



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO**

MAURÍCIO REQUIÃO DE SANT'ANA

**Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no
adimplemento das obrigações**

Salvador
2009

MAURÍCIO REQUIÃO DE SANT'ANA

**NORMAS DE TEXTURA ABERTA E INTERPRETAÇÃO: UMA
ANÁLISE NO ADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação
Stricto Sensu – Mestrado em Direito da Universidade
Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do
grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Roxana Cardoso Brasileiro
Borges.

Salvador
2009

TERMO DE APROVAÇÃO

MAURÍCIO REQUIÃO DE SANT'ANA

NORMAS DE TEXTURA ABERTA E INTERPRETAÇÃO: UMA ANÁLISE NO ADIMPLENTO DAS OBRIGAÇÕES

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito,
Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Dr. Fredie Didier Júnior
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome:
Instituição:

Salvador, de de 2010

Aos que tentam entender a vida sem tirar o seu mistério.

AGRADECIMENTOS

O grande medo na hora dos agradecimentos é de não citar alguém que contribuiu enormemente para a realização deste trabalho. Se o faço, peço de antemão perdão, o foi por esquecimento, não por ingratidão.

Assim, começo por agradecer à minha orientadora, Profa. Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges, especialmente pela sua acessibilidade ao diálogo e pela sua firmeza nas críticas. A última das características, muitas vezes vista por outros com ressalvas, a mim serve como estímulo ao crescimento.

De igual modo aos professores e funcionários do PPGD da UFBA, mencionando por todos o Prof. Dr. Freddie Diddier Jr., a quem conheci formalmente apenas por ocasião da minha pré-banca, mas que se mostrou como alguém feito para a academia, prestando enormes contribuições para o resultado final deste trabalho.

Agradeço também aos colegas e amigos professores e funcionários da Unijorge, que estão comigo ao longo de toda minha caminhada como docente, especialmente a Uirá Azevedo, Thiago Borges, Paloma Modesto e Cíntia Barreto, pela amizade e apoio prestados nos mais diferentes momentos.

Agradeço ainda aos colegas professores e funcionários da Faculdade Baiana de Direito, nova casa, onde encontro antigos amigos e espero criar novos, dentre os quais presto especial agradecimento a Ana Carolina Fernandes Mascarenhas pelas grandes dicas quanto aos aspectos de formatação e ABNT deste trabalho.

Não posso omitir que este trabalho não teria sido realizado sem todo o amor, compreensão, carinho e cuidado que me foram dedicados por Rafaela Dantas. Este é aquele tipo de agradecimento para o qual as palavras são de fato insuficientes.

Minha mãe, meu pai e meu irmão: vocês, cada um do seu modo, também me deram importantes contribuições para que eu chegasse até aqui.

Amigos... ah, amigos! Contem sempre comigo, porque com vocês eu sempre posso contar!

E por último, mas nem de longe menos importante, agradeço aos meus alunos, atuais, antigos e futuros, porque sem eles não há sentido em ser professor. É na sala de aula que tudo se realiza!

“Mas eu não quero o conforto. Quero Deus, a poesia, o perigo real, a liberdade, a bondade, o pecado.”

O Selvagem, em “Admirável Mundo Novo” de Aldous Huxley

RESUMO

A pesquisa ora apresentada levanta questões acerca das normas de textura aberta e sua interpretação, tomando como base de estudos o campo do adimplemento no direito obrigacional conforme regulamentado no Código Civil brasileiro de 2002. Para tanto, parte de análises conceituais e classificatórias, distinguindo conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios. Em seguida, realiza-se abordagem doutrinária acerca do adimplemento no direito das obrigações, com o fim de formar uma base conceitual e valorativa para a análise dos conceitos indeterminados inseridos neste campo. Aborda então questões interpretativas relativas notadamente às normas de textura aberta, tratando da possibilidade ou impossibilidade de discricionariedade nas decisões judiciais como vinculada à concepção de direito adotada. Por fim, partindo das respostas anteriormente obtidas, oferece interpretações das normas de textura aberta presentes no texto legal que versa sobre o adimplemento das obrigações no Código Civil brasileiro de 2002.

Palavras-chave: normas de textura aberta, interpretação, direito como integridade, adimplemento das obrigações.

ABSTRACT

The present research brings questions about the open texture norms and its interpretation, taking as study base the matter of obligations payment as regulated by Brazilian 2002 Civil Code of 2002. In such intent, it starts from conceptual and classificatory analysis, distinguishing indeterminate concepts, general clauses and principles. Following, it is made an approach toward the doctrine of obligations payment, aiming create a conceptual and evaluative base for the analysis of indeterminate concepts at such field. Deals then with interpretative matters specially towards the open texture norms, analyzing the possibility of the use of discretion by the judges in their decisions, and its connection with the adopted concept of law. At last, starting from the answers previously obtained, this paper interprets the open texture norms present at the legal text regulates the obligations payment at Brazilian 2002 Civil Code.

Keywords: open texture norms, interpretation, law as integrity, obligations payment.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 NORMAS DE TEXTURA ABERTA	13
2.1 LINGUAGEM	13
2.2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA: SISTEMA CODIFICADO FECHADO E NORMAS DE TEXTURA ABERTA	19
2.3 RELACIONANDO AS NORMAS DE TEXTURA ABERTA	29
2.3.1 Conceitos indeterminados	30
2.3.2 Conceitos indeterminados e cláusulas gerais	38
2.3.3 Conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios	46
2.3.3.1 Distinção forte e distinção fraca entre regras e princípios	46
2.3.3.2 Distinguindo regras e princípios	49
2.3.3.3 Relacionando conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios	54
3 ADIMPLENTO DAS OBRIGAÇÕES	58
3.1 A OBRIGAÇÃO NO SEU ASPECTO ESTÁTICO	58
3.2 A OBRIGAÇÃO NO SEU ASPECTO DINÂMICO	60
3.3 FONTES DAS OBRIGAÇÕES	65
3.4 DEFINIÇÃO DE PAGAMENTO	70
3.5 A IMPORTÂNCIA DO PAGAMENTO NO PROCESSO OBRIGACIONAL	73
3.6 NATUREZA JURÍDICA DO PAGAMENTO	75
3.7 PRINCÍPIOS E PAGAMENTO	82
3.7.1 Boa-fé objetiva	82
3.7.2 Função social	89
3.7.3 Pontualidade	94
3.8 TRAÇANDO LIMITES: ADIMPLENTO E INADIMPLENTO	97
4 A INTERPRETAÇÃO E AS NORMAS DE TEXTURA ABERTA NO ADIMPLENTO DAS OBRIGAÇÕES	100
4.1 DISCRICIONARIEDADE	100
4.2 A DISCRICIONARIEDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS	107
4.3 CONCEPÇÕES DE DIREITO E INTERPRETAÇÃO	114
4.3.1 Convencionalismo	115
4.3.2 Pragmatismo	117
4.3.3 Direito como integridade	119

4.3.3.1 O processo decisório no direito como integridade	122
4.3.3.2 Críticas ao direito como integridade	127
4.4 INTEGRIDADE, INDETERMINAÇÃO E ADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES	130
4.4.1 Sujeitos no pagamento	130
4.4.2 Objeto e prova do pagamento	139
4.4.3 Lugar e tempo do pagamento	144
5 CONCLUSÕES	148
REFERÊNCIAS	154

1 INTRODUÇÃO

A chegada do Código Civil de 2002 pretendeu ser não apenas uma mudança legislativa, mas sim uma mudança paradigmática. Veio com a promessa do abandono de velhas fórmulas legalistas e protetoras antes do patrimônio do que do homem, pretendendo regular as relações entre os sujeitos a partir de uma ótica mais ética, voltada à valorização dos indivíduos e do bem estar social.

Com o propósito de alcançar tal intento adotou o uso de fórmulas legislativas mais amplas, como é o caso dos conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios, capazes de, em tese, se adequarem de modo mais adequado ao caso concreto permitindo uma maior promoção da justiça.

É por conta destas anunciadas mudanças que a presente dissertação de mestrado tem por objetivo abordar a questão destas normas de textura aberta, discutindo não apenas questões classificatórias, mas sobretudo interpretativas, utilizando como objeto de análise tais normas que versam sobre o adimplemento das obrigações presentes no Código Civil brasileiro de 2002.

Justifica-se a relevância do estudo por conta da mudança paradigmática operada entre o seu antecessor de 1916 e o presente diploma legal, caracterizada, dentre outros fatores, por uma maior presença neste do que naquele das normas de textura aberta e de uma abordagem principiológica do direito¹. Mais do que uma simples mudança de lei, como dissemos, o que se propôs foi uma mudança ideológica, trazendo a idéia de um novo paradigma interpretativo que ainda não se encontra bem definido na doutrina.

A escolha do estudo voltado ao campo do Direito das Obrigações se deu levando em conta verificar que influências tais conceitos indeterminados podem ter realizado na sua estrutura, uniforme ao longo do tempo e comumente com foco no aspecto patrimonial.

¹ Não que com isso queiramos dizer que não havia a presença e aplicação de princípios durante a vigência do Código Civil de 1916, mas sim que o Código Civil de 2002 inaugurou um paradigma em que esse tipo de norma passou a ser tratado com maior destaque.

Iniciamos nossa abordagem do tema buscando analisar os aspectos conceituais e classificatórios das normas de textura aberta. Para tal tratamos inicialmente da questão da linguagem, por serem características relativas a ela, como vagueza e ambigüidade, costumeiramente trabalhadas quanto ao tema. Em seguida realizamos uma abordagem histórica, buscando traçar o caminho percorrido no uso dos conceitos indeterminados até o seu uso no Código Civil de 2002.

Na busca de uma definição do que são conceitos indeterminados realizamos a abordagem de diversas teorias sobre o tema. Em seguida passamos à análise da diferenciação entre estes e as cláusulas gerais e os princípios, vez que o aspecto de distinção entre os três é alvo de diversas divergências doutrinárias. Também aqui buscamos oferecer um critério que acreditamos contribuir para aclarar as controvérsias existentes.

Como a área de estudo escolhida para verificar como se dão a aplicação e interpretação dos conceitos indeterminados dentro do Código Civil de 2002 foi o adimplemento das obrigações, abordamos o tema no segundo capítulo. Iniciamos apresentando o conceito clássico de obrigação e das suas fontes, buscando demonstrar as mudanças ocorridas ao longo do tempo na sua abordagem.

Em seguida tratamos do adimplemento, no que procuramos aclarar diferenças terminológicas, bem como a definição da sua natureza jurídica, dadas as relevantes conseqüências práticas de tal questionamento.

Tratamos ainda dos princípios que nos parecem nortear de modo mais direto o pagamento, a saber, a boa-fé objetiva, a função social e a pontualidade, principalmente por conta da relevância valorativa destes para a interpretação de todos os aspectos relativos ao adimplemento, inclusa aí a interpretação dos conceitos indeterminados.

Finalizando o segundo capítulo, buscamos traçar limites entre adimplemento e inadimplemento, limite este vinculado com a questão da satisfação objetiva do credor.

Traçadas nossas bases conceituais, ou seja, conceitos indeterminados e adimplemento das obrigações, passamos ao terceiro capítulo onde trabalhamos mormente com as questões da interpretação e da aplicação dos conceitos indeterminados no adimplemento das obrigações.

Iniciamos o capítulo tratando da possibilidade ou impossibilidade da interpretação discricionária pelo juiz quando da aplicação dos conceitos indeterminados. A resposta a tal pergunta, entretanto, parece-nos vinculada à questão da concepção de direito abordada. Por conta disto é que, para respondê-la, traçamos em breves linhas as concepções de direito, como expostas por Ronald Dworkin, adotando a sua teoria do direito como integridade, por ser esta a que acreditamos que melhor explica a nossa prática jurídica. Neste ensejo situa-se a discussão acerca da possibilidade de respostas corretas no direito.

Por fim, uma vez traçados os parâmetros interpretativos, buscamos analisar as normas de textura aberta presentes no Código Civil de 2002 que versam sobre o adimplemento das obrigações. Aqui, mediante análise doutrinária e jurisprudencial, levando sempre em conta a teoria interpretativa conforme à concepção do direito como integridade, buscamos apresentar na sua melhor luz a interpretação de cada um destes conceitos indeterminados.

Ao final, elencamos de modo pontual nossas conclusões, com o intuito de fornecer ao leitor uma rápida consulta dos resultados do presente trabalho.

2 NORMAS DE TEXTURA ABERTA

Neste primeiro capítulo trataremos de aclarar as idéias acerca das normas de textura aberta. Para o alcance deste objetivo iniciaremos com uma incursão ao campo da teoria da linguagem. Em seguida abordaremos a evolução histórica deste tipo de norma nos sistemas codificados. Por fim, definiremos, relacionaremos e distinguiremos os conceitos indeterminados as cláusulas gerais e os princípios.

2.1 LINGUAGEM

Pretendemos neste trabalho discutir os critérios de interpretação a serem utilizados na aplicação dos conceitos indeterminados. Este objetivo, para que seja devidamente alcançado, não pode se omitir em abordar a questão da linguagem. É através dela que os seres humanos se comunicam, sendo responsável por algumas das características consideradas essenciais a um ser para quando queremos nos referir a ele enquanto humano.

As linguagens, de um modo geral, são historicamente construídas, de modo espontâneo², tendo seu surgimento inicial na forma oral. Assim é que podemos definir linguagem como sendo a “faculdade que tem o homem de exprimir seus estados mentais por meio de um sistema de sons vocais chamado língua, que os organiza numa representação compreensiva em face do mundo exterior objetivo e do mundo subjetivo interior”³. A partir de um determinado nível de civilização, com o incremento das relações sociais entre os indivíduos, costuma surgir a necessidade de dar a esta comunicação oral uma representação mais visível e duradoura, surgindo então a escrita⁴.

Como parte da análise que realizaremos envolve textos da lei, tem para nós maior relevância o estudo da linguagem escrita. É óbvio que as modalidades de linguagem, escrita e oral, possuem peculiaridades próprias que as distinguem. A linguagem oral é menos rígida, muito se podendo extrair, por exemplo, da entonação daquele se fala para a interpretação por parte

² Excluídas desta condição de historicamente construídas de modo espontâneo, somente as linguagens que foram tecnicamente construídas, como é o caso do esperanto.

³ CAMARA JR., Joaquim Mattoso. **Dicionário de lingüística e gramática**: referente à língua portuguesa. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 196

⁴ Ibidem, p. 133-134.

do ouvinte⁵, fator que não é analisável num texto escrito. Na linguagem oral, pelo próprio tom da voz podemos detectar se a frase denota alegria, tristeza, ironia ou sarcasmo, dentre várias outras características, que no texto escrito seriam mais dificilmente detectáveis.

É certo que podemos redigir um texto que expresse alegria ou tristeza, mas o leitor terá ao seu dispor, para notar a existência de tais elementos, tão somente as palavras que ali se encontram escritas numa determinada ordem. Assim é que para que um texto escrito se faça compreender bem é necessário que tenha “a) [de] frases mais adstritas à possibilidade de uma análise lógica; b) um desenvolvimento mais amplo e gradual dessas frases, sem mudanças bruscas de pensamento; c) maior atenção à disciplina gramatical; d) maior eficiência do estilo”⁶ e, sobretudo, de um contexto.

O que é transmitido pela linguagem, em qualquer das suas modalidades, em regra não possui um grau absoluto de precisão. De acordo com Carrió, dois são os tipos de dúvida que podem surgir numa comunicação, que ele propõe investigar a partir de duas perguntas: “Que fez fulano ao dizer X?” e “Que quer dizer X?”.⁷

Os problemas relacionados com a primeira pergunta são aqueles que dizem respeito aos usos da linguagem. É que a linguagem, em qualquer das suas formas, se presta a diversos propósitos. Pode ela, de acordo com o autor, ser utilizada para descrever os fenômenos ou estado das coisas, quando se fala num uso descritivo da linguagem. De igual modo, pode também ser utilizada para expressarmos nossos sentimentos, exteriorizando-os. Fala-se ainda no uso diretivo da linguagem, quando ela é utilizada para dirigir as atividades de outras pessoas, indicando-as o que devem fazer, como no caso de uma ordem militar. Por fim, temos ainda o chamado uso operativo da linguagem, quando a linguagem é utilizada como meio para alcançar um outro conteúdo já socialmente ou legalmente definido, como, por exemplo, quando se institui um herdeiro a partir de um testamento, ou quando se cumprimenta alguém⁸.

A primeira pergunta estaria relacionada, portanto, a identificar qual o uso que se está dando a uma determinada frase. Podemos, por exemplo, com uma mesma frase expressar um pedido ou uma ordem, de acordo com o contexto em que esteja ela sendo utilizada.

⁵ Ibidem, p. 133

⁶ Ibidem, p. 133

⁷ CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p.18.

⁸ Ibidem, p. 19-21.

A segunda pergunta diz respeito ao significado das palavras em si. Não há aqui dúvida sobre como interpretar o uso da linguagem utilizado, mas sim acerca do conteúdo das palavras ali utilizadas.

Diversos são os motivos para que isto possa acontecer. Primeiramente poderíamos apontar o fato de que nenhuma língua possui palavras suficientes para indicar com uma palavra específica cada diferente fenômeno.⁹ Uma mesma palavra pode, portanto, se referir a diversas coisas e não há como ser de outra forma numa língua historicamente construída. Isto, em regra, não causa dificuldade na comunicação, pois o já referido contexto afasta a dúvida sobre qual dos sentidos da palavra está sendo utilizado numa determinada frase. Contexto este que, no caso da legislação, se apresenta não apenas do ponto de vista semântico, mas também da análise global da lei em que se encontra a palavra, expressão ou frase em questão¹⁰. Entretanto, nem sempre isso é possível. Há situações em que, mesmo conhecendo o contexto em que a palavra foi utilizada, ainda assim continuamos em dúvida sobre qual sentido está sendo empregado. Temos, nestes casos, a ambigüidade.

A ambigüidade ocorre quando é possível dar mais de uma interpretação a uma comunicação lingüística em virtude de homonímia, polissemia, ou deficiência dos padrões sintáticos¹¹. A homonímia é a “propriedade de duas ou mais formas, inteiramente distintas pela significação ou função, terem a mesma estrutura fonológica”¹². Já a polissemia é a “propriedade da significação lingüística de abarcar toda uma gama de significações, que se definem e precisam dentro de um contexto”¹³. Embora guardem diferenças de formação, tanto a homonímia quanto a polissemia têm em comum a característica de uma mesma palavra ser utilizada com mais de uma significação. Conforme apontado, além da homonímia e da polissemia, a ambigüidade pode resultar também da deficiência dos padrões sintáticos, ou seja, de uma confusa elaboração da estrutura frasal, de modo a criar dúvidas no sentido da palavra na frase.

Para melhor esclarecer como se dá a ambigüidade, trabalharemos com um exemplo. Imaginemos que escutamos uma única frase, de uma conversa entre dois indivíduos, tendo

⁹ Ibidem, p. 27.

¹⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 457.

¹¹ CAMARA JR., op. cit., p. 56.

¹² Ibidem, p. 173.

¹³ Ibidem, p. 241.

sido esta frase “Não agüento mais a academia!”. Pelo seu conteúdo, de modo isolado, na língua portuguesa, não teríamos como saber exatamente qual o sentido da palavra academia. Poderíamos ter um intelectual falando que se cansou da academia no sentido de estudos acadêmicos, como poderíamos ter um atleta igualmente manifestando seu descontentamento com a academia de ginástica. Teríamos aqui uma situação de ambigüidade, que só seria solucionável em virtude do contexto.

Podemos de igual modo oferecer um exemplo vinculado ao nosso Código Civil. O art. 309 traz a seguinte locução: “O pagamento feito de *boa-fé* ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor” (grifos nossos). Sem entrar no mérito da solução do problema, o que pretendemos discutir mais adiante, destacamos a ambigüidade do termo, enquanto entendido apenas na frase isolada, que pode se referir tanto à boa-fé subjetiva, como à boa-fé objetiva. Ambigüidade esta, mais uma vez, solucionável mediante o critério apontado, ou seja, do contexto.

Além da ambigüidade, outro motivo que pode levar à dificuldade de interpretação do sentido específico de uma palavra numa frase é a vagueza. Na vagueza, ao contrário da ambigüidade, sabemos o sentido em que a palavra está sendo utilizada na frase. O que não conseguimos definir é o campo de aplicação daquela palavra¹⁴. Temos um conjunto de casos, em que certamente se aplica a palavra, um outro conjunto, em que certamente não se aplica, mas entre estes há uma zona de penumbra, fronteira, em que não temos certeza se a palavra é aplicável, caracterizando aí a vagueza.

É verdade que, conforme já referido, pela própria estrutura da língua as palavras em geral são vagas. Mas é certo também que nem todas o são da mesma maneira¹⁵. Imaginemos, por exemplo, que uma pessoa foi assaltada e, em seguida, levada a uma delegacia de polícia para dar a descrição do assaltante. A vítima descreve o homem como sendo moreno, alto, gordo e calvo. É bem verdade que as características dadas nos permitem imaginar mais ou menos o assaltante, mas é certo também que a figura imaginada terá diferenças para cada um de nós. Afinal, não existe um parâmetro objetivo que determine qual grau de melanina uma pessoa deve ter na pele pra ser considerada morena. De igual modo, não existe altura específica a partir da qual uma pessoa é alta, grau de gordura a partir de qual uma pessoa é gorda, nem

¹⁴ CARRIÓ, op. cit., p. 31.

¹⁵ Ibidem, p. 32.

quantidade de cabelos faltando na cabeça para determinar que uma pessoa é calva. Em tais sentenças, ao contrário daquelas ambíguas, sabemos o sentido de cada um destes termos, o que ocorre é que se tratam de palavras que, em si, guardam um determinado grau de vagueza maior do que outras. Muito mais precisa seria a descrição se, por exemplo, se tivessem a altura e pesos especificados através de suas respectivas medidas, 1,85m e 120kg, por exemplo, quando não teríamos então presença da vagueza.

Uma vez mais ofereceremos um exemplo encontrado no Código Civil para ilustrar a figura da vagueza num texto legal. Diz o art. 329: “Ocorrendo *motivo grave* para que se não efetue o pagamento no lugar determinado, poderá o devedor fazê-lo em outro, sem prejuízo para o credor” (grifos nossos). Nota-se que temos uma expressão, “motivo grave”, que é também dotada de vagueza, vez que dependerá, quando da sua aplicação, de um preenchimento valorativo, nos termos que trabalharemos ainda neste texto.

Fizemos questão de trabalhar tanto com exemplos de situações relacionadas como de não relacionadas com o Direito, com o fim de demonstrar que não há diferença essencial na linguagem entre ambas. É bem verdade que as ciências costumam construir para si um universo próprio de palavras, que se distinga da linguagem comum. São os chamados *termos científicos*, com os quais os cientistas nomeiam determinadas coisas ou fenômenos específicos das suas ciências.

A criação destes termos se dá por vezes utilizando palavras que têm sua origem na linguagem comum, enquanto que noutras vezes são de fato criadas palavras inteiramente novas para designar aquela coisa ou fenômeno. Como bem aponta Hans-Georg Gadamer:

Um termo sempre é algo artificial, seja porque a própria palavra é formada artificialmente, seja – o que é mais freqüente – porque uma palavra que já está em uso é recortada da plenitude e largueza de suas relações de significado e fixada em um determinado sentido conceitual¹⁶.

Tais termos científicos, vez que construídos a partir de um esforço racional para a denominação do que pretende o cientista designar, possuem uma pretensão de maior clareza ou precisão em relação às palavras da linguagem comum, o que não é alcançado de modo

¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I** – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 9. ed. Petrópolis: 2008, p. 536.

pleno. É que embora estas palavras sofram um recorte que lhes confere um significado artificial, “acabam sempre voltando à vida da linguagem”¹⁷.

O direito possui uma grande quantidade de termos próprios à sua ciência, o que é ainda mais relevante se considerarmos que muito da sua prática se realiza na linguagem, seja pelo texto legal, seja pelas discussões doutrinárias e decisões dos tribunais. Assim é que, ao lado das palavras do linguajar comum, encontramos também termos que são específicos da ciência do Direito. Alguns destes, inclusive, totalmente incompreensíveis para os desconhecedores do linguajar jurídico, tais quais *anticrese*, *enfiteuse*, *usucapião* (embora este último já mais infiltrado no linguajar popular); outros, formulados de palavras tiradas da linguagem comum, mas remodeladas para sentidos novos em relação aos que são comumente tratadas. Termos estes que figuram não apenas nos livros voltados para os estudiosos do Direito, como também nas legislações que, em tese, têm como destinatário o povo a quem são dirigidas.

É importante que a linguagem utilizada na legislação, apesar da necessidade do uso de termos técnicos, seja dotada de uma compreensibilidade para o público em geral, fornecendo aos não estudiosos do direito um acesso direto a este mundo jurídico, que os permita se guiar no ambiente social¹⁸.

A despeito de realizarmos esta abordagem inicial sobre a linguagem por considerarmos que ela possui importância na questão da interpretação das normas pelos juristas, não acreditamos seja ela o fator nuclear das discordâncias surgidas entre eles, como pretendem as ditas teorias semânticas do direito.

Em verdade, as divergências interpretativas entre os juristas quando da aplicação das normas decorrem de desacordos valorativos, ou seja, desacordos quanto aos propósitos da norma no ordenamento, quanto aos valores que uma determinada norma deve proteger, e não simplesmente quanto ao sentido semântico da mesma. A despeito disso, há normas que por possuírem uma estrutura semântica mais fluida, por qualquer dos motivos já apontados, favorecem o vir à tona de tais desavenças valorativas.

¹⁷ Ibidem, p. 537.

¹⁸ ¹⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 451.

2.2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA: SISTEMA CODIFICADO FECHADO E NORMAS DE TEXTURA ABERTA

O sistema jurídico brasileiro é um sistema que está tradicionalmente atrelado às codificações. Este modelo legislativo, como veremos a seguir, encontra-se historicamente vinculado a uma concepção de positivismo, que como tal pretende uma completude do texto legal na sua função de regulação do substrato social. Por isto é que neste sistema ganha relevância o estudo dos conceitos indeterminados, que trazem em si uma lógica diferente da comumente consagrada por tal concepção do direito.

Um *código*, no dizer de Helmut Coing, é um tipo de lei que pode ser identificado por diversas características, como a sua amplitude, regulando ao menos toda uma esfera da vida (Civil, Penal, Comercial), a sua construção sistemática e sua expressão em princípios claros, de modo tal que cada cidadão seja capaz de lê-lo, a ponto de poder agir como se fosse seu próprio advogado. A idéia do código envolve ainda seu domínio da jurisprudência, que deve se limitar a aplicá-lo literalmente. Por fim, deve ainda ser pensado como uma obra longeva, com revisões temporais apenas após longos períodos, apenas com o fito de atualizar a linguagem¹⁹, razão pela qual deve regular somente as relações que tratam de elementos mais duradouros das relações sociais, e não normas ocasionais sobre uma situação provisória²⁰, como o combate a um surto inflacionário ou epidêmico, por exemplo.

Os primeiros movimentos de codificação encontram como importantes fatores de influência na sua formação o Iluminismo (*Aufklärung*) e a Revolução Francesa, cujo estudo nos ajuda a entender suas características²¹. O Iluminismo²², movimento que encontrou seu ponto forte na Europa durante o século XVIII, tinha por sua base filosófica a supremacia da razão humana. Apregoava o movimento que, apenas a partir do uso da sua razão, é que o homem resolveria os problemas do mundo. Este tipo de pensamento, logicamente, levou à secularização, com a passagem da transcendência à imanência, nas mais diversas categorias do conhecimento e

¹⁹ COING, Helmut. **Derecho privado europeo**: tomo I. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996, p. 113-114.

²⁰ COING, Helmut. **Derecho privado europeo**: tomo II. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996, p. 28.

²¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 173-179. Embora, como aponta a autora, logicamente, não possamos reduzir as influências históricas unicamente a estes dois fatores, foram, sem dúvidas, os mais decisivos.

²² Nas obras nacionais o Iluminismo também é referido como “Esclarecimento”, “Ilustração”, bem como pela expressão alemã “*Aufklärung*”.

práticas²³. Não era mais necessária uma revelação divina da verdade, ao revés, deveria a verdade ser alcançada a partir do uso da razão.

Apregoava-se, portanto, a liberdade do homem a partir do uso da razão, de modo que o Iluminismo, no dizer de Kant,

(...) significa a saída do homem de sua menoridade, da qual o culpado é ele próprio. A menoridade é a incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem a direção de outro indivíduo. O homem é o próprio culpado dessa menoridade se a sua causa não estiver na ausência de entendimento, mas na ausência de decisão e coragem de servir-se de si mesmo sem a direção de outrem. *Sapere aude!* Tem a ousadia de fazer uso de teu próprio entendimento – tal é o lema do Esclarecimento [*Aufklärung*]²⁴.

Por conta desta crença no uso da razão é que, como traço característico do pensamento dos iluministas, podemos destacar o seu senso de crítica e indagação às instituições e ao conhecimento existentes. Despreza-se o valor da tradição, de modo que o único conhecimento válido passa a ser aquele que foi racionalmente testado e construído, com a conseqüente submissão da autoridade à razão²⁵. Esta crença no então descoberto poder da razão, fez com que houvesse um otimismo iluminista, resultante “da fé que têm os filósofos no poder da razão e na verdade da ciência – uma nova religião enfim, uma religião secular, cujo deus é a razão e onde a razão é Deus”²⁶. Havia, portanto, a crença de que o uso adequado da razão seria capaz de nos guiar pelo caminho correto, protegidos de qualquer erro²⁷.

Os iluministas dirigiam este senso crítico, estas novas idéias criadoras, sempre para um uso pragmático, não dando tanta importância às idéias enquanto simplesmente abstrações, dissociadas de um uso prático²⁸. Estas idéias dirigidas para a transformação do mundo podem ser agrupadas em quatro grandes grupos, que seriam a tolerância, o humanitarismo, o utilitarismo e a pedagogia. Abordaremos aqui apenas o humanitarismo, já que é aquele que gerou conseqüências mais diretas no mundo do Direito.

²³ FALCON, Francisco José Calazans. **Iluminismo**. 4. ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 32. Embora, como aponta o autor, o afastamento da religião não tenha sido algo que se deu em todos os pensadores iluministas.

²⁴ KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é “Esclarecimento”? (“Aufklärung”). In: **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 115.

²⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I** – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 9. ed. Petrópolis: 2008, p. 369.

²⁶ FALCON, op. cit., p. 40.

²⁷ GADAMER, op. cit., p. 368.

²⁸ FALCON, op. cit., p. 65.

O humanitarismo tem por principal característica a valorização do homem, o antropocentrismo²⁹. É a afirmação do reino dos homens sobre a terra, contra a anterior concepção da transcendência. Esta crença na possibilidade do homem, a partir da sua razão, moldar o mundo, traduziu-se, no Direito, num otimismo jurídico, que pode ser definido como “a confiança no sistema das leis e no poder do legislador como capazes de assegurar a virtude e a felicidade dos homens. Se as leis forem racionais, serão justas, podendo promover o bem-estar geral”³⁰.

Há, portanto, uma crença na força da lei, racional – e portanto justa – como agente capaz de moldar o mundo. Não à toa que o Iluminismo conheceu um grande número de legisladores, leis e códigos; afinal, cabia aos sábios legisladores, a criação de leis que levariam ao progresso da humanidade. Guardemos este legado racionalista do Iluminismo e passemos à análise da Revolução Francesa.

A Revolução Francesa não foi a única revolução do século XVIII na Europa, mas foi certamente a que mais teve impacto sobre o mundo. Dentre as suas diversas causas, podemos também apontar a influência do racionalismo iluminista, que, com sua linha de à crítica da tradição, fornecia um poderoso argumento filosófico para a derrocada do Antigo Regime³¹.

Embora mesmo durante a Revolução tenham ocorrido importantes eventos para o mundo do Direito³², nos interessa, de modo mais específico, o período pós-revolucionário, com a ascensão de um governo unificado a partir de Napoleão. Apesar de todas as outras façanhas, há um ato seu que pode ser apontado como de enorme influência no desenvolvimento posterior do Direito, especialmente do Direito Civil, que foi a promulgação, em 1804, do Código Civil francês, também conhecido como Código Napoleônico.

Embora não tenha sido esta a primeira codificação de leis realizadas por um país, já que a Dinamarca em 1683, a Noruega em 1687 e a Suécia em 1734, também já haviam realizado

²⁹ Ibidem, p. 59.

³⁰ Ibidem, p. 68.

³¹ HOBBSBAWN, Eric. **The French Revolution**. Phoenix: Phoenix Paperback, 1996, p. 5. É claro que o argumento filosófico não foi a única razão, especialmente considerando o número de pessoas que efetivamente à época teriam acesso a este tipo de pensamento. Porém, se adicionarmos um ano de má colheita (1788-89) e milhares de pessoas passando fome tanto na cidade quanto no campo, uma propaganda bem realizada sobre mudança e esperança de igualdade pode certamente gerar um cenário como o da Revolução Francesa (p.10).

³² Como a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no ano de 1789.

codificações³³, foi a codificação realizada por Napoleão a responsável por influenciar diversos países na mesma direção. De toda sorte, o movimento das codificações pode ser apontado como sendo relativamente jovem, vez que teve seu verdadeiro início no século XVIII³⁴.

Com base no Direito Romano (especialmente no *Corpus juris civile*), este Código Napoleônico foi construído levando em conta a herança dos já destacados ideais racionalistas, bem como aqueles que guiaram a Revolução. Tinha-se, portanto, quando da sua elaboração, uma fé no domínio de tudo pelo homem através da sua razão. Como aponta Engisch, por conta do legado do Iluminismo,

tranquilamente se assentou na ideia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e atos administrativos³⁵.

Podemos apontar ainda como características do Código de Napoleão o fato dele ser

ahistórico, por ser heredero de una revolución; no literario, porque evita adrede todo enlace con la tradición interrumpida en 1793, y hostil a la judicatura (mejor dicho: hostil a los juristas), pues también el arte hermenéutico del antiguo cuerpo judicial representaba una pieza del ancien régime³⁶.

Este conjunto de características levou à criação de um código que pretendia regular todas as situações possíveis, com nítida adoção da técnica legislativa da casuística. A casuística é, de acordo com Engisch, “aquela configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria”³⁷. Ou ainda, como define Martins-Costa, uma técnica da regulamentação por *fattispecie*, na qual

o legislador fixa, de modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos, de modo que, em face da tipificação de condutas que promovem, pouca hesitação haverá do intérprete para determinar o seu sentido e alcance³⁸

³³ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 36.

