

## BOA-FÉ OBJETIVA E O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL – UMA RELEITURA CRÍTICA

### João Hora Neto

Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia; Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Sergipe; Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe; Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCont)

Artigo originalmente publicado na Revista Brasileira de Direito Contratual (IBDCont), editora Lex Magister, Porto Alegre/RGS, em abril/junho de 2020, Ano I – Nº 3.

### RESUMO

A boa-fé objetiva é um princípio jurídico e não uma regra, viabilizada mediante a técnica da cláusula geral, e que, nada obstante o seu nascedouro seja o direito civil, o estudo demonstra que o seu alcance extrapola o direito privado, se estendendo para diversos ramos do direito público, mormente o direito administrativo, sobretudo, através do princípio da moralidade pública (art. 37, *caput*, da CF), que lhe dá sustentação constitucional. Também o estudo prenuncia que a vocação expansionista da boa-fé objetiva é uma realidade incontestada, perfeitamente factível segundo a adequada metodologia do direito civil constitucional, assentada em premissas teóricas precisas. Ao cabo, contudo, questiona-se criticamente a recorrente e imprecisa aplicação prática dessa metodologia, posto que permeada de subjetivismo jurídico e afastada do necessário legalismo, ainda que não estrito, dando azo à insegurança jurídica e à “cultura do decisionismo judicial”.

**Palavras-chave:** boa-fé objetiva; código civil de 2002; legalidade constitucional.

### ABSTRACT

Objective good faith is a legal concept, not a rule, which is made possible by means of the general-clause technique, and despite having originated in Civil Law, this article shows that it transcends Private Law, reaching several branches of Public Law, especially Administrative Law, primarily through the principle of public morality (Article 37, head provision, of the Federal Constitution), which establishes its constitutional basis. This article also shows that the expansionist vocation of objective good faith is an undisputed reality, perfectly feasible according to the appropriate methodology of constitutional civil law, based on precise theoretical fundamentals. However, the common and imprecise practical application of this methodology is critically questioned, as it is surrounded by legal subjectivism and is far from the necessary legalism, although not strict, giving rise to legal insecurity and the “culture of judicial decisionism”.

**Keywords:** civil code of 2002; constitutional legality; objective good faith.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 O direito civil e a legalidade constitucional. 2 Breve histórico do Código Civil de 1916. 3 Premissas do direito civil constitucional. 4 Direito civil constitucional e o Código Civil de 2002. 5 Despatrimonialização *versus* repersonalização (o ter e o ser). 6 Princípio da boa-fé objetiva. 7 Cláusula geral da boa-fé objetiva e sua vocação expansionista. 8 Uma releitura crítica. Considerações finais. Referências.

“É preciso prestar atenção: nós homens não somos iguais. Há uns que não valem, outros que valem muito. Mas o nosso dever de Homem é diminuir a desigualdade humana.”  
Pontes de Miranda

## INTRODUÇÃO

O Código Civil de 1916, também conhecido como a *Constituição do direito privado*, espelha o individualismo oitocentista do Código de Napoleão (1804), característico do Estado Liberal, centrado nos postulados da liberdade absoluta, igualdade formal, abstenção, neutralidade, uma vez que a lei regulava toda a vida social e o juiz era tão apenas um escravo dela.

Na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, mormente com a eclosão da Primeira Guerra Mundial, inicia-se o processo de abertura ou fragmentação do sistema jurídico cível, derivado de vários acontecimentos históricos, dando ensejo ao surgimento de inúmeras leis especiais (microsistemas), cujo ápice da abertura se deu com o advento da Constituição Federal de 1988, inserida no processo de redemocratização do país.

Naqueles idos – década de 1990 – ingressa no Brasil a doutrina do direito civil constitucional, de origem italiana, cuja metodologia tem premissas teóricas próprias e impõe a interpretação e aplicação do direito civil à luz da Carta Magna e não o contrário, como era próprio da doutrina civil clássica.

Após longa tramitação legislativa – por mais de 30 (trinta) anos – adveio o Código Civil de 2002, produto do culturalismo jurídico, fulcrado em três princípios estruturantes (eticidade, socialidade e operabilidade) e que, a despeito das críticas havidas sobre o seu perfil desatualizado, o entendimento dominante foi no sentido de que se tratava de um diploma legal avançado, à vista da adoção de diversas cláusulas gerais, mas também tímido, por não ter inovado acerca de temas já consolidados no contexto social.

Dentre as cláusulas gerais previstas no Código Civil, a boa-fé objetiva, cuja origem remonta ao direito romano, a partir da noção de *bona fides*, além do grande alcance tido no Código Civil Alemão (*BGB*, 1900), acha-se expressamente prevista nos artigos 113, 187 e 422.

A boa-fé objetiva é um princípio jurídico e não uma regra, viabilizada mediante a técnica da cláusula geral, e que, nada obstante o seu nascedouro seja o direito civil, o estudo demonstra que o seu alcance extrapola o direito privado, se estendendo para diversos ramos do direito público, mormente o direito administrativo, sobretudo através do princípio da moralidade pública (art. 37, *caput*, CF), que lhe dá sustentação constitucional.

Também o estudo prenuncia que a vocação expansionista da boa-fé objetiva é uma realidade incontestável, perfeitamente factível segundo a adequada metodologia do direito civil constitucional, assentada em premissas teóricas precisas.

Ao cabo, contudo, questiona-se criticamente a recorrente e imprecisa aplicação prática dessa metodologia, posto que permeada de subjetivismo jurídico e afastada do necessário legalismo, ainda que não estrito, dando azo à insegurança jurídica e à ‘cultura do decisionismo judicial’.

## 1 O DIREITO CIVIL E A LEGALIDADE CONSTITUCIONAL

*In primis*, impõe-se elucidar o conceito do que seja direito civil constitucional diante da profusão de entendimentos, principalmente decorrente da sua grande difusão e popularidade, ao ponto mesmo de ter se tornado um ‘modismo jurídico’ – não obstante, em larga escala, fora dos parâmetros legais. Para elucidá-lo, convém ressaltar alguns conceitos recorrentes na doutrina, de veras explicativos.

