unitário, não pode agora pretender-se a entrega de 1.500 ao mesmo preço unitário, mesmo que se prove que no momento do contrato *A* teria vendido e *B* teria comprado mais essas 500, se o ponto tivesse sido tratado.

A autora concorda com essa posição, explicando que:

> Se afirmamos que a integração não se distingue verdadeiramente da interpretação, isso significa que em cada um destes casos estamos a desenvolver as potencialidades inerentes às declarações das partes, à luz do sistema, até onde sua intencionalidade o permitir. E se estamos legitimados a ir até os limites dessa intencionalidade não faz sentido dizer que só podemos recorrer aos mecanismos integrativos naquelas situações em que é evidente a existência de uma lacuna.

Por outro lado, adverte a professora de Coimbra[709]:

> Podemos avançar como critério que a actividade integrativa não pode conduzir a uma ampliação da prestação devida que foi acordada pelas partes. No entanto, não podemos esquecer que a relação obrigacional não deve ser

[708]BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de caráter metodológico. Algumas reflexões. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 2006. v. 2, p. 386.

[709]BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de caráter metodológico. Algumas reflexões. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 2006. v. 2, p. 387.

> vista como uma relação obrigacional simples, mas complexa. O que quer dizer que, para além do dever principal de prestação, cujo âmbito não pode ser ampliado pela actividade integrativa, temos que ter em conta os chamados deveres acessórios e os deveres de protecção. (...) Um exemplo claro disto que acabamos de dizer é a admissibilidade da figura dos contratos com eficácia de protecção para terceiros, criada pela doutrina. Trata-se de contratos dos quais decorrem determinados deveres de protecção que se estendem a um círculo de pessoas que mantém com o credor uma determinada relação de proximidade, embora os deveres de prestação continuem a produzir efeitos *inter partes*. Pense-se no caso de um contrato de arrendamento. O dever de ceder o gozo da coisa e o correspectivo direito apenas vinculam as partes, mas do contrato decorrem uma série de deveres de protecção que impendem sobre o senhorio. Na verdade, este deve actuar de tal forma que não provoque quaisquer lesões na integridade física e na propriedade dos familiares que habitam com o inquilino. De facto, não parece ser indiferente ao inquilino que a disponibilização do locado seja feita com todas as condições de molde a evitar eventuais danos ou não. Violados os deveres de protecção gera-se uma situação de responsabilidade contratual a par da responsabilidade aquiliana que possa verificar-se pela violação dos direitos absolutos eventualmente em causa.

O texto acima transcrito que está de acordo com o que de mais moderno há na doutrina, nos apresenta um contrato em expansão, com uma maior elasticidade do tecido contratual no que se refere aos terceiros que não são partes no contrato, mas que estão sujeitos aos seus efeitos. Não temos dúvida de que a atual realidade contratual exige essa ampliação, entretanto, forçoso é reconhecer que o que deverá motivar doutrina e jurisprudência a partir dessa constatação, será a delimitação desse raio de abrangência e até onde o princípio da relatividade dos efeitos do contrato poderá ser arrefecido, o que não é tarefa fácil. Essa questão não nos propusemos a responder neste trabalho e nem nos seria possível tal tarefa, considerando que os problemas somente surgirão a partir do momento em que essa prática seja efetivamente adotada, o que sabemos, será um longo e tortuoso caminho, já que envolve preceitos seculares e que põe em contraste não somente concepções doutrinárias, mas também institutos poderosos, como os princípios jurídicos, quiçá mesmo ramos do direito, já que, em última análise, a antiga dicotomia entre o que é público e o que é privado mais uma vez se vê questionada. Envolve ainda a compreensão do que realmente representa este novo espírito que emana do CCB 2002.

8 INTERPRETAÇÃO DO DIREITO NA ATUALIDADE

8.1 O Fim da Dicotomia Interpretação e Integração

Como vimos até aqui, essa nova realidade não afeta apenas a interpretação do contrato, mas todo o sistema interpretativo se abre para uma nova perspectiva metodológica. Não que tudo o que estudamos no que se refere à interpretação e integração deixe de ter sentido, mas como vimos, se fundem e se complementam, pois se não há sentido a interpretação do contrato que não se comunique com o sistema, buscando, além da vontade, o interesse coletivo, afastando vontades que o contrariem, muito menos a interpretação da lei que não busque, da mesma forma, como resultado, os imperativos do bem comum, afastando disposições legais injustas e contrárias ao Direito e ao legítimo interesse social. Aliás, essa realidade contratual é corolário dessa nova forma de interpretar o Direito. Portanto, nada se perde.

Concluindo então essa primeira etapa de nossas pesquisas, voltamos a Antonio Santos Justo[710], com o qual iniciamos nossos estudos sobre interpretação, transcrevemos um seu raciocínio que bem indica essa nova visão da interpretação do Direito e a crise da concepção tradicional:

> A teoria tradicional distinguia interpretação e a integração; aquela procurava determinar o sentido normativo (a norma jurídica) que uma fonte do direito se propunha oferecer; esta ocupava-se de problemas jurídicos para os quais, não existia uma solução jurídica que faltava. A primeira seria reprodutiva ou declarativa; a segunda, produtiva ou construtiva. Enquanto a interpretação actuaria na esfera do sentido literal possível, a integração ultrapassava-a sobretudo através da analogia: o sentido literal assinalava o limite da interpretação. Depois, retirada a norma da fonte interpretada (a lei), o juiz aplicá-la-ia através de uma simples operação lógica de subsunção do caso decidendo: a norma legal seria o ponto de partida, o *prius* metodológico a que se seguiria a realização do direito.

O que podemos destacar do texto acima, como, aliás, observamos quando falamos sobre a fusão da interpretação e da integração no contrato, é que nos acostumamos a entender a interpretação fundada na busca do espírito da lei, ou seja, fundada no texto da lei, e a integração no preenchimento de lacunas deixadas acidentalmente ou não pelo legislador. Assim entendido, realmente são completamente estanques interpretação e integração. Por outro lado, o processo interpretativo-integrativo, deixando de lado a citada dicotomia, passa,

[710]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 356-358.

nesse novo processo, a acompanhar a evolução porque a interpretação tem que ter esse caráter progressivo, pois no dizer de Inocêncio Galvão Telles[711]:

> (...) a norma se integra no ordenamento jurídico e este é susceptível de mudar de conteúdo. O ordenamento jurídico forma um sistema sujeito a múltiplas incidências que podem reflectir-se na significação de cada uma de suas normas. Um novo preceito legal emitido poderá impor, por repercussão, um novo entendimento de outra ou de outras normas, sem directamente as modificar; determinada inovação tecnológica, por exemplo no domínio das comunicações, poderá gerar, não forçosamente uma lacuna, mas a adaptação de certo preceito ou preceitos preexistentes, de modo a fornecerem solução para os problemas práticos suscitados pela referida inovação; etc.

Portanto, nessa prática tão necessária, verificamos que todos os meios postos à disposição do intérprete serão utilizados de forma integrada, buscando o objetivo maior do Direito: Justiça. Assim, como vimos nos exemplos acima, mesmo que não se perceba qualquer lacuna na lei, ela será atualizada, num processo que não se esgota com as técnicas interpretativas, que sendo insuficientes para promovê-la, se autoriza o intérprete a lançar mão de critérios presentes na integração, porque, considerando-se o Direito como algo não estático e sujeito às interferências externas, com elas tem que se ajustar para poder alcançar o objetivo da realização do direito. Portanto, se não temos regras específicas, p. ex., para cuidar da compra e venda feita através de meios eletrônicos, mais especificamente pela *internet*, necessário que o intérprete busque nas normas dispositivas e imperativas desse contrato a solução para eventuais conflitos, não estando impedido, no entanto, de recorrer a outros meios, como p. ex., o uso – o que é usual na *internet* –, para em uníssono com a norma solucionar o problema. Se assim não fosse, ou seja, se esgotadas as tentativas interpretativas sem lograr encontrar solução, o intérprete estacasse, já que na verdade não existe propriamente uma lacuna a ser suprida, mas sim uma inovação trazida pela tecnologia, já que a compra e venda feita pela *internet* não deixa de ser um contrato de compra e venda, ele não se desqualifica, mas ganha sim novos contornos que deverão ser entendidos e agregados aos dispositivos legais, e, através de técnicas de interpretação-integrativa, aplicados ao contrato.

[711]TELLES, Inocêncio Galvão. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 268.

8.2 A Superação da *Voluntas Legislatoris*

Antonio Santos Justo[712], explica que esse modelo que reflete o pensamento positivista encontra-se em manifesta superação, esclarecendo que seus pressupostos ruíram:

> A lei, que se considerava expressão de uma acrítica *voluntas legislatoris* que a criava *ex nihilo*, é agora entendida como manifestação dum pensamento que, devendo justificar-se e legitimar-se pela sua referência a valores jurídicos que lhe conferem a unidade e coerência de um sistema intrínseco, importa compreender, restringir, completar e corrigir com base em valorações que pertencem ao cosmos mais amplo do direito no qual a lei se insere.

O autor esclarece, que mesmo durante o positivismo dominante, houve quem buscasse traçar um limite para o juiz, diante de leis injustas, já que em 1915, houve quem defendesse a obrigação de se afastar texto legal contrário ao sentimento ético do comum das pessoas. Também, nessa mesma linha, nos idos de 1931, houve quem defendesse que o legislador não era inteiramente livre, no sentido de dever seguir certas valorações fundamentais. Entretanto, foi a partir de 1945, quando constitui-se o problema da *Lei e Direito* como ponto fundamental da nova metodologia que se descortina.[713]

Interessante observação faz Inocêncio Galvão Telles[714] quando inicia o tratamento da questão da integração:

> Tal como fizemos a propósito da interpretação da lei, também aqui vamos seguir o quadro expositivo tradicional, e pelas mesmas razões: pelo seu relevante valor didáctico e para acompanhar os quadros de referência a que se reportou o nosso legislador do Código Civil. Seja-nos lícito advertir, porém, que estes quadros de referência assentam no esquema subsuntivo da interpretação e aplicação do Direito, esquema este que nos parece dever considerar-se em larga medida superado.

Não representa, pois, qualquer novidade o fato de que o modelo subsuntivo encontra-se em franca derrocada, até pelo mesmo pelo fato de que, em verdade, não existe. Uma simples adequação do fato à norma requer já um processo interpretativo-integrativo.

---

[712]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 357.
[713]Ibid., p. 358.
[714]TELLES, Inocêncio Galvão. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 192.

8.3 A Interpretação-Integrativa

Na dinâmica aplicação do Direito, somente com muito esforço se poderá distinguir o que seja interpretação e integração, onde começa uma e termina a outra. Portanto, interpretação-integrativa se resume, é como entendemos, a um só pensar, uma unidade voltada para a realização do Direito, compreendendo-o como algo em desenvolvimento e aberto a mudanças impostas por vetores externos, como vimos no caso da *internet*.

Só para se ter uma ideia dessa mobilidade, mais especificamente sobre *internet*, uma questão que temos visto causar certo embaraço é o de se saber se *e-mails* trocados simultaneamente entre vendedor e comprador, ou através do *Messenger*,[715] configuram ou não contrato entre presentes[716], previsto no art. 428, I, do CCB.[717] Sem adentrar à problemática, para alguns, os contratos assim celebrados se dão entre presentes e para outros, entre ausentes. Assim, a discussão está aberta e não há qualquer lei que possa ser aplicada num caso como este, já que para os negócios celebrados através do ciberespaço não existe qualquer regulamentação.

Antonio Santos Justo[718] complementa suas ideias afirmando que nessa tentativa de delimitação da interpretação e da integração recorre-se ao sentido literal como o que pré-determinaria e delimitaria a interpretação, entretanto, explica, que:

---

[715]Programa de conversação em tempo real.

[716]VENOSA, Silvio de Salvo. *Direto Civil* - teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 506. – Sobre o assunto – O professor Venosa ensina: "Embora seja utilizada linha telefônica, cabo, antena ou outro sistema, temos de ter em mente que essa contratação, como regra geral, não pode ser tida como entre presentes. A contratação por telefone, reputada entre presentes, mencionada pelo Código (art. 428, I), é a que se aperfeiçoa pelo colóquio direto entre as partes, seus núncios ou representantes. Na contratação via computador, somente podemos reputar entre presentes a formação do contrato quando cada pessoa utiliza de seu computador de forma simultânea e concomitante, como se ocorresse uma conversa ordinária, materializada na remessa recíproca de dados: remetemos a proposta, o destinatário está a espera, lê-a no monitor e envia a aceitação ou rejeição, ou formula contraproposta. Quem opera com esses sistema sabe que não é isso que ocorre. As transmissões são normalmente decorrentes de pré-programação, com horários acertados de transmissão, que procuram, por vezes, os momentos de menor sobrecarga na rede telefônica. Por sua vez, o receptor, o oblato no caso, raramente estará à espera da mensagem, a postos diante de seu equipamento eletrônico. Destarte, a contratação, nesse caso, é feita entre ausentes. Existem fases de apresentação da proposta e da aceitação bem nítidas". Assim, para se ter uma ideia da dinamicidade dos fatos diante do direito, a obra que consultamos do professor Venosa cuida-se de sua oitava edição, de 2008, e, *data vênia*, encontra-se já desatualizada, pois é notório que o programa MESSENGER, que citamos, dentre outros, proporciona troca de informações em tempo real. Também os e-mails, tamanha a rapidez com que são emitidos, recepcionados e respondidos, os faz verdadeira comunicação simultânea, o que, sem qualquer dúvida, corresponde ao contrato celebrado entre presentes. Pelo menos essa é a nossa opinião.

[717]Art. 428 do CCB: "Deixa de ser obrigatória a proposta:
I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; (...)"

[718]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 358.

> Com efeito, os sentidos da linguagem variam consoante os contextos possíveis e, por isso, é-lhe conatural a ambigüidade, a plurissignificância ou "polissemia universal", que impedem o critério verbal de pré-determinar a interpretação: se o que devia transmitir certeza é, afinal, também incerto, é óbvio que este critério não pode funcionar como um prius metodológico que defina e limite o âmbito da interpretação. O significado literal é, sim, já um resultado da interpretação e por isso não o pode pré-determinar.

Por outro lado, quando se recorre à analogia, se afirma que o intérprete encontra-se no território da integração, com o que Antonio Santos Justo[719] da mesma forma discorda, afirmando que:

> Também a analogia não está presente só na integração. Na origem deste entendimento encontramos o postulado do sistema jurídico logicamente unitário e potencialmente fechado. Todavia, afastado este dogma (que, como refere Manuel de Andrade, não passa duma ficção) e reconhecida à analogia a função de *extensio* do direito que se realiza através da *adequatio* nos planos legislativo (entre a idéia de Direito e os casos concretos legislandos) e judicativo (entre a norma jurídica e a realidade decidenda), perdeu sentido a tradicional distinção entre interpretação e integração: a analogia traz à luz todos os casos que cabem no âmbito intencional da norma jurídica e, portanto, pertence à essência da própria interpretação.

Assim, como apreendemos das palavras de Arthur Kaufman[720], "todo o conhecimento jurídico, toda a descoberta do direito e até toda a assim chamada 'subsunção' mostra a estrutura da analogia, e por isso, não surpreende que o faro para a analogia seja o verdadeiro 'faro jurídico'", que observa Baptista Machado[721],

> (...) nos guia na descoberta da "identidade jurídica" do caso, do seu parentesco jurídico com certas figuras conhecidas, dos seus traços de família relevantes, assim como nos permite seguir os ecos, as ressonâncias apelativas que nos transportam, de remissão em remissão, através do universo jurídico, à procura das normas e princípios em que se há-se enraizar a decisão a proferir.

A essa recusa da descontinuidade entre interpretação e integração, se tem chamado, dentre outras, de um *continuum* na realização do direito.

---

[719]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 358.
[720]KAUFMAN, apud JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 359.
[721]MACHADO, 1989, apud JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 359.

8.4 A Concreta Realização do Direito

Mas então o que se deve entender por concreta realização do direito?

Certamente que o caso concreto será condicionante e determinante nesse renovado escopo do processo de interpretação.

Karl Larenz[722] bem a sintetiza: "El juez que interpreta uma ley, lo hace em relación com um 'caso' concreto que há de resolver" e complementa explicando, que um texto legal somente responde a quem o interroga corretamente e a limitação da pergunta limita as respostas possíveis. O mesmo Karl Larenz[723], repetindo citação que fizemos no início deste trabalho, afirma que interpretar "é a actividade da mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático".

Baptista Machado[724] explica que abaixo e acima da *ratio legis*, está a *ratio juris*, que se constitui por valores jurídicos fundamentais que conferem à ordem jurídica, unidade e coerência atinentes a um sistema intrínseco e porque os textos jurídicos não são capazes de criar o jurídico, de forma autônoma, ou seja, a juridicidade, o intérprete tem a necessidade de partir desse referente, da *sua pré-compreensão*, se pretende entender esses textos como jurídicos, melhor, que possa identificar esses textos como portadores de um sentido jurídico, representando afirmar, que existe uma permanente tensão e transação dialética entre uma polaridade positiva e uma polaridade extra-positiva, que se evidencia do caso a ser decidido, sendo por isso, segundo o mestre, que o intérprete não deve ignorar a pretensão de justiça que lhe permitirá compreender a norma a aplicar como jurídica, só a partir da solução jurídica, que o caso reclama, podendo problematizar e aferir: é em função da solução, que este exige que a interpretação deve ser feita.

Antonio Santos Justo, a partir dessa constatação, aduz que:

> Reduzida a interpretação jurídica a um momento de concreta realização do direito, a nova metodologia jurídica, reelaborada como uma intencionalidade teleológica e de sentido prático-normativo, não reconhece uma distinção essencial entre a interpretação e a integração e, por isso, fala de 'desenvolvimento do direito' que caracteriza como o *actus* ou o resultado da

[722]LARENZ, 1994, apud JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 359-360.
[723]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 325.
[724]MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 197, 208-210.

> dialéctica entre a dimensão sistemática (que oferece a fundamentação normativo-racional à concreta realização do direito) e a dimensão problemática (que constitui o *prius* metodológico e permite que essa realização seja adequada e justa). E a norma jurídica (enquanto solução abstracta de um problema pressuposto) dialoga com as exigências normativas do caso decidendo compreendida como um caso análogo ao que a norma pressupõe, podendo concluir-se ou por uma possível assimilação (por concretização, por adaptação, por correcção) ou por uma possível analogia teleológico-normativa entre a solução oferecida e a solução exigida pelo problema concreto ou por uma inadequação normativo-jurídica entre ambas as soluções que recusa a norma jurídica como critério jurídico para a decisão concreta e exige uma autônoma constituição da solução jurídica.

No desenvolvimento do Direito, que envolve interpretação e integração, sem qualquer dúvida, o juiz assume nuclear importância, exigindo-se cada vez mais sua neutralidade e independência, e como finaliza Antonio Santos Justo[725]:

> Só assim cumprirá o dever de recusar uma "lei injusta", imposto pelo respeito que lhe merece o sentimento ético da generalidade das pessoas (...); Corregirá o legislador, quando não observa os limites determinados pelos valores fundamentais (...); servirá as concepções sociais, éticas e culturais dominantes (...); ou cumprirá o dever comunitário de a função judicial não se degradar à mera burocracia que despacha processos, reduzindo-se a um simples "serviço público", pronto a homologar e dar execução a todos e a quaisquer ditames do poder.

Esse desenvolvimento do Direitocitado pelo autor, corrigindo o texto da lei, tornando a aplicação da Justiça algo voltado para o Equilíbrio, compõe essa moderna visão, já que a vaguidade surgida representa uma lacuna, mas não uma lacuna representada por espaço físico a ser ocupado. Não existe o vago espacial, mas espiritual – lacuna ontológica ou axiológica, conforme o caso –, onde o aplicador poderá, utilizando dos *standards* até aqui estudados, colmatá-lo, seja recorrendo ao costume, aos princípios de direito, a regras de experiência, etc.

8.5 A Pré-Compreensão

Do texto de Baptista Machado[726], destacamos a pré-compreensão, dentro dessa nova perspectiva hermenêutica. Esclarece o autor, que o jurista, antes de pôr em marcha suas orientações interpretativo-metodológicas precisa enfrentar o problema mais geral da *compreensão* do sentido de um texto.

---

[725]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 361-362.
[726]MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 205.

Parte-se da afirmação, de que todo texto ou enunciado linguístico, aponta ou remete para algo extralinguístico, o que chama de *referente* e de que a compreensão do enunciado linguístico, pressupõe um pré-conhecimento ou preciência do *referente* que é a coisa extralinguística significada. Pelo que se pode afirmar, que há sempre um subentendido no entendido.[727] Assim, compreender um texto é compreender a *coisa* para que ele remete.

Um texto só nos torna inteligível, quando se pudermos apreender a relação palavra – *coisa*. Para essa compreensão exata da palavra, precisamos conhecer ao que ela se refere.

Isso é fácil de compreender quando estamos fora de nosso país, pois mesmo estando em um país de língua portuguesa, muitas vezes ficamos sem entender ao que uma pessoa se refere com determinada palavra, mas a partir do momento que a *coisa* a que ela se refere nos é mostrada, encerra-se a dúvida.