³⁴ COING, Helmut. **Derecho privado europeo**: tomo II. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996, p. 27.

³⁵ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 206.

³⁶ ESSER, Joseph. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961, p. 187.

³⁷ ENGISCH, op. cit., p. 228.

³⁸ Op. cit., p. 297

O uso quase exclusivo desta técnica no Código Napoleônico é um bom reflexo do pensamento daquela época. Ora, se em tese à época temos homens que são todos iguais e livres³⁹, e temos também o poder de através da nossa razão nos guiar, nada mais natural do que pretender criar uma lei que seja não apenas aplicável a todos os homens, como também que nela possamos encontrar a solução de todo e qualquer fato concreto que se apresente: este era o espírito.

E este foi também o espírito de diversos outros códigos que vieram após o Código Napoleônico. A utilização quase exclusiva da técnica legislativa da casuística, entretanto, só pode ser vista como funcional se considerarmos que nos encontramos no chamado mundo da segurança, sustentado pelas ideologias da sociedade, da unidade legislativa e da interpretação⁴⁰.

A ideologia da sociedade apregoa a unidade do corpo social, ou seja, está altamente vinculada ao ideal de igualdade entre os homens. Esta ideologia diz “respeito aos valores da burguesia liberal, capaz de exprimir princípios comuns e refeltir-se num determinado e firme quadro legislativo”⁴¹. A burguesia liberal via a si mesma como representativa de toda a sociedade nacional⁴², de modo que uma lei que atendesse aos seus interesses, estaria por conseguinte atendendo aos interesses de todos.

Já a ideologia da unidade legislativa representa a “visualização do Código Civil como sistema completo, pleno, total harmônico e auto-referente das leis civis, em outras palavras, das regras concernentes à sociedade civil, ao mundo dos privados”⁴³. Tem-se aí, portanto, a pretensão de num sistema legislativo fechado, oferecer todas as soluções necessárias. Isto, nos parece, é fruto do racionalismo que leva à crença de, com o uso da razão, conseguir-se-ia plasmar um texto capaz de prever e regular todos os acontecimentos possíveis.

Diretamente relacionada com as duas ideologias acima apresentadas, se apresenta a ideologia da interpretação. De acordo com esta

³⁹ Esta *pretensão ideológica* de existência de igualdade entre os homens, bem como a busca máxima da liberdade, ressalte-se, não ficou restrito ao momento histórico da Revolução Francesa.

⁴⁰ MARTINS-COSTA, op. cit., p.276. No mesmo sentido: ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 73-74.

⁴¹ Ibidem, p. 276.

⁴² WIACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 628.

⁴³ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 277.

A atividade cognoscitiva dos juristas postulava a unidade sistemática do ordenamento, a qual, por sua vez, espelhava a unidade do tecido orgânico das relações sociais, de modo que, como afirmou Irti, a ciência jurídica se punha como a mimesis da mimesis. O sistema jurídico era a imagem das regras que constituíam a imagem das relações subjacentes. Por essa razão não havia nem mesmo possibilidade de opção quanto ao método da interpretação das leis, e as prescrições legais eram necessariamente visualizadas na representação simplificadoria de uma plana subsunção que poderia ser operada através da dedução silogística, sem que fosse possível uma intervenção ‘estranha’ às regras pré-estabelecidas.⁴⁴

Temos nesta situação, portanto, um sistema fechado em si mesmo, posto que supostamente completo, em que o aplicador da lei necessita em sua ação interpretativa realizar unicamente uma operação de subsunção, ou seja, “passagem mecânica, passiva, do facto para a previsão normativa, de modo a integrar a premissa menor do silogismo jurídico”⁴⁵

As Ordenações Filipinas, herança do domínio português, que continham os traços acima apontados das codificações que se basearam no Código de Napoleão, foram a primeira legislação civil utilizada no Brasil, já após a independência. Embora desde a proclamação da República em 1889, já houvesse a idéia da elaboração de um Código Civil, este só veio a ser promulgado em 1916⁴⁶, a partir do projeto de Clóvis Bevilacqua. Até lá prevalecia no Brasil a insegurança jurídica na aplicação da lei civil, já que “ora se invocavam as ordenações portuguesas, ora as regras de direito canônico, ora preceitos de direito romano”⁴⁷, sem qualquer formulação de hierarquia⁴⁸.

Neste meio tempo, vale destacar, ocorreram algumas tentativas de formulação de um Código Civil brasileiro, podendo destacar, por sua maior importância e influência na formulação de outros códigos na América do Sul, o esboço do Código Civil de Teixeira de Freitas⁴⁹.

⁴⁴ Ibidem, p. 279.

⁴⁵ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 33.

⁴⁶ CARVALHO NETO, Inacio de. Histórico da codificação brasileira. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas: parte geral do Código Civil**. São Paulo: Método, 2007, p. 20.

⁴⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 76.

⁴⁸ A preocupação com a criação de um Código Civil para a nação, presente desde a Constituição de 1824, tinha interesse voltado não apenas para a existência de um diploma jurídico mais adequado à realidade social vigente, mas também com a demonstração da soberania da recém-liberta nação. MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: CAMBLER, Everaldo Augusto et al. **Comentários ao Código Civil Brasileiro: parte geral**, v.1. Coord: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. XIV.

⁴⁹ CARVALHO NETO, op. cit., p. 26. Além destes tivemos ainda os projetos de Nabuco de Araújo, Felício dos Santos, Coelho Rodrigues e Carlos de Carvalho, muitos dos quais nunca foram sequer finalizados.

Também neste hiato de tempo, até a aprovação do Código Civil de 1916, já encontramos, na Alemanha, uma codificação que faz uso das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados. O *Bürgerliches Gesetzbuch*, Código Civil alemão de 1900, comumente referido como BGB, é um marco na questão dos conceitos indeterminados e cláusulas gerais, com a adoção, no seu §242, de uma cláusula geral⁵⁰ de boa fé. Embora, este reflexo tenha chegado até o Código Civil de 2002, não apresentou grande influência no Código Civil de 1916, tendo a influência da codificação alemã neste se restringido ao seu modelo esquemático, com a adoção de uma “parte geral” e uma “parte especial”⁵¹.

Assim é que podemos afirmar que também este Código de 1916 foi elaborado tendo como base o paradigma do Código de Napoleão. Tivemos, portanto, no Código de 1916, uma tendência à adoção da técnica legislativa da casuística, com uma pretensão de completude legalista e normas com um caráter mais voltado ao indivíduo em detrimento do social, e um consequente desprestígio (o que não significa total ausência), pelo uso de normas de textura aberta, característica herdada das codificações do século XIX⁵².

Entretanto, as causas que motivaram o uso de tal técnica no Código de 1916 foram completamente diversas daquelas que fomentaram o Código de Napoleão. É que, enquanto no Código francês tais escolhas se davam como modo da burguesia assegurar seus direitos alcançados através da Revolução⁵³, “especialmente porque a análise dos precedentes históricos demonstrava que o Judiciário francês serviu de instrumento para a prevalência da vontade dos nobres, não sendo seguro correr o risco de que tal fato pudesse vir a se repetir”⁵⁴, no brasileiro elas refletiam uma defesa da segurança jurídica, vinculada ao interesse “de se manter uma sociedade marcada pelo predomínio dos proprietários rurais e da burguesia mercantil, que se contrapunham à enorme massa composta pelo proletariado rural”⁵⁵.

⁵⁰ Neste momento não discutiremos se o artigo em questão se trata de uma cláusula geral, conceito indeterminado ou princípio. Adotamos simplesmente a denominação da cláusula geral quanto ao artigo em questão por ser esta a mais comumente utilizada pela doutrina quando se referindo ao mesmo.

⁵¹ MAZZEI, op. cit., p. XXX.

⁵² ESSER, op. cit., p. 184.

⁵³ SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo código civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. In: **Revista de Direito Privado**: n. 10. Coords: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 12.

⁵⁴ MAZZEI, p. XXXII.

⁵⁵ Ibidem, p. XXXV.

Este paradigma herdado pelo Código de 1916, fruto ainda dos ideais da burguesia liberal, deteriorou-se ao longo de todo o século XX. As duas Grandes Guerras, dentre outros fatores, trouxeram à tona a necessidade de uma maior participação do Estado junto aos particulares, operando assim a mudança do Estado Liberal para o Estado Social, ou de bem-estar social.

Esta transformação traz importantes reflexos no sistema de direito privado, que, por exemplo, evolui de um individualismo econômico para um pluralismo, com a resolução de conflitos econômicos não mais na esfera individual, mas sim coletiva, como se dá com os sindicatos de trabalhadores e empregadores⁵⁶. De igual forma relativiza-se a liberdade contratual, antes absoluta, com a criação de diversas limitações à liberdade dos contratantes em prol do interesse da sociedade⁵⁷.

Não apenas as transformações trazidas pelo Estado Social foram erosivas do sistema codificado fechado. O paradigma em que este se baseia, o mundo com que trabalha para construção do seu sistema, é irreal. Os homens não eram iguais à época da Revolução Francesa, nem o são agora. Como diz Roxana Borges “a idéia de igualdade era apenas formal e a liberdade estava voltada, principalmente, para as relações econômicas”⁵⁸. Não havia possibilidade, já no século XIX de uma lei prever todas as situações possíveis de acontecerem no mundo dos fatos. Menos ainda ao longo do século XX, com todos os avanços tecnológicos e científicos que experimentou, especialmente na sua última década, como aponta Washington Luiz da Trindade,

que demoliram as certezas ciosamente transmitidas pela tradição e pelas chamadas ciências exatas, o acervo de conhecimentos acumulados nos dezenove séculos precedentes, lembram um vasto campo de guerra juncado de cadáveres e moribundos, qual a visão dramática que nos passa o ilustre autor da ‘Biografia de Napoleão’, depois da batalha de Elyau⁵⁹.

Apresenta-se uma necessidade crescente de um sistema legislativo que possibilite uma abordagem de modo diferente, já que uma regulamentação pontual de cada caso se mostra cada vez menos capaz de abranger a inteireza das situações fáticas⁶⁰, vez que vivemos na época das rápidas modificações tecnológicas, com a informação maciçamente difundida pela

⁵⁶ WIACKER, op. cit., p. 632.

⁵⁷ Ibidem, p. 634.

⁵⁸ BORGES, op. cit., p. 77.

⁵⁹ TRINDADE, Washington Luiz da. **Scienza Nuova**. Texto entregue pelo professor na disciplina Direito Econômico, do curso de Mestrado em Direito da UFBA.

⁶⁰ BORGES, op. cit., p. 110.

internet, a viabilidade técnica da clonagem humana e os avanços da engenharia genética, apenas para citar alguns exemplos. Tantas e tão contínuas mudanças constituem “um verdadeiro desafio para o direito civil”⁶¹, que deve encontrar um meio de adaptar-se a elas numa velocidade próxima à que ocorrem.

Estes reflexos da insuficiência do Código Civil de 1916 em acompanhar a realidade social pode ser sentido ao longo da sua vigência por quase todo o século XX, que foi acompanhada pela criação de diversos microsistemas jurídicos, a exemplo da Lei do Divórcio (Lei n. 6515/77), do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/1990) e da Lei do Inquilinato (Lei n. 8245/91).

Por fatores como estes é que o Código Civil brasileiro de 2002 foi elaborado com base num diferente paradigma. Tendo sua elaboração se iniciado em 1969, amargou um longo trâmite legislativo antes da sua final aprovação. Por conta disso foi por muitos acusados de ser uma lei que já nascia morta, desatualizada, incapaz de atender às demandas contemporâneas à sua tardia promulgação.

Críticas à parte, Miguel Reale, coordenador responsável pela elaboração do especificado Código de 2002, afirma que na elaboração de tal diploma se buscou uma sistemática que melhor se adequasse à realidade desta sociedade não apenas diversificada, como em constante mudança⁶².

Sua diferença em relação ao Código de 1916 não seria tanto estrutural, já que se procurou preservar no Código de 2002, tanto quanto possível, a estrutura do seu antecessor, mas sim ideológica.

Neste sentido é que o novo Código Civil foi criado tendo uma base principiológica lastreada na eticidade, socialidade e operabilidade. A eticidade, no dizer de Miguel Reale, pode ser entendida como o reconhecimento da “indeclinável participação dos valores éticos no nosso

⁶¹ MARQUES, Cláudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais. In: MARQUES, Cláudia Lima (org.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 24.

⁶² REALE, Miguel. **História do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 195-196. Em que pesem as diversas críticas sobre o Código Civil já ter nascido velho por conta do seu longo processo legislativo, Miguel Reale defende sua obra afirmando que a todo tempo foram tomadas medidas para manter o texto atualizado às mudanças sociais e legais, abarcando inclusive o advento da Constituição de 1988.

ordenamento jurídico”. Afasta-se assim a idéia legalista da absoluta separação entre direito e moral, trazendo-a de volta como elemento participativo na formação do direito. Baseada na eticidade é que encontramos a boa-fé, tanto na sua acepção subjetiva, valorizando as intenções honestas, como na objetiva, valorizando o agir probó⁶³.

A socialidade, por sua vez, se apresenta como uma superação do individualismo reinante no Código Civil anterior, em prol de uma abordagem que busque favorecer a sociedade como um todo. Destaquemos que não se entenda isso como a supressão do individual, mas tão somente como a revalorização do coletivo e do senso de comunidade. Neste sentido, por exemplo, a regulamentação expressa da função social de dois importantes institutos do Direito Civil, a saber, o contrato e a propriedade⁶⁴.

Dos três princípios, entretanto, nos interessa mais detidamente a análise da operabilidade. Por operabilidade Miguel Reale entendeu “a decisão tomada no sentido de estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do Direito”.⁶⁵

A busca da satisfação desta diretriz principiológica se refletiu em diversos aspectos do novo Código Civil. Assim, é por conta da operabilidade que se buscou eliminar dúvidas que perduraram no Código Civil anterior, como era o caso da distinção entre prescrição e decadência. Também como modo de atender à operabilidade buscou-se a resolução de sinonímias antes presentes, como no caso de associação e sociedade.

Mas o ponto mais relevante da operabilidade foi justamente a busca, através do maior uso das normas de textura aberta, de uma Lei com melhor possibilidade de adequação à realidade, facilitando assim a sua aplicação diante do caso concreto. As conseqüências de tal opção ainda se encontram em desenvolvimento. Do nosso ponto de vista, mais relevante do que a

⁶³ Ibidem, p. 38.

⁶⁴ Ibidem, p. 39.

⁶⁵ Ibidem, p. 40. A despeito de Miguel Reale não se referir especificamente aos conceitos indeterminados, nos parece que isso se dá muito mais por conta de uma consideração unívoca de significado a estes e às cláusulas gerais, especialmente levando em conta os exemplos por ele apontados (proibidade, boa-fé, correção, manifestamente excessivo), que podem ser, conforme a situação, unicamente conceitos indeterminados, ou funcionar também como cláusulas gerais, conforme trataremos no tópico seguinte. Também a respeito das diretrizes do Código Civil, porém se referindo aos conceitos indeterminados, às cláusulas gerais e aos princípios: MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 51.

quantidade de normas de textura aberta é o modo sua interpretação é encarada. O que nos propiciará uma correta ou incorreta aplicação da lei é a nossa concepção do direito.

2.3 RELACIONANDO AS NORMAS DE TEXTURA ABERTA

Conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios, cada um num diferente plano, integram as chamadas normas de tipo aberto, ou normas de textura aberta, ou ainda a textura aberta do direito. Como ponto em comum, possuem o objetivo de formular normas que tenham um maior espectro de abrangência adaptação ao caso concreto e, por conseguinte, maior longevidade⁶⁶.

Surgem, como vimos ao tratar da parte histórica, de uma necessidade de normas mais adaptáveis, diante da impossibilidade do legislativo em acompanhar as mudanças sociais com a mesma rapidez que acontecem, no que podem prestar grande contribuição a doutrina e a jurisprudência⁶⁷.

Por conta da proximidade de objetivos, é comum encontrarmos na doutrina pontos de contato e de distinção dos mais diversos entre as apontadas categorias. A despeito de aprofundamento que faremos ainda neste sentido, adiantamos desde já que consideramos que conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios se situam em diferentes planos ou categorias.

A classificação dos conceitos indeterminados trata de uma análise da estrutura semântica, se situando assim no plano da linguagem e tendo como seu oposto os conceitos determinados. As cláusulas gerais são uma técnica legislativa, se situando neste plano em oposição à casuística. Já os princípios, por sua vez, se situam no plano normativo, tendo como contraponto as regras. Dada esta breve introdução, passemos à explanação pormenorizada da teoria ora exposta, a partir da definição das diversas categorias apontadas.

⁶⁶ MAZZEI, Rodrigo. Código civil de 2002 e o judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. **Reflexos do novo código civil no direito processual**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2007, p. 53-54.

⁶⁷ SENRA, Maria Amélia Lisbão. O sistema no âmbito do direito privado. In: **Revista de Direito Privado**: n. 37. Coords: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo, 2009, p. 176.

2.3.1 Conceitos indeterminados

Podemos entender o conceito como a representação, o significado, a idéia. Dito de outra forma, o conceito é o significado que se pretende representar a partir do uso de um signo, palavra ou expressão. A definição, por sua vez, é uma explicação⁶⁸. Definir um conceito, portanto, consiste em buscar explicar qual o seu significado. Desta feita, quando falo *cachorro*, *motivo grave* ou *prescrição*, o conceito de cada um deles é o significado que representam. Se, ao contrário, parto para explicar o que é um cachorro, não estou mais conceituando, mas sim definindo.

Para alcançar uma definição do que é um conceito indeterminado, devemos identificar alguns pontos de análise essenciais. O primeiro deles diz respeito a buscar a existência de algum elemento que nos permita diferenciar os conceitos indeterminados de outros que não sejam assim classificados. Se pretendemos classificar algo como sendo um conceito indeterminado é necessário, por critério lógico, que haja algo que não se encaixe nessa classificação, que se situe fora deste conjunto, já que do contrário o esforço da classificação em si seria inútil. Assim é que se pretendemos realizar uma definição dos conceitos indeterminados necessitamos desde já admitir que, em contrapartida, temos outra categoria, a dos conceitos determinados⁶⁹, com elementos diversos dos encontrados naqueles.

Ainda elucidando as terminologias, cumpre destacar controvérsia que encontramos na doutrina nacional, que envolve fixar se a indeterminação estaria no *termo* ou no *conceito*. Esta discussão é capitaneada por Eros Grau e Celso Antônio Bandeira de Mello, sendo revisitada por outros autores, também da doutrina nacional⁷⁰, que tratam do tema. Para Eros Grau a indeterminação estaria no termo, ou seja, na palavra, no signo que expressa o conceito. Alega o autor que não há que se falar em conceitos indeterminados, já que um conceito é justamente uma suma determinada de idéias sobre alguma coisa, sendo que se não possuir esta característica não chega sequer a ser um conceito⁷¹.

⁶⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Gramática filosófica**. São Paulo: Loyola, 2003, p. 85.

⁶⁹ Conforme dito, se propõe esta nomeação apenas por uma questão de lógica, vez que conceitos não indeterminados (*não+in = não + não = sim*) só poderiam ser nomeados como sendo conceitos determinados.

⁷⁰ Sobre o tema: FILGUEIRAS JÚNIOR, op. cit., p. 106. MIHALIUC, op. cit., p.62. CONCEIÇÃO, op. cit., p. 48

⁷¹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 196.

Já para Celso Antônio a indeterminação reside no próprio conceito. Argumenta que se a imprecisão fosse da palavra bastaria a sua substituição por outra para que se resolvesse o problema da indeterminação daquilo que se quis comunicar. Entretanto, afirma o autor, tal não é possível, pois há conceitos, como *urgente* e *interesse público*, que são indeterminados não por conta do termo que os representa, mas sim por conta do próprio conceito daquilo que representam⁷².

Nos encontramos mais inclinados pela proposta de Celso Antônio, vez que este autor nos parece mais ciente de que a possibilidade de ampliação do sentido não se encontra meramente em formulações lingüísticas, mas sim interpretativas, valorativas, conceituais. Juristas diante de um caso concreto que envolva um conceito indeterminado não discordam acerca do que é *urgente* por cada um ter um entendimento diverso do termo, do signo, mas sim por aspectos valorativos vinculados à interpretação. Ademais, como acabamos de destacar, é comum o ato de buscar definição dos conceitos⁷³, ou seja, buscar explicar o significado que eles representam.

Superadas estas questões e adotando aqui o uso do termo conceitos indeterminados, diversos são os critérios que podem ser utilizados para distingui-los dos conceitos determinados. Fernando Sainz Moreno apresenta, muito claramente, diversos critérios de distinção, apontando equívocos normalmente realizados neste procedimento, de modo que o tomaremos como base para as análises que aqui realizaremos.

De acordo com o citado autor, esta distinção pode ser realizada partindo da própria natureza do conceito ou da sua função. A partir da própria natureza pode-se realizar a separação por conta da estrutura lógica, da utilidade prática e da classe de operação cognoscitiva a que respondem, conforme sejam conceitos de experiência ou de valor. Já levando em conta a função será classificado conforme a precisão com que determina o suporte fático a que o conceito se aplica, ou por conta da consequência jurídica que deriva da sua aplicação⁷⁴.

⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21.

⁷³ WITTIGENSTEIN, op. cit., p. 87. O autor, exemplificativamente, questiona como aprendemos a entender a palavra *planta*, sugerindo que uma das possibilidades seria que talvez tivéssemos aprendido uma *definição do conceito* na botânica.

⁷⁴ MORENO, Fernando Sainz. **Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Civitas, 1976, p. 199.

A distinção que leva em conta a estrutura lógica considera que a indeterminação do conceito cinge-se ao seu halo conceitual, não ao seu núcleo⁷⁵, idéia que é, aliás, bastante difundida na doutrina, como trataremos adiante. Ademais, essa indeterminação desapareceria quando da aplicação da norma, de modo que só haveria conceito indeterminado na situação abstrata.

Tem, portanto, o núcleo conceitual a função de servir como meio de regramento para a verificação de se uma dada situação concreta se encaixa naquela prevista através de um conceito indeterminado. Se a lei, por exemplo, se reporta a uma situação que deve ser protegida quando presente a boa-fé, a análise da aplicação da norma num caso concreto passará pela verificação de se a situação apresentada atende ao resultado pretendido por aquela⁷⁶.

Para o critério da utilidade prática a indeterminação dos conceitos tem relação com a realidade externa aos mesmos⁷⁷. Sendo o Direito dirigido à solução dos conflitos entre os homens, a qualificação de um conceito como sendo determinado ou indeterminado estaria ligada não ao alcance de um sentido ideal, mas sim a como aquele conceito é trabalhado na prática pelos envolvidos.

De acordo com tal critério a distinção entre conceitos indeterminados e determinados não seria quantitativa, mas sim qualitativa, pois fundada em considerações jurídico-valorativas. Seriam determinados os chamados conceitos ordenadores, tais quais *capacidade jurídica*, *credor*, *devedor*, *decadência*, *casado*, posto que estes são necessários para o funcionamento técnico do ordenamento jurídico. Em contrapartida seriam indeterminados os conceitos cujo conteúdo se determina a partir da experiência, como é o caso de *coisa acessória* e *usos e costumes*, e valores, como o caso de *boa-fé* e *bons costumes*⁷⁸.

A terceira distinção quanto à natureza parte justamente da diferença entre conhecer e valorar, ou seja, entre conceitos de experiência e de valor. Os primeiros são aqueles que se referem a objetos sensíveis e a determinadas realidades espirituais, enquanto que os segundos se referem

⁷⁵ Ibidem, p. 202.

⁷⁶ Ibidem, p. 194.

⁷⁷ Ibidem, p. 202.

⁷⁸ Ibidem, p. 204.

a sentimentos ou desejos. De acordo com tal classificação os conceitos de experiência seriam determinados, enquanto que os de valor seriam indeterminados⁷⁹.

A despeito de considerar que há diferença entre a idéia de conceito de valor e conceito de experiência, Fernando Sainz Moreno não vê necessidade em um tratamento jurídico distinto para ambos os termos, com o que concordamos. Primeiro porque tal distinção não é absoluta, já que podemos encontrar conceitos que são simultaneamente de valor e de experiência, como é o caso de *interesse público*⁸⁰. Em segundo lugar, embora a fonte para preenchimento do conceito seja diversa, a indeterminação, quando presente, não será diferente pelo simples fato de ser o conceito de valor ou de experiência.

A análise estrutural, entretanto, não é a única possível, conforme já salientamos. Partindo da análise da função que o conceito cumpre na norma, a primeira das distinções toma em conta a determinação do suporte fático. Considera-se aqui que o legislador, ao criar a norma, pode tornar sua aplicação mais ou menos específica.

Assim, por exemplo, haveria mais determinação numa norma em que o legislador diz que deve ser aceita numa licitação a *proposta mais vantajosa*, do que numa em que diz simplesmente que deve ser acolhida *proposta vantajosa*, já que na primeira o legislador especificou de modo mais preciso o tipo de proposta que deve ser aceita, restringindo assim a aplicação da norma⁸¹. Esta maior especificação, entretanto, nem sempre servirá para tornar o conceito mais determinado, pois muitas vezes a inserção de novos termos leva a mais indeterminação do que a determinação. Há, por exemplo, maior indeterminação na noção de *erro manifesto*, do que na de *erro*, já que no caso da primeira expressão o aplicador da norma deverá atender não somente ao conceito de *erro*, mas também de *manifesto*, o que demonstra o crescimento no grau de indeterminação da norma.

De acordo com o critério, também funcional, da consequência jurídica, seriam determinados aqueles conceitos cuja verificação de ocorrência prática não envolvesse gradações, ou seja, ou ocorreu ou não ocorreu, obrigando uma aplicação no sentido de tudo ou nada da norma, enquanto que indeterminados seriam aqueles que poderiam ocorrer de modo parcial, em

⁷⁹ Ibidem, p. 204.

⁸⁰ Ibidem, p. 205.

⁸¹ Ibidem, p. 206.

diferentes níveis, permitindo assim uma gradação na aplicação da norma. Desta feita, para os conceitos determinados se procederia classificatoriamente, ou seja, verificando se se encaixam ou não no tipo, enquanto que para os indeterminados se procederia tipologicamente, ou seja, analisando o maior ou menor grau de proximidade em relação ao tipo do conceito⁸².

Karl Engisch, por sua vez, realiza uma análise que leva em conta a estrutura lingüística do termo, muito similar à primeira das classificações quanto à natureza propostas por Sainz Moreno. Assim é que define conceito indeterminado como sendo aquele “cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”⁸³. Por conta desta incerteza, os conceitos indeterminados seriam dotados de um núcleo conceitual e um halo conceitual⁸⁴. O núcleo conceitual abrangeria o significado básico da palavra, de modo que, por exemplo, quando falamos que um lugar está *escuro*, ninguém pensará que nos referimos a um lugar iluminado por um holofote. O halo conceitual, ao contrário, é justamente a zona cinzenta da possibilidade de significados que podem ser extraídos a partir daquele núcleo conceitual. Desta feita, quando falamos que um local está *escuro*, a pessoa a quem é dirigida esta comunicação pode considerar que falamos de um local com uma lâmpada fraca, de um local sem luz elétrica, de uma noite sem luar, ou até mesmo de um quarto trancado e vedado contra a entrada de luz.

Engisch divide os conceitos indeterminados em duas categorias distintas, quais sejam, conceitos indeterminados descritivos e normativos. Esta distinção é, em verdade, correspondente àquela terceira classificação quanto à natureza apontada por Sainz Moreno, que distingue conceitos determinados dos indeterminados por conta de serem, respectivamente, conceitos de experiência ou de valor. Teríamos conceitos indeterminados descritivos quando se tratasse de conceitos que se referem a “objectos reais ou objectos que de certa forma participam da realidade, isto é, objectos, que são fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos ou de qualquer outra forma percepçionáveis(...)”⁸⁵.

Já os conceitos indeterminados normativos, de acordo com o mesmo autor, podem ser entendidos em dois sentidos. Um primeiro sentido seria aquele que caracterizaria como conceito indeterminado normativo aquele conceito que só teria sentido dentro da experiência

⁸² Ibidem, p. 206.

⁸³ ENGISCH, op. cit., p.208.

⁸⁴ Ibidem, p. 209.

⁸⁵ Op. cit., p. 210.

jurídica, analisado tendo em vista o mundo da norma⁸⁶. Assim, por exemplo, poderíamos apontar como conceitos normativos as palavras *propriedade*, *casamento*, *roubo*, que possuem significados específicos construídos dentro do mundo do Direito.

O segundo sentido possível de conceito indeterminado normativo seria aquele que o vincula ao fato de sempre precisar de uma valoração para sua aplicação no caso concreto⁸⁷, sentido que, inclusive, é preferido pelo autor.

O que, entretanto, leva a esta incerteza sobre o conteúdo e extensão dos conceitos indeterminados? De acordo com Carrió a indeterminação existe porque temos fórmulas verbais que, embora claramente aplicáveis em alguns casos e não aplicáveis em outros, são duvidosamente aplicáveis em algumas situações. E tal situação, de acordo com o mesmo autor, se dá na linguagem jurídica, seja quando utilizando termos técnicos, seja quando utilizando termos presentes na linguagem comum. Noutras palavras, não teria o uso de termos técnicos o condão de evitar a indeterminação⁸⁸.

Já de acordo com a definição proposta por Menezes Cordeiro, temos um conceito indeterminado quando o conceito não possui um conteúdo claro por conta de polissemia, vaguidade, ambigüidade, porosidade ou esvaziamento⁸⁹. Polissemia, ambigüidade e vagueza já foram abordados no tópico anterior, de modo que nos resta esclarecer apenas o sentido de porosidade e esvaziamento. Para o autor há “porosidade quando ocorra uma evolução semântica com todo um percurso onde o sentido do termo se deva encontrar e esvaziamento quando falte qualquer sentido útil”⁹⁰

Importante ainda destacar que para Menezes Cordeiro existem diferentes graus de indeterminação, conforme o aspecto da linguagem que a tenha gerado. Assim, teríamos o menor grau de indeterminação nas situações de polissemia, ambigüidade e porosidade, que aumentaria nos casos de vaguidade, e atingiria o grau máximo nas situações de esvaziamento⁹¹.

⁸⁶ Ibidem, p. 212.

⁸⁷ Ibidem, p. 213.

⁸⁸ Op. cit., p. 54.

⁸⁹ Op. cit., p. 1177.

⁹⁰ Ibidem, p. 1177.

⁹¹ Ibidem, p. 1180.

Não concordamos que todas as características da linguagem apontadas por Menezes Cordeiro devam ser consideradas como relacionadas com o que se refere na doutrina como conceitos indeterminados. É certo que todas as características ali apontadas podem levar à indeterminação, à dificuldade de apreensão do sentido de uma frase utilizada numa norma, mas não nos parece ser este – a pura e simples indeterminação, qualquer que seja sua causa– o aspecto que caracteriza um conceito indeterminado.

A indeterminação que caracteriza o conceito indeterminado não se caracteriza por uma falha qualquer de linguagem, mas sim por uma construção normativa voltada a suprir a deficiência de completude e adaptação aos avanços do mundo real por parte do ordenamento jurídico.

Não é adequado considerar a ambigüidade como sendo uma característica dos conceitos indeterminados. A ambigüidade, como já referimos, surge em virtude da homonímia, polissemia ou deficiência da estrutura sintática da frase. Uma norma com palavras ou expressões dotadas de qualquer destas características que se mantenha ambígua ainda que dentro de um contexto não caracteriza um conceito indeterminado, mas tão somente uma norma mal elaborada, o mesmo podendo ser dito das situações envolvendo porosidade e esvaziamento.

Dentre as características apresentadas apenas a vagueza pode ser considerada como um elemento caracterizador dos conceitos indeterminados. Somente ela atende ao objetivo desta modalidade conceitual que é possibilitar que um texto atenda a um número mais diversificado de situações, sem que com isso se deixe de saber sobre o que ele está falando. Na vagueza, como vimos, não há dúvida sobre o termo utilizado, o que há apenas é uma maior mobilidade no uso da palavra, por conta das suas possibilidades de extensão e conteúdo.

Também Menezes Cordeiro, na linha proposta por Engisch, divide os conceitos indeterminados em descritivos e normativos. Este autor, entretanto, afirma, que ambos os tipos de conceitos indeterminados, descritivos e normativos, necessitam de valoração. O ponto de diferenciação entre ambos seria apenas o uso de uma linguagem comum no primeiro caso e de uma linguagem técnico-jurídico no segundo⁹².

⁹² Ibidem, p. 1179.

Para Heinemann Filho o conceito indeterminado pode ser definido como “palavras ou expressões de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, assim postos de maneira proposital e não por deficiência legislativa”⁹³.

A discussão acerca da definição dos conceitos indeterminados que vem ganhando força na doutrina civilista encontra também abordagem no campo do Direito Público, especialmente por conta dos estudos envolvendo a discricionariedade. Marcia Dominguez Nigro Conceição, recorrendo a Carrió, define conceito indeterminado como sendo aquele que não se encontra na região de certeza positiva, nem na negativa, mas sim no halo conceitual da incerteza advinda da sua aplicação no caso concreto⁹⁴.

Partindo do mesmo foco de análise, temos também a definição de Katherinne de Macêdo Maciel Mihaliuc, que considera que existem conceitos que são indeterminados por natureza, cuja determinação só seria possível a partir do preenchimento valorativo a ser realizado diante do caso concreto, diante das várias possibilidades em questão⁹⁵.

Observando as teorias apresentadas neste tópico, à exceção de alguns dos critérios trazidos por Sainz Moreno, o plano que se levou em conta para definir as características de um conceito indeterminado foi o da sua estrutura semântica, do plano da linguagem.

Neste trabalho adotaremos uma classificação estrutural, quanto à natureza, entendendo os conceitos indeterminados como sendo as palavras ou expressões em larga medida incertos que, a despeito do grande grau de vagueza semântica, oferecem um núcleo conceitual a partir do qual a concreção de sentido se dará quando da aplicação e interpretação da norma diante do caso concreto.

Justificamos a escolha dessa nossa definição por conta dela não apenas se adequar ao entendimento da doutrina sobre o tema, mas por ela explicitar não só o plano em que se

⁹³ HEINEMANN FILHO, André Nicolau. A atuação do juiz na interpretação e integração dos contratos. In: **Revista de Direito Privado**: n.37. Coords: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30.

⁹⁴ CONCEIÇÃO, Marcia Dominguez Nigro. **Conceitos indeterminados na constituição**: requisitos da relevância e urgência (art. 62 da CF). São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – Celso Bastos Editor, 1999, p. 53.

