



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

Diogo Camboim Pitta

UMA ABORDAGEM SEMIÓTICA À BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO PRIVADO

Orientador: Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Jr.

Recife
2019

Diogo Camboim Pitta

UMA ABORDAGEM SEMIÓTICA À BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO PRIVADO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Áreas do saber: Direito Civil; Filosofia do Direito; Metodologia jurídica; Direito Comparado.

Recife
2019

Autor: Diogo Camboim Pitta

Título: Uma abordagem semiótica à boa-fé objetiva no direito privado

Trabalho de Conclusão de Curso para obtenção do título de Bacharelado em Direito
pela Universidade Federal de Pernambuco/CCJ/FDR

Data de Aprovação:

BANCA EXAMINADORA

Prof.

Prof.

Prof.

À minha mãe, Ana Lúcia.

AGRADECIMENTOS

À Faculdade de Direito do Recife. Na adolescência, desenvolvi um gosto acentuado por literatura e filosofia. Nesse sentido, entrar na Faculdade de Direito do Recife, com os seus poetas, escritores e pensadores, tinha um sentido simbólico. E, por esse simbolismo, sempre houve atração.

Ao professor João Maurício Adeodato. No primeiro ano de graduação, tive uma experiência marcante com as suas aulas: o conteúdo me entusiasmou e me despertou para o estudo da filosofia do direito. Essas aulas foram, sem dúvidas, determinantes para tudo que se seguiu e para o que, porventura, virá. A tradição intelectual da Faculdade de Direito do Recife, na figura de Adeodato, é a escola que conheci, admirei e fui aluno.

Ao professor Torquato Castro Júnior, pela orientação desta monografia, e, sobretudo, por ter me ensinado o sentido do *jurista partido ao meio*, isto é, dividido entre a filosofia e a dogmática jurídica. Palavras que servem igualmente à professora alemã Marietta Auer, cuja obra influenciou profundamente a produção desta monografia.

Às amizades proporcionadas pela Faculdade de Direito do Recife, pela experiência compartilhada da vida universitária.

Aos meus pais, pelo apoio e afeto ao longo desta jornada.

"(...) a realidade não suporta o seu reflexo, rejeita-o, só uma outra realidade, qual seja, pode ser colocada no lugar daquela que se quis expressar, e, sendo diferentes entre si, mutuamente se mostram, explicam e enumeram, a realidade como invenção que foi, a invenção como realidade que será".

(SARAMAGO, José. *O Ano da Morte de Ricardo Reis*. 22ª ed. Porto: Porto Editora, 2016, p. 122)

RESUMO

O sentido, função e escopo desejáveis da boa-fé nas relações obrigacionais é um dos mais disseminados problemas do direito contratual nos países de tradição ocidental. A discussão, no entanto, parece estar presa a um conjunto de aporias e ambivalências, que permeiam o direito privado contemporâneo; especialmente, 1) as tensões entre uma ética individualista de liberdade contratual e as contrapostas visões coletivistas de responsabilidade interpessoal, 2) entre os perigos de arbítrio judicial e a demanda por flexibilidade equitativa e, finalmente, 3) entre a legitimidade do ativismo judicial e o apego à autocontenção judicial dos magistrados (*judicial self-restraint*), submetidos ao paradigma da legalidade. É um pressuposto essencial da semiótica estruturalista a ideia de que oposições são essenciais para definir signos e suas significações. A abordagem semiótica proposta por esta pesquisa leva à hipótese, baseada na dissertação de doutoramento da professora Marietta Auer, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit: Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, de que as cláusulas gerais, como a boa-fé, funcionam como um jogo de espelhos que reflete as ambivalências e antinomias que permeiam o direito privado.

Palavras-chave: boa-fé objetiva, cláusulas gerais, direito privado, filosofia do direito, semiótica, estruturalismo.

SUMÁRIO

1.	Introdução.....	13
2.	A semiótica-estrutural enquanto método jurídico.....	17
3.	O desenvolvimento doutrinário da cláusula geral da boa-fé objetiva.....	20
4.	Por um paradigma estrutural sobre o debate entorno da boa-fé	22
5.	Notas conclusivas.....	35
6.	Referências	39

1. Introdução

Esta monografia propõe uma abordagem semiótica à cláusula geral da boa-fé objetiva no direito privado, ou mais especificamente, ao debate que a circunda. Nesse sentido, não se busca um novo conceito de boa-fé, uma “meta-teoria”, “para além” das já existentes: muito pelo contrário, a tese que aqui se advoga, baseada na dissertação de doutoramento de Marietta Auer¹, é que as cláusulas gerais, como a boa-fé, funcionam como um jogo de espelhos que reflete as ambivalências e antinomias que permeiam o direito privado contemporâneo. Em sentido mais geral, apontar-se-á para a necessidade de um tratamento metodológico que leve em consideração a evolução histórica do direito privado e suas contradições internas.

O conceito de boa-fé remonta ao legado greco-romano da tradição do direito comum europeu² e foi erigido a um dos princípios³ fundamentais do direito obrigacional, não só dos sistemas jurídicos nacionais da Europa continental e América latina, mas também no contexto do direito comunitário europeu⁴ e do direito anglo-americano⁵. Ademais, no direito do comércio internacional, a boa-fé vem desempenhando papel cada vez mais relevante⁶.

Uma das suas expressões mais famosas está na fórmula *Treu und Glauben*⁷ do §242 do código civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*): “o devedor está adstrito a cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com

¹ AUER, Marietta. *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

² Para uma genealogia do conceito, remete-se o leitor para CORDEIRO, António Menezes. *A boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2017.

³ Embora existam autores que diferenciam “princípios” de “cláusulas gerais”, a exemplo de Judith Martins-Costa, optamos por utilizar indistintamente os dois conceitos neste relatório. Não obstante, o termo “cláusula geral” tem prevalência em face da sua maior tradição na privatística brasileira e europeia.

⁴ O princípio da boa-fé apresenta-se como um dos principais vetores da unificação do direito das obrigações europeu. Ver: ZIMMERMANN, Reinhard. WHITTAKER, Simon. (orgs.) *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

⁵ Para um delineamento do princípio da boa-fé no direito norte-americano; ver SUMMERS, Robert S. *The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization*. In: *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 1195, 1982, p. 810-840.

⁶ Basta ver, por exemplo, o art. 1.7. do Princípios UNIDROIT para os Contratos Comerciais Internacionais: “(1) *Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.* (2) *The parties may not exclude or limit this duty.*”

⁷ Decompondo-se a expressão *Treu und Glauben* tem-se que *Treu* significa fidelidade, lealdade e *Glauben*, crença, no sentido de confiança. Juntas significam regra de comportamento leal e honesto a ser adotada por todos na vida em sociedade.

consideração pelos costumes do tráfico jurídico”⁸, que – pelo seu desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário – foi alçado ao “*el primer y más alto principio de todo el Derecho de obligaciones del que, en esencia, deberían derivarse todas las demás prescripciones legales*”⁹. Entre nós, muito por recepção das ideias alemãs¹⁰, Clóvis do Couto e Silva, em uma das mais valiosas obras sobre o direito obrigacional brasileiro, reconheceu a boa-fé como “princípio eminente do nosso direito das obrigações”¹¹, sabendo-se que, à época, este ainda não estava expressamente consagrado no ordenamento jurídico nacional.

Se a penetração do princípio nos países de tradição do *civil law* já é por todos conhecida, as últimas décadas têm mostrado uma especial abertura do *common law* ao conceito romano-germânico de boa-fé. O *General Duty of Good Faith*, por exemplo, se tornou um princípio fundamental do direito contratual estadunidense a ponto de seu reconhecimento vir explícito no *Uniform Commercial Code (UCC)*¹², diploma legislativo que, ao harmonizar a legislação a respeito da compra e venda de mercadorias, previu especificamente a aplicação do dever de boa-fé no cumprimento e execução de todo contrato. No entanto, é consenso entre os estudiosos de direito comparado que os países de tradição romano-germânica contemplam uma aplicação

⁸ Em alemão, “*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*”. A cláusula geral da boa-fé objetiva, no contexto do direito privado alemão, veio a constituir elemento fundamental para uma ampla renovação do direito das obrigações no século XX, chegando, no auge da sua vulgarização junto à doutrina e jurisprudência, a ser chamada de “rainha das normas” (*königliche Regel*). O §242 do *BGB* tem como correspondente no Código Civil o art. 422, a ver: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁹ WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1986, p. 73.

¹⁰ É inegável a influência da doutrina alemã, elaborada a partir e para além do texto do Bürgerliches Gesetzbuch, em relação às construções teóricas nacionais sobre a boa-fé objetiva. Julio Gonzaga Neves chega a afirmar que “a boa-fé fala alemão”. In: ANDRADE NEVES, Julio Gonzaga. *A Supressio (Verwirkung) no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 35.

¹¹ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 32.

