

CAPÍTULO IV

A BOA-FÉ OBJETIVA NA VISÃO DE KARL LARENZ

*Cássio Frederico Gonçalves
Marinho Pereira**

Sumário • 1. Introdução – 2. A Leitura de Larenz da Cláusula Geral da Boa-Fé Objetiva – 3. A Exigência Geral de Justiça Consubstanciada nos Princípios – 4. O Conteúdo Axiológico do Princípio do Treu und Glauben – 5. Os Parâmetros Remanescentes – 6. Dois Parâmetros Subsidiários – 7. Os “Grupos de Casos” – 8. Referências Bibliográficas.

RESUMO: As cláusulas gerais e, mais especificamente a boa-fé objetiva, foram responsáveis por uma verdadeira revolução na dogmática cível e na metodologia jurídica como um todo. Este estudo busca revisitá-la justamente esta confluência através da obra de Karl Larenz, um dos maiores civilistas do séc. XX. Larenz oferece três parâmetros para orientar a aplicação da boa-fé objetiva: a exigência geral de justiça consubstanciada nos princípios do sistema interno, consciência e o conceito de lealdade de todos ou do grupo social implicado, e a jurisprudência dominante.

PALAVRAS-CHAVE: KARL LARENZ, BOA-FÉ OBJETIVA, CLÁUSULA GERAL, METODOLOGIA JURÍDICA, SISTEMA INTERNO, PRINCÍPIO DA CONFIANÇA.

1. INTRODUÇÃO

A jurisprudência civilista alemã mostrou-se suficientemente adulta para satisfazer as exigências que as cláusulas gerais colocam à ‘obediência inteligente’ do juiz (Heck) quando ela, a partir das crises da primeira guerra mundial, começou, com uma calma e reflectida ponderação, a preencher as cláusulas gerais com uma nova ética jurídica e social e, assim, a adaptar a ordem jurídica burguesa à evolução social. Assim, ela adquiriu uma função totalmente nova do direito judicial posterior à segunda guerra mundial. (WIEACKER, 2004, p.546).

*. O autor é bacharel em Germanística pela Universidade de Chicago. Frequentou cursos na Universidade Livre de Berlim, Universidade Humboldt (ALE), Brandeis University (EUA) e iniciou programa de doutorado na Universidade de Princeton (EUA). É graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Como aponta o professor Franz Wieacker, o desenvolvimento das cláusulas gerais, de modo abrangente, e da boa-fé objetiva, de maneira específica, se deu em terras germânicas. O ambiente jurídico bem particular do pós-guerra, favoreceu esta evolução. Afinal, como deveriam ser tratados os negócios jurídicos selados, por exemplo, em 1937 e que ainda deveriam gerar efeitos até a década de quarenta? Neste período, o regime nazista se desfez, a Alemanha atravessou um conflito armado sem precedentes e se viu em ruínas, sob o controle de forças de ocupação (*Besatzungsmächte*), ou seja, não havia um Estado alemão¹. No plano econômico, a retomada do crescimento somente viria no início da década de cinquenta. E até este verdadeiro “Milagre Econômico” ocorreu com tamanha velocidade que radicalmente alterou a composição da população economicamente ativa em poucos anos.² O Direito teve que rapidamente se adaptar aos novos tempos.

O Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB) foi publicado em 18 de agosto de 1896, entrando em vigor em primeiro de janeiro de 1900. Por ser um período ainda sob a égide da Pandectística, o BGB foi pensado como um sistema fechado. “De certa forma, aí está delineado o *mos geometricus*, que, no espaço liberal que expande o século XIX até a República de Weimar, sobrepõe o valor ‘certeza jurídica’ ao valor ‘justiça material’ e completa a obra de separação absoluta entre as esferas da moral e do direito” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 237). A terminologia de classificação de sistemas em “abertos” e “fechados” foi introduzida por Fritz Schulz e é hoje largamente utilizada pela doutrina. Os sistemas “abertos” são identificados com uma ordem jurídica construída pela jurisprudência ao passo que os “fechados” estão presos intimamente aos códigos.³ A profes-

1. “Anders als 1918 gab es 1945 keine deutsche Staatsgewalt mehr; die Souveränität des Reiches ging über an die Gesamtheit der vier Besatzungsmächte – die USA, die Sowjetunion, Großbritannien und Frankreich –, die am 30. August 1945 als gemeinsames Vollzugsorgan den Alliierten Kontrollrat einsetzen”. (WINKLER, 2002, p. 117).
2. “Im Zeichen hoher Wachstumsraten vollzog sich in der Bundesrepublik während der fünfziger Jahre ein sozialer Wandel, der alles in den Schatten stellte, was es in der Weimarer Republik und im ‘Dritten Reich’ an sozialen Strukturveränderungen gegeben hatte. Der Anteil der Selbständigen und der in der Landwirtschaft beschäftigten Personen nahm ab, während der Anteil der unselbständigen Beschäftigten, vor allem im Dienstleistungsbereich, stieg, was zugleich eine Gewichtsverlagerung von den Arbeitern zu den Angestellten bedeutete”. (WINKLER, 2002, p.160).
3. Vide: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. [Trad.] A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 103s. No mesmo sentido: “Hier werde ich nach dem oben Angedeuteten im groben zwei Aufbauformen unterscheiden: das ‘geschlossene System’, wie es durch die Idee der Kodifikation repräsentiert wird, und das ‘offene System’, als dessen moderner Prototyp die englische und anglo-amerikanische case-law method gelten darf”. (ESSER, 1956, p. 44).

sora Judith Martins-Costa ressalta como a jurisprudência foi gradualmente rompendo com esta noção de sistema do Código Civil alemão através de instrumentos como a cláusula geral da boa-fé objetiva.

Deve-se deixar claro, entretanto, que a compreensão sistêmica do BGB não se deve somente ao *Zeitgeist* ou ao posicionamento ideológico do legislador. Na esteira do pensamento de António Manuel da Rocha Menezes Cordeiro, a limitação era, primordialmente, científica. Com efeito, conclui o professor português, que nem mesmo em nossos dias há consenso quanto à fórmula dogmática mais apropriada ao tratamento das cláusulas gerais.⁴

Retomando o ponto de vista do legislador do BGB, o professor Josef Esser deixa assentado que este não pretendia conferir à cláusula geral da boa-fé objetiva o conteúdo que o dispositivo passou a ter.⁵ A cláusula tem a seguinte redação:

§ 242. Leistung nach Treu und Glauben. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.⁶

O legislador buscava fornecer ao credor, ainda de acordo com Esser⁷, um critério para avaliar a maneira de cumprimento de sua obrigação. A norma deveria ser entendida no mesmo espírito do § 157, referente à interpretação dos contratos de acordo com a boa-fé objetiva e os costumes do tráfico.⁸ Deste modo, as previsões contratuais acerca do processo de adimplemento a ser realizado pelo credor deveriam ser interpretadas com base na boa-fé e nos costumes do tráfico. Não vislumbra o legislador qualquer desvio com a natureza “fechada” do BGB ou qualquer atentado à ordem estabelecida da autonomia da vontade (ou autonomia privada, na expressão preferida pela doutrina alemã). Muito menos, podia-se imaginar

4. “Face aos elementos disponíveis na altura, pode considerar-se que o BGB veio limitar o âmbito e o alcance da boa fé. Fê-lo, porém, não por discordar, em substância, das saídas por ela concitadas, mas por incapacidade científica de encontrar uma fórmula capaz – fórmula essa que, com probabilidade, nem hoje seria possível?”. (CORDEIRO, 2007, p. 329).