Dessa forma, arremata Baptista Machado[728], afirmando que

> É claro que do compreender faz parte um *pôr em questão* o ponto de vista que temos sobre a *coisa* (referente) e a predisposição para nos deixarmos informar pelo texto e corrigir, sendo caso disso, a nossa pré-compreensão da coisa. Mas, sem esta pré-compreensão, o texto não pode fazer para nós sentido.

Karl Larenz[729] explica que

> (...) no início do processo de compreender existe, por regra uma conjectura do sentido, mesmo por vezes ainda vaga (...). O intérprete está munido de uma pré-compreensão com a que acede ao texto (...). O intérprete necessita da sua para se entranhar no processo de compreender.

Essa pré-compreensão trazida pelo intérprete, poderá se tornar insuficiente no decorrer do processo, necessitando ser por ele retificada de modo adequado. Quanto mais longo o tempo que uma pessoa se ocupa de alguma coisa de maneira profunda e detalhada, maior será sua pré-compreensão, portanto, mais cedo se formará no intérprete a adequada conjectura e tanto mais rápido concluirá o processo de compreender. Como p.ex.: "Quem não tem qualquer ideia da matemática encontrar-se-á frente a um manual de início algo confundido.

---

[727]MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 206.
[728]Ibid., p. 206.
[729]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 288.

Também quem nunca se ocupou de questões jurídicas será difícil a compreensão de um texto legal ou de uma fundamentação de sentença".[730]

Na seara jurídica, na compreensão de previsões legais, que se referem a situações e relações da vida que pelas nossas experiências formamos já nossa pré-compreensão, razão pela qual podemos compreender os textos. O jurista-intérprete deve olhar e identificar as situações da vida previstas na lei, através da lente da *facti-spécies*: que deve orientar a sua *in-spicium* da situação, ou seja, o *referente*, por aquela *facti-spécies*.

Precisamos levar em conta, que a função e o sentido das normas não é exclusivamente o de descrever a situação da vida. As normas têm que ser entendidas já como respostas a questões de regulamentação jurídica, mais especificamente, a problemas de ordenação e integração justa da vida social. Assim, em última análise, as normas representam, já, interpretações do legislador de sua concepção de Direito ou ideia de Justiça à qual se alinha. Dessa forma, os enunciados legais – *factie-spécies* – deverão se entendidos nesse contexto, na perspectiva dessa função das normas, concluindo que é através dos *factie-spécies* que se procede à *in-spicium* dos fatos da vida, tomados como *referentes imediatos*.[731]

Baptista Machado[732] esclarece que as normas legais, como integrantes de um sistema, são o último *referente* para sua compreensão, ou seja, esse *quid*, cuja *pré-compreensão* se requer para que as mesmas sejam compreendidas em seu sentido jurídico e integrantes desse *subuniverso da juridicidade*, o *subentendido* que sempre precede o *entendido*, há de ser representado por um outro *referente* que está necessariamente fora dos textos, fora do sistema legal positivado e que representa algo necessariamente extrapositivo ou *trans-positivo*, mas não extrajurídico. Este, segundo o autor, é o nosso *referente mediato*, mas fundamental para que somos remetidos na interpretação de textos legais.

A pré-compreensão, no dizer de Karl Larenz[733], não se refere somente à *coisa Direito*, à linguagem em que dela se fala, mas também a contextos sociais, à situações de interesses e às estruturas das relações da vida a que se referem as normas jurídicas, que não contêm somente regulação que lhes dá validade jurídica, mas também disciplinam "determinadas relações sociais, processos e modos de comportamento relativamente aos quais a

[730]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 288.
[731]MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 207.
[732]Ibid., p. 208.
[733]LARENZ, op. cit., p. 290, nota 730.

circunstância de serem regulados pelo Direito revela por si um dos aspectos sob os quais se manifestam" e completa que: "O jurista que não chegue a vislumbrar nada dos outros aspectos, tão-pouco chegará a compreender a sua disciplina jurídica".

O tema, como pode observar, é importante dentro desse novo modelo de interpretação que se avulta e que não dissocia norma – em sentido amplo – e fato, partindo deste à busca das soluções que aquele há de fornecer, relacionando os acontecimentos, as discordâncias, os desencontros normais da vida em sociedade, com a lei, com os princípios, etc., buscando a solução mais equilibrada e proporcional. Sempre a busca do equilíbrio. O intérprete, destacando-se a atuação do juiz, tem, como vimos, grande importância nesse contexto, porque há de trazer de forma clara e explícita, para o caso, toda sua experiência e conhecimento, exigindo-se desse profissional, bem mais que simples conhecimento teórico. Precisará estar bem acorde com a sociedade, principalmente daquela onde vive e atua.

Sobre esse aspecto, Esser[734], citado por Karl Larenz, explica que:

> A "pré-compreensão" possibilita ao magistrado não apenas uma conjectura de sentido em face do seu conhecimento sobre a norma e da solução a ser encontrada, mas possibilita também que o magistrado construa para si próprio uma "convicção de justeza" com base em suas "pré-compreensões" que são alcançadas graças a uma prolongada experiência profissional e através de sua "atuação eficaz sobre as possibilidades de evidência na valoração pré-dogmática", isto acontecendo antes mesmo de iniciar a "obrigatória" interpretação da lei ou com considerações dogmáticas.

Explica Esser, que estas funcionam apenas como posterior *controle de concordância*, que se propõe como meta a comprovação da compatibilidade da solução já encontrada com o sistema de Direito Positivo.

Sobre esse pensamento, esclarece Larenz[735] que como Esser é de opinião de que os métodos de interpretação são livremente comutáveis entre si e seriam considerados pelos tribunais como suscetíveis de serem comutados entre si, é natural que o juiz, depois de encontrada a solução do caso que considera justa, eleja um desses métodos para qualificar a solução já encontrada, conforme a lei.

---

[734]ESSER, 1972, apud LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 291.

[735]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 291-292.

Larenz obtempera: "Pode ser que muitos juízes procedam do modo descrito por Esser".[736] Disso bem sabemos, pois não é raro ouvirmos magistrados afirmarem que adotam essa prática em suas decisões, ou seja, elaboram *pré-juízos* e depois dão um colorido de legalidade, adaptando com destreza, daqui e dali as normas existentes à sua decisão pré-concebida, o que não é, verdadeiramente a *pré-compreensão* como deve ser entendida. Segue Larenz, afirmando que por detrás disto "esconde-se uma boa dose de arrogância judicial", pois o juiz que procede dessa forma considera a si e à sua *pré-compreensão*, mais perspicazes que a lei e que a própria jurisprudência. O que não é compatível, se tomada a sério, com a *vinculação à Lei e ao Direito* que a organização jurídica impõe aos juízes, já que deve orientar a solução, pelas *pautas do ordenamento jurídico*. Assim, num correto entendimento da *pré-compreensão*, Larenz explica que

> O juiz deve debruçar-se continuamente mediante um processo de *pré-compreensão*, sobre o sentido intencionado, e que aqui é determinante, dessas pautas, processo que lhe requer a disponibilidade para questionar e rectificar o seu entendimento prévio, face ao sentido que se lhe vai revelando.

Karl Larenz[737], finalizando sua análise sobre a *pré-compreensão*, afirma que ela, atualmente, tem sido entendida em sentido diverso do hermenêutico. Esclarece, entretanto, que ninguém está imune a esses *pré-juízos* e que não seria correto ver neles, obstáculo instransponível. Todavia, sua superação só é possível, mediante constante processo de auto-exame e a preocupação com a *questão em si mesma* e conclui, alertando, que: *O pré-juízo* neste sentido negativo, como uma barreira ao conhecimento que se transpõe com a preocupação com a questão, não deve, todavia, ser confundido com a *pré-compreensão* no sentido da hermenêutica[738], como uma condição positiva da possibilidade de compreender a questão de que se trata.

---

[736]LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 292.

[737]Ibid., p. 293.

[738]Vale aqui, mais uma vez nos referirmos ao Círculo Hermenêutico, que bem explica a forma como deve ser entendida a pré-compreensão. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 285-286, explica que: "A interpretação de um texto - qualquer que seja a sua natureza – não só tem que ver com o sentido de cada uma das palavras, mas com o de uma seqüência de palavras e frases que expressam um contínuo nexo de ideias. Por certo que o sentido contínuo resulta somente da compreensão de cada uma das palavras e frases, conquanto, em regra, o significado de cada palavra não esteja fixado na linguagem geral de tal modo que possa vir a ser usado sempre exactamente na mesma acepção. Ao invés, o significado da maioria das palavras revela uma maior ou menor amplitude de variação; qual seja o significado que aqui foi levado em conta ou que aqui se haja de entender resulta, não em pequeno grau, do posicionamento da palavra na frase, e, ainda mais, na conexão total de sentido adentro da qual ela surja, em tal lugar do discurso ou do texto. Daí resulta uma especificidade do processo de compreender que é conhecida sob a denominação de 'círculo hermenêutico'. Por tal, dizendo de

8.6 Os Resultados do Desenvolvimento do Direito

Como resultado desse desenvolvimento, conforme já abordamos neste trabalho – não custando repetir, já que agora se nos afigura mais cristalino –, ao final do ponto onde tratamos da interpretação numa visão tradicional, temos três situações, a primeira, denominada por *interpretação corretiva*, a segunda *extensão teleológica* e a terceira a *redução teleológica*.

8.6.1 A interpretação corretiva

Ocorrerá quando examinada em seu sentido literal, a norma abrange hipóteses que o espírito da lei não comporta. O intérprete verifica que houve alteração, considerando as circunstâncias determinantes de sua formulação e corrige o texto para a efetiva realização de sua intenção prática, devendo ser considerado que se o legislador, tivesse previsto o resultado, não teria querido a norma.[739]

Esta forma de interpretar, que nada tem de novo, já que, pode ser encontrada em Aristóteles[740] como manifestação de equidade, e que foi retomada pela *Jurisprudência dos Interesses*, sendo considerada hoje, em geral, aceita e revela bem a ênfase dada ao caso concreto, que exige solução jurídica adequada.

8.6.2 A extensão teleológica

Como o próprio nome indica, cuida de alargar o campo de aplicação da norma a casos por ela literalmente não abrangidos, com fundamento em sua imanente teleologia, isso acontecendo quando o teor literal da lei é demasiadamente estrito. Como observa Antonio Santos Justo[741], sua aplicação se justifica pelo preceito de justiça de tratar com igualdade os iguais.

---

modo simplificado, pretende expressar-se o seguinte: uma vez que o significado das palavras em cada caso só pode inferir-se da conexão de sentido do texto e este, por sua vez, em última análise, apenas do significado – que aqui seja pertinente – das palavras que o formam e da combinação de palavras, então terá o intérprete – e, em geral, todo aquele que queira compreender um texto coerente ou um discurso – de, em relação a cada palavra primeiramente aceite e, conforme o caso, rectificar este ou a sua ulterior compreensão do texto, tanto quanto seja preciso, de modo a resultar uma concordância sem falhas. Para isso terá que lançar mão, como controlo e auxiliares interpretativos, das mencionadas 'circunstâncias hermeneuticamente relevantes'.".

[739]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 362.

[740]ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco, I, apud JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 362.

[741]JUSTO, op. cit., p. 363, nota 739.

8.6.3 A redução teleológica

Verifica-se quando o espectro de aplicação de uma determinada norma se reduz além do sentido resultante de seu sentido literal. Os casos alcançados por sua letra são excluídos de seu campo de aplicação, dentro do fundamento da teleologia imanente a essa norma e no princípio de justiça de tratar com desigualdade os desiguais.

É bastante tênue o limite[742] entre esta figura e a da interpretação restritiva e assim, para dar maior *fidelidade à lei*, a jurisprudência fala em interpretação restritiva, enquanto trata da redução teleológica, explicando que muitos inadmitem a vantagem desta figura, ou porque o elemento teleológico já funciona como um dos elementos lógicos da interpretação, ou porque a redução teleológica ou cai na interpretação ab-rogante ou na interpretação corretiva.

De qualquer forma, estamos diante de inequívoca manifestação do desenvolvimento do direito, que parte da preocupação de responder justamente aos novos casos cuja riqueza excede os problemas pré-determinados na previsão do legislador.[743]

[742]JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 363-364.
[743]Ibid., p. 364.

9 CONCEITOS LEGAIS INDETERMINADOS E CLÁUSULAS GERAIS NO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO, NO CONTEXTO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

9.1 Primeiras Impressões

Conforme esclarecemos desde a abertura deste trabalho, não poderíamos enfrentar o estudo das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados no atual contexto do Direito contratual, sem antes procedermos ao reestudo de todo os os instrumentos utilizados nesse universo que envolve a interpretação e a integração do Direito, que como vimos, tanto na interpretação e integração da lei, como na interpretação e integração do contrato, seguem no mesmo caminho, ou seja, aquele que envolve a realização do direito, ora inovando, ora incorporando critérios já existentes, sempre na busca dos ideais maiores do Direito, principalmente do Contratual: Equilíbrio.

Nesse aspecto, o sistema de cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados têm especial importância, pois será onde iremos, principalmente no que concerne ao Direito contratual, verificar com clareza uma maior interação entre os poderes, ou seja, o legislador, consciente da autonomia privada, que requer a mobilidade que deve ter o Direito diante dos fatos e dos casos concretos, abre espaço na legislação para que o intérprete de uma maneira geral, mas especialmente ao juiz, possa completá-lo, sendo certo que algumas dessas lacunas, como estudamos, não foram queridas pelo legislador. Esses espaços, muitos deles queridos, através da moderna técnica legislativa das cláusulas gerais, que surgem, sugerem lacunas, que serão então colmatados pelo intérprete, que nessa prática, utilizará de elementos positivos e extra-positivos[744], buscando estes, nos mais diversos meios do espaço jurídico, trazendo-os como vetores ou *standards*, para a complementação da norma. Enfim, esse sistema encarna o verdadeiro espírito do que se pode denominar Justiça, porque possibilita uma margem para que eventuais disparidades, principalmente no que se refere à atividade negocial, sejam sanadas pela participação efetiva do intérprete, que não fica preso ao texto frio da lei e à sua característica de ser estática.

[744]MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 208.

Nessa prática, como veremos, seja na colmatação de lacunas legais ou contratuais – lacunas do direito –, o intérprete utilizará todos os meios que até agora estudamos, ou seja, a analogia, o costume e os princípios gerais de direito e outros que estudaremos.

Necessário ainda esclarecer, que como o escopo do trabalho é focalizar questões que envolvam o Direito Obrigacional e, mais especificamente, ao Direito Contratual, as situações que estudaremos serão focadas, para fins de delimitação do tema e afunilamento de toda a gama de informações até aqui coletadas, basicamente nessa área do Direito, cientes de que o sistema de cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados pululam por todo o ordenamento jurídico, não sendo diferente com o Código Civil, mesmo no CCB de 1916, de matiz positivista.

Para que iniciemos esta importante etapa de nossa pesquisa, necessário esclarecer que, como se pôde até aqui notar, todos os temas tratados, uns mais, outros menos, despertam dissenso na doutrina nacional e estrangeira, pelo que procuramos nortear o trabalho naquilo em que acreditamos seja o ideal, sem, no entanto, deixar de cuidar de aspectos divergentes, até mesmo para fundamentar as ideias que defendemos. Assim, com o tema daqui por diante estudado, não poderíamos agir de forma diferente, razão pela que buscaremos imprimir ao texto a marca daquilo em que acreditamos, sempre seguindo o escopo principal, qual seja, de se produzir uma tese de doutoramento, que, sem deixar de lado o aspecto formal e científico, busque esclarecer e encontrar respostas mais do que criar questionamentos, dentro do espírito do importante princípio da operabilidade que norteia o CCB 2002.

Após a leitura de vários autores e textos que se referem ao tema e que são de grande carga teórica, encontramos em Nelson Nery Júnior o parâmetro que utilizaremos para tratar dos conceitos legais indeterminados e das cláusulas gerais, porque, diga-se, há com relação a essas figuras, de início, grande difusão de ideias e uma certa confusão de posicionamentos no que se refere à sua diferenciação, que mais tarde se transformam numa só coisa: a concretização do Direito. Dessa forma, optamos pela orientação didática e segura do citado autor, para fins de sistematização do texto.

Nery Júnior [745], aliás, como já citamos capítulos atrás, quando tratamos dessa distinção noutro contexto, explica que os conceitos legais indeterminados distinguem-se das cláusulas gerais:

> Em finalidade e eficácia, pois aqueles, uma vez diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já têm sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao juiz aplicar referida solução. Estas, ao contrário, se diagnosticadas pelo juiz no caso concreto, permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta, ou seja, concretizando os princípios gerais de direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer naquele caso concreto.

Dessa forma, estamos de acordo com esse entendimento que conclui que o sistema das cláusulas gerais é, em verdade, uma técnica legislativa[746] que possibilita ao juiz, além da colmatação de um termo vago – conceito legal indeterminado –, também solucionar determinada lide da forma que entenda mais adequada à realidade do momento, utilizando valores éticos, morais, sociais, econômicos, etc., conforme o caso.

Para fins de comparação, como estudamos anteriormente, um dos melhores exemplos de cláusula geral presentes no CCB 2002 é o art. 421: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato", onde podemos observar, da análise de seu texto, que o legislador deixou o termo vago – o que seja – *função social* para a colmatação por parte do juiz, que então deverá dizer, diante da situação que lhe seja posta e reclame decisão, se determinada cláusula contratual ou até mesmo todo um contrato deverá ser revisto

---

[745]NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil, apontamentos gerais. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra. (Coords.). *O novo Código Civil, homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2006. p. 428.

[746]NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil, apontamentos gerais. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra. (Coords.). *O novo Código Civil, homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2006. p. 422. Sobre essa técnica legislativa explica que: "Em pleno século XXI não seria mais admissível legislar-se por normas que definissem precisamente certos pressupostos e indicassem, também, de forma precisa, suas conseqüências, 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 foi bastante utilizado, notadamente no direito das obrigações, de modo que podemos afirmar que o Código Civil seguiu a técnica mista, com base nos métodos da casuística, dos conceitos legais indeterminados e das cláusulas gerais. Foi essa técnica a que foi adotada pelo nosso Código Civil de 2.002". Sobre a técnica legislativa da *casuística*, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 297, explica: "O legislador fixa, de modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos, de modo que, em face da tipificação de condutas que promovem, pouca hesitação haverá do intérprete para determinar o seu sentido e alcance. Este poderá aplicar a norma mediante o processo mental conhecido por subsunção. Há uma espécie de prefiguração, pelo legislador, do comportamento marcante, a ser levado em conta pelo intérprete, uma vez que o legislador optou por descrever a factualidade". Afirma ainda a autora, que: "Observa-se nessas normas uma perfeita especificação ou determinação dos elementos que compõem a *fattispecie*".

ou até mesmo anulado em caso de descumprimento desse preceito, onde constatamos que as soluções, rever ou anular, aqui propostas e que poderão ser aplicadas pelo juiz, não constam do texto do citado artigo.

Por outro lado, como também anteriormente citamos, um bom exemplo de conceito legal indeterminado é o que consta da letra do parágrafo único do art. 927 do CCB 2002:

> Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. *Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*

O conceito legal indeterminado está presente na palavra *risco*, que grifamos no texto do dispositivo em itálico também nosso, pois demandará que o juiz, ao ser provocado, estabeleça, através de *máximas de experiência* e recurso à discricionariede, que atividades envolvem risco, além daquelas que até então eram assim consideradas por força da legislação extravagante, como é caso dos transportes aéreos, ferroviários, exploração de energia elétrica, etc. Note-se que um dos traços que distingue esta situação – conceito legal indeterminado – daquela contida no art. 421 – cláusula geral –, é que no parágrafo único do art. 927, existe imposição de uma reprimenda, ou seja, a obrigação de reparar, o que não ocorre no art. 421. Note-se ainda, que é uma característica da cláusula geral, conter conceitos legais indeterminados, que podem ou não ser a positivação de um princípio geral de direito. Uma outra diferença, que também será adiante estudada, refere-se a que o termo *função social* é dotado de *vagueza socialmente típica*, enquanto o termo *risco* é dotado de *vagueza comum*, não deixando ambos de ser reconhecidos como conceitos legais indeterminados, mas que exigirão dos aplicadores técnicas de colmatação distintas.

Além de ambos os exemplos acima, ainda para fins de comparação, já que também presente no CCB 2002 como técnica legislativa, temos, dentre outros, o art. 564[747], que fixa os casos onde não se revoga a doação por ingratidão, técnica esta designada de casuística e que foi explicada por Judith Martins-Costa[748] em nota de rodapé constante da página anterior e onde, em suma, "o legislador fixa, de modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos, de modo que, em face da tipificação de condutas que promovem, pouca hesitação haverá do intérprete para determinar o seu sentido e alcance".

---

[747] Art. 564 do CCB 2002: "Não se revogam por ingratidão: I – as doações puramente remuneratórias; II - as oneradas com encargo já cumprido; III – as feitas para determinado casamento".

[748] MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 297.