¹² Antonio Junqueira de Azevedo elogia a redação do artigo americano, já que “no direito americano, está muito claro que a obrigação de boa-fé não pode ser afastada por contrato; portanto, ela está imposta de modo cogente” e acrescenta “o mesmo artigo do Código americano é ainda mais completo porque acrescenta que as partes podem, por contrato, determinar quais os *standards by with the performance of such obligation is to be measured*, isto é, os standards pelos quais a performance, a execução da obrigação, seja feita”. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil (atualmente, código aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 149.

mais expansiva da boa-fé contratual, utilizando-a com mais frequência e fervor do que os tribunais norte-americanos¹³.

O direito inglês, por seu turno, é historicamente resistente aos avanços do princípio da boa-fé. Gunther Teubner¹⁴, ao comentar sobre a possibilidade de recepção do instituto no direito britânico em virtude da diretiva europeia de proteção ao consumidor de 1994 (Diretiva 93/13/CEE)¹⁵, destaca que as cortes britânicas, em diversas ocasiões, rejeitaram aplicação à doutrina da boa-fé, tratando-a como uma “doença de origem alienígena”, assim, inerentemente incompatível à posição adversarial das partes quando envolvidas em negociações. Inclusive, os esforços para divulgar a Inglaterra como melhor país para a solução de controvérsias em assuntos comerciais continuam a ressaltar “a ausência de um dever geral de boa-fé” no direito inglês como um de seus principais argumentos de propaganda¹⁶. A recusa, porém, em receber a figura em toda sua plenitude é compensada por uma aceitação setorial através de institutos com aplicação mais estreita, a exemplo do *implied terms by law*, *estoppel*, *frustration of purpose*, *fiduciary relationships* etc.¹⁷ Não obstante, a influência europeia e os diplomas internacionais de *soft law* tem suscitado uma crescente necessidade de recepção da boa-fé ao direito inglês.

O papel de destaque assumido pela boa-fé objetiva dentro dos sistemas de direito privado contemporâneo, no entanto, parece ter acentuado mais que dissuadido o grau de discordância acerca de seus mais relevantes aspectos dogmáticos e filosóficos¹⁸. Se – por um lado – a boa-fé é vista com bons olhos por

¹³ PARGENDLER, Mariana. O direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de common law. In: *REVISTA DIREITO GV (ONLINE)*, v. 13, p. 801.

¹⁴ TEUBNER, Gunther. *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences*. In: *The Modern Law Review*, v. 61, no 1 (Jan., 1998), pp. 11.

¹⁵ Especialmente na forma do seu “Artigo 3.º Uma cláusula contratual que não tenha sido objecto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato”.

¹⁶ PARGENDLER, Mariana. O direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de common law. In: *REVISTA DIREITO GV (ONLINE)*, v. 13, p. 802.

¹⁷ CORDEIRO, Antônio Barreto Menezes. Princípio da boa-fé na execução dos contratos no direito inglês. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 14/2018, p. 369-382.

¹⁸ A inserção das cláusulas gerais nas legislações codificadas fez surgir um acalorado debate sobre os limites no uso destes instrumentos, especialmente quando permitem a revisão judicial do conteúdo dos contratos. Até mesmo porque uma das questões cruciais do direito obrigacional reside, exatamente, no tratamento que será dado à liberdade contratual, tida como “peça-chave” em uma economia de

inserir uma espécie de *válvula*, essencial para a construção de um direito dinâmico, adaptável às vicissitudes históricas e sociais liberando, assim, o direito da arbitrariedade e injustiça do formalismo legalista; por outro, críticos percebem as cláusulas gerais como campo fértil para os interessados no arbítrio e no abuso da discricionariedade judicial¹⁹, elevando, assim, o grau de insegurança jurídica e a ilegitimidade da demagogia judiciária sob as vestes do ativismo judicial.

Na civilística alemã, o choque entre as supracitadas visões desencadeou toda uma literatura²⁰ voltada a estabelecer uma certa precisão de um ponto de vista dogmático. Esta preocupação aparece clara na obra de Wieacker: “*tenemos que esforzar por llevar a cabo alguna precisión desde el punto de vista teórico-jurídico*”²¹, lembrando que – embora a dogmática jurídica não forneça diretrizes absolutas – deve definir, ao menos, premissas e conceitos que possibilitem a construção de uma práxis metódica. Desde então, sob o aspecto de sua “concretização”, foi construído todo um arcabouço doutrinário que se centrou nas derivações mais específicas do fenômeno. Exemplificativamente, estão a *suppressio, surrectio, venire contra factum proprium, tu quoque*, violação positiva do contrato, *culpa in contrahendo*, o “dever” de mitigar os próprios danos (*duty to mitigate loss*), a responsabilidade por culpa *post factum finitum*, dentre outros institutos formados e/ou desenvolvidos a partir da cláusula geral da boa-fé.

À primeira vista, da leitura dos enunciados dos arts. 422 do Código Civil e do §242 do *BGB*, é notável a dificuldade destes dispositivos servirem de base para o raciocínio jurídico subsuntivo, ao passo em que não definem o que é a boa-fé, não descrevem o comportamento exigido para se agir segundo a boa-fé, não determinam

mercado. Assim, por suas múltiplas interferências nas relações obrigacionais e sua potencialidade de aplicação, a boa-fé objetiva já foi denominada de *topos* subversivo do Direito Obrigacional.

¹⁹ O mais famoso alerta acerca dos perigos que encerram a técnica de legislação por meio de cláusulas gerais foi levada a cabo por J.W. Hedemann em seu opúsculo “A fuga para as cláusulas gerais: um perigo para o Direito e para o Estado” Hedemann associa a flexibilidade das cláusulas gerais à discricionariedade judicial irrestrita que termina por corromper a função de controle do poder por parte das normas jurídicas. In: HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Die Flucht in die Generalklauseln: eine Gefahr für Recht und Staat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1933.

²⁰ A discussão, a nível dogmático, foi aprimorada, sobretudo, por Franz Wieacker em: WIEACKER, Franz. *Zur rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1956, com edição em espanhol: WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1986.

²¹ WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1986, p. 26.

as condições em que um contrato é executado segundo a boa-fé, não indicam a extensão desse dever e também não definem as consequências de sua infração.

Este breve panorama acerca das dificuldades atinentes à aplicação da boa-fé objetiva serve, inicialmente, para que se compreenda a tese básica desta monografia, a saber, que este debate se baseia em um conjunto restrito de argumentos, que são reiterados de forma muito semelhante seja na discussão brasileira ou na alemã e que tendem a aparecer em pares de oposição. Por exemplo, o argumento de que a boa-fé leva à uma desejável flexibilidade equitativa, por exemplo, é frequentemente contestado pela crítica de que não levará à flexibilidade, mas sim à arbitrariedade e à insegurança jurídica. O mesmo se aplica, *exempli gratia*, à afirmação de que a boa-fé insere uma vinculação ético-social ao mundo dos contratos e sua consequente oposição pelo princípio da autonomia privada, do poder de escolha de se autodeterminar juridicamente. A discussão, portanto, parece estar, sobretudo, presa a um conjunto de aporias e ambivalências, que permeiam o direito privado contemporâneo: especialmente, 1) as tensões entre uma ética individualista de liberdade contratual e as contrapostas visões solidaristas/altruístas/coletivistas de responsabilidade interpessoal, 2) entre os perigos de arbítrio judicial e a demanda por flexibilidade equitativa e, finalmente, 3) entre a legitimidade do ativismo judicial e a insistência do *self-restraint* dos magistrados, submetidos ao paradigma da legalidade.

Sob tal perspectiva, o debate em torno da boa-fé é reduzido aos seus termos fundamentais, possibilitando uma percepção mais ordenada e restrita do que a complexidade aparentemente incontrolável do primeiro contato. Ademais, a abordagem semiótica perseguida por esta monografia sugere que a constituição dos sentidos se dá por meio de oposições semânticas, de modo que o valor e significado de um argumento dependem de sua oposição e interação com os outros argumentos que lhes são relacionados e que com eles não se confundem.

2. A semiótica-estrutural enquanto método jurídico

O intuito de analisar a estrutura de um determinado discurso e de identificar nele argumentos recorrentes situa a presente monografia na tradição da semiótica estrutural. A noção central do estruturalismo, como a própria expressão já

pronúncia, é a de estrutura, entendida como um todo no qual as partes só ganham sentido em relação umas às outras.

Tal noção tem suas origens na crítica realizada pelo linguista suíço Ferdinand Saussure às concepções aristotélicas e agostiniana da linguagem, segundo as quais as palavras se relacionam com a percepção de uma realidade do mundo (*adequatio intellectus ad res*). Saussure rompe, em definitivo, com teorias marcadas pela iconicidade, as quais supunham que pudesse haver ideias completamente feitas que fossem preexistentes às palavras e que os conceitos (palavras) fossem etiquetas coladas às coisas, aos objetos²². Para ele, existe uma relação *arbitrária* entre o significante (algo, coisa ou objeto em si) e o significado (representação deste algo, desse objeto) de determinado signo, de modo que não existe o chamado signo natural, algo que está ligado por natureza a determinada coisa. O elo, portanto, entre o significante e o significado é convencional, não possuindo caráter necessário nem demandando motivação. A título de exemplo, no português, azul “claro” e “escuro” são ambos azuis; enquanto que, na língua russa, eles possuem diferentes nomes e são consideradas tonalidades autônomas.