5. ESSER, Josef. § 242 und die Privatautonomie. **JuristenZeitung**. Tübingen, 1956, p. 555-557.

6. “§ 242: ‘O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfico’” (CORDEIRO, 2007, p. 325).

7. ESSER. § 242 und die Privatautonomie. p. 557.

8. **§ 157. Auslegung von Verträgen.** Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. A tradução do professor Menezes Cordeiro: “os contratos interpretam-se como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfico”. (CORDEIRO, 2007, p. 325). Fazendo a comparação com o novel Código Civil, o nosso art. 113 em muito se assemelha com o § 157.

que o § 242 iria se transformar em fonte de construção jurisprudencial de novos institutos.

2. A LEITURA DE LARENZ DA CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA

O mestre Karl Larenz abre seu capítulo sobre o princípio do *Treu und Glauben* (a boa-fé objetiva no BGB) saudando a condução da relação obrigacional sob os auspícios de um princípio ético-legal. Tal como foi apontado acima, trata-se de um dispositivo difícil que demanda uma análise toda particular por parte da doutrina civilista.

Der Grundsatz von ‘Treu und Glauben’ besagt seinem Wortsinn nach, daß jeder in ‘Treue’ zu seinem gegebenen Worte stehen und das Vertrauen, das die unerläßliche Grundlage aller menschlichen Beziehungen bildet, nicht enttäuschen oder mißbrauchen, daß er sich so verhalten soll, wie es von einem redlich Denkenden erwartet werden kann. (LARENZ, 1987, p. 125).⁹

Como salta aos olhos da definição apresentada por Larenz, a boa-fé objetiva é um critério que necessita de concretização (*konkretisierungsbedürftig*), ou seja, não traz em seu bojo uma medida unívoca de como a boa-fé deva ser medida ou aplicada. Por outro lado, apressa-se o doutrinador alemão em afirmar que não estamos diante de uma fórmula vazia, passiva de qualquer tipo de concretização. É exigido do aplicador da norma um juízo de valor. Todavia, não é uma cláusula discricionária. Como a fórmula apresentada acima determina, o juízo de valor do aplicador deve se orientar a todos os “seres racionais justos e equitativos.” Três parâmetros são apresentados pelo mestre de Munique: (1) a exigência geral de justiça, tal como esta se encontra consubstanciada nos princípios da ordem jurídica; (2) a consciência e o conceito de lealdade de todos ou do grupo social implicado e (3) a jurisprudência dominante.

3. A EXIGÊNCIA GERAL DE JUSTIÇA CONSUBSTANCIADA NOS PRINCÍPIOS

O primeiro parâmetro é o mais obscuro porque demanda entender a visão de Larenz da ordem jurídica. Primeiramente, deve ficar claro a definição de Larenz para princípio jurídico. “Rechtsprinzipien sind leitende Gedanken einer (möglichen oder bestehenden) rechtlichen Regelung, die

9. “O princípio básico do *Treu und Glauben* significa, com base em seu sentido literal, que todos devem ser leais a sua palavra e não desapontar ou abusar da confiança de outrem, dado que esta constitui a base de toda relação humana. Significa ainda que todos devem agir tal como é esperado de um ser racional honesto”. (Tradução livre).

selbst noch keine der ‘Anwendung’ fähige Regeln sind, aber in solcher umgesetzt werden können.” (LARENZ, 1979, p. 23)¹⁰ Assim sendo, os princípios “apontam” para a direção em que deve ser gerada a norma ou, haja vista a interpretação teleológica da norma (LARENZ, 1991, p. 333s), a direção em que uma norma já existente deve ser interpretada. O conteúdo dos princípios é axiológico, condizente com a visão de um sistema interno composto de valores, desenvolvida por Larenz (LARENZ, 1991, p. 474s) e Canaris. Os princípios têm esta função positiva, mas detêm igualmente uma negativa, i.e., não permitem o reconhecimento de normas de acordo com valores não comportados ou comportáveis pelo seu substrato axiológico. A conversão de princípios em normas que possam ser aplicadas a casos concretos demanda um processo de concretização. Esta é exatamente a situação com a qual o aplicador se depara na tentativa de aplicar a cláusula geral da boa-fê. Larenz reconhece um certo grau de incerteza intrínseca e a necessidade de um novo juízo de valor. Neste ponto, o aplicador precisa, necessariamente, lançar mão das funções positivas, i.e., o conteúdo axiológico, e negativa, i.e., para descartar as opções de concretização irreconciliáveis com os valores contidos no princípio.

Larenz baseia o controle do conteúdo dos princípios em uma figura representativa de todo o ordenamento jurídico: *das richtige Recht*. “O Direito justo”¹¹ é uma expressão que deu título ao livro *Die Lehre von dem richtigen Rechte* de Rudolf Stammler. “Direito” para Stammler, em oposição à Escola do Direito Natural, remete sempre a uma ordem positiva específica no tempo e no espaço. Já a noção de “correção” se refere à possibilidade da pretensão de validade normativa de um sistema jurídico ser justificável materialmente. Os valores realizados pelo ordenamento precisam ser justos, ou seja, dependem de uma apreciação ética. A mera correição quanto à concatenação formal dos conceitos não basta. Por outro lado, não se trata de um sistema jurídico ideal, perfeito. Por estar no tempo e no espaço, o ordenamento se encontra limitado em suas possibilidades pelas vicissitudes da história e da concreta existência humana em sociedade. Assim, as normas jurídicas que compõem este sistema justo aspiram a uma correção meramente relativa¹² ou devem se “orientar” por este objetivo.

10. “Princípios jurídicos são ideias diretivas de um regulamento legal (possível ou existente), que ainda não são normas passíveis de aplicação, mas que podem ser transformadas nestas”. (Tradução livre).

11. Expressão conforme a tradução do professor José Lamego. (LARENZ, 1997, p. 694).

12. “Unter ‘relativ’ richtigen Rechtssätzen müssen dabei solche verstanden werden, die unter den jeweils gegebenen Bedingungen, in ihrer Relation zu der geschichtlichen Zeit also, den Maßstäben des Richtigen genügen”. (LARENZ, 1979, p. 18).

Partindo da compreensão stammleriana do “Direito justo,” Larenz desenvolve uma maneira de avaliar o conteúdo axiológico dos princípios. Um sistema relativamente justo precisa ser composto de princípios que se orientem em vistas de um “Direito justo.” O primeiro passo é identificar os princípios, que podem estar presentes de maneira expressa ou imanente no ordenamento. A mera generalização das normas não basta para isolar os princípios, mas o aplicador deve buscar as “ideias diretivas” que tornam as regras razoáveis. Os princípios encontrados desta forma passam a ser hipóteses que devem ser novamente aplicadas sobre as normas jurídicas para comprovar sua capacidade de esclarecimento das sutilezas das regras e da possibilidade de se construir um todo coerente. O supramencionado fator intrínseco de indeterminação faz com que os princípios não sejam passíveis de ser plenamente expressos em um conceito. Conquanto seja possível determinar até certo ponto o conteúdo axiológico dos princípios, sua completa gama de efeitos não pode ser precisada de maneira abstrata. Por vezes, é mais fácil ilustrar um princípio do que defini-lo conceitualmente.