⁹⁵ MIHALIUC, Katherinne de Macêdo Maciel. **Discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados**: estudos em face de um paradigma constitucional. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 62.

encontram os conceitos indeterminados, como também apresentar requisitos que influenciam na sua interpretação. A determinação de um conceito como sendo determinado ou indeterminado, portanto, se dará a partir do plano semântico, da linguagem, considerando do grau de vagueza da palavra ou expressão que o representa.

Neste diapasão é relevante destacarmos desde já que embora o conceito indeterminado seja formado por uma estrutura semântica vaga, tal estrutura normalmente não é responsável pelo surgimento de controvérsias lingüísticas entre os juristas, mas sim controvérsias interpretativas quanto ao conteúdo, ao escopo, ao melhor atendimento ao valor protegido pela norma. Sobre o tema da interpretação trataremos no terceiro capítulo.

2.3.2 Conceitos indeterminados e cláusulas gerais

Assim como na definição do que é um conceito indeterminado, encontramos também muita divergência na doutrina quanto ao que seria uma cláusula geral, bem como do que a distinguiria de um conceito indeterminado. Igual problema é encontrado também entre as distinções destes em relação aos princípios. A dificuldade na distinção entre as categorias se dá, muito em parte, exatamente por conta da diversidade de critérios, classificações e conceitos atribuídos a cada um destes termos.

As análises que pretendem oferecer critérios distintivos entre os conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios costumam pecar por não considerarem um importante aspecto classificatório: cada um deles se encontra num plano diferente.

Os conceitos indeterminados, conforme já dissemos, são palavras ou expressões em larga medida incertas que, a despeito do grande grau de vagueza semântica, oferecem um núcleo conceitual a partir do qual a concreção de sentido se dará quando da aplicação e interpretação da norma diante do caso concreto.

Os conceitos indeterminados, portanto, têm como seu principal traço característico um aspecto do plano semântico, estrutural, da linguagem, que gera conseqüências no seu preenchimento valorativo.

Também como já referimos, em contraponto aos conceitos indeterminados temos aqueles que denominamos como sendo conceitos determinados. A contraposição é possível e tem sentido, pois aqui estamos analisando dois objetos situados no mesmo plano, que é o da estrutura lingüística.

As cláusulas gerais, por sua vez, se situam num outro plano, que é o da estrutura legislativa. A elas contrapõe-se a técnica legislativa da casuística. Na casuística se busca a enumeração, o exaurimento do *fattispecie*. Na cláusula geral, ao contrário, temos a construção legislativa de um tipo menos determinado de norma e, por conseguinte, com maior mobilidade do seu espectro de aplicação.

Quanto à oposição entre técnica legislativa da casuística e cláusulas gerais, Judith Martins-Costa oferece opinião em contrário, afirmando que à técnica legislativa da casuística o que se oporia seria o legislar por meio de normas dotadas de vagueza socialmente típica⁹⁶. Sem desabono da opinião da autora, preferimos colocar como gênero pura e simplesmente a textura aberta do direito, com o fito de manter cláusulas gerais, conceitos indeterminados e princípios nos seus devidos planos. Como dissemos, não consideramos os conceitos indeterminados uma técnica legislativa, mas sim um recurso semântico, sem que isso, todavia, crie qualquer espécie de constrangimento para que seja ele amplamente utilizado como substrato para formação das normas construídas pela técnica legislativa das cláusulas gerais.

Os conceitos indeterminados constituem um recurso lingüístico que pode ser, e normalmente é, utilizado na formulação de cláusulas gerais. Seu espaço de análise se fixa no plano da linguagem. Os princípios, como veremos, encontram seu espaço no plano das espécies normativas. Este raciocínio coloca cada uma das estruturas nos seus devidos planos, simplificando a inter-relação entre elas e tornando desnecessária a citada distinção entre cláusulas gerais e legislar por meio de normas dotadas de vagueza socialmente típica.

Assim é que, embora conceitos indeterminados e cláusulas gerais se situem em planos diversos, dada a sua similitude de objetivos, é natural que se encontrem juntas na formulação de uma norma. O uso de conceitos indeterminados se apresenta como um recurso bastante útil

⁹⁶ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 303.

para a formulação das cláusulas gerais. A estrutura lingüística vaga daqueles favorece a construção de normas que se estruturam legislativamente como cláusulas gerais.

Em linhas gerais, a definição de cláusula geral encontrada na doutrina apresenta como ponto comum a atribuição de um maior espectro de abrangência, e na maior parte das vezes também de produção de efeitos, às normas elaboradas mediante esta técnica.

Karl Engisch, que entende a existência de contraponto entre a técnica legislativa da casuística e a das cláusulas gerais, as define como sendo “uma formulação de hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”⁹⁷.

Menezes-Cordeiro, aplicando a lição de Garstka, afirma que as cláusulas gerais são uma categoria impossível de definir em absoluto, embora se possa precisar algumas de suas características. Desta feita é que afirma que

constituem uma categoria formal, tendo ficado já expressa a inviabilidade de surpreendê-las com recurso a fatores materiais, descobrindo, nelas, remissões extra-jurídicas. Nesta conformidade, pode avançar-se, também, a natureza previsivo-estatutiva das cláusulas gerais: elas têm em mira, de modo frontal, a regulação de comportamentos, de acordo, aliás, com as indicações doutrinárias acima apontadas⁹⁸.

Seguindo a mesma lição, Judith Martins-Costa, por sua vez, define a cláusula geral como sendo

uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, *fundamentarão a decisão*, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a *ressistematização* destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.⁹⁹

⁹⁷ Op. cit., p. 229.

⁹⁸ Op. cit., p. 1183.

⁹⁹ Op. cit., p. 303.

Note-se que a definição apresentada pela autora destaca o uso na construção das cláusulas gerais de uma linguagem de textura vaga, fluida, aberta, noutras palavras, no uso de conceitos indeterminados.

A autora ainda critica o conceito de cláusula geral oferecido por Engisch alegando, dentre outros fatores, que o oposto à técnica legislativa da casuística não seria a cláusula geral, mas sim o “legislar mediante normas dotadas de *vagueza socialmente típica*”¹⁰⁰, que seria um gênero no qual estariam inclusos também os princípios e os conceitos indeterminados, além das cláusulas gerais.

Da nossa parte, preferimos, caso se faça necessário estipular um gênero que abarque todas estas situações, nos referir a normas de textura aberta, ou de tipo aberto, como, aliás, viemos fazendo ao longo deste texto. Se seguíssemos a classificação proposta pela autora, terminaríamos por incorrer na confusão de considerar conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios, todos como sendo técnicas legislativas, com o que não concordamos.

Franz Wiacker destaca que, numa perspectiva positivista a cláusula geral

es una norma jurídica positiva, esto es, un mandato general de la ley, dirigido al juez, que, consecuentemente, en el caso de reenvío a la ‘buena fe’ o a los ‘usos del tráfico’, el juez ejecuta o cumple simplemente un juicio lógico o subsunción. Según esta idea, la norma se diferencia de los demás preceptos jurídico-positivos únicamente por dos notas: de un lado por su configuración indeterminada (precisamente en cuanto cláusula general) y de otro lado por el reenvío que hace a preceptos (‘buena fe’) o criterios sociales (‘usos Del tráfico’) no positivados, sino metajurídicos¹⁰¹.

O citado autor é crítico deste conceito de cláusula geral, especialmente quanto às possibilidades interpretativas do juiz. Entretanto não abordaremos tal discussão agora, posto que pertinente ao terceiro e último capítulo deste trabalho.

Já Rodrigo Mazzei entende as cláusulas gerais como

dispositivos com amplitude dirigida ao julgador, em forma de diretrizes, pois ao mesmo tempo em que contemplam critérios objetivos, estes não são fechados,

¹⁰⁰ Ibidem, p. 303.

¹⁰¹ WIACKER, Franz. **El principio general de la buena fé**. Madrid: Civitas, 1977, p. 33.

cabendo ao Estado-juiz, em valoração vinculada ao caso concreto preencher o espaço, voluntariamente deixado pelo legislador, de abstração da norma¹⁰².

Já de acordo com André Nicolau Heinehmann Filho, as “cláusulas gerais revelam-se como normas orientadoras, sobre a forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir”¹⁰³. Tanto a definição de Mazzei, como a de Heinehmann, descrevem a cláusula geral como uma diretriz, destacando o aspecto do preenchimento a ser realizado pelo juiz. Note-se, entretanto, que ambos autores destacam que o preenchimento a ser realizado pelo juiz não se dá de modo livre, aspecto que retomaremos no terceiro capítulo.

Para Fredie Diddier Jr., “a cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado”¹⁰⁴. A definição oferecida pelo autor destaca bem os elementos da cláusula geral, na medida em que não apenas a classifica como espécie de texto normativo, ou seja, expressão de técnica legislativa, como também evidencia a existência de textura aberta em ambas partes desta estrutura.

Consideramos as cláusulas gerais uma técnica legislativa, oposta à casuística, utilizada para a formulação de normas de tipo aberto, tanto na configuração do seu suporte fático como na determinação das suas conseqüências, a serem preenchidos pelo magistrado diante da análise do caso concreto. Quanto ao modo como se dá este preenchimento, trataremos no terceiro capítulo.

Assim é que, a título de exemplo de cláusulas gerais que influenciam na formação das relações obrigacionais, mormente aquelas de origem contratual, podemos apontar os artigos 421 e 422 do Código Civil. O art. 421. determina que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. A presente norma utiliza-se do tipo aberto tanto no seu suporte fático, de modo que diante do caso concreto se faz necessária a

¹⁰² MAZZEI, Rodrigo Reis. Código civil de 2002 e o judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. **Reflexos do novo código civil no direito processual**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2007, p. 52-53.

¹⁰³ HEINEMANN FILHO, André Nicolau. A atuação do juiz na interpretação e integração dos contratos. In: **Revista de Direito Privado**: n.37. Coords: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo, 2009, p. 18.

¹⁰⁴ DIDDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 33.

análise de adequação dos fatos ao suporte fático da função social, como também a definição das conseqüências a ser aplicadas no caso de uma obrigação ter sido firmada em desacordo com a função social. Não há uma definição prévia indicando se a obrigação contratual deve ser revista, ou anulada, ou tornado o contrato nulo num todo; diante do caso concreto é que tais conseqüências serão definidas.

De igual modo ocorre no art. 422 que estatui que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Temos aqui, uma vez mais, a necessidade de dois momentos diferentes de análise. O primeiro focado na verificação do preenchimento do suporte fático da probidade e boa-fé, e o segundo focado nas conseqüências a serem aplicadas, do modo como acabamos de explicar acima.

É justamente esta etapa a mais, de determinação das conseqüências, que é apontada como traço de distinção entre os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais. Tratando desta diferenciação afirma-se que enquanto naqueles haveria por parte do juiz apenas o preenchimento valorativo do conceito, na cláusula geral o magistrado se vê ainda no dever de “fixar a conseqüência jurídica correlata e respectiva ao preenchimento anterior”¹⁰⁵.

Em sentido similar Maria Amélia Lisboa Senra distingue conceitos indeterminados das cláusulas gerais afirmando que, uma vez identificados os primeiros o juiz “deverá aplicar a solução preestabelecida em lei; em se tratando de cláusulas gerais, o juiz dará a solução que lhe parecer correta, ou seja, concretizando princípios ou determinando conceitos legais (até então indeterminados) pela função que devem exercer no caso concreto”¹⁰⁶.

Afirma Judith Martins-Costa que na aplicação dos conceitos indeterminados o juiz deverá unicamente realizar o preenchimento valorativo da vagueza semântica do conceito indeterminado, aplicando a conseqüência legalmente determinada, sendo portanto caso de mera subsunção¹⁰⁷. Na cláusula geral, por sua vez, haveria “criação do direito”, tendo o juiz que, além da etapa já descrita, “determinar também quais são os efeitos incidentes ao caso

¹⁰⁵ MAZZEI, op. cit., p. 54.

¹⁰⁶ SENRA, op. cit., p. 181.

¹⁰⁷ Op, cit., p. 236.

concreto, ou, se estes já vierem indicados, qual a graduação que lhes será conferida no caso concreto, à vista das possíveis soluções existentes no sistema”¹⁰⁸.

Não concordamos com a distinção realizada pela autora entre a qualidade da atividade interpretativa a ser realizada quando da aplicação dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais. O que ocorre é que nas cláusulas gerais, para além do preenchimento do *fattispecie*, há a necessidade de fixação de uma conseqüência jurídica. Trata-se de uma decisão a mais a ser tomada pelo magistrado quando da aplicação da norma, não de uma mudança qualitativa da interpretação a ser realizada.

Já Heinemann Filho considera que embora os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais sejam semelhantes “por concederem maiores espaços de atuação para os juízes, obviamente são, entre si, diferentes, ao predefinirem ou não as conseqüências de sua subsunção”¹⁰⁹. Nos parece que aqui o autor utilizou equivocadamente o termo *subsunção*, já que toda a atividade interpretativa a ser realizada pelo juiz descrita por ele ao longo do seu artigo não aponta neste sentido, falando inclusive em “função criadora”¹¹⁰.

Ainda no propósito de distinção entre cláusulas gerais e conceitos indeterminados, há quem afirme que enquanto estes podem ser precisados a partir das regras de experiência ou de um parecer técnico, as cláusulas gerais não seriam passíveis de uma precisão abstrata¹¹¹. Não concordamos com tal afirmação, pois não vislumbramos diferença no processo interpretativo dos conceitos de experiência e de valor, como já salientamos ao apresentar as classificações de conceitos indeterminados propostas por Sainz Moreno.

No tocante à distinção entre conceitos indeterminados e cláusulas gerais, Engisch considera que por conta das últimas se encontrarem tão somente no domínio da técnica legislativa, não possuiriam uma estrutura própria que exija um processo de pensamento diferente na sua interpretação¹¹². Também não concordamos com esta afirmação, por motivo muito similar, embora em sentido vetorialmente oposto às razões que acabamos de apresentar na nossa última discordância.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 237.

¹⁰⁹ Op. cit., p. 19.

¹¹⁰ Ibidem, p. 19.

¹¹¹ SANTOS, E., op. cit., p. 17.

¹¹² Op. cit., p. 233.

Enquanto a distinção apresentada por Judith Martins-Costa se relaciona muito mais com as conseqüências da aplicação dos conceitos indeterminados e cláusulas gerais e vincula uma interpretação de diferente qualidade para cada um deles, a de Engisch coloca a técnica legislativa das cláusulas gerais como mero instrumento para plasmar no texto legal os conceitos indeterminados. Este é um entendimento que vai contra a corrente majoritária da doutrina que, conforme vimos, considera que a principal característica distintiva do ponto de vista funcional entre os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais é justamente estas últimas não trazerem predeterminadas as conseqüências da incidência da norma, o que não ocorre com os conceitos indeterminados.

Já Menezes-Cordeiro, ainda na lição de Garstka, afirma que há “improdutividade de relacionar, de modo directo, cláusulas gerais e conceitos indeterminados: a presença destes não é, necessariamente, a daquelas, enquanto é possível, a esse tipo de cláusulas, estatuir com recurso a uma conceitologia precisa”¹¹³.

Apesar desta consideração do autor, embora fique claro que não sejam expressões que designem a mesma coisa, num grande número de situações temos normas que, a um só tempo, possuem conceitos indeterminados e são formuladas pela técnica das cláusulas gerais. Tal ocorrência não se dá por mera coincidência, mas sim porque tanto nos conceitos indeterminados como nas cláusulas gerais encontramos um ponto em comum, qual seja o de, com uma única norma, buscar abranger um maior número de situações.

Uma das características dos conceitos indeterminados, conforme já assinalado, é que eles são formados por palavras ou expressões que, por sua vagueza, permitem que uma determinada norma abranja um maior número de casos. Nas cláusulas gerais também há a busca por uma norma que abarque um maior número de situações, mas isto se dá não necessariamente porque ela contenha na sua estrutura conceitos indeterminados, mas sim por possuir uma estrutura normativa mais geral, em oposição àquela que encontramos na técnica legislativa da casuística.

¹¹³ Op. cit., p. 1183.

Assim é que é comum encontrarmos uma norma que traga no seu bojo conceitos indeterminados e siga a estrutura legislativa de uma cláusula geral, pois, para o atendimento da função desta de estruturar uma norma num tipo aberto tanto na configuração do *fattispecie*, como nas conseqüências jurídicas da sua incidência, aqueles se apresentam como útil instrumento, atuando cada um deles num diferente plano.

2.3.3 Conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios

Assim como entre os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais, também na distinção entre estes e os princípios a doutrina apresenta diversas teorias. De início, nos cabe afirmar que entendemos que enquanto os conceitos indeterminados se situam no plano da estrutura semântica e as cláusulas gerais no da técnica legislativa, os princípios se situam no plano de categoria normativa.

Destaque-se desde já que a existência de múltiplas interpretações sobre o tema se deve muito às diferentes concepções encontradas na doutrina acerca do que é um princípio. Desta feita, um bom ponto de partida nesta busca pelo conceito do que é princípio é a análise das distinções entre estes e as regras, que se constituem seu contraponto enquanto categoria normativa.

Assim é que iniciaremos realizando uma abordagem das diferentes teorias sobre distinção forte e distinção fraca entre regras e princípios. Em seguida, apresentaremos uma análise das distinções entre regras e princípios mais difundidas na doutrina para, finalmente, após formular um conceito de princípio, analisar a inter-relação destes com as demais normas de tipo aberto.

2.3.3.1 Distinção forte e distinção fraca entre regras e princípios

O primeiro ponto de divergência doutrinária que nos parece adequado tratar diz respeito à questão de se haveria uma distinção fraca ou uma distinção forte entre regras e princípios. Entretanto, mesmo acerca do conceito do que seria uma distinção fraca e do que seria uma distinção forte, encontramos algumas divergências.

De acordo com Humberto Ávila, em sua análise sobre a doutrina do tema¹¹⁴, teríamos a distinção fraca quando se considera que “os princípios e as regras têm as mesmas propriedades, embora em graus diferentes – enquanto os princípios são mais indeterminados, as regras são menos”¹¹⁵. Seriam, portanto, normas com as mesmas propriedades, diferindo unicamente acerca do grau de indeterminação de cada uma delas.

Assim, de acordo com a distinção fraca como colocada por Humberto Ávila cada norma se encaixaria numa das categorias normativas de acordo com o seu grau de indeterminação¹¹⁶. Teríamos aqui uma distinção quantitativa, não qualitativa, entre regras e princípios. Entretanto, a análise proposta por Ávila, embora comparativa entre as normas, se daria de modo abstrato e não diante do caso concreto.

Já na distinção fraca como apresentada por Paolo Comanducci não haveria qualquer grau absoluto de distinção. Para o autor a diferença entre regras e princípios se daria somente a partir de uma comparação situacional entre duas normas em análise. Não haveria sequer uma ontologia das normas, que as predefina como regra ou princípio. A classificação aplicada a uma determinada norma conforme o caso concreto se daria de modo contingente, em comparação com outra norma. Poderia, portanto, uma mesma norma funcionar como princípio em uma determinada situação, e como regra numa outra¹¹⁷.

De acordo com esta forma de distinção fraca, a diferença entre regras e princípios seria relativa e gradual. Relativa porque a classificação de uma norma como princípio ou regra não

¹¹⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 88-89. Embora apresente critérios de distinção forte e fraca entre regras e princípios colhidos da doutrina, o faz para criticar ambos os critérios de distinção. Para o autor tanto a distinção fraca quanto a distinção forte sofrem inconsistências semânticas e sintáticas.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 84-85.

¹¹⁶ Além de regras e princípios o autor sustenta a existência de mais uma categoria normativa, denominada postulados, que ele diferencia das regras e princípios pelos seguintes argumentos: “A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidas ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas”, *Ibidem*, p. 122. Neste trabalho não trataremos dos postulados, dando preferência à classificação mais comumente utilizada que distingue as normas unicamente em regras e princípios.

¹¹⁷ COMANDUCCI, Paolo. Princípios jurídicos e indeterminación del derecho. In: **Doxa**. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>>. Acesso em 10 abr. 08, p. 93-94.

dependeria de características intrínsecas daquela, mas sim de uma comparação desta norma com uma outra. Gradual porque a classificação de uma norma como regra ou princípio dependeria, dentro da análise relativa, de verificar qual das normas teria de modo mais elevado as características comumente atribuídas aos princípios, como fundamentalidade, importância, generalidade e vagueza¹¹⁸.

Já de acordo com a distinção forte, concordam os autores, haveria uma diferença na própria essência das duas categorias normativas, tendo os princípios e as regras diferentes propriedades. Haveria uma distinção na ontologia das regras e dos princípios, gerando, principalmente, consequências acerca do seu modo de interpretação e aplicação, bem como das suas soluções de conflitos¹¹⁹. Assim é que as regras instituiriam deveres definitivos sendo aplicadas por meio de subsunção, enquanto que os princípios estabeleceriam deveres provisórios sendo aplicados por meio de ponderação.¹²⁰

Como reflexo destas diferenças temos que enquanto o conflito entre regras seria abstrato, necessário e situado no plano da validade, o conflito entre princípios seria concreto, contingente e situado no plano da eficácia¹²¹.

Dito de outra forma, não poderiam existir num ordenamento duas regras contraditórias; verificada tal situação se torna necessária a decretação da invalidade de uma delas. No caso dos princípios, ao contrário, é possível que um mesmo ordenamento traga, em abstrato, princípios que subsidiam valores considerados antagônicos, como liberdade e segurança, por exemplo. O conflito entre os princípios se daria somente diante do caso concreto, de um modo que não afastaria em definitivo um dos princípios do ordenamento, mas tão somente determinaria qual deles deveria produzir efeito naquela situação.

Por uma questão de coerência metodológica com os autores que utilizaremos para formular um conceito de princípio, preferiremos aqui a adoção da tese da separação forte entre regras e princípios. Assim, partiremos do pressuposto metodológico de que toda norma é uma regra ou um princípio e de que esta diferenciação se dá num nível ontológico, de formação, de

¹¹⁸ Ibidem, p. 94.

¹¹⁹ Ibidem, p. 93.

¹²⁰ ÁVILA, op. cit., p. 87-88.

¹²¹ Ibidem, p. 88.

essência, intrínseco, sendo cada uma destas espécies normativas dotadas de diferentes características, que influenciam no seu modo de interpretação e aplicação.

2.3.3.2 Distinguindo regras e princípios

Conforme apontado no tópico anterior, neste trabalho consideraremos que as normas se dividem em regras e princípios. Para alcançar o significado deste último, que figura aqui como nosso objeto de análise, precisamos, anteriormente, distingui-lo das regras. Somente assim chegaremos a um conceito de princípio que possa ser trabalhado em contraponto com os conceitos indeterminados.

O primeiro problema encontrado para a definição diz respeito à própria desambiguação do que seja *princípio*, já que o termo é utilizado com os mais diversos significados. Juan Ruiz Manero realiza uma enumeração – sem pretensão de exaustividade, como afirma o próprio autor – de diversos sentidos em que é utilizado o termo princípio. Um primeiro sentido seria aquele que define princípio como sendo uma norma muito geral. Esta definição, embora não dito desta forma pelo autor, nos parece que consideraria a existência de uma identidade entre os princípios e as cláusulas gerais. O exemplo citado pelo autor, se referindo à parte geral da teoria dos contratos, aplicáveis a qualquer espécie destes, reforça o nosso entendimento¹²².

Um segundo sentido seria aquele que se refere a princípio como sendo a norma dotada de termos especialmente vagos, ou textura semântica aberta, sentido que por sua vez corresponde ao que chamamos de conceitos indeterminados.¹²³

Outro sentido possível seria aquele que toma o princípio como “norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, de un sector del mismo, de una institución, etc.”¹²⁴. Neste sentido o que caracterizaria uma norma como sendo princípio seria o fato de ela trazer em si um valor, um ideal, como é o caso do *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, ao assegurar o valor da igualdade, quando diz que “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza”.

¹²² RUIZ MANERO, Juan. Principios jurídicos. In: VALDÉZ, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco J. (org). **El derecho y la justicia**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 151.

¹²³ Ibidem, p. 151.

¹²⁴ Ibidem, p. 151.

Num quarto sentido, o autor apresenta princípios em semelhança com a norma programática, definindo esta como “norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines”¹²⁵. Poderíamos apontar no nosso ordenamento, partindo do exemplo fornecido pelo autor, o art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, em que se encontra determinado que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Como quinta possibilidade temos “principio en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpreta”¹²⁶. Nesta concepção os princípios corresponderiam a normas que fixam critérios de aplicação e interpretação das outras normas.

Por fim, num sexto sentido, como “regula iuris, esto es, de enunciado o máxima de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización (o la presentación sintética) del ordenamiento jurídico o de um sector del mismo”¹²⁷, citando como exemplo o princípio do legislador racional.

Por esta breve enumeração já se faz claro em quantos sentidos diferentes pode ser tomado o termo princípio. O próprio autor, entretanto, considera que em diversas das situações acima apontadas o termo princípio é indevidamente utilizado. Para ele, apenas no terceiro e no quarto sentidos apresentados, temos, de fato, princípios.

Ainda assim, realiza o autor uma distinção entre o que ele chama de princípio em sentido estrito, que seria o do terceiro sentido apresentado, ou seja, como normas que expressam valores superiores e o que ele chama de princípios programáticos, correspondente ao quarto dos sentidos apresentados. De acordo com esta classificação, partindo de uma análise estrutural, a distinção entre regras, princípios em sentido estrito e normas programáticas se daria porque

[...] las reglas configuran de forma cerrada tanto el supuesto de hecho como la conducta calificada deónticamente en la solución; los principios en sentido estricto configuran de forma abierta su supuesto de hecho y, de forma cerrada, la conducta calificada deónticamente; las directrices o normas programáticas configuran de forma abierta tanto uno como otro elemento¹²⁸.

¹²⁵ Ibidem, p. 151.

¹²⁶ Ibidem, p. 151.

¹²⁷ Ibidem, p. 151.

¹²⁸ Ibidem, p. 153.

Esta distinção realizada pelo autor é criticada por Robert Alexy, que aponta que, de acordo com os critérios apresentados, apenas as normas programáticas corresponderiam aos mandados de otimização caracterizadores dos princípios – dos quais trataremos mais adiante – enquanto que “los principios en sentido estricto no deben cumplirse en diferente grado, sino que sólo pueden seguirse o no seguirse y, por tanto, tienen carácter de reglas”¹²⁹. Entretanto, continua Robert Alexy, mesmo quando tratam¹³⁰ de princípios em sentido estrito, como algo aplicável ou não aplicável, mais próximo do estilo tudo ou nada das regras, criam uma cláusula geral de reserva, que se assemelha ao mandado de otimização¹³¹, através da qual tais princípios podem deixar de ser aplicados em virtude de um princípio contrário que tenha “maior peso”. Isto, diz Alexy, termina retornando à questão da ponderação e, por conseguinte, de otimização, possibilitando assim o cumprimento destes princípios de uma maneira gradual¹³², ou seja, não haveria a distinção de duas categorias de princípios, com estruturas diversas para cada uma delas, como apontada por Juan Ruiz Manero.

É que para Alexy os princípios “son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas”¹³³, ou seja, mandatos de otimização, “que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse, no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”¹³⁴.

E é justamente esta característica, de serem mandados de otimização, que, para Alexy, diferencia os princípios das regras, já que estas “son normas que siempre pueden ser cumplidas o incumplidas. [...] Ellas son, por lo tanto, mandatos definitivos. Esto significa que la distinción entre reglas y principios es una distinción cualitativa y no solamente una distinción de grado.”¹³⁵.

¹²⁹ ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p.119.

¹³⁰ Ruiz Manero, acompanhado de Atienza, noutra obra.

¹³¹ Mandados de otimização que, para Alexy, é um termo que, embora guarde diferenças, pode ser utilizado indistintamente em relação ao termo princípio (Ibidem, p.109).

¹³² Ibidem, p. 121-122.

¹³³ Ibidem, p. 95.

¹³⁴ Ibidem, p. 95.

¹³⁵ Ibidem, p. 95-96.

Neste exercício de distinção entre regras e princípios nos parece também interessante assinalar a opinião de Humberto Ávila para quem

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção¹³⁶.

Para o autor, portanto, os princípios possuem uma idéia de normas finalísticas, que buscam alcançar um determinado estado de coisas, enquanto que as regras são descritivas, regulando situações específicas às quais correspondem, sendo que para tal se justificam por uma finalidade que lhes dê suporte, ou pelos princípios que, axiologicamente, as sustentam¹³⁷.

Esta diferença no modo de aplicação e solução de conflitos entre regras e princípios referidos acima se dá, de acordo com Dworkin, por conta de uma distinção de natureza lógica. Isto porque as regras são aplicadas no esquema de tudo-ou-nada, ou seja, são ou não são válidas¹³⁸. Este modo de aplicação não implica que as regras não possam comportar exceções. Entretanto, estas exceções, que por sua vez são também regras, devem se dar de um modo limitado, sob pena de tornar a regra inútil ou de difícil e incerta utilização. As exceções, portanto, não implicam qualquer desvirtuação da regra enquanto tal.

Os princípios, por sua vez, “[...] não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas [...]; ao contrário, enuncia[m] uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular”¹³⁹. O princípio, portanto, funciona como um argumento numa determinada direção.

Derivada desta diferença lógica entre regras e princípios, é que afirma Dworkin surgir uma outra, que é a questão da dimensão de peso possuída pelos princípios, mas não pelas regras.

¹³⁶ Op. cit., p. 78-79.

¹³⁷ O autor ainda considera existir uma terceira categoria normativa, diversa das regras e princípios, à qual ele chama de postulados normativos, da qual não trataremos neste texto, por fugir ao objeto de trabalho proposto.

¹³⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

¹³⁹ Ibidem, p. 40-41.

Assim é que quando há um conflito entre princípios, se levará em conta a força relativa de cada um diante do caso concreto, havendo, entretanto, a manutenção de ambos no ordenamento¹⁴⁰. Como as regras não têm essa dimensão de peso, havendo conflitos entre elas, uma suplantar a outra, tornando-a inválida, devido à maior importância daquela¹⁴¹.

É que, como afirma Willis Santiago Guerra Filho, o conflito entre regras se dá já no plano abstrato, caracterizando uma antinomia jurídica “que deve ser afastada com base em critérios que, em geral, são fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico, para que se mantenha sua unidade e coerência”¹⁴².

Por sua vez, os princípios, considerados abstratamente, não entram em choque. Pode ocorrer, entretanto, que diante de um caso concreto encontremos princípios que se achem num estado de conflito.

A decisão tomada, em tais casos, sempre irá privilegiar um (ou alguns) dos princípios, em detrimento de outro(s), embora todos eles se mantenham íntegros em sua validade e apenas diminuídos, circunstancial e pontualmente, em sua eficácia¹⁴³.

Quanto aos motivos que levam à aplicação de um princípio num caso concreto, destaca Dworkin que o princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade”¹⁴⁴. Como já dissemos, os princípios funcionam como uma razão argumentativa para a realização de algum valor. Escolhe-se a aplicação de um princípio em detrimento de outro, diante do caso concreto, porque ele oferece argumentos que melhor explicam e satisfazem ao direito como um todo, conforme veremos no capítulo seguinte.

Fica claro de acordo com os conceitos apresentados pelos autores que a definição do que seja princípio passa pela análise da sua diferença enquanto categoria normativa em relação às

¹⁴⁰ Ibidem, p. 42.

¹⁴¹ Ibidem, p. 43.

¹⁴² GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas em torno ao princípio da proporcionalidade. In: MIRANDA, Jorge (org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976** – vol. I. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 251.

¹⁴³ Ibidem, p. 252.

¹⁴⁴ Op. cit., p. 36.

regras, que é, por sua vez, vinculada ao modo diverso de solução de colisões, de antinomias, entre regras e princípios.

2.3.3 Relacionando conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios

A despeito da distinção acima apresentada entre regras e princípios, nem sempre como chama a atenção Dworkin, esta distinção será facilmente realizável diante do caso concreto. É que, além de muitas vezes desempenharem funções semelhantes, diferenciando-se apenas quanto à forma, em outras tantas vezes temos uma regra que possui em si expressões que devem ser interpretadas de modo próximo ao dos princípios. Tal situação se dá, por exemplo, nas regras em que encontramos palavras como “razoável”, “negligente” e “injusto”, que, embora não transformem uma regra num princípio, tornam mais longo o processo de avaliação destas mesmas regras no caso do surgimento de um suposto conflito¹⁴⁵.

Esta observação de Dworkin refere-se justamente a regras que possuem na sua formação conceitos indeterminados, o que demonstra, a nosso ver, a proximidade entre estes e os princípios. Não é a toa que Juan Ruiz Manero anota que um dos sentidos em que se costuma tomar os princípios seja o de identidade com os conceitos indeterminados. Não que princípios e conceitos indeterminados sejam a mesma coisa, até porque não se encontram no mesmo plano.

Como já afirmamos anteriormente, os conceitos indeterminados correspondem a uma classificação possível dentro do plano da estrutura semântica, enquanto que os princípios se situam no plano de categoria normativa. Os princípios contrapõem-se às regras como um dos dois tipos possíveis de normas. Os conceitos indeterminados, por sua vez, se contrapõem aos conceitos determinados, de acordo com o critério de maior ou menor grau de vagueza, respectivamente.

Tanto nas normas-princípio, como naquelas que mesmo não o sendo há presença de conceitos indeterminados, embora se possa formular em abstrato hipóteses de preenchimento do conteúdo valorativo de modo prévio, é somente diante do caso concreto que de fato ele ganhará sua concretude.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 44-45.

A aplicação dos conceitos indeterminados, como já vimos, exige tão somente o preenchimento valorativo do seu significado, a resolução da sua vagueza diante do caso concreto. Os princípios, por sua vez, funcionam como um argumento de razão, ético, valorativo, para que a decisão do magistrado se dê num determinado sentido. Por conta disso é que na aplicação do princípio, para além do preenchimento valorativo do seu significado, se mostra necessária também a análise do seu peso diante de outros princípios atinentes ao caso, que possam funcionar como argumentos conflitantes ou complementares na interpretação.

Analisemos, por exemplo o princípio da boa-fé. Conforme comumente referido pela doutrina a boa-fé objetiva possui as funções de cânone hermenêutico-interpretativo, de norma de criação de deveres jurídicos e de norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos¹⁴⁶, a partir das quais se podem realizar modificações nas cláusulas de um contrato anteriormente firmado entre as partes.