Essa característica permite uma reflexão importante: se não há conexão natural entre o signo e o significante, o significado deve vir do contraste com outros significantes. Sendo assim, para Saussure, “arbitrário e diferencial são duas qualidades correlativas”²³. Compreende-se, então, que significante e significado são ligados arbitrariamente e que o valor de sua ligação (o valor do signo) aparece na relação entre os dois lados do signo e, na articulação dessas relações, os signos formam um sistema. No interior deste sistema, cada palavra tira o seu valor de seu lugar em relação com as outras. O significado de um termo, por isso, não é concebível como uma entidade isolada, mas depende de sua “posição relativa” no interior do sistema de termos que se estruturam num determinado “campo semântico”.

De modo análogo à linguagem, os argumentos jurídicos podem outrossim ser entendidos como um sistema em que “tudo se baseia em relações”²⁴;

²² Similarmente, Wittgenstein combate a ideia de que o signo, como fosse uma concha, carregasse dentro de si a pérola de seu significado. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

²³ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Linguística Geral*. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blinkstein. 32ª ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2010, p. 131.

²⁴ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Linguística Geral*. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blinkstein. 32ª ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2010, p. 142.

onde, portanto, o valor e o significado de um argumento dependem necessariamente de tudo aquilo que lhes é relacionado e que com eles não se confundem. Nesse sentido, é que se pode afirmar que o uso consciente de um argumento pressupõe uma consciência maior de todo o sistema de argumentos em que está incorporado.

Ademais, o estruturalismo aplicado ao pensamento jurídico sugere que os argumentos sempre aparecerão em pares de oposição, visto que adquirem seu significado por sua oposição e interação com o outro lado do par. Deste modo, se apenas diferenças ou oposições carregam significação, nenhum dos pares das antinomias poderá ter supremacia, já que eles só adquirem significado em interação mútua. Donde seguir-se, por exemplo, que no debate sobre a boa-fé objetiva, as aplicações da boa-fé baseadas exclusivamente em um dos lados dos cânones argumentativos, ou seja, que negligenciam o outro lado – enfatizando, por exemplo, os perigos associados à arbitrariedade judicial, mas não reconhecendo os benefícios da flexibilidade equitativa – distorcem o peso dos argumentos utilizados e tendem a criar uma falsa impressão de coerência resultante da omissão de toda uma dimensão de contra-argumentos diametralmente opostos, mas igualmente válidos.

Tal perspectiva sobre os laços de produção de sentido levam à inevitável conclusão de que não há uma “meta-teoria” a forçar uma resolução final, ou seja, as potencialidades argumentativas são infinitas. Como diz Sobota, o direito é um “*system of certainty that is built on uncertainty*”²⁵. É sempre possível, ao menos teoricamente, construir um contra-argumento, embora – em certos contextos – este possa ser bem menos convincente do que seu equivalente. A percepção de que é sempre possível construir um contra-argumento, portanto, não implica, de modo algum, que seja desejável ou legalmente plausível fazê-lo.

Como bem reflete Marietta Auer, ninguém consideraria cínico aprender a gramática de uma língua só porque a língua pode ser utilizada para expressar qualquer coisa. Muito pelo contrário, o conhecimento da “gramática do direito” aparenta ser um pressuposto essencial para aplicá-lo racionalmente – o que pressupõe consciência dos limites do seu poder argumentativo²⁶.

²⁵ SOBOTA, Katharina. The rhetorical construction of law. In: *International Journal for the Semiotics of Law*, v. 13, 1992, p. 43.

²⁶ AUER, Marietta. “*Good Faith*” and Its German Sources: A Structural Framework for the “Good Faith” Debate in General Contract Law and Under the Uniform Commercial Code. LL.M. Paper. Cambridge: Harvard Law School, 2000, p. 10.

3. O desenvolvimento doutrinário da cláusula geral da boa-fé objetiva

Tornou-se comum entre os doutrinadores estruturar a função da cláusula geral da boa-fé objetiva em três categorias principais. Na Alemanha, uma das mais influentes e pioneiras formulações dessa “dogmatização” foi traçada por Franz Wieacker. Na leitura de Menezes Cordeiro, tal redução dogmática permitiu aos estudiosos “uma apreensão global da boa-fé nas suas manifestações multifacetadas no que, de outra forma, se tornaria uma tarefa fastidiosa de retenção de uma casuística desencontrada”²⁷.

Wieacker apresentou uma tripartição das funções a serem desempenhadas pela boa-fé. Sob a perspectiva da aplicação judicial do direito, a boa-fé, em sua função (i) *officium iudicis*, serviria para complementar e concretizar a relação contratual, revelando deveres para além daqueles que a convenção explicitamente constituiu. Em segundo lugar, ocupando o domínio da figura da tradicional *exceptio doli*²⁸, funcionaria, (ii) *praeter legem*, como instrumento de controle e limite de condutas. Por fim, atuaria, (iii) *contra legem*, ao permitir que o julgador adapte e modifique os vínculos obrigacionais em face, por exemplo, de uma mudança abrupta de circunstâncias, estando, assim, por autorizar uma decisão por equidade²⁹.

Na construção wieackeriana, numa primeira dimensão, a boa-fé possibilita que o juiz concretize e desenvolva a ordem contratual, clarificando o *como* da prestação – a interpretação e integração dos negócios jurídicos segundo a boa-fé é

²⁷ CORDEIRO, António Menezes. *A boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1129.

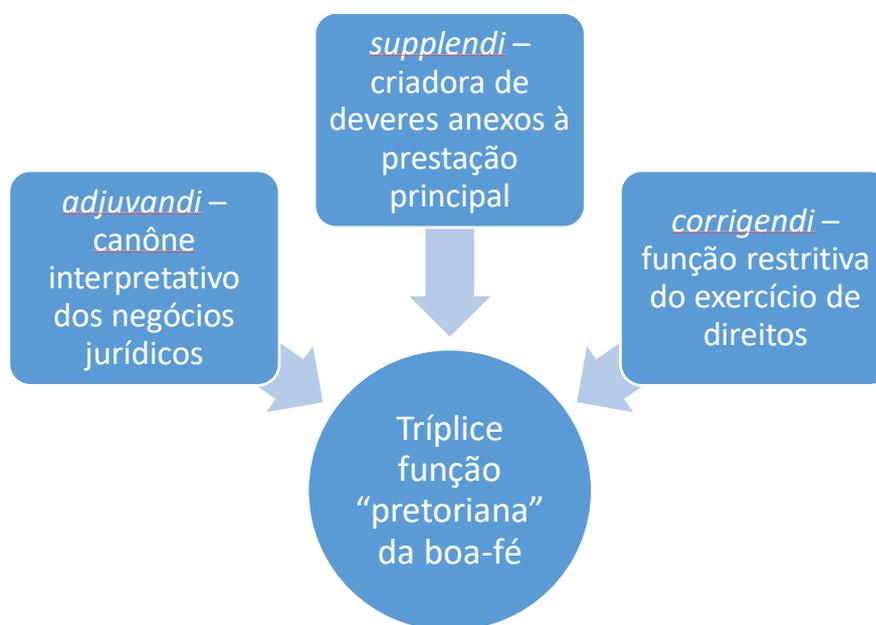
²⁸ Na prática do direito comum, existia a figura do *exceptio doli generalis* como meio de defesa posto à disposição do defendente, permitindo a sua proteção contra o exercício doloso de um direito subjetivo, não apenas nas hipóteses previstas no *Corpus Iuris*.

²⁹ Em versão mais sintética, “*The law of good faith as it has been developed through extensive case law is divided into three functions: (1) expansion and establishment of contractual duties (officium iudicis); (2) limitation of contractual rights (praeter legem); (3) transformation of contract (contra legem).*” In: TEUBNER, Gunther. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences. *The Modern Law Review*, v. 61, p. 20, 1998. Na doutrina brasileira, destaca-se a ponderação de Antônio Junqueira de Azevedo: “a regra da boa-fé tem funções que chamo de “pretorianas” em relação ao contrato. O chamado “direito pretoriano”, no direito romano, foi aquele que os pretores introduziram para ajudar, suprir e corrigir o direito civil. Havia o direito civil estrito (mais rigoroso); o direito pretoriano veio *adjuvandi, supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia*. Essa mesma tríplice função existe para a cláusula geral da boa-fé no campo contratual, porque justamente a ideia é ajudar na interpretação do contrato, *adjuvandi*, suprir algumas falhas do contrato, *supplendi*, e eventualmente corrigir alguma coisa que não é de direito no sentido de justo, *corrigendi*.” AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil (atualmente, código aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 153.

expressão clara do fenômeno – dando corpo a elementos naturais do negócio e os problemas com ele conectados, como a distribuição do risco pelas partes e a imposição dos deveres anexos. Enquanto regra de comportamento ético-jurídico, a boa-fé permitiria soluções extra-legais, porém não opostas à lei, ao oferecer proteção contra o exercício malicioso de direitos. Como meio de rompimento do direito legal, ou seja, *contra legem*, a boa-fé promoveria a “quebras ético-jurídicas” diante, nas palavras de Wieacker, da erupção da historicidade no direito positivo³⁰, exemplificando-se, por exemplo, com a construção da teoria da quebra da base do negócio jurídico (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*).

