

Processo Novo: Como surge um princípio jurídico no ordenamento?

23/09/2013



José Miguel Medina
Advogado e professor

Tarefa das mais difíceis é a de se identificar um princípio jurídico. Uso a

expressão “identificar”, aqui, em um sentido amplo, para abranger *formulação, convalidação e aplicação*.

Não desejo, hoje, tratar da tese que identifica os direitos fundamentais como princípios. Nesse caso, sob certo ponto de vista, talvez o problema sequer existiria, já que é lugar-comum dizer que “direitos fundamentais são princípios”, embora isso seja algo que deva ser posto à prova. Também escapa aos limites deste trabalho, porque exige exame mais demorado, a relação existente entre regras e princípios. Para esse tema, haverá outro texto, em breve, nesta coluna.

A afirmação com que abro o texto desta semana pode parecer estranha ao leitor. Afinal, o que mais se vê, hoje, é o surgimento abundante de princípios, para se resolver todo e qualquer problema, em todos os sentidos. Parece, na verdade, que tudo acaba se tornando “princípio” e, então, sendo “ponderado” com outros “princípios”... Em [texto anterior desta coluna](#), tentei chamar a atenção para o fato de que essa é uma atitude perigosa. O vocábulo “princípio” tem sido usado para abrigar uma quantidade muito grande de fenômenos jurídicos, que não guardam relação entre si. E pior: não raro, “princípios” de categorias diferentes são “sopesados”. Não parece adequado, contudo, aplicar a tese de Alexy àquilo que ele próprio, talvez, não chamasse de princípios.

Devemos reconhecer, de todo modo, que a tarefa de se definir princípio não é mesmo fácil. Depois, acertar como se decidir com base em um princípio, também não é algo simples. Contribui para essa complexidade o fato de a alguns “princípios” serem atribuídos vários significados.

Tome-se, por exemplo, a *boa-fé objetiva*. Que significações tem a boa-fé, em nosso direito? Boa-fé é princípio jurídico?

De acordo com o artigo 113 do Código Civil, “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé”. Aqui, a boa-fé serviria como critério interpretativo. Logo adiante, porém, o artigo 187 do Código dispõe que é ilícito o ato que excede os limites impostos pela boa-fé. Por fim, o artigo 422 do Código Civil estabelece que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

A boa-fé, nos artigos 187 e 422, parece não se conformar apenas a servir de norte à interpretação das cláusulas de um negócio — como sucede com o artigo 113 — mas, indo além, *limita* a conduta das partes e, a um só tempo, *impõe comportamentos*. A leitura dos três dispositivos citados revela que não está em jogo, aqui, a boa-fé “subjettiva”. Não se ocupa a lei, no caso, de se perquirir sobre a intenção do agente. Por isso, fala-se hoje, comumente, em *boa-fé objetiva*.

À luz do Código Civil anterior, indagava-se sobre a existência de um “princípio da boa-fé”. Apesar da ausência de menção expressa a respeito de tal princípio, a doutrina o reconhecia, mas quase que exclusivamente como regra de “hermenêutica integradora”, como afirmou Couto e Silva.^[1] Sob esse prisma, há, hoje, previsão expressa na lei, como se disse (cf. artigo 113 do Código Civil). Couto e Silva empenhou-se em demonstrar, ainda, à luz do sistema então em vigor, que haveria deveres, cujo cumprimento poderia ser exigido das partes, resultantes da concreção do princípio da boa-fé.

Guardadas as devidas diferenças, Couto e Silva fez algo parecido com o que fez Jhering, quando este formulou o princípio da responsabilidade por *culpa in contrahendo*, descrito por Larenz como exemplo de método a ser percorrido para se formular um princípio jurídico. Sob esse prisma, o conhecimento e formulação dos princípios “vai ligado o seu esclarecimento mediante casos paradigmáticos, a delimitação de seu alcance em relação com outros princípios e com uma regulação positiva, a sua concretização relativamente a grupos de casos e, finalmente, o plasmar-se numa ‘doutrina’ bem estruturada”.^[2]

Poderia se dizer que todo esse trabalho doutrinário, à luz dos arts. 187 e 422 do Código Civil de 2002, já não seria mais necessário. Ficaria pendente, assim, a tarefa subsequente, consistente em saber como, com base na boa-fé, pode-se considerar ilícita determinada conduta, ou se impor deveres às partes. Creio, porém, que ainda temos muito a caminhar. Afinal, *ainda estão em construção, na doutrina e na jurisprudência brasileira, os contornos da boa-fé objetiva*.

A referência na lei à boa-fé, assim, embora permita ultrapassar a indagação sobre saber se tal princípio existiria, entre nós, deixa pendente a resolução de outras questões, como a de se *formular* o princípio. Afinal, dizer que as partes devem executar o contrato “de acordo com a boa-fé” oferece um caminho, por certo, mas não determina o que, de fato, deve ser observado pelas partes.

Prossigamos um pouco, ainda em relação à boa-fé objetiva.