Cientes então que os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais, dos quais então nos ocupamos, deixam lacunas a ser preenchidas pelo intérprete, mormente pelo aplicador do direito, que não surgem por acaso, nem são falhas legislativas, antes disso, são técnica moderna e que como vimos e veremos, em muito agiliza e melhora a qualidade das decisões, por permitir ao juiz alguma margem para concretizar o direito através de sua decisão levando em conta aspectos que não poderiam ser previstos, nem imaginados pelo legislador, aliás, ao contrário do que acontece na técnica da casuística, como vimos, onde o legislador não deixa margem para o juiz, que, em verificando que o fato que lhe é submetido se enquadra numa daquelas situações previstas, terá como único trabalho o da subsunção, que é atividade mental de adaptar o fato à norma, partimos para os estudos, iniciando pelos conceitos legais indeterminados, contidos nas cláusulas gerais, que pos sua importância, darão epílogo a esta pesquisa.

9.2 Os Conceitos Legais Indeterminados - diferença entre as cláusulas gerais e os enunciados gerais, genéricos e ambíguos

Para podermos entender os conceitos legais indeterminados contidos nas cláusulas gerais, necessário que cuidemos de entender o que significa, dentro duma abordagem jurídica a generalidade que as caracteriza e que são fruto do emprego daqueles conceitos, temos que[749] uma norma de abrangência geral nem sempre poderá ser considerada uma cláusula geral, exemplificando com o art. 50 do CCB 1916 (art. 85 do CCB 2002), que cuidava da classe das coisas fungíveis e infungíveis, não havendo nele qualquer imprecisão semântica, porquanto apesar de *regra geral*, as coisas que entrarem nessa classe, serão fungíveis ou infungíveis, não configurando, pois, uma cláusula geral de classificação de bens. Por outro lado o adjetivo geral, de cláusula geral, se se entender que essa técnica permite, em razão da extensão do seu campo *previsivo-estatutivo*, uma *previsibilidade geral* de condutas, enseja tratamento em conjunto de vasto domínio de situações. Assim, mais uma vez através do exemplo, a cláusula geral da boa-fé permitirá o estudo de situações que envolvam a *culpa in contrahendo*, da culpa *post factum finitum* e da rejeição de condutas contraditórias à boa-fé, como estudamos em capítulo anterior, como é no caso do *venire contra factum proprium*, da *surrectio*, da *suppressio* dentre outros.

[749]MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 304.

Sobre os enunciados genéricos[750]como exemplo temos a regra segundo a qual o Código Civil brasileiro "regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, os bens e as suas relações", sendo que tal enunciado é genérico por não se referir a especificação, ou seja, a expressão se refere indiferentemente a uma diversidade de situações, portanto, quanto maior for o número de fatos que se verificassem, estar-se-ia realizando a hipótese prevista na regra. Contem, sem dúvida, enunciado genérico, "por abranger todos os gêneros de fatos possíveis de serem juridicamente realizados na ordem privada" mas não é cláusula geral, que poderá ser genérica, se e enquanto o seu enunciado valer para qualquer caso da classe considerada, como quando se afirma que a *culpa* é elemento de qualquer das hipóteses da responsabilidade.

Já o enunciado é ambíguo[751], quando assume mais de um significado, "sem que o contexto em que empregado permita clarificar em tal ou qual significado está o mesmo sendo empregado", exemplificando com o termo *princípio*, que possui, pelos menos sete significados distintos (polissemia) e o termo *parte*, que tanto pode representar porção do todo, quanto indicar terceira pessoa indicativa do verbo partir, parte numa demanda ou ainda, parte num contrato – homonímia –. O que faz com que tanto a polissemia ou a homonímia sejam consideradas termos ambíguos é a impossibilidade de, em determinado contexto, não se poder identificar com qual acepção o termo foi utilizado, o mesmo acontecendo com o termo *boa-fé*, que poderá ser ambíguo, se não especificarmos se se trata de boa-fé objetiva ou subjetiva, portanto, as cláusulas gerais, apesar do potencial risco de tornarem-se ambíguas, sempre poderão ser referenciadas num determinado contexto normativo, como ocorre no caso do art. 422 do CCB 2002, onde fica claro tratar-se a boa-fé ali tratada, da boa-fé objetiva. Por essa razão não constituem, necessariamente, ambiguidades.

Concluindo essa importante diferenciação, até para fins de delimitação, Judith Martins-Costa afirma que[752] "as cláusulas gerais não 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". A autora finaliza, esclarecendo que o que caracteriza a cláusula geral enquanto técnica é "fundamentalmente, ou o emprego de expressões ou termos vagos no delineamento da *fattispecie* ou a conferência de

[750]MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 305.
[751]Ibid., p. 305-306.
[752]Ibid., p. 306.

um mandato ao juiz para que, a partir dele, sejam concretizadas as consequências normativas visadas".

9.2.1 Sobre o que seja vagueza – inicialmente

Para termos ideia inicial do trato com a vagueza da norma que se traduz na chamada *indeterminação do conceito*, torna-se necessário saber o que representa realmente o termo vagueza, pelo que mais uma vez nos apoiaremos nessa parte da pesquisa, no trabalho de Judith Martins-Costa, fundado, ao menos nesta parte, nos estudos de Claudio Luzzati e em sua obra *La vaghezza delle norme*, onde a fundo tratou da vagueza em seus vários aspectos e importância na compreensão das normas assim postas, sendo obra que referencia praticamente todos os trabalhos que cuidam do assunto.

Judith Martins-Costa[753] inicia esta etapa de sua obra com interessante exemplo colhido da obra de Claudio Luzzati, argumentando que a vagueza não é traço característico apenas das cláusulas gerais, frequentando, além da jurídica, todo tipo de linguagem e representando, segundo observamos, um problema a ser resolvido desde tempos imemoriais.

> Se tivermos um grão de trigo na mão, não poderemos dizer que seguramos um monte de trigo. Do mesmo modo se ajuntarmos a este outro grão, e mais outro. Porém, se ajuntarmos indefinidamente um grão depois do outro, mais cedo ou mais tarde obteremos um exemplo paradigmático de monte de trigo. Não existe, porém, um momento preciso no qual um monte começa a ser um monte. O que existe é uma fase de transição entre o monte e o não-monte. Do mesmo modo, não há um momento preciso em que se possa determinar, à vista de um homem que perde o seu cabelo, se ele é ou não calvo: a partir de quantos fios de cabelo perdidos se poderá atribuir a alguém o qualificativo "calvo"?[754]

Além da reflexão filosófica acima proposta, também no campo jurídico, segue a autora, a questão ganhou relevo, quando através do Digesto (D.47,8,4,1-3), Ulpiano ao comentar um edital que cuidava de dano produzido por uma turba, encontrou dificuldade em determinar qual o número mínimo de pessoas para se considerar uma *turba*, resolvendo a questão com base no argumento de autoridade, invocando uma redefinição de deste termo conformada pela autoridade de Labeão.

---

[753]MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 306.

[754]LUZATTI, 1990, apud MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 307.

Enfim, o que se apresenta atualmente em nada difere do que outrora ocorrera, sendo que ainda se busca uma forma de melhor completar essas indeterminações, que surgem, segundo Martins-Costa em grau – maior ou menor –, não sendo, portanto, uma qualidade que existe ou inexiste, o que vale afirmar, segundo ainda Luzzati, que todas as expressões linguísticas, em menor ou maior grau, são indeterminadas.

9.2.1.1 Sobre a vagueza da norma

Conforme Claudio Luzzati em sua obra já citada, nos capítulos X e XI, divide a vagueza da norma jurídica em duas, ou seja, as normas que são vagas, por apresentarem termos de *vagueza sociamente típica* – ou de reenvio – e termos de *vagueza comum*, explicando que a linguagem jurídica possui um estoque de expressões programaticamente vagas e exemplifica com artigos do Código Civil italiano, que não iremos reproduzir para não nos estendermos por demais, preferindo então, trazer exemplos colhidos no CCB 2002, para logo termos ideia de como se comportam na legislação, aqui destacando as relações obrigacionais.

9.2.1.2 Expressões dotadas de vagueza socialmente típica

Os conceitos[755] a seguir trazem em si expressões dotadas de *vagueza socialmente típica*. Assim, o legislador do *novel codex* tratou, nesta área do conhecimento jurídico de flexibilizar conceitos, através de termos como[756]: *ébrio habitual* constante do art. 4º, I; *justa causa e motivos graves*, no art. 57; *ordem pública e bons costumes*, no art. 122; *fim econômico ou social e bons costumes*, nos arts. 122, 187, 1.228, § 1º, 1.336, IV; *função social do contrato e liberdade de contratar*, no art. 421; *conforme as circunstâncias exigirem*, no art. 690; *conforme as circunstâncias do caso ou conforme os usos*, constantes 24, 138, 151, parágrafo único, 152, 156, parágrafo único, 233, 311, 320, parágrafo único, 327, 500, § 1º, 569, I, 113, 445, § 2º, 529, 628, parágrafo único, 658, 695, *caput* e parágrafo único, 699, 700, 701, 724, 753, § 1º, 869, § 1º, 953, parágrafo único; *uso a que se destina ou fim a que se destina*, constante dos arts. 566, I, e 567; *usos convencionados ou presumidos*, 569, I; *uso regular*, art. 569, III; *costume da localidade*, art. 1297, § 1º; *segundo a boa-fé* (ou conforme

[755]SILVA, Rodney Malveira da. A intervenção do juiz na interpretação e integração do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 37, p. 250-251, jan./mar. 2009.
[756]MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 11-12.

os ditames da boa-fé), arts. 113, 128, 187 e 422; boa-fé, arts. 242, 286, 307, 309, 523, 606, 607, 637, 686, 765, 814, § 1º, 856, parágrafo único, 878, 879, 896, 925, 1.049, *caput*, 1.149, 1.201, *caput* e parágrafo único, 1.202, 1.214, *caput* e parágrafo único, 1.217, 1.219, 1.222, 1.228, § 4º, 1.258, 1238, *caput*, 1.242, 1.243, 1.247, 1.255, 1.257, parágrafo único, 1.258, 1.259, 1.260, 1.741, 1.817, *caput*, 1.827 e 1.828; má-fé, arts. 243, 766, parágrafo único, 1.270, parágrafo único, 1.271, 1.273, 1.561, parágrafo único, 1.256, 1.258, parágrafo único, 1.270, parágrafo único, 1.271, 1.273, 1.561, § 2º, e 1.826; *natureza da coisa*, art. 569, I; *natureza da atividade*, art. 927, parágrafo único; *costume do lugar*, art. 569, II; *diligência normal ou habitual*, arts. 138, 712 e 866; *diligência exigida (pela) natureza (da situação ou da coisa)*, art. 1.362, I; *dano iminente*, art. 870; *negligência ou imprudência*, arts. 186 e 951; *exercício regular de um direito reconhecido*, art. 188, I; *motivos imprevisíveis*, art. 317; *motivo grave*, art. 329; *motivo razoável*, art. 633; *pagamento reiteradamente feito em outro local*, art. 330; *caso fortuito ou força maior*, arts. 393, 399, 429, parágrafo único, 625, I, 636, 642, 696, parágrafo único, 702, 719, 734, 737 753, 868; *prestação inútil ao credor*, art. 395, parágrafo único; *fato ou omissão imputável*, art. 396; *o que razoavelmente deixou de lucrar*, art. 402; *equitativamente*, arts. 413 e 479; *parte inocente*, art. 419; *probidade*, art. 422; *natureza do negócio*, art. 424; *razoavelmente*, art. 466; *razoabilidade*, art. 720, parágrafo único.

No Código Civil português (CCP) não é diferente, da mesma forma encontramos termos dotados de vagueza socialmente típica em diversos dispositivos, como passamos a seguir, exemplificativamente a descrever, sem a intenção, obviamente, de relacionar todos os casos: *bons costumes*, arts. 271º, 280º/2, 281º, 334º; *usos*, arts. 3º/1 e 2, 234º, 560º/3, 763º, 777º/2, 885º/2, 919º, 920º, 921º/2, 924º/3, 925º/2, 937º, 940º/2, 1.037º/1, 1.039º/1, 1.122º/1, 1.128º, 1.158º/2, 1.163, 1.167/b; *ordem pública*, arts. 22º, 81º/1, 182º/1-c, 192º/1-d, 271º/1, 280º/2, 281º, 345º/2, 465º/1, 800º/2, 967º; *justa causa*, arts. 170º/3, 265º/3, 461º/1, 968º/1, 1.140º, 1.170º/2, 1.194º, 1.201º; *motivo grave*, art. 576º, *fim social*, art. 334º, *boa fé*, arts. 334º, 437º, 475º, 612º, 616º/3; *circunstâncias*, arts. 777º, 812º/2, 830º/3, 880º/1, 911º, 1.008º/2, 1.019º/2, 1.027º, 1.028º, 1.131º, 1.190º; *circunstâncias do caso*, art. 829º-A/1; *certas circunstâncias*, art. 1.162º; *costume*, arts. 737º/1-a, 1.400º, 1.400º/2; *costumes locais*, art. 1.718º; *razoavelmente*, arts. 236º/1, 808º, 1.636º; *motivo grave*, art. 576º, *caso fortuito*, arts. 616º/2, 1.462º/2; *razoabilidade*, art. 829-A/2; *negligência*, arts. 485º/1, 526º/2, 1.435º; *dano iminente*, art. 985º/5.

Esses termos[757] encerram expressões programaticamente vagas, verificáveis quando algum termo segundo uma certa interpretação exprime um conceito valorativo cujos critérios aplicativos não são sequer determináveis senão através da referência aos variáveis parâmetros de juízo e às mutáveis tipologias da moral social e do costume.

Sobre as expressões dotadas de vagueza socialmente típicas encontráveis no CCB e também no CCP, são conceitos que se reportam a realidades valorativas, encerrando, portanto, fundamental conteúdo axiológico, conforme os acima relacionados.[758]

Dessa forma, não bastam para a colmatação desse tipo de indeterminação as regras ou máximas de experiência, que como veremos mais tarde, bem se prestam à complementação de termos que apresentem vagueza comum. Necessário aqui que o julgador recorra aos valores, o que nos faz lembrar a teoria tridimensional do Direito, de Miguel Reale, à qual, mesmo que indiretamente já nos referimos neste trabalho e para quem o direito é *norma*, *fato* e *valor*.

Ao discorrer sobre valores, Jorge Tosta apoia-se em André Franco Montoro[759], que descreve e caracteriza algumas notas que lhes são comuns, a exemplo da "preferibilidade, da bipolaridade, da graduação hierárquica e a referibilidade":

> A preferibilidade ou não-indiferença constitui a primeira característica dos valores. Estes são "preferíveis" para o sujeito não como resultado de uma dedução lógica, mas de uma intuição ou evidência intuitiva. A bipolaridade significa que todo valor corresponde um antivalor, à semelhança de dois pólos, um positivo, outro negativo: ao belo se opõe o feio; ao bem, o mal; ao agradável, o desagradável; ao justo, o injusto; ao prazer, a dor. A graduação hierárquica, onde podemos falar em valores superiores e inferiores: A vida humana é um valor superior ao perfume de uma flor ou à beleza de uma paisagem; o bem-estar de uma população é superior ao lucro de um negócio. Essa escala de valores pode variar conforme as pessoas, grupos e classes sociais, época, etc., porém sempre existe alguma escala ou hierarquia da valores a orientar a atuação das pessoas e das sociedades (grifo nosso).

Reale, também citado por Tosta[760], afirma, com relação à referibilidade, que "o valor implica sempre em uma tomada de posição do homem. Tudo aquilo que vale, vale para algo ou vale no sentido de algo para alguém". Razão pela qual, os valores são entidades vetoriais,

---

[757]LUZATTI, Claudio. *La vaghezza delle norme. Una'analise del linguaggio giuridico*. Milano: Giuffré, 1990. p. 303.
[758]MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 325.
[759]MONTORO, 1995, apud TOSTA, Jorge. *Os poderes do juiz no novo Código Civil*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 50.
[760]TOSTA, Jorge. *Os poderes do juiz no novo Código Civil*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 50.

porquanto apontam sempre para um sentido e dirigem-se para um fim, e exatamente por essa razão, são determinantes de conduta.

O legislador nesse tipo de técnica legislativa[761] renunciou a determinar diretamente os critérios – ainda que parciais – para a qualificação dos fatos, fazendo implícito ou explícito reenvio a parâmetros variáveis no tempo e no espaço – regras morais, sociais e de costume – e isso nos faz lembrar, apenas para fins de argumentação, quando em páginas atrás estudávamos a interpretação da lei e dos contratos, do que explicou Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa a respeito do que denominou de *repartição de competências*.[762] Assim, guardadas as devidas proporções e especificidades, nos parece que, ao encarregar o aplicador de complementar a norma sopesando valores, o legislador, da mesma forma, *reparte sua competência* com este, no que se refere à determinação dos conceitos, entretanto, o órgão julgador não agirá livremente, porque estará sujeito à aplicação de parâmetros ou de *standards*.

Vale aqui mais uma vez, aliás, como fizemos em vários trechos deste trabalho, recordar o caso envolvendo os trabalhadores rurais e os usineiros em contrato de arrendamento rural que flagrantemente vai prejudicando não só os fazendeiros arrendatários, mas trabalhadores rurais, a economia da região e, por conseguinte, prejudicando toda uma comunidade, sendo bom recordar, que desde o início vimos buscando uma resposta para a questão posta no sentido de fundamentar a legitimação desses prejudicados para requerer a extinção daquelas avenças particulares que os prejudica, invocando o art. 421 do CCB de 2002 que cuida da *função social do contrato*, que encerra, sem qualquer dúvida, um conceito legal indeterminado dotado de vagueza socialmente típica.

Assim, mais uma vez vamos ajuntando ao arsenal de meios, instrumentos que vamos recolhendo por este longo caminho que nos propomos percorrer. Nesta passagem, não podemos deixar de dar destaque à utilização das notas acima sobre os valores, quando André Franco Montoro se refere à hierarquia dos valores e cita que – grifamos no texto – *o bem-estar de uma população é superior ao lucro de um negócio*. Aí está um dos vetores –

[761]MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 313.

[762]BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de caráter metodológico. Algumas reflexões. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 2006. v. 2, p. 369. "O legislador, no que diz respeito ao contrato, abstém-se de positivar todos os aspectos das relações jurídicas privadas, deixando parte dessa tarefa para a vontade dos contraentes, que assim passam a gerir livremente seus interesses. Existe aqui, uma verdadeira repartição de competências entre poder legislativo e os sujeitos privados, que participam de forma definitiva na regulação daquilo que representa o estatuto de seus interesses particulares".

parâmetro ou *standard* – que ao lado do direito ao trabalho – direito social – e outros possíveis, será utilizável na solução da questão proposta. O termo dotado de vagueza socialmente típica *função social*, comporta a utilização desse vetor no caso posto sob exame, porquanto muito claramente põe em confronto o direito ao lucro dos usineiros e fazendeiros de um lado – valor 1 –, e o bem-estar de uma comunidade, o direito ao trabalho, etc., de outro – valor 2 –, que, sem qualquer dúvida se mostra bastante superior, conforme ocorre na *ponderação de bens* explicada por Karl Larenz, quando nos referimos ao *princípio da proporcionalidade*.

Um bom exemplo[763] é o do art. 422 do CCB 2002: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé" e do art. 1.375 do Código Civil italiano: "Execução de boa-fé - O contrato deve ser executado segundo a boa-fé". Conforme se verifica, os dois dispositivos que contêm a expressão *boa-fé*, que sem qualquer dúvida é expressão dotada de alto grau de vagueza, neste caso, socialmente típica, em que o juiz deverá precisar o que a sociedade onde vive tem para si como *incompatibilidade com a boa-fé*, sendo esta uma tarefa eminentemente hermenêutica e através dessa valoração, determinará a sua premissa. Por oportuno, que o termo *boa-fé* como foi empregado nos dois dispositivos comentados, não induz a ambiguidade, porquanto o contexto deixa claro que foram utilizados como *boa-fé objetiva* e não subjetiva.

Jorge Tosta[764] fornece um exemplo e traça um caminho que se pode seguir para se chegar à determinação da premissa que envolva o termo dotado de vagueza socialmente típica *função social*. Em sua tese de doutorado demonstra como transformar o conceito legal indeterminado *função social*, em *conceito legal determinado pela função*[765], sem se correr o risco de deixar esse processo ser tratado pelo aplicador com utilização apenas de seu sentido de observação, mais ou menos aguçado, de sua melhor ou pior formação cultural, de sua

[763]MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 327.

[764]TOSTA, Jorge. *Os poderes do juiz no novo Código Civil*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 54.

[765]NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil, apontamentos gerais. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra. (Coords.). *O novo Código Civil, homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2006. p. 428. Sobre os conceitos legais determinados pela função (*funktionsbestimmte Rechtsbergriffe*): "Os conceitos legais indeterminados se transmudam em conceitos determinados pela função que têm de exercer no caso concreto. Servem para propiciar e garantir a aplicação correta, equitativa do preceito ao caso concreto. Nos conteúdos das idéias de boa-fé (CC, 422), bons costumes (CC, 187), ilicitude (CC, 186), abuso do direito (CC, 187) etc., está implícita a determinação funcional do conceito, como elemento de previsão, pois o juiz deverá dar concreção aos referidos conceitos, atendendo às peculiaridades do que significa a boa-fé, bons costumes, ilicitude ou abuso do direito no caso concreto. Vale dizer, o juiz torna concretos, vivos, determinando-os pela função, os denominados conceitos legais indeterminados. São, na verdade, o resultado da valoração dos conceitos legais indeterminados, pela aplicação e utilização, pelo juiz, das cláusulas gerais".

maior ou menor sensibilidade e até mesmo de sua formação moral e religiosa, na formatação do que seja o interesse social e aquilo que o contradiz, o que daria razão àqueles que veem no sistema de norma aberta dos conceitos legais indeterminados e das cláusulas gerais, uma eventual *ditadura dos juízes* e uma instabilidade nas decisões, representada pela falta de, um mínimo de previsibilidade destas, o que, segundo os arautos dessa corrente, causaria o descrédito no judiciário e a falta de segurança jurídica.

