

# O PERCURSO TEÓRICO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E SUA RECEPÇÃO JURISPRUDENCIAL NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

---

ROSALICE FIDALGO PINHEIRO

Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais junto ao PPGD da UFPR. Coordenadora do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia das Faculdades Integradas do Brasil. Professora de Direito Civil do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR.

## Resumo

O presente trabalho tem por escopo demonstrar como o princípio da boa-fé é subtraído do formalismo no qual esteve mergulhado sob a égide do positivismo jurídico do século XIX, e torna-se objeto de criação jurisprudencial, mas sem se libertar completamente dos laços de uma racionalidade positivista. Restrito aos parâmetros do formalismo, mostrou-se impreciso demais para ser aplicado pelo modo de pensar silogístico, o que demandou esforços da metodologia jurídica diante da técnica legislativa das cláusulas gerais, *standards* e princípios jurídicos, com vistas a delimitar seu domínio de aplicação. Eis o que foi alcançado pelas cortes germânicas do Segundo Pós-guerra; a concretização da cláusula geral da boa-fé em figuras típicas, que restam inadmissíveis em seu exercício: *exceptio doli generalis*, *venire contra factum proprium*, *Verwirkung*, *tu quoque*, inalegabilidade de nulidades formais e o exercício desequilibrado de direitos. Delimitado o tema do presente trabalho à função de controle da boa-fé no exercício de prerrogativas individuais, seu percurso encontrou tradução em outros sistemas jurídicos, nos quais ainda predominava o vazio de seu conteúdo. Elegendo-se como espaço de tradução da boa-fé a jurisprudência brasileira, submetem-se seus resultados a uma leitura crítica, revelando a especificidade da tradição jurídico-europeia no direito pátrio. Por fim, indagam-se os limites de uma boa-fé “*prêt-à-porter*”, para a manutenção do positivismo jurídico.

## Palavras-chave

Princípio da boa-fé; Positivismo jurídico; Cláusula geral; Jurisprudência.

## Abstract

The scope of this article is to demonstrate how the good-faith principle moved away from the formalism into which it was embedded under the aegis of legal positivism of the

19th century, to become the object of jurisprudential creation without, however, totally departing from a certain positivistic rationality. Restricted to the parameters of formalism, it has shown to be too imprecise to be included in a syllogistic way of thinking, which demanded juridical methodology efforts in face of the legislative technique of general clauses, standards and juridical principles in order to delimit its area of application. Here is what German courts in the post-war second period achieved; the concretization of the general clause of good-faith into typical legal concepts, the exercise of which remains inadmissible: *exceptio doli generalis*, *venire contra facum proprium*, *Verwirkung*, *tu quoque*, non allegability of formal nullity, and the unbalanced exercise of rights. We have limited the topic of this article to the function of good-faith control in the exercise of individual prerogatives in the area of economics, and found that the concept is included in other legal systems that lacked it. Having chosen to investigate the concept of good-faith in Brazilian jurisprudence, we have submitted the results to critical examination, revealing the specificity of the European juridical tradition in our own Law. Lastly, we question the limits of a “prêt-a-porter” good-faith to maintain juridical positivism.

## Key words

Good-faith principle; Juridical positivism; General clause; Jurisprudence.

## 1. Introdução

No cenário jurídico, assiste-se a uma “efervescência”<sup>1</sup> do princípio da boa-fé,<sup>2</sup> de modo a suscitar por parte dos juristas as mais diferentes apreciações, seja pelo sentido “subversivo”<sup>3</sup> com o qual ele inunda o direito das obrigações, seja pelas dificuldades em conceituá-lo, o que lhe fez merecer a denominação de “*une mer sans rivages*”.<sup>4</sup> Para tudo isso, há uma razão: a boa-fé apresenta-se como uma “fórmula mágica”,<sup>5</sup> que invade a estrutura inabalável do contrato, suscitando novas categorias jurídicas, na medida em que confere abertura e mobilidade ao sistema jurídico.<sup>6</sup>

1 STORME, Marcel. La bonne foi: expression de la postmodernité en droit. In: DAVID-CONSTANT, Simone. [Org.] **La bonne foi**. Actes du colloque organisé le 30 mars 1990 par la Conférence libre du jeune barreau de Liège. Bélgica: A.S.B.L. Editions du Jeune Barreau de Liège, 1990.

2 Ao se falar do princípio da boa-fé, entende-se como tal a boa-fé objetiva, também denominada de boa-fé contratual ou obrigacional.

3 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 1999, p. 409.

4 DAVID-CONSTANT, Simone. La bonne foi: une mer sans rivages. In: \_\_\_\_\_. (Org.) **La bonne foi**. Actes du colloque organisé le 30 mars 1990 par la Conférence libre du jeune barreau de Liège. Bélgica: A.S.B.L. Editions du Jeune Barreau de Liège, 1990.

5 Rudolf WIETHÖLTER refere-se a fórmulas mágicas, das quais os juristas, privados de toda tutela originária e indiscutível de sua autoridade, procuram desfrutar das estruturas restantes do encantamento do Direito. (**Le formule magiche della scienza giuridica**. Roma-Bari: Laterza, 1975, p. 27-28)

6 Assim se refere Marcel STORME, op. cit., p. 6.

Voltar-se criticamente para este cenário de superação do positivismo jurídico e dele retirar argumentos em sentido contrário poderia se revelar como paradoxal, pois em períodos de alteração profunda dos dados econômicos e sociais, o princípio da boa-fé surge com vigor em áreas não reguladas pelas codificações, ocupando lugar de destaque na criação e adaptação do Direito.<sup>7</sup>

Ao seguir o traçado da racionalidade moderna, o princípio da boa-fé revela-se como objeto de transferência cultural.<sup>8</sup> Também denominado transculturação, termo utilizado para designar o empréstimo mútuo de elementos culturais entre povos que mantêm um contato histórico.<sup>9</sup> No âmbito jurídico, este processo assume a forma de um “transplante jurídico”:<sup>10</sup> a situação de recepção de um Direito estrangeiro, tecnicamente superior, utilizado como elemento de transformação e correção do Direito estrito.<sup>11</sup>

Dessa maneira, fórmulas típicas, inscritas pela jurisprudência e doutrina alemãs do Segundo Pós-guerra para concretização da boa-fé, são transplantadas para os tribunais brasileiros. Para demonstrar isso, toma-se a boa-fé em seu papel de controle ao exercício de posições jurídicas, delineado pela proibição do *venire contra factum proprium*, o *tu quoque*, a *Verwirkung* (*supressio*), a inalegabilidade de nulidades formais e o exercício desequilibrado de direitos. Nesses casos, a boa-fé resta encerrada em fórmulas típicas, que concretizam os limites de sua aplicação, restando pronta e acabada, por assim dizer, “*prêt-à-porter*”,<sup>12</sup> não obstante o encanto da criação jurisprudencial do Direito.

Por meio desse diálogo com o positivismo, objetiva-se romper o encanto gerado pelo extraordinário desenvolvimento do princípio da boa-fé e submetê-lo a uma leitura crítica. Para tanto, o trabalho se utilizará do método dedutivo, sem descuidar de uma análise jurisprudencial sobre o tema, contextualizado no Direito brasileiro. Segue-se um plano de trabalho dividido em duas partes: a primeira evidenciando o percurso do princípio da boa-fé em face da racionalidade jurídica moderna, que assiste sua afirmação e superação, resultando na precisão dos limites do conteúdo deste princípio; a segunda, delineada por um diálogo que se pretende entre o positivismo jurídico e uma boa-fé “*prêt-à-porter*”, encontrada na jurisprudência brasileira por obra de uma transferência cultural da experiência europeia, porém, guardando especificidades.

7 MENEZES CORDEIRO, António. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra : Almedina, 1997, p. 46.

8 O termo é tomado com base em MENEZES CORDEIRO, **Da boa-fé...**, p. 715.

9 LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Sociologia geral**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 147.

10 CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 66.

11 CAENEGEM, op. cit., p. 66.

12 Expressão de: NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós-Moderno** (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2001, p. 134.

## 2. A Boa-Fé como “Um Mar Sem Fronteiras”: Afirmação e Superação da Racionalidade Jurídica Moderna

Inaugurando, entre nós, a concepção de obrigação como um processo, na década de setenta, Clóvis do Couto e Silva rompia o profundo silêncio encontrado no cenário jurídico nacional sobre o princípio da boa-fé, proclamando-o como uma “...vigorosa reação às concepções do positivismo jurídico”.<sup>13</sup> Valendo-se de suas incursões pelo direito comparado e de sua concepção do Direito como um sistema aberto, a doutrina nacional ensaiava os primeiros passos no sentido de constituir-se como verdadeira fonte do Direito. Semelhantes investigações ecoaram nas gerações de juristas que lhe seguiram, de tal modo, a se destacar “uma ‘modelagem brasileira’ da boa-fé objetiva de cunho fortemente jurisprudencial”, em uma cultura jurídica marcada por uma “forte tradição legalista de apego à lei em seu aspecto formal, à sua mais espessa literalidade...”.<sup>14</sup>

Ao ser resgatada da “inutilidade da interpretação positivista”, a boa-fé ingressa com vigor em épocas de “alteração radical dos dados sociais e econômicos” e em áreas não reguladas pela codificação ou nas quais o Direito estrito mostra-se insuficiente, promovendo a criação e adaptação do Direito.<sup>15</sup> Neste momento, recolhem-se daquele autor pistas para compor um diálogo entre a boa-fé e o positivismo jurídico, indagando-se: é “possível transferir um Direito de uma comunidade jurídica para outra”? O Direito é um fenômeno social e, como tal, é passível de transmissão, ou apenas de aprendizagem?<sup>16</sup> Para responder a estas questões, é necessário retratar a boa-fé em face da racionalidade jurídica moderna e das codificações que lhe seguiram.