O controle dos princípios não é feito somente em referência às normas jurídicas. Os próprios princípios já são etapas intermediárias de concretização do “sentido basilar” ou da “finalidade última” do ordenamento: a ideia de Direito.

Erinnern wir uns, daß Prinzipien richtigen Rechts Rechtfertigungsgründe für Regelungen sein sollen, so können dies nur solche Prinzipien sein, die sich vor anderen dadurch auszeichnen, daß sei eine unmittelbaren Sinnbezug aufweisen zu einem letzten Grundsinn oder, wenn wir dabei den teleologischen Charakter aller Regelung berücksichtigen, einem Endzweck allen Rechts, in dem wir zugleich den letzten Rechtfertigungsgrund für seinen normativen Anspruch erblicken. Für diesen Grundsinn oder Endzweck des Rechts hat sich in der neueren Rechtsphilosophie der Ausdruck ‘Rechtsidee’ durchgesetzt. (LARENZ, 1979, p. 29).¹³

A ideia de Direito sofre ainda mais com a necessidade de concretização e o fator intrínseco de indeterminação. Todavia, tal como as normas jurídicas para com os princípios intermediários, os princípios agem como controle de possíveis concretizações da ideia de Direito e lhe conferem

13. “Lembremos-nos que princípios de Direito justo devem ser justificativas para as regras, logo, somente podem ser tais princípios, os que, antes de outros, demonstrarem que são referências imediatas a um sentido basilar último ou, quando considerarmos o caráter teleológico de todo regramento, uma finalidade última, na qual nós avistemos igualmente a justificativa final para sua pretensão de validade normativa. Para este sentido basilar ou finalidade última do Direito se consolidou na nova filosofia jurídica a expressão ‘ideia de Direito’”. (Tradução livre).

um conteúdo mínimo.¹⁴ Usando este procedimento e ainda identificando características constante a esta noção de Direito na história da filosofia ocidental, Larenz chega a dois objetivos gerais do Direito: *Rechtsfriede* (paz sob a ordem legal) e *Gerechtigkeit* (justiça).

Insta frisar que, malgrado ofereça Larenz esta arquitetura interna de princípios com seus conteúdos axiológicos, de maneira alguma deve este sistema ser entendido de maneira axiomático-dedutiva. Em várias passagens o mestre de Munique acentua o “fator intrínseco de indeterminação” e a impossibilidade de se conceituar de maneira abstrata e por inteiro os princípios. Do mesmo modo, o sistema interno está sujeito a mudanças ao longo do tempo. Com esteio em Stammler, Larenz defende a noção de um “Direito justo” relativo. O mesmo caráter histórico surge no seu *Methodenlehre*. Todavia, este chama a atenção para o fato que certos princípios têm realmente pertencido há séculos à nossa ordem jurídica, e.g., autonomia privada, força vinculativa dos contratos e o princípio da confiança no tráfico jurídico (LARENZ, 1991, p.487).

4. O CONTEÚDO AXIOLÓGICO DO PRINCÍPIO DO *TREU UND GLAUBEN*

Uma vez apresentado o entendimento de Larenz sobre a estrutura do sistema interno de Direito, juntamente com o processo de concretização dos princípios, deve-se analisar mais minuciosamente o próprio conteúdo axiológico do princípio do *Treu und Glauben*.

Dagegen tritt die rechtsethische Komponente in den Vordergrund bei dem Grundsatz von ‘Treu und Glauben.’ Er besagt einmal, daß ein in zurechenbar Weise erwecktes Vertrauen eingelöst werden soll, wenn der andere dem entsprechend vertraut hat; die Erweckung des Vertrauens ist ‘zurechenbar,’ wenn derjenige, der es erweckt, erkennt oder erkennen muß, daß der andere vertraut. Insofern ist er identisch mit dem Vertrauensprinzip. (LARENZ, 1991, p. 85).¹⁵

14. “In unserem Fall könnten wir einen bestimmten Mindesinhalt der Rechtsidee im Vorgriff auf die weiteren Ausführungen in Form einer hypothetischen Setzung annehmen und die Bestätigung dieser Annahme davon erwarten, daß sie es uns ermöglicht, in der Tat bestimmte Prinzipien, von denen einige obendrein als ‘evident’ erscheinen mögen, als Konkretisierungen der so verstandenen Idee zu erkennen. In der Rückwendung von den als solchen erkannten Konkretisierungen der Idee zu deren Sinngehalt würde dieser dann sowohl an Deutlichkeit wie an Gewißheit gewinnen. Dies wäre wiederum ein Vorgehen in der Art des ‘hermeneutischen Zirkels’”. (LARENZ, 1979, p. 30).

15. “De modo contrário, assume maior relevo o componente jurídico-ético no princípio basilar da boa-fé objetiva. Ele indica, por um lado, que a confiança despertada de

O princípio da confiança vem sendo paulatinamente construído pela doutrina há várias décadas. Este busca proteger a “aparência de Direito,” quando um dos membros da relação jurídica tenha dado causa a determinadas expectativas com relação a certos direitos. Por óbvio, certos fatores condicionam a proteção da “aparência de Direito,” tais como o transcurso de um período de tempo considerável e um comportamento que justifique o nascimento da confiança de que determinada situação jurídica permanecerá no tempo. Em última instância, os contornos precisos dos requisitos carecem de um processo de concretização que ocorre através da jurisprudência, i.e., pelos “grupos de casos” que serão estudados adiante, e pela doutrina, em grande parte, pela construção dogmática de novos institutos. Via de regra, o critério básico é o dever de reconhecimento por um dos membros da relação jurídica de que sua conduta gera determinada expectativa de que a relação jurídica não será mudada.

Há um segundo componente que se traduz em uma noção de segurança de tráfego jurídico.

Allerdings geht der Grundsatz darüber hinaus; er verlangt auch eine gegenseitige Rücksichtnahme vor allem in solchen Rechtsverhältnissen, die ein länger währendes Zusammenwirken erfordern, Rücksicht auf den anderen auch bei der Ausübung eines Rechts, sowie allgemein ein Verhalten, wie es unter redlich denkenden Verkehrsteilnehmern erwartet werden kann. (LARENZ, 1991, p. 85).¹⁶

Nesta linha de inteligência, surgem novas funções para a cláusula geral da boa-fé objetiva, tais como o surgimento de deveres acessórios não previstos em contratos. Não se trata apenas de se resguardar a “aparência de um Direito” e a “confiança” de cada contratante, mas de se criar um ambiente propício para que prosperem negócios jurídicos, bem como outros tipos de relações jurídicas. Pode-se observar que, mesmo sem haver uma referência por parte de Larenz, há uma mitigação do formalismo, na esteira da *bona fides* romana (LIEBS, 2004, p. 264s). No tocante especificamente a contratos, o civilista alemão afirma que seu sentido e a finalidade, tal como suas circunstâncias, devem ser considerados. Como

maneira imputável deve ser honrada; a confiança é imputável quando aquele que a despertou, reconhece ou deveria reconhecer que o outro confia. Neste respeito, é idêntico com o princípio da confiança”. (Tradução livre).