Na doutrina nacional³¹, por sua vez, a função tríplice da boa-fé persiste com ligeiras alterações terminológicas, a saber: (i) a função (hermenêutica) de cânone interpretativo dos negócios jurídicos; (ii) a função restritiva/corretora do exercício de direitos; e (iii) a função (integrativa) criadora de deveres anexos à prestação principal.

Ilustração: a tripartição das funções desempenhadas pela boa-fé



³⁰ WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1986, p. 79.

³¹ Sobre as diferentes funções da boa-fé objetiva no direito brasileiro, por todos, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

4. Por um paradigma estrutural sobre o debate entorno da boa-fé

O presente capítulo tem por objetivo demonstrar que o debate teórico sobre o sentido, função e escopo desejáveis da boa-fé nas relações obrigacionais está preso a três dimensões: 1) a dimensão material, pela qual a boa-fé assume um fundamento ético; 2) a dimensão formal, que imprime à boa-fé um padrão de comportamento que autoriza o juiz a encontrar soluções justas ao caso concreto; e a 3) dimensão institucional, que trata das relações entre a competência legislativa e a judicial. Em cada uma dessas dimensões, observar-se-á valores conflitantes, como a autonomia e heteronomia, segurança jurídica e justiça do caso concreto, bem como a adstrição judicial e o ativismo judicial, que, no contexto da aplicação das cláusulas gerais, assumem um papel relevante.

A) A dimensão material: a boa-fé e a oposição entre autonomia e heteronomia no direito privado

Diante do quadro de “operatividade” da boa-fé na tríade wieackeriana, resta claro que, por exemplo, ao preencher lacunas nas obrigações contratuais, revelando deveres imputáveis em vista das expectativas sociais envoltas ao contrato em questão, ou, mais drasticamente, ao alterar cláusulas contratuais explícitas, nulificando aquelas tidas como abusivas, a boa-fé implica, necessariamente, a substituição de uma tomada de decisão privada por uma decisão coletiva que é necessariamente inspirada por valores sociais.

Nessa conjuntura, o problema da aplicação da boa-fé remete a uma questão central na filosofia do direito privado: estabelecer o quanto de responsabilidade interpessoal que deverá ser exigida dos particulares. Isto é, saber em que medida se justifica, mesmo no direito privado³², um certo grau de heteronomia,

³² Nas palavras de Savigny, no direito privado, “o indivíduo é o seu próprio motivo” (*Ist der Mensch sich selbst Zweck*). In: SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. vol. I. Berlin: Veit und Comp, 1840, p. 22. Similarmente, para Puchta, a fonte do direito privado é “soberania completa e incondicional do indivíduo” (*Volle und unbedingte Herrschaft*). In: PUCHTA, Georg Friedrich. *Cursus der Institutionen*. vol. II. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1842, p. 556.

ou seja, a assunção de responsabilidade externa a exigir consideração pelo interesse do outro.

Essa tensão entre uma ética individualista de liberdade contratual e as contrapostas visões coletivistas de responsabilidade interpessoal ajuda a perceber de que modo os princípios reitores do direito das obrigações atual como a boa-fé objetiva e a autonomia privada guardam estreita relação³³. Como percebeu Marietta Auer, “*the history of good faith and general clauses is pervaded by instances of tension between these two ideals*”³⁴.

Sob o ideário liberal, por exemplo, “com a nítida separação entre o Estado e a sociedade, assumiu extraordinário relevo a autonomia dos particulares, sendo-lhes deferida quase totalmente a formação da ordem privada”³⁵. Não obstante, desafios intensificados pela Revolução Industrial, como o fenômeno da massificação contratual e das assimetrias negociais, ocasionaram uma gradual mudança de paradigma no direito privado, levando a um progressivo distanciamento do direito contratual da autonomia das partes. Em seu lugar, seguir-se-ia uma ênfase crescente na lealdade, na proteção da confiança, na cooperação, na equivalência entre as prestações, culminando no dever de consideração para com o *alter*. O dever de considerar os interesses da contraparte rompe com a noção paradigmática de que, no contrato, prevalece a contraposição de interesses, cedendo-se, assim, espaço para a

³³ Esse paralelismo é lembrado por Clóvis do Couto e Silva: “A dogmática do século passado tinha por centro a vontade, de forma que, para os juristas daquela época, todos os deveres dela resultavam. Em movimento dialético e polêmico, poder-se-ia chegar à conclusão oposta, isto é, a de que todos os deveres resultassem do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses”. A relação é, ainda, reconhecida por manuais brasileiros, a ver: “A história da importância do princípio da boa-fé relaciona-se com o da autonomia da vontade. Pode-se mencionar (...) que, no século XIX, o princípio da autonomia foi o mais importante, e o conceito de *pacta sunt servanda* o seu corolário, o que importou profunda restrição ao princípio da boa-fé, em virtude do predomínio do voluntarismo jurídico e da obediência ao direito estrito, além da doutrina da separação absoluta de poderes, que restringia o poder criador da jurisprudência”. In: LÔBO, Paulo. *Direito civil: contratos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 71. Ademais, na doutrina norte-americana, “*the most direct challenge to the conception of contract law as a coherent expression of the principle of autonomy is thought to come from the doctrines of good faith, unconscionability, and duress*”. In: FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. 2ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015, p. 74.

³⁴ AUER, Marietta. “*Good Faith*” and Its German Sources: A Structural Framework for the “Good Faith” Debate in General Contract Law and Under the Uniform Commercial Code. LL.M. Paper. Harvard Law School: 2000, p. 49.

³⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 25.

construção de uma teoria obrigacional polarizada pela cooperação, ou melhor, pela coordenação dos interesses em jogo³⁶.

Em boa hora, atenta-se que parte da doutrina, apesar das manifestações multifacetadas da boa-fé, busca sua apreensão global numa noção de “atuação ‘refletida’, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes”³⁷. Conquanto exista um esforço doutrinário nesse sentido, a ideia mesma de boa-fé, especialmente em correlação com a sua função *flexibilizadora*, não é facilmente suscetível a uma abordagem conceitualista³⁸.

Em pormenores, dentre outros institutos formados e/ou desenvolvidos a partir da cláusula geral da boa-fé, os exemplos mais claros dessa transição paradigmática operada pela boa-fé no direito obrigacional são, por exemplo, o seu desdobramento na teoria da quebra da base do negócio jurídico (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*), no controle judicial das condições gerais dos contratos e no desenvolvimento dos deveres de proteção pré-contratuais.

Nesse contexto, a civilística alemã passou a caracterizar as cláusulas gerais como “portas de entrada para considerações materiais” (*Einfallstore materialer Wertungen*³⁹); entre nós, Clóvis Couto e Silva já afirmara que a aplicação do princípio

³⁶ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Contornos doutrinários e jurisprudenciais da boa-fé objetiva. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *Precedentes jurisprudenciais: direito contratual*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. III, p. 106. De forma similar, João Baptista Villela acrescenta: “A concepção individualista do direito privado está toda ela assentada na ideia de concorrência. O contrato era mesmo apresentado como equilíbrio momentâneo de forças antagônicas, mas hoje o direito privado se esforça por se organizar em novas bases. As prerrogativas individuais se mesclam de objetivos da comunidade, a pessoa substitui o indivíduo e a colaboração se desenvolve onde antes florescia, desembaraçada e forte a concorrência”. VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. In: *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 261, p. 32.

³⁷ LIMA MARQUES, Claudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime de relações contratuais*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 222.

³⁸ Nesse sentido, “as cláusulas gerais têm a função (...) de oferecer um contraponto ao conceitualismo”. In: COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Contornos doutrinários e jurisprudenciais da boa-fé objetiva. In: MARINONE, Luiz Guilherme (Org.). *Precedentes jurisprudenciais: direito contratual*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. III, 97.

³⁹ Cf., v.g., SCHMIDT, Jan Peter. *Zivilrechtskodifikation in Brasilien. Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive* (Schriften zum ausländischen und internationalen Privatrecht, v. 226). Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, p. 52; e com referência explícita à

da boa-fé abria, no sistema jurídico, “janelas para o ético”⁴⁰. Deste modo, o papel da boa-fé, através de suas características normativas de abertura e vagueza semânticas, seria o de servir de “porta de entrada” ou de suporte legitimador à crescente carga de valorações de caráter ético-social no direito privado. Contudo, tais alusões, podem, e frequentemente assim o fazem, levar à errônea impressão de que o direito privado estaria livre dessas “considerações materiais”, caso as cláusulas gerais não estivessem consagradas nos códigos civis.