### 2.1. A Boa-Fé e o Percurso da Racionalidade Jurídica Moderna

Ao buscar na Antiguidade as fontes subsidiárias para conter a incompletude de seu Direito, glosadores, comentadores e humanistas dividem-se no tempo, mas aproximam-se na tarefa de estudo de um Direito deslocado de sua época e sociedade, delimitando-o sob o dogma da abstração. Em meio à diversidade, o Direito Romano clássico, corporificado no *Corpus Iuris Civilis*, resultou como projeção da unidade religiosa exercida pela Igreja:

13 **A obrigação como processo.** São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 15.

14 MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002, p. 190.

15 “...assegura a reprodução do sistema, seja conquistando para seu seio áreas que ganham a característica da juridicidade, seja adaptando à nova realidade, científica ou social, dispositivos arcaicos, seja por fim, realizando, na vida real, um projecto que o legislador deixou a meio ou, apenas, indicou”. (MENEZES CORDEIRO, **Da boa fé...**, p. 46)

16 **Da boa fé...**, p. 179.

“fiéis teólogos do direito”<sup>17</sup> encontraram na razão escrita o fator de unificação do tecido fragmentado no medievo.

Congregando influências romanas e canônicas, a boa-fé é tomada das fórmulas do *bona fidei iudicium*, criadas pelo pretor, que relativizou o culto mágico da forma, adaptando o Direito estrito às transformações econômicas e sociais do período clássico romano. Ao ser transposta para o Direito Canônico, a boa-fé ganha um sentido teológico, próximo à ausência de pecado, restando subjetivada. Ambas as influências, lançadas no tecido medieval, conferiram à boa-fé o sentido com o qual ingressou no Direito moderno, e que se repetiria em meados do século XX, sob a linha de investigação das cortes germânicas.

Porém, recebida do Direito Romano como valor e experiência jurídica daquele povo, a boa-fé logo se sistematizou nas mãos do jurista moderno, por meio de uma racionalidade calculadora. Trata-se da mentalidade moderna, que é, em boa medida, a metalidade burguesa. Eis que a lógica mercantil requer a previsibilidade e o cálculo, aos quais ela une a abstração. Nestes termos, a recepção do Direito Romano e a ascensão econômica e cultural da burguesia partilham a mesma época, conjugando racionalidade jurídica e racionalidade econômica. Contudo, importou não tanto a absorção das categorias jurídicas delineadas pelos romanos, mas principalmente, o instrumental oferecido pelo seu “pensamento jurídico-formal.”<sup>18</sup> Não obstante toda rejeição à Escolástica, promovida pela burguesia e pelo Humanismo, sob a égide de uma “depuração histórico filológica”<sup>19</sup> das fontes romanas, a abstração converteu-se em seu tema.

Contraditória em suas ações e intenções, ao mesmo tempo em que empreende um movimento de rejeição ao passado, subtraindo-se à mitologia do medievo, a modernidade inaugura novos mitos. Por conseguinte, a boa-fé revelou-se afeta a uma racionalidade mítica, na qual razão e ciência, antes tão somente esboçadas pela ascensão do capital, conjugam-se na tarefa de imprimir contornos sistemáticos ao Direito.

Da revolução cartesiana recolhe-se uma quebra de paradigmas: a fé deixa-se substituir pela razão. A racionalidade técnica toma lugar como resultado de uma transposição da lógica matemática para as ciências sociais. Eis o triunfo de uma racionalidade científica, que, desde então, não mais abandonaria o Direito. Cunhada por Descartes, em termos utilitaristas, é transposta para o jusracionalismo pelo contratualismo hobbesiano: o Direito transmuta-se em um conjunto de axiomas deduzidos da razão.

17 Expressão de: CASTANHEIRA NEVES, António. **Lições de introdução do estudo do direito**. Proferidas ao curso do 1º ano jurídico de 1968-69 por Castanheira Neves. Coimbra: datilografado por João Abrantes, 1968-69, p. 61.

18 Expressão de: WEBER, Max. **História geral da economia**. Tradução de Calógerlas A. Pajuaba. São Paulo: Mestre Jou, [s.d.], p. 299-300.

19 Expressão de: HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Portugal: Europa-América, 1997, p. 137.

Alinha-se uma razão destituída da emoção, do espírito, do ser, evidenciando-se como essencialmente técnica, em contradição à boa-fé que é essencialmente valor, e que se sistematiza nas mãos do jurista moderno. Essa herança sistemática, cunhada pelo jusracionalismo, permaneceria silenciosa na boa-fé até os dias atuais.

No século XVIII, tais contornos não foram dissipados, mas concluídos pelo projeto iluminista da razão: destituí-la de toda a transcendência e dos limites da revelação. Sob a contribuição do idealismo kantiano, o Iluminismo empreende a “crítica da razão pura”, conferindo-lhe fundamento na experimentação. Nestes termos, modificam-se os contornos da razão no século XVIII, em relação ao século XVII: deixa de ser considerada como conteúdo para ser considerada como energia.<sup>20</sup>

Por conseguinte, após triunfar como “arma de combate” de uma burguesia revolucionária, na luta contra o Antigo Regime, sob a bandeira da codificação, o jusracionalismo é descartado pelo juspositivismo. Contudo, tal oposição delinea-se como uma “falsa simetria”,<sup>21</sup> uma vez que o positivismo jurídico vale-se da racionalidade lógico-dedutiva e transforma o juiz em um geômetra: o modo silogístico de decidir confere segurança jurídica e aparta todo perigo de arbítrio judicial, que ameaçava a “tábua de valores” da burguesia, presente nos Códigos, na qual toda a sociedade oitocentista era chamada a se reconhecer. Transmuta-se a lógica do legislador racional, cunhado pelo jusracionalismo, para o jurista, sob a égide do juspositivismo.

Nesses termos, a boa-fé foi captada pela codificação. Expressão do monismo jurídico do “Estado da ditadura da burguesia”,<sup>22</sup> a codificação oitocentista abriu “janelas” para o ético, das quais irromperam princípios como a boa-fé. Porém, sob o legado de uma racionalidade lógico-dedutiva deixada pelo jusracionalismo ao positivismo jurídico, domesticou suas potencialidades. Nos limites de uma interpretação cunhada pela Escola da Exegese e pela Jurisprudência dos Conceitos, a boa-fé sucumbe ao voluntarismo jurídico, restando subjetivada.

Prevista no *Code* como elemento moralizador do contrato, logo se perde diante do silêncio da doutrina e da jurisprudência, com vistas a preservar o individualismo e liberalismo econômico, inscritos na ordem jurídica burguesa, e afastar todo o solidarismo humanista. Movidos pela ascensão da autonomia da vontade como dogma e limitados pelo estreito diálogo com o texto da lei, moldado pela Escola da Exegese, os intérpretes do Código Civil francês de 1804, esvaziaram o artigo 1134, 3, de suas potencialidades, ao

20 CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 1997, p. 33.

21 GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 77.

22 BARCELLONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**. Napoli: Jovene, [s.d.], p. 80.

enunciar: “as convenções legalmente formadas têm força de lei entre as partes. Elas não podem ser revogadas senão por consentimento mútuo, ou por causas autorizadas pela lei. Elas devem ser executadas de boa-fé”.<sup>23</sup>

Nesses termos, o princípio da boa-fé apresenta-se incômodo: a “lei natural”, fonte de novos deveres aos contraentes, capaz de apresentar-se como uma “exceção desconcertante”,<sup>24</sup> contrária às conquistas revolucionárias da burguesia, cristalizadas no *Code* e propícia à recuperação parcial do solidarismo. Segundo Portalis, a obrigação de julgar imposta pelo artigo 4º ao juiz, permitir-lhe-ia utilizar-se do direito natural para preencher lacunas, alcançando a completude do sistema jurídico.<sup>25</sup> Por conseguinte, a norma da boa-fé representaria um espaço aberto à “razão natural”, modificando os valores contratuais.<sup>26</sup>

No entanto, tais potencialidades previstas à boa-fé contratual foram jogadas por terra, diante de um evento que se segue à instauração do *Code*: o caráter positivista traduzido na interpretação moldada pela Exegese. Consequentemente, a boa-fé ganha uma coloração singular no sistema jurídico francês: em face da interpretação positivista, assiste-se à sua atrofia, à sombra da hipertrofia da autonomia da vontade. Por outras palavras: encerrada nos limites do voluntarismo jurídico, transparece-lhe o significado de “boa intenção”, por oposição à má-fé, tornando-se insubsistente a *summa divisio* entre boa-fé subjetiva e objetiva, encontrada no sistema jurídico germânico. Isto se justifica, diante da pretensão de excluir toda intervenção judicial no contrato, restando, este último como reino da soberania da vontade individual. Trata-se de uma forte projeção jusracionalista, à qual se rende o positivismo jurídico: o triunfo da vontade destaca-se como o laço que envolve a racionalidade jurídica a uma racionalidade econômica.