16. “Todavia, o princípio basilar transcende este ponto; ele demanda uma consideração recíproca principalmente em tais relações jurídicas que, durante uma longa cooperação, exijam consideração do outro também durante o exercício de um direito, como se pode esperar de participantes honestos e pensantes do tráfego jurídico”. (Tradução livre).

será estudado adiante, os costumes de tráfego também assumem uma posição de destaque.¹⁷

5. OS PARÂMETROS REMANESCENTES

Os dois parâmetros remanescentes, i.e., a consciência e o conceito de lealdade de todos ou do grupo social implicado; e a jurisprudência dominante, demonstram a abertura da cláusula geral da boa-fé objetiva para a situação concreta do caso. De fato, Larenz identifica uma estreita relação entre estes dois elementos.

Vielmehr enthalten sie [ausfüllungsbedürftige Wertungsmaßstäbe] jeweils einen spezifischen Rechtsgedanken, der sich zwar jeder begrifflichen Definition entzieht, aber durch allgemein akzeptierte Beispiele verdeutlicht werden kann. Sie erhalten ihre inhaltliche Ausfüllung durch das übereinstimmende Rechtsbewußtsein der zur Rechtsgemeinschaft Verbundenen, das sowohl durch Tradition geprägt, wie in ständiger Neubildung begriffen ist. Gleichsam als das ‘Sprachrohr’ deises allgemeinen Rechtsbewußtseins betrachten sich die Gerichte, die sich dabei vorwiegend an Beispielen solcher Entscheidungen orientieren, die als fraglos empfunden werden oder durch eine längere Rechtsprechung gesichert sind. (LARENZ, 1991, p. 223).¹⁸

Como já foi demonstrado acima, certos critérios legais, tais como a boa-fé objetiva, não são passíveis de uma definição fechada em um conceito abstrato. Todavia, exemplos de sua aplicação podem ser usados para ilustrar o seu conteúdo axiológico e negar peremptoriamente qualquer tentativa de identificar estas pautas com “fórmulas vazias.” Para além da estrutura interna já identificada acima, as pautas também são preenchidas pela “consciência jurídica geral dos membros da comunidade jurídica.” Não se deve reduzir tal comunidade a apenas os operadores do Direito, mas incluindo todos que vivem sob determinada ordem jurídica. Insta frisar

17. “Er hat zur Folge, daß ein Vertrag nicht nur gemäß seinem ‘Buchstaben’ sondern so zu erfüllen ist, wie es sein Sinn und Zweck verlangt und wie es der andere Partner nach den gesamten Umständen, auch dem, was zwischen den Parteien besprochen, wenn auch vielleicht nicht im einzelnen im Vertragstext festgehalten war, und nach den Gegebenheiten des redlichen Geschäftsverkehrs erwarten darf”. (LARENZ, 1979, p. 85s).

18. “Ao invés, contém [as pautas de valoração que carecem de preenchimento valorativo] sempre uma ideia jurídica específica que decerto se subtrai a toda a definição conceptual, mas que pode ser clarificada por meio de exemplos geralmente aceites. Estas pautas alcançam o seu preenchimento de conteúdo mediante a consciência jurídica geral dos membros da comunidade jurídica, que não só é cunhada pela tradição, mas que é compreendida como estando em permanente reconstituição. Os tribunais consideram-se de certo modo como ‘caixas de repercussão’ dessa consciência jurídica geral e, neste sentido, orientam-se predominantemente pelos exemplos de decisões tidas como inquestionáveis ou corroboradas por uma larga jurisprudência”. (LARENZ, 1997, p. 311).

também que o parâmetro a ser usado pode se referir a determinado grupo social implicado pela norma. No caso específico da boa-fé objetiva, Larenz menciona, por exemplo, fazendeiros e comerciantes (LARENZ, 1987, p. 126). Tal consciência jurídica não é estática, mas está em constante transformação, apesar da tradição agir como elemento estabilizador.

Os tribunais se compreendem como verdadeiras “caixas de ressonância” desta consciência jurídica. Todavia, não está muito claro como a comunicação entre os tribunais e a comunidade ocorre. Uma possibilidade seria afirmar que cada magistrado, pelo simples fato de fazer parte da comunidade jurídica, compartilha desta consciência e dela tem conhecimento pleno. Tal não parece ser a explicação de Larenz, haja vista que ele afirma que os tribunais se orientam pelas decisões “inquestionáveis e corroboradas por uma larga jurisprudência.” Assim, se poderia inferir que o conjunto de juízes têm acesso à consciência jurídica e que exercem um tipo de controle coletivo da jurisprudência. Por último, poder-se-ia ainda cogitar da hipótese de o controle ser realmente exercido pela sociedade como um todo ao aceitar determinadas decisões emanadas dos tribunais. Assim, os tribunais estariam levando em consideração a capacidade de suas decisões de construir “consenso” na comunidade.

Em outro ponto de sua *Methodenlehre*, Larenz suscita dúvidas quanto à viabilidade dos tribunais se orientarem por uma “moral social.”

Nur einige der genannten ‘Generalklauseln’ enthalten so etwas wie eine Verweisung auf anderweit gegebene, außerrechtliche Normen; so etwa die ‘guten Sitten’ auf die jeweils anerkannte Sozialmoral. Indessen, was die jeweils herrschende Sozialmoral in dieser oder jener Situation verlangt, ist wiederum zumeist schwer feststellbar; auf weiten Gebieten gehen die Anschauungen darüber, was moralisch erlaubt sei, was nicht mehr, heute weit auseinander. Die Rechtspredung ist daher dazu übergegangen, die ‘herrschende Sozialmoral’ ihrerseits an den grundlegenden Wertmaßstäben der Rechtsordnung, insbesondere der Verfassung, zu messen, sie konkretisiert also den Maßstab im Hinblick auf spezifisch rechtliche Wertungsmaßstäbe un von ihr selbst in beispielgebenden Entscheidungen gesetzte Richtpunkte. (LARENZ, 1991, p. 289).¹⁹

19. “Só algumas das denominadas ‘cláusulas gerais’ contêm algo como uma remissão a normas extrajurídicas, dadas noutro lugar; assim, por exemplo, os bons costumes remetem para a moral social que é em cada caso reconhecida. No entanto, o que a moral social, que é em cada caso dominante, exige nesta ou naquela situação é, por seu turno, nas mais das vezes, difícil de determinar; as concepções sobre o que é, ou já não é, moralmente permitido são hoje, em muitos domínios, largamente discrepantes. A jurisprudência dos tribunais, por seu lado, não só passou há muito a medir a ‘moral social dominante’ segundo as pautas de valor fundamentais do ordenamento jurídico,