Vamos então o lapidar raciocínio de Jorge Tosta:

> Ao que interessa na análise da colmatação do *termo função social*, podemos considerar as expressões *exigências fundamentais de ordenação da cidade* (art. 182 , parágrafo 2, CF); *não edificado, subutilizado, não utilizado, adequado aproveitamento* (art. 182, parágrafo 4, CF); *propriedade produtiva* (art. 185, II, CF); *aproveitamento racional e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho, exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores* (art. 186, I a IV, CF) como importantes *standards* ou princípios gerais de direito a serem observados.

E complementa:

> Aquele que constrói para fins residenciais ou comerciais ou apenas comercializa imóveis para tais finalidades, promovendo seu adequado aproveitamento e atendendo às exigências fundamentais de ordenação da cidade, contribui para o desenvolvimento social e econômico do País. Consequentemente, ele cumpre a função social objetivada pelo constituinte e pelo legislador infraconstitucional. Igualmente aquele que produz a terra dando-lhe aproveitamento racional e adequado, utilizando-se dos recursos naturais disponíveis, preservando o meio ambiente, observando as disposições que regulam as relações de trabalho e explorando a terra de molde a favorecer o bem estar dos proprietários e trabalhadores rurais.

Esse valioso ensinamento muito esclarece acerca da postura que deve ter o aplicador diante dos conceitos legais indeterminados e das cláusulas gerais que os contém, pois conforme notamos, nada há de arbitrário, no caso, na concreção do termo vago dotado de vagueza socialmente típica *função social*, que no exemplo, refere-se à propriedade, já que totalmente calcada em disposições constitucionais, que funcionam como *standards* ou *princípios orientadores*, colhidos no interior do próprio sistema jurídico. Segundo Tosta[766], ainda sobre o exemplo,

[766]TOSTA, Jorge. *Os poderes do juiz no novo Código Civil*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 55.

> Os *standards* servem de baliza ao intérprete e também como forma de defesa do proprietário contra medidas tendentes a onerar, cercear e até eliminar o direito de propriedade, tais como parcelamento ou edificação compulsórios, imposto progressivo no tempo, desapropriação e usucapião.

Esta passagem nos remete mais uma vez à questão envolvendo os usineiros e proprietários de terras em Minas Gerais, que chega perto de uma orientação para a propositura de futuras ações judiciais, indicando os legitimados, já que na parte final de seu posicionamento acima referenciado, Tosta aduz:

> Igualmente aquele que produz a terra dando-lhe aproveitamento racional e adequado, utilizando-se dos recursos naturais disponíveis, preservando o meio ambiente, observando as disposições que regulam as relações de trabalho *e explorando a terra de molde a favorecer o bem estar dos proprietários e trabalhadores rurais* (*itálico nosso*).

Como vimos no caso sob comento, nem os proprietários das terras arrendadas – partes – e nem os trabalhadores rurais – terceiros – estão sendo atendidos por aqueles contratos de arrendamento no que se refere ao *bem estar* do qual devem ser instrumento, lembrando que o termo *bem estar* também configura termo vago e requer colmatação, porque o bem estar aqui pretendido é o de se saber, por parte dos proprietários/arrendantes, se suas propriedades estão sendo bem utilizadas, produzindo riquezas e criando empregos, e por parte dos trabalhadores rurais, já tão sofridos, se seus empregos serão mantidos e se terão como sustentar suas famílias, o que, definitivamente não está sendo observado nas citadas avenças, atentando direitamente contra a *função social* da propriedade, neste caso, a rural.

A seguir, no estudo dos termos dotados de vagueza comum, poderemos observar como seu processo de colmatação se processa, como dissemos, através de *regras de experiência*, que aparentemente menos complexas são de igual importância.

9.2.1.3 Expressões dotadas de vagueza comum

Conforme já fora dito, os termos vagos que apresentam *vagueza comum* serão preenchidos com máximas de experiência, sem recurso a valores, como no caso dos termos vagos caracterizados por vagueza socialmente típica, como vimos. Esses termos vagos são encontrados em todo o ordenamento jurídico e, mais especificamente no CCB 2002, através de expressões do tipo:

> (...) despesas ordinárias; acesso difícil ou perigoso; iminente risco de vida; obrigação excessivamente onerosa; dano considerável; diminuição considerável de valor; prestação manifestamente desproporcional; extensa área; considerável número de pessoas; diminuto valor, etc.[767]

Numa primeira e superficial observação, podemos notar já uma substancial diferença entre estes e os termos vagos dotados de vagueza socialmente típica, como p. ex., a diferença entre o termo *fim social,* presente no art. 187 do CCB 2002 e *caso de urgência*, constante do art. 251, parágrafo único do CCB 2002, que em comum têm a característica da vaguidade, já que para colmatar o primeiro, o intérprete deverá recorrer, dentre outros, a uma aferição dos valores encontráveis na sociedade onde está inserido, analisando-os, a fim de que possa determinar se uma conduta está de acordo ou é contrária ao fim social, por exemplo, a conduta do proprietário de um ponto comercial que abre um bar e distribui amiostras grátis de bebidas alcoólicas em frente a um salão de reunião dos Alcoólicos Anônimos, como já mencionamos. O aplicador não poderá, para tal fim, valer-se apenas regras de experiência, nem mesmo de avaliação técnica. Por outro lado, para colmatar o segundo, que se refere ao termo vago *caso de urgência* o juiz utilizará regras ou máximas de experiência a fim de verificar, no caso concreto e objetivamente[768] se agiu bem ou mal o titular do direito quando sob alegado estado de urgência causado pela notícia de uma grande tempestade, temendo que uma enchente alagasse sua residência, pôs abaixo ele próprio uma barragem feita por um vizinho para quem alienou lote adjacente e que com ele se obrigou a não construí-la, se sentido autorizado pelo que consta no parágrafo único do art. 251 do CCB 2002:

> Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos. *Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido* (grifo nosso).

Podemos verificar que o juiz, a quem eventual demanda sobre o hipotético episódio for endereçada, deverá aferir se a situação era ou não de urgência, devendo para isso verificar se no caso concreto havia realmente o perigo da alegada tempestade e se ela realmente

---

[767]TOSTA, Jorge. *Os poderes do juiz no novo Código Civil*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 43.

[768]TOSTA, Jorge. *Os poderes do juiz no novo Código Civil*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 43. "Verificando-se as expressões *despesas ordinárias; acesso difícil ou perigoso; iminente risco de vida; obrigação excessivamente onerosa; dano considerável; diminuição considerável de valor; prestação manifestamente desproporcional; extensa área; considerável número de pessoas; diminuto valor; imóvel que mais natura ou facilmente se prestar à passagem etc*., denotamos em todas elas a presença de uma certa *bipolaridade de natureza objetiva*, que nos permite distinguir entre o grande e o pequeno; o muito e o pouco; o fácil e o difícil; o comum e o incomum; o urgente e o não urgente; o perigoso e o não perigoso etc.".

oferecia risco de enchente, para o que poderá valer-se das denominadas regras ou máximas de experiência, como, p. ex., o juiz sabe, como é notório na região do sul de Minas Gerais, que nos meses de *seca*, entre abril e agosto, dificilmente chove e que no período das *águas*, entre setembro e março, são comuns as chuvas torrenciais e imprevistas, não precisando se fazer valer de peritos para essa constatação, não tendo também, com toda certeza, de aferir qualquer valor de cunho moral ou social.

Dessa forma, importante que saibamos de antemão o que são e como são aplicadas essas ditas regras de experiência.

9.2.1.4 As regras de experiência

Sendo certo que no trato com os conceitos legais indeterminados dotados de vagueza comum, o juiz deverá utilizar *máximas de experiência*, recorremos a interessante e prático texto de José Carlos Barbosa Moreira[769] que bem nos mostra as dificuldades na aplicação dos conceitos legais indeterminados de vagueza comum, que ele chama de *conceitos juridicamente indeterminados*, afirmando que elas encontram fundamento no art. 335 do Código de Processo Civil brasileiro (CPC): "Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame perícia" e comenta que, conforme é cediço, o tema nada tem de novo e o que se tem estudado durante todo esse tempo é a proibição imposta ao juiz de invocar como razões para sua decisão conhecimentos adquiridos fora do processo que não seja através da colheita das provas carreadas no curso da instrução processual e entende ser razoável tal proibição, na medida em que incide sobre matéria que especificamente está relacionada ao litígio, da qual o juiz tenha tomado conhecimento através de circunstâncias personalíssimas e exemplifica com o caso de um juiz que tivesse assistido a um atropelamento, ponderando, que não seria querido que este mesmo juiz julgasse a causa, já que seria testemunha e julgador a um só tempo e teria, em última análise, que valorar seu próprio testemunho.

Entretanto, segue o autor em defesa dessa forma de realização do direito: "Mas é evidente, por outro lado, que semelhantes razões não prevalecem quando se trata de ordem diversa, sem relação particular com os acontecimentos que determinaram a instauração do

[769]MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 261, p. 13, jan./fev./mar. 1978.

processo, e cuja aquisição se possa ter dado por via inteiramente autônoma"[770], citando o autor duas vias de conhecimentos, a primeira que enquadra como os fatos de cuja ciência, tenham acesso, de maneira geral, pessoas que vivam num determinado ambiente sócio-cultural, aí incluído o juiz, qualificando esses fatos como fatos notórios, dos quais são exemplos: "o de que em certa data se comemora a independência do país, o de que determinada cidade é a sede do governo, o de que em tal ocasião a estrutura política nacional foi modificada por força de um movimento revolucionário".

A segunda via de conhecimento é composta de fatos que denomina *máximas de experiência*, que o autor explica que estas se diferenciam das primeiras, por sua generalidade e abstração, que segundo explica, são uma série de acontecimentos reiterados, que fazem concluir através de raciocínio indutivo, em suma, que, se de tal forma aconteceram no passado, acontecem no presente e certamente acontecerão no futuro. Essas fontes de regras de experiência são de matiz variado[771]:

> Sendo que algumas têm fundamento na ciência, mas que foram vulgarizadas pela sabedoria popular e cita alguns exemplos dessas fontes, como a de que onde existe água estagnada proliferam mosquitos, ou a de que é de nove meses o período de gestação do ser humano, ou a de que as águas correm do nível mais alto para o mais baixo; outras relacionam-se com as artes (a abóbada com ogivas cruzadas é característica da arquitetura gótica), com a técnica (as máquinas de escrever elétricas reclamam do datilógrafo menor esforço), com o exercício de profissões (os farmacêuticos lidam com substâncias venenosas), com as atividades comerciais e econômicas(a escassez de um produto no mercado acarreta a elevação de seu preço; a implantação de uma indústria aumenta a oferta de empregos na região), com as religiões (os muçulmanos e os israelitas não comem carne de suíno), com os usos correntes em comunidades mais ou menos amplas (os festejos carnavalescos são particularmente animados no Rio de Janeiro; os indígenas utilizam o arco e a flecha como armas de caça; alguns povos costumam fazer a "sesta" após o almoço); outras ainda repousam pura e simplesmente na observação do que se passa em torno de nós, na vida quotidiana: quem ignora que o estrangeiro recém-chegado terá maior dificuldade em compreender o sentido de aviso em língua nacional, ou que a irritação leva a pessoa a alterar a voz, ou que no trânsito nas grandes cidades se torna mais lento em certas horas, ou que a freqüência às praias aumenta nos fins de semana?

E complementa o autor:

> Eis aí uns poucos exemplos de "regras de experiência" a que o juiz, não raro, tem necessidade de recorrer para formar sua convicção acerca da lide, e às

[770]MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 261, p. 13, jan./fev./mar. 1978.
[771]MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 261, p. 14, jan./fev./mar. 1978.

> quais, uma que outra vez, recorrerá como sem dar por isso: são instrumentos corriqueiros de sua comum atividade intelectual, não habituais, que o respectivo emprego já se tornou automático, e nem chega a merecer atenção capaz de recortá-las com nitidez na zona clara da consciência.

Conforme pudemos apreender até aqui do texto analisado, o autor se refere a essas regras como integrantes do que ele denomina de *patrimônio cultural comum da sociedade* onde o juiz está inserido, e porque atuam na mente do cidadão comum, atuam também na mente do juiz e acabam por atuar igualmente no processo ou porque o juiz já as conhecia ou porque, num ou noutro caso mais específico, foi buscá-las, como p. ex., em lide que envolva determinada característica ou especificidade profissional que desconheça.

No que se refere especificamente aos conceitos legais indeterminados, José Carlos Barbosa Moreira[772] esclarece ser bastante óbvio que o legislador, ao redigir normas, não empregue somente palavras de cunho técnico-jurídico, nem tampouco se preocupa em definir todas as noções utilizadas, pois espera ser entendido, por confiar que existe um acervo de palavras e expressões bastante conhecido das pessoas, como p. ex., preço, consentimento, animal, edifício, etc. Segundo o autor, a questão assumirá importância quando tais palavras ou expressões apresentem sentido impreciso, por nem sempre ser possível ou conveniente, como já vimos, pormenorizar todas as situações a que há de conectar-se este ou aquele efeito jurídico.

Dessa forma, o legislador opta por fornecer indicações genéricas, deixando ao intérprete a tarefa de dizer, no momento da subsunção, se tal fato concreto corresponde à norma, tendo aí a missão de colmatar, preencher, complementar os claros, cobrindo os espaços em branco, como os encontrados em alguns termos do Código Civil, tais como *coisas necessárias à economia doméstica*, *tempo suficiente*, *local de difícil acesso*, dentre outros. Ressalte-se que nesse trabalho, o aplicador não recorrerá a valores sociais, morais, etc., mas apenas e tão somente a regras de experiência para o preenchimento dos claros.

Desta forma, no preenchimento destes espaços, seguindo o raciocínio do autor estudado, o juiz deverá agir com especial argúcia para verificar se se produziu ou não o fato jurídico previsto na lei, tendo que primeiro verificar se ocorreu ou não o fato típico, como no exemplo que apresenta[773]:

---

[772]MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 261, p. 15, jan./fev./mar. 1978.

[773]MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 261, p. 15, jan./fev./mar. 1978.

> Ora, uma vez apurado, por exemplo, que a proposta de contrato fora feita havia uma semana, é preciso determinar se tal lapso de tempo bastava ou não para que a resposta chegasse ao conhecimento do proponente; só assim poderá o órgão judicial concluir que este já se achava, ou ainda não, desobrigado da proposta. E, para proceder a semelhante determinação, o juiz vai naturalmente recorrer, antes de mais nada, ao que se sabe, de modo geral, sobre a maior ou menor facilidade de comunicações, tendo em vista a distância entre os lugares onde se encontravam as partes, e outras circunstâncias análogas. De São Paulo ao Rio de janeiro, v.g., em condições normais, uma ligação telefônica pode ser feita em poucos minutos, e uma carta não levará mais que um ou dois dias: eis aí uma "regra de experiência" capaz de auxiliar o julgador na solução de litígio sobre a matéria figurada.

Cuida-se de empregar a intuição, o que, de certa forma, oferece certa margem de liberdade ao aplicador do direito, sem contudo deixar de exigir a necessária fundamentação, porquanto mesmo calcado em *regras de experiência*, o magistrado deverá explicitá-las, trazendo a lume suas origens, seja esta origem como as daquelas máximas surgidas da sabedoria popular, dos usos e costumes de determinada região, da religião, etc. Esse processo de colmatação, por mais fluido que pareça, carece, como vimos de fundamentação.

Além das características já mencionadas, Jorge Tosta[774] explica que "nos termos vagos caracterizados por vagueza comum percebe-se que há sempre uma noção bipolar que varia de forma quantitativa ou qualitativa e cujo conhecimento se alcança através dos sentidos e da intuição" e prossegue, exemplificando com a tarefa de saber se uma obrigação é *excessivamente onerosa,* conforme disposto no art. 156 do CCB 2002, que para ele envolve, e como estamos acordes, envolve análise puramente objetiva, neste caso, de natureza quantitativa e complementa afirmando que, mesmo que o magistrado tenha que levar em conta as *condições econômicas* da vítima para uma melhor análise do que seja, no caso concreto, o *excessivamente oneroso*, mesmo assim não estará adstrito a apreciação de valores – morais, sociais, costumes, etc. –, restando a análise quantitativa.

Tosta, na mesma página que citamos, mais para fins de argumentação do que para polemizar, refere-se a Alberto Gosson Jorge Junior, e sobre o assunto se posicionou da seguinte forma:

> Assim não pensa, todavia, Alberto Gosson Jorge Junior. São suas palavras: "Mas em que pese a aceitação desta dicotomia entre locuções que demandam a 'adaptação da experiência comum' e aquelas que pedem 'valorações',

[774]TOSTA, Jorge. *Os poderes do juiz no novo Código Civil*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 44.

> verifica-se a dificuldade de se diferenciar estas duas características pertencentes à natureza de 'indeterminação da norma jurídica'."[775]

E segue Tosta, agora comentando um exemplo fornecido por Jorge Junior:

> Mais adiante traz exemplo hipotético sobre o artigo que ora analisamos: "... alguém faz um empréstimo para pagar o resgate de um seqüestro assumindo juros extorsivos. O *caput* da norma do art. 156 menciona 'para salvar-se' ou a 'pessoa da família', o que faz supor, como requisito para enquadramento na segunda espécie, que haja uma obrigação familiar de assistência decorrente dos laços de parentesco. Ressalva a norma do parágrafo único que, em se tratando de 'pessoa não pertencente à família' o juiz deverá avaliar as circunstâncias em que se operou o relacionamento entre quem tomou o empréstimo e a vítima etc. Conclui-se que o magistrado deverá sopesar até mesmo circunstâncias inusitadas, como na hipótese de duas pessoas que se conheceram num passeio turística a bordo de um barco e, em ali havendo a violência e a chantagem, o contexto em que se encontravam viesse justificar uma atitude de solidariedade humana ainda que não houvesse relacionamento mais próximo entre a vítima e quem assumiu o resgate. Perguntamos: haveria nesse caso hipotético uma aplicação de máximas de experiência (vagueza comum) por parte do juiz para solução do caso ou o contexto teria ensejado propriamente uma valoração (vagueza socialmente típica) das circunstâncias? Poderemos entender que, para a determinação do conteúdo da expressão excessivamente onerosa, haverá necessidade de se valorar a classe social e a capacidade patrimonial da vítima em cada caso concreto ou poderemos pensar que, em essência, a análise que o juiz deverá fazer para concluir por uma prestação que seja 'excessivamente onerosa' em nada dista da que fará para avaliar as 'circunstâncias' da relação com 'pessoa não pertencente à família?'."

Concluindo, Jorge Tosta[776] ainda referindo-se ao pensamento do autor que comenta, sustenta que:

> Parece-nos, no entanto, que aquilo que o preclaro autor chama de valorar quando se refere à classe social e à capacidade patrimonial da vítima é, na verdade, mera apreciação quantitativa baseada nos fatos e nas circunstâncias objetivas do problema (saber se a obrigação é ou não excessiva), o que se situa, ainda, dentro das regras de experiência. Valorar (= aquilatar, ponderar, apreciar) a classe social e a capacidade econômica da vítima em cada caso concreto não se confunde com análise de valores incorporados na sociedade. Os valores, como ensina Miguel Reale, não admitem possibilidade alguma de quantificação. A idéia de numeração ou quantificação é completamente estranha ao elemento valorativo axiológico.

[775]JORGE JUNIOR, 2004, apud TOSTA, Jorge. *Os poderes do juiz no novo Código Civil*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 44-45.

[776]TOSTA, Jorge. *Os poderes do juiz no novo Código Civil*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 45-46.

Com todo o respeito a ambas opiniões, estamos inclinados a nos perfilar com aquela fornecida por Tosta, porque entendemos que realmente em muito dista uma avaliação puramente qualitativa ou quantitativa fornecida por regras de experiência, como foi no caso do exemplo fornecido por Alberto Gosson Jorge Júnior, daquela que exige um sopesar de valores subjetivos, como aqueles que se referem, p. ex., aos *bons costumes* e aos *usos*, reconhecendo que no caso do exemplo acima comentado a valoração de *classe social e capacidade patrimonial* é objetiva, ou seja, apenas para argumentar, imaginemos que determinada pessoa possua renda mensal de cinquenta salários mínimos e que por isso esteja incluída, conforme alguns indicadores econômicos, na classe social denominada *b*, numa escala que vai de *a* a *e*, o que, consequentemente, indica, de certa forma, sua capacidade patrimonial, não tendo sido necessário qualquer questionamento de ordem subjetiva que cotejasse valores quantitativos com sociais para se chegar a essa constatação, bastando os primeiros, já que é apenas uma questão numérica.

O CCB 2002 está repleto de exemplos de norma deste tipo, que apresentam vagueza comum, pelo que Jorge Tosta[777] fornece o do art. 317:

> Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier *desproporção manifesta* entre o valor da prestação devida e o momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que se assegure, quanto possível, o valor real da prestação (grifo nosso e *itálico* do autor).