Enquanto o cenário jurídico francês assistia a atrofia da boa-fé objetiva, pela Escola da Exegese, este princípio florescia na prática comercial alemã. A intensificação das relações comerciais no Ocidente alemão, nos primeiros tempos do liberalismo, fez da boa-fé um “princípio geral do tráfico mercantil”.<sup>27</sup> As decisões dos tribunais alemães reportam-se à *bona fides* romana que, em sua acepção objetiva, limita o exercício de posições jurídicas. Topicamente obtidas, nem sempre as decisões dos tribunais comerciais referiam-se expressamente à boa-fé, contudo, ela guarda projeção nas modalidades de exercício inadmissível de posições jurídicas, ainda, que não mencionada. Transposta da jurisprudência para a codificação alemã que entrou em vigor em 1900, a boa-fé contratual está presente

23 Tradução livre de : «Art. 1134 *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que e leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.*»

24 BROUSSARD, op. cit., p. 39.

25 Cf. Ibidem, p. 48.

26 Ibidem, p. 50.

27 MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...*, p. 323.

no BGB sob a forma de uma cláusula geral, no § 242: “o devedor deve executar a prestação como exige a boa-fé em consideração aos usos”.<sup>28</sup>

Tal acolhimento ocorre sob as influências da ética da *cortesie* germânica e da *bona fidei iudicia*, o que lhe conferiu contornos diversos, que permitem contrapô-la à sua vertente francesa. Trata-se de uma contraposição de origem e de método: enquanto no *Code*, a boa-fé contratual é traduzida como presença do direito natural, o BGB apropria-se de toda rejeição kantiana ao jusnaturalismo, e fecha-se nas contribuições de um direito histórico, o Direito Romano ainda em vigor na Alemanha. Delimita-se com clareza a *Treu und Glauben*<sup>29</sup> da *Guter Glauben*, graças à diversidade lingüística germânica.<sup>30</sup> *Treu* é traduzida como lealdade, e *glauben* como crença, designando estados objetivados, que lançam suas raízes na ética da *cortesie* da cultura medieval germânica.

## 2.2. A Boa-Fé e a Superação da Racionalidade Jurídica Moderna: Da Incerteza à Precisão de seus Limites

Neste momento, revela-se um paradoxo acerca do princípio da boa-fé: as cláusulas gerais, técnica legislativa que já se fizera presente em sistemas jurídicos fechados, destaca-se, no século XX, como um dos principais instrumentos para torná-los abertos. Contudo tal paradoxo logo se desfaz: a boa-fé postula um juízo de valor contrário a toda rejeição antimetafísica do conceitualismo positivista, e que sob a forma de cláusula geral no parágrafo 242, não se adapta à subsunção, delineando o que Franz Wieacker denomina de “inutilidade da interpretação positivista”.<sup>31</sup> Todavia, no decurso do século XX, o direito alemão assiste a uma inversão na interpretação da cláusula geral da boa-fé pelas cortes germânicas. Ao lançar seus esforços com vistas a despir o BGB de sua “dureza

28 Tradução livre de: «§ 242 - le débiteur doit exécuter la prestation comme l'exige la bonne foi eu égard aux usages.»

29 “O BGB refere a boa fé objectiva (*Treu und Glauben*) em cinco das suas disposições. No § 157: ‘os contratos interpretam-se como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfico’; no § 162/1 e 2/: ‘Quando a verificação da condição seja, contra a boa fé, impedida pela parte a quem desfavoreça, tem-se por ocorrida’ e ‘Quando a verificação da condição seja, contra a boa fé, provocada pela parte a quem favoreça, tem-se por não ocorrida’; no § 242: ‘O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfico’; no § 320/2, a propósito da excepção do contrato não cumprido: ‘Quando, por uma das partes, apenas tenha havido uma prestação parcial, a contraprestação não pode, contudo, ser recusada quando a recusa, segundo as circunstâncias, em especial por causa da pequenez relativa do que falta, seja contrária à boa fé’; no § 815, a propósito do enriquecimento sem causa: ‘A restituição por não ocorrência do resultado visado com a prestação é excluída quando fosse, desde o princípio, impossível e o autor da prestação soubesse disso e quando este, contra a boa fé, tenha impedido tal resultado’”. (MENEZES CORDEIRO, **Da boa fé...**, p. 325 )

30 Ibidem, p. 327.

31 WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Tradução de José Luis Carro. Madrid : Civitas, 1982, p. 32.



individualista”,<sup>32</sup> assiste-se a uma difusão inusitada do princípio da boa-fé, prevista no parágrafo 242.<sup>33</sup>

Trata-se a um movimento de recuo ao positivismo jurídico. Jurisprudência dos Interesses, Livre Investigação do Direito e Escola do Direito Livre lançam toda sua crítica ao silogismo como única forma de decidir e à racionalidade lógico-dedutiva como única forma de pensar. Porém, essas escolas moviam-se nos próprios quadros do positivismo jurídico, invocando como fundamento de suas críticas as armas deste último: permaneciam encerradas no determinismo causal dos fatos em relação ao direito, não passando de um “primeiro nível de ataques ao silogismo”, e mantendo-se nos limites de um “positivismo atenuado”.<sup>34</sup>

Era necessário dar mais alguns passos em direção à superação do positivismo jurídico, os quais foram dados pelo desenvolvimento tardio da Jurisprudência dos Interesses: a Jurisprudência das Valorações. Esse movimento dirige-se a uma correta localização dos valores, até então jogados na vala comum dos interesses. Atentando para a distinção entre ciências da natureza e ciências do espírito, reclama para estas últimas, um método e objeto próprios, apartando o Direito do naturalismo que lhe fora impresso pelo positivismo científico. Descortina-se uma racionalidade finalística adequada a uma ponderação de valores: “a transição da explicação do Direito a partir dos fins para uma criação do Direito ordenando aos fins”.<sup>35</sup>

Porém, dissipado o temor de previsões normativas abertas pelo movimento acima descrito, ele se renova: a introdução de valores cultuados pelos regimes políticos totalitaristas, na Europa da primeira metade do século XX, tornando presente o arbítrio judicial e a ameaça à segurança jurídica. A reação a essa abertura mostrou-se paradoxal; as críticas opostas ao positivismo jurídico partilharam a mesma fonte, o neokantismo. Tencionando a pureza do Direito em relação às ciências naturais, o normativismo kelseniano acaba por desenhar o positivismo jurídico em sua forma mais acabada. Trata-se da transposição da lógica do jurista para a teoria pura do direito. Reagindo a esse formalismo, o culturalismo expressa sua maior contribuição: o Direito não é mero conjunto de normas, que enseja sua transposição de uma sociedade para outra, mas um produto cultural, que supõe sua aprendizagem e assimilação. Essa percepção cultural torna-se essencial à boa-fé objetiva, uma vez que desvenda a face valorativa do Direito, subtraindo aquele princípio do

32 WITZ, Claude. **Droit privé allemand**. Paris : Litec, 1992. v. 1: Actes juridiques, droits subjectifs. BGB, Partie générale. Loi sur les conditions générales d'affaires, p. 35.

33 Adverte MENEZES CORDEIRO: tem-se uma difusão aparente, uma vez que não passou de mera continuidade à prática jurisprudencial comercial alemã. (**Da boa fé...**, p. 315)

34 MENEZES CORDEIRO, **Da boa fé...**, p. 369-370.

35 WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1967, p. 664.

empirismo que obstou seu desenvolvimento. Some-se a isso, ainda, o fato de se tratar do objeto de transferências culturais, necessitando superar o positivismo dessa receptividade.

No contexto desse debate, os tribunais germânicos do Segundo Pós-guerra apresentam valiosas contribuições: o sentido tópico da boa-fé, domesticado pela racionalidade positivista, é restaurado. No contexto do Estado Social de Direito, que se orienta pelo princípio da dignidade da pessoa humana, retiram-se os entraves à intervenção do juiz no reino da vontade individual, e o julgador procede ao reenvio extra sistemático, com vistas a recolher valores para a criação da norma de conduta que se impõe às partes. Delineia-se um novo percurso do princípio da boa-fé, que subtraída do formalismo em que estava mergulhada, supera o voluntarismo jurídico: novas figuras são criadas e princípios antes obscurecidos pelo dogma da vontade ganham vigor.

Promove-se o delineamento de uma jurisprudência suficientemente adulta para preenchê-las de uma nova ética jurídica e social,<sup>36</sup> no interior da qual o princípio da boa-fé cumpre com uma função “harmonizadora”, conciliando-se, assim, o “rigorismo lógico-dedutivo de ciência do Direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais”.<sup>37</sup> Proclama-se como um “direito equitativo”, contestando e, por vezes, rompendo com o Direito estrito, atuando na “transformação da moral econômica liberal numa outra adequada às idéias do Estado social”.

Sob os contornos de uma criação jurisprudencial do Direito, as cortes germânicas do Segundo Pós-guerra empreendem a tarefa de delimitação do domínio de aplicação da boa-fé objetiva, contida em funções e tipos jurídicos delineados por uma interpretação-aplicação tópica das cláusulas gerais, *standards* e conceitos indeterminados. Amparada pelo papel sistematizante da doutrina, a boa-fé resta delimitada em seu domínio de aplicação pela teoria da concretização, que tem por escopo afastar todo arbítrio judicial e insegurança jurídica. Isso se torna mais visível em seu papel de controle ao exercício de prerrogativas individuais: *exceptio doli generalis*, *venire contra factum proprium*, *verwirkung*, *erwirkung*, *tu quoque*, a alegabilidade de nulidades formais e o exercício desequilibrado de direitos. Resta uma boa-fé standardizada, pronta e acabada, “*prêt-à-porter*”, precisa em seus limites e adaptada ao modo silogístico de decisão.

Em outros sistemas jurídicos, nos quais a boa-fé ainda permanecia vazia em seu conteúdo, essa concretização é tomada por empréstimo. Surge um debate entre duas tradições jurídicas: afeta à *faute*, ela resta subjetivada e implícita no direito francês, traduzindo-se em soluções paralelas àquelas obtidas no cenário jurisprudencial alemão, no qual é inscrita por uma tradição assentada na confiança subjacente à *treu und glauben*. Delineiam-se transferências culturais de ambas as tradições para outros sistemas jurídicos. Porém, elas

36 WIEACKER, *História...*, p. 546.

37 COUTO E SILVA, *op. cit.*, p. 42.

não operam com o mesmo grau de intensidade, gerando em cada direito um quadro próprio acerca da boa-fé. Alguns sistemas revelam uma recepção mais limitada da tradição germânica, em continuidade à tradição francesa, como é o caso do direito italiano; outros mostram ampla receptividade da tradição alemã, substituindo quase por completo a tradição jurídica anterior, como o português, no qual se desenha um ambiente favorável à boa-fé, traduzido pelo artigo 334 do Código Civil, que recepciona a concretização alcançada pelas cortes germânicas. Categorias jurídicas esboçadas por esses tribunais são recortadas pela doutrina e transpostas para o Direito luso. Resta saber como a boa-fé, delineada sob semelhantes contornos, adentra no Direito brasileiro.