Primeiramente, Larenz busca conter a incidência do problema ao afirmar que apenas algumas cláusulas gerais carecem de complementação através de normas extrajurídicas. Por óbvio, toda cláusula geral tem em seu núcleo um critério a ser concretizado ou, para usar a nomenclatura de José Lamego, uma “pauta de valoração que carece de preenchimento valorativo”. Ao negar que algumas delas façam remissão a normas extrajurídicas, Larenz estaria afirmando que a maioria delas seria concretizada usando as pautas valorativas já presentes no ordenamento jurídico. Este conteúdo axiológico brotaria do sistema interno, tal como descrito no item *supra*. Indo além, Larenz ressalta as dificuldades enfrentadas pelo aplicador do Direito quando forçado a lançar mão de critérios extrajurídicos, e.g., “bons costumes.” A moral social, fonte dos critérios axiológicos extraleais, já que não há menção qualquer a um Direito Natural, não se mostra adequada a dirimir as dúvidas do aplicador. De acordo com o mestre de Munique, não há como se identificar uma “moral dominante,” ao ponto que esta possa orientar a concretização das pautas valorativas presentes nas cláusulas gerais. A “moral social dominante” é, de fato, deslocada pelos princípios internos do ordenamento ou pelos princípios constitucionais.

Vê-se, destarte, que Larenz acaba por negar a função que ele mesmo indicou à “consciência jurídica geral dos membros da comunidade jurídica.” Resta esclarecida a razão porque Larenz não conseguia definir de maneira expressa a relação existente entre a “consciência jurídica” e os tribunais. Os tribunais, cada vez mais, perdem sua função de “caixa de ressonância” e passam a se orientar pelos seus próprios antecedentes.

Durch ihre Verdeutlichung an ‘einleuchtenden’ Beispielen und sodann durch den Vergleich mit anderen, nach ihnen beurteilten Fällen, sowie durch die Herausarbeitung weiterer, speziellerer Rechtsgedanken aufgrund einer rechtlichen Analyse derjenigen Fälle, an denen sie hervortreten, gelingt es der Rechtsprechung nach und nach, den relativ ‘unbestimmten’ Maßstab inhaltlich anzureichen, mit Bezug auf bestimmte Fälle und Fallgruppen zu konkretisieren und dadurch schließlich ein Geflecht von Entscheidungsmustern zu schaffen, in das neu zu beurteilende Fälle größtenteils eingeordnet werden können. Die Kommentare zu § 242 BGB geben ein eindrucksvolles Beispiel hierfür. (LARENZ, 1991, p. 292).²⁰

em especial da Constituição, como concretiza, conseqüentemente, a pauta, atendendo a pautas de valoração especificamente jurídicas, que ela própria estabelece em decisões que servem de exemplo”. (LARENZ, 1997, p. 407).

20. “A jurisprudência dos tribunais, esclarecendo mediante exemplos ‘ilustrativos’ estas ideias jurídicas e princípios e, de seguida, por via da comparação com outros casos julgados em conformidade com eles, bem como mediante a elaboração de ideias jurídicas novas e mais especiais, com base na análise jurídica dos casos em que elas se

Já que o preenchimento das pautas é feito quase que exclusivamente pelo procedimento de concretização de princípios, as decisões judiciais podem ser entendidas como mais um passo desta cadeia. Assim, temos o ciclo completo. Do ponto mais abstrato na figura do “Direito justo” até a aplicação concreta das cláusulas gerais à realidade social. Através deste todo é que Larenz pretende que seja feito o controle da correção deste procedimento. Assim, as decisões se tornam verdadeiros “exemplos ilustrativos” dos princípios, que buscam demonstrar os conteúdos axiológicos dos princípios. Em sua *Methodenlehre*, Larenz afirma que o esclarecimento é recíproco, acha vista que os princípios orientam as decisões que, por sua vez, tornam mais inteligível o conteúdo dos princípios. Este processo é velho conhecido dos hermeneutas e na própria dogmática alemã é referido por Karl Engisch como “*das Hin- und Herwandern des Blickes*.”

Todavia, os precedentes ou “exemplos ilustrativos” não têm apenas a função de esclarecer o conteúdo dos princípios, mas passam a ter a qualidade heurística de orientar a jurisprudência no processo de julgamento de novos casos. Como ressalta Larenz, a jurisprudência criada com base na cláusula geral da boa-fé objetiva exemplifica muito bem este fenômeno. Por ser uma pauta carecida de preenchimento, a boa-fé objetiva não é passível de subsumir o caso concreto.²¹ Todavia, a doutrina alemã empreendeu um esforço de pesquisa hercúleo com a intenção de construir um cânone de “grupos de casos” (*Fallgruppen*) com determinados efeitos legais. Deste modo, o aplicador passou a buscar o “grupo” com que o seu caso mais estreitamente se identifica. A este está ligada determinada consequência jurídica. Estes “grupos de casos” acabaram por ficar intimamente ligados a novos institutos civilistas como a *suppressio* (*Verwirkung*).

Não se pode, por outro lado, falar na possibilidade de se subordinar a cláusula geral da boa-fé objetiva ao cânone de “grupos de casos.” Isto iria anular a própria cláusula geral ao permitir um processo de aplicação similar às regras capazes de subsumir casos concretos. Esta não pode ser o *animus* da lei consubstanciada em seu texto (LARENZ, 1987, p. 127).

manifestam, consegue enriquecer cada vez mais o conteúdo da pauta relativamente ‘indeterminada’, concretizá-la em relação a certos casos e grupos de casos e, deste modo, criar finalmente um entrelaçado de modelos de resolução em que possam ser arrumados, na sua maioria, os novos casos a julgar. Os comentários ao § 242 do BGB oferecem um exemplo expressivo nesta matéria”. (LARENZ, 1997, p. 411).

21. “Auf der anderen Seite: eben weil es keine Definition gibt, läßt sich darunter nicht subsumieren; es handelt sich bei ‘Treu und Glauben’ nicht um einen Begriff, sondern um ein zwar in die äußere Form eines Rechtssatzes gebrachtes, jedoch konkretisierungsbedürftiges, zu unmittelbarer Anwendung auf den einzelnen Fall nicht geeignetes Prinzip.” (LARENZ, 1979, p. 86).

Não se pode, contudo, aceitar que Larenz simplesmente buscou “maquiar” sua posição quanto à importância da “consciência jurídica geral dos membros da comunidade jurídica” e da “moral social.” Estes elementos estão presentes tanto em seu *Lehrbuch des Schuldrechts* quanto na sua *Methodenlehre*. Neste diapasão, duas perspectivas se apresentam tornando o argumento de Larenz mais compreensível. Primeiramente, é possível, embora não esteja claro em sua exposição sobre as cláusulas gerais e a boa-fé objetiva, que a posição de Larenz leve em consideração o fator histórico. Como foi comentado acima, não foi a intenção inicial do legislador mudar radicalmente o cenário regulatório do Direito Civil. Não obstante, as mudanças sociais profundas na Alemanha fizeram com que o momento exigisse da jurisprudência uma postura mais ativa perante os casos concretos. As cláusulas gerais e a boa-fé objetiva, particularmente, foram fundamentais nesse processo. Nos primeiros momentos, não havia, logicamente, nenhuma jurisprudência consolidada a orientar as decisões dos magistrados. Do mesmo modo, os princípios, muitos deles iminentes à ordem jurídica, não estavam claros. Deve-se ter em mente o processo dialético de concretização e esclarecimento mútuo entre os princípios mais e os menos gerais, até se atingir as decisões mesmas. Neste cenário, os outros dois parâmetros de aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva não eram de grande valia aos juizes. A “moral social” e a “consciência jurídica geral” tinham um papel mais importante. À medida que se aprofundava a compreensão dos princípios e que a jurisprudência construía “grupos de casos” e novos institutos, o segundo parâmetro perdia sua relevância.