O artigo 422 do Código Civil inspirou-se no direito alemão. Com a codificação alemã (*BGB*, § 242), conferiu-se sentido ético à boa-fé subjettiva pela concepção de que a ignorância não seria suficiente, pois a boa-fé exige a consciência de não lesar alguém (*Guter Glauben*). A boa-fé subjettiva e a boa-fé objetiva são formadas pelo mesmo substrato ôntico, mas ambas diferem

quanto ao modo de manifestação. A boa-fé objetiva se projeta do exterior para o interior, uma vez que a manifestação da vontade no meio social é o que deverá prevalecer para a segurança do tráfego negocial (*Rechtsverkehr*). Na boa-fé subjetiva o caminho é inverso, centrando-se a análise sobre o sujeito emitente da declaração de vontade.

Essa *guinada* (do “subjetivo” para o “objetivo”) percorre todo o Código Civil brasileiro.[3]

Algo parecido sucede com o artigo 187 do Código Civil, que é semelhante ao [artigo 334.º](#) do Código Civil português. Vê-se que adotou o critério *objetivo*, funcional ou finalístico, segundo o qual mais importante que a intenção do sujeito é a constatação de que o direito foi exercido de modo contrário à sua finalidade econômica ou social.

Disso decorrem muitas consequências. Reconhece-se, por exemplo, que “as diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva” (Enunciado 412 das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal). Na jurisprudência, esse entendimento vem sendo reiteradamente observado.

Vê-se que, como afirmei acima, *a dimensão da boa-fé objetiva está em construção*, entre nós. Os dados fornecidos pela lei (no caso, os artigos 187 e 422 do Código Civil) são importantes, evidentemente; mas a atitude doutrinária – como a desenvolvida outrora por Costa e Silva – não deixa de ter relevância, já que é necessário, ainda, precisar o que é o princípio, e o que se pode (e não se pode) resolver com ele.

A primeira dificuldade, pois, está em se *formular* um princípio.

Embora seja complexo fazê-lo, alguns autores apresentaram critérios que devem ser observados para se identificar um princípio.

Para Josef Esser, os princípios são “descobertos” a partir de uma *problemática concreta*, “de modo que é o problema, e não o ‘sistema’ em sentido racional, que constitui o centro do pensamento jurídico”. [4] Uma vez *formulados*, os princípios devem ser *convalidados* à luz da experiência histórica. [5] Formulados e convalidados, os mesmos princípios devem ser aplicados a outros dados para que tenham, então, sua existência confirmada nas consequências práticas de sua aplicação. [6] É o que alguns chamam de *critério della fecondità dei principi*. [7]

Esses critérios, creio, devem ser considerados, para que se possa dizer que algo é um princípio jurídico. Os princípios devem ser formulados a partir da problemática concreta e convalidados pela prática da comunidade etc. Vale dizer: *os princípios não surgem do nada, e não podem ser simplesmente abandonados, como se não tivessem existido*. Incidem, aqui, as observações que temos feito em torno da ideia de *jurisprudência íntegra* (cf. p.ex., o que escrevermos [aqui](#) e [aqui](#)). Através do critério de *fecundidade* do princípio, sua existência e convalidação é reafirmada, como se seu sentido, sob esse prisma, fosse *atualizado constantemente, a cada novo caso resolvido com base no princípio*. Não observadas essas condições, não se poderá afirmar que se está diante de um princípio jurídico.

Com este segundo texto, ainda estamos apenas começando uma longa caminhada, que começamos antes, [nesta coluna](#), aqui na **Conjur**. Temos muito a percorrer, mas, pouco a pouco, espero que consigamos apresentar bases mínimas a serem observadas, na interpretação e aplicação de princípios jurídicos.

Caminhemos, pois. Até a próxima semana!

[1] *A obrigação como processo*, p. 33 ss.

[2] Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, p. 512.

[3] Tratamos do tema, com mais vagar, na obra *Código Civil comentado*, escrito em coautoria com Fábio Caldas de Araújo, no prelo.

[4] *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, p. 9.

[5] “La prima e fondamentale base di prova per la dimostrazione della esistenza del principio è un comportamento osservabile o nella comunità attuale o in una classe storicamente determinata di comunità tra cui figura quella in considerazione, o addirittura, al limite, in ogni società umana” (Vincenzo Panuccio, *Saggi di metodologia giuridica*, p. 46).

[6] Vincenzo Panuccio, ob. cit., p. 41.

[7] Refere-se Vincenzo Panuccio ao *criterio della fecondità dei principi*, afirmando que “un principio che non sai fecondo di conseguenze giuridiche (anche all’infuori degli effetti espressamente previsti) non è, parlando a stretto rigore, un principio giuridico” (ob. cit., p. 62). A ideia é também mencionada por Boulanger, consoante narra Guido Alpa: “Ma la regola ferra che Boulanger osserva è la seguente: *una proposizione di tenore generale non há valore e carattere di principio se non quando la sua applicazione possa portare ad una soluzione di diritto positivo*. [...]. Nei principi Boulanger vede quindi un indispensabile mezzo tecnico per la soluzione dei problemi giuridici: testualmente ‘un indispensable élément de fécondation de l’ordre juridique positif’ ” (*I principi generali*, p. 109-110).

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2013-set-23/processo-surge-principio-juridico-ordenamento/>