Diante do caso concreto, embora seja necessária também uma busca pelo significado do princípio em si quando da sua aplicação, esta comumente passará por outra etapa consistente na avaliação do seu conflito com outro princípio, por exemplo, como regularmente acontece, com o princípio da obrigatoriedade dos contratos. Assim é que diante de um caso concreto se deverá analisar se o fato ali ocorrido constitui uma lesão à boa-fé objetiva e portanto é mais importante que o contrato possa ser modificado do que mantido, ou o reverso se dá e se constata que a situação fática não é suficiente para afastar o princípio da obrigatoriedade dos contratos em prol de uma reforma contratual.

Nos conceitos indeterminados este processo comparativo externo não ocorre. Quando se busca analisar se uma situação se enquadra, por exemplo, na já trabalhada idéia de *motivo grave*, não será necessária a comparação desta com outra, a não ser com a sua antítese *não-motivo grave*, o que em verdade constitui uma comparação interna, ou seja, uma análise da situação concreta possuir ou não características suficientes para ser enquadrada como um *motivo grave* nos termos ali propostos.

¹⁴⁶ MARTINS-COSTA, Boa-fé, p. 427-428.

Quanto ao modo como se relacionam as cláusulas gerais e os princípios, encontramos também diferenciadas opiniões doutrinárias. Há, por vezes, uma indicação de congruência de sentidos, afirmando-se que as cláusulas gerais seriam exatamente os princípios positivados¹⁴⁷. É bem verdade que os princípios, uma vez positivados, tendem a sê-lo através da técnica legislativa das cláusulas gerais, mas isso não gera uma identidade entre ambos, de modo que afirmações neste sentido são equivocadas.

Analisando os pontos de convergência entre conceitos indeterminados e cláusulas gerais, Rodrigo Mazzei afirma que uma mesma expressão vaga pode “funcionar de ambas as formas, ou até mesmo como princípio, dependendo das duas hipóteses de delimitação fixadas e da função que o conceito vago irá ter”¹⁴⁸. Em verdade o que ocorre é que a mesma expressão pode estar, nos diferentes planos, atuando como conceito indeterminado, cláusula geral ou princípio.

Analisemos, exemplificativamente, o art. 317 do Código Civil, que diz que “quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, tanto quanto possível, o valor real da prestação”. Encontra-se plasmado neste artigo, assim como no art.478, o princípio da revisão da obrigação que, como princípio que é, oferece um arrazoamento ético, valorativo, para a revisão das obrigações a ser analisado em contraponto, por exemplo, à idéia expressa no *pacta sunt servanda*. Possui ainda na sua formação semântica conceitos indeterminados, como *motivos imprevisíveis* e *desproporção manifesta*. Entretanto, o artigo citado não pode ser considerado uma cláusula geral, nos termos apresentados neste trabalho, já que a determinação das conseqüências já se encontra predeterminada.

De modo contrário, nos já citados artigos 421 e 422 que positivam, respectivamente, os princípios da função social e da boa-fé, encontramos uma norma-princípio, positivada através da técnica legislativa das cláusulas gerais e formada com o uso de conceitos indeterminados.

¹⁴⁷ SENRA, op. cit., p. 183. No mesmo sentido: AMARAL E SILVA, Luciano Félix do. Princípios norteadores da intervenção judicial no contrato: normas abertas *versus* segurança jurídica. In: **Revista de Direito Privado**: n. 37. Coords: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 132.

¹⁴⁸ MAZZEI, Rodrigo Reis. Código civil de 2002 e o judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. **Reflexos do novo código civil no direito processual**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2007, p. 55-56.

Ainda dentro da questão da positivação, temos outro ponto de distinção entre as cláusulas gerais e os princípios. É que enquanto estes últimos podem se encontrar no ordenamento sem que tenham sido positivados de modo direto, como, aliás, acontecia com o princípio da boa-fé anteriormente ao Código Civil de 2002, só podemos falar em cláusulas gerais positivadas¹⁴⁹. Isto se dá porque enquanto os princípios se constituem num argumento para a decisão num determinado sentido, as cláusulas gerais são uma técnica legislativa, a ser aplicada justamente para a positivação de normas, não havendo sentido em se pensar em cláusulas gerais não positivadas.

A despeito das diferenças apontadas, há uma parcial identidade de funcionalidade, entre conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios, já que todos contribuem para a formação de normas de tipo aberto, convergindo assim no objetivo de maior flexibilização e adequação da lei ao caso concreto. É justamente por conta desta proximidade finalística que é comum encontramos normas-princípio estabelecidas pela técnica legislativa das cláusulas gerais e que possuam no seu texto conceitos indeterminados. Isto, entretanto, não cria identidade entre os três, já que, como vimos, se situam em diferentes planos de classificação.

¹⁴⁹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 323.

3 ADIMPLENTO DAS OBRIGAÇÕES

Neste capítulo, eminentemente voltado à dogmática, analisaremos os aspectos relevantes para o entendimento do momento da relação obrigacional que é o adimplemento.

Faz-se necessária esta abordagem porque acreditamos que a filosofia e a dogmática não são compartimentos estanques, antes comunicáveis. Os conceitos doutrinários que trabalharemos aqui acerca do adimplemento das obrigações servirão como base interpretativa dos conceitos indeterminados que encontraremos acerca do assunto em questão. A interpretação, como veremos, deve atender à integridade do direito, o que só é possível alcançar mediante uma análise que se dê não de maneira pontual, mas sim abrangente.

Levando em conta tais considerações é que, antes de tratarmos do adimplemento, apresentaremos uma breve noção da nossa visão sobre a obrigação, bem como sobre suas fontes. Afinal, nos parece incoerente tratar do modo como as obrigações são cumpridas se antes não abordarmos o que são e como surgem.

3.1 A OBRIGAÇÃO NO SEU ASPECTO ESTÁTICO

O multifacetado termo obrigação, utilizado para se referir a diversos significados, tanto no campo do direito como fora dele¹⁵⁰, se presta neste trabalho para se referir às relações creditórias reguladas pelo Direito Civil. Nesta linha é que a obrigação, numa visão mais clássica, costuma ser definida como uma relação jurídica entre pelo menos dois sujeitos, um credor outro devedor, estando o último obrigado a realizar uma prestação em favor do primeiro. Sujeitos, objeto e vínculo jurídico, para alguns acrescida ainda a causa, eis aí os elementos da relação obrigacional. Decerto que características diversas e acessórias pertinentes a cada um destes elementos são enumeradas, sobretudo acerca do objeto, quando se lhe exige licitude, determinabilidade e, para muitos, patrimonialidade ou economicidade, mas tais características não afetam a estrutura ora exposta da obrigação, servindo apenas para delimitar as características exigíveis para aquele elemento¹⁵¹. Não dissecaremos aqui os

¹⁵⁰ NONATO, Orisombo. **Curso de obrigações**: vol I. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 58.

¹⁵¹ BORDA, Guillermo A. **Manual de obligaciones**. 12. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 08; COING, tomo II, p. 533; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: vol. 2. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 03; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Obrigações**. Rio de Janeiro, 2006, p. 12; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – obrigações**. 7.

elementos da relação obrigacional, no que remetemos às obras citadas, por não ser este ponto fulcral para o desenvolvimento do nosso texto.

No que pese a importância da definição clássica da obrigação, ela destaca somente o aspecto estático desta. Apresenta-se a obrigação como uma relação jurídica firmada num determinado momento, ou seja, naquele em que foi criada a obrigação, para que então, num outro momento, também estático e isolado, se dê o cumprimento da prestação devida.

Nosso Código Civil optou por não oferecer uma definição de obrigação, o que é, aliás, uma opção normalmente realizada pelos legisladores, no que andou bem já que a tarefa de traçar definições não cabe à lei, mas sim à doutrina¹⁵². Exceção é o Código Civil português que, ao fazê-lo no seu art. 397, adota um conceito que se aproxima do aspecto estático da obrigação, estipulando que “obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação”.

Entender a obrigação no seu aspecto estático, portanto, significa tratá-la como uma relação com dois momentos estanques, o primeiro da sua criação e o segundo do seu adimplemento, que tem por objeto único o cumprimento da prestação principal avençada. Esta concepção, que data ainda de Roma, embora apresente de modo claro o núcleo da relação obrigacional, não se mostra suficiente para explicar todo o complexo de relações que nela figuram. Como destaca Orisombo Nonato, o conceito de obrigação sofre mudanças ao longo do tempo e do espaço, evolui, para melhor se adequar à realidade em que figura¹⁵³, de modo que se faz necessário apresentar uma visão da obrigação que melhor se adequa à realidade e exigências atuais.

ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 15; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Direito civil**: obrigações. São Paulo: Atlas, 2008, p. 07; GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 05; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: vol. II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 21; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das obrigações. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 20-21; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: vol. II. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 04; POTHIER, Joseph Robert. **Tratado das obrigações**. Campinas: Servanda, 2001, p. 29; RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 04; RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: vol. 02. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 03-04;; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 05.

¹⁵² NONATO, op. cit., p. 63.

¹⁵³ Ibidem, p. 55.

3.2 A OBRIGAÇÃO NO SEU ASPECTO DINÂMICO

A despeito da importância do aspecto estático, que destaca a relação creditória principal, ele se mostra insuficiente para explicar todo o complexo de relações existentes numa obrigação. É que tratar uma relação obrigacional como sendo apenas o dever do devedor de cumprir com a prestação e o direito do credor de exigí-la, não fornece uma explicação suficiente ao desenvolvimento de uma obrigação.

A relação obrigacional é, em verdade, uma relação complexa ou sistêmica em que devemos considerar

o conjunto de direitos e deveres que unem as partes intervenientes, em razão dos quais elas são adstritas a cooperarem, para a realização dos interesses de que sejam credoras, mas com o devido respeito pelos recíprocos interesses do devedor, ou devedores, e tendo em conta também a função social desempenhada, que é a razão última de sua tutela¹⁵⁴.

Enxergar a relação obrigacional como uma relação complexa fornece uma melhor explicação de como as obrigações realmente se formulam na prática. A adoção desta concepção de obrigação não despreza os interesses do credor, apenas reconhece que a obrigação não se restringe apenas ao crédito e ao débito atinentes à obrigação principal como únicos elementos existentes, a estes se somando outros igualmente importantes, como os direitos formativos e as posições jurídicas”¹⁵⁵.

Há, portanto, além do dever principal, outros deveres e direitos que devem ser observados desde a formação da obrigação até o seu cumprimento, denotando aí a idéia de sua totalidade e seu desenvolvimento processual. É neste sentido que Larenz descreve a obrigação como um processo, desde o início destinado a alcançar a satisfação do credor, que é a sua finalidade¹⁵⁶. Com base nesta lição é que Clóvis do Couto e Silva afirma que a obrigação deve ser entendida considerando “os aspectos dinâmicos que o conceito de dever revela, examinando-se a relação obrigacional como algo que se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor”¹⁵⁷.

¹⁵⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: vol I. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 72.

¹⁵⁵ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 19.

¹⁵⁶ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**: tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 39.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 17.

Dentro desta idéia, da obrigação como processo, podemos visualizar na relação como um todo diversas categorias de deveres. Fernando Noronha indica que podemos falar em deveres primários ou principais, deveres acessórios ou secundários e deveres fiduciários, anexos ou laterais, sendo que o autor considera que há maior proximidade entre os principais e secundários¹⁵⁸.

Os deveres principais ou primários seriam justamente aqueles destacados na noção simples de obrigação, na sua concepção estática, que dizem respeito às prestações nucleares da obrigação, entendidas estas como as “que satisfazem diretamente o interesse do credor”.¹⁵⁹ Assim, exemplificativamente, num contrato de compra e venda, teríamos como dever principal da obrigação em que o vendedor é devedor a entrega da coisa, e como dever principal da obrigação em que o comprador é devedor o pagamento o preço.

Já os deveres secundários ou acessórios, na classificação de Fernando Noronha, seriam aqueles que tratam de prestações não principais, mas também relacionadas à obrigação. Os deveres secundários, assim como os primários, seriam determináveis *a priori*¹⁶⁰.

Como afirma Judith Martins-Costa, tais deveres secundários podem ser divididos em algumas espécies. São *deveres secundários meramente acessórios*, quando se apresentam como preparação para o cumprimento da obrigação principal, tal qual como quando se embala um produto que foi comprado e será enviado. Podem ainda ser *deveres secundários com prestação autônoma*, quando funcionam ou como sucedâneo da obrigação principal, como o dever de pagar indenização por conta do inadimplemento culposo, ou autonomamente ou coexistindo com o dever principal, como no caso do pagamento de indenização por mora, que se acresce à prestação principal¹⁶¹.

Além destes, encontramos ainda outros exemplos de deveres secundários, enumerados por Fernando Noronha, como o do credor de fornecer a quitação ao devedor, de pagar cláusula penal e de pagar despesas da escritura de compra e venda de um imóvel¹⁶².

¹⁵⁸ NORONHA, op. cit., p. 78.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 79.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 79.

¹⁶¹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 438.

¹⁶² NORONHA, p. 80.

Ainda de acordo com a classificação de Fernando Noronha os deveres fiduciários, anexos, laterais, ou meros deveres de conduta

são aqueles que somente apontam procedimentos que é legítimo esperar por parte de quem, no âmbito de um específico relacionamento obrigacional [...] age de acordo com os padrões socialmente recomendados de correção, lisura e lealdade, que caracterizam o chamado princípio da boa-fé contratual¹⁶³.

Clóvis do Couto e Silva, por sua vez, utiliza terminologia diferente, denominando de secundários, anexos ou instrumentais estes deveres que nascem da incidência da boa-fé, atuando como “indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, de guarda, de cooperação, de assistência”¹⁶⁴. A questão da terminologia relativa a estes deveres, aliás, não guarda uniformidade na doutrina, sendo referidos ainda, numa lista não exaustiva, como deveres acessórios de conduta, deveres de proteção ou deveres de tutela¹⁶⁵.

É certo que o caráter distintivo e especificador de cada obrigação se relaciona com a prestação principal, já que é por conta dela que, por exemplo, determinaremos se a prestação consiste num dar, fazer ou não fazer. Porém, o entendimento do seu conteúdo total engloba também a consideração dos deveres de conduta¹⁶⁶.

Esta espécie de deveres tem como característica comum gerar a incidência de deveres às partes que vão para além daqueles expressamente acordados por elas no momento da formação da relação obrigacional. Não queremos com isso dizer que tais deveres são impostos às partes *a posteriori*, mas sim que a sua aplicação e incidência independem de qualquer convenção entre elas, com a verificação de aplicabilidade ocorrendo somente diante do caso concreto¹⁶⁷, decorrendo, via de regra, da aplicação do princípio da boa-fé.

¹⁶³ Ibidem, p. 80.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 93.

¹⁶⁵ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 438.

¹⁶⁶ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**: tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 22.

¹⁶⁷ MARTINS-COSTA, Boa-fé, p. 449.

Fernando Noronha, partindo de enumeração realizada por Menezes Cordeiro, classifica os deveres anexos em deveres de cuidado, informação, lealdade e assistência, sendo este último por ele acrescentado¹⁶⁸⁻¹⁶⁹.

Os deveres de cuidado, também chamados de proteção ou de segurança, determinam que cada parte da relação obrigacional deve proteger a parte contrária de lesões, seja no próprio sujeito ou no seu patrimônio¹⁷⁰. Podemos citar como exemplos do dever de cuidado, o que deve ter um construtor de um edifício para que este tenha sua estrutura bem elaborada, não vindo a causar danos futuros aos compradores, seja por conta de um eventual desabamento ou de defeitos nas suas instalações hidráulicas e elétricas; o dos organizadores de um show, que devem vender um número de ingressos adequado ao local onde se realizará o evento, bem como cuidar para que toda a estrutura do espaço conte com a segurança necessária àqueles que compareçam; ou ainda os de uma empresa que, realizando manutenção de uma central elétrica, deve manter toda a fiação devidamente isolada de risco de contato com o público, apenas para citar algumas situações.

Os deveres de informação ou esclarecimento são aqueles que obrigam as partes a informarem-se mutuamente, desde as tratativas anteriores à formação da obrigação, acerca de todos os aspectos relevantes que envolvam a criação desta de acordo com os padrões de conduta em voga¹⁷¹. Aqui se encontram, exemplificativamente, o dever do advogado de informar ao seu cliente, fundamentadamente, sobre as possibilidades de ganho de uma causa antes do ingresso da ação, bem como o dever de um vendedor de um determinado produto informar sobre a sua vida útil.

Os deveres de assistência, de colaboração propriamente dita, ou de cooperação

são aqueles que obrigam as partes, especialmente aquelas que tiverem fornecido produtos e serviços duradouros, a, ao longo do tempo, prestarem auxílio à

¹⁶⁸ NORONHA, op. cit., p. 84.

¹⁶⁹ Esta não é a única classificação existente para os deveres anexos. Exemplificativamente, citemos Judith Martins-Costa que apresenta classificação diversa, com base em Siebert/Knopp, enumerando-os da seguinte maneira: deveres de cuidado, previdência e segurança; deveres de aviso e esclarecimento; deveres de informação; dever de prestar contas; deveres de colaboração e cooperação; deveres de proteção e cuidado com a pessoa e patrimônio da contraparte; e deveres de omissão e de segredo. MARTINS-COSTA, Boa-fé, p. 439.

¹⁷⁰ NORONHA, op. cit., p. 84.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 84.

contraparte, instruindo-a sobre como resolver problemas que surjam, ou assegurando o fornecimento de peças de reposição¹⁷².

Para ilustrar estes deveres poderíamos apontar, por exemplo, o dever de uma fábrica de automóveis ter que continuar por razoável tempo a fabricar peças de reposição para modelo de veículo que deixou de fabricar, assim como o dever do locador de realizar ou permitir que se realizem reparos no imóvel locado ao longo do contrato de locação.

Já os deveres de lealdade determinam que as partes não realizem ações que possam induzir a um desequilíbrio entre as prestações existentes no negócio. Para Menezes Cordeiro incluem-se aqui tanto as ações de caráter positivo quanto negativo, enquanto que para Fernando Noronha os deveres de lealdade encontram-se restritos àqueles de caráter negativo, já que os positivos se encontrariam regulados sob os deveres de informação e de assistência. De acordo com Fernando Noronha o dever de lealdade “exige das partes condutas que impõem o não-rompimento injustificado das negociações, a não-divulgação de informações obtidas em razão dessas tratativas ou em razão da relação contratual já estabelecida (dever de sigilo), etc.”¹⁷³ Neste grupo se encontrariam, por exemplo, o dever de uma empresa de não utilizar material artístico apresentado por uma agência de propaganda, caso resolva não contratar os serviços desta após a apresentação, de igual modo o dever de um sujeito de, em tendo realizado tratativas iniciais para a abertura de uma loja franquia de uma rede de alimentação, não utilizar o *know how* da empresa franqueadora para abrir negócio similar.

Por tudo que apresentamos até então, fica claro que os deveres anexos têm uma forte relevância no entendimento da obrigação como processo. Eles se encontram presentes não apenas nos dois momentos estanques de formação e adimplemento da obrigação, mas sim permeando toda a relação obrigacional, desde as tratativas pré-negociais até posteriormente ao adimplemento da obrigação, não tendo a sua vida limitada ao cumprimento e extinção da prestação principal¹⁷⁴. Fornecem ele a real noção de que a obrigação não é uma realidade estanque e separada da conjugação de dois momentos distintos, mas sim um sistema, um processo, um conjunto de atos encadeados em direção ao pagamento.

¹⁷² Ibidem, p. 84-85.

¹⁷³ Ibidem, p. 85.

¹⁷⁴ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**: tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p.38.

É certo que o pagamento é um momento de destacada importância tanto na concepção estática como na concepção dinâmica da obrigação. Entretanto, enquanto na primeira ele apresenta-se como um momento isolado de liberação do devedor e satisfação do credor, na visão da obrigação de modo dinâmico ele surge como uma meta, um objetivo, que polariza todo o encadeamento de atos realizados no decorrer da obrigação.

Tal concepção dinâmica da obrigação abarca a idéia estática, familiariza-se melhor com o atual tratamento da relação obrigacional e melhor integra-se à teoria interpretativa que apresentaremos, de modo que é nesta concepção dinâmica que será tratada a obrigação neste trabalho.

3.3 FONTES DAS OBRIGAÇÕES

Fonte, como se sabe, remete à idéia de origem. Tratar das fontes das obrigações é, portanto, tratar dos fatos que podem fazer com que estas surjam.

Classicamente, de origem que remonta ao período inicial da Roma Antiga, encontramos a indicação de duas fontes, sendo estas, a saber, *obligatio ex contractu* e *obligatio ex delictu*. Dividiam inicialmente os Romanos as obrigações entre aquelas que tinham por origem fato lícito ou ilícito. Aponta Betti que, a despeito da anterior historicidade do ato delituoso, a obrigação civil surgiu primeiramente não como sanção de um ilícito, mas sim “como um vínculo resolúvel, como uma sujeição redimível de pessoa *sui iuris*”¹⁷⁵. Somente em momento posterior é que passou a obrigação a ter por fonte também o ato delituoso¹⁷⁶⁻¹⁷⁷. Neste primeiro momento, destaca Orisombo Nonato, eram muito mais numerosas as obrigações nascidas dos delitos do que dos contratos, o que é um traço comum das sociedades de cultura rudimentar¹⁷⁸.

Adveio, porém, a verificação pelos romanos de que havia obrigações surgidas na prática que não se encaixavam em nenhuma das duas classificações propostas, fazendo com que Gaio

¹⁷⁵ BETTI, Emilio. **Teoria geral das obrigações**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 397.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 399.

¹⁷⁷ MONTEIRO, op. cit., p. 38-39. Embora esta opinião não seja unânime, havendo também indícios históricos que favoreçam a teoria do delito ter sido a primeira das fontes das obrigações.

¹⁷⁸ NONATO, op. cit., p. 179.

tenha apontado a existência de uma terceira classificação anômala àquelas já existentes¹⁷⁹. Assim, por exemplo, as situações envolvendo gestão de negócio e pagamento indevido que, embora gerassem obrigações, os atos que lhe davam origem não eram dirigidos para a sua criação¹⁸⁰. Nesta sistematização, tais figuras atípicas reunidas foram nominadas como *variae causarum figurae*, como modo de mostrar seu contraponto às duas fontes então tradicionais das obrigações¹⁸¹.

Tal classificação, entretanto, era “claramente contrária ao espírito e às tendências classificatórias dos bizantinos, que amam as generalizações, os esquemas bem construídos, os conceitos abstratos e unitários de classe”¹⁸². Assim é que passou-se da classificação tripartida gaiana, para a quadripartida justiniana, que excluiu o *variae causarum figurae* e incluiu os *quasi ex contractu* (quase-contratos) e *quasi ex delicto* (quase-delitos) como fontes das obrigações.

As novas fontes, que foram nomeadas em repetição das anteriores devidamente precedidas pela expressão *quasi ex*, assim o foram para demonstrar que com cada uma das antigas guardavam proximidade.

Os *quasi ex contractu*, em verdade, consistiram em nada mais do que uma adaptação e síntese do *variae causarum figurae* gaiano para atender às necessidades da classificação quadripartida¹⁸³, abrangendo figuras como a gestão de negócios, obrigações nascidas da tutela, pagamento indevido, obrigações nascidas da curatela e das relações de vizinhança¹⁸⁴.

Já a formulação dos *quasi ex delicto*, por sua vez, se deu à custa, dentre outros fatores, da criação de uma característica diferencial entre o maior e menor grau de imputabilidade das atividades delituosas, classificando assim as obrigações nascidas do ilícito doloso como delitos e as nascidas dos culposos como quase-delitos¹⁸⁵.

¹⁷⁹ BETTI, op. cit., p. 406.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 407.

¹⁸¹ Ibidem, p. 408.

¹⁸² Ibidem, p. 408.

¹⁸³ Ibidem, p. 416.

¹⁸⁴ MONTEIRO, op. cit., p. 37-38.

¹⁸⁵ BETTI, op. cit., p. 412.

Esta classificação quadripartida, refletindo o gosto do homem pela simetria¹⁸⁶, somente veio a encontrar inovações já no período de elaboração do Código de Napoleão, por influência de doutrinadores como Domat e Pothier, que incluíram a lei como fonte direta das obrigações¹⁸⁷.

Pothier afirma que a lei é a causa natural mediata de todas as obrigações, já que é somente por conta da previsão legislativa que todas as outras fontes se encontram aptas a gerar obrigações como fontes imediatas. Porém, para este doutrinador a lei atuaria também como fonte direta, imediata, das obrigações em algumas situações tal qual, exemplificativamente, a obrigação alimentar entre parentes¹⁸⁸.

Afirmar que a lei produz obrigações, entretanto, não significa dizer que a lei, por si só, as gera, mas sim que a lei liga uma obrigação a um estado ou a um fato objetivamente determinado, independentemente de um comportamento lícito ou ilícito individual¹⁸⁹.

A classificação romana das fontes, acrescida da contribuição francesa, logrou êxito em sobreviver até os dias atuais, com eventuais alterações semânticas nos títulos de cada fonte, mas sem vigorosas modificações de conteúdo.

Nosso Código Civil, a exemplo do seu antecessor de 1916, optou por não elencar as fontes das obrigações. Na legislação estrangeira, exemplificativamente, encontramos a enumeração das fontes no Código Civil espanhol¹⁹⁰, chileno¹⁹¹ e argentino¹⁹², sendo ainda identificáveis no

¹⁸⁶ MONTEIRO, op. cit., p. 35.

¹⁸⁷ BETTI, op. cit., p. 427. Embora a indicação da lei como fonte direta das obrigações já houvesse sido suscitada anteriormente, ainda que 'por vozes isoladas e discordantes entre si'. Em sentido contrário: NONATO, op. cit., p. 182, que afirma que a lei já fazia parte do quadro completo de fontes das obrigações no direito romano.

¹⁸⁸ POTHIER, p. 116.

¹⁸⁹ BETTI, op. cit., p. 432.

¹⁹⁰ Art. 1089. Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa ou negligencia.

¹⁹¹ Art. 1437. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como em los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasi contratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos, ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

¹⁹² Art. 499. No hay obligación sin causa, ES decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles.

português¹⁹³ e no suíço das obrigações¹⁹⁴, todos eles, de uma maneira ou de outra, reproduzindo aquela realizada pelo Código de Napoleão.

Os autores nacionais, ao tratarem do tema, podem ser divididos, ressalvadas pequenas diferenças, em dois grandes grupos. Num primeiro grupo teríamos aqueles que ordenam as fontes considerando a lei como fonte imediata, e os contratos, declarações de vontade unilateral e atos ilícitos como fontes mediatas. O ponto em comum a estes autores é justamente a maior importância dada à lei enquanto fonte, tanto que alguns a consideram também como fonte mediata, bem como uma maior proximidade com a classificação clássica das fontes das obrigações¹⁹⁵.

Uma abordagem diferente à questão das fontes das obrigações, classificando-as de acordo com o critério do interesse tutelado, é sugerida por Fernando Noronha, que é seguido por outro grupo de autores¹⁹⁶. Ponto relevante desta proposta é o afastamento da lei como fonte das obrigações, para vinculá-las diretamente com os fatos jurídicos em sentido amplo que de fato lhes dão origem. Não que com isso se pretenda afirmar que as obrigações não têm ligação com as determinações legais, mas sim que as “verdadeiras fontes das obrigações são os acontecimentos, as situações reais que são pressupostos da aplicação dos preceitos legais, pondo em movimento as conseqüências jurídicas previstas neles”¹⁹⁷.

Em sentido muito similar encontramos a lição de Clóvis do Couto e Silva para quem “a classificação das fontes obedece à dos fatos jurídicos; realiza-se no plano da existência. A obrigação, a seu turno, é eficácia de fato jurídico”¹⁹⁸.

Também Orisombo Nonato aponta os fatos como fontes das obrigações, ao afirmar que todo direito nasce de um fato, embora para este autor a lei também se situe como fonte ao lado dos fatos do homem¹⁹⁹.

¹⁹³ Podemos dizer que o Código Civil português elenca as fontes no Livro II, Título I, Capítulo II, enumerando aí os contratos, os negócios unilaterais, a gestão de negócios, o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil.

¹⁹⁴ Este, no primeiro Título, da sua primeira Parte, intitulado “da formação das obrigações”, enumera nos seus capítulos os contratos, os atos ilícitos e o enriquecimento sem causa.

¹⁹⁵ DINIZ, op. cit., p. 42-44; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 24; GONÇALVES, op. cit., p. 34; MONTEIRO, op. cit., p. 42-43; PEREIRA, op. cit., p. 37; RODRIGUES, op. cit., p. 10; VENOSA, op. cit., p. 48-49.

¹⁹⁶ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p.62-63; GAMA, op. cit., p. 35.

¹⁹⁷ NORONHA, op. cit., p. 346.

¹⁹⁸ COUTO E SILVA, op. cit., p. 71.

Nesta análise de Fernando Noronha, primeiro haveria uma grande divisão entre as chamadas obrigações autônomas e obrigações não autônomas. As obrigações não autônomas seriam aquelas que têm por fonte uma relação jurídica preexistente não obrigacional. Assim, por exemplo, as obrigações nascidas de relações de direito real, como as relativas ao direito de vizinhança e de condomínio. Também se encontrariam neste rol as obrigações de natureza familiar, sucessória e tributária²⁰⁰.

Já as obrigações autônomas, ou seja, as diretamente “criadas entre credor e devedor, isto é, independentemente de qualquer relação jurídica não obrigacional, de que constituam desenvolvimento”²⁰¹, se dividiriam em três categorias.

Poderiam assim ser daquelas que têm por fundamento um compromisso assumido por outra pessoa num negócio jurídico, seja ele bilateral ou unilateral; podem também ter seu fundamento no interesse da reparação de danos causado por um sujeito a outrem, mesmo que não tenha esse dano necessariamente origem ilícita; e, por fim, fundada no interesse de devolver ao patrimônio devido acréscimos que se encontram indevidamente noutra²⁰².

As da primeira categoria são referidas como sendo obrigações negociais. Nelas o que se busca tutelar é “a expectativa do credor no adimplemento das obrigações assumidas pelo devedor”²⁰³. Seu descumprimento gera a chamada responsabilidade negocial, com o conseqüente ônus do devedor de arcar com os prejuízos causados ao credor.

Aquelas da segunda categoria são as obrigações de responsabilidade civil, entendida aqui no sentido de responsabilidade civil não-contratual. O bem aqui tutelado é “a pretensão do credor à reparação dos danos sofridos”²⁰⁴, de modo que, tanto quanto possível, restabeleça-se a condição anterior daquele que sofreu o dano.

Por fim, na terceira categoria, teríamos as obrigações de restituição por enriquecimento sem causa. Nestas busca-se “assegurar a devolução ao patrimônio do credor daqueles ganhos que

¹⁹⁹ NONATO, op. cit., p. 202.

²⁰⁰ NORONHA, op. cit., p. 412.

²⁰¹ Ibidem, p. 413.

²⁰² Ibidem, p. 21.

²⁰³ Ibidem, p. 21.

²⁰⁴ Ibidem, p. 22.

outrem (que será o devedor) tenha conseguido às custas dos bens (direitos reais) ou até da pessoa (direitos da personalidade) do credor”²⁰⁵.

Pelas vertentes apontadas nota-se que, em verdade, a discussão acima apresentada sobre fontes é muito mais voltada a questões classificatórias. Há um consenso quanto aos fatos geradores da obrigação, havendo divergência tão somente quanto a especificidades organizacionais, derivadas de uma opção ideológica do papel desempenhado pela lei enquanto fonte.

Esta discussão, entretanto, ressalta outra, trazida por Clóvis do Couto e Silva, ao se referir ao que ele chama de crise da teoria das fontes, analisando a possibilidade de admitir como fontes das obrigações “princípios tradicionalmente considerados metajurídicos no campo da ciência do direito, aluindo-se, assim, o rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo”²⁰⁶. Esta questão relaciona-se diretamente com a questão das normas de textura aberta, na medida em que seu ponto nevrálgico trata exatamente da possibilidade de observarmos fontes que não se encontrem previstas de modo expresso.

Neste sentido, da admissão destas fontes, é que parecemos caminhar. Como fatores que apontam neste sentido podemos destacar a adoção pelo nosso Código Civil das normas de textura aberta, bem como o recurso e destaque cada vez maior aos princípios dentro do ordenamento jurídico, tanto por parte da doutrina como da jurisprudência. A própria aceitação pelos Tribunais dos deveres anexos que acima apontamos, amplamente fundamentados na boa-fé objetiva, desde antes, inclusive, da vigência do Código de 2002, é uma demonstração prática da nossa afirmação.

3.4 DEFINIÇÃO DE PAGAMENTO

Diversas são as expressões utilizadas para nomear esta fase da relação obrigacional: adimplemento, pagamento, cumprimento, solução, *solutio*, são as mais comumente encontradas na doutrina nacional. Assim é que Bevilacqua afirma que o pagamento “é a

²⁰⁵ Ibidem, p. 22.

²⁰⁶ COUTO E SILVA, op. cit., p. 65.

execução voluntária da obrigação”²⁰⁷, enquanto que Ruggiero fala do cumprimento como a “exata execução da prestação por parte do devedor”²⁰⁸.

O nosso Código Civil apresenta uma preferência pelos termos adimplemento, com o qual nomeia o Título que trata do mesmo, bem como pelo termo pagamento, utilizado algumas vezes ao longo do seu texto. Numa análise do direito comparado nota-se que a palavra pagamento é das mais utilizadas pelos legisladores para se referirem a tal momento da relação obrigacional²⁰⁹, embora tal escolha não seja unânime, existindo países como Portugal que adotaram o uso do termo cumprimento.

Esclareçamos também que o termo pagamento não possui aqui o significado comumente encontrado na linguagem vulgar de se relacionar apenas com as obrigações pecuniárias, vez que a opção do legislador, atendendo ao sentido técnico da palavra, foi por utilizar a expressão para o cumprimento de obrigações de qualquer espécie²¹⁰.

Neste texto utilizaremos tais termos como sinônimos²¹¹, diferenciando, entretanto, seu sentido lato e seu sentido estrito²¹². O sentido lato será utilizado para designar qualquer modo de cumprimento da prestação por parte do devedor ou de terceiro, que o libere do vínculo que possui em relação a um determinado credor, satisfazendo este objetivamente.

O sentido estrito, por sua vez, será utilizado somente para o cumprimento não-compulsório da prestação por parte do devedor, que satisfaça objetivamente ao credor, extinguindo a obrigação e liberando definitivamente aquele.

²⁰⁷ BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua** – vol. IV. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo Ltda, 1955, p. 66.

²⁰⁸ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil** – vol. III. Campinas: Bookseller, 1999, p. 138.