Ainda assim, não resta hialino a razão porque Larenz não discutiu expressamente esta perspectiva histórica. Especialmente em seu *Lehrbuch des Schuldrechts*, com uma preocupação mais prática como todo manual, não seria mais didático simplesmente omitir este elemento? Forçosa é a resposta negativa.

Em primeiro lugar, Larenz chama a atenção do leitor de que a boa-fé objetiva não se limita aos negócios jurídicos, mas está presente em toda relação jurídica, e.g., com base em direitos reais, relações processuais e de direito público. Nesta linha de intelecção, não se pode pensar a cláusula geral da boa-fé objetiva como uma norma igual a qualquer outra. Especialmente no âmbito das relações obrigacionais, ela é um de seus princípios basilares.²² Isto lhe confere a capacidade de limitar a incidência de outras normas. Esta é a função corretiva do § 242.

22. “Es fragt sich aber, ob § 242 nur eine Norm ist, die, wie andere ‘zwingende’ Rechtsätze auch, *neben* allen übrigen (zwingenden oder dispositiven) Normen und mit glei-

Indo mais além, o mestre de Munique chama à memória a importância que a cláusula geral da boa-fé objetiva teve para a criação de novos institutos e novos princípios. Todavia, ele ressalta que esta função ainda continua válida em nossos dias. Claro que apenas em casos extremos de iniquidade ou de um resultado legal absolutamente inaceitável, é justificável se fazer uso da boa-fé objetiva para alterar disposições legais expresas. Contra este precedente pesa o princípio da segurança jurídica. Do mesmo modo, a criação de novas soluções jurídicas pode ser realizada através, principalmente, da analogia e da “redução teleológica” (*teleologische Reduktion*). E com respeito fiel a certos limites. Não é aceitável lesar o direito de terceiro e nem flexibilizar formalidades exigidas expressamente pela lei.

Jedoch kann ein unmittelbarer Rückgriff auf ein rechtsethisches Prinzip, wie das von Treu und Glauben, dann nicht ausgeschlossen werden, wenn andernfalls eine Situation entstehen oder fortstehen würde, die als ein ‘Rechtnotstand’ bezeichnet werden kann. Es versteht sich, daß solche Situation aber außerhalb des normalen Anwendungsbereichs des § 242 liegen. (LARENZ, 1987, p. 130).²³

E aqui está a razão porque se revela imprescindível a manutenção do segundo parâmetro a guiar a aplicação do § 242. O desenvolvimento do Direito imanente à lei e, até mesmo, em sua vertente superadora do ordenamento jurídico ainda pode e deve ser usada em nossos dias. Não está Larenz tratando apenas de uma curiosidade histórica que não tem maiores consequências para o aplicador contemporâneo. É, em verdade, uma função excepcional da boa-fé objetiva, mas que não pode ser descartada previamente. Nesta situação de “estado de necessidade jurídica,” as circunstâncias que outrora exigiram a orientação da “moral social” e da “consciência jurídica geral” estarão novamente presentes. Não haverá uma jurisprudência dominante e nem estarão os princípios norteadores delineados plenamente. Mais uma vez, o magistrado deve usar o segundo parâmetro para concretizar a cláusula geral.

chem Geltungsanspruch wie diese gilt, oder ob § 242 einem obersten Grundsatz des Rechts der Schuldverhältnisse der Art enthält, daß dieser die Kraft hat, andere Normen einzuschränken, wenn ihre Anwendung zu einem mit ihm nicht zu vereinbarenden Ergebnis führen würde. Die Rechtsprechung hat sich seit langem für die zweite Auffassung entschieden und demgemäß nicht selten die Anwendbarkeit anderer Gesetzesvorschriften beschränkt”. (LARENZ, 1987, p. 129).

23. “Todavia, não se pode excluir um recurso imediato a um princípio ético-legal, como o princípio da boa-fé objetiva, quando, de outro modo, uma situação que pode ser descrita como um “estado de necessidade jurídica” surgiria ou permaneceria. Fique claro que tal situação está, entretanto, fora do âmbito normal de aplicação do art. 242”. (Tradução livre).

6. DOIS PARÂMETROS SUBSIDIÁRIOS

Larenz contempla a possibilidade dos três parâmetros principais não bastarem para orientar a aplicação do § 242. Assim, dois novos parâmetros surgem para auxiliar o magistrado. Os costumes do tráfico, previstos expressamente no dispositivo em comento, compõem a primeira via subsidiária para se superar circunstâncias especiais. O segundo remete a um ponto controvertido na própria *Methodenlehre*: o juízo subjetivo do aplicador do Direito.

Die Verkehrssitte und der Handelsbrauch können nur insoweit beachtet werden, als sie mit den Wertungsmaßstäben der Rechtsordnung in Einklang stehen. Sie setzen aber nicht autonome rechtliche Maßstäbe. Wer die Verkehrssitte außer acht läßt, kann dadurch einen rechtlichen Nachteil erleiden, weil die Rechtsordnung in der Regel denjenigen schützt, der von seinem Geschäftspartner die Beachtung der Verkehrssitte erwartet und erwarten kann. Jedoch macht der Verstoß gegen eine Verkehrssitte allein ein Verhalten noch nicht rechtswidrig. (LARENZ, 2004, p. 57).²⁴

Larenz acentua a distinção entre o direito consuetudinário (os costumes) e os costumes do tráfico e os usos. O primeiro é reconhecido como fonte de Direito, conquanto sejam observados três requisitos: (1) *consuetudo*, i.e., o uso; (2) *opinio necessitatis*, i.e., o reconhecimento de sua força vinculante; (3) um nível apropriado de concretização (LARENZ, 2004, p. 54). Os costumes podem restringir a incidência ou até mesmo afastar a validade por completo de normas antigas (*desuetudo*). Todavia, por si mesmos, os costumes do tráfico e os usos não podem se insurgir contra o ordenamento. O máximo aceito é que os costumes do tráfico podem, eventualmente, se consolidar a tal ponto de serem reconhecidos como costumes, i.e., direito consuetudinário.