### 3. Um Diálogo com o Positivismo Jurídico: Rompendo o Encanto da Boa-Fé “Prêt-À-Porter”

No contexto do Pós-guerra, a abertura das cláusulas gerais tornava presente o perigo da introdução da ideologia dos regimes autoritários no ordenamento jurídico. Este renovado temor atinge em cheio o princípio da boa-fé, levando a doutrina personificada em Wieacker e Siebert, a dedicar-se à tarefa de delimitação das funções da boa-fé.<sup>38</sup> Se para alguns, semelhantes “diretivas” traduzir-se-iam em verdadeira ausência de limites reais,<sup>39</sup> para outros, guarda consigo a exigência de um controle racional de desenvolvimento das cláusulas gerais, ao cristalizar seu conteúdo em normas rígidas.<sup>40</sup> E tanto que a boa-fé como conceito de valor pertenceria à esfera das questões jurídicas passíveis de cassação nas cortes germânicas.<sup>41</sup> Revelam-se os limites invocados à jurisprudência nascida da boa-fé objetiva: evitar o arbítrio judicial e garantir a segurança jurídica.

Não obstante o movimento de recuo ao positivismo jurídico, há um renovado temor do arbítrio judicial: considera-se a liberdade de decisão contida na cláusula geral de boa-fé uma porta aberta às manifestações de convicções pessoais do julgador, traduzidas em escolhas políticas, sociais e econômicas.<sup>42</sup> Semelhante temor deve-se ao fato de que as cláusulas gerais supõem o reenvio aos valores, rompendo a neutralidade que se pensava garantida pela subordinação do juiz ao legislador, constituindo-se em fator de insegurança.

Por conseguinte, todo temor de insegurança e valoração pessoal é dissipado em favor de um controle racional da decisão, na medida em que se tornam precisos os limites à

38 JALUZOT, Béatrice. **La bonne foi dans les contrats**. Étude comparative de droit français, allemand et japonais. Paris: Dalloz, 2001, p. 286-287.

39 JALUZOT, op. cit., p. 290.

40 CATTANEO, Giovanni. Buona fede obbiettiva e abuso del diritto. **Revista Trimestrale del Diritto e Procedura Civile**. Milano, a. 25, p. 613-659, 1971, p. 616-617.

41 HENKE, Horst-Ebehard. **La cuestion de hecho**. El concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad. Buenos Aires: Europa-América, 1979, p. 261.

42 HENKE, op.cit., p.94.

aplicação da boa-fé objetiva, convertendo-a em norma passível de ser aplicada por sub-sunção. E, para além disso, revela-se uma autolimitação do poder judicial,<sup>43</sup> por obra da qual o poder de apreciação do juiz torna-se delimitado pelos próprios tipos que criou, subtraindo todo arbítrio e garantindo segurança jurídica.

Resta, agora, verificar como este panorama, delineado pela experiência europeia acerca do princípio da boa-fé ingressa na jurisprudência brasileira.

### 3.1. Reflexos e Especificidades da Experiência Europeia: A Boa-Fé na Jurisprudência Brasileira

Por obra do ideal progressista do positivismo jurídico brasileiro, o Código Civil se fez ideologicamente necessário, restando como reflexo da sociedade brasileira da segunda metade do século XIX. Porém, não se achou lugar para o princípio da boa-fé na codificação de 1916, uma vez que esta era reflexo da mentalidade do século XIX, norteadas pelo individualismo e liberalismo econômico. Nele achou-se lugar tão somente para sua vertente subjetiva, pautada no voluntarismo jurídico.

Por conseguinte, nos tribunais brasileiros, encontra-se a projeção da racionalidade codificada. A ausência de uma cláusula geral no Código de 1916 conduziu a doutrina e jurisprudência a tecerem um profundo silêncio sobre o princípio. Reflexo da mentalidade capitalista dos oitocentos, a boa-fé revela-se subjetivada, tomada como “boa intenção” por oposição à má-fé. Esse teor de “atrofia” diante da “hipertrofia” da autonomia da vontade restou evidenciado na interpretação do artigo 1443 do Código Civil de 1916. Em algumas decisões, a boa-fé é referida, porém como mero preceito moral, pois seu conteúdo resulta privado de qualquer coloração jurídica:

SEGURO DE VIDA. ANTERIORIDADE E CIÊNCIA DA DOENÇA. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ DO SEGURADO. CONTRATO DE ADESÃO.

Para legitimar a recusa ao pagamento da indenização, deve a seguradora comprovar cabalmente que a segurada já sofria da moléstia que a vitimou e que tinha ciência dela, falseando a verdade ao assinar a apólice. Seguro captado em agência bancária, sob pena de não-renovação de conta-corrente com cheque especial, não permite se suspeite, desde logo, de má-fé da segurada, que foi levada a firmar o contrato, que tem natureza adesiva. Prova testemunhal idônea a garantir a boa-fé da segurada. Sentença confirmada, sem discrepância.<sup>44</sup>

43 Nesse sentido, STATI, Marcel. O. *Le standart juridique*. Paris: Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, 1927, p. 147.

44 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 597085406. 6ª Câmara Cível. Relator: João Pedro Freire. Porto Alegre, 17 jun. 1997. *Revista de Jurisprudência do*

Desse modo, conclui-se que por “inutilidade da interpretação positivista”, a boa-fé restou mergulhada no formalismo, subsistindo como uma “fórmula vazia”, da qual os tribunais desviaram a aplicação, recorrendo a figuras paralelas. O abuso do direito e a renúncia tácita têm seus limites alargados para rechaçar o exercício inadmissível de prerrogativas individuais. O sentido da boa-fé restou implícito e latente nessas decisões, ancorado na tradição jurídica francesa, que permaneceu mitigada, porém não dissipada no Direito pátrio.

A boa-fé mostrou-se permeada por uma aparente superação do positivismo jurídico. É subtraída do formalismo no qual estava mergulhada para se revelar como tributária da tradição jurídica germânica, sob os contornos de uma criação jurisprudencial do Direito. Para tanto, compõe-se um cenário favorável à boa-fé: as disposições expressas do Código de Defesa do Consumidor acerca do princípio são transpostas para os tribunais, acolhendo-se as figuras típicas de exercício inadmissível de posições jurídicas como a proibição do *venire contra factum proprium*:

Boa-fé. Contrato. O princípio da boa-fé impõe deveres anexos, de acordo com a natureza do negócio e a finalidade pretendida pelas partes. Entre eles encontra-se a obrigação da vendedora de pequena loja de vestuário não cancelar pedidos já feitos, com o que inviabilizaria o negócio e frustraria a justa expectativa do comprador.

*Venire contra factum proprium*. Contrato. A vendedora de loja de vestuário que auxilia o comprador nos primeiros dias da nova administração e assina pedidos de novas mercadorias não pode depois cancelar todos os pedidos ainda não recebidos, assim inviabilizando a normal continuidade do negócio, sem que para isto tenha motivo razoável. Ação indenizatória julgada procedente. Apelo provido em parte, para reduzir a indenização.<sup>45</sup>

Promessa de compra e venda. Consentimento da mulher. Posteriores. *Venire contra factum proprium*. Boa-fé. Preparo. Férias.

1. Tendo a parte protocolado seu recurso e, depois disso, recolhido a importância relativa ao preparo, tudo no período de férias forenses, não se pode dizer que descumpriu o disposto no artigo 511 do CPC. Votos vencidos.

2. A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo expressamente

---

**Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, a. 32, v. 184, p. 347-350, out. 1997.

45 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 589073956. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 19 dez. 1989. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 145, p. 320-324, nov. 1990.

admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denúncia de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios. Art. 132 do CC. Recurso conhecido e provido.<sup>46</sup>

Sob a égide do voluntarismo jurídico, inscrito entre nós pela tradição francesa, o atraso desleal de um direito foi rechaçado pela figura da renúncia tácita. Porém, essa tradição foi rompida, na medida em que os tribunais brasileiros valeram-se da *supressio*:

**CONDOMÍNIO – Ocupação, com exclusividade, por alguns condôminos, com a anuência dos demais, de área destinada, originalmente, a corredor – Situação consolidada há mais de vinte anos sobre área dispensável à existência do condomínio – Aplicação do princípio da *supressio*, fundada na boa-fé objetiva, mantendo-se o *status quo*.**

Consolidada há mais de vinte anos a ocupação, com exclusividade, por alguns condôminos, com a anuência dos demais, de área destinada originalmente a corredor, totalmente dispensável à existência do condomínio, aplica-se o princípio da *supressio*, fundada na boa-fé objetiva, mantendo-se o *status quo*.<sup>47</sup>

Em um momento no qual já se considerava a codificação como “modo superado de legislar”,<sup>48</sup> a recodificação de 2002 traz consigo a positivação do princípio da boa-fé. Reunindo influências do *Codice* italiano de 1942 e da codificação portuguesa de 1966, o novo Código Civil brasileiro conjuga a permanência da tradição jurídica anterior com as inovações alcançadas pela jurisprudência brasileira, ao longo do século XX.

Valendo-se de “tipos-ideais”<sup>49</sup> cunhados pela doutrina e jurisprudência, o princípio opera positiva e negativamente:<sup>50</sup> como norma de conduta (artigo 422),<sup>51</sup> critério de

46 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 95.539-SP. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 03 dez. 1996. **Diário de Justiça**. Brasília, p. 39015, 14 out. 1996.