²⁰⁹ Assim nos códigos chileno, argentino, suíço e espanhol, sendo que este último dá uma equivalência de sentidos a pagamento e cumprimento (art. 1156).

²¹⁰ GOMES, **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 110; FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 227; BORDA, op. cit., p. 299; GONÇALVES, op. cit., p. 236; GAMA, op. cit., p. 220; MONTEIRO, op. cit., p. 254; VENOSA, op. cit., p. 170; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 107; PEREIRA, op. cit., p. 163.

²¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código civil**: vol. V, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 115.

²¹² SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Adimplemento e extinção das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 41.

Não há pagamento em sentido estrito, portanto, quando este se dá por terceiro. Falta ao terceiro a existência prévia de um dever de prestar²¹³, o que faz com que sua ação de adimplir o que é devido, embora possa alcançar os efeitos de liberação do devedor e satisfação do credor em relação à dívida paga, não se constitua pagamento em sentido estrito. Este só há quando existe um dever prévio que vincula o sujeito que o realiza.

Também não podemos falar em pagamento em sentido estrito quando a satisfação do credor se dá de modo compulsório, por meio da execução forçada dos bens do devedor. O que há aqui é uma satisfação do credor por meio da responsabilização do devedor diante do inadimplemento. Falta a ação do devedor para que se caracterize o cumprimento.

Por sua vez, o adimplemento em sentido lato abrangerá, além do seu sentido estrito, situações outras como a dação em pagamento e o pagamento com sub-rogação. A imputação do pagamento e o pagamento em consignação, por sua vez, nos parecem possuir características que os permitam incluir dentro do sentido estrito, ainda que dotados de algumas peculiaridades.

Encontram-se excluídos da nossa análise a remissão, a confusão, a compensação e a novação, vez que estes são meios extintivos da relação obrigacional em que não há o adimplemento.

O Código Civil de 2002 traz no seu texto algo que podemos chamar de *parte geral* do adimplemento, compreendida no capítulo I, título III, livro I, da parte especial da referida legislação. Analisaremos, mais adiante, as cláusulas gerais, conceitos indeterminados e princípios presentes de modo expresso nos artigos que se encontram neste intervalo.

É que as definições acerca dos sujeitos, objeto, prova, tempo e lugar do pagamento, embora inicialmente colocadas para situações mais próximas à do pagamento em sentido estrito, são utilizadas não apenas para estes, como também para as situações que envolvem pagamento em sentido lato, para as situações de extinção direta das obrigações, bem como, obviamente, para a contraparte de todos estes, qual seja as situações de inadimplemento.

²¹³ ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**: vol. II. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 8.

3.5 A IMPORTÂNCIA DO PAGAMENTO NO PROCESSO OBRIGACIONAL

Não sem motivo escolhemos dentre os diversos momentos da relação obrigacional o do adimplemento para nossa análise. É que numa obrigação que tenha seguido o seu esperado transcurso o adimplemento é seu ponto culminante. Noutras palavras, as obrigações são criadas com o intuito de que sejam adimplidas. Aquele que se torna credor de uma obrigação espera o cumprimento da mesma.

É verdade também que este adimplemento nem sempre ocorrerá. Primeiro porque temos diversas situações em que a obrigação pode se extinguir sem que tenha se dado o adimplemento, seja porque algum fator externo ao vínculo obrigacional levou à sua resolução sem culpa dos sujeitos envolvidos na obrigação²¹⁴, seja porque ocorreu alguma das situações que geram a extinção da obrigação, sem que tenha se dado o seu adimplemento²¹⁵. Em segundo, porque pode o sujeito não cumprir com aquilo a que havia se obrigado, não adimplindo a obrigação, gerando, por conseguinte, uma situação de inadimplemento.

A despeito destas situações em que o adimplemento não ocorre é certo que, mesmo numa situação econômica como a do nosso país, ele se constitui a regra. Seja por uma questão ética, seja pelo temor da reprovação pública ou da sanção, fato é que as obrigações são mais cumpridas do que descumpridas²¹⁶.

Fosse o inadimplemento a regra e o adimplemento a exceção, viveríamos num estado de eterno conflito, impossibilitando a própria vida em sociedade. É inegável que no estado civilizatório em que vivemos ninguém consegue satisfazer sozinho a todas as suas necessidades. Precisamos para isto cooperar uns com os outros²¹⁷, gerando diariamente um sem número de obrigações, cujo cumprimento muitas vezes instantâneo é essencial para a manutenção das engrenagens sociais. Credor e devedor não devem ser vistos como sujeitos

²¹⁴ Como, por exemplo, na perda ou deterioração da coisa, sem culpa do devedor, na obrigação de dar coisa certa.

²¹⁵ O que, conforme já destacado, ocorre nas situações de novação, confusão, compensação e remissão, nos termos do Código Civil.

²¹⁶ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 06

²¹⁷ Cooperação esta que se manifesta também ao longo do processo obrigacional, que prescreve a necessidade dos sujeitos nele envolvidos de atuarem conjuntamente em busca dos objetivos pelos quais se formou aquele vínculo. Neste sentido: NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002, p. 150.

antagônicos numa relação²¹⁸, mas sim como sujeitos que cooperam para alcançar o adimplemento da obrigação.

Podemos dizer, portanto, que o adimplemento polariza todo o desenvolvimento da obrigação, como aliás já afirmamos ao expor a idéia de Larenz, que é também desenvolvida por Clóvis do Couto e Silva ao apresentar a obrigação como processo. Tal concepção ressalta a importância do momento do adimplemento na relação obrigacional. Entender a obrigação como um processo, como destaca Clóvis do Couto e Silva, é visualizá-la não como dois momentos estáticos, de formação e extinção, mas sim como uma série encadeada de atos que se deslocam em direção ao adimplemento. É neste sentido que Larenz afirma que “toda relación de obligación persigue, a ser posible, la más completa y adecuada satisfacción del acreedor o de los acreedores a consecuencia de un determinado interés en la prestación”²¹⁹.

Portanto, o desenvolvimento da obrigação tem como bússola o momento do pagamento. Dito de outra forma, todos os atos praticados ao longo da relação obrigacional o são com o intuito de alcançar-se o adimplemento da obrigação. Atende a obrigação à sua finalidade, desenvolve de modo pleno a sua função, quando é realizado o pagamento, encerrando assim a relação criada entre credor e devedor.

Ademais, note-se que o adimplemento, a despeito de encerrar a relação obrigacional entre os sujeitos, já considerando aqui as ressalvas que realizamos ao falar dos deveres de conduta, apresenta importância como fundamento jurídico da prestação realizada²²⁰. Explica-se: numa compra e venda, uma vez que tenha sido realizada a entrega da coisa vendida, extingue-se o débito do vendedor, mas a prestação adimplida conserva sua importância como fundamento da propriedade daquele que adquiriu o bem que foi objeto da obrigação. Atua o cumprimento da prestação como fundamento jurídico para a aquisição do direito ou bem a que fez jus o credor.

²¹⁸ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 19.

²¹⁹ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**: tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 39.

²²⁰ *Ibidem*, p. 40.

3.6 NATUREZA JURÍDICA DO PAGAMENTO

A delimitação da natureza jurídica do pagamento é problema que tem importância não apenas como discussão teórico-acadêmica, mas também do ponto de vista prático. Acreditamos que tal análise deve se dar levando em conta a conformação de cada ordenamento jurídico, de modo que nossas considerações a seguir apresentadas levam em conta o paradigma do Código Civil brasileiro de 2002. Objetivamos aqui determinar a natureza jurídica do pagamento em sentido estrito, embora, ao longo do texto, venhamos a analisar também algumas situações de pagamento em sentido amplo.

De acordo com Pontes de Miranda seis são as teorias sobre a natureza jurídica do adimplemento: a) a que o considera negócio jurídico, por vezes bilateral e noutras unilateral; b) a que o vê como negócio jurídico necessariamente bilateral; c) a que o classifica como ato jurídico *stricto sensu*; d) a que o indica como ato-fato jurídico; e) a que o considera como fato jurídico, sem precisar de qual espécie, ou como fato jurídico *stricto sensu*; f) e a que o trata como ato devido²²¹.

Destaque-se que há autores, como é o caso de Orlando Gomes, que acreditam não ser possível determinar uma única natureza jurídica para o adimplemento, afirmando que conforme a qualidade da prestação e quem a efetua é que poderemos determinar qual a sua natureza jurídica²²².

Parece-nos que tal posição apresentada por Orlando Gomes diz respeito não ao pagamento em sentido estrito, mas sim às mais diversas situações que podem resultar num pagamento em sentido amplo. A análise do citado autor não se remete ao momento preciso do pagamento, mas sim a todo o conjunto de ações que podem levar até ele.

Das teorias, como apresentadas por Pontes de Miranda, vemos que três delas exigem a vontade como elemento do suporte fático do pagamento (a, b, c), enquanto que três outras o dispensam (d, e, f). Destacamos esta divisão por ser ela da maior importância prática. É que a

²²¹ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**: parte especial, tomo XXIV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p. 76-77.

²²² GOMES, **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 114-115.

vontade compor ou não o suporte fático do pagamento é o fator determinante para sabermos se cabe neste análise acerca da sua validade²²³.

Assim é que nas três teorias que consideram a vontade como um elemento do suporte fático (a, b, c), far-se-á necessário para que ocorra o pagamento a presença de sujeitos capazes, sob pena de invalidade. De igual modo, a escolha por uma destas teorias ensejará a possibilidade de anulação do pagamento por existência de vício de vontade. Em contrapartida, na adoção de uma das outras três teorias (d, e, f), tais questões não estarão presentes, vez que a análise da perfeição do pagamento passará somente pelos planos da existência e da eficácia.

Não consideramos que a vontade seja um fator que componha o suporte fático do pagamento.

Analisando a questão a partir da necessidade de ato de vontade por parte do sujeito passivo, nos parece clara a sua desnecessidade. Uma primeira abordagem pode ser realizada partindo do adimplemento das obrigações de fazer e de não fazer. Se, por exemplo, uma pessoa é contratada para pintar uma tela e, tendo enlouquecido de modo a ficar absolutamente incapaz, ainda assim a pinta, adimpliu com sua obrigação. Fosse a análise do plano da validade necessária aqui, teríamos forçosamente que concluir pela nulidade do pagamento, o que seria um absurdo.

De igual modo a situação em que a obrigação tem por prestação a promessa de fato de terceiro. É possível que um sujeito *A* se obrigue em relação a um sujeito *B*, acerca da realização (fazer) ou não realização (não fazer) de uma determinada conduta por parte de *C*. Considerando que *C* não tenha conhecimento da obrigação firmada e ainda assim tenha conduta compatível com o conteúdo do objeto fixado na obrigação, há adimplemento.

Note-se que o terceiro não possuía conhecimento sequer acerca da existência da obrigação, de modo que não há como se falar que nesta sua conduta tenha a vontade de adimplir

²²³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 17. “Com efeito, não é possível ter-se como inválido um fato jurídico *stricto sensu*, porque seria absolutamente sem sentido dizer-se que um fato da natureza é nulo ou anulável. A natureza é infensa à vontade humana. O fato natural existe, é, por si mesmo, independentemente das qualificações que o homem lhe atribua. Jamais se poderia dizer nulo um nascimento, ou uma morte, por exemplo, precisamente porque ocorrem no mundo das realidades naturais e, por isso mesmo, não podem ser desconsiderados sem que se contrarie a própria natureza das coisas. A presença física do fato no mundo não pode ser negada, simplesmente”.

desempenhado papel relevante. Apesar disso, ocorre o adimplemento, o que não seria possível caso a vontade compusesse o seu suporte fático.

Uma questão que também deve ser enfrentada diz respeito à impossibilidade de alegação de vício de vontade caso esta não faça parte do suporte fático do pagamento. Exemplifiquemos com uma situação fática que poderia envolver erro ou dolo. Se o sujeito *A* devia a *B* e *C* igual prestação e, querendo pagar a *B*, se engana (ou é enganado) e paga a *C*, este pagamento é plenamente eficaz. Não é possível a *A* desfazer o pagamento alegando erro ou dolo; trata-se de pagamento perfeito.

O que fica claro é que pensar na anulação de um pagamento eficaz seria uma medida extremamente contraproducente. Implicaria na desconsideração do pagamento realizado, obrigando o devedor a prestar novamente para se desonerar.

Não se justificaria tal medida nem mesmo quando o pagamento gerasse prejuízo para algum dos envolvidos. Independentemente da possibilidade de anulação, tais prejuízos seriam indenizados, em sede de responsabilidade civil, por aquele que os causou.

Não há, portanto, que se falar em anulação do pagamento por vício de vontade²²⁴. O desfazimento do pagamento cabe somente caso tenha sido ele indevidamente realizado, se dando sob o fundamento do enriquecimento sem causa ou pagamento indevido, e não sob o fundamento da invalidade do pagamento.

Ainda no campo da análise da necessidade de vontade por parte dos sujeitos, trataremos agora a questão partir do ângulo do sujeito ativo da relação obrigacional. O Código Civil de 2002, ao tratar “daqueles a quem se deve pagar”, em diversos momentos utiliza termos como *validade do pagamento*, o que, num primeiro momento, levaria a crer pela presença da vontade como suporte fático do pagamento.

Parece-nos, entretanto, que o legislador utilizou equivocadamente o termo validade, quando em tais passagens deveria ter utilizado o termo eficácia, o que se depreende da própria inteligência dos artigos em questão.

²²⁴ GOMES, **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 115.

Já no art. 308, informa o Código que o pagamento deve ser feito ao credor ou a seu representante, “sob pena de só *valer* depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito” (grifos nossos). Embora tenha sido utilizado o termo *valer*, a situação descrita, em verdade, trata da eficácia do pagamento.

O fato de o pagamento reverter em proveito do credor, indica que o pagamento alcançou o *efeito* devido, satisfazendo objetivamente o credor, em nada se relacionando com a validade, portanto, mas sim com a eficácia.

Já a questão da ratificação exige uma análise mais acurada. Ratificar, ou seja, confirmar, uma determinada situação consiste num ato jurídico. Trata-se aqui de uma situação em que o pagamento não reverteu em proveito do credor, mas, ainda assim, ele o ratificou.

A ratificação é um ato jurídico. Note-se que, entretanto, o ato jurídico aqui apontado parte do credor para confirmar que, embora o pagamento não o tenha satisfeito, ainda assim ele o considera suficiente.

A figura da ratificação do pagamento assemelha-se muito mais a uma situação de remissão, do que a uma situação de pagamento propriamente dita. É que se se faz necessária a ratificação, significa que o pagamento não alcançou o seu *efeito* determinado, mas, ainda assim, o credor resolveu liberar o devedor.

Não influencia, portanto, a ratificação na análise da realização do pagamento. É, em verdade, um ato jurídico posterior, realizado por parte do credor, que libera o devedor independentemente do pagamento não ter sido perfeito do ponto de vista da satisfação objetiva do credor. Continua, assim, a análise de perfeição do pagamento existente restrita unicamente ao plano da sua eficácia.

Novamente, no art. 309, indica o Código que “o pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é *válido*, ainda provado depois que não era credor” (grifos nossos). O credor putativo, como trataremos mais adiante, é aquele sujeito que, sob uma análise regular, parece ser o credor, embora não o seja.

O artigo citado, embora utilize o termo *válido*, em verdade encontrar-se-ia mais correto se houvesse utilizado em seu lugar *eficaz*. É que a questão da perfeição do pagamento no caso apontado não obedece a requisitos de validade. O que se busca é tão somente proteger o devedor que de boa-fé realiza o pagamento, determinando que este produza em relação ao devedor o seu efeito liberatório, ainda que o verdadeiro credor não tenha sido satisfeito. O credor nada mais tem a reclamar contra o devedor, que se encontra liberado, podendo apenas tomar medidas contra o credor putativo que o recebeu indevidamente. O que importa aqui é que o pagamento, com base na teoria da aparência, foi realizado àquele que parecia ser o credor, alcançando então a plenitude dos seus efeitos. Não há, mais uma vez, qualquer elemento que se relacione com a validade.

Por fim, temos ainda o art. 310 segundo o qual “*não vale o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que em benefício dele efetivamente reverteu*” (grifos nossos). Há aqui uma situação de adimplemento que foi realizado a um credor incapaz de quitar, o que pode levar à ausência de perfeição do pagamento feito.

Imaginemos, por exemplo, a situação de uma mãe, devedora de pensão alimentícia que, ao invés de entregá-la ao pai que possui a guarda do filho menor absolutamente incapaz, a entrega diretamente a este. Fosse de fato uma análise de validade, este pagamento seria nulo, independentemente de qualquer desdobramento posterior da sua eficácia.

A perfeição do pagamento de acordo com a norma, entretanto, se vincula ao fato do pagamento reverter em proveito daquele sujeito credor, incapaz de quitar, que o recebeu. É, portanto, uma análise de eficácia, não de validade.

Outro ponto comumente explorado na defesa das teorias voluntaristas, especialmente quanto à teoria (a) diz respeito à dação em pagamento. Costuma-se dizer que na dação em pagamento há um acordo de vontade entre as partes, que compactuam pela substituição da prestação inicialmente acordada por outra, caracterizando verdadeiro negócio jurídico. Esta afirmação é correta, mas não atenta para um fator relevante. De fato, há neste momento do acordo entre os sujeitos a realização de um negócio jurídico.

Tal acordo, entretanto, não é o pagamento em si, mas sim um momento anterior à realização do mesmo. Apenas após a realização deste acordo com a substituição da antiga prestação pela

nova, é que se dá, com esta última, o momento do pagamento. E neste, mais uma vez, não nos parece que a vontade componha o suporte fático.

De igual modo quando o conteúdo da prestação a ser paga consista na realização de um negócio posterior. Como diz Larenz, “dicho negocio jurídico es parte de la actuación del deudor para cumplir la prestación y no un especial contrato de cumplimiento tendente a ella”²²⁵. É o caso, por exemplo, do pré-contrato através do qual o sujeito se obriga a firmar contrato posterior. Se ele firma o contrato prometido e o contrato é nulo, a nulidade não se dá no pagamento da obrigação prestação fixada no pré-contrato. Esta será, ao contrário, considerada ineficaz, já que não alcançou o seu efeito, qual seja o da elaboração do contrato.

Como aponta Pontes de Miranda, “pode ser nulo, ou anulável, o negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu*, ‘com que’ se adimple, não o adimplemento, que é ato-fato jurídico: ou houve, ou não houve; ou surte efeitos, ou não surte”²²⁶.

Acreditamos, diante da exposição realizada, termos deixado claro a razão pela qual não se pode considerar que a vontade componha o suporte fático do pagamento, o que afasta a possibilidade da sua natureza jurídica ser aquela de qualquer das teorias voluntaristas.

Por sua vez, dentre as não voluntaristas, a teoria (e), que o trata como um fato jurídico *stricto sensu*, nos parece carente de sentido. O fato jurídico *stricto sensu* é aquele que “na composição do seu suporte fático, entram apenas fatos da natureza, independentes de ato humano como dado essencial”²²⁷. O pagamento é situação que envolve necessariamente a conduta humana, vez que realizado por um sujeito ao outro, não podendo assim ser caracterizado como fato jurídico *stricto sensu*.

Restam-nos, portanto, duas teorias a analisar, quais sejam aquelas que classificam o pagamento como ato-fato (d) e como ato devido (f).

²²⁵ LARENZ, Derecho de obligaciones, p. 411.

²²⁶ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 82.

²²⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 131.

Embora possamos, sob uma determinada ótica, afirmar que quem realiza o pagamento pratica um ato devido²²⁸, não consideramos que devamos adotar tal teoria no direito pátrio. Como afirma Jorge Cesa Ferreira da Silva,

aquele que cumpre um dever decorrente do casamento pratica um ato devido, da mesma forma que o faz quem paga, mas são rigorosamente distintos os deveres decorrentes do direito pessoal de família e o dever de pagar. Para o direito brasileiro, essa teoria é capaz de bem descrever o pagamento, mas insuficiente para dizer o que ele realmente é²²⁹.

Ficamos, assim, com a teoria que atribui ao pagamento a natureza jurídica de ato-fato, por nos parecer a mais conforme à situação que aquele envolve. O pagamento é, antes de tudo, um fato cuja realização depende da verificação da sua existência e produção dos efeitos por ele pretendidos.

Diversas circunstâncias, como demonstrado, indicam no sentido de ser o pagamento ato-fato. Não há qualquer ganho, seja teórico, seja prático, em considerar a vontade como componente do seu suporte fático.

A proteção dos sujeitos envolvidos, que poderia ser propiciada através da decretação da sua invalidade, se mostra contraproducente – vez que seria necessário a realização de novo pagamento – ou descipienda – vez que eventuais necessidades indenizatórias podem igualmente ser supridas por outras vias.

Ademais, a exigência do plano da validade não dá conta de explicar a eficácia de diversas situações de pagamento em que os requisitos daquele plano não se encontram presentes.

Por tais razões é que consideramos que a natureza jurídica do pagamento é de ato-fato jurídico.

²²⁸ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**: tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 411. O autor, aderindo à teoria da execução real da prestação, considera o pagamento como sendo um ato real de extinção

²²⁹ SILVA, op. cit., p. 53-54.

3.7 PRINCÍPIOS E PAGAMENTO

O Código Civil de 2002, conforme projetado por Miguel Reale e ressaltado no primeiro capítulo deste trabalho, encontra-se atrelado a uma matriz principiológica, valorativa, de um modo muito mais forte do que o seu antecessor de 1916.

Alguns destes princípios são especialmente relevantes para o momento do adimplemento das obrigações. Por um lado temos o princípio da pontualidade²³⁰ que, conforme exporemos, diz respeito à própria necessidade do cumprimento do programa obrigacional. É ele que traz em si o valor da exigibilidade do que é devido, podendo, numa certa acepção ser enxergado como uma derivação do *suum cuique tribuere*, já que o devedor deve prestar ao credor exatamente o que deve, nem mais, nem menos.

Tal princípio, entretanto, pode ter sua eficácia relativizada diante do caso concreto para o atendimento de outros princípios, como é o caso da boa-fé objetiva e da função social. Ambos podem trazer à tona ou acrescentar deveres que não se encontravam previstos de modo expreso no programa obrigacional afetando a idéia da pontualidade. Estas manifestações interferem sobremaneira no conceito clássico de obrigação apresentado, trazendo à relação obrigacional novos matizes de direitos e deveres surgidos ao longo do seu processo de desenvolvimento.

Feitas estas considerações iniciais procederemos à análise dos princípios. Iniciaremos pela boa-fé objetiva e função social para apenas depois tratar da pontualidade a fim de podermos analisá-la já levando em consideração a interferência dos dois princípios anteriormente mencionados.

3.7.1. Boa-fé objetiva

Enquanto a boa-fé subjetiva trata da análise da intencionalidade do sujeito, a boa-fé objetiva realiza-se de outra maneira. A boa-fé objetiva está ligada a padrões ideais de conduta, ao agir probo e corretamente, em suma, a que as coisas sejam analisadas a partir de uma ótica de

²³⁰ Pertinente a dúvida se a pontualidade pode ser apontada como um princípio ou, ao revés, como uma regra, orientada pelo princípio da obrigatoriedade das obrigações, da força vinculante dos contratos. Ressalva à parte, realizaremos abordagem considerando que ele próprio seja um princípio, seguindo a orientação doutrinária que citaremos oportunamente.

como deveriam ser caso todos os envolvidos na relação estejam a agir de modo correto. No dizer de Larenz, o princípio da boa-fé

significa que cada uno deve guardar 'fidelidad' a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que ésta forma la base indispensable de todas las relaciones humanas; supone el conducirse como cabía esperar de cuantos con pensamiento intrvienen en el tráfico como contratantes o participando en el en virtud de otros vínculos jurídicos²³¹.

Embora tenha sido positivada apenas no Código de 2002, como manifestação do princípio da eticidade, sua aplicação pelos Tribunais nacionais já vem de anos antes, como podemos notar por julgados do STJ, que tiveram como relator o então Ministro Ruy Rosado de Aguiar, tal como:

RESPONSABILIADE CIVIL. Estacionamento. Relação contratual de fato. Dever de proteção derivado de boa fé. Furto de veículo.

O estabelecimento bancário que põe à disposição dos seus clientes uma área para estacionamento dos veículos assume o dever, derivado do princípio da boa fé objetiva, de proteger os bens e a pessoa do usuário. O vínculo tem sua fonte na relação contratual de fato assim estabelecida que serve de fundamento à responsabilidade civil pelo dano decorrente do descumprimento do dever²³².

Na ementa acima transcrita, anterior ao atual Código, podemos ver a boa-fé objetiva atuando para trazer à tona dever de responsabilidade por parte do banco que forneceu estacionamento ao cliente, a despeito de haver uma previsão contratual expressa de tal dever. Estaria aí a boa-fé objetiva na sua função de cânone hermenêutico-integrativo. Nesta função atuaria suprindo lacunas surgidas por conta de situações e fenômenos jurídicos imprevisos nas relações obrigacionais, especialmente naquelas de natureza contratual²³³.

Tamanha é a importância do princípio da boa-fé para o campo do direito obrigacional, que se chega mesmo a discutir se seria ele apenas mais um princípio, ou um princípio supremo ao qual estariam subordinadas todas as outras normas que tratam do tema. No que pese a

²³¹ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**: tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 142.

²³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de instrumento n.47.901-3. Agravante: Banco Itaú S/A. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 12 de setembro de 1994. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 10 nov. 2009.

²³³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 427-428.

indicação de Larenz da inclinação da jurisprudência alemã no segundo sentido, nossa opção é por não criar em abstrato uma hierarquia entre os princípios²³⁴.

Afirma Judith Martins-Costa que a boa-fé objetiva além da função de cânone hermenêutico-integrativo, pode atuar ainda como norma de criação de deveres jurídicos e norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos²³⁵. Enquanto na função de criação de deveres jurídicos a boa-fé atuaria regulando principalmente os chamados deveres instrumentais ou acessórios de conduta, tais quais os deveres de cuidado, previdência e segurança, de aviso e esclarecimento, de informação, de colaboração e cooperação, dentre outros. Todos estes deveres não se encontram inclusos na prestação principal, mas é essencial que sejam cumpridos, tanto pelo credor como pelo devedor, para que seja o objetivo dela alcançado de modo pleno²³⁶.

Já como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos atuaria a boa-fé de modo a coibir o abuso de direito²³⁷. A doutrina do abuso de direito encontra suas raízes históricas em institutos como a *aemulatio*, a *exceptio doli* e a regulação das relações de vizinhança. Destas, a mais apontada é comumente a *aemulatio*, ou atos emulativos, definido como “o exercício de um direito, sem utilidade própria, com a intenção de prejudicar outrem”²³⁸.

Diversas são as situações de abuso de direito enumeradas pela doutrina. Dentre elas, a mais comumente abordada é o *venire contra factum proprium*, em que o sujeito, abusando da confiança alheia, age de modo contraditório a comportamento seu anterior. Temos então a proteção da confiança, tutelada pela boa-fé objetiva, obstando que o sujeito possa contradizer seu próprio comportamento após ter produzido em outra pessoa uma determinada expectativa. Há aqui, portanto, a presença de dois comportamentos; um anterior, o *factum proprium*, é contrariado pelo seguinte, que vai contra a primeira conduta²³⁹.

²³⁴ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**: tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 146.

²³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 428.

²³⁶ *Ibidem*, p. 438-439.

²³⁷ *Ibidem*, p. 457-458.

²³⁸ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 673.

²³⁹ *Ibidem*, p. 743.

A proibição do *venire contra factum proprio* obriga a uma existência de coerência nas condutas dos indivíduos, impedindo que um sujeito tenha uma conduta que seja contrária àquela que antes vinha apresentando, o que geraria uma indevida quebra na confiança da relação obrigacional e na expectativa justamente criada pelo outro sujeito envolvido²⁴⁰. A existência do *nemo potest venire contra factum proprio* encontra seu fundamento, portanto, nestes dois elementos, a saber, o comportamento contraditório e a indevida quebra na confiança gerada por tal comportamento²⁴¹.

Para Judith Martins-Costa a proibição do *venire contra factum proprio* se insere na teoria dos atos próprios

segundo a qual se entende que a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé, ou quando o exercício posterior se choque com a lei, os bons costumes e a boa-fé²⁴².

Outros efeitos do abuso de direito envolvem a dualidade *supressio* e *surrectio*. Na *supressio* há a inadmissibilidade do exercício de um direito que por conta da inação ou retardamento do seu uso, fez surgir para outra pessoa uma expectativa. Tal expectativa, fundada na boa-fé, gera a impossibilidade deste posterior exercício do direito pelo titular²⁴³.

Embora ambos efeitos sejam fundados na boa-fé diferenciam-se a proibição do *venire contra factum proprio* e a *supressio*, vez que enquanto naquele há uma conduta comissiva, sendo o sujeito impedido de agir de modo contraditório a comportamento anterior, nesta encontramos uma reiterada conduta omissiva que impede o exercício de um direito.

Também para a aplicação da *supressio* precisamos da presença de dois fatores, quais sejam a ausência do exercício do direito por um determinado período de tempo e a expectativa criada a partir de indícios objetivos de que não mais haverá o uso deste direito²⁴⁴.

²⁴⁰ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**: tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 151.

²⁴¹ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 756.

²⁴² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 460.

²⁴³ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 797.

²⁴⁴ Ibidem, p. 810-811.

Não há, entretanto, como determinar de antemão qual é o tempo de não exercício necessário para a sua aplicação, o que depende diretamente da análise do caso concreto²⁴⁵. O não exercício de um direito no momento do pagamento de duas dentre três parcelas exigíveis pode parecer suficiente para a aplicação do instituto, mas o não pagamento da mesma quantidade de parcelas dentro de um total de trinta e seis exigíveis certamente não o pareceria.

Encontramos em nossos Tribunais referências à *supressio* e à *surrectio* mesmo em relação a contratos pactuados anteriormente ao Código Civil de 2002, por considerarem os julgadores que ela integra a boa-fé objetiva, princípio já tido como implícito no ordenamento desde o diploma anterior²⁴⁶.

Quanto aos indícios objetivos podemos apontar como fator a ser considerado a verdadeira inação do titular do direito. O fato de um credor não exigir o pagamento no vencimento, concedendo maior prazo ao seu devedor, mas mantendo atitudes relacionadas à cobrança com a interpelação após vencimento do novo prazo, por exemplo, mostra uma situação que não fornece os elementos objetivos necessários para a aplicação da *supressio*.

Já a *surrectio* seria a outra face da *supressio*, correspondendo ao surgimento e tutela de um direito para outro sujeito em função do comportamento daquele que não exerceu o seu direito. Os mesmos requisitos exigidos para a aplicação da *supressio* o são para a *surrectio*, com a diferença de que enquanto lá eles retiram um direito, aqui o criam.

Não há necessariamente uma ordem de ocorrência entre ambas as situações, podendo em verdade ser a *surrectio* vista como primitiva à *supressio*, realizando-se assim uma construção em que o surgimento do direito para um sujeito por conta da inação e comportamento objetivo de outro, gera para o último dos sujeitos a perda do direito²⁴⁷.

²⁴⁵ Ibidem, p. 810.

²⁴⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (16ª Câmara de Direito Privado). Apelação n. 1.170.013-1, de Diadema. Apelante: Auto Posto Diadema Ltda. e outros. Apelado: Mercoil Distribuidora de Petróleo Ltda. Relator vencido: Windor Santos. Relator designado: Candido Alem. São Paulo, 03 de julho de 2007. Disponível em <www.tjsp.jus.br>. Acesso em 10 nov. 2009. Após abordar aspectos doutrinários envolvendo a *supressio* e a *surrectio*, utilizou o tribunal da seguinte fundamentação: “Verificando eventual descumprimento do contrato pelos apelantes, deveria a distribuidora de combustíveis acioná-los imediatamente, não os fazendo acreditar em perdão, desinteresse, não cobrança, não esperando, mesmo, o agravamento da situação econômica deles, impedindo-os de reagir, já no meio de uma dificuldade ou crise econômica, ante o montante exagerado do aludido débito, pois segundo o art. 422, os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

²⁴⁷ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 823.

Também dentro do abuso de direito temos a chamada *tu quoque*, cristalizada pelos tribunais anglo-saxões através da máxima *equity must come in clean hands*. Ocorre quando o sujeito, após ter violado uma norma jurídica, pretende exigir de outrem uma conduta posterior adequada a esta norma, contradizendo o seu próprio agir²⁴⁸.

Exemplo de tal situação é o condômino num prédio de apartamentos que viola o dever de sossego e depois pretende exigir o respeito a tal dever por parte do seu vizinho. De igual modo a situação daquele sujeito que, já anteriormente em mora, requer a rescisão do contrato por violação posterior do outro sujeito.

A chamada *exceptio doli* pode ser descrita como “o poder que uma pessoa tem de repelir a pretensão do autor, por este ter incorrido em dolo”²⁴⁹. Tal instituto, entretanto, não logrou êxito em ser recepcionada nos Códigos modernos por conta de sua excessiva fluidez, apresentando um tipo muito extenso e de parca compreensão²⁵⁰.

A inalegabilidade de nulidades formais, por sua vez, trata da proteção da situação fática em detrimento de requisitos de forma, especialmente quando alegado por uma das partes que tenha induzido a outra à nulidade²⁵¹. É por exemplo o caso previsto no art. 180 do nosso Código Civil, de um menor que, tendo ocultado sua idade quando da realização de um negócio jurídico, depois pretende anular o negócio com base na sua própria incapacidade relativa, embora tal exemplo não esgote as possibilidades de aplicação do referido instituto, como podemos notar em decisões dos nossos Tribunais ao aplicá-lo, ainda que se referindo ao *venire contra factum próprio*:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. LOCAÇÃO. IMÓVEL LOCADO PELO NU-PROPRIETÁRIO. BOA-FÉ OBJETIVA. LEGITIMIDADE DO LOCADOR PARA EXECUTAR OS ALUGUÉIS EM ATRASO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Na espécie, não se aplicam os Enunciados 5 e 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, porquanto a decisão agravada, ao decidir a matéria, não interpretou cláusula contratual nem reexaminou o quadro fático dos autos, pois cingiu-se a analisar a legitimidade do nu-proprietário para executar débitos relativos a contrato de locação de imóvel objeto de usufruto.

²⁴⁸ Ibidem, p. 836.

²⁴⁹ Ibidem, p. 720.

²⁵⁰ Ibidem, p. 741.

²⁵¹ Ibidem, p. 772.

2. Uma das funções da boa-fé objetiva é impedir que o contratante adote comportamento que contrarie o conteúdo de manifestação anterior, cuja seriedade o outro pactuante confiou.