Na forma que vem sendo exposta, pode-se entender os costumes do tráfico como elementos facilitadores do processo de concretização dos valores e princípios do ordenamento. Tal como afirma Larenz na passagem acima, os costumes do tráfico e os usos são considerados na medida em que estão

24. “Os costumes do tráfico e as práticas comerciais podem ser observadas até o ponto em que estão de acordo com os critérios de valor da ordem jurídica. Eles não geram, todavia, critérios legais autônomos. Quem ignora os costumes do tráfico pode ficar em uma posição de desvantagem, posto que, via de regar, a ordem legal protege aquele que espera e pode esperar de seu parceiro comercial a observância dos costumes do tráfico. Entretanto, apenas a violação de um costume do tráfico não torna uma conduta ilícita”. (Tradução livre).

em harmonia com os valores reconhecidos pelo sistema. Assim, eles estão em estreita relação com o primeiro parâmetro identificado acima. A mesma relação de esclarecimento mútuo discutida anteriormente está presente. Os costumes do tráfego oferecem possíveis “vias” de concretização dos costumes, facilitando a identificação do conteúdo dos princípios. A função negativa dos princípios deve ser posta em relevo para afastar a proteção legal de costumes de tráfego em contradição com valores do ordenamento.

A questão relacionada com a apreciação subjetiva do julgador se apresenta como particularmente interessante.

Nur dann, wenn ihm diese Orientierungshilfen [die Einflussfaktoren] keine sichere Entscheidung ermöglichen, in ‘Grenzfällen’ insbesondere, deren Zugehörigkeit zu einer bestimmten Fallgruppe ungewiß ist, muß der Richter nach seinem eigenen ‘Judiz’, seinem durch seine richterliche Erfahrung geschärften Urteilsvermögen, allein entscheiden. Auch dabei wird er sich dessen bewußt bleiben, daß seine Entscheidung im Rahmen der ihm verfügbaren Kriterien wenigstens ‘vertretbar’ sein muß. (LARENZ, 1987, p. 126).²⁵

O civilista alemão contempla a possibilidade de determinados casos possam ser incluídos em mais de um grupo. Assim, os parâmetros já descritos não bastariam para identificar a solução mais correta. Neste ponto, teria o juiz de se valer de sua “habilidade de julgar com acerto,” desenvolvida por sua experiência. Não fica muito claro, de início, qual seria realmente o ganho que a experiência conferiria ao processo de concretização das pautas. Seria uma nova remissão velada à “consciência jurídica geral dos membros da comunidade jurídica” ou a moral social? Tal ponto parece ser reforçado pela noção de plausibilidade (*Vertretbarkeit*) suscitada por Larenz para restringir a discricionariedade do aplicador. A *Methodenlehre* traz contribuição importante para deixar sua posição mais clara.

Der Jurist nennt eine Entscheidung dann ‘vertretbar,’ wenn zum mindesten ebenso gute Gründe für wie gegen ihre Richtigkeit sprechen. Daß er sich häufig mit bloßer ‘Vertretbarkeit’ einer Entscheidung begnügt, wo der Laie nachweisbare ‘Richtigkeit’ erwartet, liegt an der Unvermeidbarkeit des Verbleibens von Beurteilungsspielräumen und an dem Entscheidungszwang, unter dem der Richter steht. Die Jurisprudenz kann mit Bezug auf solche

25. “Apenas então, quando estes orientadores [os parâmetros] não permitirem ao juiz chegar a uma decisão definitiva, notadamente em casos limítrofes, nos quais seja incerta a vinculação a determinado grupo de casos, deve o juiz decidir apenas por sua própria habilidade, aafiada por sua experiência, de julgar com acerto. Deve-lhe ser claro também que sua decisão precisa ser, no mínimo, plausível dentro dos limites impostos pelos critérios disponíveis”. (Tradução livre).

Fälle nur eine Aussage darüber machen, ob eine solche Entscheidung noch vertretbar, oder nicht mehr vertretbar ist. (LARENZ, 1991, p. 294).²⁶

Em consonância com os objetivos da Jurisprudência, i.e., da Ciência do Direito, baseada em valores, Larenz busca reduzir as “margens de livre apreciação” no processo decisório. No campo da ‘plausibilidade,’ a doutrina somente pode ainda aspirar a impor limites negativos, nos termos da função negativa dos princípios. Ou seja, somente pode vetar argumentos que não sejam mais defensáveis, haja vista os conteúdos axiológicos dos princípios. A “Ciência do Direito” alcança seu limite ao restringir até este ponto seu raio de ação. Este movimento lembra, em muito, a limitação do alcance da *Reine Rechtslehre* de Hans Kelsen.²⁷

O mestre de Munique, entretanto, ainda apresenta indicações de como o raciocínio do juiz deve prosseguir na *terra incognita* para além da Ciência do Direito. Primeiramente, ele deve avaliar as consequências das decisões igualmente plausíveis. Evita-se, assim, a crítica do brocardo latino: *Fiat iustitia et pereat mundus*. Larenz inclui a própria dimensão de justiça no ato de sobrepesar dos resultados pelo jurista. Ainda assim, sua função é novamente negativa, i.e., de se evitar uma decisão manifestamente injusta. Se ainda assim subsistir uma multiplicidade de soluções, o aplicador terá mesmo de se valer de sua “intuição valorativa” e de sua “convicção” (LARENZ, 1991, p. 295 e LARENZ, 1997, p. 415).

Mesmo neste campo subjetivo de apreciação, Larenz ainda conclama os magistrados a conferir um mínimo de controle e transparência a suas decisões. Infelizmente, a tradução portuguesa da *Methodenlehre* compromete um pouco a compreensão exata do argumento do civilista alemão. “Deve exigir-se do juiz que se abstenha, tanto quanto lhe seja possível, de dar conta das suas motivações e que aprenda também com as resoluções errôneas” (LARENZ, 1997, p. 415). Ora, fica patente que tal não poderia ser a afirmação de Larenz. Estaria ele a dizer: “Magistrados, omitam parte de suas considerações”? Na mesma edição, o mestre de Munique volta à

26. “O jurista denomina de ‘plausível’ uma resolução quando pelo menos haja bons argumentos que apontem tanto no sentido da sua correção, como em sentido oposto. Que ele se contenta frequentemente com a mera ‘plausibilidade’ de uma resolução, quando o leigo espera ‘correção’ comprovável, é algo que assenta no carácter inevitável da irredutibilidade de margens de livre apreciação e na obrigação de decidir que impende sobre o juiz. A ciência do Direito só pode produzir em relação a tais casos a asserção de se tal resolução é ainda plausível ou já o não é de todo.” (LARENZ, 1997, p. 414).

27. “Das anzuwendende Recht bildet in allen diesen Fällen nur einen Rahmen, innerhalb dessen mehrere Möglichkeiten der Anwendung gegeben sind, wobei jeder Akt rechtmäßig ist, der sich innerhalb dieses Rahmens hält, den Rahmen in irgendeinem möglichen Sinn ausfüllt”. (KELSEN, 1960, p. 348).

carga ao afirmar que mesmo dentro do âmbito discricionário do juiz, este deve se preocupar “em utilizar pautas iguais e que ponha a claro as suas ponderações” (LARENZ, 1997, p. 418). De fato, o texto original não deixa margem à dúvidas. “Vom Richter muß verlangt werden, daß er sich davon so weit als möglich befreit, sich über seine Motivationen Rechenschaft ablegt und auch aus Fehlentscheidungen lernt” (LARENZ, 1991, p. 295). A contração entre o substituto pronominal “da” e a preposição “von” não se refere à oração subordinada “dar conta das suas motivações,” mas remete ao período anterior. Neste, Larenz ressalta que cabe ao magistrado se libertar, o quanto for possível, de seus “preconceitos” (*Vorturteile*). Deste modo, a passagem deveria ter sido traduzida nos seguintes termos: “Deve eximir-se do juiz que se liberte o tanto quanto seja possível de seus preconceitos, que dê conta das suas motivações e que aprenda também com as resoluções errôneas.” (Tradução livre).