Por exemplo, na dicção de Pietro Perlingieri, cuida-se o direito civil constitucional da “releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição da República.”<sup>1</sup>

Em igual sintonia, Paulo Luiz Netto Lôbo registra que “A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre).”<sup>2</sup>

Também acerca da expressão ‘constitucionalização do direito civil’, em face da superação da clássica dicotomia direito público/direito privado, diversos institutos civilísticos ingressaram na Constituição Federal, de sorte que, “Na verdade, o direito civil constitucional é materialmente direito civil contido na Constituição e só formalmente direito constitucional.”<sup>3</sup>

Ou, ainda, segundo lição de Anderson Schreiber, trata-se de uma metodologia que busca superar “a segregação entre a Constituição e o direito civil, remodelando os seus institutos a partir de diretrizes constitucionais, em especial dos valores fundamentais do ordenamento jurídico”.<sup>4</sup>

Basicamente, pois, o direito civil constitucional significa a releitura permanente do Código Civil à luz da Constituição Federal e não o inverso.

No Brasil, a expressão ‘direito civil constitucional’ é creditada a dois civilistas pioneiros, que difundiram, ainda na década de 1990, a doutrina civil pautada na legalidade constitucional, iluminada pelas lições do jurista Pietro Perlingieri, mediante a publicação de

<sup>1</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 10.

<sup>2</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 36.

<sup>3</sup> AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 3ª ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000, p. 151.

<sup>4</sup> SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 2.

dois textos até hoje referenciados, a saber, ‘Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil’<sup>5</sup> e ‘A caminho de um direito civil constitucional’.<sup>6</sup>

No mundo acadêmico pátrio existem duas escolas que desenvolvem há anos a doutrina civil constitucional, são elas: a Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e a Universidade Federal do Paraná (UFPR), estando esta metodologia difundida às largas na doutrina, bem como aplicada pelos tribunais do país, em que pese a sua aplicação ocorra, em larga escala, ao arrepio de suas premissas teóricas básicas.

## 2 BREVE HISTÓRICO DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Para uma adequada explicação da ‘constitucionalização do direito civil’ resta imperioso uma análise histórica do direito civil pátrio, a partir do Século XIX, ainda que em apertada síntese.

Nesse diapasão, é sabido que o Código Civil de 1916 é fruto de doutrinas individualista e voluntarista, consagradas pelo Código de Napoleão, o chamado Código da Burguesia (1804), que inspirou diversas codificações do Século XIX. Produto de um sistema jurídico fechado, hermético e monolítico, muito próprio do Positivismo Jurídico, o Código Civil de Bevilacqua era tido como a ‘Constituição do direito privado’, influenciado pelos postulados da Escola da Exegese, segundo a qual o juiz era apenas um escravo da lei, ou, segundo as palavras de Montesquieu, o juiz deveria ser apenas a ‘boca da lei’.

Havia, pois, uma completa apartação/afastamento entre o direito público e o direito privado, uma vez que o Código Civil de 1916 assumia o monopólio único e exclusivo das relações privadas, fundado no ‘fetichismo da lei’, haja vista que esta regulava toda a vida social, de maneira completa, genérica e neutra.

Sem dúvida, o Código Civil de 1916 foi gestado no seio de uma sociedade agrária e pré-industrial, o que significa que retratou um mundo de estabilidade e segurança, a chamada ‘era da segurança’, bem em sintonia com o individualismo oitocentista, em que reinavam, por exemplo, os postulados da liberdade absoluta, da igualdade formal, da abstenção, retratando assim a ideologia dominante do Estado burguês ou liberal.

---

<sup>5</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. **Temas de direito civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-22.

<sup>6</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**. Rio de Janeiro, v. 17, n. 65, 1993, p. 21-32.

Contudo, essa ‘era de segurança e estabilidade’ começa a ruir na Europa a partir da segunda metade do Século XIX e, no Brasil, teve reflexos com a eclosão da Primeira Guerra Mundial, a partir dos anos 20 (1920). Desde então, pois, iniciou-se o processo de abertura do sistema jurídico civil, precisamente na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, este marcadamente intervencionista e comprometido com o ideal de Justiça Social.

Assim, a ‘fragmentação civilística’ decorre de uma plêiade de acontecimentos históricos e movimentos sociais, de variados matizes, como por exemplo, a explosão demográfica, a industrialização, a massificação das relações contratuais, a desordenação dos centros urbanos, as doutrinas socialistas, as encíclicas sociais da Igreja, o dirigismo contratual, entre outros, o que provocou o declínio dos dogmas do Estado liberal e, por conseguinte, a derrocada dos alicerces da civilística clássica, essencialmente individualista, neutra e abstencionista.

A partir dos anos 30, inicia-se a chamada ‘descodificação ou fragmentação’ do direito civil, ou seja, a edição de diversas leis especiais/extravagantes/emergenciais, também denominadas de microssistemas jurídicos, que passaram a regular institutos civilísticos antes previstos no Código Civil de 1916, gerando para este a perda de seu caráter de exclusividade, enquanto centro único e emanador do direito privado – o chamado monossistema.

Decerto que, nesse contexto, o Código Civil perdeu, definitivamente, o seu papel de ‘Constituição do direito privado’, por força do Dirigismo Estatal, pois este passou a ditar um novel polissistema civilístico, com o advento de diversas leis especiais, com forte cunho social e protecionista em relação à parte contratante mais fraca, por exemplo, enquanto o Código Civil continuou a reger o direito civil comum ou residual, de forma genérica.

Nesse sentido, vale ressaltar, a título de ilustração, a edição de uma gama de leis especiais a partir da década de 1930, a saber: a legislação trabalhista (CLT), o Decreto-lei 58/37, a Lei de Condomínios (Lei 4.591/64), a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766/79), o Estatuto da Mulher Casada, entre outras, chegando-se ao apogeu da ‘fragmentação civilística’ com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Assim, efetivamente, vários institutos civilísticos (propriedade, herança, família, consumidor) migraram para o Texto Constitucional, de tal modo que, por conseguinte, surgiram diversas leis setoriais disciplinadoras de universos legislativos específicos, como por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), a Lei do Inquilinato (Lei 8.245/90), a Lei do Bem de Família (Lei 8.009/90), dentre outros.

Ademais, registre-se que foi o processo de ‘redemocratização’ que possibilitou o advento da Carta Magna de 1988 e que esta, por seu turno, incorporou diversos institutos civilísticos, gestando o fenômeno denominado de ‘constitucionalização do direito civil’, mormente porque o Código Civil de 1916, ainda vigente à época, se achava deveras distante dos anseios da sociedade brasileira hodierna, com diversos artigos de lei completamente desatualizados.