3. Celebrado contrato de locação de imóvel objeto de usufruto, fere a boa-fé objetiva a atitude da locatária que, após exercer a posse direta do imóvel por mais de dois anos, alega que o locador, por ser o nú-proprietário do bem, não detém legitimidade para promover a execução dos aluguéis não adimplidos.

4. Agravo regimental improvido²⁵².

Temos, por fim, o desequilíbrio no exercício jurídico que se subdivide em três situações diferentes. A primeira é a do exercício inútil danoso que se dá quando o sujeito atua no âmbito da previsão normativa do direito, não para ter um proveito, mas para gerar dano a outrem²⁵³.

Em verdade tal figura teve seu surgimento em momento embrionário da construção do abuso de direito, relacionada principalmente com o uso indevido da propriedade. Encaixavam-se em tal figura situações tais quais a realizações de construções numa determinada propriedade com o único intuito de prejudicar a propriedade vizinha, situação que hoje seria muito difícil de ser encontrada na prática, dada as mudanças sócio-econômicas que impelem a uma crescente escassez de recursos, especialmente em se tratando do uso do solo. Assim, a situação do exercício inútil danoso figura hoje muito mais como uma hipótese acadêmica do que como um instituto de aplicação na vida prática²⁵⁴.

A segunda, do *dolo agit qui petit quod statim reddituris est*, ocorre quando o sujeito exige coisa que terá que restituir com o intuito de causar dano. Também não tem grande aplicabilidade tal instituto, pois que seu conteúdo acaba sendo abarcado por outros, como o da inalegabilidade das nulidades formais. Seria o caso, por exemplo, de um sujeito que induz outro a realizar uma compra e venda nula e depois pretende alegar esta mesma nulidade para reaver a coisa que foi entregue. O vendedor, em verdade, teria que depois devolver a coisa ao comprador – ou indenizá-lo caso não fosse do vendedor a coisa, por exemplo – de modo que a devolução da coisa ao pretense vendedor traria apenas prejuízo ao comprador²⁵⁵.

²⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de instrumento n.610.607. Agravante: José Nilton de Melo e outro. Agravado: Imobiliária Modelo Ltda. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 25 de junho de 2009. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 10 nov. 2009.

²⁵³ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 853.

²⁵⁴ Ibidem, p. 854.

²⁵⁵ Ibidem, p. 856.

E, por fim, a terceira que é a da desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular do direito e o sacrifício imposto pelo exercício do dever a outrem, que é, das três situações de desequilíbrio no exercício jurídico a de maior utilidade nos dias de hoje²⁵⁶.

Este instituto regula situações em que mediante uma pequena falta de um sujeito o outro faz desencadear contra aquele poderes-sanção extremamente danosos e desproporcionais à falta cometida²⁵⁷. De tal instituto deriva-se, por exemplo, a questão do adimplemento substancial, do qual trataremos mais pormenorizadamente ao abordar a pontualidade.

Conforme acabamos de apresentar, diversas são as situações em que atua o princípio da boa-fé nas relações jurídicas obrigacionais. Ponto em comum é que sua atuação se dá sempre como modo de correção de situações indevidas, de busca da lisura da obrigação em questão, configurando-se não como uma interferência indevida na autonomia das partes, mas sim como um meio de alcançar equilíbrio e justiça nas relações obrigacionais.

3.7.2 Função social

Deve também a obrigação, bem como o seu adimplemento, se guiar pelo princípio da função social, que nada mais é do que a realização da socialidade, princípio norteador do Código Civil de 2002, já citado no primeiro capítulo.

A função social dos mais diversos institutos jurídicos encontra-se expressamente prevista em diversos dos textos legais do nosso ordenamento. Assim a função social da propriedade, prevista na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso XXIII, bem como a função social do contrato, prevista no art. 421, do Código Civil de 2002.

Embora não haja uma previsão expressa quanto à função social das obrigações, mas tão somente às obrigações contratuais como acima indicamos, não vemos nenhum impedimento para considerar que ele esteja implicitamente previsto²⁵⁸. Ademais a atividade econômica conforme regulada pela nossa Constituição Federal, no *caput* do art. 170, determina, dentre

²⁵⁶ Ibidem, p. 857.

²⁵⁷ Ibidem, p. 857-858.

²⁵⁸ NORONHA, op. cit., p. 27.

outras coisas, que a ordem econômica “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Teria, portanto, toda atividade econômica que assegurar a dignidade da pessoa humana²⁵⁹ e a justiça social. A isso se some ainda a necessidade da realização do princípio do solidarismo, consagrado como objetivo fundamental da nossa República, no art 3º, I, e temos como mais do que fundamentada a aplicação da função social a toda a atividade econômica, da qual o direito obrigacional é, sem dúvidas, uma forte manifestação.

Ainda no art.170 da Constituição Federal, mais precisamente no seu inciso III, encontramos regulada a função social da propriedade, que também funciona como base para a função social da obrigação. É que enquanto a função social da propriedade regula as relações jurídicas que envolvem os bens patrimoniais no seu aspecto estático, a função social da obrigação trata das mesmas relações no seu aspecto dinâmico.

A relação obrigacional, a despeito de visar à satisfação de um interesse do credor, deve ter em conta que acima deste se encontra o interesse geral, o bem comum e isto é aplicável, como acabamos de demonstrar, a todas as obrigações e não apenas àquelas de origem negocial. Tanto é assim que “o exercício de um direito contrário ao interesse geral é antijurídico e caracteriza o chamado *abuso de direito*”²⁶⁰, do qual tratamos no tópico anterior, aplicável não somente em sede negocial.

A função social envolve a idéia de que as relações jurídicas devem alcançar a finalidade para a qual foram criadas; ademais, afasta a função social o aspecto individualista-egoístico, para analisar as relações jurídicas não apenas quanto ao interesse daqueles que delas são partes, mas também no seu papel “de satisfação dos propósitos e valores que o sistema escolheu e protege, no interesse de todos, no interesse comum”²⁶¹.

Assim é que Bruno Miragem, ao tratar da função social do contrato, afirma que esta serve “como instrumento de realização de determinadas finalidades econômicas (eficiência do

²⁵⁹ Que é também fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, conforme o art.1º, *caput*, da Constituição Federal.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 26.

²⁶¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 122.

mercado, no direito da concorrência, por exemplo), ou ético-sociais (caso da proteção do consumidor vulnerável nas situações de catividade contratual)²⁶².

As características apontadas são não apenas úteis, mas também desejáveis para a análise da relação obrigacional, de modo se pode falar numa função social da obrigação. A função social regula não apenas a liberdade contratual, mas também toda e qualquer obrigação, já que estas devem tutelar um interesse legítimo do credor, ou seja, que seja sério e útil²⁶³.

Apesar da aplicação da função social à obrigação independentemente da sua origem, é certamente nas negociais que o princípio ganha maior importância, já que é nestas que o conteúdo das obrigações será mais livremente pactuado pelas partes. Nas obrigações derivadas de responsabilidade civil e enriquecimento sem causa a função social atua somente no sentido de indicar quais danos são reparáveis e quais valores devem ser restituídos, respectivamente²⁶⁴.

Trabalhar com a ideia de função social da obrigação envolve, necessariamente, trabalhar com a ideia da sua finalidade. Podemos afirmar que a obrigação desempenha sua função social quando realiza a transmissão de riquezas de um modo adequado, não lesivo aos sujeitos envolvidos, atuando assim como uma manifestação da função social da propriedade²⁶⁵. Não se busca tutelar apenas os sujeitos envolvidos, mas sim que estes direitos sejam exercidos na busca de resultados que sejam globalmente justos e, portanto, tutelados pelo direito²⁶⁶.

Observe-se, porém, que a criação de uma obrigação dá-se, como já destacamos, com o objetivo de que seja esta adimplida. Desta feita, a própria realização da função social da obrigação se encontra relacionada com o adimplemento. Somente atinge o seu programa de forma máxima a obrigação que foi adimplida, gerando assim a satisfação do credor, que recebe o que lhe é devido, e a liberação do devedor daquele vínculo, restabelecendo aquela sua parcela da liberdade.

²⁶² MIRAGEM, Bruno. p. 191. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord). **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 177.

²⁶³ NORONHA, op. cit., p. 28.

²⁶⁴ Ibidem, p. 29-30.

²⁶⁵ GODOY, op. cit., p. 132.

²⁶⁶ SANTOS, E. op. cit., p. 30.

A prestação devida é também elemento para análise do atendimento da função social da obrigação. É que atua a função social como um limite interno e positivo ao direito subjetivo. Nas palavras de Rosenvald e Farias, “interno, pois ingressa na própria estrutura do direito subjetivo, concedendo-lhe dinamismo e finalidade; positivo, pois a função social não objetiva inibir o exercício do direito subjetivo. Pelo contrário, procura valorizar e legitimar a atuação do indivíduo”²⁶⁷.

Por tal observação afasta-se a idéia da função social como um sufocamento do individual frente ao coletivo, mas tão somente como a proteção dos interesses sociais relevantes destes mesmos indivíduos.

Podemos, como exemplo, citar uma decisão da Ministra Nancy Andrighi sobre o tema. Dois casais possuíam imóveis financiados pelo SFH. Resolveram estes casais realizar a permuta dos imóveis, o que melhor atenderia às necessidades e possibilidades dos envolvidos naquele momento. Buscando fugir da burocracia e gastos que envolveriam realizar esta permuta com anuência da financiadora, realizaram os casais contrato de gaveta e efetuaram a pretendida permuta, passando cada um a habitar e honrar com as despesas do seu novo imóvel. Ocorre que, ainda no curso do pagamento das parcelas financiadas, o marido, integrante do casal ao qual por praticidade nos referiremos como casal X, faleceu, gerando assim sinistro que levou à incidência do contrato de seguro obrigatório, quitando o imóvel que perante a seguradora pertencia ainda ao casal X, mas que em verdade agora se encontrava na posse do casal Y. Tal evento não havia sido previsto nem regulado de qualquer forma pelos contratantes.

Diante da negativa do casal Y em lhes retransmitir o valor ganho com a quitação do imóvel pelo seguro, a viúva e o filho do falecido ingressaram então com ação para que tal valor fosse revertido para a quitação do imóvel agora ocupado pela viúva do casal X. Já em sede de recurso especial impetrado pela viúva e seu filho, este foi julgado procedente, levando em conta a *finalidade* do contrato de seguro em questão e o modo como melhor atenderia, portanto, à sua função social:

Esse dispositivo legal desempenha, em verdade, dupla finalidade: afiançar a

²⁶⁷ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 30.

instituição financeira contra o inadimplemento dos dependentes do mutuário falecido e, sobretudo, garantir a estes a aquisição do imóvel.

De fato, considerando que, na maioria das vezes, o mutuário é o principal – quando não o único – responsável pelo pagamento das prestações do financiamento, o seguro de vida se mostra fundamental para, na falta daquele, certificar o cumprimento do contrato e assegurar aos familiares do de cujus a propriedade sobre o imóvel.

Em suma, o seguro de vida obrigatório visa a garantir que os contratos de financiamento habitacional cumpram integralmente sua função social²⁶⁸.

A função social, entretanto, não atua produzindo efeitos somente entre os sujeitos que são partes na obrigação. Como já dissemos antes, a funcionalização da obrigação faz com que deva ela ser instrumento útil à consecução do programa constitucional de solidariedade e dignidade da pessoa humana, de modo que a discussão sobre função social leva necessariamente também à análise dos efeitos que as obrigações podem gerar para os terceiros, ou seja, aqueles que não são partes na obrigação. Tal aspecto constitui-se uma modificação sobretudo do princípio da relatividade contratual, que diz que os contratos geram efeitos somente interpartes.

Podemos estudar a função social atuando na relação obrigacional para além das partes nela envolvidas basicamente sob duas perspectivas. Numa delas o terceiro é vítima, prejudicado por uma relação obrigacional da qual ele não participou. Na outra, inversamente, ele é ofensor que gera prejuízo ao cumprimento de uma obrigação da qual também ele não participa²⁶⁹.

A primeira situação, do terceiro vítima, é encontrado no campo da responsabilidade contratual e, por que não, também da responsabilidade civil geral. É o caso, por exemplo, do consumidor que, nos termos do CDC, tem direito a ingressar com ação diretamente contra o produtor do bem defeituoso, com o qual nunca manteve qualquer relação obrigacional²⁷⁰.

Já a segunda situação, do terceiro ofensor, pode ser visualizada, por exemplo, no descumprimento de contratos de exclusividade de fornecimento. Neste tipo de contrato um sujeito se obriga não somente a comprar produtos de um outro, como também a não comprá-los de mais ninguém. Se um terceiro, ciente da obrigação anteriormente firmada pelos

²⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.811.670-MG. Recorrente: Wânia de Souza Pessoa e outros. Recorrido: Paulo José de Oliveira e outro. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 16 de novembro de 2006. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 10 nov. 2009.

²⁶⁹ NEGREIROS, op. cit., p. 229.

²⁷⁰ Ibidem, p. 234.

sujeitos, realiza venda dos produtos para aquele que havia se obrigado a se submeter à exclusividade, poderíamos dizer que a obrigação por estes firmadas vai contra a função social.²⁷¹ Aponta a doutrina que tal ofensa ocorreria por estarem os contratantes da segunda obrigação agindo em abuso de direito, lesando o credor da primeira obrigação, não atendendo assim a criação da segunda obrigação a uma função social²⁷², embora não seja essa opinião unânime na doutrina²⁷³.

3.7.3 Pontualidade

O adimplemento, seja no sentido lato, seja no sentido restrito, tem como principais efeitos gerar a satisfação objetiva do credor e a conseqüente liberação do devedor em relação àquele vínculo que foi criado entre as partes.

Pode-se afirmar que houve a satisfação objetiva do credor quando se deu um cumprimento pontual da obrigação devida. A idéia de pontualidade aqui ultrapassa o sentido comum da palavra, significando o cumprimento de todos os pontos acordados, ou seja, houve cumprimento pontual quando foram atendidos de modo objetivo todos os requisitos da obrigação, o que inclui não apenas o objeto, como também tempo, modo e local da prestação avençada,²⁷⁴ com observância ainda de todos os deveres laterais ou anexos²⁷⁵.

Uma vez alcançada a satisfação objetiva do credor, a liberação do devedor é conseqüência direta e imediata, já que, tendo este realizado aquilo a que se havia obrigado, passa então a estar liberado do vínculo obrigacional que antes o compelia.

A palavra *objetiva* tem, nesse contexto, o sentido de que a satisfação do credor deve estar ligada a uma análise de cumprimento dos requisitos acima apontados vinculada “ao momento específico da constituição do vínculo e conforme elementos igualmente objetivos, que

²⁷¹ Ibidem, p. 242.

²⁷² Ibidem, p. 247.

²⁷³ Ibidem, p. 251.

²⁷⁴ SILVA, op. cit., p. 44. Embora aponte que a satisfação objetiva do credor pode se dar independentemente do adimplemento, quando, por exemplo, um paciente que havia contratado a realização de uma cirurgia ficou curado antes da realização da mesma (p. 46-47).

²⁷⁵ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 228-229; SILVA, op. cit., p. 42.

compuseram a prestação devida²⁷⁶. Não se vincula, por conseguinte, a nenhuma aferição da sua satisfação partindo de uma análise de ordem subjetiva, pessoal, psicológica.

Diversas conseqüências podem ser extraídas da necessidade de pontualidade no pagamento²⁷⁷, muitas delas plasmadas em regras no nosso Código Civil. É por conta da pontualidade que temos, por exemplo, o art. 313 do Código Civil, que determina que “o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa”.

Também da idéia da pontualidade deriva a regra da indivisibilidade do pagamento, já que, salvo convenção em contrário, deve a prestação, ainda que divisível, ser cumprida por inteiro, conforme determina o art. 314 do Código Civil.

Igualmente por conta da pontualidade é que o devedor “não pode exigir redução da prestação estipulada, com fundamento na precária situação económica em que o cumprimento o deixaria²⁷⁸. Ressalvadas as limitações dos bens de família e demais bens impenhoráveis, deve o devedor responder com todos os seus bens para o cumprimento da obrigação que firmou. Condições relacionadas somente com a figura do devedor não são suficientes para afastar a pontualidade.

A pontualidade, conforme a abordamos, bem como levando em conta as considerações sobre o tema tecidas neste trabalho, se enquadra como sendo um princípio. Desta feita é que, a despeito da sua importância para o pagamento, não pode ser tomada como uma norma de caráter absoluto, necessitando ser pesada com outros princípios diante do caso concreto.

É com base em tal consideração que encontramos teorias como a do adimplemento substancial, ou inadimplemento de escassa importância, que relativiza o princípio da pontualidade mediante ponderação especialmente com a boa-fé objetiva e a função sócio-econômica da obrigação. Já Larenz destacava que, como reflexo da boa-fé objetiva, não é dado ao credor rejeitar uma prestação em sua totalidade por conta da falta de uma pequena parcela em relação ao todo, em não havendo um interesse que justifique tal conduta²⁷⁹.

²⁷⁶ SILVA, op. cit., p. 44.

²⁷⁷ ANTUNES VARELA, op. cit., p. 15.

²⁷⁸ ANTUNES VARELA, ibidem, p. 15.

²⁷⁹ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**: tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 150.

Em similar linha de raciocínio Eduardo Luiz Bussata, em obra específica sobre o tema no campo contratual, afirma que

a teoria do adimplemento substancial corresponde a uma limitação ao direito formativo do contratante não inadimplente à resolução, limite este que se oferece quando o incumprimento é de somenos gravidade, não chegando a retirar a utilidade e a função da contratação²⁸⁰.

Em que pese a teoria do adimplemento substancial ser comumente trabalhada no âmbito contratual, como limitação ao poder de resolução do contrato por parte do credor que não foi inadimplente, nos parece que tal teoria é aplicável não somente às obrigações de origem contratual, mas também às surgidas de outras fontes.

Afinal o que sustenta tal teoria é que não é facultado ao credor impingir ao devedor conseqüências desproporcionais, desarrazoadas, por conta do inadimplemento em situações em que o devedor adimpliu de modo substancial a prestação devida, alcançando a finalidade geneticamente prevista na obrigação. Tal pensamento faz sentido não somente no campo do direito contratual, mas acerca de toda e qualquer obrigação.

A conseqüência do inadimplemento deve ser proporcional à sua qualidade e quantidade. É, aliás, esta a lógica que instrui o art. 413 do Código Civil quando determina a redução proporcional do montante da cláusula penal a ser aplicada, caso a obrigação principal tenha sido cumprida em parte.

Não dizemos com isso que o devedor impontual deixe de ter que arcar com o ponto em que foi impontual. Deverá ele retificar esta impontualidade, seja cumprindo com o que deixou de cumprir, seja indenizando o credor por conta de eventuais prejuízos que essa impontualidade o tenha causado. Entretanto, não se podem aplicar ao devedor todas as conseqüências do inadimplemento quando houve adimplemento substancial, posto que isto seria uma medida desproporcional.

É o caso, exemplificativamente, de uma financeira que pretende busca e apreensão de veículo, por conta do sujeito devedor não ter pago a última parcela do financiamento. Em que pese a

²⁸⁰ BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 87.

existência do débito, seria desproporcional a busca e apreensão do veículo, considerando que, no mais, o adimplemento foi realizado. Permissão judicial em sentido contrário seria atender à literalidade do contrato, sem qualquer observação do princípio da boa-fé. Tal entendimento, ainda que outrora mais timidamente, vem sendo adotado pelos Tribunais já anteriormente ao Código Civil de 2002, o que demonstra que a presença dos princípios no sistema independe da sua positivação²⁸¹.

3.8 TRAÇANDO LIMITES: ADIMPLEMENTO E INADIMPLEMENTO

Do ponto de vista conceitual adimplemento e inadimplemento são dois conceitos facilmente distinguíveis, antagônicos até, pode-se dizer. Entretanto, diante das situações práticas, podem surgir dúvidas quanto a ainda ser possível a realização do adimplemento, ou já estar concretizada, de modo irremovível, a situação de inadimplemento.

Como se sabe, existe o inadimplemento absoluto, que se caracteriza pela impossibilidade ou falta de interesse da prestação para o credor, e o inadimplemento relativo ou mora, em que pode ainda vir a ocorrer o pagamento fora do lugar, tempo ou forma estipulados.

No caso do inadimplemento relativo ainda é possível que a prestação seja cumprida. É este inclusive um dos requisitos para a purgação da mora, dando assim fim ao inadimplemento, com o cumprimento ainda que impontual da obrigação.

Nas situações de inadimplemento absoluto o cumprimento não é mais possível e, conforme colocado, isto pode se dar por dois motivos. Um diz respeito à impossibilidade do cumprimento da prestação. Falamos aqui numa impossibilidade fática, como aquela que ocorre, por exemplo, quando numa obrigação de dar coisa certa a coisa a ser entregue foi culposamente destruída. Nestas circunstâncias não mais será possível o adimplemento, devendo a obrigação se resolver por perdas e danos.

O outro motivo pelo qual pode ocorrer o inadimplemento absoluto é vinculado à ausência de interesse da prestação para o credor. Interesse este que deve ser entendido como utilidade da

²⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 272.739-MG. Recorrente: Excel Crédito Financiamento e Investimento S/A. Recorrido: Ailton de Souza Rocha. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 01 de março de 2001. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 12 out. 2009.

prestação. Temos aqui então uma situação que, não fosse a inutilidade da prestação para o credor, estaria caracterizada a mora e não o inadimplemento absoluto. É, portanto, a utilidade ou interesse o critério diferenciador para nesta situação determinar se ocorreu inadimplemento absoluto ou relativo. Isto, por outro lado, tem uma implicação bastante interessante, já que se o interesse ou a utilidade da prestação é o critério para determinar se nos encontramos diante de uma situação de inadimplemento absoluto ou relativo, é também por conseguinte o critério para indicar até quando o adimplemento ainda é possível. Sob este ângulo de análise ganha ainda mais relevância o estudo deste critério da utilidade da prestação, já que é ele que determinará se o sujeito ainda pode cumprir com aquilo a que se obrigou.

Conforme vimos no tópico anterior, possui o devedor o direito de se liberar do pagamento. Este direito do devedor de se liberar do pagamento, entretanto, é limitado até o momento em que ele ainda é possível, já que depois disso, como se dá na situação ora analisada de inutilidade da prestação para o credor, não há mais qualquer direito para o devedor em tentar se liberar da sua obrigação devendo responder por perdas e danos. É, portanto, a análise do interesse do credor na prestação que servirá para determinar se ainda é possível o adimplemento, ou em que medida ocorreu o inadimplemento.

De acordo com Emilio Betti os interesses que são merecedores de tutela são aqueles socialmente apreciáveis, ou seja, não se vinculam a qualquer capricho individual e egoístico do credor²⁸². O que se deve analisar para verificar se ainda existe a possibilidade de adimplemento de uma obrigação é o chamado interesse típico, ou seja, uma análise da “utilidade que normalmente a prestação aporta de consociado a consociado”²⁸³.

Não basta portanto que o credor por capricho, má vontade, ou intenção de prejudicar o devedor não mais aceite que se dê o adimplemento da obrigação. Esta sua decisão é vinculada à verificação da utilidade da obrigação para atender ao seu interesse típico, “que não se identifica com aquele ‘concreto’ e ‘individual’ do credor singular, mas com o particular interesse que é próprio do tipo de relação constituída”²⁸⁴.

²⁸² BETTI, op. cit., p. 71-72.

²⁸³ Ibidem, p. 74.

²⁸⁴ Ibidem, p. 79.

Parece-nos que estas considerações apontam numa única direção: a análise de se ainda é possível o adimplemento se encontra vinculada a uma interpretação que toma por base a boa-fé objetiva e a finalidade sócio-econômica da obrigação.

Afinal, em todas as fases do processo obrigacional se deve ter em mente a sua finalidade econômico-social, de acordo com os ditames da boa-fé objetiva²⁸⁵. O adimplemento, como já vimos, tem por finalidade a produção dos efeitos de satisfação objetiva do credor e de liberação do devedor. Ora, se a primeira é ainda possível, não há motivo para que possa o credor agir de modo incorreto e desleal não a aceitando; noutras palavras, atendendo à boa-fé objetiva, não cabe ao credor escolher impossibilitar o adimplemento quando este ainda seja capaz de suprir utilmente aquilo a que objetivamente se propõe.

Temos aqui como fundamento o mesmo raciocínio que foi aplicado acima, quando tratamos da teoria do adimplemento substancial. Lá, temos a situação em que o adimplemento ainda que realizado de modo impontual, mas que satisfaça substancialmente os interesses do credor, impede o exercício de rescisão²⁸⁶ e conseqüentemente de qualquer pretensão indenizatória. Aqui, temos uma situação em que pelo mesmo fundamento, qual seja a boa-fé objetiva fazendo com que o adimplemento atenda de modo correto e leal à sua função econômico-social, não se permite ao credor impedir que se dê o adimplemento²⁸⁷.

É que em ambas as situações, não pode o credor exercer seu direito subjetivo de considerar a existência de inadimplemento, ao qual corresponderia o dever do devedor de arcar com os prejuízos, do modo como bem entender. A já referida boa-fé objetiva atua como limite ao exercício dos direitos subjetivos, sob pena de transpostos estes limites se encontrar o credor numa situação de abuso de direito²⁸⁸.

²⁸⁵ NEGREIROS, op. cit., p. 136.

²⁸⁶ Ibidem, p. 145.

²⁸⁷ Destaque-se que na teoria do adimplemento substancial a análise gira em torno não apenas do binômio inadimplemento absoluto-relativo, mas também do inadimplemento total-parcial. Na questão aqui apresentada apenas o primeiro binômio nos interessa.

²⁸⁸ NEGREIROS, op. cit., p. 140.

4 A INTERPRETAÇÃO E AS NORMAS DE TEXTURA ABERTA NO ADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES

Agora que já firmamos nossas bases conceituais tanto acerca das normas de textura aberta como do adimplemento das obrigações, é chegado o momento de tratar do ponto que nos parece mais controverso, que é a interpretação.

A maior parte dos textos dentro do Direito Civil que tratam do tema costumam apresentar determinados critérios interpretativos a serem seguidos quando da aplicação das normas de textura aberta. Tais critérios cingem-se principalmente à discussão relacionada à existência de discricionariedade por parte do juiz quando da interpretação e aplicação de tais normas.

Estas “teorias interpretativas”, entretanto, nos parecem insuficientes por serem apresentadas como blocos isolados de interpretação, que não se justificam, ou não buscam se justificar, dentro do direito como um todo. A interpretação de qualquer aspecto relacionado ao direito se encontra diretamente ligada à nossa concepção do que é o direito, pois só a partir deste entendimento maior é que podemos determinar as regras pertinentes também à interpretação.

Assim é que, neste capítulo, iniciaremos tratando de modo isolado a questão da discricionariedade. Em seguida analisaremos do ponto de vista de algumas possíveis concepções do direito, buscando assim oferecer os parâmetros interpretativos que julgamos adequados. Somente depois de realizadas estas etapas é que, por fim, apresentaremos interpretações das normas de textura presentes na parte geral do adimplemento das obrigações do Código Civil de 2002.

4.1 DISCRICIONARIEDADE

Há na doutrina, especialmente do Direito Constitucional e Administrativo, uma considerável abordagem do tema do poder discricionário, como adiante mostraremos. Tais trabalhos costumam versar sobre os limites e possibilidades de cabimento do uso do poder discricionário pelos membros da administração pública. Embora neste texto também tratemos do poder discricionário, nosso foco de análise diz respeito à possibilidade do seu cabimento noutro âmbito, que é o dos juízes nas decisões judiciais.

Assim é que iniciaremos nossa análise buscando traçar os contornos do que é o poder discricionário. Em seguida verificaremos se existem pontos de distinção entre a aplicabilidade do poder discricionário por membros da administração pública, em contraponto com o uso deste mesmo poder pelos juízes nas decisões judiciais. Por fim, realizaremos abordagem acerca do cabimento do uso do poder discricionário pelos juízes.

O ato discricionário costuma ser tratado pela doutrina de direito público em oposição à idéia do ato vinculado. Neste último, o ato a ser praticado pelo administrador público já se encontraria previamente determinado pela lei, não lhe cabendo qualquer juízo de adequação. No discricionário, ao contrário, haveria alguma margem de escolha para o administrador público quanto a qual ato ser praticado, havendo mais de um igualmente adequado.

Esta liberdade de escolha do administrador, comumente referida como o principal traço característico do poder discricionário, sofreu diversas mudanças na sua configuração ao longo do tempo²⁸⁹. Inicialmente vista como um ato de liberdade quase arbitrário, vem tendo seu espectro mais reduzido. Embora ainda conserve o ato discricionário características diversas da do ato vinculado, a distância entre a liberdade do sujeito para a prática de ambos não é hoje tão grande.

É que embora afirme a doutrina que no ato discricionário o sujeito que o pratica possui liberdade de escolha dentre algumas opções possíveis, sendo todas aceitáveis, esta escolha deve, necessariamente, se dar tendo como baliza norteadora a finalidade da norma que autoriza a discricção²⁹⁰, que é dirigida ao atendimento do interesse público²⁹¹.

A doutrina de Direito Administrativo ao tratar do tema costuma afirmar que qualquer ato praticado por um agente da administração pública, ainda que dentro da esfera de uma situação que permita o uso do poder discricionário, se trata de um ato que possui uma motivação última à qual deve atender, sob pena de caracterizar desvio de poder²⁹², abuso do poder discricionário, o que torna a decisão viciada²⁹³. O que diferenciaria o ato discricionário do

²⁸⁹ MIHALIUC, p. 30.

²⁹⁰ MELLO, C., p. 45.

²⁹¹ MIHALIUC, p. 37.

²⁹² MELLO, C., p. 56.

²⁹³ ENGISCH, op. cit., p. 215.

vinculado, portanto, não seria tanto o ter de se ater a um objetivo preteritamente determinado em lei, mas sim a possibilidade de alcançar este objetivo por caminhos diferentes.

Quando o sujeito pratica um ato vinculado, há uma única ação que deve ele realizar, a fim de atender à funcionalidade da norma, dirigida à satisfação do interesse público. Na prática de um ato discricionário, ao revés, coloca a doutrina em geral, esta mesma satisfação do interesse público poderia ser alcançada através de mais de um caminho, cabendo ao sujeito a escolha dentre as opções viáveis.

Interessante notar como essa possibilidade de escolha vem sendo tratada de modo cada vez mais reduzido, até um ponto em que ela, a nosso ver, parece ter se tornado praticamente inexistente. Neste sentido, analisemos o conceito de discricionariedade apresentado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente²⁹⁴.

O autor, no mesmo conceito, oferece argumentos que nos parecem contraditórios. Por um lado afirma que na discricionariedade há uma “margem de liberdade” para escolher “um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis”, afirmando ainda que essa discricionariedade é aplicável na situação em que “não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”. Apresenta, portanto, sob esta ótica, argumentos em prol da possibilidade de escolha do sujeito que pratica o ato, por uma dentre diversas soluções possíveis.

Entretanto, no mesmo conceito, indica que, nesta escolha, o sujeito tem o “dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal”. Ora, se existe uma solução *mais* adequada para a satisfação da finalidade legal, que gera um *dever* do agente em escolher esta linha de ação, há de fato alguma escolha entre duas condutas diferentes?

²⁹⁴ MELLO, C., p. 48.

Na mesma linha de raciocínio Marcus Vinícius Filgueiras Júnior afirma que

a discricionariedade configura-se como um espaço decisório, estabelecido pela ordem jurídica, dentro do qual a Administração Pública tem a obrigação de escolher a solução ou opção que melhor atenderá ao interesse público que as especificidades do caso concreto exigem. Trata-se de uma liberdade de escolha que, usada adequada e razoavelmente, não se submete ao veto do Poder Judiciário²⁹⁵.

Apresenta o autor administrativista definição que não consegue se situar de modo exato. Faz referência à liberdade de escolha do administrador, por conta da existência de um “espaço decisório”, subordinado, entretanto, o uso desse espaço decisório para escolher a *melhor* solução aplicável ao caso. Notemos que, no conceito de mais este autor, não há diversas soluções igualmente boas, mas sim uma que, dentre todas, é a mais adequada e que, portanto, é necessariamente a única decisão que pode ser tomada.

Também ao tratar da questão da possibilidade de revisão, sindicabilidade, da decisão pelo Poder Judiciário a definição nos parece confusa. Por um lado o autor afirma que a decisão discricionária não se submete à análise do Judiciário. A despeito disso, o autor afirma que a decisão não pode ser submetida ao veto do Poder Judiciário, *se* realizada de modo *adequado e razoável*. Qual é, entretanto, o critério para se julgar se a decisão atendeu aos critérios de adequação e razoabilidade?

Karl Engisch, ao definir poder discricionário, referencia que nas definições dos clássicos da doutrina acerca do tema o ponto de vista daquele que exerce tal poder é decisivo e relevante²⁹⁶. Além do ponto de vista pessoal do sujeito que decide, outros elementos seriam ainda relevantes para a caracterização do poder discricionário, como a possibilidade de escolha entre decisões diferentes e a pluralidade de sentidos²⁹⁷.

O autêntico ‘poder discricionário’ é atribuído pelo direito e pela lei quando a decisão última sobre o justo (correcto, conveniente, apropriado) no caso concreto é confiada à responsabilidade de alguém, é deferida à concepção (em particular à valoração) individual da personalidade chamada (eventualmente ‘articulando’ o seu ponto de vista com a deliberação tomada no seio de uma agremiação ou colégio) a decidir em concreto, e isto não apenas porque não é possível excluir um ‘resto’ de insegurança, mesmo através de regras, por mais minuciosas que estas sejam, mas porque se considera ser melhor solução aquela em que, dentro de determinados limites, alguém

²⁹⁵ FILGUEIRAS JÚNIOR, p. 163.

²⁹⁶ ENGISCH, op. cit., p. 216.

²⁹⁷ Ibidem, p. 217.

olhando como pessoa consciente da sua responsabilidade, faça valer o seu próprio 'ponto de vista'²⁹⁸.

Neste conceito mais antigo não encontramos a referência, como nos anteriores, à existência de uma escolha que é a melhor dentre todas as possíveis. Em verdade, a própria valoração sobre o que seria o justo é deixada a cargo do ponto de vista do sujeito a quem a lei atribuiu o poder discricionário de escolha.

Fornecendo um exemplo, o autor aponta a existência de discricionariedade numa situação hipotética que o ministro da cultura estaria obrigado a realizar a nomeação de um professor universitário para uma cátedra. Afirma que o ministro poderia escolher o professor de acordo com diversos critérios, como a preferência por um “grande sábio”, um “didacta eminente”, ou ainda um “organizador” ou “terapeuta particularmente dotado”. A escolha do critério para selecionar o professor, afirma o autor, seria uma decisão discricionária²⁹⁹.