Explica TOSTA que, valendo-se de critérios aritméticos, o juiz deverá, diante dos números apresentados, avaliar se uma prestação de R$ 1.000,00 (mil reais) no momento da conclusão do contrato, seis meses depois, no momento de sua execução, tenha triplicado, sendo agora de R$ 3.000,00 (três mil reais), sem que se possa justificar o aumento com a correção monetária.

Embora em seu exemplo Tosta não tenha mencionado, entendemos interessante comentar, até mesmo para fins de comparação imediata, que o termo que grifamos *motivos imprevisíveis*, malgrado conter vagueza semântica, extrapola uma avaliação apenas qualitativa ou quantitativa, como ocorre em casos de vagueza comum, impondo ao aplicador o emprego de vetores ou *standards* tais como os costumes, os usos, etc., como p. ex. uma situação de crise econômica mundial como a que passamos atualmente, visando constatar se, no caso posto para decisão os motivos alegados eram, na época dos acontecimentos, realmente

[777]TOSTA, Jorge. *Os poderes do juiz no novo Código Civil*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 46.

imprevisíveis. Isso nos faz lembrar, ainda para fins de argumentação, quando no início da década de 1990 o Banco Central do Brasil criou a paridade entre o dólar e a moeda nacional da época, sendo que, alguns meses – ou alguns anos – depois, de um dia para o outro, essa paridade foi suspensa por imposição da situação econômica de então e a diferença entre as duas moedas ultrapassou os 50%, o que causou muitos pedidos de concordatas e falências, já que, principalmente os contratos de *leasing* eram indexados por aquela moeda estrangeira, o que elevou, na mesma proporção, as prestações de arrendatários de bens, afetando principalmente o meio empresarial. Lembramos que na época, as instituições financeiras defendendo-se de ações propostas com fundamento na cláusula *rebus sic stantibus* e na Teoria da Imprevisão – já que o art. 317 é novidade trazida pelo CCB 2002, que positivou aquela teoria –, alegavam que o ocorrido era previsível, portanto os *motivos imprevisíveis* que fundamentavam as ações não existiam, porque, segundo elas, a paridade entre a moeda nacional e o dólar era uma ficção, e todos, principalmente os empresários, sabiam, ou deveriam saber, que de ora para outra aquela situação teria fim. O exemplo é típico de norma aberta dotada de vagueza socialmente típica como vimos em capítulo anterior.

A título de exemplo, listamos alguns outros casos de termos dotados de vagueza comum no CCB 2002: *tornar-se impossível*, art. 255; *pagável em lugar diferente*, art. 266; *atos conservatórios*, art. 293; *despesas*, art. 297; *meios conducentes*, art. 304; *lugar da execução*, art. 326; *lugar incerto*, art. 335, INC III; *acesso perigoso ou difícil*, art. 335, INC III; *despesas necessárias*, art. 378; *manifestamente excessivo*, art. 413; *proporcionalmente*, art. 415; *tempo suficiente*, art. 428, INC II; *considerável*, art. 455; *excessivamente onerosa*, art. 478, art. 480.

Também no CCP encontramos exemplos de termos dotados de vagueza comum, como p. ex., *despesas*, arts. 127º/1-b, 215º/1, 216º/1, 317º/b, 317º/c, 468º/1, 495º/1, 672º/1, 737º/1-a; *se tornar impossível*, 776º, 790º, 793º, 794º, 795º, 795º/2, 801º/4; *fins diferentes*, art. 1.028º/1; *natureza diferente*, art. 1.256º/2; *quantitativamente diferente*, art. 1.405º/2; *fim diferente*, art. 1.406º/1; *proporcionalmente*, art. 2.029º/1, 2.100º/2, 2.172º/1, 2.251º/4; *insuficiente*, art. 190º/1-c, 201º/1, 354º/a, 626º; *suficientemente precisa*, art. 233º; *suficientes*, arts. 625º/2, 636º/1; *consideravelmente superior*, art. 829º/2, 1.455º/2; *consideravelmente prejudicial*, arts. 1.428º, 1.990º/3; *incerto*, art. 2.288º, *excesso*, arts. 2.165º/4, 337º/2, 419º/2, 672º/1, 889º, 891º/2, 928º/2, 1.380º/3.

Nunca é demais repetir que nos casos acima o juiz não deverá proceder à aferição de valores subjetivos, como os de cunho social e moral, mas sim aferir valores objetivos, para verificar, p. ex., no caso do art. 378: "Quando as duas dívidas não são pagáveis no mesmo lugar, não se podem compensar sem dedução das despesas necessárias à operação" (grifo nosso). Assim, para saber se as despesas apresentadas para o pagamento em local diferente estão corretas, visando abatimento, usará o julgador critério de avaliação quantitativa, através de simples operação aritmética, não tendo que recorrer para a complementação da norma a avaliações de cunho subjetivo, como p. ex., referentes à moral, aos costumes e aos usos, como estudamos.

9.3 As Cláusulas Gerais

9.3.1 Principal característica

Deixamos por derradeiro o estudo das cláusulas gerais por entender que em sua produção se encerram todos os esforços do legislador em dar maior mobilidade ao sistema**,** possibilitando uma maior participação do intérprete na construção do direito vivo e dinâmico, reafirmando nossa crença de que apesar de dirigidas ao aplicador, as cláusulas gerais são instrumentos à disposição do intérprete, incluindo as partes em um contrato e os terceiros, que fora os casos com previsão legal, sejam também alcançados pela relação contratual, prejudicando as partes contratantes ou sendo por elas prejudicado.

Além da mobilidade que garante ao sistema devido à sua *função instrumentalizadora*[778], as cláusulas gerais amoldam os institutos a imperativos de ordem social e econômicos que são dinâmicos e que por isso mesmo requerem constante atualização, quase impossível de ocorrer através do processo legislativo, através de normas casuísticas.

9.3.2 Definição, natureza e função

Nelson Nery Júnior[779] ao definir o que seja Cláusula Geral, explica que ela possui significação paralela aos conceitos legais indeterminados, sendo, para ele, normas

[778]NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil, apontamentos gerais. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra. (Coords.). *O novo Código Civil, homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2006. p. 429.
[779]Ibid., p. 428.

orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas principalmente ao julgador, vinculando-o ao mesmo tempo que lhe dão certa margem de liberdade para decidir. São elas, prossegue o professor, formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz.

Claudio Luzatti afirma que as cláusulas gerais "constituem normas – parcialmente – em branco, as quais são completadas através da referência às regras extrajudiciais".[780]

Para André Osório Gondinho[781], citado por Luiz Gustavo de Paiva Leão as cláusulas gerais são

> Um tipo especial de norma jurídica que, por sua natureza, encontra-se carecida de preenchimento de seu conteúdo, a ser efetuado com valorações provenientes de seu aplicador, ou seja, cláusula geral não fornece critérios necessários para a sua concreção, podendo estes fundamentalmente ser determinados apenas em consideração ao caso concreto. A cláusula geral, portanto, não é meramente direito material, mas *standing points* ou *pontos de apoio* para a formação judicial da norma no caso concreto.

Alberto Gosson Jorge Junior[782] define cláusula geral como:

> Normas jurídicas, organizadas de um processo legislativo constitucionalmente previsto, que as posiciona na categoria formal de leis, dotadas de uma função peculiar, diferenciada das demais normas, por carregarem uma amplitude semântica ou valorativa maior do que a generalidade das disposições normativas.

Conforme Karl Engisch[783] "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 conseqüência jurídica" e segue afirmando que, por outro lado, "O casuísmo será sempre exposto ao risco de apenas fragmentária e provisoriamente dominar a matéria jurídica. Este risco é evitado pela utilização das cláusulas gerais".

---

[780]LUZATTI, Claudio. *La vaghezza delle norme. Una'analise del linguaggio giuridico*. Milano: Giuffré, 1990. p. 314.

[781]GONDINHO, 2000, apud LEÃO, Luiz Gustavo de Paiva. As cláusulas gerais e os princípios gerais de Direito. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 37, jan./mar. 2009.

[782]JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 22.

[783]ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979. p. 193.

José de Oliveira Ascensão[784], citado por Jorge Junior, esclarece que "nem sempre o legislador está em condições de disciplinar os actos mediante regras precisas. Pode, por exemplo, a novidade da situação não o permitir; ou a variabilidade das circunstâncias que podem surgir em concreto não o aconselham".

Dessa forma, todos são unânimes em conferir à cláusula geral a característica de norma aberta a ser preenchida pelo aplicador através do recurso a valores coletados intra ou extrasistema.

Sobre a natureza jurídica das cláusulas gerais, são norma jurídica, por ser fonte criadora de direitos e obrigações. Complementa Nelson Nery Júnior[785], que as cláusulas gerais não são regras de interpretação e também não são princípios, são sim, norma de ordem pública e cita como fundamento o art. 2.035 do CCB 2002, que em seu parágrafo único determina: "Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos". Assim sendo, verificado pelo juiz qualquer fato que atente, p. ex., contra a função social do contrato, a norma constante do art. 421 do CCB 2002, deverá ser aplicada *ex officio*, estando autorizado a reescrever a cláusula contratual que descumpra o preceito, dentro do princípio da conservação do contrato. Poderá ainda anular totalmente a cláusula, ou até mesmo o contrato em sua totalidade, sem que estas, digamos, punições, estejam de antemão descritas na norma. O juiz integrará, criará, buscará subsídios, visando, ao analisar as condutas das partes, constatar o descumprimento à função social, dizendo, diante do caso concreto, no que consistiu esse descumprimento.

A única observação que nos cabe fazer a essa altura é que apesar de concordarmos com o mestre Nery Júnior no sentido de as cláusulas gerais não serem princípios gerais, forçoso é admitir que elas só são norma de ordem pública quando materializam algum princípio geral de direito, como nos casos da função social e da boa-fé.

---

[784]ASCENSÃO, 1993, apud JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 70.

[785]NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil, apontamentos gerais. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra. (Coords.). *O novo Código Civil, homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2006. p. 429-430.

Nery Júnior[786] complementa com uma recomendação ao exercício da magistratura, que a seguir reproduzimos na íntegra:

> Esse sistema, no qual há profusão de cláusulas gerais, reforça o poder do juiz de integrar o negócio jurídico que se lhe é apresentado na ação judicial, exigindo por isso mesmo uma magistratura preparada para decidir mediante esses novos valores, que deve estar ainda mais atenta do que antes, observando os usos e costumes locais para que possa desempenhar esse mister, atendendo às expectativas da sociedade brasileira.

Sobre a participação do juiz em todo esse processo como ator principal, Luiz Guilherme Arcaro Conci[787], refere-se ao juiz como *Juiz do Estado Social: o juiz social*, que é o que realmente se espera do aplicador do direito nos dias atuais.

Miguel Reale[788], em seu magistério, sobre o juiz, explica que:

> Com o enfraquecimento dos redutivismos, nota-se, na Filosofia do Direito, ma atual postura de moderação: o juiz não é mais considerado como alheio à realidade (aplicando automaticamente leis que são meras abstrações), nem encarado como o todo poderoso senhor do processo, agindo ao sabor das próprias motivações psíquicas, acima do direito positivo e das exigências sociais da interpretação jurídica.

---

[786]NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil, apontamentos gerais. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra. (Coords.). *O novo Código Civil, homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2006. p. 430.

[787]CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *Colisão de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares:* problemas de intensidade e a regra da proporcionalidade. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 45-46. Sobre o *Juiz do Estado Social*: *o Juiz social*, discorre o professor da PUC/SP: "Com a superação da lógica puramente procedimental para acoplar a ela a da busca da materialidade, os tribunais devem adequar seus instrumentos de decisão ao reforço da finalidade social do processo em detrimento dos meios para seu alcance.Com isso, o juiz passa a, mais que buscar sancionar as partes em conflito, arbitrar esse conflito, fortalecendo os esquemas de busca de composição das partes litigantes, ainda que uma delas seja o próprio Estado. Trata-se de um verdadeiro 'sujeito ativo do processo político'. Essa composição deve permear tanto o momento pré-contencioso como o propriamente contencioso do processo, podendo ser tratado o juiz, também, como um verdadeiro 'engenheiro social'.Importa isso no aumento da importância da eficácia ante a validade do direito, sendo a atividade do juiz de criação, e referida, com mais rigor, ao caso concreto.A decisão desses conflitos jurisdicizados impõe que a interpretação baseada nos métodos da ponderação e do balanceamento, o que, de per se, faz claro que as normas jurídicas passam a receber, na maioria das vezes, as vestes de princípios jurídicos, que impõe deveres a *posteriori*, ou seja, dependem de atuação ativa do intérprete na busca de seu conteúdo, em detrimento de normas veiculadas a partir de regras, que impõe deveres *a priori*.Com isso, abre-se a possibilidade de o Judiciário, que depende de provocação, adentrar, também, na seara da realização dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais. Frise-se que se mantém com o Legislativo a preferência em criar políticas para a realização daqueles direitos, que devem, também a priori, ser implementados pelo Executivo.Contudo, caso não se movimentem nesse sentido os demais Poderes, ao Judiciário se afirma a prerrogativa de implementar esses direitos 'sociais' por serem parte do rol de direitos da cidadania tutelados pelo próprio Judiciário.Sendo que a textura aberta das leis se faz característica da produção normativa do Estado Social e dada a complexidade das decisões do Legislador e da rápida alteração das condições de vida do momento da decisão para um futuro próximo, esse legislador está impossibilitado de fixar todas nuances fáticas da aplicação da lei.Assim, é ao intérprete e, em último caso, ao juiz, a quem cabe preencher esses conteúdos normativos abertos".

[788]REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 488-489.

E completa:

> (...) hoje já voltamos a atingir uma posição de maior equilíbrio; se não subordinamos rigidamente o juiz aos textos-lógico-formais, é porque não o compreendemos alheios ao mundo das realidades humanas, aplicando, como um simples autômato, imperativos de leis resultantes tão-só de diretivas abstratas, ou agindo perigosamente, à margem da lei positiva, que lhe cabe aplicar com o sentido integral do Direito; mas também não o colocamos acima da lei e das necessidades sociais de sua interpretação.

Em resumo, o que se busca é um *Juiz Social*, capaz de, nesse processo, fundar suas decisões sempre no contexto da realidade que o cerca, como verdadeiro agente do processo político, isso querendo dizer, que não se espera mais que um juiz seja um tecnicista, adepto do império das leis, o verdadeiro *boca da lei*. E como vimos, esse método legislativo de possibilitar maior elasticidade aos textos legais não oferece qualquer risco de sentenças desarrazoadas ou subjetivas, porque os cânones sociais, econômicos e culturais não são meras formações abstratas. Sendo assim, muito bem se servem a compor uma decisão judicial.

O manejo das cláusulas gerais não deverá ficar atrelado a uma maior capacidade do juiz que as aplica, já que deverá sempre fundamentar suas decisões e isso diz muito mais de sua condição de jurista do que de homem culto e sensível. Entretanto é certo também admitir que quanto mais sensível o juiz melhor será sua acuidade em possibilidade de coletar, muitas vezes em outros sistemas que não o jurídico, os parâmetros ou os *standards* que irão completar a norma que ao final será aplicada.

Essa afirmação, conforme pensamos, pode se estender ao manejo dos conceitos legais indeterminados dotados de vagueza socialmente típica que não configurem cláusula geral, onde há, da mesma forma, uma busca e aferição de valores por parte do magistrado e não só a aplicação de máximas de experiência comuns aos conceitos legais indeterminados dotados de vagueza comum, conforme já estudamos.

Somente assim poderemos esperar que um contrato irrepreensível do ponto de vista material, mas para onde, p. ex., aposentados tenham sido cooptados através de propagandas de crédito fácil e com juros baixos, o que não é verdade nos dias atuais, possa ser revisto, levando-se em conta a função social do contrato e a boa-fé devem imperar entre as partes.

Também assim, sob o mesmo fundamento, achamos resposta para o caso com que abrimos essa pesquisa e que trata dos contratos de arrendamento entre fazendeiros arrendantes e os usineiros arrendatários em Minas Gerais, que vem causando prejuízos não só aos

arrendantes, mas também aos trabalhadores rurais que perderam seus empregos, atentando contra a paz social.

9.3.3 Origem

As cláusulas gerais, mais provavelmente, têm sua origem no direito alemão, através da edição do BGB, ocorrida em 18 de agosto de 1896, que em seu § 242 preleciona que: "O devedor deve cumprir a prestação tal como exija a boa-fé com consideração pelos costumes do tráfego jurídico" e que sofreu críticas pelo *caráter elástico* de algumas de suas disposições, conforme lembra Judith Martins-Costa[789],

> Devido ao apelo "demasiadamente freqüente" ao "poder discricionário do juiz". Lê-se nos "Motive", a propósito do § 138, que prevê a nulidade do negócio jurídico por contrariedade aos bons costumes (*guten Sitten*), que a regra mencionada, não obstante considerada "um passo adiante significativo da legislação", não obstaria certa perplexidade, porque "à valoração do juiz está reservado um espaço até hoje desconhecido em matéria jurídica assim tão ampla".

Conforme explica autora mais adiante[790], na Alemanha a formação do Estado de Direito revela menos intenso o seu apego à ideia de *séparation dés pouvoirs*, o que no Brasil, surgindo a concepção de Estado de Direito no final do século XIX, seguiu a concepção francesa, especificamente com relação ao destaque à separação de poderes estatais, atrelada firmemente com o positivismo daí emanado. A autora em reflexão em bem posta nota de rodapé da mesma página, explica que tal circunstância permite afirmar-se que as cláusulas gerais nasceram no BGB, apesar de que, sob o ponto de vista histórico, tal afirmação não se confirmar porque o Código Napoleão também as contenha, posto que a teorização do tema e sua utilização tenha se dado na Alemanha.

Esse tipo de situação, ou seja, a presença de cláusulas gerais no positivista Código Napoleão ocorreu também no CCB de 1916, conforme explica a professora estudada, quando no então art. 159[791] se percebe uma verdadeira cláusula geral de responsabilidade por culpa, pois, "mencionando as condições necessárias ao nascimento da responsabilidade sem definir com exatidão as noções de *culpa* e de *delito* enseja o tratamento de um vasto domínio de

---

[789]MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 287.
[790]Ibid., p. 291.
[791]Art. 159 do CCB 1916: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação de culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553".

casos", explicando que a responsabilidade civil no Brasil não teve o mesmo desenvolvimento que na França, porque o artigo citado é um misto entre cláusula geral e casuística, já que enumera de forma limitativa as hipóteses nos artigos a que se refere (151, 1.522, 1.527 a 1.531, 1.545, 1.546, 1.548 e 1.551) e, da mesma forma enumera de forma limitativa o direito á reparação (arts. 1.537 a 1.541). Ou seja, podemos concluir que o legislador ao não definir culpa e delito, buscou enumerar as situações que entendeu importantes e passíveis de proteção.

Além do exemplo da professora, podemos mais uma vez invocar o art. 5º da LICC, ao qual já nos referimos em algumas passagens deste trabalho, que encerra das mais importantes cláusulas gerais, infelizmente de pouca utilização pelos magistrados: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Portanto, o referido dispositivo determina que o aplicador da lei, de uma forma geral, não se desvie dos imperativos sociais e do bem comum, termos de grande vagueza e indeterminação que deverão ser preenchidos pelo juiz, sempre no caso concreto. As emanações da LICC têm, como sabemos, aplicação não só no Direito Civil, mas em todos o Direito, tamanha a importância e a generalidade de seus preceitos.

Judith Martins-Costa[792], comenta de forma didática, em interessante passagem de sua obra, a diferença entre um *código totalitário* e um *código não totalitário*, que bem nos auxilia na compreensão dessa dicotomia *aberto* e *fechado* do sistema e do emprego das cláusulas gerais:

> Custou-se a perceber, enfim, que, no universo *craquelé* da pós-modernidade, não tem sentido, nem função, o *código total*, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único *corpus* legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura.

Mais adiante, a autora refere-se a um *código não-totalitário*, como o atual CCB 2002, não sem antes atribuir essa mudança de abordagem e postura a vários motivos, dentre eles[793]: a multiplicação expressiva e sintática da produção legislativa em linguagem múltipla e discordante, bem ao contrário das pretensas leis claras e uniformes, deixando antever o fim de regras de interpretação precisas para o intérprete, que numa operação lógica subsumia o fato

[792]MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 282.
[793]Ibid., p. 282-283.

analisado à lei, numa operação quase matemática; o afinamento do muro que dividia os dois grandes ramos do direito, o público e o privado, principalmente movido pela aceitação efetiva da força da Constituição sobre o direito privado, com aplicação direta de seus princípios na legislação ordinária.

O modelo atual de código – não-totalitário – inspira-se na Constituição, que visionária, inclui em seu corpo farta gama de conceitos jurídicos abertos, com portas e janelas abertas para a vida não estática, mas móvel e atuante, que interliga por largas e bem desenhadas avenidas a outros corpos normativos e até mesmo extrajurídicos, como não se pode deixar de admitir. Como poderia existir direito sem sociedade e economia? Portanto, o novo código é prodigioso nessa ligação, que mesclou, podemos assim dizer, o código-totalitário com o não-totalitário, mormente no que se refere às relações obrigacionais, de raiz tecnicista, repleta de normas e *fattispecies* bem definidos, com a inclusão, p. ex., das cláusulas gerais da função social e da boa-fé. Eis aí a ponte que une o antigo ao novo; que se manteve em alguns casos fechado, mas que forneceu a chave; que no manejo certeiro das cláusulas gerais pôde homenagear Bevilacqua e festejar Reale.