Desde então (1988), pois, a aplicação do direito civil à luz da Constituição Federal é uma metodologia imperiosa e permanente, fundada em três princípios constitucionais estruturantes, a saber – o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); o princípio da solidariedade social (art. 3º, I, CF) e o princípio da igualdade (art. 5º, caput, CF) – cuja adoção se impõe, outrossim, em razão dos novos marcos na historicidade do direito decorrentes das “profundas mudanças epistemológicas nas ciências humanas, os novos interesses, a insurgência de conflitos sociais e as recentes transformações por que vêm passando as formas de vida contemporânea.”<sup>7</sup>

Em suma, a metodologia do direito civil constitucional é, de há muito, uma realidade incontestada, ainda que submetida a uma constante vigilância, não apenas para uma análise de suas consequências práticas, mas também para possíveis críticas, como vaticina Luiz Edson Fachin.<sup>8</sup>

### 3 PREMISSAS DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Conforme já dito, a metodologia civil constitucional tem sido aplicada em larga escala, de forma pouco técnica, transformando-se até num ‘modismo jurídico’ ou numa espécie de panaceia empregável a tudo e para tudo.

Como toda metodologia, o direito civil constitucional garante premissas teóricas precisas, para bem delimitar seus contornos, e, por conseguinte, evitar sua aplicação a esmo e à solta, ensejando confusão com outra (s) metodologia (s) jurídica (s). Necessário, pois, fixar os seus parâmetros.

Para tanto, Pietro Perlingieri<sup>9</sup> sustenta que três são os pressupostos da doutrina do direito civil na legalidade constitucional, como consequência inevitável da incidência do constitucionalismo sobre as codificações, ou seja: a) a natureza normativa da Constituição; b)

<sup>7</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 20.

<sup>8</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000, p. 314.

<sup>9</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro, 2008, p. 589-597.

a unidade e complexidade do ordenamento jurídico; c) o desenvolvimento de uma renovada teoria da interpretação, de fins aplicativos.

Acerca do primeiro – a natureza normativa da Constituição – significa dizer que a normativa constitucional se aplica direta e/ou indiretamente às relações privadas. Melhor explicando: tal premissa representa uma visão bem distinta daquela empregada pela doutrina civilística clássica, isto é, a de que a Carta Magna tinha um conteúdo programático, dirigida apenas ao legislador incumbido de produzir a lei ordinária para, através desta, fazer valer a norma constitucional.

Assim, segundo tal visão tradicional, mesmo em caso de ‘lacunas legais’ (art. 4º LINDB), a norma constitucional somente se aplicaria em caso último, por meio da invocação dos ‘princípios gerais de direito’ que, por certo, jamais se confundem com os princípios constitucionais, até porque estes se situam no ápice do ordenamento jurídico e que, por isso mesmo, nunca podem ter um mero papel subsidiário ou periférico.<sup>10</sup>

Não há dúvida de que a aplicação do texto constitucional, como último expediente para colmatação legal, confundindo-o com um princípio geral do direito, resulta numa interpretação equivocada e até teratológica.

Para melhor aclarar, é notória a distinção entre tais princípios, haja vista que, enquanto os princípios gerais são diretrizes para a colmatação de lacunas legais e são fontes subsidiárias do direito, segundo Maria Helena Diniz, também são “postulados de direito natural, verdades jurídicas universais, perenes e imutáveis, representando o que há de constante no direito, constituindo, por isso, o fundamento do direito positivo.”<sup>11</sup>

Já os princípios constitucionais, diferentemente, derivam da força normativa da Constituição, posto que “graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social”<sup>12</sup> e que essa força normativa só é alcançada com a realização dessa pretensão de eficácia, a chamada “vontade de Constituição”<sup>13</sup>, a fim de que a Constituição não se torne tão apenas uma “folha de papel”<sup>14</sup>, conforme vaticínio de Ferdinand Lassale.

Em relação ao segundo pressuposto – a unidade e complexidade do ordenamento jurídico – impõe-se consignar que o sistema jurídico é único e unitário, mesmo que permeado de diversas fontes e múltiplas normas, normas essas até especializadas.

<sup>10</sup> SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 10.

<sup>11</sup> DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 215.

<sup>12</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15.

<sup>13</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19.

<sup>14</sup> LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** São Paulo: Pillares, 2015, p. 61.

A despeito da avalanche de microssistemas jurídicos – leis especiais/extravagantes – que passaram a regular o direito civil especial, vale ressaltar que o direito civil constitucional se opõe a essa fragmentação, uma vez que busca a reunificação do sistema jurídico em torno dos valores constitucionais, de modo que a lei especial deve ser interpretada e aplicada não em conformidade com a sua ‘lógica própria’, mas, sim, em conformidade com os valores supremos da Constituição, a chamada vontade de Constituição, cuja força normativa “depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua *práxis*.”<sup>15</sup>

A unidade do ordenamento jurídico não é comprometida por sua complexidade, pois a Constituição funciona como o centro unificador do sistema e as leis especiais, em igual sintonia, também são irradiadas/atingidas por sua principiologia. E para bem explicar esse pressuposto, Pietro Perlingieri assim elucida: “A unidade do ordenamento não exclui a pluralidade e a heterogeneidade das fontes: esta pluralidade encontra o seu momento unificador no ordenamento que concorre a produzir.”<sup>16</sup>

Já o terceiro pressuposto – interpretação com fins aplicativos – revela que, diferentemente da dogmática da Escola da Exegese, em que o juiz era a boca da lei (*bouche da la loi*), o direito civil constitucional não aprisiona o intérprete ao texto estrito da lei, pois lhe confere um poder discricionário e criativo vinculado à realização dos valores constitucionais.

Por conseguinte, cabe ao exegeta realizar a interpretação em sintonia com a unidade sistemática do ordenamento, iluminada pelos valores constitucionais e não atrelado aos interesses pessoais ou de grupos, posto que “as observações do preâmbulo da Carta são o norte da ação do intérprete e que as regras de direitos fundamentais são de vigência e de aplicação imediatas, por força de texto expresso.”<sup>17</sup>

Dessarte, em sede de hermenêutica, o positivismo legalista deve ser rechaçado, haja vista que “o direito não está vinculado à letra da lei, mas à norma”<sup>18</sup>, com a ressalva de que o intérprete deve exercer seu legítimo juízo de discricionariedade, mas sem descambar para o arbítrio, sua ideologia ou sentimento pessoal.