Com base na experiência histórica alemã, é possível afirmar que a fórmula *Treu und Glauben* (a boa-fé obrigacional) do §242 do *BGB* não nasceu enquanto cláusula geral, e sim passou a ser percebida como tal. Inclusive, comparada, por exemplo, à cláusula geral dos bons costumes, nota-se que a exposição de motivos da codificação civil alemã⁴¹ pouca atenção dispensou ao dispositivo, especialmente levando em conta a dimensão que ele veio a tomar, posteriormente, como “rainha das normas” e fundamento unitário das obrigações.

Ainda, nos primeiros anos após a promulgação do *BGB*, a cláusula geral da boa-fé objetiva teve diminuta aplicação na jurisprudência do Tribunal Imperial (*Reichsgericht*⁴²). Conforme a afirmação de Clóvis Couto e Silva, o §242 “não significava outra coisa senão mero reforço ao §157”⁴³. Pode-se dizer que o papel reservado à boa-fé, em um primeiro momento, era aquele acessório, de mero reforço do vínculo contratual: agia de boa-fé quem adimplia sua prestação – o que ainda hoje

cláusula geral da boa-fé objetiva: “*Treu und Glauben has been the revolutionising instrument by which the formalistic civil code of 1900 has been ‘materialised’ and adapted to the convulsions of Germany’s history in the 20th century*”. TEUBNER, Gunther. Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences. *The Modern Law Review*, v. 61, p. 20, 1998. Em sentido oposto, Otávio Luiz Rodrigues Jr. aponta “dissociação – ao menos na literatura jurídica alemã – de qualquer vínculo entre as cláusulas gerais e publicização do Direito Privado”. In: RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 63.

⁴⁰ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 42.

⁴¹ *Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*. Band I. Allgemeiner Theil. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig: J. Guttentag, 1888. Disponível em: <https://archive.org/details/motivuzudentw01germgoog>. Acesso em: 26/06/2019.

⁴² Cf. LUIG, Klaus. *Treu und Glauben in der Rechtsprechung des Reichsgerichts in den Jahren 1900 bis 1909*. In: WANK, Rolf et. al. (Orgs.). *Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 2002, p. 85-103.

⁴³ SILVA, Clóvis do Couto e. O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português. In: *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português* (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 55.

é verdade, é claro, mas é pouquíssimo ante às potencialidades que o tempo a desvelou.

Esse estado de coisas, entretanto, alterou-se radicalmente no início dos anos 1920, diante do momento econômico do país, que amargava os maiores índices de inflação de sua história e sofria de grave crise política, a partir daí a boa-fé ingressa com vigor “*into a general vehicle for administering social justice through the courts*”⁴⁴. A explosão normativa da boa-fé, assim, tem forte correlação com demandas e valores sociais emergentes que, ao conflitarem com a compreensão formal de liberdade contratual e autonomia privada então dominante, pluralizaram o estatuto teórico do direito privado, expandindo o perfil funcional dos institutos tradicionais do direito das obrigações.

O desenvolvimento histórico dado às cláusulas gerais, então, só é compreensível diante das linhas de fundo da história, especialmente no contexto das transformações sociais na virada para o século XX: a urbanização, a industrialização, o surgimento dos grandes conglomerados corporativos e, sobretudo, os desafios na forma da “questão social”, que mudaram a face das sociedades ocidentais em poucas décadas e ocasionaram uma mudança de paradigma em partes consideráveis da ordem jurídica.

Nesta sequência lógica, não foram as cláusulas gerais que primeiramente permitiram a absorção desses valores “materiais” no direito privado. O movimento é justamente o oposto: as necessidades de se fundamentar o direito por meio de valorações feitas de modo heterônomo é que levaram ao surgimento e desenvolvimento das cláusulas gerais. As cláusulas gerais são, portanto, antes consequência do que meio para a sua aplicação. A sua função precípua não é tão-somente incorporar valores “sociais” ou “comunitários” ao direito privado, mas mediar a tensão, historicamente mutável, entre autonomia e heteronomia, concernentes à própria natureza do direito privado e os sentidos políticos a ele atribuídos.

A impossibilidade de reconciliar esses valores conflitantes, que subjazem o direito privado, sob a base de um sistema normativamente unitário e coerente, cria

⁴⁴ AUER, Marietta. “*Good Faith*” and Its German Sources: A Structural Framework for the Good Faith Debate in General Contract Law and Under the Uniform Commercial Code. LL.M. Paper. Harvard Law School: 2000, p. 26.

para o intérprete/aplicador do direito o problema de “determinar nas situações concretas, qual dos polos da díade autonomia/heteronomia há de prevalecer. Nessa relação de polaridade dialética a prevalência de um ou de outro nem sempre estará de antemão completamente determinada. Nesse caso, só os demais elementos fáticos e normativos do caso permitem a extensão de um ou de outro princípio”⁴⁵.

Certo é que toda ordem jurídica privada, inevitavelmente, se apresentará como uma solução mediadora entre esses dois polos, de modo que nunca triunfará uma concepção individualista *fechada* nem um coletivismo *total* no direito privado. A solução sempre dar-se-á em forma de compromisso, dentro do qual a tensão entre esses dois valores básicos permanecerá presente.

Decisivo, para fins desse trabalho, é que a autonomia e a heteronomia expressam o seu significado normativo por meio de sua interação, i.e., através da realização relativa de uma ordem de valor que se desdobra em relação à outra, e, sendo diferentes entre si, mutuamente se mostram e se explicam. Aqui está uma tese básica da semiótica de que a polarização é que gera, propriamente, significado. Nenhum dos polos pode ganhar supremacia sobre o outro, já que os seus significados só podem ser derivados da sua interação mútua. Em síntese, “observe-se que o conceito de signo é necessariamente relacional, seja quando se concebe segundo um modelo binário como em Saussure, ou como um modelo ternário, como em Peirce”⁴⁶.

A necessidade de uma solução mediadora torna-se cristalina ao passo que se discute a extensão dos deveres resultantes da concreção da boa-fé objetiva. Dito diversamente, no exame de se e em que medida os deveres da boa-fé devem ser imputáveis em vista da relação contratual, não só na conclusão e na execução do contrato, bem como na fase pré-contratual e naquilo que se passa depois do contrato, as escolhas sempre variam entre um grau mais ou menos heteronômico em sua aplicação. Lembremos, por exemplo, de como o dever de informar convive com o ônus

⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 249.

⁴⁶ CASTRO JR., Torquato. Metáfora e literalidade no discurso jurídico: invertendo Aristóteles. In: ADEODATO, João Maurício (Org.). *A retórica de Aristóteles e o direito: bases clássicas para um grupo de pesquisa em retórica jurídica*. 1ª ed. Curitiba: CRV, 2014, p. 48.

jurídico de informar-se, pois a diligência para com os próprios interesses decorre não só da autonomia privada, mas do próprio critério de razoabilidade⁴⁷.

Tal necessidade não escapava a doutrinadores do início do século, a exemplo da lição de Clovis Bevilacqua, “o conflito entre a rigidez do principio conservador e garantidor – *pacta sunt servanda* – e a regra excepcional de justiça – *rebus sic stantibus* – se resolve, na prática e na jurisprudência, pela boa-fé na interpretação dos contratos e, na legislação, pela saturação da moral na vida jurídica”⁴⁸. Contemporaneamente, uma parcela considerável da doutrina privatista contemporânea tem respondido a esse desafio quanto ao alcance da boa-fé traçando distinções quanto à sua incidência em vistas ao regime contratual em questão. Na perspectiva de Claudia Lima Marques, por exemplo, “a reconstrução constitucional do direito privado brasileiro identificou três sujeitos – o civil, o empresário e o consumidor –, mesmo se os princípios do CC/2002 e do CDC são – em geral, os mesmos!”⁴⁹. Nesse modelo, dito tripartite, do direito privado (civil, empresarial e de consumo), fica claro que a boa-fé é sempre aplicável, porém assume facetas distintas a depender da dinâmica de cada uma dessas relações.

B) A dimensão formal: flexibilidade e adstrição na prática privatista

Se o avanço das cláusulas gerais guarda relação direta com um giro “solidarístico” no direito privado, destacadamente, de igual importância para o coroamento da boa-fé como “rainha das normas”, foi um processo de (re)valorização do papel ativo dos juízes na construção do direito, permitindo que o texto da lei não fosse visto como um limite intransponível à atividade jurisprudencial.

A ascensão dessa “tradição judicialista” é perceptível diante das referências elogiosas, no momento da aplicação das cláusulas gerais, ao pretor romano ou ao juiz

⁴⁷ Não há dúvidas, por exemplo, de que, quando o indivíduo entra em uma loja para adquirir um produto, não há, para o vendedor, a obrigação de dizer que a loja da esquina vende o mesmo objeto por um menor preço.

⁴⁸ BEVILACQUA, Clovis. Evolução da Theoria dos Contractos em nossos dias. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 09/2016, p. 333.