47 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 214680-SP. 4ª Turma. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 10 ago. 1999. **Revista dos Tribunais**, a. 89, v. 774, p. 210-212, abr. 2000.

48 SACCO, Rodolfo. Codificare: modo superato de legiferare? **Rivista de diritto civile**. Ano XXIX, nº 2, marzo-aprile, p. 117-135, 1983. O autor quer demonstrar que, embora declare-se que “O código civil está morto. O tempo em que se codificava – especialmente, em que se codificava o direito civil – é um tempo superado”, a codificação permanece como instrumento técnico-jurídico.

49 Expressão de Teresa NEGREIROS. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 140

50 MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 33.

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

interpretação (artigo 113)<sup>52</sup> e estabelecendo limites ao exercício de prerrogativas individuais (artigo 187).<sup>53</sup> Não obstante as críticas,<sup>54</sup> o artigo 422 traduz a boa-fé como “ar que circula em toda a vida do contrato”,<sup>55</sup> superando a concepção estática de relação jurídica obrigacional, para admiti-la em seu desenho dinâmico, partilhado pela doutrina e jurisprudência brasileiras por obra de uma transferência cultural. Isso suscita a presença de deveres instrumentais para além dos deveres principais de prestação e secundários, visualizando um “processo”, que tem por escopo o “exato processamento da relação obrigacional considerada como uma totalidade unificada finalisticamente, e considerados os legítimos interesses de ambos”.<sup>56</sup> Sob a forma de uma tipologia, que doutrina e jurisprudência<sup>57</sup> já sinalizavam para a tríade proteção, lealdade e informação, firmam-se deveres de conduta à obrigação, que não decorrem da autonomia privada ou da legislação, mas do princípio da boa-fé, cuja contrariedade pode suscitar os casos de responsabilidade pré ou pós-contratual, de violação positiva do contrato e de responsabilidade supracontratual.<sup>58</sup>

52 “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

53 “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”.

54 Antônio Junqueira AZEVEDO aponta insuficiências do artigo 422: não define a boa-fé como norma cogente ou supletiva; não se refere à responsabilidade pré e pós-contratual; na fase estritamente contratual falta previsão das funções *suplendi*, como criação de deveres, e *corrigendi*, como vedação das cláusulas abusivas. (Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista dos tribunais**. São Paulo, ano 89, v. 775, p. 11-17, maio, 2000, p. 17) Ocorre que semelhantes omissões acerca da boa-fé podem ser recolhidas da doutrina e jurisprudência, em sede interpretativa, revela Judith MARTINS-COSTA: “Contudo, diante da verdadeira ‘exigência de explicitude legal’ que domina boa parte do pensamento jurídico nacional, como resquício do legalismo e pretensão de completude do Código Civil, o chamado ‘Projeto Fiúza’, modificativo do novo Código ora em tramitação no Congresso Nacional, modifica redação do art. 422, para fazer constar: ‘Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo o mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade.’” (**Comentários...**, p. 47)

55 Trabucchi apud Stela BARBAS. **Boa fé**. In: Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coletânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Ano II, Tomo II, Palácio da Justiça, Coimbra, 1994, p. 14-II.

56 MARTINS-COSTA, **Comentários...**, p. 36.

57 “Embora não se possa, como alertamos acima, apresentar uma ‘listagem taxativa’ dos deveres instrumentais, o estágio da doutrina e da jurisprudência já permite sinalizar dois grandes tipos ou grupos. A distinção opera entre os que têm um fim marcadamente *positivo* e os que visam proteger a contraparte dos riscos de danos na sua pessoa e no seu patrimônio, sendo, então, denominados *deveres de proteção*” (Ibidem, p. 38).

58 A responsabilidade supracontratual ou supranegocial é visualizada por Fernando NORONHA: “Faça-se em violação de deveres supracontratuais nos casos em que existe um contrato ou um negócio jurídico unilateral e em que há ofensa de deveres que são independentes da relação estabelecida, razão por que sempre se imporiam às partes, mesmo que o negócio não tivesse sido celebrado.” (**Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1, p. 457)

Com efeito, a boa-fé objetiva estabelece uma relação de “colaboração intersubjetiva”,<sup>59</sup> rompendo com o dogma da vontade para tutelar a confiança. Tal como ocorre com a imposição de deveres de conduta acima suscitados, orienta-se a interpretação do contrato pela boa-fé: valoriza-se a confiança gerada no destinatário da declaração, delineando efeitos jurídicos à aparência. Por conseguinte, a nova codificação inclui, para além do artigo 113, o sentido das cláusulas contratuais que favoreça a preservação do contrato – artigo 170<sup>60</sup> -, e que se mostre mais favorável à parte aderente – artigo 423.<sup>61</sup> Contudo a interpretação do contrato segundo a boa-fé não poderá se restringir ao estrito papel de preenchimento de lacunas contratuais, devendo se constituir, antes, em fundamento para invalidá-las, como já propõe o artigo 51, IV,<sup>62</sup> do estatuto consumerista.<sup>63</sup> Deste modo, o artigo 424<sup>64</sup> deve ser compreendido em atenção ao princípio da boa-fé, previsto no artigo 422.

Para além dessas disposições, que expressamente acolhem as funções da boa-fé, outros dispositivos fazem-lhe menção: com clara inspiração no *Codice* italiano,<sup>65</sup> o artigo 128<sup>66</sup> faz daquele princípio o fundamento para manter os atos já praticados em obrigações periódicas, por ocasião do implemento de condição resolutiva. Topicamente,<sup>67</sup>

59 MARTINS-COSTA, **Comentários...**, p. 27.

60 “Art. 170. 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”.

61 Trata-se de recepção de normas já existentes no Código de Defesa do Consumidor, respectivamente: artigo 51, § 2º, e artigo 47.

“Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

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

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

63 NEGREIROS, **Teoria...**, p. 138.

64 “Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

65 Artigo 1360 “*Retroattività della condizione. – Gli effetti dell’avveramento della condizione retroagiscono al tempo in cui è stato concluso il contratto, salvo che, per volontà delle parti o per la natura del rapporto, gli effetti del contratto o della risoluzione debbano essere riportati a un momento diverso. Se però la condizione risolutiva è apposta a un contratto ad esecuzione continuata o periodica, l’avveramento di essa, in mancanza di patto contrario, non ha effetto riguardo alle prestazioni già eseguite.*” Tradução livre: “Retroatividade da condição – Os efeitos do implemento da condição retroagem ao tempo em que foi concluído o contrato, salvo quando por vontade das partes ou pela natureza da relação, os efeitos do contrato ou da resolução devam ser reportados a um momento diverso. Porém, se a condição resolutiva é convencionada em um contrato de execução continuada ou periódica, seu implemento, na falta de disposição em sentido contrário, não tem efeito em relação às prestações já executadas.”

66 “Art. 128. Sobrevida a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames da boa-fé.”

67 MARTINS-COSTA, **Diretrizes...**, p. 137.



mantêm-se as referências dos artigos 765 e 766, impondo o dever de informar em contratos de seguro.

Por conseguinte, quebra-se o silêncio da codificação de 1916, acolhendo-se a boa-fé como princípio geral do direito das obrigações, sob os contornos de uma cláusula geral, em seu artigo 422. Objeto de críticas por parte da doutrina, esse dispositivo traz consigo o debate acerca do temor das cláusulas abertas. A mera presença de cláusulas gerais no Código Civil de 2002 não o afasta completamente do século XIX. Semelhantes “janelas” já existiam nas codificações oitocentistas, revelando-se inúteis diante da racionalidade positivista. A diretriz da “operabilidade” depende do papel do intérprete na tarefa de construção de conteúdo para as normas abertas, elevando o debate a uma questão hermenêutica.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça proclamou que o princípio da boa-fé não se esgota no Direito Privado,<sup>69</sup> “ecoando por todo o ordenamento jurídico”.<sup>70</sup> Desde 2001 o STJ tem aplicado o princípio da boa-fé, encontrando-se trezentos e vinte julgados que lhe fazem referência expressa. Porém, o conteúdo da cláusula geral de boa-fé somente começa a se fazer presente no Superior Tribunal de Justiça a partir de 2007, delineando decisões que se reportam ao *venire contra factum proprium*, à *supressio*, à *surrectio* e ao *tu quoque*, com fundamento naquele princípio. Por vezes, as decisões daquele tribunal fazem remissão àquelas figuras típicas, sem contudo, precisar o comportamento que o caracteriza em face no caso concreto:

**DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PACTUAÇÃO, POR ACORDO DE VONTADES, DE DISTRATO. RECALCITRÂNCIA DA DEVEDORA EM ASSINAR O INSTRUMENTO CONTRATUAL. ARGUIÇÃO DE VÍCIO DE FORMA PELA PARTE QUE DEU CAUSA AO VÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. AUFERIMENTO DE VANTAGEM IGNORANDO A EXTINÇÃO DO CONTRATO. DESCABIMENTO.**

1. É incontroverso que o imóvel não estava na posse da locatária e as partes pactuaram distrato, tendo sido redigido o instrumento, todavia a ré locadora se recusou a assiná-lo, não podendo suscitar depois a inobservância ao paralelismo das formas para a extinção contratual. É que os institutos ligados à boa-fé objetiva, notadamente a proibição do *venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio* e o *tu quoque*, repelem atos que atentem contra a boa-fé objetiva.
2. Destarte, não pode a locadora alegar nulidade da avença (distrato), buscando manter o contrato rompido, e ainda obstar a devolução dos valores desembolsados pela locatária, ao argumento de que a lei exige forma para conferir validade à avença.
3. Recurso especial não provido.