O juízo de discricionariedade, que é legítimo, jamais pode se confundir com o juízo de arbitrariedade ou irracional, uma vez que este implica numa decisão *contra legem ou praeter legem*, resultando, ao cabo, numa decisão teratológica ou desmotivada.

<sup>15</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 21.

<sup>16</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 7-8.

<sup>17</sup> BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 43.

<sup>18</sup> TERRA, Aline de Miranda Valverde. Liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 55.

Assim, no contexto da metodologia do direito civil constitucional, o juízo de discricionariedade deve ser exercido no âmbito da legalidade constitucional, para fins de conciliar a conveniente flexibilidade metodológica com a necessária previsibilidade e segurança.<sup>19</sup>

#### 4 DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Como assinalado, o apogeu da abertura do sistema jurídico-civilista se consumou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, de matriz essencialmente principiológica e que se tornou o centro do ordenamento jurídico pátrio, merecendo destaque a adoção da cláusula geral da tutela da pessoa humana, considerada o valor-fonte do ordenamento jurídico.

Historicamente, o advento da Carta Magna deriva do processo de redemocratização brasileira, após longo período de ‘ditadura militar’, o que confirma a lição de que a Constituição de um país é, em essência, a soma dos “fatores reais de poder”.<sup>20</sup>

Inserida naquele contexto, desde então a dicotomia ‘direito público *versus* direito privado’ se acha esvaziada ou sem sentido, posto que a sociedade hodierna – complexa, plural e despersonalizada – já não mais comporta a clássica divisão de que a Constituição seria a lei do Estado e o direito privado a lei da sociedade civil.

Modernamente, é tarefa quase impossível apontar um interesse privado que seja completamente autônomo, independente e isolado do interesse público, bem como o inverso, o que implica em dizer que no Brasil ocorreu a ‘publicização do direito privado’ e, por via reflexa, a ‘privatização das normas públicas’, fragilizando o vetusto axioma romano da *summa divisio*.

Ademais, ressalte-se que, apesar de já promulgada a Constituição Federal de 1998, ainda vigia o Código Civil de 1916 (Código de Beviláqua), eminentemente individualista, liberal, conservador, patrimonialista e de perfil oitocentista, nada obstante já fragmentado diante das inúmeras leis especiais em vigor, que regulavam o direito civil especial e ele (o Código) regulava o direito civil comum.

O Código Civil de 1916 vigeu por mais de 80 (oitenta) anos, sendo que, após a edição da Constituição Federal de 1988 e antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, já existia no país uma rumorosa e incipiente aplicação do direito civil constitucional, quer seja pela novel doutrina, quer seja pela jurisprudência.

<sup>19</sup> KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 46.

<sup>20</sup> LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** São Paulo: Pillares, 2015, p. 50.

Naquela quadra histórica – registre-se – tramitava no Congresso Nacional o Anteprojeto do Novo Código Civil, cuja comissão fora nomeada no ano de 1969, sob a presidência de Miguel Reale, que apresentou um primeiro Texto em 1972 e que, após longa tramitação congressual, somente em janeiro de 2002 veio a cabo o Novo Código Civil, que entrou em vigor um ano após (11 de janeiro de 2003).

Portanto, o Projeto do Novo Código Civil tramitou por mais 30 (trinta) anos, não tendo havido uma participação popular efetiva, em consonância com os anseios da sociedade brasileira do Século XXI, o que o tornou um tanto desatualizado e em certo sentido lacunoso.

O Código Civil de 2002, também denominado de Código de Miguel Reale, que é autor da Teoria Tridimensional do Direito (Fato, Valor e Norma), é produto do culturalismo jurídico, que traduz uma “corrente de pensamento que aponta a cultura como paradigma central das ciências e da filosofia.”<sup>21</sup>

Em complemento a tal definição, Ricardo Maurício Freire Soares explica que para o culturalismo jurídico:

[...] o conhecimento jurídico não seria o produto metódico de procedimentos formais, dedutivos e indutivos, mas seria uma unidade imanente, de base concreta e real, que repousa sobre valorações. Cultura é tudo que o ser humano acrescenta às coisas (*homo additus naturae*). Trata-se da natureza transformada e ordenada pela pessoa humana com o escopo de atender aos seus interesses e finalidades. Os culturalistas concebem o direito pós-moderno como um objeto criado pelo homem, dotado de um sentido de conteúdo valorativo, sendo, pois, pertencente ao campo da cultura.<sup>22</sup>

Destarte, aponta-se que o Código Civil de 2002 está impregnado de ideais culturalistas, tais como ‘ética da situação’, ‘Direito como concreção’, ‘Direito como experiência’ – valores esses que resultaram na gestação de um Código Civil que funciona como ‘eixo central’ do sistema de direito privado, mas que adota a linguagem das cláusulas gerais, permitindo uma atividade judicial mais criadora.

O Código Civil em vigor garante três diretrizes fundamentais, a saber: eticidade, operabilidade e socialidade.

O princípio da eticidade, que se relaciona com a noção de lealdade e cooperação, acha-se previsto nos arts. 113, 187 e 422 Código Civil, priorizando a equidade, a boa-fé, a justa causa, na percepção de que o ‘Direito é uma técnica a serviço de uma ética’, de sorte que, entre o cotejo do direito-técnica e o direito-ética, deve prevalecer a força do Direito sobre o Direito-força.

<sup>21</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. In: COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38.

<sup>22</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Teoria geral do direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 209.

Já o princípio da socialidade “reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana”,<sup>23</sup> a fim de superar o caráter individualista e egoísta do Código de Beviláqua, passando a valorizar a palavra ‘nós’ em detrimento da palavra ‘eu’. E, para exemplificar essa previsão, há os princípios da função social da propriedade (art. 5º, XXII e XXIII CF c/c art. 1.228 CC), da função social do contrato (art. 421, CC), todos voltados ao alcance do bem comum, de há muito previsto no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

E, por último, o princípio da operabilidade, que visa a afastar o exagerado tecnicismo jurídico do Código revogado, isto é, suas ambiguidades ou bizantinices, facilitando a operabilidade, concretude ou efetividade dos institutos, doravante previstos com maior simplicidade, como é o caso, por exemplo, do tratamento conferido à prescrição e à decadência (arts. 189 a 211, CC). Em resumo, tal princípio objetiva alcançar a ‘ética da situação’, isto é, busca conferir ao interessado o efetivo bem da vida pleiteado, de forma concreta e efetiva e não meramente formal ou abstrata.