Precisamos debater com nossos alunos sobre a construção dessa ponte, já que em sua grande maioria, os manuais que tratam das relações obrigacionais foram atualizados apenas no que se refere à modificação dos artigos do antigo para o *novel codex*, esquecendo-se quase que completamente de informar, mais especificamente no que se refere ao direito obrigacional, que uma relação jurídica não é composta apenas por credor e devedor, mas que ela alcança terceiros, mesmo além dos casos previstos na lei e que esses terceiros prejudicando a relaçãpo contratual estabelecida ou tendo sido prejudicados por aquela relação privada hermética e bipolar, poderão buscar solução judicial, no âmbito da responsabilidade civil Contratual ou aquiliana.

9.3.4 Desvantagem

Como desvantagem listamos, se é que se pode assim dizer, o fato da cláusula geral conter alguma incerteza, possibilitando que casos idênticos tenham decisões diferentes, com fundamento na mesma cláusula geral, transformando-se assim em direito do caso, o que, em seu purismo, não é desejado pela comunidade jurídica, por temor de uma *ditadura do judiciário*, diante da participação *lobbys* poderosos nas decisões, principalmente os de ordem econômica. Entretanto, como até aqui estudamos, essa possibilidade está descartada com a

obrigatoriedade da fundamentação das sentenças que afasta a discricionariedade judicial[794] e que por mais que se utilize os conceitos indeterminados se deverá buscar seus fundamentos através dos parâmetros que são fornecidos pelo sistema, ou até mesmo por parâmetros fornecidos por práticas usuais e costumeiras nesse ou naquele agrupamento social, mas que coadunem com a realidade local. Assim, p. ex., uma decisão judicial, que na capital paulistana absolvesse o motorista que estava conduzindo trabalhadores em carroceria de caminhão sob o fundamento de ser tal prática um uso bastante comum na região nordeste – os *paus de araras* –, estaria carente de fundamentação.

9.3.5 Cláusula geral e conceito legal indeterminado

O importante neste ponto dos trabalhos é entender exatamente o que são as cláusulas gerais, diferenciando-as dos conceitos legais indeterminados. Aliás, iniciamos nosso estudo estabelecendo um norte, qual seja, o de aceitarmos que, basicamente, as cláusulas gerais se diferenciam dos conceitos legais indeterminados, porque estes trazem já a previsão de uma reprimenda que deverá ser aplicada pelo juiz após colmatar o termo vago que a compõe, ao contrário daquelas, que apesar de também exigirem do juiz o mesmo esforço de colmatação não trazem em sua letra qualquer sugestão de reprimenda, ficando esta ao alvedrio do juiz, que no caso concreto, deverá buscar a melhor solução para o impasse e, em seu tratando de Direito das Obrigações Contratuais, optar entre a modificação ou exclusão de uma determinada cláusula, ou até mesmo pela extinção da relação contratual.

Além daquelas cláusulas gerais descritas no art. 421, que se refere à função social do contrato e a do art. 422, que cuida da boa-fé objetiva que deve imperar entre os contratantes, temos como bastante importantes também para as relações contratuais no CCB 2002, a função social da propriedade constante do § 1º, do art. 1.228:

---

[794]TOSTA, Jorge. *Os poderes do juiz no novo Código Civil*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 94. Sobre a discricionariedade judicial, ensina, de forma lapidar que: " Em nosso entendimento, existe, de fato, poder discricionário judicial, sempre que norma jurídica válida houver atribuído ao juiz, de forma expressa, certa margem de liberdade para escolher, diante de um conflito de interesses ou de determinada situação concreta, a solução que melhor atenda à finalidade objetivada pela norma. Não é, portanto, qualquer conflito de interesse ou qualquer situação jurídica concreta que enseja tal discricionariedade. Também não é o fato de a norma conter 'conceitos jurídicos vagos ou indeterminados' que ensejará a atuação discricionária do juiz. O que irá definir a existência ou não do poder discricionário judicial é a lei, em determinadas hipóteses, por ser impossível regular em abstrato a solução legal ou desaconselhável estabelecer previamente a solução, ante as peculiaridades de cada caso, prefere atribuir ao juiz a discrição de optar, caso a caso, pela solução que melhor atenda à finalidade almejada pela norma. Logo, apenas poderá o juiz atuar segundo um juízo de oportunidade, na medida em que a norma jurídica válida expressamente a ele atribuir tal poder".

> O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
>
> *§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade como o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.*

A cláusula geral inscrita no art. 187 que cuida do abuso de direito e preceitua: *"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"*.

No que toca aos arts. 421 e 422 sua importância já discutimos quanto tratamos dos princípios gerais de direito, função social e boa-fé objetiva, que se materializaram na letra dos citados dispositivos. Com relação ao § 1º do art. 1.228, sua relação com as relações contratuais é indissociável, porquanto é através da atividade contratual, na maioria dos casos, que se adquire propriedade. Assim, tanto para aquele que pretende ser proprietário ou possuidor através do contrato, quanto para o proprietário ou possuidor, as exigências do bem comum, principalmente com relação à função social do contrato, são as mesmas. Por fim a cláusula geral presente no art. 187 tem importância para as relações contratuais, ao nosso ver, porque impõe ao titular de um direito o dever de se conduzir dentro dos limites da boa-fé e da finalidade social, o que faz com que esses dois importantes princípios sejam uma exigência não só para aquele que seja proprietário, possuidor ou que o queira ser através do contrato, mas para o titular de qualquer direito oriundo também do direito de família, empresarial ou hereditário, o que só vem a confirmar a importância desses institutos na atual legislação civil.

A partir daqui, poderia surgir a seguinte questão: Mas por que são cláusulas gerais esses artigos citados, já que os conceitos legais indeterminados também são caracterizados pela vagueza dos termos?

Para responder, vamos buscar nos quatro dispositivos acima os principais traços que lhes são comuns e que os enquadra nesta modalidade de norma aberta. No art. 421, o termo vago *função social*. No que se refere ao art. 422, o termo igualmente vago, *boa-fé*. No art. 187, a vagueza da norma pronuncia-se, principalmente, nos termos *fim econômico ou social, boa-fé, bons costumes*. No § 1º do art. 1.228, os termos *finalidades econômicas e sociais*. Se quisermos buscar alguns exemplos no Direito Civil português, os encontraremos nos arts. 227º, 239º e 762º, que destacam o termo *boa fé*.

Já à primeira vista, verificamos que todos esses termos têm em comum a vagueza socialmente típica, o que é, segundo nossa ótica, mais uma característica das cláusulas gerais, já que normas desse tipo, conforme estudamos, exigem mais do o simples processo de subsunção, pois deverão sem completadas e nem mesmo o emprego de máximas de experiência bastam à sua colmatação, exigindo do aplicador o emprego de parâmetros ou *standards* que deverá buscar no sistema – leis, princípios gerais de direito, costumes, etc. –, quando ele se bastar, ou fora dele, como, p. ex., no sistema social e no sistema econômico.

Mas o que realmente diferencia essas normas dos conceitos legais indeterminados sejam eles de vagueza comum ou socialmente típica é a não previsão de qualquer medida por parte do juiz, conforme Nelson Nery Júnior[795] em explicação bastante simples e didática:

> Quando a norma já prevê a consequência, houve determinação de conceito legal indeterminado: a solução a ser dada pelo juiz é aquela prevista previamente na norma. A contrário, quando a norma não prevê a consequência, dando ao juiz a oportunidade de criar a solução, dá-se ocasião de aplicação da cláusula geral: a consequência não estava prevista na norma e foi criada pelo juiz para o caso concreto. O juiz pode da uma solução em um determinado caso, e outra solução em outro caso, aplicando a mesma cláusula geral. A função do juiz, ao aplicar a cláusula geral, é integrativa. Nesse particular a sentença tem natureza de sentença determinativa, porque na verdade o juiz, ao integrar a relação jurídica material controvertida, exerce função criadora (*Richterrcht*).

Se por um lado podemos afirmar que as cláusulas gerais contêm conceitos legais indeterminados dotados de vagueza socialmente típica, por outro se pode concluir que nem toda norma aberta assim caracterizada é uma cláusula geral, como no caso, p. ex., do art. 309 do CCB 2002: "O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor" (grifo nosso), que contém da mesma forma que o art. 422, o termo *boa-fé*, mas que neste contexto, não se configura em cláusula geral, e isso por dois motivos, primeiro porque o dispositivo já indica a solução e segundo, e mais importante, porque o termo *boa-fé* utilizado no art. 309 não se refere a dever de conduta ou modelo de conduta social – honestidade, probidade, lealdade –, presente na *boa-fé* objetiva, mas sim à boa-fé subjetiva, ou seja, aquela que "denota estado de consciência, ou convencimento individual. Diz-se subjetiva justamente porque para a sua aplicação deve o intérprete considerar a intenção".[796]

---

[795]NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil, apontamentos gerais. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra. (Coords.). *O novo Código Civil, homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2006. p. 431.

[796]MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 411.

Jorge Tosta[797] afirma que "a distinção feita pela doutrina entre cláusula geral e conceito vago ou indeterminado é de tal sorte tênue que podemos perfeitamente utilizá-los como expressões equivalentes" e cita Judith-Martins Costa[798] quando esta afirma que "a expressão vagueza socialmente típica indica gênero do qual são espécies as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados", sendo que com esta última assertiva concordamos, por tudo que até então vimos.

Entretanto, com respeito à opinião de Tosta, no qual temos nos apoiado no decorrer desta pesquisa, entendemos que não é assim tão tênue a linha que separa os conceitos legais indeterminados das cláusulas gerais, pois, apesar de todo o dissenso, é indiscutível o traço distintivo citado por Nelson Nery Júnior e ao qual nos apegamos desde o início deste estudo, conforme citamos e analisamos páginas atrás, porquanto para que o juiz possa realmente julgar com criatividade produzindo o que se denomina de *sentença determinativa*[799] necessário que a norma vaga deixe para ele a decisão de como melhor resolver a questão, como ocorre no sistema das cláusulas gerais e não o limite impondo a solução, como ocorre com os conceitos legais indeterminados.

---

[797]TOSTA, Jorge. *Os poderes do juiz no novo Código Civil*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 59.

[798]MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 326.

[799]RASELLI, Alessandro. *Studi sul potere discrizionale del giudice civile*. Florença: Fundação Piero Calamandrei, 1927. p. 45-47. Em tradução livre sobre sentença determinativa: "Nós consideramos que as sentenças determinativas tenham o caráter próprio do ato jurisdicional, que se encontra nos ordenamentos jurídicos e que se baseiam nos princípios da divisão dos poderes e da totalidade do ordenamento jurídico positivo. Tais sentenças atestam a existência de uma pré-existente norma jurídica substancial para realizar a tutela dos interesses esperada pelo direito". E segue o mestre, agora dissertando sobre a diferença entre as sentenças declaratórias e as determinativas, o que bem esclarece acerca dessas últimas: "Não são aceitáveis as teorias que equiparam completamente as sentenças determinativas e as declaratórias. Quando formulam uma norma imperativa, os órgão legislativos determinam qual é o comportamento melhor em resposta às exigências da justiça, e impõem sua observância com uma vontade autoritativa, ou seja, com um comando. Logo, o juiz, para aplicar uma norma imperativa, deve interpretar a norma. Quando, ao invés, o juiz exercita um poder discricionário, deve determinar o que comportam as exigências cuja lei se referiu, para dar conteúdo à vontade expressa da própria lei. O juiz deve escolher entre os vários comportamentos possíveis, aquele que melhor responde às exigências. Por isso, as sentenças proferidas nos dois casos, quando deve aplicar uma norma imperativa, e quando exercita um poder discricionário, se agrupam em duas diversas categorias, que se podem indicar com os nomes de declaratórias e determinativas. O primeiro designa mais propriamente uma atividade em que se atesta o que já existe. O segundo, uma atividade com a qual se precisa o que não está ainda completamente individualizado em todos os seus elementos. Entre as duas espécies de sentença há sempre um elemento comum onde, uma vez estabelecida a vontade da lei e os comportamentos que ela imponha, o juiz é igualmente obrigado a atestar a existência de tal disposição. Tal atestação tem caráter autoritativo em todos os casos, e por isto produz determinados efeitos, como o da incontroversibilidade após o trânsito em julgado". Ainda sobre as sentenças determinativas: Para NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Vínculo obrigacional*: relação jurídica de razão (técnica e ciência da proporção). Tese (Livre Docência). Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2004. p. 301, citando Chiovenda, ensina que "Compreendem-se como determinativas as sentenças que completam ou mudam alguns elementos de uma relação jurídica já constituída". Segundo ela, RASELLI lembra, citando DONATI, que uma parte da doutrina entende que as sentenças determinativas são constitutivas não do negócio, mas da norma jurídica."

9.3.6 Discricionariedade judicial

Por ser uma questão que ainda nos poderia atormentar, e firmes na intenção de sempre esclarecer, vale mais uma vez recorrer, ainda que brevemente, a Jorge Tosta[800] no que se refere à *discricionariedade judicial* e a constatação de que não é empregada no trato com as cláusulas gerais, que é um dos pontos geradores de críticas ao instituto, pela falsa noção de que a ela se recorre no seu preenchimento.

Sobre a discricionariedade judicial, comenta que:

> Em nosso entendimento, existe, de fato, poder discricionário judicial, sempre que norma jurídica válida houver atribuído ao juiz, de forma expressa, certa margem de liberdade para escolher, diante de um conflito de interesses ou de determinada situação concreta, a solução que melhor atenda à finalidade objetivada pela norma. Não é, portanto, qualquer conflito de interesse ou qualquer situação jurídica concreta que enseja tal discricionariedade. Também não é o fato de a norma conter "conceitos jurídicos vagos ou indeterminados" que ensejará a atuação discricionária do juiz. O que irá definir a existência ou não do poder discricionário judicial é a lei, em determinadas hipóteses, por ser impossível regular em abstrato a solução legal ou desaconselhável estabelecer previamente a solução, ante as peculiaridades de cada caso, prefere atribuir ao juiz a discrição de optar, caso a caso, pela solução que melhor atenda à finalidade almejada pela norma. Logo, apenas poderá o juiz atuar segundo um juízo de oportunidade, na medida em que a norma jurídica válida expressamente a ele atribuir tal poder.

Jorge Tosta, na mesma página, cita como exemplo o art. 1.010 do CCB 2002, que em seu § 2º, possibilita ao juiz decidir sobre os negócios da sociedade quando houver empate entre os sócios e complementa afirmando que, nesse tipo de caso, a lei confere expressamente ao juiz poder discricionário, ou seja, para que, utilizando de critério de oportunidade, opte por uma solução que entenda a mais conveniente, oportuna e que melhor atenda os interesses em jogo, não sendo, dessa forma, arbítrio judicial, porque, ainda que o juiz goze de certa liberdade concedida pela norma, tem como baliza intransponível o dever de atender da melhor forma os interesses em jogo, no caso os da sociedade, já que os sócios não conseguiram chegar a um acordo. Dessa forma, após análise circunstancial, de todas as possibilidades e do que seja melhor para a sociedade, deverá o juiz então decidir.

Também como exemplo de discricionariedade judicial autorizada pela norma, lembramos que o mesmo ocorre no art.252, § 3º do CCB 2002, quando a norma concede ao

[800]TOSTA, Jorge. *Os poderes do juiz no novo Código Civil*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 95.

juiz a escolha, em sede de obrigação alternativa, caso haja pluralidade de optantes e falta de acordo unânime entre eles. Nesse, como no caso anterior, apesar da aparente possibilidade de utilização de arbítrio, este não há de verificar-se, ante a exigência de que o juiz, adotando o critério da oportunidade, decida da melhor forma para o interesse, no caso, das partes, em negócio em que haja multiplicidade de prestações e indefinição entre os optantes, isso após o transcurso do prazo assinado para a deliberação.

Como podemos verificar essa atuação do juiz bastante difere daquela empregada para a colmatação de termos dotados de vagueza socialmente típicos, presentes nas cláusulas gerais, já que nestas o balizamento deixa-lhe espaço bem mais restrito, já que deverá levar em conta não só regras de experiência, como no caso de vagueza comum, ou o que seja melhor para as partes e para os interesses colidentes, como na discricionariedade, mas deverá ainda avaliar, em se tratando de relação contratual, dentre outras, se o que é melhor para essa ou aquela parte e para seus interesses, é o melhor, p. ex., para atender a função social do contrato e os da sociedade, deverá o juiz então decidir.

9.4 A Segurança Jurídica

Para arrematar e encerrar esta pesquisa, após tudo o que até aqui estudamos, especialmente com relação às cláusulas gerais que integram essa nova tendência da hermenêutica através da interpretação-integrativa, surge o problema da *segurança jurídica*, já que a vagueza da norma possibilita ao julgador colher no ordenamento jurídico ou fora dele, elementos que utilizará na concreção da norma assim posta, o que causa inquietação no meio jurídico devido a uma denominada *falta de previsibilidade*. Todavia, tal preocupação não tem razão de ser, já que a intenção do legislador é que o julgador complemente a norma não através da equidade – abandonando o direito – nem com seus *achismos* –, ou seja, com sua própria ideologia, com sua própria concepção de vida, com suas crenças pessoais, conceitos e até preconceitos, com a sua capacidade de observação, mensurada apenas por uma maior ou menor acuidade, maior ou menor cultura, maior ou menor erudição, mas sim utilizando os...

> (...) *standards* aceitos da comunidade os *mores da época*, sendo que esses parâmetros servem, não para criar, para o caso concreto, norma diferente da que se encontra abstratamente contida na lei, mas para buscar, dentro do ordenamento jurídico, e graças à técnica interpretativa, *a regra aplicável a uma situação concreta*.[801]

Karl Engisch[802] explica, como vimos no item anterior,

> (...) que não se pode evidentemente dizer que as cláusulas gerais sejam a maioria das vezes também cláusulas discricionárias, antes pelo contrário: as cláusulas gerais não contém qualquer delegação de discricionariedade, pois que remetem para valorações objetctivamente válidas.

Essa orientação a que impõe ao julgador a utilização de valorações e *standards* que nada mais são do que os instrumentos – analogia, costume, princípios gerais de direito, máximas de experiência, etc. – que a doutrina e a jurisprudência põem à sua disposição e que estudamos em vários capítulos deste trabalho, é complementada com trecho de excelente texto atribuído a Humberto Theodoro Júnior, citado por Jorge Tosta[803] que passamos a reproduzir e que bem deixa claro que a pretensa falta de segurança jurídica que se imagina poderia ocorrer num sistema em que o juiz adquire mais poder, não tem razão de ser, o que garante uma certa previsibilidade na concreção judicial das normas abertas, evitando-se decisões subjetivas e até arbitrárias:

> O aprimoramento dos sistemas jurídicos do Estado Democrático de Direito, embora repila a jurisdição como fria operação de reproduzir a literalidade da lei abstrata, não convive também com uma justiça do tipo salomônico, inspirada apenas na sabedoria, no equilíbrio e nas qualidades individuais do julgador. Se isto pode funcionar na maestria de um juiz de extremada sensibilidade, apresenta-se, todavia, como sério risco de arbitrariedade e insegurança diante do comum dos julgadores. Daí a inclinação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos por uma técnica de aplicação do direito que se vincula a elementos não-subjetivos, a uma estrutura normativa que possibilita aos membros da sociedade, que vão a Juízo, contarem com a mesma segurança no processo, quer estejam perante um juiz dotado de inteligência, cultura e sensibilidade invulgares, quer estejam diante de um juiz que não tenha sido agraciado com os mesmos predicados.

---

[801]TOSTA, Jorge. *Os poderes do juiz no novo Código Civil*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 114.

[802]ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979. p. 192.

[803]TOSTA, Jorge. *Os poderes do juiz no novo Código Civil*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006. p. 114.

No que se refere às cláusulas gerais e a segurança jurídica, de um ponto de vista econômico, Pérsio Arida[804], citado por Luciano Felix do Amaral e Silva, adverte que:

> Do ponto de vista da racionalidade econômica, o princípio fundamental do Direito é o do *pacta sunt servanda*. No entanto, o respeito aos contratos, tal qual entendido pelos economistas, tem sido relativisado pelas mudanças na hermenêutica jurídica decorrente do predomínio de constitucionalistas sobre civilistas. Na nossa história recente, a introdução, no texto constitucional e no Código Civil, de conceitos como função social da propriedade privada ou a boa fé objetiva, sem que tenham sido acompanhados de uma jurisprudência coerente e consolidada que permita antever seu impacto sobre as decisões de juízes em casos de litígio, certamente dificulta o respeito aos contratos tal qual concebido por economistas. O efeito destes desdobramentos foi diminuir a "calculabilidade" dos contratos, criando um elemento adicional de risco e incerteza na avaliação de seus efeitos.