A decisão, acima exposta, recebe a crítica de Jan Peter Schmidt, segundo o qual a boa-fé objetiva mostra-se nos tribunais brasileiros, ora como um “floreio retórico”, ora como uma “vara de condão”. Em tais casos, a decisão limita-se ao uso de afirmações estereotipadas de fórmulas abstratas que não se concretizam no caso concreto, afirmando o autor:

A remissão do STJ à expressão *venire contra factum proprium e tu quoque* passa ao largo da questão (que dirá falar dos institutos jurídicos da perempção e da obtenção, que exigem certo comportamento regular durante determinado espaço de tempo). Havendo a exigência de forma, sua desatenção não pode ser simplesmente qualificada como erro. Da mesma forma que na remissão a um defeito de forma não repousa um comportamento contraditório reprovável. Justamente deve ser válida a nulidade de forma “por culpa própria”; a “quebra da palavra” aqui ocorrida foi prevista e aceita pelo legislador. Ter-se-ia um caso de *venire contra factum proprium* se o locador tivesse tratado o negócio, a princípio, como eficaz e tirado vantagens disso, mas na sequência exigido sua nulidade, ou se ele culposamente tivesse dado a impressão ao locatário de não querer se remeter à nulidade.<sup>68</sup>

A boa-fé comparece nos tribunais brasileiros como um princípio adaptado ao modo silogístico de decisão, não obstante seu significado tópico, o qual não se presta a figurar como premissa maior de um silogismo, como assevera Teresa Negreiros ao proclamar que: “a boa-fé não tem conteúdo até o momento em que seu conteúdo é invocado”.<sup>69</sup> Em última instância, a boa-fé recai no formalismo, tornando possível o controle da motivação do juiz e dissipando todo o perigo de arbítrio judicial e insegurança jurídica. Eis que certeza, previsibilidade e segurança nas relações jurídicas, mostram-se como valores últimos do positivismo jurídico.

Não obstante a jurisprudência brasileira revele-se como reflexo da tradição jurídica europeia, guarda-lhe especificidade. Eis que há o empréstimo de categorias jurídicas encontradas em outros sistemas: a *substantial performace*, advinda do *Common Law*, e a doutrina dos atos próprios, do direito espanhol, também ingressam no Direito Privado pátrio para coibir o exercício inadmissível de prerrogativas individuais:

RECURSO ESPECIAL. LEASING. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ARRETAS. EMBARGOS INFRINGENTES. TEMPESTIVIDADE. MANEJO ANTERIOR DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA A DECISÃO. CORRETO O CONHECIMENTO DOS

68 SCHMIDT, Jan Peter. **Dez anos art. 422 CC – Luz e sombra na aplicação do princípio da boa fé na praxis judiciária brasileira**. Inédito, p. 11-12.

69 **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro : Renovar, 1998, p. 226.

EMBARGOS INFRINGENTES. INOCORRÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E DA EXCEÇÃO DE INADIMPLENTO CONTRATUAL.

I . Ação de reintegração de posse de 135 carretas, objeto de contrato de “leasing”, após o pagamento de 30 das 36 parcelas ajustadas.

I I .Processo extinto pelo juízo de primeiro grau, sendo provida a apelação pelo Tribunal de Justiça, julgando procedente a demanda.

III.Interposição de embargos declaratórios, que foram rejeitados, com um voto vencido que mantinha a sentença, com determinação de imediato cumprimento do julgado.

IV.Antes da publicação do acórdão dos embargos declaratórios, com a determinação de imediata reintegração de posse, a parte demandada extraiu cópia integral do processo e impetrou mandado de segurança.

V. Determinação de renovação da publicação do acórdão dos embargos declaratórios para correção do resultado do julgamento.

VI.Após a nova publicação do acórdão, interposição de embargos infringentes, com fundamento no voto vencido dos embargos declaratórios.

VII.Inocorrência de violação do princípio da unirecorribilidade, em face da utilização do mandado de segurança com natureza cautelar para agregação de efeito suspensivo a recurso ainda não interposto por falta de publicação do acórdão.

VI I T.empestividade dos embargos infringentes, pois interpostos após a nova publicação do acórdão recorrido.

IX.Correta a decisão do tribunal de origem, com aplicação da teoria do adimplemento substancial. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

X. O reexame de matéria fática e contratual esbarra nos óbices das súmulas 05 e 07/STJ.

X I .RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.<sup>70</sup>

Ao alcançar “precisão jurídico-teórica”: a boa-fé chama para si um conteúdo que não lhe era atribuído, evidenciando um papel sistematizador. Eis que as decisões sobre *venire contra factum proprium* já subsistiam no cenário jurídico nacional, mas, apartadas de sua fundamentação afeta à confiança e à boa-fé. Porém, logo se nota a existência de um movimento em sentido contrário: novas regras jurídicas cunhadas à luz da boa-fé ganham autonomia, dispensando a referência ao princípio.

70 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 1.200.105-AM. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. D. J. 26/07/2012.

### 3.2. Para uma Leitura Crítica da Boa-Fé “Prêt-À-Porter”

A “precisão jurídico-teórica” da boa-fé, sob a égide de tipos jurídicos, rende-lhe contornos prontos e acabados, evidenciando uma “boa-fé *prêt-à-porter*”. Sob o encanto da criação jurisprudencial do Direito, resta neste estado de desenvolvimento da boa-fé a superação do positivismo jurídico. Certamente, voltar os olhos para esse cenário, e dele retirar argumentos em sentido contrário resultaria paradoxal. Com vistas a desfazer todo paradoxo, submete-se a boa-fé a um diálogo com o positivismo jurídico, em suas premissas fundamentais: i) a opção pelo direito que é, e não pelo direito que deva ser; ii) a exclusão de todo o horizonte metafísico na fundamentação do Direito e sua identificação com o direito posto pelos órgãos políticos legitimados para tanto; iii) o Direito revelado como forma, excluído todo finalismo.<sup>71</sup>

Guardados os méritos da recepção da experiência europeia, subtraindo a imprecisão e desvio da boa-fé objetiva, esta última ingressa no direito brasileiro como tributária do positivismo oitocentista, como revela Franz Wieacker:

...corresponde ao positivismo do século XIX conceber o Direito como a mera soma de normas ou princípios, que se possam sem mais transferir pra outras comunidades jurídicas, pois o positivismo despreza a dependência do Direito em relação aos seus representantes culturais e éticos e às suas oportunidades de realização social e histórica.<sup>72</sup>

Há nisso uma forma equivocada de recepção: o Direito é um produto cultural inscrito pela história, não é uma realidade passível de mera transmissão, mas por importar em uma existência social, envolve aprendizagem e assimilação.<sup>73</sup> Da desconsideração desta especificidade, a boa-fé objetiva resta como “objeto material que se possa agarrar, transmitir e receber”,<sup>74</sup> guardando em suas entrelinhas, o primeiro dos postulados do positivismo jurídico: a opção pelo direito que é, e não pelo direito que deva ser.

O significado dessa recepção no cenário nacional deita suas raízes no centralismo jurídico, na medida em que o Direito do colonizador foi “enxertado” entre nós, relegando para a periferia os elementos culturais do povo colonizado.<sup>75</sup> Criou-se ambiente favorável para se pensar o Direito como ato de autoridade, traduzindo a grande receptividade que

71 CASTANHEIRA NEVES, António. Metodologia jurídica. Problemas fundamentais. **Boletim da Faculdade de Direito**. Studia Iuridica. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 26.

72 Op. cit., p. 134-135.

73 “Um processo próprio de desenvolvimento: um povo só pode adoptar e desenvolver um direito estranho, se ele transformar esse direito num elemento da sua própria vida e pensamento”. (Ibidem, p. 134)

74 WIEACKER, **História...**, p. 133.

75 **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 27.

o normativismo kelseniano encontrou no Direito latino americano, sedimentando um legalismo que ainda predomina em seus tribunais.<sup>76</sup>

O centralismo jurídico favoreceu o peso considerável da doutrina entre nós, suscitando grande interesse pelo direito comparado, diante da incompletude do Direito pátrio. Por conseguinte, categorias jurídicas foram recortadas da doutrina germânica, e transpostas para tribunais brasileiros, sem atentar, segundo crítica de Fillipo Ranieri, para a investigação das razões de decidir presentes em sua jurisprudência.<sup>77</sup> Isso postula pela captação do sentido que essas fórmulas doutrinárias encontram em um sistema jurídico, e que, ao serem recortadas e transpostas para outro ordenamento, apartado de seus pressupostos históricos, podem se converter em fonte de equívocos.

Com efeito, a jurisprudência brasileira rende-se aos tipos idealizados por uma doutrina estranha ao seu contexto socioeconômico, e a boa-fé objetiva é recepcionada com um conteúdo pronto e acabado, embora seja essencialmente tópica. É transposta em sua tipologia, que a tornou apreensível à subsunção, confundindo em última instância, segurança jurídica e cientificidade do Direito, quando “descontinuidade e insegurança não são variáveis dependentes do recurso a esta ou aquela técnica jurídica”, mas dados da realidade.<sup>78</sup> Sob um certo conservadorismo dos juristas,<sup>79</sup> recepciona-se uma boa-fé objetiva “*prêt-à-porter*”, que recolhe sua positividade dos tribunais. Trata-se da tradução da premissa de um “direito posto (imposto) pelas prescrições do órgão ou órgãos político-social/legitimados para tanto”.<sup>80</sup>

Reduzindo a atividade do jurista a uma racionalidade lógica, o positivismo jurídico ideologicamente nega o momento de criação jurisprudencial do Direito. Mas com isso, atinge o oposto de sua pretensão: acentua o arbítrio e mero subjetivismo.<sup>81</sup> No auge dos

76 AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 17.

77 RANIERI, Fillipo. **Rinuncia tacita e Verwirkung**: tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto. Padova: CEDAM, 1971, p. 67.