Pois bem.

Uma vez chegado a esse diapasão, isto é, com a necessária explanação acerca do perfil do Código Civil de 2002, vigente desde 11 de janeiro de 2003, impõe-se elucidar que uma parcela da doutrina passou a sustentar, de forma equivocada, a desnecessidade da doutrina do direito civil constitucional, atrelando essa metodologia apenas para o caso de envelhecimento das regras civilísticas do Código Civil revogado.

A outro giro, em sentido oposto, outra parcela doutrinária imputou severas críticas ao novo Código Civil, diante da sua lacunosidade ou desatualização, sob a alegação de desconhecer a normativa constitucional já em vigor (Constituição Federal), a farta legislação especial (microssistemas jurídicos) e a jurisprudência consolidada na experiência constitucional da última década.

O fato inconteste é que o Código Civil de 2002 – *re vera* – adveio um tanto distante dos anseios da sociedade brasileira do terceiro milênio, fato esse justificado diante da longuíssima tramitação congressional por mais de três décadas.

Assim, a conseqüente desatualização do Código Civil, quando da sua entrada em vigor, foi um fato marcante, reiteradamente questionado por parcela da doutrina à época. Acerca desse descompasso jurídico, basta lembrar que o atual Código Civil foi muito conservador no campo do direito de família, por não trazer qualquer regramento acerca da união homoafetiva,

---

<sup>23</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais inovações no Código Civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 5.

bem como por ter previsto a prisão civil do depositário infiel (art. 652, CC), o que levou o Supremo Tribunal Federal a se manifestar em sentido contrário em ambos os casos, ao estender a união estável aos homossexuais, por interpretação constitucional (art. 1.723, CC), além de impedir a prisão civil do depositário, por violação do Pacto de San José da Costa Rica.

Vale ainda registrar que o Código Civil autorizou o tratamento compulsório, vedando-o apenas em caso de ‘risco de vida’ (art. 15, CC), em desacordo com a dignidade da pessoa humana, o que faz evidenciar a sua diminuta axiologia constitucional, ainda que tenha adotado importantes cláusulas gerais capazes de realizar a ‘ética da situação’<sup>24</sup>, na dicção de Judith Martins-Costa.

Nesse toar, também digno de nota é a doutrina elucidativa de Gerson Luiz Carlos Branco, que assim conclui:

De fato, o novo Código é arrojado e ao mesmo tempo tímido na função de conformação da realidade. É arrojado porque estabelece as bases a partir das quais o direito poder evoluir, mudar e se adaptar às novas realidades. Essa possibilidade de mudança está na estrutura aberta e flexível, nas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, os quais vão manter o novo Código jovem independentemente das transformações futuras da sociedade. Porém, o Código de 2002 é tímido porque não inova em suas regras, somente consolidando modelos jurídicos que a doutrina e jurisprudência já haviam recepcionado.<sup>25</sup>

E acerca desse impasse, a respeito da necessidade e/ou desatualização do Código Civil de 2002, percebe-se que o seu advento de modo algum elide ou atenua o papel da Constituição Federal, muito ao contrário. Mais do que nunca, persiste a necessidade de uma releitura do Código Civil de 2002 à luz da normativa constitucional, objetivando a máxima realização dos valores constitucionais insertos às relações privadas, quer seja por incidência direta ou indireta do Texto Constitucional.

Em suma: ou porque o Código Civil seja avançado ou porque seja retrógrado, impõe-se a permanente e imperiosa metodologia do direito civil constitucional, no sentido da interpretação do texto civilístico em prol da maximização da normativa axiológica constitucional, não se admitindo, em pleno Século XXI, a chamada ‘subversão hermenêutica’, isto é, a aplicação da Constituição à luz do Código Civil.

## 5 DESPATRIMONIALIZAÇÃO *VERSUS* REPERSONALIZAÇÃO (O TER E O SER)

<sup>24</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 87-160.

<sup>25</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. In: COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 79.

O processo de constitucionalização do direito civil importa numa mudança radical de paradigma, isto é, a percepção de que a solidariedade social deve prevalecer sobre a liberdade individual, devendo ser observado, por exemplo, que o patrimônio deixa de ser o eixo da estrutura social para se tornar num instrumento de realização da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988, eminentemente principiológica, não previu expressamente a adoção do sistema capitalista de produção, como assim fizeram outras Constituições, mas acolheu o direito de propriedade – o cerne do regime capitalista – atrelado à função social (art. 5º, XXII e XXIII), além do que, no preâmbulo e no capítulo relativo à atividade econômica, previu também valores de cunho existencial, a saber: a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), a defesa do meio ambiente (art. 170, VI), a busca do pleno emprego (arts. 6º e 170, VIII), a redução das desigualdades sociais e regionais (arts. 3º, III e 170, VII), a sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).

Basicamente, a Carta Magna despatrimonializou os institutos civilísticos clássicos, mas sem refutar a livre iniciativa e a propriedade privada, desde que a prática capitalista esteja vinculada à realização de valores sociais, uma vez “que a titularidade das coisas não pode ser um fim em si mesmo.”<sup>26</sup>

O contexto hodierno prediz que o homem deve se servir do patrimônio e não ao patrimônio. Modernamente, diferentemente do paradigma antigo, no qual o Código Civil era concebido como a ‘Constituição da vida privada’, a percepção é de que os valores individualistas não servem mais como fundamento axiológico para o direito civil moderno, uma vez que este deve ser aplicado sob o manto da legalidade constitucional.