⁴⁹ LIMA MARQUES, Claudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime de relações contratuais*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 769.

inglês do *Court of Equity*⁵⁰, revelando, assim, a crescente importância do “direito dos juízes” frente ao “direito legislado”. Assim é que Clóvis do Couto e Silva proclamou o princípio da boa-fé como “vigorosa reação às concepções do positivismo jurídico”⁵¹. Na Alemanha, Hattenhauer comentava, criticamente, que a “jurisprudência da boa-fé”, sob o lema do “direito dos juízes” (*Richterrecht*), permitiu que os tribunais justificassem as suas sentenças ao arpejo da lei (*contra legem*), apelando a valores de superior estirpe⁵². Contemporaneamente, Luiz Edson Fachin proclama um “avanço que se dá sobre a hipótese de um direito jurisprudencial, estribado em cláusulas gerais”⁵³.

Desse modo, é possível identificar uma segunda antinomia, igualmente estruturante para a temática das cláusulas gerais, que resulta das tensões entre a segurança jurídica e a flexibilidade equitativa, bem como das consequências advindas da formatação do direito privado através de regras ou princípios.

A pretensão de controle a que as codificações novecentistas buscavam atender, como se o código fosse um dado pronto e acabado, infenso à transformação judicial, aliava-se à concepção formalista, que identificava a norma jurídica com o texto legal, “quase como se a norma da decisão estivesse contida no texto como uma certa matéria no seu recipiente”⁵⁴. Não obstante, a necessidade de valorizar as circunstâncias peculiares de cada caso, desprezando a lógica abstrata das normas prévias, passa a valorizar a atividade criativa daquele que possui o poder próprio da jurisdição: o juiz, em clara oposição ao ideal de vinculação do direito à lei.

Como reconhece Clóvis do Couto e Silva, “com a edição de conceitos abertos como o da boa-fé, a ordem jurídica atribui ao juiz a tarefa de adequar a aplicação judicial às modificações sociais, uma vez que os limites dos fatos previstos pelas aludidas cláusulas gerais são fugidos, móveis, de modo nenhum fixos”⁵⁵. É por

⁵⁰ WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1986, p. 29.

⁵¹ SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 42.

⁵² HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales de derecho civil: introducción histórico-dogmática*. Trad: Gonzalo Hernández. Barcelona: Editorial Ariel, 1987, p. 208.

⁵³ FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 121.

⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 138

⁵⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português. In: *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português* (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 62.

isto que a doutrina passou a ver, no funcionamento das cláusulas gerais, uma “válvula de segurança” em prol da flexibilização do sistema jurídico. Ou, em outros termos, uma “regra de calibração” que permite a adaptação das situações jurídicas às circunstâncias, evitando que o sistema incorra em disfunção⁵⁶.

A regra é a discricionariedade, inafastável na concretização da boa-fé, assim como de outros princípios ou cláusulas gerais, pois, como observa Menezes Cordeiro, “o Direito não diz, por exemplo, até onde vão os deveres de informação e lealdade subjacentes à boa fé (...) ou a partir de que momento o exercício de uma posição jurídica se torna disfuncional”⁵⁷. Ou seja, é sempre no quadro da relação contratual concretamente em exame que se desenvolverá a atividade do aplicador. Este, ainda, não estará adstrito a declarar uma única eficácia (como a nulificação do contrato, ou de cláusula contratual); podendo sua decisão consistir na paralisação do exercício de um direito (*suppressio*); na coibição de uma conduta deslealmente contraditória (*venire contra factum proprium*); no impedimento de um direito formativo extintivo (adimplemento substancial); ou na criação de um dever jurídico (v.g., o dever de informar, ainda que não determinado pela lei).

Na esteira de Rudolf von Jhering⁵⁸, regras e princípios podem ser diferenciados com base em seu grau de realizabilidade formal. Esta consiste na facilidade e segurança na aplicação do direito abstrato às espécies concretas. Portanto, realizáveis formalmente são, em grande medida, normas que mais facilmente, de modo mais seguro e unívoco, são aplicadas aos casos concretos. Assim, princípios, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados, têm baixa realizabilidade formal, isto é, são incapazes de enunciar de um modo público os casos a que se aplicam, sendo inviável, portanto, do ponto de vista político, impor a ordem a partir deles.

No entanto, sob perspectiva semiótica, é claro que a vagueza não é um traço característico apenas destas espécies prescritivas, podendo ser detectada em

⁵⁶ V. CASTRO JR., Torquato da Silva. A regra de calibração da boa-fé enquanto ruptura sistêmica: crítica à doutrina de Pontes de Miranda. In: COSTA FILHO, Venceslau Tavares. CASTRO JR., Torquato (Coords.). *A modernização do direito civil*: volume I. Recife: Nossa Livraria, 2011, p. 97-110.

⁵⁷ CORDEIRO, Antônio Menezes. *A boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1191.

⁵⁸ JHERING, Rudolf von. *A dogmática jurídica*. Trad. José Ignácio Coelho Mendes. 1ª ed. São Paulo: Ícone, 2013.

termos e expressões de toda a linguagem e, em especial, da linguagem jurídica. Se todas as expressões linguísticas são indeterminadas em maior ou menor medida, a vagueza, portanto, não é uma qualidade que existe ou não na norma, mas é principalmente uma questão de grau.

Donde se concluir que a realizabilidade formal existe em menor ou maior grau e que a distinção entre regras e princípios – não muito diferente da díade autonomia/heteronomia – não é qualitativa, mas apenas gradual. Mesmo entre as regras mais estritas e os princípios mais indeterminados, é possível conceber esferas de gradação, as quais, na prática, podem ser imputadas à maioria de nossas normas jurídicas válidas.

Contemporaneamente, os problemas oriundos do baixo grau de realizabilidade formal tem ampla divulgação na literatura jurídica⁵⁹, notadamente quanto à possibilidade de que – sob balizamentos vagos – o mesmo fundamento normativo possa levar a soluções mais diversas possíveis. Entretanto, muitas vezes permanecem intocados os problemas relativos à aplicação de regras com alto grau de realizabilidade formal.

A realizabilidade formal – em maior ou menor extensão – implica uma perda dos interesses e valores subjacentes à construção categorial em causa. Trata-se, portanto, de uma outra forma de arbitrariedade, mais precisamente, uma arbitrariedade “mecânica” ou “cega” na aplicação do direito, que obriga o juiz a ignorar as vicissitudes de uma situação factual complexa e o impede de ponderar os interesses em causa.

As normas jurídicas abertas, vagas, os enunciados elásticos, porosos ou dúcteis, cuja aplicação demanda uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata, e, ao inverso das regras, inserem-se num contexto de assegurar flexibilidade e adequação social ao direito. Elas, portanto, realizam uma justiça *particular* em contraposição à arbitrariedade mecânica. Com base nesses pressupostos, certo grau de discricionariedade na interpretação do direito constitui,

⁵⁹ Especificamente sobre as cláusulas gerais, é famosa a alusão ao “mal de Hedemann” em seu já citado opúsculo. Nesse livro, a boa-fé era tratada como um “esporte da geração atual de juristas” (*zum Sport der heutigen Juristengeneration geworden*) In: HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Die Flucht in die Generalklauseln: eine Gefahr für Recht und Staat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1933, p. 64.

assim, um pré-requisito necessário para uma aplicação correta da lei, contra o qual – nas linhas de fundo – recai permanentemente o risco de arbitrariedade judicial.

Então, desse modo, a relação entre princípios e regras é uma relação produtiva que leva ao processamento permanente do *paradoxo da justiça* no qual implica a conexão entre consistência jurídica e adequação social do direito. Desse modo, tanto as regras como os princípios servem a dimensões do conceito de justiça: regras, em sua acepção generalizadora; princípios, na sua dimensão individualizante.

A consciência acerca dessa antinomia inerente às aplicações do §242 do *BGB* está clara na obra de Wieacker:

*La grandeza y la miséria del párrafo 242 resultan de las inevitables antinomias del concepto mismo del Derecho. Oportunidad y racionalidade, o mejor, justicia del caso concreto y validez general, son elementos necesarios del Derecho y de la Justicia, que frecuentemente se hallan en conflicto en la realidad*⁶⁰.

Como num jogo de espelhos, onde as regras oferecem segurança, a cláusula geral produz insegurança; e onde a regra é marcada pela rigidez, a cláusula geral é marcada pela flexibilidade adaptativa. Ambas as espécies normativas – cláusulas gerais e regras – apresentam vantagens e desvantagens, em vista dos princípios da justiça, legalidade e segurança jurídica.

É uma conquista da cultura jurídica contemporânea a convicção sobre as mútuas (e polarmente opostas) vantagens e desvantagens das técnicas de legislar pelo método das cláusulas gerais. Estas, embora produtoras de insegurança, são, também, condição para proporcionar uma elasticidade ou flexibilidade da lei, por vezes desejável, razão pela qual é recomendável a combinação sempre prudente e cautelosa entre ambas as técnicas legislativas, as cláusulas gerais funcionando como “válvula de abertura” do sistema.