Discordamos da afirmação do autor. Não verificamos na situação apresentada a existência de discricionariedade. O próprio Engisch, mais adiante, afirma que os critérios a ser utilizado pelo ministro nesse caso não podem ser critérios impertinentes, como, por exemplo, realizar a escolha com base nas preferências políticas ou religiosas dos professores candidatos³⁰⁰.

Acreditamos que esta análise de *pertinência* deve ser aplicada inclusive quanto à definição pelo ministro de qual dos critérios será utilizado para escolher o professor. Como vimos, mesmo a discricionariedade deve se dirigir à satisfação do interesse público. Se a universidade em questão possui carência de “grandes sábios”, deve ser este o critério utilizado pelo ministro, e não nenhum outro, baseado unicamente em seu ponto de vista sobre o assunto. Agir de modo contrário seria desatender ao interesse público e, por conseguinte, caracterizaria um desvio de poder.

Engisch fornece ainda uma outra abordagem de discricionariedade, a que ele chama de discricionariedade vinculada. Esta se diferenciaria daquela que apresentamos anteriormente, pois

²⁹⁸ Ibidem, p. 221-222. Embora, destaque-se, Engisch não defenda que o poder discricionário, como ali descrito, seja aplicável na interpretação dos conceitos indeterminados.

²⁹⁹ Ibidem, p. 223.

³⁰⁰ Ibidem, p. 223-224.

é vinculada no sentido de que o exercício do poder de escolha deve ir endereçado a um escopo e resultado da decisão que é o único ajustado, em rigorosa conformidade com todas as directrizes jurídicas, e particularmente legais, que são de tomar em conta, ao mesmo tempo que se procede a uma cuidadosa pesquisa e a uma cuidadosa consideração de todas as circunstâncias do caso concreto³⁰¹.

Na discricionariedade vinculada não haveria espaço para a decisão realizada do ponto de vista pessoal do sujeito, tampouco a possibilidade de escolhas diferentes ou atribuição de significados diferentes na resolução de uma mesma situação fática. A decisão justa é uma única e, para ser alcançada, demanda uma análise cuidadosa por parte daquele que decide acerca de todas as circunstâncias do caso concreto.

Há importantes diferenças entre os dois conceitos de discricionariedade apresentados por Engisch. Estas diferenças têm sua origem exatamente no modelo interpretativo apontado como aquele que deve ser seguido por quem faz uso da discricionariedade. No primeiro conceito a decisão discricionária se apresenta como necessária porque não seria possível alcançar uma segurança jurídica máxima, com a previsão de todas as situações possíveis, sendo assim deixada residualmente um espaço em aberto a ser preenchido pela *visão pessoal* de quem aplica a norma. E essa possibilidade, de aplicação da visão pessoal, se dá, note-se, porque inexistente direito que o vincule previamente a decidir num determinado sentido e não noutro.

No segundo, ao revés, a decisão deve se guiar pela busca da solução de um único resultado possível, que será desvelado a partir de uma cuidadosa análise das diretrizes jurídicas e legais, bem como das circunstâncias que envolvem o caso concreto. O sentido de discricionariedade aqui ganha contornos completamente diferente daquele anteriormente trabalhado.

O que ocorre é que o conceito de poder discricionário pode ser entendido em mais de um sentido. Dworkin distingue tais sentidos como sendo sentidos fracos ou sentido forte do poder discricionário.

Discricionariedade, numa primeira acepção no sentido fraco, significaria que os padrões que devem ser aplicados por uma autoridade não se dão mecanicamente, mas exigem a capacidade de julgar³⁰².

³⁰¹ Ibidem, op. cit., p. 220.

³⁰² DWORKIN, op. cit., p. 51.

Ainda num outro sentido fraco, pode o poder discricionário significar que um determinado funcionário, ao decidir, o faz em última instância, não podendo sua decisão ser revista ou cancelada por nenhum outro³⁰³.

Estes, entretanto, não nos parecem ser os sentidos que normalmente são utilizados pela doutrina ao falar sobre poder discricionário. O primeiro dos sentidos fracos é uma característica existente e necessária em todo e qualquer julgamento, de modo que dizer que esta seria a definição de discricionariade seria algo desprovido de sentido.

O segundo sentido fraco, por sua vez, trata da impossibilidade de revisão da decisão em questão. Não podemos ter aberto às decisões, sejam judiciais ou administrativas, a possibilidade de recursos *ad infinitum*, sendo tal característica também necessária e existente em qualquer ordenamento jurídico.

Podemos também, além destes sentidos fracos, enxergar o poder discricionário num sentido forte, para indicar que o sujeito quando decide “não está limitado pelos padrões de autoridade em questão”³⁰⁴. A existência de poder discricionário nesse sentido forte, entretanto, não implica que a quem ele é conferido esteja livre para agir arbitrariamente. Embora deva ele decidir de acordo com padrões de equidade e bom senso, o importante é destacar que sua decisão não é controlada por outra autoridade. Como diz Dworkin, quem possui poder discricionário neste último sentido pode ser criticado, por tomar uma decisão errada, mas não desobediente, já que não há uma autoridade à qual ele se subordina³⁰⁵.

Há, entretanto, um importante ponto de distinção deste sentido forte em relação aos fracos, que pretendemos destacar. Nele, como não se encontra vinculado por padrões anteriores de autoridade, o sujeito decidiria de modo não vinculado ao direito anterior, posto que tal direito seria inexistente. Estaria, no uso do poder discricionário, criando o direito, no sentido de que sua decisão não estaria vinculada a uma norma anterior.

³⁰³ Ibidem, p. 51.

³⁰⁴ Ibidem, p. 52.

³⁰⁵ Ibidem, p. 53-54.

Daqui para diante, quando falarmos sobre poder discricionário, estaremos nos referindo a este sentido forte que aqui apresentamos. É ele que é comumente apontado pela doutrina como aplicável na interpretação dos conceitos indeterminados. E é também ele que não parece se adequar ao modo como enxergamos o direito, especialmente quando aplicado pelos juízes.

4.2 A DISCRICIONARIEDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS

A questão da interpretação da norma pode sempre ser analisada tomando como foco de análise os seus mais variados intérpretes. Afinal, juízes, advogados, promotores, partes, enfim, todos os envolvidos, também realizam uma interpretação da norma³⁰⁶, especialmente quando diante de um caso concreto. Esta pluralidade de intérpretes é não apenas algo inafastável, mas também desejável, posto que fundamental para a legitimidade da norma num Estado democrático.

Em relação a todos estes intérpretes o problema de haver ou não discricionariedade para a interpretação da norma é o mesmo. Escolhemos, entretanto, analisar o problema a partir dos juízes, e achamos adequado justificar a nossa escolha.

Assim o fizemos por dois motivos principais. Primeiro porque o juiz necessariamente deve buscar a solução mais justa para o caso em questão; sendo o terceiro imparcial e desinteressado no conflito que lhe é levado, dele, mais do que de qualquer outro, espera-se que realize uma interpretação do modo mais justo possível.

Em segundo lugar, as decisões dos juízes se encontram consubstanciadas em documentos de fácil acesso, sejam sentenças ou acórdãos, nos quais são obrigados a apresentar os fundamentos da sua decisão, fornecendo assim não apenas um parâmetro mais objetivo de dados para a pesquisa, mas também disponível para todos aqueles que pretendam comparar suas conclusões com as nossas.

Já vimos, no tópico anterior, que os limites da discricionariedade do administrador público, nos contornos traçados pela doutrina da área, numa dada medida, praticamente eliminam a

³⁰⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 14-15.

existência de uma livre escolha por parte daquele. A doutrina assenta seu posicionamento no sentido de que a decisão do administrador deve ser sempre a melhor possível, a mais adequada, tendo como principal parâmetro de adequação a persecução de satisfazer o interesse público.

Não nos parece, em verdade, que exista poder discricionário quanto ao fim a ser atendido, que é sempre já pré-determinado: o atendimento da melhor forma possível ao interesse público. O limite residual, que se adequaria mais à primeira definição de poder discricionário no sentido fraco, seria apenas para situações em que a escolha de uma linha de ação ou outra não possuísse qualquer importância para o atendimento do especificado interesse.

Vigoraria esta mesma lógica em relação ao magistrado quanto à sua decisão judicial?

Larenz, ao tratar do tema, começa por oferecer uma definição do poder discricionário como tratado no âmbito da administração pública, afirmando que ele

é comumente visto como a possibilidade que a Administração deve ter de adoptar, de acordo com o tempo, lugar e circunstância, uma das várias medidas admitidas pela lei, ou manter-se inactiva, deixando-se aqui guiar menos por considerações jurídicas do que por considerações de oportunidade³⁰⁷.

De acordo com o autor há diferença entre esta discricionariade da decisão do administrador e a dita discricionariade do juiz quando sentencia diante do caso concreto, justamente por conta da decisão singular deste último funcionar como uma pauta que servirá de exemplo, estreitando a margem de livre apreciação residual³⁰⁸.

Esta discussão sobre a margem de liberdade de apreciação do juiz ganha vulto por conta do Código Civil de 2002, em comparação com seu antecessor de 1916, ter feito uso em maior número das normas de textura aberta. Embalado por esta mudança surgiram na doutrina civilista nacional diversos textos tratando do tema das normas de textura aberta, bem como dos critérios para sua interpretação e aplicação pelos magistrados, como apresentaremos ao longo do trabalho.

³⁰⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 416-417.

³⁰⁸ Ibidem, p. 417.

No campo do adimplemento das obrigações também ocorreu um aumento da presença de normas com textura aberta. Embora em quantidade não muito grande, operaram uma considerável mudança na estrutura da obrigação, especialmente se considerarmos inclusos em tal análise também os princípios que não se encontram textualmente colocados nos artigos analisados, mas que a eles influenciam.

Assim é que foram acrescentados no Código Civil de 2002, na parte geral do adimplemento, normas de textura aberta antes não presentes no Código Civil de 1916, como é o caso de *motivos imprevisíveis* e *desproporção manifesta* no art. 317³⁰⁹, *circunstâncias* no art. 320³¹⁰, parágrafo único, *motivo grave* no art. 329³¹¹ e *pagamento reiteradamente feito* no art. 330³¹².

Houve também conceito indeterminado antes presente, como é o caso de *justo motivo*, do art. 932³¹³ do Código Civil de 1916, que não foi repetida no Código Civil de 2002, a despeito de uma regra similar encontrada no art. 306³¹⁴ deste último. Nos demais casos, as normas de textura aberta presentes na parte geral do adimplemento das obrigações já se encontravam também no diploma anterior.

Em sua ampla maioria a doutrina acolheu de modo favorável o uso das normas com textura aberta. Também foram majoritárias as análises no sentido de que estas normas com textura aberta trouxeram um maior poder para o juiz. Na aplicação de tais normas o juiz faria uso do seu poder criativo para adequar do melhor modo a norma abstrata ao caso concreto.

Os autores que realizam tais afirmações também costumam traçar limites a este poder criativo do juiz. Neste sentido afirma Judith Martins-Costa que o novo Código é, “por sua linguagem

³⁰⁹ Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

³¹⁰ Art. 320, parágrafo único. Ainda sem os requisitos estabelecidos neste artigo valerá a quitação, se de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida.

³¹¹ Art. 329. Ocorrendo motivo grave para que se não efetue o pagamento no lugar determinado, poderá o devedor fazê-lo em outro, sem prejuízo para o credor.

³¹² Art. 330. O pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato.

³¹³ Art. 932. Opondo-se o devedor, com justo motivo, ao pagamento de sua dívida por outrem, se ele não obstante, se efetuar, não será o devedor obrigado a reembolsá-lo, senão até a importância que lhe aproveite.

³¹⁴ Art. 306. O pagamento feito por terceiro, com desconhecimento ou oposição do devedor, não obriga a reembolsar aquele que pagou, se o devedor tinha meios para ilidir a ação.

e metodologia, um texto ‘dirigido aos juízes’, acrescentando o seu poder, e sua responsabilidade, na conformação dos modelos jurídicos abertos”³¹⁵.

Na mesma linha, afirma Heinemann Filho, que o juiz ao exercer a sua função criativa não pode agir com orgulho e prepotência, mas sim com humildade, não devendo descuidar da segurança jurídica no uso da sua genialidade inventiva³¹⁶.

Tais normas, por possuírem uma estrutura semântica aberta, não regulariam previamente as situações concretas, cabendo a análise de aplicabilidade ao poder discricionário do juiz que, diante do caso concreto, criaria o direito.

Embora recentemente revivida no campo do Direito Civil por conta do novo código, a defesa da existência de discricionariedade judicial não é nova, sendo uma das bases de sustentação do positivismo jurídico³¹⁷. Esta é, por exemplo, a posição defendida pelo positivismo de Kelsen, que via a impossibilidade de atribuir uma única solução correta a cada caso, acreditando existirem, ao revés, possíveis várias soluções³¹⁸.

Para Kelsen o juiz ao aplicar a norma diante do caso concreto está criando Direito, sendo nesta função relativamente livre, de um modo similar, embora mais limitado, ao legislador quando cria uma lei³¹⁹. É que, no caso do juiz, sua decisão já se encontraria limitada pela moldura criada pela lei³²⁰.

Podemos também utilizar como parâmetro para esta discussão a análise da atividade adjudicante como realizada pelo modelo positivista de Hart. Para ele o Direito, como qualquer

³¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações**. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Vol. V, tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 369.

³¹⁶ Heinemann Filho, op. cit., p. 22.

³¹⁷ Entendemos positivismo jurídico como sendo um modelo de direito que se baseia em três pontos fundamentais. O primeiro deles é o fato de as regras que podem gerar deveres e sanções por descumprimento se encontram previamente enumeradas, sendo atribuído a estas um *pedigree* que as classifica como tal, limitando portanto quais são as normas que podem ser utilizadas na solução de conflitos. O segundo ponto trata de que se um caso não se encontrar previsto por uma destas regras, este caso não pode ser decidido através da aplicação do direito – já que não há regra preexistente – mas sim pelo juiz exercendo seu ponto de vista pessoal. Por fim, cabe notar que não é possível que haja uma obrigação jurídica quando não há uma regra jurídica válida que a determine; assim, quando o juiz decide como colocado no segundo ponto, ele não está fazendo valer um direito jurídico preexistente, mas sim criando um novo. Nesse sentido: DWORKIN, Levando os direitos a sério, p.27-28.

³¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 390.

³¹⁹ Ibidem, p. 393.

³²⁰ Ibidem, p. 390.

sistema que pretenda regular grandes grupos, deve se ater às regras gerais, padrões de conduta e princípios, e não a normas específicas em relação a cada indivíduo. Na formulação de tal tipo de regras gerais, costuma-se utilizar dois caminhos principais: a formulação deles pelos precedentes ou pela legislação³²¹. O nosso sistema jurídico, como é de conhecimento geral, possui um histórico muito mais voltado à estipulação das normas a partir da legislação do que dos precedentes, embora tenha havido uma crescente importância destes nos últimos tempos.

Para Hart, entretanto, o modo como as normas gerais são formuladas, se através de precedentes ou de legislação, não constitui um fator relevante. Argumenta ele que a diferença em termos de grau de indeterminação entre as regras criadas pela legislação e pelos precedentes é muito menor do que já se acreditou antes, vez que ambas são fruto da comunicação através da linguagem e, como tal, indeterminadas por natureza. Seguindo qualquer dos dois modelos sempre encontraremos casos paradigmáticos nos quais não teremos dúvidas quanto à aplicação das regras, como também casos mais fronteiros, nos quais teremos dificuldade em determinar se uma determinada regra deve ou não ser aplicada³²².

Nestas situações, acredita Hart, as dúvidas deverão ser resolvidas por aquele que for responsável pela decisão diante do caso concreto. A realização desta escolha se daria com o uso do poder discricionário, ainda que a decisão não possa ser arbitrária ou irracional³²³. Entretanto, não oferece Hart maiores critérios sobre como deverá o juiz construir a sua decisão, pelo que esta sua parte da teoria costuma ser criticada³²⁴.

Em momento posterior, o próprio Hart, respondendo a críticas de Dworkin, buscou delimitar o modo como deveria o juiz se guiar no uso deste poder discricionário ao realizar uma interpretação.

De acordo com o próprio Hart, o maior conflito existente entre sua teoria e a de Dworkin se dá pelo fato de que para o primeiro sempre há nos sistemas jurídicos casos que não se

³²¹ HART, op.cit., p. 137.

³²² Ibidem, p. 139.

³²³ Ibidem, p. 140.

³²⁴ STRUCHINER, op. cit., p. 127.

encontram previamente regulados e que, quando diante destes casos, o juiz deverá decidir utilizando-se do poder discricionário, exercendo uma função criadora do direito³²⁵.

Para Dworkin, diz Hart, o que é incompleto não é o direito, mas sim a visão que o positivista faz dele, já que além do direito explícito, haveria também os princípios jurídicos implícitos. Tais princípios jurídicos implícitos teriam sua origem na dimensão moral, servindo como fundamento dos princípios explícitos, de modo que nunca haveria criação do direito pelo juiz³²⁶.

Partindo destas considerações é que Hart apresenta as limitações ao poder de criação do juiz que não seria absoluto, mas sim submetido a muitos constrangimentos que limitariam a sua escolha. Deste modo, para o autor, o juiz “deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores”³²⁷.

Assim é que quando, num caso difícil, o juiz se defrontar com a possibilidade de aplicação de diversos princípios e analogias concorrentes, terá que realizar uma escolha entre elas, “confiando, como um legislador consciencioso, no seu sentido sobre aquilo que é melhor, e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecida e prescrita pelo direito relativamente a ele, juiz”³²⁸.

Conforme Carrió, as críticas dirigidas por Dworkin a Hart não levam em conta momento posterior do trabalho deste, em que afirma que o modo a ser utilizado pelo juiz para decidir os casos difíceis os juízes aplicam critérios de relevância e proximidade, levando em conta muitos fatores complexos que se encontram no ordenamento jurídico. Para Carrió, o principal ponto de discordância entre Hart e Dworkin, no tocante à decisão judicial, se encontra na, respectivamente, impossibilidade ou possibilidade de uma única resposta correta a ser dada diante de um caso difícil³²⁹.

³²⁵ HART, op. cit., p. 335.

³²⁶ Ibidem, p. 336.

³²⁷ Ibidem, p. 336.

³²⁸ Ibidem, p. 338.

³²⁹ CARRIO, op. cit., p. 361.

Este, entretanto, é justamente o ponto em que se torna mais importante a discussão acerca da existência ou não de discricionariedade do juiz quando prolata sua decisão. Se dissermos que existe discricionariedade isso significa que o juiz pode dar uma dentre várias decisões possíveis, todas igualmente justas e adequadas, vez que ao decidir não se encontra limitado por padrões anteriores de autoridade. Se, ao contrário, dissermos que inexistente discricionariedade, isso significa que para cada caso concreto só é possível ao juiz decidir de uma única maneira.

Parece-nos que a tese da resposta correta é a adequada. Admitir a impossibilidade da teoria da resposta correta significa dizer que, num mesmo caso, após analisar todos os fatores possíveis, o juiz pode chegar à conclusão de que pode decidir tanto a favor de uma como da outra parte. Seria o caso de, por exemplo, diante de um litígio em que se busca verificar se uma das partes realizou descumprimento contratual, o juiz após analisar a lei, os elementos fáticos do caso concreto, bem como as teorias que se desenvolvem sobre o tema, chegasse à conclusão de que houve e não houve descumprimento contratual.

Note-se que com isso não estamos dizendo que um juiz não possa ter dúvidas diante de qual a solução mais adequada para um caso concreto. Num exercício meramente teórico admite-se até mesmo a possibilidade de que o juiz, após analisar todos os elementos que apontamos, chegue à conclusão de que se trata de um empate. Ainda assim, teria ele alcançado uma resposta que seria a correta. Destacamos que essa situação é colocada apenas em nível teórico já que, na prática, dificilmente encontraríamos uma situação de tal natureza³³⁰.

A inaceitabilidade da teoria da resposta correta é não apenas errada, mas também prejudicial para o direito. De igual modo, é errada a idéia de que as normas com textura mais aberta propiciariam ao contrário das normas de textura mais fechada, a possibilidade de uma escolha entre diversas soluções possíveis por parte do juiz.

Confiar a decisão à discricionariedade do juiz, no sentido forte, é realizar uma grande aposta na razão, no sentido iluminista de fazê-lo. Mais do que isso, é quebrar com a segurança jurídica e o princípio da legalidade, já que o juiz estaria criando livremente leis *a posteriori* para regular situações acontecidas anteriormente.

³³⁰ DWORKIN, op. cit., p. 437.

Estes argumentos que apresentamos a favor e contra a discricionariedade na decisão judicial são, em verdade, apenas reflexos de algo muito maior. É que a determinação de existência de uma autoridade anterior que subordine a vontade do magistrado ao decidir um caso que envolva a interpretação de um conceito indeterminado não é um fenômeno que deva ser analisado isoladamente, mas sim como um componente de um determinado modo de entender o direito.

4.3 CONCEPÇÕES DE DIREITO E INTERPRETAÇÃO

A questão da interpretação dos conceitos indeterminados, bem como a possibilidade de decidir discricionariamente sobre eles, que acabamos de analisar, encontram-se intimamente vinculadas ao modo como enxergamos o direito. Na aplicação dos conceitos indeterminados, como já dissemos anteriormente, temos um espaço interpretativo maior do que o existente nos conceitos determinados, trazendo à tona uma maior importância dos fundamentos e procedimentos interpretativos de quem os aplica.

Assim sendo, a forma como enxergamos o direito será um fator crucial neste ponto, vez que a resposta sobre o que deve o juiz considerar na sua interpretação de quem tem direito ao que, depende da concepção do direito estabelecida.

Uma concepção do direito é, em geral, uma interpretação sumária da prática jurídica como um todo. Propõe-se mostrar essa prática em sua melhor luz, desenvolver algum argumento que explique por que, em tal concepção, o direito oferece uma justificativa adequada para a coerção³³¹.

A análise das concepções do direito, portanto, envolvem o estudo de qual delas traz a nossa prática jurídica na sua melhor luz, explicando e justificando porque os sujeitos devem se submeter à coerção estatal estabelecida pelo direito, seja através da legislação, seja através das decisões judiciais.

Ronald Dworkin apresenta três diferentes concepções do direito, às quais ele chama de convencionalismo, pragmatismo e direito como integridade. A seguir analisaremos cada uma delas, com o objetivo de identificar qual a concepção mais adequada e, por conseguinte, o

³³¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 169.

modo que nos parece o correto a ser seguido pelos juízes na sua tarefa interpretativa e decisória.

4.3.1 Convencionalismo

Para o convencionalismo o direito é fruto de convenções prévias que estabelecem em que condições um indivíduo pode utilizar a coerção estatal contra outro. Sendo mais específico, podemos dizer que esta concepção do direito considera que há uma convenção social sobre quem pode criar leis e como pode fazê-lo³³². As normas criadas por uma destas fontes autorizadas têm um poder vinculante em relação às decisões posteriores. Assim é que um sujeito tem direito quando há uma norma anterior que o confere este direito. As ditas teorias positivistas do direito se amoldam nesta concepção.

Ao decidir um caso, um juiz que adote o convencionalismo como sua concepção de direito buscará analisar o que as normas anteriores dizem sobre a questão. Encontrando uma norma que tenha aplicabilidade ao caso, deverá decidir em estrita consonância com tal norma, independentemente de qualquer julgamento pessoal acerca da justiça ou injustiça dessa decisão.

O convencionalismo, entretanto, reconhece a incompletude do direito. Sabe que, por maior que seja o volume de leis e precedentes, sempre poderá surgir uma questão que ainda não foi regulamentada. Quando diante de um caso como este, o juiz convencionalista não fingirá que extraiu a sua decisão através de uma interpretação obtusa de uma norma preexistente. Ele, ao contrário, reconhecerá que se encontra de um caso sobre o qual ainda não se firmou nenhuma convenção a respeito³³³. Como inexistente uma convenção anterior que o obrigue a decidir de uma determinada maneira, se encontrará o juiz autorizado a decidir com o uso do seu poder discricionário, no sentido forte que apresentamos³³⁴. Uma vez que tenha ele decidido, criando assim uma convenção a respeito de sobre como tal caso deve ser resolvido, outros juízes que posteriormente se encontrarem diante de um caso similar não mais possuirão poder discricionário para decidir, devendo se guiar por aquela decisão anteriormente prolatada.

³³² Ibidem, p. 142.

³³³ Ibidem, p. 142.

³³⁴ Ibidem, p. 143.

O processo decisório no convencionalismo se baseia, portanto, em duas afirmações interpretativas diferentes. Numa primeira, positiva, que é a sua regra geral, as decisões são tomadas de acordo com o que estabelecem as convenções prévias, ou seja, com o direito preexistente³³⁵. O convencionalismo busca favorecer primeiramente a certeza no direito. Por conta disso é que tem tamanha importância as decisões e legislações anteriores, ou seja, as convenções, como base do direito.

Entretanto, como já afirmamos, o convencionalismo não é uma concepção inocente ao ponto de acreditar que haverá convenções prévias sobre todos as situações que podem ser levadas à apreciação do judiciário. Quando não há convenção anterior sobre um determinado assunto, temos então sua dimensão negativa, já que para o convencionalismo não existe direito sem uma prévia convenção³³⁶. Nestas circunstâncias o juiz criará o direito. Esta criação do direito é tolerada pelo convencionalismo, como o reconhecimento de que o direito precisa ser dotado de alguma flexibilidade.

Admitir a discricionariedade, entretanto, não é algo que o convencionalismo faça sem sofrer um dano na sua estrutura teórica, já que ela permite que se dê o uso da coação estatal não fundamentada em convenções anteriores³³⁷. É, entretanto, uma ressalva da qual não pode abrir mão, sob pena de se reduzir a uma versão ainda mais limitada do positivismo.

O juiz ao criar o direito no convencionalismo deve escolher “a regra que, segundo acredita, escolheria a legislatura então no poder, ou, não sendo isso possível, a regra que, em sua opinião, melhor representa a vontade do povo como um todo”³³⁸. Afinal, somente desta maneira estaria tomando uma decisão de acordo com a base desta concepção do direito, que é a convenção.

Para melhor ilustrar o funcionamento do convencionalismo, apresentaremos um exemplo que utilizaremos inclusive ao tratar do pragmatismo e do direito como integridade, a fim de demonstrar as diferenças no processo decisório nas três diferentes concepções do Direito.

³³⁵ Ibidem, p. 144.

³³⁶ Ibidem, p. 144.

³³⁷ CASALMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin. In: **DOXA**, n.12. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/02417288433804617422202/cuaderno12/doxa12_05.pdf?portal=4. Acesso em: 20 out. 2009, p. 162-163.

³³⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 147.

Um sujeito, o Sr. X pagou a outro, o Sr. Y, que acreditava ser seu credor, o que era devido numa determinada obrigação. Posteriormente descobriu-se que, em verdade o credor era o Sr. Z, que ingressou com uma ação judicial pretendendo exigir ao Sr. X que lhe realizasse o pagamento. O Sr. X, por sua vez, invocando a norma do art.309 do nosso Código Civil, apresenta defesa alegando que nada mais tem que pagar ao Sr. Z, pois pagou ao Sr.Y, que seria um credor putativo.

A controvérsia a ser decidida no caso como apresentado versa basicamente sobre as características necessárias para que um sujeito possa ser considerado credor putativo e, portanto, o pagamento a ele realizado seja eficaz e liberatório do devedor.

O juiz convencionalista, diante de tal situação, primeiro procuraria nos precedentes – vez que a lei não oferece a resposta para o que seria um credor putativo – se já houve algum caso que apresentasse exatamente as mesmas características daquele que ele analisa. Em encontrando tal decisão, seguiria o que foi por ela determinado, em prol da certeza do direito.

Caso, entretanto, o juiz não encontrasse nenhuma convenção prévia sobre o caso em questão, poderia ele decidir discricionariamente. Em tal situação o juiz estaria criando o direito em relação ao caso, que seria aplicado retroativamente às partes. Tal decisão operaria a partir daí como uma convenção, de modo que os juízes que depois tivessem diante de si casos similares deveriam por ela se guiar.

4.3.2 Pragmatismo

O pragmatismo jurídico é uma concepção do direito que considera que inexistem direitos previamente estabelecidos. Não reconhecem, em suma, nenhuma necessidade de coerência entre suas decisões e aquelas do passado, por acreditarem que elas em nada contribuiriam para a justiça da sua decisão. A busca da justiça deve se dar através de uma análise contemporânea ao caso, libertando assim a comunidade da mão morta do passado e lhe propiciando um futuro mais promissor³³⁹. O pragmatismo é uma concepção que se justifica através de teorias como a do realismo jurídico.

³³⁹ Ibidem, p. 185.

Os juízes pragmáticos, ao decidirem uma causa, apenas fingiriam que reconhecem direitos previamente existentes em favor de um sujeito como manobra necessária à pacificação social. Como diz Dworkin, agiriam *como se* os direitos existissem previamente. Tal mentira se daria unicamente por conta de ser necessário para a prosperidade de toda e qualquer comunidade que as pessoas confiem na autoridade das instituições³⁴⁰. Assim é que podemos afirmar que em tal concepção do direito os juízes, em verdade, apenas buscariam a lei como uma justificativa para a sua decisão, não como fundamento³⁴¹.

Para este modelo, portanto, nem as leis, nem as decisões anteriores são importantes em termos de fundamentos que digam como os juízes devem decidir casos posteriores. O fato de uma lei atribuir determinado direito a um sujeito, ou de um rol de juízes ter decidido que em determinado caso os sujeitos têm tais direitos, não cria nenhuma obrigação para o juiz, diante de um novo caso, levar em conta os antecedentes anteriores.

É que para o pragmatismo os juízes devem decidir tendo por base o critério de que suas decisões sejam as melhores possíveis para o futuro daquela comunidade. Desta feita, não há motivo para que tais decisões devam estar de algum modo vinculado a um histórico das decisões ou legislações anteriores.

Voltemos ao nosso exemplo, envolvendo o credor putativo, que trabalhamos ao expor o convencionalismo. O juiz pragmático, diante da mesma situação, não se sentiria compelido a decidir de acordo com as decisões anteriores, ou mesmo a lei sobre o tema. Para o juiz pragmático, como já dissemos, estas determinações anteriores não têm importância, vez que utilizadas em outras situações e noutro tempo. Ele, ao contrário, confiaria na sua percepção sobre o que seria melhor para o futuro da comunidade para elaborar a sua decisão.

Caso encontrasse uma série de precedentes que se inclinassem numa determinada direção, provavelmente decidiria de acordo com eles, mas não o faria por considerar que existiria ali uma convenção a ser respeitada, e sim por questões de gestão estratégica, para não descredibilizar as instituições responsáveis pelo controle do poder.

³⁴⁰ Ibidem, p. 187.

³⁴¹ CASALMIGLIA, op. cit., p. 162.

Entretanto, se considerasse que o bem trazido para a comunidade por uma decisão contrária àquelas anteriormente tomadas seria maior do que o mal trazido pelo descrédito que tal decisão traria às instituições, não hesitaria em decidir em sentido contrário.

Se não houvesse decisões anteriores sobre o tema, então o juiz pragmático decidiria levando em conta unicamente a sua percepção sobre qual decisão seria melhor para o futuro da comunidade. Assim, se acreditasse que a tutela da confiança nas relações negociais é um valor mais importante do que a satisfação individual do credor, provavelmente decidiria considerando o pagamento feito pelo sujeito Sr. X eficaz, e vice-versa.

Em todas as situações apresentadas, entretanto, o juiz pragmático estaria decidindo discricionariamente. Na primeira situação, exercitaria a sua prática de agir *como se* houvesse direito anterior, apenas por questões de gestão estratégica, como já apontamos, em prol da promoção da confiabilidade nas instituições de poder estabelecidas. Nas demais sequer tal disfarce seria necessário. Simplesmente alegaria a existência de vagueza no direito o autorizando a agir discricionariamente, de acordo com suas convicções sobre o que seria mais proveitoso para o futuro da comunidade.

4.3.3 Direito como integridade

A integridade, assim como a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, é uma virtude política³⁴². A integridade, entretanto, atua como uma exigência de coerência entre a justiça e a equidade das normas públicas de uma comunidade na correta proporção dentro do

³⁴² Neste texto entenderemos os termos equidade, justiça e devido processo legal adjetivo do modo como sugerido por Dworkin: “Em política, a equidade é uma questão de encontrar os procedimentos políticos – métodos para eleger dirigentes e tornar suas decisões sensíveis ao eleitorado – que distribuem o poder político de maneira adequada. Em termos gerais, isso atualmente remete – ao menos nos Estados Unidos e na Inglaterra – a procedimentos e práticas que atribuem a todos os cidadãos mais ou menos a mesma influência sobre as decisões que os governam. A justiça, pelo contrário, se preocupa com as decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade. Se aceitamos a justiça como uma virtude política, queremos que nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável. O devido processo legal adjetivo diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos; se o aceitarmos como virtude, queremos que os tribunais e instituições análogas usem procedimentos de prova, de descoberta e de revisão que proporcionem um justo grau de exatidão, e que, por outro lado, tratem as pessoas acusadas de violação como devem ser tratadas em tal situação”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007., p. 200-201. Neste texto não nos referiremos mais ao devido processo legal adjetivo, mas tão somente às outras três virtudes políticas, pois é o balanço entre elas que nos interessa aqui. O devido processo legal adjetivo entra como meio de garantir o procedimento para realização das outras, assunto que não nos interessa neste texto.

seu ordenamento jurídico³⁴³. Podemos ainda dizer que a virtude da integridade supõe a existência dos princípios, que criam valores no ordenamento, bem como a sua aplicação de um modo coerente³⁴⁴.

A exigência de coerência começa desde o processo legislativo. É por conta da integridade que, quando diante de uma situação em que haja opiniões divergentes sobre um determinado tema, não deve o legislador criar leis conciliatórias, baseadas apenas na equidade³⁴⁵. Assim, se, por exemplo, um setor da sociedade considera que o consumidor deve receber uma maior proteção do que aquela oferecida a um sujeito contratante comum e outro setor acha que não, o legislador não deve criar uma lei que determine que alguns consumidores, por exemplo, apenas os consumidores de carros, ou apenas os que consomem em shoppings, terão esta proteção a mais e outros não.