Impõe-se a efetivação da ‘força normativa da Constituição’<sup>27</sup>, como preleciona Konrad Hesse, razão por que a dogmática civilística deve se afastar da jurisprudência dos conceitos em direção à jurisprudência dos valores, mediante a aplicação direta e imediata da normativa constitucional sobre as relações interprivadas, cuja aplicação também pode ocorrer de forma indireta:

Pode-se, portanto, afirmar que, seja na aplicação dita indireta – que sempre acontecerá quando existir na legislação ordinária uma normativa específica, ou cláusulas gerais ou princípios expressos – seja na aplicação dita direta – assim definida pela ausência de intermediação de qualquer enunciado normativo ordinário –, a norma constitucional acaba sempre por ser utilizada. O que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta (distinção não sempre fácil), mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional frente às relações pessoais e socioeconômicas [...]. Portanto, a normativa constitucional

<sup>26</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 305-306.

<sup>27</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9-32.

não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.<sup>28</sup>

Induvidoso que uma nova dogmática do direito privado se impõe, à luz da legalidade constitucional, sob o enfoque de que a pessoa humana é o centro do ordenamento jurídico, ensejando o fenômeno da ‘repersonalização do direito civil’, fundado na cláusula geral da dignidade humana (art. 1º, III, CF), valor supremo da Carta Magna.

Nesse contexto, os institutos civilísticos merecem ser funcionalizados, para bem aclarar a necessária diferenciação entre as situações jurídicas patrimoniais e existenciais, no sentido de bem distinguir a estrutura de um instituto civilístico (‘como funciona’) da sua respectiva função (‘para que serve’).

Assim, a metodologia civil constitucional objetiva funcionalizar os institutos, isto é, visa a conferir predomínio das situações existenciais sobre as situações patrimoniais, sem olvidar, contudo, do interesse particular (‘ter’), mas conferindo prevalência aos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, ou seja, o (‘ser’).

Em fórmula sintética, pois, funcionalizar o instituto significa compreender que o ‘ser’ deve prevalecer sobre o ‘ter’, de sorte que uma situação jurídica existencial, que se funda na dignidade da pessoa humana (valor central da Carta Magna) deve ter primazia sobre uma situação jurídica patrimonial (livre iniciativa econômica), devendo o intérprete, no caso concreto, proceder à devida distinção mediante adequada ponderação dos interesses em conflito.<sup>29</sup>

## 6 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

A doutrina constitucional vivencia hoje “a euforia do que se convencionou chamar de *Estado Principiológico*”,<sup>30</sup> fazendo-se necessário a correta distinção entre princípios e regras, que são espécies de normas jurídicas.

Princípio e regra não se confundem, pois não exercem a mesma função, não se situam no mesmo nível e não têm a mesma eficácia, razão por que a diferenciação se impõe.

Diz-se que o princípio é uma norma com grau de generalidade relativamente alto, que se refere a valores estruturantes, ou seja, se reporta a bases ou pilares do ordenamento jurídico,

<sup>28</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11-12.

<sup>29</sup> PERLINGIERI Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 769.

<sup>30</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 43.

não se colide com outro princípio, ficando sujeito à ponderação (concorrência) sobre aquele que deve prevalecer, isto é, aquele que tiver maior peso no caso concreto.

O princípio garante um conteúdo axiológico e é conceituado como ‘mandamento de otimização’,<sup>31</sup> entendida a expressão mandamento em sentido amplo para incluir as permissões e proibições.

A regra, por sua vez, é uma norma que não tem conteúdo axiológico e que contém determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, isto é, a regra sempre é satisfeita ou não satisfeita, pois institui um dever definitivo, independente das possibilidades fáticas e normativas, além do que, em caso de colisão entre regras, uma delas deve ser afastada ou considerada inválida. Para a aplicação da regra, usa-se o modelo ‘subsuntivo’, ou seja, o modelo tradicional de aplicação do direito, segundo o qual se realiza a subsunção dos fatos à norma, de sorte que a aplicação da regra se opera na modalidade ‘tudo ou nada’.

A boa-fé objetiva é um princípio e não uma regra, que deita raízes na *bona fides* do direito romano que “trazia em seu bojo uma expectativa de conduta objetiva, previsível e adequada aos parâmetros da sociedade romana, expectativa esta que se reportava aos ideais da *fides*, noção ética e moral.”<sup>32</sup>

No direito canônico, a boa-fé é tratada como ausência de pecado.

A boa-fé objetiva foi prevista no Código Civil Alemão (*BGB*, § 242), tendo a jurisprudência alemã, a partir da Primeira Guerra Mundial, atribuído às partes deveres gerais de informação, de sigilo, de colaboração, impondo parâmetros (*standards*) de conduta contratual.

No Brasil, a boa-fé objetiva foi acolhida pelo Código Comercial de 1850 (art. 131, § 1º) como princípio interpretativo dos contratos comerciais, mas que não logrou êxito, à vista do liberalismo exacerbado vigente à época, tão apenas vinculado ao dogma da vontade.

Por seu turno, o Código Civil de 1916, fundado na dogmática oitocentista, apenas previu a boa-fé sob a acepção subjetiva, que diz respeito ao estado subjetivo/intimo do sujeito acerca da ignorância da existência do direito do outro ou, então, a sua justificada convicção de ter um comportamento conforme o direito, tendo sido notadamente prevista no Direito das Coisas (arts. 490, 510, 514 e 516). Em outras palavras, a boa-fé subjetiva é compreendida como estado psicológico, um estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios.

<sup>31</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 90.

<sup>32</sup> RUBINSTEIN, Flávio. *Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 21.

A outro giro, a boa-fé objetiva é um princípio jurídico, ou seja, uma regra de conduta, também denominada um ‘mandamento de conduta’ que “engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam.”<sup>33</sup> Trata-se de um modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse modelo objetivo, no sentido da honestidade, lealdade e probidade, devendo ser examinado, no caso concreto, o *status pessoal* e cultural dos envolvidos.

Hodiernamente, o Código de Defesa do Consumidor foi o primeiro diploma legal que previu a boa-fé objetiva (art. 4º, III e art. 51, IV) e o Código Civil de 2002 a regulou expressamente nos arts. 113, 187 e 422, sendo considerado um princípio social do contrato e até, segundo alguns, um “macroprincípio que absorveria os demais princípios do direito civil, especialmente no âmbito das obrigações civis.”<sup>34</sup>

## 7 CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA E SUA VOCAÇÃO EXPANSIONISTA

À luz da doutrina majoritária, a exemplo de Judith Martins-Costa,<sup>35</sup> a boa-fé objetiva é um princípio jurídico veiculado mediante a técnica legislativa conhecida como cláusula geral, sendo esta uma norma que garante enunciado permeado de uma linguagem aberta, fluida, vaga, ou seja, uma linguagem que expressa um conteúdo jurídico impreciso, vário, múltiplo, permitindo ao juiz, no caso concreto, a integração de determinadas ocorrências não previstas pelos meios legislativos clássicos, facultando-lhe até valer-se de conceitos metajurídicos.