Novamente, cumpre observar que não foi a mera inserção de uma disposição normativa cuja tessitura é semanticamente aberta e dotada de cunho

⁶⁰ WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1986, p. 32.

valorativo que possibilitou o avanço de “considerações equitativas” na reflexão doutrinária e prática jurisprudencial privatista. As cláusulas gerais não deram causa à flexibilização, abertura e mobilidade do sistema jurídico; elas são, sobretudo, consequência de modificações na base cultural das relações entre direito/lei. Tal constatação é aparente no prenúncio de Bevilacqua: “no meu sentir, a evolução do direito obrigacional deve ser encaminhada no sentido da flexibilidade dos dispositivos e da equidade das soluções”⁶¹.

A ascensão das cláusulas gerais, portanto, surge das necessidades de se adaptar o sistema a novas circunstâncias; sendo elas, antes consequência, do que meio para tanto. Sua função, portanto, se insere num contexto de mediação entre o espaço de protagonismo do juiz em busca do equitativo no caso concreto e o modelo de aplicação do direito subsuntivo-dedutivo, que pressupõe um juiz submisso e quase mecanizado.

C) A dimensão institucional: a boa-fé como “cabo de guerra” entre juízes e legisladores

Por fim, em clara correlação com o choque entre a casuística e a necessidade de certeza e segurança jurídicas, está a tensão entre a legitimidade do ativismo judicial e a insistência do *self-restraint* dos magistrados, submetidos ao paradigma da legalidade. Isto é, as relações nada simples entre o “direito dos juízes” e a vinculatividade da lei.

A mentalidade jurídica típica que se seguiu as primeiras codificações de direito privado demandava uma estrita vinculação dos juízes à lei. Na famosa (e repetida) fórmula do Barão de Montesquieu, o juiz seria “o boca da lei” (*Bouche de la Loi*). Não obstante, o debate jurídico europeu, especialmente o alemão e francês⁶²,

⁶¹ BEVILAQUA, Clovis. Evolução da Theoria dos Contractos em nossos dias. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 09/2016, p. 331.

⁶² “A juristas do século XX, de diversas escolas, de diversas nacionalidades, pareceu também tantas vezes verossímil que o juiz pudesse alcançar uma decisão “fiel à lei” fora de sua literalidade, pense-se na Escola de Direito Livre, ou mesmo na Jurisprudência dos Interesses e até na Jurisprudência dos Conceitos. Ideias assim ocorrem, mas permanecem controversas, todavia, exatamente porque a fidelidade à lei permanece sendo um lugar comum importante no discurso do direito de uma sociedade orientada pela escrita”. CASTRO JR., Torquato. Metáforas de Letras em Culturas Jurídicas da Escrita: como se é fiel à vontade da lei?. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João

nas décadas que antecederam a virada para o século XX, foi caracterizado por um amplo movimento anti-formalista que convergiria para o reconhecimento do direito criado pelos juízes. A questão primordial, à época, não era se os juízes criavam direito, mas apenas como deveriam fazê-lo.

Na Alemanha, uma obra pioneira para o reconhecimento aberto da realidade do direito construído pelos juízes foi um pequeno livro de Oskar von Bülow, intitulado sugestivamente de "A Lei e o Ofício Judicial"⁶³, escrito em 1885. Ao enfatizar o papel dos juízes como participantes do exercício do poder estatal, assim como os limites da atividade legislativa, ele elevou a atividade judiciária e, conseqüentemente, o direito jurisprudencial ao patamar de uma segunda fonte legítima do direito ao lado do direito legislado. O legislado e o jurisprudencial, de acordo com Bülow, carregariam igual participação no processo de criação do direito.

Entremeando essas relações entre o legislativo e o judiciário, a literatura jurídica alemã passou a caracterizar as cláusulas gerais como "normas de delegação" (*Delegationsnormen*⁶⁴) ou "normas de autorização" (*Ermächtigungsnormen*⁶⁵), isto é, enquanto espécies normativas que transferem parcela do poder de criação jurídica para o Judiciário. paradigmaticamente, Hedemann já as havia definido como um "pedaço da legislação deixado em aberto"⁶⁶.

Em monografias brasileiras sobre o tema, posicionamentos similares são encontrados, a exemplo da afirmação de Alberto Gosson de que "o poder da cláusula geral não é meramente seletivo (...) É um poder criativo, uma outorga de verdadeiras prerrogativas de configuração"⁶⁷ ou na descrição de Luciano de Camargo Penteado das cláusulas gerais como "espécie de delegação de competência para atuação

Maurício. (Orgs.). *Princípio da Legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 155.

⁶³ Tradução nossa. BÜLOW, Oskar. *Gesetz und Richteramt. Über das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1885.

⁶⁴ TEUBNER, Gunther. *Standards und Direktiven in Generalklauseln: Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht*. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1971, p. 61.

⁶⁵ BYDLINSKI, Franz. *Möglichkeiten und Grenzen der Konkretisierung aktueller Generalklauseln*. In: BEHREND, Okko et. al (Orgs.). *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft*. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker. Göttingen: 1990, p. 189.

⁶⁶ Tradução nossa. HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Die Flucht in die Generalklauseln: eine Gefahr für Recht und Staat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1933, p. 58.

⁶⁷ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 51.

discricionária no ato judiciativo⁶⁸. Em abordagem mais generalista, Torquato Castro Jr. anota que “o uso das chamadas ‘cláusulas gerais’ (...) tornou o Código Civil Brasileiro uma legislação mais ‘amigável’ aos juízes”⁶⁹.

No entanto, tais caracterizações padecem do mesmo mal já anteriormente apontado: confundem causa com consequência. Isto é, as cláusulas gerais não devem ser vistas como um mero suporte legitimador para o ativismo judicial, sendo, portanto, causa para ele. Na visão aqui proposta, a emergência e desenvolvimento das cláusulas gerais mostraram-se expressão de uma necessidade, já existente, de se trazer o juiz para um papel de protagonista, modificando a concepção de judicatura então prevalecente.

5. Notas conclusivas

Na presente monografia, perseguindo um modelo semiótico-estruturalista, para além da instrumentação meramente formal ou positiva, foi apontado que o debate em torno da boa-fé objetiva gira em torno de três dimensões: 1) a dimensão material, pela qual a boa-fé assume um fundamento ético; 2) a dimensão formal, que imprime à boa-fé um padrão de comportamento que autoriza o juiz a encontrar soluções justas ao caso concreto; e a 3) dimensão institucional, que trata das relações entre a competência legislativa e a judicial.

Sob essas bases, é possível esboçar uma crítica ao modo como as construções doutrinárias tem tratado as funções das cláusulas gerais. Especialmente na literatura jurídica alemã e nos países que a recepcionaram (como o Brasil), as cláusulas gerais foram caracterizadas frequentemente como “portas de entrada para considerações materiais” (*Einfallstore materialer Wertungen*); “cláusulas abertas para consideração da justiça do caso concreto” (*Öffnungsklauseln für die Berücksichtigung von Einzelfallgerechtigkeit*); ou “normas de delegação” (*Delegationsnormen*). Ou ainda, descreveu-se o suporte fático das cláusulas gerais como carente de valoração

⁶⁸ PENTEADO, Luciano de Camargo. O “que” de específico nas cláusulas gerais. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n.1, p. 151, 2005.

⁶⁹ CASTRO JR., Torquato da Silva. Influência da Pandectística no Código Civil Brasileiro. In: *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, v. 473, p. 102, 2017.

material (*Wertausfüllungsbedürftigkeit*) ou tentou-se definir as cláusulas gerais com o auxílio de critérios como vagueza, abstração ou generalidade.

Contudo, essas descrições, tomadas isoladamente, dizem respeito a apenas uma das três dimensões acima identificadas e, portanto, são incapazes de traduzir, em toda sua complexidade, a problemática das cláusulas gerais. Ademais, neste quadro, o papel da boa-fé parece, antes de mais, servir de porta de entrada, de suporte ou elemento de autorização. Na perspectiva desta monografia, por sua vez, as dificuldades envoltas à definição das cláusulas gerais resultam do fato de que o motivo para o desenvolvimento das cláusulas gerais não está em sua natureza normativa, mas na ascensão de demandas e valores sociais emergentes com forte impacto na principiologia subjacente ao direito privado⁷⁰.

Se é vã a busca por uma característica *imanente* das cláusulas gerais, melhor, portanto, perceber que o debate sobre o seu conceito reflete exatamente a estrutura das três dimensões identificadas. Em outras palavras, as controvérsias acerca da essência das cláusulas gerais, à medida em que se refere a critérios como “materialização”, “justiça do caso concreto”, “discricionariedade judicial”, revelam, ao menos, uma consciência *encoberta* acerca das contradições identificadas nesta monografia. Uma estrutura que, portanto, parece moldar as discussões assim como o sorriso do gato de Cheshire do livro Alice no País das Maravilhas⁷¹, que permanece no ar, mesmo quando o felino desaparece lentamente. Em suma, capaz de ditar a sua atmosfera, completamente independente do fato de ser enfrentada ou sequer identificada.