A mesma passagem revela uma aparente contradição. Não caberia se falar de “resoluções errôneas” já que a discussão se desenrola no campo do plausível. Ora, a noção de “errôneo” somente faz sentido se for compreendido no contexto de se avaliar as consequências de decisões tomadas anteriormente. Assim, a experiência jurídica supramencionada ganha maior importância ao manter pautas similares de valoração, por imperativo de justiça, e para fazer um controle das consequências. A responsabilidade do juiz por suas decisões fica ainda mais acentuada.

Larenz reconhece, outrossim, que um “resíduo incômodo” (*peinlicher Rest*) para a livre apreciação do aplicador. Este campo discricionário ainda sofre um controle indireto. O juiz deve manter em mente que suas decisões servem como ilustrações do conteúdo valorativo dos princípios. Mais uma vez, surge o processo de esclarecimento mútuo de elementos de maior grau de abstração e outros de menores, tal como já foi visto com os princípios, com os costumes do tráfico e ainda com o sistema interno do Direito. Novamente, a responsabilidade do juiz não se esgota no ato da prolação da sentença. Cabe não olvidar que esta decisão passará a guiar futuras decisões e que será elemento orientador das pautas carecidas de preenchimento valorativo. O plano de observação das consequências não se limita aos efeitos sociais concretos vistos acima, mas passa para o campo da auto-regulamentação do processo de concretização de princípios.

7. OS “GRUPOS DE CASOS”

Larenz identifica nove “grupos de casos” em sua exposição sobre o § 242 no *Lehrbuch des Schuldrechts*. O presente trabalho não tem a pretensão de realizar estudo exaustivo sobre estes orientadores da jurisprudência

alemã, mas apenas apresentar uma notícia para que sirva de ilustração para a melhor compreensão da própria noção de “grupos de caso” e como estes são didaticamente apresentados.

- I. **Tipo e o Meio de Prestação (*Art und Weise der Leistung*):** Larenz aponta que, de acordo com a boa-fé objetiva, o devedor deve considerar o interesse do credor no processo de adimplemento da prestação. A guisa de exemplo, caso um devedor somente tenha uma oferta limitada de seu produto, digamos que sua colheita foi menor do que esperado, e este terá que reduzir a entrega do produto na mesma proporção. Assim, todos os seus clientes terão seus pedidos reduzidos em 15%.
- II. **Limitação do Exercício de um Direito, *Suppressio (Beschränkung der Rechtsausübung, Verwirkung)*:** Este “grupo de casos” se refere ao nosso já conhecido “abuso de direito.” Larenz também inclui neste grupo o *venire contra factum proprium* e a *suppressio*.
- III. **Limitação ou Descontinuidade da Obrigação por Irrazoabilidade (*Beschränkung oder Fortfall der Leistungspflicht wegen Unzumutbarkeit*):** O problema central deste grupo é a definição do que seria uma circunstância irrazoável. Larenz ressalta que o critério deve ser entendido de maneira restritiva e não ser confundido com uma dificuldade para além do usual para aquela determinada obrigação. O risco precisa ser contra a vida ou a saúde do devedor ou de algum membro de sua família. Larenz contempla ainda a possibilidade da irrazoabilidade surgir por conta de uma oposição ética em situações excepcionalíssimas.
- IV. **Resolução ou Alteração Contratual por Ausência ou Descontinuidade da Base do Negócio Jurídico (*Vertragsauflösung oder Umgestaltung wegen Fehlens oder Fortfalls der Geschäftsgrundlage*):** Neste grupo se alcança uma questão que vem chamando muito atenção da doutrina brasileira nos últimos tempos: o controle da paridade entre prestação e contraprestação nos contratos. Por quanto este debate ultrapasse o escopo deste trabalho, vale apenas lembrar que a teoria de Larenz propõe uma complexa interação entre elementos objetivos e subjetivos dos contratos. Uma ênfase unilateral do fator objetivo pode pôr em cheque um princípio basilar do Direito Civil: autonomia da vontade.²⁸

28. Para um aprofundamento da questão, recomenda-se a leitura da seguinte obra: LARENZ, Karl. **Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

- V. **Base de Deveres Singulares de Conduta e Deveres Acessórios (*Begründung einzelner Verhaltenspflichten oder Nebenleistungspflichten*):** Este “grupo de caso” não traz também novidades para a doutrina nacional, haja vista se referir aos deveres acessórios, notadamente o de informar.
- VI. ***Culpa Post Pactum Finitum (Nachvertragliche Pflichten)*:** A discussão sobre estes casos começa a aumentar no país. Larenz pontua que não se trata de deveres para após o contrato, mas sim que podem surgir após a realização do objetivo primário do contrato.
- VII. ***Surrectio (Begründung einer Leistungspflicht durch, Erwirkung)*:** Tal como a *suppressio*, a *surrectio* não mais constitui grande novidade em nossos círculos civilistas.
- VIII. **A Objeção de Má-Fé contra o Andamento do Processo (*Der Einwand der Arglist gegenüber dem Vorgehen im Prozeß*):** A atenção se volta neste grupo para a má-fé processual.
- IX. **A Limitação da Obrigatoriedade da Forma através da Boa-Fé Objetiva (*Die Einschränkung des Formerfordernisses durch ‘Treu und Glauben’*):** De acordo com o § 125 do BGB, um negócio jurídico é nulo se não observar as formalidades previstas em lei. Algumas empresas, todavia, vinham fazendo uso deste dispositivo para selar contratos altamente porveitosos para si. Uma vez se modificando as circunstâncias favoráveis, estas empresas aplicavam o § 125 para reconhecer a nulidade do contrato. A boa-fé objetiva passou a permitir que certas formalidades fossem sanadas e forçar a continuidade da relação contratual com o intuito de resguardar os interesses da parte mais débil.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.** [Trad.] A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil.** Coimbra: Almedina, 2007.
- ESSER, Josef. § 242 und die Privatautonomie. **JuristenZeitung.** Tübingen, p. 555-557, 1956.
- ESSER, Josef. **Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts.** Tübingen: Mohr, 1956.
- KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre.** Wien: Franz Deuticke, 1960.

-
- LARENZ, Karl. **Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil.** München: C. H. Beck, 1987.
- LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft.** Berlin: Springer, 1991.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** [Trad.] J. Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LARENZ, Karl. **Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik.** München: C. H. Beck, 1979.
- LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts.** München: C. H. Beck, 2004.
- LIEBS, Detlef. **Römisches Recht.** Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2004.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado. Sistema e Tópica no Processo Obrigacional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** [Trad.] A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- WINKLER, Heinrich August. **Der lange Weg nach Westen. II.** München: C. H. Beck, 2002.