Melhor dizendo, o princípio da boa-fé objetiva é materializado via cláusula geral, a qual pode ser compreendida como uma técnica de elaboração legislativa que se afasta do casuismo descritivo e antecipado da hipótese fática, mediante a adoção de termos semânticos abertos e plúrimos, permitindo a criação da norma para o caso específico.

A boa-fé objetiva, também denominada de mandamento de conduta, é aplicável antes, durante e após o contrato, incidindo assim nas condutas *in contrahendo e post factum finitum*, na perspectiva de que, modernamente, a obrigação não deve ser entendida apenas como uma relação jurídica estática/linear entre credor e devedor, como assim era tida na dogmática clássica e, sim, como um processo, um sistema total e dinâmico, plural e solidário.

<sup>33</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: editora FGV, 2006, p. 33.

<sup>34</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Boa-fé no direito civil: do princípio jurídico ao dever geral de conduta. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; JÚNIOR, Marcos Ehrhardt; FILHO, Rodolfo Pamplona (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 19.

<sup>35</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 145.

O *habitat* natural da boa-fé objetiva é o direito civil, especialmente o direito contratual/obrigacional, no sentido de que ambos os contratantes (credor e devedor) devem agir com respeito aos deveres anexos de lealdade, probidade, cooperação, a fim de acautelarem as legítimas expectativas de ambos para o fim colimado no contrato.

Malgrado isso, a sua aplicação vem se expandindo às largas, ou seja, vem desbordando não só para outras searas jurídicas privadas (direito do consumidor e direito empresarial, por exemplo), mas também para outros ramos do direito público, não só em razão da sua tríplice função, a saber – função interpretativa e de colmatação, função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção e função delimitadora do exercício de direitos subjetivos,<sup>36</sup> mas também em face do esmaecimento da dicotomia entre direito público e direito privado (*summa divisio*).

Nesse diapasão, pois, a boa-fé objetiva, também conhecida como ‘mandamento de lealdade’, vem sendo aplicada em diversos ramos do direito público, tais como o direito penal, o direito administrativo, o direito processual, o direito internacional, o direito tributário/financeiro, o direito previdenciário, o direito ambiental e, quiçá, em sede de responsabilidade civil da administração pública por omissão específica, havendo, contudo, escassez de estudos doutrinários a respeito dessa expansão.

No direito administrativo, por exemplo, o princípio da moralidade pública (art. 37, *caput*, CF) tem total vinculação com o princípio da boa-fé objetiva,<sup>37</sup> revelando assim que o Estado – um ente abstrato criado e dirigido por Homens – também deve agir segundo regras de honestidade e lealdade com os seus administrados, uma vez que todo sujeito de direito deve se conduzir conforme a boa-fé objetiva, independentemente de ser pessoa natural ou jurídica, de direito privado ou de direito público.

Em suma, se o Século XX foi tido como a ‘Era dos Direitos’, o Século XXI pode ser compreendido como a ‘Era da Efetivação dos Direitos’, haja vista que, na sociedade pós-industrial em que se vive – a vítima – quer seja inserida numa relação jurídica privada ou pública não pode ficar irressarcida e ao desamparo, ou seja, esquecida no lugar-comum de que ‘estava no lugar errado e na hora errada’. Em verdade, todos, indistintamente, devem obedecer ao mandamento de lealdade (boa-fé objetiva), também de implícita matriz constitucional, quer como valor da solidariedade (art. 3º, I, CF), quer como princípio da moralidade (art. 37, *caput*, CF).

<sup>36</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Delimitação conceitual do princípio da boa-fé. In: LOBO, Fabíola Albuquerque; JÚNIOR, Marcos Ehrhardt; FILHO, Rodolfo Pamplona (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 41.

<sup>37</sup> GIACOMUZZI, Guilherme José. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública – O conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 236.

A boa-fé objetiva tem, portanto, notória força normativa, isto é, a chamada ‘força do direito’, na lição de Pierre Bourdieu,<sup>38</sup> razão por que sua vocação expansionista é uma realidade incontestada, desde que devidamente lastreada na adequada aplicação da metodologia do direito civil constitucional.

## 8 UMA RELEITURA CRÍTICA

O Direito, produto cultural da humanidade, em essência visa a segurança jurídica em prol da promoção do ser humano.

Frise-se que “O Direito é ciência de raciocínio; curvando-se ante a razão, não perante o prestígio profissional de quem quer que seja”,<sup>39</sup> posto que o argumento de autoridade (*ab auctoritate*), que prestigiava os autores, deve ser relativizado em busca da autoridade de argumento.

Apaixonar-se não é argumentar, eis um aforismo.

Como antes abordado, a metodologia do direito civil constitucional tem premissas teóricas fundamentais,<sup>40</sup> que devem ser observadas com rigor, sob pena da ‘banalização ou frouxidão’ dessa metodologia.

Na experiência pátria, corriqueiramente, vê-se a aplicação equivocada do direito civil constitucional, quer seja porque o conflito posto é decidido de forma simplista, com base apenas em único artigo de lei derivado de mera norma infralegal (portaria, provimento, resolução, nota técnica etc.) ou de um microssistema jurídico (lei especial), olvidando-se, por conseguinte, da premissa de que a unidade do ordenamento jurídico não exclui a pluralidade e heterogeneidade das fontes.

Dessarte, com igual frequência vê-se a aplicação desmesurada – ao arrepio do método – de cláusulas gerais para solucionar conflitos com base na ideologia pessoal e até arbitrária do julgador, na esteira da chamada ‘jurisprudência sentimental’ referida por Carlos Maximiliano,<sup>41</sup> o que provoca a confusão sobre o significado do juízo discricionário e do juízo arbitrário.

Nessa seara, por exemplo, basta lembrar o uso recorrente da cláusula geral da dignidade da pessoa humana como fundamento legal para uma miríade de casos, como se fosse uma

<sup>38</sup> BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989, p. 209-254.