78 RODOTA, Stefano. Conclusioni: il tempo delle clausole generali. In: **Il principio di buona fede**. Quaderni della Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Scienze Giuridiche, economiche e politiche. Giornata di studio – Pisa, 14 Giugno 1985. v. III. Milano: Giuffrè, 1985, p. 256.

79 Referindo-se ao fenômeno da tipicidade contratual, revela Pedro Pais de VASCONCELOS: “...é também consequência de uma certa inércia na vida jurídica e de algum conservadorismo no modo de ser dos juristas. A tendência para manter fórmulas que dão bons resultados, para recorrer a práticas bem conhecidas, para procurar soluções seguras e experimentadas, e até para a imitação, não é de pouco peso no fenômeno de tipificação dos contratos. Esta tendência é tão forte, que se manifesta mesmo no recurso a tipos contratuais para finalidades diferentes das suas próprias.” (**Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 22-23)

80 CASTANHEIRA NEVES, **Metodologia...**, p. 26.

81 CASTANHEIRA NEVES, António. **Lições de introdução do estudo do direito**. Proferidas ao curso do 1º ano jurídico de 1968-69 por Castanheira Neves. Coimbra: datilografado por João Abrantes, 1968-69, p. 209.

regimes totalitaristas europeus, o Direito é totalmente entregue ao decisionismo, traduzindo-se no que pronunciavam os juízes. Por conseguinte, os juristas deixam de considerar a norma jurídica como portadora de valores jurídicos, para entregá-los à subjetividade do julgador.<sup>82</sup>

Com vistas a desfazer toda identificação entre criação judicial e autoritarismo, segundo a qual os juízes se revelariam como minúsculos *Führers*,<sup>83</sup> buscam-se limites à liberdade de decisão, embora não se descartem as contribuições do decisionismo: a concretização da boa-fé em tipos é a maior expressão desse controle. Deste modo, o discurso científico passa a ser traduzido na sujeição das cláusulas abertas a formas de controle decorrentes do consenso.<sup>84</sup> E de tal modo, que a certeza e pretensão de cientificidade do positivismo jurídico, restam perdidas na lei, para serem reencontradas na jurisprudência.<sup>85</sup> Em última instância, essa exigência de cientificidade espelha a certeza e segurança jurídicas como valores capitais do Direito.<sup>86</sup> Torna-se possível afirmar com Marcel Stati que a evolução do Direito pela via jurisprudencial apresenta-se como verdadeira garantia contra sua evolução espontânea, o maior obstáculo à segurança jurídica.<sup>87</sup>

Com efeito, diversamente do que a si proclama, o positivismo jurídico não está destituído de valores, antes os encontra na certeza e segurança jurídica. Neste contexto, a antinomia entre o justo e o certo resolve-se pela absorção do primeiro pelo segundo, exposta na generalidade e abstração de suas normas: resta a “certeza como específica eticidade do direito”.<sup>88</sup>

Há nisso certa dose de formalismo, outra premissa positivista à qual se rende a boa-fé objetiva, embora sua investigação insira-se na linha de força do finalismo. Eis que a imagem do jurista como um “engenheiro social”<sup>89</sup> parcialmente se desfaz em prol de uma técnica tradicional: a subsunção. A racionalidade silogística eleva o fato concreto ao conceito geral, depurando-o das particularidades que impedem seu enquadramento no fato hipoteticamente previsto,<sup>90</sup> submetendo-o a uma igualdade formal, ditada pela

82 Trata-se de resolver o problema dos valores em favor de teorias relativistas e psicologistas. Cf. SOLER, Sebastian. **Fe en el derecho**: y otros ensayos. Buenos Aires: TEA, 1956, p. 193.

83 SOLER, op. cit., p. 241.

84 LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. Tradução de: Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 143.

85 Princípios e cláusulas gerais têm sua imprecisão e inutilidade superadas pela tipificação casuística dos tribunais: “a certeza que o direito positivo (legal) directamente não garante vem indirectamente obtê-la através da ciência.” (CASTANHEIRA NEVES, **Lições...**, p. 199)

86 *Ibidem*, p. 196

87 STATI, op. cit., p. 128.

88 *Ibidem*, p. 197.

89 BARCELONA, Pietro. HART, Dieter.; MÜCKENBERGER, Ulrich. **La formación del jurista**. (Capitalismo monopolístico y cultura jurídica). Tradução de Carlos Lasarte. Madrid: Civitas, 1977, p. 25.

90 *Ibidem*, p. 34.

generalidade e abstração.<sup>91</sup> Por conseguinte, por trás de uma operação puramente lógica, há uma “manipulação” dos fatos,<sup>92</sup> de tal modo que os valores sociais são introduzidos no sistema, sem contradizê-lo.<sup>93</sup>

É o que se passa com o tipo ideal da boa-fé objetiva: ditado pela cultura, o homem médio de ontem era sujeito de direito abstrato, o proprietário que mantinha patrimônio sob sua titularidade, recolhido da “tábua de valores” da burguesia, na qual toda a sociedade era chamada a se reconhecer. Já o homem médio de hoje é um sujeito de direito concreto, o consumidor, sujeito a debilidades, recolhido de um pluralismo de valores que se embatem no tecido social. Porém, ambos reúnem um dado em comum: são as vozes por trás das mercancias, que ocupam os polos da relação contratual. Trata-se de um modelo tomado por transferência cultural do cenário jurídico germânico: revela-se entre nós, como o homem abstraído de sua historicidade e generalizado de suas condições econômicas e sociais. Nesta perspectiva, a boa-fé objetiva revela-se arraigada aos postulados do positivismo jurídico: a abstração do tipo ideal rende-lhe contornos de uma operação lógica.

A figura do tipo ideal sinaliza para uma mudança no discurso jurídico: o individualismo proprietário da sociedade liberal deixa-se substituir pelo individualismo de consumo.<sup>94</sup> Por conseguinte, torna-se justificável que a boa-fé objetiva destitua-se de toda a atrofia, cunhada à sombra da hipertrofia da autonomia da vontade, deslocando da subjetividade afeta à propriedade para se destacar como “novo paradigma das relações de consumo”.

Todavia, a boa-fé objetiva coloca-se para além do estrito debate de superação do voluntarismo jurídico. Eis que as cláusulas gerais mostram-se na acepção de Stefano Rodotà, como o “instrumento mais adequado para dar voz a um pluralismo de valores”.<sup>95</sup> E o julgador mostra-se como “representante da comunidade jurídica”, ao recolher do tecido social as máximas ético-sociais e regras da experiência, compondo o quadro de uma integração extra sistemática do Direito.<sup>96</sup> Não se trata mais de somente discutir a abertura e mobilidade dos valores que ela propicia ao sistema jurídico, mas de debater o teor destes valores. E nisto, destaca-se o papel do jurista, não se tratando apenas de voltar sua atenção para a política, a ética, e a prática, mas de abandonar o terreno seguro da sistemática que

91 BARCELONA, **La formación...**, p. 35.

92 *Ibidem*, p. 37.

93 *Ibidem*, p. 32 e 34.

94 BARCELONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Tradução de Jesús Ernesto García Rodríguez. Madrid: Editorial Trotta, 1996, p. 133.

95 RODOTÀ, Stefano. Conclusione: il tempo delle clausole generali. In: **Il principio di buona fede**. Quaderni della Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Scienze Giuridiche, economiche e politiche. Giornata di studio – Pisa, 14 Giugno 1985. v. III. Milano: Giuffrè, 1985. p. 247-272, p. 258

96 HENKE, Horst-Ebehard. **La cuestion de hecho**. El concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad. Buenos Aires: Europa-América, 1979, p. 96.

lhe confere o *status* de “homem da ciência”.<sup>97</sup> Com efeito, o tipo ideal da boa-fé resulta de uma tradição dos valores que sustentam as relações de poder em sociedade, comprometendo o plano de converter o “jurista teórico em um jurista capaz de incidir sobre a realidade”.<sup>98</sup>

Com efeito, há nas entrelinhas da criação jurisprudencial da boa-fé objetiva um retorno ao seu ponto de partida:<sup>99</sup> não mais submetida à “tábua de valores” da burguesia oitocentista, mas à “tábua de valores” de uma sociedade de consumo. E nisto a boa-fé objetiva não remete para a completa superação do positivismo jurídico, revelando que a abertura do sistema jurídico e a efetividade da pluralidade de princípios e valores inscritos na Constituição da República, ocorre limitadamente. Por conseguinte, a casuística dos tribunais torna-se uma referência importante, ao retirar a boa-fé do vazio no qual estava mergulhada sua aplicação. Contudo, não pode ser tomada em sua exclusividade,<sup>100</sup> ao contrário, deve ser constantemente atualizada, mostrando-se receptível às mudanças sociais.

#### 4. Conclusões

Para compreender o percurso do princípio da boa-fé no cenário da civilística nacional, mostrou-se necessário percorrer o itinerário, esboçado pela racionalidade jurídica moderna, no qual aquele princípio é chamado a se reconhecer e alterar seu sentido. Recebida do Direito Romano como valor e experiência jurídica daquele povo, a boa-fé logo sistematizou-se nas mãos do jurista moderno, que se vale de uma racionalidade calculadora. Para tanto, a recepção do Direito Romano e a ascensão econômica e cultural da burguesia partilham a mesma época, conjugando-se racionalidade jurídica e racionalidade econômica. A lógica mercantil requer a previsibilidade e o cálculo, importando não tanto a absorção das categorias jurídicas, mas principalmente do instrumental conferido pelo “pensamento jurídico-formal”.