Luciano Felix do Amaral e Silva, na mesma página, explica em seu bem fundamentado artigo, que a inserção das cláusulas gerais no sistema do CCB 2002 tirou o juiz da condição de mero espectador do que fora entabulado nos contratos, para participante, com o poder de integrá-lo à realidade em que vivemos, eventualmente e excepcionalmente modificando-o e, como entendemos, até mesmo extinguindo-o, e ajunta que essa liberdade e que esse poder conferido ao julgador não o transforma num déspota capaz de fazer o que bem entender ao analisar um contrato, porque esse poder encontra limites impostos pelo próprio sistema que ao contrato deverá ser referido, pelos princípios da razoabilidade, da legalidade e da proporcionalidade.

Sobre o princípio da proporcionalidade, guiados por Karl Larenz, discorremos no capítulo onde tratamos, inclusive, da *ponderação de bens*.

Sobre os princípios da razoabilidade e da legalidade, vale acrescentar comentários que colhemos de Amaral e Silva, quando comenta as afirmações de Pérsio Arida, e que reputamos bastante oportunas para dar fecho a este trabalho, que afinal, buscou durante todo o seu percurso demonstrar que não se deve temer esse sistema, que nada tem de novo, mas que permite uma mobilidade maior de preceitos até então herméticos, o que causou uma verdadeira revolução no Direito Contratual, causando por via de consequência, uma sensível reacomodação de seus princípios e a aplicação de outros, inclusive de nível Constitucional, que até então eram estranhos à seara contratual, isso não querendo dizer, como afirma Pérsio

[804]ARIDA, apud AMARAL E SILVA, Luciano Felix do. Princípios norteadores da intervenção judicial no contrato. Normas abertas versus segurança jurídica. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 37, p. 132, jan./ mar. 2009.

Arida, que tal aproximação entre público e privado seja decorrente do predomínio de constitucionalistas sobre civilistas.

Sobre o princípio da legalidade que deve balizar a aplicação das cláusulas gerais, destacamos trecho do texto de Amaral e Silva[805], quando explica que a concreção das normas abertas na seara contratual, especialmente a função social do contrato e a boa-fé objetiva, está adstrita à lei e à Constituição – principalmente aos arts, 5º, II, 37 caput, e 93, IX[806] –, o que, segundo o autor, leva a prolação de sentenças determinativas que exigem fundamentação qualificada para sua validade, sendo a conduta decisória do juiz revisada e controlada pela sua fundamentação, que assume maior relevo incrementada no campo das decisões que integram a vida dos contratos mediante a aplicação das cláusulas gerais.

Sobre o princípio da razoabilidade – falamos sobre no capítulo referente aos Princípios –, Luciano Felix do Amaral e Silva cita Celso Antônio Bandeira de Mello[807], quando comenta a aplicação das cláusulas gerais no Direito Administrativo, que bem serve para iluminar a aplicação e a concreção das normas do tipo aberto no direito civil, mais especificamente no que se refere aos contratos:

> Pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, juridicamente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discrição manejada.

Concluindo que a aplicação das cláusulas gerais, na busca de uma solução justa para o caso concreto, será efetivada com equilíbrio e sensatez, pois o juiz ao intervir na até então hermética instituição contratual, não deverá subestimar ou superestimar os princípios, os valores e as regras que orientam a colmatação da vaguidade que representa o trato com tal tipo de norma.

---

[805]AMARAL E SILVA, Luciano Felix do. Princípios norteadores da intervenção judicial no contrato. Normas abertas versus segurança jurídica. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 37, p. 142, jan./ mar. 2009.

[806]Dos dispositivos citados por Amaral e Silva, destacamos o art. 93, IX da CF, que exige, dentre outras, a fundamentação das decisões judiciais. Art. 93, IX da CF: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes".

[807]BANDEIRA DE MELLO, 2003, apud AMARAL E SILVA, Luciano Felix do. Princípios norteadores da intervenção judicial no contrato. Normas abertas versus segurança jurídica. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 37, p. 142-143, jan./ mar. 2009.

Por fim, Amaral e Silva[808] refere-se ao *princípio da segurança jurídica*, que está intimamente ligado à ideia de previsibilidade, que não poderá ser desconsiderado de forma alguma, apesar de sentenças diferentes para casos semelhantes fundados na mesma cláusula geral. A previsibilidade na aplicação das normas abertas encontra amparo nos princípios gerais de direito material e nos *standards* que norteiam e vinculam a atividade jurisdicional, sempre afinados com o momento histórico vivido e com o entendimento ético e moral disseminado na sociedade.

Assim, tanto no trato com os conceitos legais indeterminados, quanto com as cláusulas gerais, o sistema oferece ao julgador parâmetros e princípios gerais de direito capazes de orientar e balizar suas decisões – foi o que até aqui estudamos – possibilitando que encontre o resultado que melhor resolva a questão posta, sem, contudo, causar aos destinatários das decisões qualquer surpresa, diante de sentenças infundadas ou fundadas apenas em dados subjetivos.

Aquelas observações de Pérsio Arida, no que diz respeito ao âmbito jurídico, não se sustentam, porque a aplicação das cláusulas gerais em nada dificulta o respeito aos contratos, pelo menos com relação àqueles que foram celebrados atendendo-se aos reclamos do bem estar social e da boa-fé, pois que, para aqueloutros, celebrados mediante ardis, filigranas econômicas, matemáticas indecifráveis e o *economês*, que não respeitam os preceitos inscritos na principiologia que orienta as relações contratuais, o juiz, utilizando-se de todos aqueles parâmetros dos quais exaustivamente tratamos, certamente irá corrigi-los, sempre de forma fundamentada e dentro dos princípios e balizamentos que orientam sua atividade. Para os bons, não há razão para temor.

[808] AMARAL E SILVA, Luciano Felix do. Princípios norteadores da intervenção judicial no contrato. Normas abertas versus segurança jurídica. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 37, p. 143, jan./ mar. 2009.

CONCLUSÃO

A entrada em vigor do CCB 2002 com a inclusão das cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva e de uma maior profusão de conceitos legais indeterminados trouxe mais uma vez a questão da interpretação do Direito à discussão, principalmente no que se refere aos contratos.

Comprovamos que na atualidade a interpretação da lei e do contrato, apesar das peculiaridades de cada uma, deve ser procedida seguindo-se as mesmas regras de hermenêutica, e isso mais do que nunca, se aceitarmos como realidade que a interpretação do contrato deve ter referência com o sistema, ou seja, não se pode mais admitir a interpretação contratual em dissonância com a realidade normativa e também social no qual está inserido, pois o contrato como ente social, mais do que atender ao interesse das partes deve também exercer esse seu papel.

Numa nova concepção, o raio de abrangência do contrato foi ampliado, não fazendo mais eco aquela regra clássica segundo a qual o elemento pessoal de uma relação obrigacional envolve apenas credor e devedor, já que constatamos que quando uma relação contratual sofre interferência ou interfere no que chamamos de *meio ambiente contratual*, cabe ao Direito fornecer a solução para eventuais conflitos, no que o sistema de cláusulas gerais bem ampliou as possibilidades de interferência do aplicador do Direito na relação contratual, antes hermética e quase inatingível, sem com isso causar insegurança jurídica, pois todas essas incursões deverão ser fundamentadas através dos *standards* colhidos intra e extrasistema, como no caso dos princípios gerais de direito, do uso, dos costumes, da analogia e das regras de experiência, etc.

Constatamos que todas as formas lacunares encontradas no texto da lei são comuns também aos contratos, principalmente aquelas deixadas por descuido, se considerarmos que na maioria das vezes nem mesmo são as partes que elaboram as avenças, sendo não menos comum que quem as elabore desconheça as regras jurídicas aplicáveis aos contratos e a única preocupação seja com o interesse econômico.

Constatamos que o manejo das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados, que ganharam ênfase na *novel* legislação civil, resume em sua utilização todos os vetores utilizados no processo integrativo, aliados aos métodos tradicionais de interpretação.

No labor de colmatar as vaguidades encontradas na norma, seja a legal ou a contratual, o aplicador do Direito recorrerá ainda aos Princípios Gerais de Direito, cuidando de a eles recorrer quando a falta de norma legal ou contratual seja uma realidade não no sentido material da afirmação, mas quando tais normas mesmo existentes forem de aplicação injusta, ultrapassada, em descompasso com o que se espera de uma decisão justa, nada impedindo que no ato de *criação*, de *concreção*, o juiz conjugue dispositivos legais e princípios, aplicando estes ou aqueles. Na aplicação desses meios não há uma ordem a ser seguida, conforme induz pensar o enunciado do art. 4º da LICC, que põe a analogia e o costume em posição anterior à dos princípios. Dessa forma, o intérprete buscará os princípios quando de outra forma não puder fundamentar sua decisão de forma satisfatória, mesmo que em sua aplicação eles se distanciem da lei, como temos visto inúmeros exemplos.

Os princípios serão aplicados, convergindo aqui a doutrina e a jurisprudência, numa ordem que parte do mais específico e consistente, para o mais genérico e fluido, sempre com o escopo de robustecer a decisão. Por conta disso e para não ampliar ao infinito este estudo que se propôs a cuidar da *operacionalização*, enfatizamos os princípios do Direito Civil e do Direito Contratual, que são vetores de inegável importância para aconcretude de termos caracterizados por vagueza socialmente típica.

Destacam-se entre estes princípios os da *eticidade*, da *socialidade* e da *operabilidade*. E isso é assim porque agilizam e tornam o trabalho do intérprete mais efetivo quando o autoriza a buscar solução fora do sistema, como no caso do primeiro, o da *eticidade* que se aplica naqueles casos onde se contratia a ordem pública e os bons consumes; o segundo, o da *socialidade*, prestigia o interesse geral, alertando para que esta nova forma de pensar o Direito Civil inclui a realidade social no qual seus atores estão inseridos e atinge principalmente a propriedade, os contratos e a empresa; por último, o da *operabilidade*, que imprime uma maior efetividade na aplicação do Direito, induzindo à diminuição do tecnicismo exagerado, não sendo raro a sociedade sentir-se abandonada pela Justiça quando determinados empecilhos burocráticos tornam quase que impossível a aplicação do Direito. O juiz, nesse contexto, passa a ter ampliada sua responsabilidade, pois deverá buscar em suas decisões atender não só as partes envolvidas nas demandas, mas também analisar, no contexto dos fatos, o componente social cuja satisfação é tão importante quanto a satisfação das partes. É indiscutível a importância social da propriedade, da empresa e do contrato, e isso não pode deixar de ser avaliado pelo julgador, que mais do que nunca deverá atentar para essa nova

realidade, até porque o próprio Código Civil assim determina no parágrafo único do artigo 2.035, aliás, o que já está previsto no art. 5º da LICC.

Mas a aplicação dos princípios longe está de ser traqnuila, e no caso de colisão entre eles quando do processo de complementação da norma utiliza-se o processo denominado *ponderação de bens,* onde o intérprete irá fundamentar o afastamento de um princípio em detrimento do outro. Nesse processo que integra o denominado *princípio da proporcionalidade* se irá sopesar, no caso posto sob análise, quando, p.ex., dois princípios da mesma ordem estejam em colisão, qual deles melhor resolverá a questão, entretanto, como ambos se aplicam, não significa que o que será afastado será invalidado, como ocorreria na colisão entre as regras jurídicas, onde a aplicação de uma invalida a outra. Aqui, o princípio afastado funciona como limitador da aplicação do princípio escolhido.

O *princípio da proporcionalidade* funciona então como o *fiel da balança*, já que tem natureza formal e não normativa como os demais princípios, não encerrando qualquer prescrição material, a não ser expressando essa sua qualidade de servir à ponderação. Esse princípio não pode ser lançado sem fundamento, já que exige a *ponderação de bens*, pelo que, não pode ser arbitrária sua utilização. Não é raro vermos decisões que afastam a aplicação de um princípio em favor de outro, invocando o *princípio da proporcionalidade* como máxima, como glosa, despida de qualquer fundamentação no que se refere à ponderação, ou seja, se o intérprete constata que o peso de um princípio é maior do que outro, no caso concreto, deverá pormenorizar a razão dessa constatação, deixando muito claro porque este e não aquele.

Além dos princípios da *boa-fé objetiva*, da *função social do contrato* e da teoria da imprevisão – *cláusula rebus sic stantibus* – que foram incorporados ao texto legal, observamos importante dado que muito servirá na operacionalização dos princípios, ou seja, o de que os princípios do Direito Contratual sofreram uma reacomodação após a entrada em vigor do CCB 2002. Alguns princípios, como os já citados, ganharam importância e outros a tiveram diminuída. Não é difícil verificar que ganhou importância o *princípio da autonomia privada*, modificando o até então conhecido princípio da *autonomia da vontade* que cobria de subjetividade as relações contratuais por se entender que o contrato era a expressão maior da vontade dos contrantes. Tal princípio foi atingido definitivamente por essa nova perspectiva de se avaliar a vontade como parte integrante da autonomia privada, livre do subjetivismo e do voluntarismo até então imperante, transformando toda essa carga psicológica em algo real, objetivo e concreto, deixando claro que na seara contratual não se pode tudo.

O *princípio da boa-fé objetiva*, ao lado do princípio da *função social do contrato*, representa, assim entendemos, o espírito das mudanças introduzidas no Direito Contratual e também no Direito Civil como um todo, já que não se pode mais admitir o descumprimento desses preceitos nas relações familiares, sucessórias, que envolvam a propriedade a empresa e principalmente os contratos.

Além dessa abrangência, os dois princípios são os que de melhor forma expressam a opção do legislador do CCB 2002 por um sistema até certo ponto aberto – ou semi-aberto –, representado pelas cláusulas gerais que permitem ao intérprete, seja aplicador do Direito ou não, utilizar instrumentos – *standards* – colhidos do meio que o cerca, com mais elasticidade para fundamentar suas decisões, sendo certo que o comando reflete com mais intensidade a função do aplicador do Direito, já que ao juiz foi dado um maior espaço para decidir, não ficando limitado pelo texto legal, ou, em melhor análise, pela falta de previsão normativa justa e socialmente relevante. Dessa forma, fica o julgador autorizado a buscar nas regras de experiência e em instrumentos extrasistemáticos presentes no tecido social, elementos que completem o sentido e o desejo não só das partes e da lei, mas principalmente dos anseios do bem comum, que clama por solidariedade, probidade, honradez, transparência e seriedade.

A aplicação do *princípio boa-fé objetiva*, previsto no art. 422 do CCB 2002, deve ser procedida de ofício pelo juiz, por ser norma de ordem pública, nos termos do já citado parágrafo único do art. 2.035 do mesmo *codex*, quando então deverá avaliar se as partes agiram com probidade e lealdade, antes, durante e após extinta a relação contratual. É preciso que se diga que a extensão do dispositivo às fases pré – casos de *culpa in contrahendo* – e pós contratual – *post factum finitum* – é obra de extensão da letra do texto legal, já que este se refere literalmente ao espaço que permeia a conclusão e a execução do contrato. Por mais que a doutrina esteja acorde, entendemos que já que a ideia da positivação deste princípio como norma de ordem pública foi a de evitar que ele não fosse observado por descuido ou até por descaso, melhor seria que o dispositivo expressa fizesse referência, ampliando-o literalmente, considerando no dispositivo as três fases do novo *iter* contratual, para fins de aplicação do princípio, ou seja, antes – tratativas –, durante – conclusão, desenvolvimento e extinção – e depois de sua existência – *post pactum finitum* – e não como tradicionalmente se conhece o mesmo *iter*: conclusão, desenvolvimento e extinção da relação contratual. Por mais que aceitemos a normatividade dos princípios, não podemos esquecer de nossa raiz legalista.

Para atender ao escopo do trabalho, cuidamos das ações contrárias à boa-fé, que em muito facilitarão a concreção dessa importante cláusula geral incluída pelo legislador nesse processo moderno de bi-partição da responsabilidade entre o legislador e o jugador na realização do Direito, por servirem de espécie de limitadores ao exercício da autonomia da vontade.

O *princípio da função social do contrato* representa, igualmente ao princípio da *boa-fé objetiva*, uma das cláusulas gerais que iniciam essa nova fase da atividade contratual e que possibilita ao aplicador do Direito um raio maior de ação na modificação e muitas vezes remoção de fatores que interferem ou sofrem interferência da relação contratual. Mais do qualquer outro princípio ou dispositivo legal, a cláusula geral da função social do contrato, inscrita no art. 421 do CCB 2002 é a que causa maior polêmica, já que seus detratores alardeiam que representa o fim das relações privadas favorecendo uma cada vez maior ingerência do Estado e uma crescente Constitucionalização – como sinônimo de publicização – do Código Civil.

Podemos concluir que esse processo que estendeu o tratamento de ente social ao contrato iniciou-se com a função social da propriedade, depois da empresa, o que, de maneira geral, ainda causa alguma estranheza, certamente por interferir nos bens e nas riquezas que são acumuladas muitas vezes de forma egoística e predatória. Até bem pouco tempo, antes da promulgação da CF de 88, o termo *socializar* causava certo constrangimento, fazendo lembrar para alguns os regimes políticos denominados socialistas, que numa quimera que aos poucos foi ruindo, pretendia tratar a todos como iguais, o que se mostrou de todo inviável. Dessa forma, tudo que utilize essa espécie de símbolo – *socializar* – acaba suscitando aos desavisados o temor de ter que entregar suas propriedades a qualquer um e por qualquer motivo, daí porque damos a eles alguma razão nessa desconfiança, que surge pela ignorância da real interpretação do termo. Ademais, como verificamos no curso deste trabalho, o art. 421 do CCB 2002 que se apresenta novo, na verdade o é enquanto aplicável diretamente à relação contratual, já que podemos encontrar no citado estatuto, como vimos, diversos outros dispositivos informados por esse princípio, inclusive presentes no CCB de 1916.

Cabe-nos ressaltar que em muitas ocasiões se poderá confundir o *princípio da função social* com o *princípio da boa-fé objetiva*, já que, p. ex., quando tratamos da *ética* de um contratante – ou de sua falta –, difícil será enquadrá-la nesse ou naquele instituto, sendo certo,

para servir de parâmetro, que qualquer ação contrária à boa-fé será uma agressão contra o tecido social.

Ponto interessante a ser destacado, por ser, repetimos, o escopo deste trabalho a operacionalização, é a legitimação não só terceiros como autores de futuras lides com fulcro na *função social do contrato*, mas também a contraparte que se sinta ofendida, como no caso com o qual abrimos este trabalho envolvendo fazendeiros/arrendantes e usineiros/arrendatários de terras para plantação de cana de açúcar, já que no caso proposto, além dos terceiros vitimados pelos contratos de arrendamento que não atenderam aos reclamos da sociedade, os fazendeiros/arrendantes foram igualmente prejudicados na condição de membros da sociedade, talvez não no que foi objeto da avença – *o que estava escrito* –, já que o contratado estava, ao menos aparentemente, materialmente em ordem e sendo cumprido, surgindo o inadimplemento na órbita do elemento social – *o que não estava escrito*.

Enfim, o princípio da função social dos contratos, como norma de aplicação obrigatória, assume característica de importante vetor para a colmatação de todos os termos que apresentem vaguidade socialmente típica que requeiram do juiz a análise do contexto social e sua positivação facilitou, como estudamos, o controle de sua aplicação pelo juiz, através do controle de legalidade e uniformização da jusrisprudência pelo STJ.

No que se refere à interpretação do Contrato especificamente, podemos concluir que o que de mais importante tem ocorrido e que mais nos guiará no trato com os conceitos legais indeterminados e com as cláusulas gerais, é o fato de que não se pode mais prescindir, durante seu processo interpretativo, de referi-lo ao sistema normativo no qual se insere, cientes de que cada contrato que se conclui é uma nova norma inserida neste mesmo sistema e com ele dialoga, o que lhe garante *segurança jurídica*.

Também no processo interpretativo contratual a integração ganha importância não apenas diante daquelas lacunas que representam um vago, digamos, físico na legislação, ocorrido pela falta de previsão legal, por defeito de redação ou porque foi deixada propositadamente pelo legislador ou pelas partes, mas também diante daquelas que são representadas pela falta de afinação com os anseios sociais e até mesmo com a Justiça – *lacunas axiológicas* e *lacunas ontológicas* –, surgidas tanto na Lei, quanto no Contrato.

Para finalizar a investigação, cuidamos das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados, firmes na ideia de que todo o material até aqui pesquisado, dentro dessa nova perspectiva, passa a ter importância renovada, já que não mais será tratado em compartimentos estanques, como aprendemos e praticamos por longos anos. Daí esse nosso esforço em cuidar de tantos assuntos, como explicitamos na introdução, tratando todos os temas com orientação e foco nesse sistema que apesar de não ser novo, ganhou relevo na *novel* codificação.