Sendo assim, quais as consequências que se seguem para uma possível definição de cláusula geral? Para esta monografia, o caráter de *cláusula geral* de uma norma jurídica depende, exatamente, da maneira como ela se relaciona com as três dimensões identificadas. Isto é, cláusula geral deve ser entendida como uma norma jurídica mediadora entre esses elementos de tensão identificados em cada uma das dimensões, servindo, portanto, como uma solução de compromisso, trazida, apenas

⁷⁰ AUER, Marietta. *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 139.

⁷¹ “Bem, já vi muitas vezes um gato sem sorriso”, pensou Alice, “mas um sorriso sem o gato! É a coisa mais curiosa que já vi na minha vida!”. In: CARROLL, Lewis (pseud.). *Alice no País das Maravilhas*. Trad. Rosaura Eichenberg. Porto Alegre: L&PM, 2011, p. 89.

caso a caso, ao equilíbrio. Em última análise, a abordagem semiótica revela que o debate em torno da boa-fé objetiva traz, em si, “os paradoxos, as conquistas e as aspirações da cultura jurídica contemporânea”⁷², o que, portanto, confirma a tese de Auer que as cláusulas gerais funcionam como um espelho que reflete as ambivalências e antinomias que permeiam o direito privado⁷³.

Sem embargo, como afirma Balkin, tensionamentos e antinomias, seja no pensamento jurídico ou moral, não são, por si só, algo ruim: apenas refletem o fato de que vivemos num mundo complicado, no qual valores estão frequentemente em conflito⁷⁴. Nesse contexto, a semiótica jurídica é útil na medida em que nos permite *perceber* as tensões ocultas na ordem jurídica, auxiliando no processo de aperfeiçoamento contínuo dos fundamentos jurídicos e morais de nossa sociedade. Especificamente para a tradição civilista, aponta-se para a necessidade de um tratamento metodológico que leve em consideração a evolução histórica do direito privado e suas contradições internas.

Para mais, o prisma semiótico, ao propor a compreensão dos conceitos jurídicos em função de sua diferença e relação para com os outros, torna manifesto o caráter contingente, convencional ou ideológico das construções doutrinárias. Assim, é capaz de “desmistificar” muitas convicções dos juristas que parecem estar assentadas em concepções semioticamente desatualizadas do fenômeno da linguagem. Nada autoriza, contudo, a concluir que o discurso jurídico carece de legitimidade.

Como afirmou Saussure, língua e pensamento são indissociáveis tal como uma folha de papel, já que, ao rasgarmos o papel, afetamos ambos os lados da folha⁷⁵. Nesse sentido, toda forma de discurso sempre será de um sujeito situado em alguma

⁷² CORDEIRO, António Menezes. *A boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 48.

⁷³ A afirmação é de AUER, Marietta. *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit: Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 43. No Brasil, Miguel Reale, atento a isso, admite que “ocorre ainda que o Projeto de Código Civil, em elaboração no ocaso de um para o nascer do outro século, deve traduzir-se em *fórmulas genéricas e flexíveis*, em condições de resistir ao embate de novas ideias”. REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 124.

⁷⁴ BALKIN, Jack M. The promise of legal semiotics. In: *University of Texas Law Review*, v. 69, 1991, p. 1836.

⁷⁵ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Linguística Geral*. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blinkstein. 32ª ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2010, p. 131.

forma de língua que o permite movimentar os elementos linguísticos. Não se pode fugir desses condicionamentos: exigir mais do que isso é querer o impossível. Fato é que desde que entramos no mundo somos atravessados pela linguagem e é simplesmente impossível sair dela. Se ela nos impõe limitações, é só através dela que é possível experimentar a liberdade. Na leitura poética de Guimarães Rosa:

“Vento que vem de toda parte. Dando no meu corpo, aquele ar me falou em gritos de liberdade. Mas liberdade - apostado - ainda é só alegria de um pobre caminhozinho, no dentro do ferro de grandes prisões. Tem uma verdade que se carece de aprender, do encoberto, e que ninguém não ensina: o beco para a liberdade se fazer”⁷⁶

⁷⁶ ROSA, João Guimarães. *Grande sertão: veredas*. 22ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 250.

6. Referências

ANDRADE NEVES, Julio Gonzaga. *A Suppresio (Verwirkung) no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2016.

AUER, Marietta. "Good Faith" and Its German Sources: A Structural Framework for the "Good Faith" Debate in General Contract Law and Under the Uniform Commercial Code. LL.M. Paper. Cambridge: Harvard Law School, 2000.

AUER, Marietta. *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*: Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil (atualmente, código aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 148-158.

BALKIN, Jack M. The Hohfeldian Approach to Law and Semiotics. In: *University of Miami Law Review*, vol. 44, 1990, 1119-1142.

BALKIN, Jack M. The promise of legal semiotics. In: *University of Texas Law Review*, v. 69, 1991, p. 1831-1852.

BEVILAQUA, Clovis. Evolução da Theoria dos Contractos em nossos dias. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 09/2016, p. 327-333.

BÜLOW, Oskar. *Gesetz und Richteramt*: Über das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht. Berlin: Duncker & Humblot, 1885.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Trad. António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARROLL, Lewis (pseud.). *Alice no País das Maravilhas*. Trad. Rosaura Eichenberg. Porto Alegre: L&PM, 2011.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. CASTRO JR., Torquato (Coords.). *A modernização do direito civil: volume I*. Recife: Nossa Livraria, 2011.

CASTRO JR., Torquato da Silva. Metáforas de Letras em Culturas Jurídicas da Escrita: como se é fiel à vontade da lei?. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. (Orgs.). *Princípio da Legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 149-157.

CASTRO JR., Torquato da Silva. Influência da Pandectística no Código Civil Brasileiro. In: *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, v. 473, p. 91-104, 2017.

CORDEIRO, António Menezes. *A boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2017.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Contornos doutrinários e jurisprudenciais da boa-fé objetiva. In: MARINONE, Luiz Guilherme (Org.). *Precedentes jurisprudenciais: direito contratual*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. III, p. 96-114.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FRIED, Charles. *Contract as promise: a theory of contractual obligation*. 2ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015.

GAZZETTA, Giovanni. Intervenção do Estado e liberdade contratual entre os séculos XIX e XX. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira Siqueira. FONSECA, Ricardo Marcelo (Orgs.) *História do Direito Privado*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 85-95.

HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales de derecho civil: introducción histórico-dogmática*. Trad. Gonzalo Hernández. Barcelona: Editorial Ariel, 1987.

HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Die Flucht in die Generalklauseln: eine Gefahr für Recht und Staat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1933.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo: parte 1*. 11ª ed. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2002.

JHERING, Rudolf von. *A dogmática jurídica*. Trad. José Ignacio Coelho Mendes. 1ª ed. São Paulo: Ícone, 2013.

LIMA MARQUES, Claudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime de relações contratuais*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 222.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: contratos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: parte geral*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LUIG, Klaus. *Treu und Glauben in der Rechtsprechung des Reichsgerichts in den Jahren 1900 bis 1909*. In: WANK, Rolf et. al. (Orgs.). *Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 2002, p. 85-103.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

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

PARGENDLER, Mariana. *O direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de common law*. In: *REVISTA DIREITO GV (ONLINE)*, v. 13, p. 796-826, 2017.

PENTEADO, Luciano de Camargo. O “que” de específico nas cláusulas gerais. In: *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n.1, p. 149-152, 2005.

PUCHTA, Georg Friedrich. *Cursus der Institutionen*. vol. II. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1842.

REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RÜCKERT, Joachim. SEINECKE (Orgs.). *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*. 3ª ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.

ROSA, João Guimarães. *Grande sertão: veredas*. 22ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Linguística Geral*. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blinkstein. 32ª ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2010.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen römischen Rechts*. vol. I. Berlin: Veit und Comp, 1840.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHMIDT, Jan Peter. Dez anos do art. 422 do Código Civil – Luz e sombra na aplicação do princípio da boa-fé na prática judicial brasileira. In: GOMES, Elena de Carvalho. NETO, Edgard. FÉRES, Marcelo (Orgs.). *Estudos de direito privado – Liber amicorum* para João Baptista Villela. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 119-135.

SCHMIDT, Jan Peter. *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*. Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive (Schriften zum ausländischen und internationalen Privatrecht, v. 226). Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

SMITS, Jan M. *Advanced Introduction to Private Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006

SILVA, Clóvis do Couto e. O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português. In: *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português* (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 43-73.

SOBOTA, Katharina. The rhetorical construction of law. In: *International Journal for the Semiotics of Law*, v. 13, 1992, p. 39-54.

SUMMERS, Robert S. The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization. In: *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 1195, p. 810-840, 1982.

TEUBNER, Gunther. *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences*. In: *The Modern Law Review*, v. 61, no 1 (Jan., 1998), p. 11-32.

TEUBNER, Gunther. *Standards und Direktiven in Generalklauseln: Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht*. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1971.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. José Luis Carro. Madrid: Civitas, 2006.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ZIMMERMANN, Reinhard. WHITTAKER, Simon. (orgs.) *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.