<sup>39</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 272.

<sup>40</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 592-597.

<sup>41</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 83.

panaceia jurídica, além do uso oportunista e pouco técnico das cláusulas gerais da função social do contrato, da boa-fé objetiva, do abuso de direito, da atividade de risco, dentre outras.

Na práxis judicial, igualmente, observa-se o uso inadequado da cláusula geral da boa-fé objetiva, mormente porque a locução ‘boa-fé’ é de difícil conceituação, por se tratar de um sintagma, uma expressão semanticamente vaga ou aberta e/ou em razão da ‘jurisprudência sentimental’ tão em moda, mas de notória colisão com a metodologia do direito civil constitucional.

Uma releitura crítica se faz necessária, a partir da prevalência de uma interpretação deontológica (jurisprudência dos valores) sobre uma interpretação teleológica apenas (jurisprudência dos conceitos), esta produto da Escola Pandectística e que sustentava uma aplicação neutra e formal do Direito.

Ademais, deve-se atentar que o intérprete/julgador não fique adstrito apenas ao texto da lei, mas, sim, ao ordenamento com um todo, mediante ponderada e razoável argumentação jurídica para a solução do caso concreto, sem resvalar, contudo, para o arbítrio judicial, para o subjetivismo extremado, para o chamado “pan-princiolismo” ou para a “cultura do decisionismo”, conforme lúcida explanação de Daniel Sarmento:

Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar o seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, convertem-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador consegue fazer tudo o que quiser.<sup>42</sup>

Induidoso que o juízo discricionário é legítimo; todavia, o seu exercício deve respeitar o princípio da legalidade, não estando este afeto apenas à letra fria da lei, mas, sim, à norma inserida no ordenamento unitário e plural.

A justiça do caso concreto é a justiça na legalidade constitucional, isto é, fundada na equidade, sendo esta uma das acepções da razoabilidade, que significa um postulado ou uma metanorma, na lição de Humberto Ávila.<sup>43</sup>

Impõe-se, assim, uma releitura crítica do direito civil constitucional, cabendo ao civilista moderno fazer a adequada simbiose (equilíbrio) entre o legalismo estrito e o subjetivismo jurídico,<sup>44</sup> não permitindo que a metodologia do direito civil constitucional desbande para a

<sup>42</sup> SARMENTO, Daniel. **Livre e iguais**: estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 199.

<sup>43</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 164.

<sup>44</sup> SCHREIBER, Anderson. Direito civil e Constituição. In: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p.22.

ausência de método, sob a falácia da informalidade e liberdade extrema do julgador, ao arrepio até do direito posto, gerando notória insegurança jurídica.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo demonstrou que o Código Civil de 1916, que vigorou por mais de 80 (oitenta) anos, tinha um perfil liberal e voluntarista, deveras arraigado aos postulados dogmáticos do Código de Napoleão, de matriz individualista, positivista e patrimonialista.

Desde então, assistia ao Julgador tão apenas a aplicação da lei, tal qual um fiel servo.

Apontou-se que a abertura do sistema civil, mediante a edição de leis especiais, teve seu apogeu com a promulgação da Carta Magna de 1988 e que o advento do Código de Civil de 2002, de longa tramitação congressional, foi permeado de críticas, em razão da sua timidez temática, não obstante tenha sido elogiado pelo seu aspecto inovador, diante da adoção das cláusulas gerais.

Foi dito que, dentre diversas cláusulas gerais, o Código Civil previu expressamente a boa-fé objetiva, considerada um princípio jurídico e não uma mera regra, sendo também classificada como um mandamento de conduta ou de lealdade.

Demonstrou-se que a boa-fé objetiva é uma norma de conduta, segundo a qual as partes devem agir com lealdade, ética, probidade, antes e depois do contrato, a fim de alcançar o fim colimado na avença, posto que, na modernidade, a obrigação deve ser compreendida como um processo e não apenas uma relação jurídica estática e linear entre credor e devedor.

Também nesse contexto, o estudo defendeu a vocação expansionista da boa-fé objetiva, que, a despeito da sua genuína matriz civilística, modernamente também alcança outros ramos do direito privado e até do direito público, mormente o direito administrativo, cujo princípio da moralidade pública lhe dá amparo constitucional.

Argumentou-se, ainda, que a vocação expansionista da boa-fé objetiva somente é factível com a aplicação adequada da metodologia do direito civil constitucional, estruturada sob premissas teóricas precisas, objetivando conferir funcionalidade aos institutos civilísticos, isto é, conferir a prevalência da pessoa humana (o ser) sobre (o ter), mediante a necessária simbiose (equilíbrio) entre o legalismo posto, ainda que não estrito, e o subjetivismo jurídico.

Ademais, o estudo deitou críticas à atual e recorrente aplicação da metodologia do direito civil constitucional, praticada, geralmente, de forma inadequada e ao arrepio das suas premissas teóricas, gerando uma cultura nefasta de decisionismo judicial, de enorme subjetivismo jurídico – ou porque fundada na aplicação de mero artigo de lei ou porque fundada

em interpretação destoante de uma cláusula geral, às vezes por mera inspiração político-ideológica do intérprete.

Por fim, o trabalho visou alertar sobre essa discrepância metodológica, bem como ressaltou a necessidade da correta aplicação da metodologia do direito civil constitucional, inclusive em sede da cláusula geral da boa-fé objetiva, evitando-se a banalização do direito civil constitucional.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 3ª ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. *In*: COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand 1989.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: editora FGV, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais inovações no Código Civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GIACOMUZZI, Guilherme José. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública – O conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil. *In*: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** São Paulo: Pillares, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Boa fé no direito civil: do princípio jurídico ao dever feral de conduta. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; JÚNIOR, Marcos Ehrhardt; FILHO, Rodolfo Pamplona (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. *In*: COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**. Rio de Janeiro, v. 17, n. 65, 1993.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Delimitação conceitual do princípio da boa-fé. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; JÚNIOR, Marcos Ehrhardt; FILHO, Rodolfo Pamplona (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. *In*: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Livre e iguais: estudos de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Teoria geral do direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. *In*: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Temas de direito civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito brasileiro**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Recebido/Received: 26/01/2022

Aceito/Accepted: 13/05/2022

Publicado/Published: 07/06/2022