Assim, todo o conhecimento do intérprete, principalmente aplicador do Direito, das regras interpretativas e integrativas – dos princípios gerais de Direito, do uso, dos costumes, da analogia, da pré-compreensão e das regas de experiência – irão habilitá-lo ao manuseio das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados. Serão eles utilizados em conjunto, visando a realização do Direito, sua concreção, dentro de uma visão mais ampla, mais abrangente, mas nem por isso livre de fundamentação. É o Direito dos novos tempos, que exige máxima percepção do aplicador, além daquele tecnicismo aprendido nos bancos das faculdades de Direito. Na verdade não se espera deste novo aplicador qualquer habilidade especial ou acuidade acima da média – isso seria até um complicador para a realização do Direito, de conformidade com *novel codex* –, mas sim um juiz com a capacidade de conjugar todo o seu conhecimento e os elementos citados, na busca da decisão ideal, através de sentenças *determinativas* ou *criativas*, onde, como dissemos, cotejará eventual texto legal com os demais *standards*, buscando que sua decisão seja muito mais do que um simples e lógico processo *subsuntivo*, quase mecânico, de simplesmente adequar fato à norma, sem qualquer referência ao sistema e aos padrões sociais no qual está inserido, pois agindo assim, estaria sendo aquele *juiz boca da lei* a que nos referimos algumas vezes neste trabalho, que numa determinada época, tendo sua capacidade interpretativa engessada, foi obrigado a simplesmente adaptar fatos similares ao texto da lei, ignorando suas especificidades, tudo em nome de uma pretensa *segurança jurídica* que em verdade não ocorreu. Ao juiz dessa nova era é dado *criar*, dentro dos parâmetros que lhes são fornecidos pelo sistema – o espírito do sistema dos portugueses –fruto da confiança da sociedade em seu judiciário e em seus juízes.

No que se refere aos conceitos legais indeterminados, importante destacar que na operação de colmatação, onde o aplicador utilizará os *standards* a que já nos referimos, deverá inicialmente verificar para que tipo de *vagueza* ou *vaguidade* aquele termo aponta, devendo então avaliar se o termo a ser completado possui *vagueza socialmente típica* ou *vagueza comum*. Nessa operação, termos como *justa causa* e *extensa área* vão muitas vezes

ser postos em confronto e surgirão diante do aplicador para sua complementação, o que muito constantemente ocorre em diversas situações e por vezes são completados empiricamente e padecendo da devida fundamentação.

Dessa forma, logo podemos verificar que para a complementação do termo *justa causa* haverá o julgador de levar em conta dados subjetivos para, em determinado caso posto, avaliar o que é *justo*, o que certamente o levará a elaborar um raciocínio – com forte apelo social – além daquele que cuida de uma simples avaliação quantitativa ou qualitativa que certamente será utilizada na complementação do termo vago *extensa área*, já que neste caso o aplicador deverá verificar o que é *extenso*, numa avaliação que levará em conta apenas dados objetivos através de verificações qualitativas ou quantitativas.

Nesse contexto de operacionalização dos vetores, as *regras ou máximas de experiência* muito bem funcionam na colmatação de termos dotados de *vagueza comum*, porque levam basicamente em conta conhecimentos empíricos que possibilitam ao aplicador através de sua intuição – comum a todas as pessoas – buscar em situações que muitas vezes apesar de ter fincas nas ciências, nas artes, nas atividades comerciais, técnicas ou econômicas, etc., acabaram por se popularizar fazendo parte do inconsciente popular e que muitas vezes surgem nas decisões de forma natural e sem qualquer preocupação com sua fundamentação, daí, em nossa opinião, servirem para colmatar termos onde não se exija referência a valores morais e sociais – vagueza comum. Assim, para se saber se um local é de *difícil acesso ou perigoso*, levar-se-á em conta dados objetivos, tais como topografia, condições climáticas, etc., ou *regras de experiência*, pois é notório, pelo menos aos que habitam a cidade do Rio de Janeiro, que numa favela carioca quando há disputa entre quadrilhas de marginais o acesso é perigoso, fruto de fenômeno social debatido no âmbito dessa ciência, mas que se tornou uma situação corriqueira e do conhecimento comum.

Precisamos esclarecer que essa distinção entre o que sejam termos dotados de vagueza comum e socialmente típicos não é tranquila na doutrina, havendo aqueles que entendem não haver qualquer importância prática nesta diferenciação, defendendo que na colmatação de conceitos indeterminados tanto faz recorrer-se a regras de experiência, a dados objetivos ou subjetivos. Com respeito a todas as opiniões, preferimos nos perfilar junto àqueles que enxergam e dão tratamento diferenciado a cada situação específica que melhor designe as metas da fundamentação da decisão, sendo esta a única forma de se manter a *segurança jurídica* tão almejada, portanto, por mais simples que pareça, se o aplicador entender que

havia urgência em determinada ação de uma parte num determinado caso, deverá dizer exatamente porque era urgente, utilizando, p. ex. as máximas de experiência, que não deixarão a decisão deserta de fundamento.

Por fim, as *cláusulas gerais*, que é para onde convergem todos os colmatadores que estudamos neste trabalho.

Este instituto consolida as possibilidades que se abrem diante o intérprete, já que no seu trato, encontramos os conceitos legais indeterminados, principalmente os de *vagueza socialmente típica*, que possibilitarão a mobilidade que se espera em um sistema até então considerado hermético. Trata-se de uma porta cuja chave está nas mãos do aplicador, que está autorizado a abri-la uma vez que a realização do Direito exige mais do que um mero processo subsuntivo. Ao juiz é dado buscar a solução, esteja ela dentro ou fora do sistema, concentrando-se no caso posto, criando a *norma do caso*.

Quando estudamos os princípios da *boa-fé objetiva* e da *função social do contrato*, que são positivados tanto no CCB quanto no CCP, tivemos a oportunidade de verificar a importância do manejo correto das cláusulas gerais, que se de um lado possibilitam ao aplicador buscar fora do sistema a solução para a questão que lhe foi posta, por outro lado o concita à fundamentação, não simplesmente aquela onde se cita um determinado artigo de lei, mas aquela que exige que, mesmo havendo dispositivo legal – ou cláusula contratual –, o aplicador deva conjuga-lo com a realidade social na qual se integram, dentro dos cânones da lealdade, da transparência e da probidade. Mais do que nunca, não se podem aceitar interpretações, seja do contrato, seja de texto legal, que prestigiem a forma mais do que o contexto.

Dentro dessa nova realidade, a postura do operador do Direito, mais especificamente no que se refere ao Direito Contratual, deve adequar-se a este novo imperativo, ou seja, de na interpretação do contrato referi-lo ao sistema através da poderosa lente Constitucional, sem dar eco aos seus detratores, pois através da correta aplicação das técnicas que aqui estudamos, estão afastados os temores de decisões diferentes para casos que se assemelham o que causaria a decantada *insegurança jurídica* e falta de *previsibilidade das decisões*, entendendo que realmente as decisões serão diferentes, mesmo que os casos sejam semelhantes, porque muito provavelmente os casos serão semelhantes, mas não iguais, e a sabedoria está neste tratamento diferenciado, porém, fundamentado.

Assim, dentro dessa nova ordem, é o que se espera do aplicador do Direito.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito*. Coimbra: Almedina, 1983.

AGUIAR, Mônica. Balizas para a criação judicial do Direito em face da lei de introdução ao Código Civil. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. (Coords.). *Teoria geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

AGUIRRE, José Eduardo Suppioni de. *Aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

ALVIM, Agostinho. *Da equidade*. São Paulo: RT, ano XXX, v. CXXXII, fasc. 494, 1941.

ALEXANDRE, Ana Paula. (Coord.) *Novo Código Civil brasileiro.* Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67, 1999.

_____. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. Tradução de Luis Afonso Heck. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 24, p. 334-344, out./dez. 2005.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. Interpretação do contrato. *Separata da Revista "O Direito"*, Lisboa, n. IV, 1992.

_____. *Contratos I.* Conceito. Fontes. Formação. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A função da boa-fé no controle da abusividade das cláusulas contratuais*. Disponível em: http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2.001/outubro/1910/ARTIGOS/A02.htm. Acesso em: 13 ago. 2008.

AMARAL E SILVA, Luciano Felix do. Princípios norteadores da intervenção judicial no contrato. Normas abertas versus segurança jurídica. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 37, p. 130-147, jan./ mar. 2009.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*; FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1963. (Coleção Cultura Jurídica).

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1963.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 1960.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil.* Teoria geral, I, introdução, as pessoas, os bens. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. *O Direito.* Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso brasileira. 11. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico:* existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social dos contratos e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribuiu para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, p. 116, abr. 1998.

BACACHE-GIBEILI, Mireille. *La relativité des conventions et les groups de contrats*. Paris: LGDJ, 1996.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda. O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de caráter metodológico. Algumas reflexões. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra, 2006. v. 2. (Obra sem coordenação/organização).

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil de terceiro por lesão à situação jurídica contratual*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2005.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969-1970.

BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile.* Il contratto. Milano: Giuffrè, 1984. v. 3, p. 336.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito Civil Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOCCHI, Olsen Henrique. *Fontes do direito obrigacional:* um paralelo com as fontes do direito. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2411&p=2. Acesso em: 21 ago. 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos*: interpretação à luz do Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gounet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BUSNELLI, Francesco Donato. *La lesione del credito da parte di terzi*. Milano: Giuffrè, 1964.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

_____. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Pedro Nunes de. *Introdução ao estudo do Direito.* Conceito de Direito e fontes de Direito. Lisboa: Universidade Lusíada, 1993.

CASTRO Y BRAVO, Frederico de. *Las condiciones generales de los contratos e vinculação do legislador* – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Almedina, 1982.

CATÃO, Adrualdo de Lima. Visão hermenêutica da interpretação jurídica para a superação do paradigma da neutralidade do intérprete. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Adrualdo%20de%20Lima%20Catao.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2008

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *Colisão de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares:* problemas de intensidade e a regra da proporcionalidade. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006.

CORDEIRO, António Menezes. *Teoria geral do Direito Civil*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 1994.

_____*. Noções gerais de Direito*. Lições proferidas ao 1º ano do curso de Administração e Gestão de Empresas. Lisboa: Faculdade de Ciências Humanas, Universidade Católica Portuguesa, 1979.

CORDEIRO, António Menezes. *Estudos de Direito Civil*. O contrato-promessa nas reformas de 1980 e de 1986. O cumprimento e o não cumprimento das obrigações. Problemas de direitos reais. Coimbra: Almedina, 1994. v. 1.

_____. *Da boa fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984. 2 v.

_____. *Da boa fé no Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 1997. Coleção teses. (reimp.)

CORIOLANO, Jaciana Medeiros. *Interpretação dos contratos:* uma análise à luz do código civil português vigente. Relatório T 4445(I). Lisboa: Biblioteca da Faculdade de Direito de Lisboa, 2006.

_____. A *eficácia jurídica dos direitos fundamentais de liberdade nas relações entre particulares no Direito brasileiro e no Direito português*. Relatório T 4446 (II). Lisboa: Biblioteca da Faculdade de Direito de Lisboa, 2006.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 7. ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. Intervenções fulcrais da boa fé nos contratos. In: MONTEIRO, António Pinto. (Coord.). *Estudos de direito do consumidor.* Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 1999. 2v., p. 357-368.

_____. *Direito das obrigações*. 7. ed. rev. atual. Coimbra: Almedina, 1998.

COSTA, Mário Júlio de Almeida; CORDEIRO, António Menezes. *Cláusulas contratuais gerais, anotação ao decreto-lei n. 446/85, de 25 de outubro.* Coimbra: Almedina, 1987.

COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). *Obrigações.* Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DABIN, Jean. *Le droit subjectif*. Paris: Dalloz, 1952.

DANZ, Erich. *A interpretação dos negócios jurídicos (contratos, testamentos, etc.).* Estudos sobre a questão de direito e a questão de facto. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Armênio Amado, 1941.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do Direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

_____. *Conflito de normas*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Curso de Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DUARTE, Maria de Fátima Abrantes. *O pacto de preferência e a problemática da eficácia externa das obrigações*. Lisboa: AAFDL, 1989.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípio constitucional*. 2. ed. rev. atual. e ampl. 2002.

ESSER, Josef. *Grundsatz und norm in der richterlichen fortbildung des Privatrechts*. 4. ed. Tübingen: Mohr, 1990.
FALZEA, Angelo. *Introduzione alle scienze giuriche*. Parte prima, Il concetto del Diritto. Milano: Giuffrè Editore, 1979.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

FIÚZA, Ricardo. *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANÇA, R. Limongi. *Brocardos jurídicos:* as regras de Justiniano. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

FURMANN, Ivan; SILVA, Thais Sampaio da. Direito pré-moderno: um contributo histórico e uma crítica presente. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7902. Acesso em: 18 ago 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil.* Obrigações. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. (Coleção Prof. Agostinho Alvim).

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. *Contratos*. 25. ed. Atualização e notas de Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Responsabilidade civil do fabricante*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário E Empresarial*, São Paulo, n. 32, p. 12-21, abr./jun. 1985.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. Ensaio introdutório acerca das lacunas jurídicas. In: GONCALO, N. C. Sopas de Melo Bandeira; GONÇALVES, Rogério Magnus Varela; RODRIGUES, Frederico Viana. (Orgs.). *Ciências jurídicas: civilísticas : comparatísticas : comunitárias : criminais : económicas : empresariais : filosóficas : históricas, políticas : processuais*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 533-569.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Interpretação criativa e realização do Direito*. Relatório T 2396 (I). Lisboa: Biblioteca da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GROPPALI, Alessandro. *Introdução ao estudo do Direito*. 2. ed. Tradução de Manuel Alarcão. Coimbra: Coimbra, 1974.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A Filosofia do Direito aplicada ao Direito Processual e à Teoria da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2001.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité* – théorie dite de l'abus dês droits. 2. ed. Paris: Dalloz, 1939.

JUSTO, Antonio Santos. *Introdução ao estudo do Direito*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

_____. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LATORRE, Angel. *Introdução ao Direito*. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 1974.

LEÃO, Luiz Gustavo de Paiva. As cláusulas gerais e os princípios gerais de Direito. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 37, jan./mar. 2009.

LEVI, Alessandro. *Teoria generale del Diritto.* Ristampa anastatica della seconda edizione. Padova: Cedam, 1967.

LOPES, Jorge Pinto. *A interpretação e o sistema*. Relatório T 3165 (I). Lisboa: Biblioteca da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.

LORENZETTI, Ricardo. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 28, out./dez. 1998.

LOTUFO, Renan. *Teoria geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

LOTUFO, Renan; DANTAS, Aldemiro; MALFATTI, Alexandre David; CAMARGO, Elizeu Amaral. *Lacunas do ordenamento jurídico*. São Paulo: Manole, 2004.

LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

LUZATTI, Claudio. *La vaghezza delle norme. Un'analise del linguaggio giuridico*. Milano: Giuffré, 1990.

MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1987.

MAIA, Roberto da Silva. *Interpretação da lei.* Interpretação do contrato. Relatório T 2710. Lisboa: Biblioteca da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.

MARANHÃO, Délio; SUSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: Ltr, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, J. Dias. *Introdução ao estudo do Direito*. 2. ed. Lisboa: Pedro Ferreira Artes Gráficas, 1994.

MARQUES, Maria Manuel Leitão. (Coord.). *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000. 320p. (Apoio do Instituto do Consumidor).

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009. Coleção Prof. Agostinho Alvim.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Culturalismo e experiência no novo Código Civil brasileiro*. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, v. 78, p. 603-627, 2002.

_____. A contribuição do Código Civil Português ao Código Civil Brasileiro e o abuso do direito: um caso exemplar de transversalidade cultural. *Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Lisboa, n. especial, p.107-128, 2008. (Comunicações apresentados no Colóquio realizado nos dias 17, 18 e 19 de Maio de 2007, no âmbito das comemorações dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.).

MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL CRÍTICA DE LOS PARADIGMAS DELA TEORÍA DEL DERECHO, 12 abr. 1991, Valência. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 112, p. 13-32, out./dez. 1991.

_____. O novo Código Civil brasileiro: em busca da ética da situação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 20, p. 211-260, 2001.

_____. A boa-fé como modelo: uma aplicação da teoria dos modelos*,* In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito*: PPGDir-UFRGS, Porto Alegre, p. 347-379, 2004.

MATIAS, João Luiz Nogueira; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. A função social do contrato. A quebra eficiente e o terceiro ofensor. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso_de_paula_pinheiro_rocha-1.pdf>.
Acesso em: 10 out. 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introduccion al estúdio del Derecho*. 21. ed. rev. México: Porrua, 1973.

MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas do conteúdo contratual . In: _____. *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*. Lisboa: Universidade Católica, 2002. p. 281-297.

MONTORO, André Franco. *Estudos de Filosofia do Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 261, p. 13-15, jan./fev./mar. 1978.

NALIN Paulo. Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v. 41, p. 85-98, 2004.

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 autonomia privada*, Curitiba: Juruá, 2001. Caderno 2.

_____. Abuso de Direito. In. LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore. (Coords.). *Teoria geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

NART, Ignacio. Ex arrendamientos. *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, t. 4, n. 3, p. 891-984, Julio/Septiembre1951.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato.* Novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do Direito Privado. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 17, p. 67-68, 2004.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Vínculo obrigacional*: relação jurídica de razão (técnica e ciência da proporção). Tese (Livre Docência). Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2004.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil, apontamentos gerais. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra. (Coords.). *O novo Código Civil, homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2006.

_____. Dworkin e a interpretação jurídica : ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade. In: NEVES, A. Castanheira. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 263-345.

_____. El actual problema metodológico de la realización del derecho. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, v. 79, p. 55-85, 1992.

NETO, Abílio. *Código Civil anotado*. 15. ed. rev. actualizada. Lisboa: Ediforum, 2006.

NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto - Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade:* ensaio de uma reposição crítica. Coimbra: Livraria Almedina, 1967. v. I: A crise.

_____. *Digesta*: escritos acerca do direito do pensamento jurídico da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 2, p. 354.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. Autonomia privada, boa fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Manual da monografia jurídica.* Como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A pré compreensão e a compreensão na experiência hermenêutica. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3.711>. Acesso em: 13 ago. 2008.

OTERO, Paulo. *Lições de introdução ao estudo do Direito*. Lisboa: Pedro Ferreira Artes Gráficas, 1999. v. 1. t. 1.

_____. *Lições de introdução ao estudo do Direito*. Lisboa: Pedro Ferreira Artes Gráficas, 1999. v. 1. t. 2.

PECES-BARBA, Gregorio; FERNÁNDEZ, Eusebio; ASÍS, Rafael de. *Curso de teoria del Derecho.* 2. ed. Barcelona: Marcial Pons, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PESCUNA, Derna; CASTILHO, Antonio Paulo F. de. *Referências bibliográficas, um guia para documentar suas pesquisas incluindo iternet, CD-Rom, multimeios.* 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Olho d'Agua, 2001.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Tradução de Adrian Sotero de Witt Batista; Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2001.

PRATA, Ana. *Dicionário jurídico*. Direito Civil, Direito Processual Civil, organização judiciária. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006. v.1.

RASELLI, Alessandro. *Studi sul potere discrizionale del giudice civile*. Florença: Fundação Piero Calamandrei, 1927.

REALE, Miguel. *Novo Código Civil brasileiro.* Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Coord. Giselle de Melo Braga Tapai).

_____. *Lições preliminares de Direito*. 10. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1982.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. Diretrizes da reforma do Código Civil. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 19, p. 5-12, out. 1985.

RIPERT, George. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4. ed. Paris: LGDJ, 1949.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milão: Giuffrè, 1953.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra; Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005. Coleção Prof. Agostinho Alvim.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3.

SANTOS JÚNIOR, Eduardo. *Sobre a teoria da interpretação dos negócios jurídicos:* estudo de direito privado. Lisboa: AAFDL, 1988.

SILVA, José A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Luiz Renato Ferreira. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional.* São Paulo: Malheiros. 2005.

SILVA, Rodney Malveira da. A intervenção do juiz na interpretação e integração do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 37, p. 242-257, jan./mar. 2009.

SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. v. 1, p. 77.

SIMÃO, José Fernando. A teoria do risco no novo Código Civil. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_a_teoria_do_risco.ht>. Acesso em: 08 set. 2008.

SOARES, Renzo Gama. Função social dos contratos. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coord.). *Função do Direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SOARES, Teresa Luso. *A conversão do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1986.

SOUZA, Marcelo Rebelo de; GALVÃO, Sofia. *Introdução ao estudo do Direito*. 4. ed. rev. e aumentada. Sintra: Europam, 1997.
STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARTUCE, Flávio. *Função social do contrato.* São Paulo: Método, 2004.

_____. *Os direitos da personalidade no novo código civil*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_personalidade.doc>. Acesso em: 08 set. 2008.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Função social e transmissão da propriedade.* Lisboa: Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito de Lisboa, 1974.

_____. *Introdução ao estudo do Direito*. 11. ed. refundida e atual. Coimbra: Coimbra, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOSTA, Jorge. *Os poderes do juiz no novo Código Civil*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 9. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 1996. v. 2.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *Contratos atípicos*. 1994. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Clássica de Lisboa, Lisboa, 1994.

_____. *Teoria geral do Direito Civil*. Relatório apresentado no concurso para professor associado. D01-567. Lisboa: Biblioteca da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998.

_____. *Sobre a natureza das coisas*. Coimbra: Coimbra, 2001. Sep. de: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva.

VELTEN, Paulo. Função social do contrato. In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (Coord.). *Função do Direito privado no atual momento histórico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direto Civil* - teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VIVANTE, Leone. *Il concetto della indeterminazione.* Firenze: Vallecchi, 1938.

WIEACKER, Franz. *História do Direito privado moderno*. Tradução do original alemão por A.M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle pandette.* I, 1 parte. Torino: Unione Tipografico, 1902.

ZELLER Ernst. *Auslegung Von Gesetz und Vertrag:* methodeniehre für juristische Praxis. Zürich: Schulthess, 1989.