No predomínio da cultura positivista, não se permitia ao jurista conferir vida à boa-fé legislada. O silogismo resta inútil para aplicação da boa-fé, que permanece como valor sob o tecido sistematizador da codificação. Prevista no *Code*, sob conotação jusracionalista, doutrina e jurisprudência teceram um silêncio profundo acerca do princípio, com vistas a preservar o individualismo inscrito pelo liberalismo econômico na ordem jurídica e afastar todo o solidarismo humanista. Sob a égide da “inutilidade da interpretação positivista”, resta a “atrofia da boa-fé” diante da “hipertrofia da autonomia da vontade”. Seu sentido encerra-se nos limites do voluntarismo jurídico: mostra-se subjetivada, com o significado de “boa intenção”, por oposição à má-fé.

97 BARCELONA, *La formación...*, p. 41.

98 BARCELONA, *La formación...*, p. 20.

99 BARCELONA, *La formación...*, p. 38.

100 RODOTÀ, *op. cit.*, p. 267.



Esse cenário que sustentava o vazio da boa-fé assistiu a uma inversão na primeira metade do século XX, sendo necessário que a rigidez do positivismo jurídico recuasse. Contudo, restaram abertas as portas para a introdução de valores cultuados pelos regimes políticos totalitaristas. Em face deste temor, os tribunais germânicos do Segundo Pós-guerra concretizaram o conteúdo daquele princípio em funções e tipos jurídicos delineados a partir de uma interpretação-aplicação tópica de cláusulas gerais, *standards* e conceitos indeterminados. Amparada na doutrina, a boa-fé restou concretizada em tipos jurídicos, em sua função de controle ao exercício de direitos: *exceptio doli*, *venire contra factum proprium*, *Verwirkung*, *tu quoque*, inalegabilidade de nulidades formais e exercício desequilibrado de direitos.

Nos tribunais brasileiros, a boa-fé mostrou-se como projeção da racionalidade codificada. A ausência de uma cláusula geral no Código de 1916 conduziu a doutrina e jurisprudência a tecerem um profundo silêncio sobre o princípio. Reflexo da mentalidade capitalista dos oitocentos, a boa-fé objetiva revelava-se subjetivada, tomada como “boa intenção” por oposição à má-fé. Esse teor restou evidenciado na interpretação do artigo 1443 do Código Civil de 1916.

Posteriormente, a boa-fé mostrou-se permeada por uma aparente superação do positivismo jurídico. Subtraída do formalismo no qual estava mergulhada para se revelar como tributária da tradição jurídica germânica, sob os contornos de uma criação jurisprudencial do Direito. Neste quadro, a incompletude da boa-fé é contida pela transposição de figuras típicas que limitam o exercício de prerrogativas individuais no trânsito econômico. À semelhança das Cortes germânicas, encontram recepção as decisões sobre *venire contra factum proprium*, *tu quoque*, a inalegabilidade de nulidades formais e o exercício desequilibrado de direitos à luz da boa-fé.

Porém, o presente trabalho também recolheu da jurisprudência brasileira a especificidade em relação aos reflexos da tradição jurídica europeia. A transposição da tradição jurídica germânica ocorre indiretamente, sendo permeada pelos ensinamentos dos doutrinadores portugueses. Deste modo, a jurisprudência brasileira segue os passos dos tribunais lusos, revelados no acolhimento da figura da *Verwirkung*, sob a denominação de *supressio*. De outro modo não se passa com as decisões brasileiras, que fazem referência ao abuso do direito e ao *venire contra factum proprium*, sob o fundamento da boa-fé. Há nisto resquícios da tradição jurídica francesa que não se apagam totalmente.

Para além das transferências culturais contidas nos tribunais brasileiros, em relação ao Direito alemão e português, revelou-se o empréstimo de categorias jurídicas encontradas em outros sistemas: a *substantial performance*, advinda da *Common Law*, e a doutrina dos atos próprios, do direito espanhol, também ingressaram no Direito Privado pátrio para coibir o exercício inadmissível de prerrogativas individuais.

Daí os subsídios que levam a concluir pela especificidade da jurisprudência brasileira acerca do princípio da boa-fé: revela-se como tributária do positivismo jurídico, não obstante todo movimento de sua superação. Ao se revelar como pronta e acabada, sob os contornos de uma boa-fé “*prêt-à-porter*”<sup>101</sup>, o Direito é considerado como mero conjunto de normas, passível de empréstimo e não como um produto cultural, passível de aprendizagem e assimilação, que opera por meio de transferências culturais.

## 5. Referências

- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista dos tribunais**. São Paulo, ano 89, v. 775, p. 11-17, maio, 2000.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- BARBAS, Stela. **Boa fé**. In: Associação Sindical dos Juízes Portugueses, Coletânea de Jurisprudência, Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Ano II, Tomo II, Palácio da Justiça, Coimbra, 1994.
- BARCELONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Tradução de Jesús Ernesto García Rodríguez. Madrid: Editorial Trotta, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**. Napoli: Jovene, [s.d.].
- \_\_\_\_\_. HART, Dieter.; MÜCKENBERGER, Ulrich. **La formación del jurista**. (Capitalismo monopolístico y cultura jurídica). Tradução de Carlos Lasarte. Madrid: Civitas, 1977.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 260223 / PE AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0246429-3, 9, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, T2 - SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJ em 08/05/2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 214680-SP. 4ª Turma. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 10 ago. 1999. **Revista dos Tribunais**, a. 89, v. 774, p. 210-212, abr. 2000.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 95.539-SP. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 03 dez. 1996. **Diário de Justiça**. Brasília, p. 39015, 14 out. 1996.

101 Expressão de: NALIN, op. cit., p. 134.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1087163 / RJ RECURSO ESPECIAL 2008/0189743-0, Relator Ministra NANCY ANDRIGHI , T3 - TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 31/08/2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. n. 1.200.105-AM. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJe. 26/07/2012.
- CAENEGER, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 1997.
- CASTANHEIRA NEVES, António. **Lições de introdução do estudo do direito**. Proferidas ao curso do 1º ano jurídico de 1968-69 por Castanheira Neves. Coimbra: datilografado por João Abrantes, 1968-69.
- \_\_\_\_\_. Metodologia jurídica. Problemas fundamentais. **Boletim da Faculdade de Direito**. Studia Iuridica. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- CATTANEO, Giovanni. Buona fede obbiettiva e abuso del diritto. **Revista Trimestrale del Diritto e Procedura Civile**. Milano, a. 25, p. 613-659, 1971.
- DAVID-CONSTANT, Simone. La bonne foi: une mer sans rivages. In: \_\_\_\_\_. (Org.) **La bonne foi**. Actes du colloque organisé le 30 mars 1990 par la Conférence libre du jeune barreau de Liège. Bélgica: A.S.B.L. Editions du Jeune Barreau de Liège, 1990.
- GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HENKE, Horst-Ebehard. **La cuestion de hecho**. El concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad. Buenos Aires: Europa-América, 1979.
- HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Portugal : Europa-América, 1997.
- JALUZOT, Béatrice. **La bonne foi dans les contrats**. Étude comparative de droit français, allemand et japonais. Paris: Dalloz, 2001.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Sociologia geral**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. Tradução de: Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa- fé no direito privado**. São Paulo: RT, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Comentários ao novo Código Civil**, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

- \_\_\_\_\_; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MENEZES CORDEIRO, António. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra : Almedina, 1997.
- MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós-Moderno** (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2001.
- 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.
- NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.
- RANIERI, Fillipo. **Rinuncia tacita e Verwirkung** : tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto. Padova: CEDAM, 1971.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 597085406. 6ª Câmara Cível. Relator: João Pedro Freire. Porto Alegre, 17 jun. 1997. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, a. 32, v. 184, p. 347-350, out. 1997.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 589073956. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, 19 dez. 1989. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 145, p. 320-324, nov. 1990.
- RODOTA, Stefano. Conclusione: il tempo delle clausole generali. In: **Il principio di buona fede**. Quaderni della Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Scienze Giuridiche, economiche e politiche. Giornata di studio – Pisa, 14 Giugno 1985. v. III. Milano: Giuffrè, 1985.
- RODOTÀ, Stefano. Conclusione: il tempo delle clausole generali. In: **Il principio di buona fede**. Quaderni della Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Scienze Giuridiche, economiche e politiche. Giornata di studio – Pisa, 14 Giugno 1985. v. III. Milano: Giuffrè, 1985. p. 247-272.
- SACCO, Rodolfo. Codificare: modo superato de legiferare? **Rivista de diritto civile**. Ano XXIX, nº 2, março-abrile, p. 117-135, 1983.
- SCHMIDT, Jan Peter. **Dez anos art. 422 CC – Luz e sombra na aplicação do princípio da boa fé na práxis judiciária brasileira**. Inédito.

- SOLER, Sebastian. **Fe en el derecho**: y otros ensayos. Buenos Aires: TEA, 1956.
- STATI, Marcel. O. **Le standart juridique**. Paris: Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, 1927.
- STORME, Marcel. La bonne foi: expression de la postmodernité en droit. In: DAVID-CONSTANT, Simone. [Org.] **La bonne foi**. Actes du colloque organisé le 30 mars 1990 par la Conférence libre du jeune barreau de Liège. Bélgica: A.S.B.L. Editions du Jeune Barreau de Liège, 1990.
- VASCONCELOS, Pedro Paes de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995.
- WEBER, Max. **História geral da economia**. Tradução de Calógerlas A. Pajuaba. São Paulo: Mestre Jou, [s.d.].
- WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Tradução de José Luis Carro. Madrid : Civitas, 1982.
- \_\_\_\_\_. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1967.
- WIETHÖLTER, Rudolf. **Le formule magique della scienza giuridica**. Roma-Bari: Laterza, 1975.
- WITZ, Claude. **Droit privé allemand**. Paris : Litec, 1992. v. 1: Actes juridiques, droits subjectifs. BGB, Partie générale. Loi sur les conditions générales d'affaires.