Esta seria uma solução conciliatória, que agradaria parcialmente a cada um dos setores envolvidos, mas é uma solução inadequada por conta de não atender à integridade. E não atende à integridade justamente porque teríamos uma fundamentação principiológica diferente para casos que se baseiam nos mesmos fundamentos, sem qualquer justificativa para tal além da convenção. Tal explicação seria suficiente na concepção convencionalista, conforme já vimos, mas não no direito como integridade. Nesta concepção não é suficiente a existência de uma norma prévia num determinado sentido, mas sim que esta norma contribua para a coerência de princípios do ordenamento em questão.

Essa busca por coerência, embora nem sempre alcançada, é uma característica pretendida pelo legislativo, o que reforça a teoria de que o direito como integridade é a concepção que melhor explica o nosso direito. A pretensão de integridade na criação de leis, por óbvio, favorece também a busca da integridade quando das decisões judiciais.

Também o direito como integridade considera que os direitos já são preexistentes. Entretanto, nesta concepção do direito, ao contrário do que ocorre no convencionalismo, o substrato buscado pelo juiz não se reduz à literalidade da norma, antes ao princípio valorativo que a fundamenta.

³⁴³ Ibidem, p. 264.

³⁴⁴ CASALMIGLIA, op. cit., p. 164.

³⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 214.

Assim é que no nosso exemplo do credor putativo o juiz não buscaria verificar se já há algum caso anterior envolvendo as mesmas circunstâncias para decidir de acordo com ele e, em não havendo caso anterior similar, não decidiria criando o direito que lhe parecesse mais adequado, como se dá no convencionalismo. Tampouco ignoraria as decisões do passado, construindo a sua com base no que lhe parecesse mais adequado para o futuro da comunidade, como se dá no pragmatismo. No direito como integridade o juiz analisaria quais os *princípios* que fundamenta a existência do instituto do credor putativo, bem como o modo como ele é utilizado.

No direito como integridade não há espaço para a discricionariedade no sentido forte, como ocorre no convencionalismo e no pragmatismo, vez que o juiz ao decidir sempre se encontrará vinculado à realização da coerência do sistema.

O direito como integridade nos parece explicar melhor o modo como funciona o nosso direito, sobretudo quando tratamos da questão das decisões judiciais. Os juízes, ao fundamentarem suas decisões, não costumam anunciar que estão ali unicamente criando novo direito baseado num agir discricionário. Ao contrário, as sentenças, especialmente aquelas que tratam de temas inéditos ou controversos, sempre buscam apresentar fundamentos que se sustentam em decisões anteriores e na doutrina correlata ao tema.

Um juiz que decida um caso difícil não constrói seu fundamento alegando que inexistente direito sobre o tema e portanto decide o caso discricionariamente. Ao revés, os juízes buscam expor que suas decisões são corretas e justas recorrendo exatamente a uma demonstração de coerência e adequação dos seus fundamentos com os valores que são tutelados pelo ordenamento como um todo.

Por estes motivos é que não vemos espaço para a discricionariedade nas decisões judiciais. Ela simplesmente não se adequa à nossa prática jurídica. Esta se encontra muito melhor explicada quando vista sob a concepção do direito como integridade. A não ser que todos os juízes sejam pragmáticos e adotem a tática de agir *como se* os direitos existissem, enganando a todos o tempo todo, mas esta nos parece uma hipótese por demais fantasiosa para ser verdadeira.

O convencionalismo e o pragmatismo ao defenderem, por motivos diferentes, a discricionariedade, “violan algunos principios fundamentales de la sociedad democrática como son la irretroactividad de las leyes, la seguridad jurídica, la certeza Del derecho y la inalienabilidad de los derechos”³⁴⁶.

Uma vez que já tenhamos estabelecido o direito como integridade como a concepção que traz a nossa prática jurídica na sua melhor luz, acreditamos ser útil, até a título de guia, que apresentemos de maneira elaborada o modo como se dá o processo decisório no direito como integridade, de modo que o fazemos no tópico a seguir.

4.3.3.1 O processo decisório no direito como integridade

Como já vimos, no direito como integridade o juiz ao decidir deve guardar uma coerência de princípios. Como modo de ilustrar como devem se relacionar as normas em busca desta coerência, Dworkin sugere que as decisões judiciais devem ser vistas como se fossem escritas num gênero literário fictício ao qual ele chamou de romance em cadeia.

O romance em cadeia seria um romance escrito por diversos autores que se sucedem. Cada autor pega o texto num determinado ponto que foi deixado pelo seu antecessor e a partir daí tem a obrigação de escrever a sua parte da forma que melhor desenvolva o texto, que o mostre em sua melhor luz. Há, por um lado, uma obrigação de coerência com o passado, e por outro uma obrigação de planejamento para o futuro, que devem ser levados em consideração pelo autor.

O juiz, ao decidir, atuaria no romance em cadeia sendo ao mesmo tempo autor e crítico³⁴⁷. Por um lado crítico porque realizará uma releitura das decisões já prolatadas sobre o tema. Autor, por outro, porque também ele estará contribuindo para o desenvolvimento do texto deste romance em cadeia.

Nesta interpretação que realiza ao decidir o juiz deverá levar em conta duas dimensões. A primeira, da adequação, exige que, por um lado, que ele não adote uma interpretação que não

³⁴⁶ CASALMIGLIA, p. 163.

³⁴⁷ DWORKIN, DWORIN, Ronald. **O império do direito**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 275.

tenha como se adequar ao texto como um todo.³⁴⁸ Não há como ser considerada útil uma interpretação que, embora possa se adequar àquele caso específico, seja amplamente contraditória em relação ao texto como um todo.

Entretanto, nesta busca por uma resposta que se adequa ao texto como um todo, é possível que o intérprete encontre, num primeiro momento, mais de uma que satisfaça este requisito da primeira dimensão interpretativa. Neste ponto passa-se então à segunda dimensão interpretativa que exige que o intérprete, em encontrando diversas interpretações possíveis, adote aquela que melhor se adequa ao texto em desenvolvimento, após analisá-lo considerando todos os aspectos envolvidos³⁴⁹.

Em termos da liberdade na construção do seu texto, a atuação do romancista em cadeia não é tão livre quanto aquela de quem vai começar a escrever um texto independentemente, partindo do zero, mas por outro lado não é tão mecânica e vinculada como a de quem faz uma tradução direta de um texto em língua estrangeira³⁵⁰.

Uma vez explicado o romance em cadeia, Dworkin passa ao segundo ponto da sua teoria interpretativa, que trata do modo como o juiz, ao decidir como um autor no romance em cadeia, deve realizar sua interpretação para atender às demandas do direito como integridade.

Para tal, Dworkin apresenta-nos um juiz fictício, ao qual ele nomeia como Hércules, como uma referência à sua capacidade sobre-humana em analisar cada questão tão minuciosamente quanto possível, na busca de oferecer a resposta correta a cada situação que lhe é colocada. Essa resposta correta, obtida mediante a melhor interpretação de um problema, é aquela que para ele, o juiz, é a melhor do ponto de vista da moral política³⁵¹.

Algumas etapas devem ser seguidas na busca de alcançar esta melhor interpretação. A primeira destas etapas consiste na elaboração de uma lista hipotética das melhores interpretações para os casos precedentes, antes mesmo de tê-los lido³⁵². No exemplo que viemos trabalhando do credor putativo, o juiz deveria, portanto, elaborar uma lista de

³⁴⁸ Ibidem, p. 277.

³⁴⁹ Ibidem, p. 278.

³⁵⁰ Ibidem, p. 281.

³⁵¹ Ibidem, p. 286.

³⁵² Ibidem, p. 288.

hipóteses que justificassem ou não a aplicação do caráter de credor putativo, antes mesmo de consultar as decisões anteriores sobre o tema.

Este início intuitivo, entretanto, funciona apenas como ponto de partida, já que a real análise dependerá da adequação destas hipóteses ao conjunto de princípios sobre o caso em análise³⁵³. Assim é que, em seguida, deve o juiz comparar estas hipóteses com as decisões dos casos precedentes, descartando aquelas cujas interpretações não guardam coerência com as decisões prolatadas³⁵⁴. Continuando no uso do nosso exemplo, aqui o juiz compararia suas teorias com o que já foi construído, descartando aquelas que não se adequassem aos precedentes sobre credor putativo.

Esta segunda etapa deve ser realizada para atender ao pedido que o direito como integridade faz aos juízes para que

admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhe apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas³⁵⁵.

Das hipóteses que sobreviveram à primeira prova, sendo, portanto, coerentes com os princípios sobre justiça, equidade e devido processo legal adjetivo, deve-se analisar se alguma delas “deve ser excluída por incompatibilidade com a totalidade da prática jurídica de um ponto de vista mais geral”³⁵⁶. Isso é feito comparando o caso a decidir com decisões tomadas em casos não similares àquele, mas que envolvam a discussão dos mesmos valores em tela. A decisão que melhor se adequa ao direito como um todo, ferindo menos a sua integridade, tem preferência sobre as outras. Numa situação envolvendo a análise do credor putativo, por exemplo, o juiz deveria realizar a análise de outras normas que também envolvam a questão da tutela da confiança, por versarem sobre o mesmo tema ao qual é chamado a decidir.

Nesta análise da adequação deve-se levar em conta a prioridade local. Por prioridade local entendemos a idéia de dar maior importância na análise aos casos tematicamente mais próximos daquele que o juiz tem diante de si por decidir. Tal análise deve ser realizada em

³⁵³ CASALMIGLIA, op. cit. p. 171.

³⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 290.

³⁵⁵ Ibidem, p. 291.

³⁵⁶ Ibidem, p. 295.

círculos concêntricos, começando daquele que envolve os casos da área do direito em questão. Assim, no caso do credor putativo, o juiz primeiro verificaria como se dá a tutela da confiança em situações de direito obrigacional para apenas depois verificar como se dá a mesma tutela, por exemplo, dentro dos direitos reais. Se uma análise não se adéqua àquela interpretação da área mais próxima, dificilmente poderá ser utilizada³⁵⁷.

Caso mais de uma interpretação sobreviva a estas análises de adequação “deve decidir qual é a interpretação que mostra o histórico jurídico como o melhor possível do ponto de vista da moral política substantiva”³⁵⁸. Neste ponto sua resposta vai depender das suas convicções morais sobre a justiça e a equidade, não apenas em termos abstratos de superioridade, mas também na prevalência de uma delas diante do caso concreto³⁵⁹.

Este processo decisório descrito por Dworkin é o mais adequado à atuação do magistrado para a interpretação e aplicação do direito, inclusas aí as situações que envolvam normas de textura aberta. A doutrina civilista ao tratar do tema da interpretação, a despeito de muitas vezes falar em “discricionariedade”, como vimos, no mais apresenta uma descrição do processo de interpretação e aplicação do direito que se adequa à idéia do direito como integridade, razão pela qual nos parece que talvez o uso do termo discricionariedade pelos autores não se dá no sentido forte.

Assim é que, exemplificativamente, podemos citar Rodrigo Mazzei que afirma que “a atuação do magistrado nesse preenchimento estará limitada aos conceitos prevalecentes na sociedade e, porque não, na própria inteligência e rumo do sistema legal, cuja aferição será com o tempo refletida na jurisprudência”³⁶⁰. A descrição do autor da atuação do magistrado remete aos critérios que apresentamos no direito como integridade, principalmente à própria virtude da integridade, com as decisões ao longo do tempo formando uma baliza interpretativa.

Já Thiago Rodvalho dos Santos, analisando a liberdade de interpretação do magistrado no tempo atual, diz que “o intérprete passa a valorar e ponderar os diversos *topoi* e interesses em

³⁵⁷ Ibidem, p. 300. Embora o direito como integridade seja contrário à compartimentalização do direito, vez que pretende tratá-lo como um todo, termina por aceitá-la por considerar que é um aspecto da interpretação da prática jurídica que não pode ser desconsiderado, vez que amplamente utilizado, seja no meio acadêmico, seja nos tribunais.

³⁵⁸ Ibidem, p. 298.

³⁵⁹ Ibidem, p. 299.

³⁶⁰ MAZZEI, op. cit., p. 60.

conflito, escolhendo neste contexto a solução dentro do ordenamento jurídico mais justa”³⁶¹, destacando ainda a importância da equidade neste procedimento³⁶².

Ressalta o autor, portanto, duas das virtudes referidas no direito como integridade, justiça e equidade, como elementos fundamentais para o processo decisório. Destaque-se que encontramos na sua fala uma contradição já antes destacada, ao referir-se à existência de *escolha* da solução *mais justa* pelo magistrado. Exceto caso o termo *escolha* esteja sendo utilizado como mero contraponto à decisão por subsunção, sem a existência de um processo interpretativo mais elaborado, voltamos a afirmar que não concordamos com a idéia. Não há que se falar em escolha, se a única possível é a da solução mais justa.

Na mesma linha de raciocínio Bruno Miragem afirma que “as cláusulas gerais, neste sentido, permitem uma espécie de correção de rumo, um abrandamento em relação ao formalismo exacerbado, conferindo não ao juiz isoladamente, mas ao sistema judicial como um todo instrumentos para obtenção de uma decisão justa”³⁶³.

Luciano Félix do Amaral e Silva afirma que “as cláusulas gerais não introduziram no sistema a equidade como instrumento de derrogação da lei, mas como forma de buscar a decisão justa para o caso concreto, sempre em harmonia com os princípios constitucionais que atuam sobre o direito privado”³⁶⁴.

Destaca, portanto, o autor, diversas características do direito como integridade na sua descrição da aplicação das cláusulas gerais. A um afirma que as cláusulas gerais não derogam a lei, ou seja, há uma subordinação à autoridade anterior da lei, que se identifica com a nossa noção de ausência de discricionariedade. A dois, destaca a importância da equidade e da justiça, virtudes norteadoras do direito como integridade. E a três, ressalta a importância de uma interpretação harmônica dos princípios.

O juiz não pode agir tão livremente como acredita Franz Wiacker ao afirmar que, ao aplicar uma cláusula geral, o magistrado “contribuye a la creación del Derecho futuro, de la misma

³⁶¹ SANTOS, Thiago Rodvalho dos. Algumas considerações sobre o perfil atual do direito de obrigações. In: **Revista de Direito Privado**: n.37. Coords: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 266.

³⁶² Ibidem, p. 267.

³⁶³ MIRAGEM, op. cit., p. 193.

³⁶⁴ AMARAL E SILVA, op. cit., p. 141.

manera que cada golpe de aguja a la formación del tejido: traza una línea cuya dirección no puede establecerse previamente”³⁶⁵. Para não desprezar a figura de linguagem do autor, podemos dizer que o golpe de agulha dado pelo magistrado terá sua importância na definição do que se está costurando, mas não ocorrerá desvinculada daquilo que antes já foi feito.

Mais de acordo com a teoria interpretativa de Dworkin que aqui adotamos a idéia de Larenz, que tratando da aplicação do princípio da boa-fé, afirma que o juízo a ser realizado não deriva de critério subjetivo, mas sim de considerações de justiça e equidade³⁶⁶.

4.3.3.2 Críticas ao direito como integridade

Boa parte das críticas dirigidas à concepção do direito como integridade dirigem-se à figura do modelo do juiz Hércules. Uma comumente feita é a que diz que o procedimento acima descrito é algo irrealizável por juízes comuns, que têm diante de si uma série de demandas a resolver, não podendo perder tanto tempo na solução de um único caso.

Embora de certa forma essa crítica seja verdadeira, isso não implica que a concepção do direito adotada por Hércules, ou seja, o direito como integridade, não seja a melhor. Significa tão somente, no dizer de Dworkin, que os juízes precisarão cultivar algo que não se faz necessário a Hércules: “eficiência e capacidade de administrar com prudência”³⁶⁷. É verdade que num sistema de profundo déficit na organização judiciária como o encontrado no Brasil, mormente na Bahia³⁶⁸, tal tarefa pode se tornar ainda mais difícil, mas por isso mesmo ainda mais necessária.

Este modelo sofre ainda outras críticas, como a dirigida por Ost, para quem Hércules seria, em verdade, um juiz decisionista, adequado a uma concepção pragmática do direito,

³⁶⁵ WIACKER, Franz. **El principio general de la buena fé**. Madrid: Civitas, 1977, p. 40.

³⁶⁶ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**: tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 143.

³⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 316.

³⁶⁸ A situação precária, embora do conhecimento de todos, encontra sua confirmação no recente relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Auto circunstanciado de inspeção preventiva**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_corregedoria/inspecoes/relatorio_insp_n01_bahia.pdf>. Acesso em 15 nov. 2009.

substituindo a lei unicamente pela jurisprudência, enxergando apenas o caso concreto e desprezando a abstração da lei³⁶⁹.

Afirma Ost que o modelo do juiz Hércules seria uma reação a um outro modelo de juiz, aquele representativo do positivismo, ao qual ele chama de Júpiter. Enquanto este último seria uma encarnação das necessidades do Estado Liberal, preocupado apenas com a análise da legalidade da norma, aquele outro corresponderia aos anseios do Estado Social, preocupado unicamente em atender às necessidades que lhe são trazidas, de modo assistencialista, sem se preocupar com questões como a prévia existência de norma sobre o tema³⁷⁰.

A crítica realizada por Ost, nos parece, entende o Hércules de Dworkin de uma forma não descrita por este. Como assinala Streck, a interpretação de Ost não enxerga que o processo decisório De Hércules, como descrito por Dworkin demanda por coerência como exigido pelo direito como integridade³⁷¹. Não há que se falar em decisionismo ou discricionariedade se a decisão se encontra vinculada a uma fundamentação baseada no conjunto de princípios que integram e dão coerência ao ordenamento jurídico.

Outra crítica que pode ser realizada à teoria do direito como integridade diz respeito à ausência de determinação por parte de Dworkin, que parece se manifestar tanto num quanto noutro sentido, acerca de ser a virtude da integridade ser um valor absoluto, acima da justiça e da equidade, ou um valor relativo, que possa ceder lugar a cada uma destas outras virtudes diante do caso concreto³⁷².

Se for absoluta a preponderância da integridade, teríamos aqui uma certa semelhança com algumas formulações do convencionalismo, engessando as decisões em prol do atendimento de uma meta já preestabelecida.

Caso, de modo contrário, não haja prioridade, corre-se o risco de cairmos no uso da discricionariedade. Preferimos, entretanto, esta última proposta, primeiro porque a blindagem

³⁶⁹ OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In: **DOXA**. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf?portal=4, p. 170. Acesso em: 20 out. 2009.

³⁷⁰ Ibidem, p. 177.

³⁷¹ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 343.

³⁷² CASALMIGLIA, op. cit., p. 172.

contra a discricionariedade é oferecida pela própria teoria do direito como integridade, conforme já explicado e em segundo por conta de a análise diante do caso concreto favorecer de modo mais adequado à obtenção de um ordenamento que atenda a todas as virtudes necessárias ao bom funcionamento da democracia.

Podemos ainda apontar crítica que é trazida por Brisa Paim Duarte, baseada na lição de Stanley Fish³⁷³, tocando a questão da decisão a ser realizada pelo primeiro autor do romance em cadeia. É que este primeiro autor, por estar iniciando a história, em tese não se encontraria vinculado como os posteriores. Poderia ele iniciar o romance como bem entendesse, sem qualquer limitação, agindo, portanto, arbitrariamente³⁷⁴.

A própria autora, recorrendo aos ensinamentos de Dworkin, esclarece que, em verdade, este problema se encontra mitigado pela própria necessidade de aquele que iniciará o romance em cadeia em fazê-lo de modo adequado, buscando o melhor início do mesmo modo como buscaria a melhor resposta para dar continuidade à história, atendendo às necessidades do direito como integridade³⁷⁵.

A autora, entretanto, considera que essa explicação dada por Dworkin é insuficiente, afirmando que ainda assim é conferido ao primeiro intérprete uma maior liberdade, vez que ele não tendo uma matéria de onde partir, não se encontraria vinculado a decidir em nenhum sentido³⁷⁶. De nossa parte, a despeito de concordamos que há uma maior liberdade para o primeiro intérprete em relação aos demais, não consideramos este fator como impeditivo do uso da teoria dworkiana. É que não enxergamos a existência de um *lugar zero* em termos da nossa prática jurídica atual que seja tão desvinculado a ponto de o autor ter liberdade para decidir num nível que poderia ser taxado de arbitrário. A vinculação à integridade do direito encontra-se sempre presente.

³⁷³ FISH, Stanley. **Is there a text in this class?** The authority of interpretive communities. Harvard: 1980. Em apertada síntese podemos apontar como características da teoria de interpretação literária de Fish: a) a existência de comunidades de intérpretes, que partilham dos significados das palavras; b) a inexistência de significados prévios das palavras se levando em conta unicamente as estruturas semânticas e gramaticais; c) a construção do significado a partir do contexto, diretamente ligado à questão da comunidade de intérpretes em que a interpretação se realiza.

³⁷⁴ DUARTE, Brisa Paim. **Considerações acerca das aproximações alegóricas entre direito e arte:** na tentativa de uma conexão de autoria juridicamente compromissada. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009, p. 45.

³⁷⁵ Ibidem, p. 49.

³⁷⁶ Ibidem, p. 50.

4.4 INTEGRIDADE, INDETERMINAÇÃO E ADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES

Neste tópico final do trabalho, abordaremos artigos do Código Civil de 2002 que possuem na sua construção o uso de conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios no adimplemento da obrigação, apresentando interpretações que utilizam a idéia do direito como integridade.

Não pretendemos dar soluções últimas interpretativas aos artigos em questão, até porque dentro da concepção do direito que defendemos ao longo do texto isso não nos parece possível. Queremos sim oferecer uma contribuição à busca da resposta correta na interpretação de tais artigos.

Para tanto realizamos pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais com o intuito de lançar a melhor luz sobre cada um dos artigos em questão. No tocante à pesquisa jurisprudencial, embora nossa intenção inicial fosse realizar a pesquisa unicamente no STJ ou no TJ-BA, acabamos utilizando decisões de diversos tribunais brasileiros. Isto se deu por conta da impossibilidade de encontrar nos citados tribunais um quantitativo suficiente e variado de decisões sobre os temas aqui tratados.

Organizamos a abordagem por grupos temáticos, favorecendo assim o entendimento com base numa prioridade local, por considerarmos que os temas mais próximos se influenciam de modo mais direto e relevante.

4.4.1 Sujeitos no pagamento

Os sujeitos na norma jurídica são tratados a partir de abstrações generalizantes, até porque não é possível criar, antecipadamente, padrões de conduta diferenciados para serem aplicados a cada indivíduo³⁷⁷. Como vimos, a realização do adimplemento passa necessariamente por análises que se encontram estreitamente vinculadas com os sujeitos envolvidos na relação obrigacional, mormente o credor. O adimplemento, para que se realize, necessita satisfazer objetivamente o credor que, neste primeiro momento, visualizamos como sujeito abstrato e genérico.

³⁷⁷ HART, op. cit., p. 137.

A satisfação do credor que deve ser alcançada, por ser objetiva, não leva em conta aspectos psicológicos, pessoais. A análise objetiva se dá, num primeiro momento, a partir de uma abstração da figura do credor.

Destaca-se a importância de tratar da figura do credor, pois a satisfação objetiva dos interesses dele é a própria finalidade da relação obrigacional, conforme tratamos no capítulo anterior. Como aponta Clóvis do Couto e Silva, a relação obrigacional se encadeia e desdobra para o adimplemento, para a satisfação dos interesses do credor³⁷⁸. É, portanto, o adimplemento a própria finalidade da obrigação, de modo que o alcance dos seus efeitos constitui o próprio atendimento à função social da obrigação. Assim é que podemos afirmar que, numa análise finalística da obrigação, a satisfação dos interesses do credor é o *télos* da relação obrigacional³⁷⁹.

Deste modo, a idéia de alcançar este objetivo, qual seja o adimplemento com a satisfação objetiva do credor, será um *parâmetro interpretativo* que deverá ser utilizado para integralizar o conteúdo dos conceitos indeterminados e princípios atinentes à matéria.

No Direito Civil os sujeitos são comumente analisados a partir de abstrações que envolvem o padrão do homem médio, como o chamado “bom pai de família”, e assim também o é em relação aos sujeitos participantes da relação obrigacional.

Entretanto, a partir do paradigma da indeterminação dos conceitos com a sua adequação em busca da resposta correta para a questão – entendida, como já vimos, como a resposta mais justa – não podemos mais analisar a figura do credor unicamente a partir do tão comum parâmetro dentro do Direito Civil do “bom pai de família”. Devemos realizar tal análise levando em conta também os outros arquétipos que compõem a sociedade e não apenas um único e irreal padrão³⁸⁰. Esta tendência a considerar os sujeitos como iguais é, como já apontamos no primeiro capítulo, uma reminiscência da ideologia da sociedade, que não deve ser utilizada no atual paradigma de superação do positivismo clássico.

³⁷⁸ COUTO E SILVA, op. cit., p. 17.

³⁷⁹ SILVA, op. cit., p. 46.

³⁸⁰ Ibidem, p. 45-46.

Há necessidade, como pondera Judith Martins-Costa, de buscar “a pessoa que está por detrás do sujeito de direito titular de um patrimônio, pois a relação obrigacional, conquanto diga respeito, preponderantemente, a interesses patrimoniais, também enseja a tutela de bens da personalidade, inclusive aqueles que são objeto de direitos constitucionais fundamentais”³⁸¹.

Assim é que partindo do novo paradigma do Código Civil a indeterminação tão conhecida do termo “sujeito”, passa a ser encontrada de modo vigoroso também em relação aos termos “credor” e “devedor”, que são os principais sujeitos envolvidos numa relação obrigacional.

Com isto não se quer afastar a existência da categoria abstrata do sujeito, nem do seu papel seja como credor, seja como devedor, até porque, como já observamos, tais abstrações são inerentes e necessárias ao ordenamento jurídico. O que se destaca aqui é a necessidade de se realizar a análise de tais sujeitos a partir não apenas de uma medida abstrata, mas também do sujeito em si, presente na situação concreta; é a chamada diretriz da concretude³⁸². Somente assim é que conseguiremos tratar as situações de adimplemento de um modo mais justo, que não leve em conta unicamente uma pretensa igualdade formal entre os sujeitos³⁸³.

Em que pese o fato de no Código Civil, ao contrário de outras legislações, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, ou das leis trabalhistas, os sujeitos se encontrarem pretensamente numa situação de equiparação, isso não significa que necessariamente o estejam. O que ocorre é que aqui, não há uma presunção *jure et de jure* desta superioridade de um dos sujeitos. Neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ-BA) que, sob a seguinte fundamentação, julgou improcedente o agravo em que uma pessoa jurídica, tendo adquirido tintas para revenda junto a outra, buscou proteção do CDC, alegando a existência de desequilíbrio entre os sujeitos:

Repise-se que a espécie dos autos envolve duas pessoas jurídicas, as quais, pela natureza do negócio pactuado - concessão de crédito para aquisição de produtos do ramo de tintas -, não guardam qualquer relação de desequilíbrio entre si, de sorte a justificar a aplicação do diploma consumerista. Com efeito, não se depreende da avença a vulnerabilidade inerente as relações de consumo, dela não decorrendo que

³⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**: do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações: vol. V, tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 5.

³⁸² Ibidem, p. 10.

³⁸³ Ibidem, p. 10.

qualquer das partes se submeterá as determinações unilateralmente impostas pela outra³⁸⁴.

O tratamento diferenciado entre os sujeitos, possibilitando a incidência de, por exemplo, a função corretiva da boa-fé objetiva numa situação contratual, será aplicável somente quando este desequilíbrio se manifestar em concreto³⁸⁵, o que só evidencia a importância da vagueza atribuída às figuras abstratas do credor e do devedor. É, portanto, a partir da análise da vulnerabilidade de uma das partes diante do caso concreto, ou seja, a partir da consideração das características daquele sujeito em si, e não mais do sujeito completamente abstrato da norma, que deverá o julgador tratar a figura do credor ou devedor, como neste julgado do TJ-SP:

Não restam dúvidas de que autor e réu não se inserem em relação consumista entre si, porém a vulnerabilidade e desequilíbrio são características marcadas no contrato firmado entre o banco e o prestador de serviços. Trata-se de contrato de adesão porém no âmbito civil, recepcionado pelo Código Civil de 2002 (art. 423 e 424) cujo negócio tem como características a desigualdade material, não prescindir de manifestação da vontade e ainda a inviabilização de negociação prévia³⁸⁶.

Esta desigualdade substancial entre os sujeitos numa relação obrigacional regulada pelo Código Civil pode decorrer de diversos fatores, como a superioridade econômica por parte de um deles, ou a ausência de esclarecimentos necessários nas tratativas que levaram à formação do vínculo obrigacional. Como dissemos, o tratamento diferenciado não é a regra no Direito Civil, porém, mediante uma análise que leve em conta o direito como integridade, tal tratamento diferenciado às partes, com maior proteção de uma delas, pode ser fundamentado.

É que o juiz não se atrelará tão somente às regras do Direito Civil, mas sim ao sistema como um todo para decidir o caso em questão. Notará na sua análise que o nosso direito busca conferir uma maior proteção àqueles que se encontram em situação de hipossuficiência, como é o caso já citado da presunção *jure et de jure* existente no Direito do Trabalho e Direito do Consumidor. Há, portanto, um valor que diz que aquele que contrata numa situação de grande

³⁸⁴ BAHIA. Tribunal de Justiça (Quarta Câmara Cível). Agravo de instrumento nº 53779-6/2008, da 10ª Vara Cível de Salvador. Agravante: Sherwin Williams do Brasil Indústria e Comércio Ltda. - Divisão Lazzuril. Agravada: Central das Tintas Ltda. Relatora: Juíza Carmem Lúcia Santos Pinheiro. Salvador, 14 de janeiro de 2009. Disponível em <<http://www.tjba.jus.br>>. Acesso em: 28 jul. 2009.

³⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**: do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações: vol. V, tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 43-44.

³⁸⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (Seção de Direito Privado, 35ª Câmara). Agravo de instrumento nº 1276398- 0/1, da 20ª Vara Cível de São Paulo. Agravante: Banco Cacique S/A. Agravado: Gabriel Severo Pereira Gomes. Relator: Desembargador José Malerbi. São Paulo, 29 de junho de 2009. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 28 jul. 2009.

inferioridade em relação ao outro contratante deve ser protegido, valor este que ele poderá aplicar numa outra situação, que se coadune com o padrão que se pretende proteger, ainda que não haja uma regra específica nesse sentido.

Os padrões de análise se tornam mais complexos quando, para além da análise da concretização da figura abstrata do credor, temos ainda outros fatores a serem levados em consideração, como nos casos em que o pagamento é realizado a um sujeito que não o credor, como ocorre com o credor putativo, o portador da quitação e o pagamento realizado a terceiro não representante do credor.

O conceito de credor putativo, que não se encontra no Código Civil, é, em suas linhas gerais, abordado quase que de forma unânime na doutrina como sendo aquele sujeito que, embora não o seja, aos olhos de uma pessoa com agindo com diligência comum, apareceria como credor³⁸⁷. Acontece que, como já vimos, por mais que seja necessário o caráter generalizante da norma, não podemos querer fechar os olhos para o fato de que existem, ao menos, alguns arquétipos de “pessoas comuns”. Ademais, faz-se necessário também analisar quais são os fatores considerados como minimamente suficientes para que um sujeito atinja o patamar de credor putativo.

O preenchimento da norma para verificação na concretude da existência de uma situação de putatividade, nos parece dever se guiar pela análise da boa-fé, na sua acepção subjetiva, por parte daquele que paga, associada à análise, objetiva, das circunstâncias que envolveram o pagamento.

Nas situações em que o pagamento é realizado a terceiro que não o credor, seja ele credor putativo ou portador da quitação, a análise da eficácia do pagamento não se restringe unicamente ao aspecto da satisfação objetiva do credor. A opção do texto legal, bem como o trato da matéria pela doutrina e jurisprudência, foi de proteger a segurança das relações negociais como um todo, em detrimento de unicamente a segurança do credor.

³⁸⁷ MONTEIRO, op. cit., p. 259; GAMA, op. cit., p. 231; SILVA, op. cit. p. 105; FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 235; PEREIRA, op. cit., p. 175; VENOSA, op. cit., p. 178; BEVILAQUA, op. cit., p. 72.

Desta feita, na determinação da suficiência das circunstâncias que gerem eficácia ao pagamento realizado ao credor putativo, a doutrina costuma evocar a chamada teoria da aparência³⁸⁸, sendo o mesmo fundamento adotado também pela jurisprudência.

Assim, por exemplo, em sede de recurso especial julgado pelo Ministro João Otávio de Noronha, uma seguradora foi obrigada a pagar o prêmio à verdadeira credora, mesmo já tendo realizado pagamento a outra pessoa que a seguradora alegou ser credor putativo, por ter o julgador considerado que a seguradora não agiu com a mínima diligência na verificação de quem seria o verdadeiro credor³⁸⁹.

Tutela-se, portanto, o pagamento feito ao credor putativo, lhe conferindo eficácia, desde que se coadunem as circunstâncias objetivas – aparência de credor – e as circunstâncias subjetivas – diligência no pagamento. Afinal, se toda vez que um pagamento fosse realizado tivesse o devedor que checar exhaustivamente a legitimidade daquele que sob razoável análise aparenta ser credor estaria completamente emperrado o tráfego jurídico das relações obrigacionais. A opção se dá, portanto, pela tutela da confiança do devedor e da fluidez das relações obrigacionais³⁹⁰.

De igual modo, para a aferição da eficácia do pagamento realizado ao portador da quitação. O art. 311, do CC determina que o portador da quitação considera-se autorizado a receber o pagamento “salvo se as circunstâncias contrariarem a presunção daí resultante”. A doutrina deste artigo, que é reprodução do art. 937 do nosso antigo Código Civil, encontra sua origem no Código Civil alemão, que por sua vez o recepcionou do Código Comercial do mesmo país³⁹¹. Nela temos mais um exemplo de situação em que as regras relativas ao sujeito do adimplemento possuem um conceito indeterminado. Mais uma vez, a análise das variáveis para concluir pela eficácia do pagamento, passa pela tutela da boa-fé, da confiança, do princípio norteador da eticidade que perpassa todo o Código Civil.

³⁸⁸ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 117-118; FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 235.

³⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.044.673. Recorrente: Icatu Hartford Seguros S/A. Recorrida: Maria Luiza Pigni Santiago Pereira. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 02 de junho de 2009. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 01 ago. 2009. “1. Pela aplicação da teoria da aparência, é válido o pagamento realizado de boa-fé a credor putativo. 2. Para que o erro no pagamento seja escusável, é necessária a existência de elementos suficientes para induzir e convencer o devedor diligente de que o recebente é o verdadeiro credor”.

³⁹⁰ MARQUES, op. cit., p. 48; SILVA, op. cit., p. 106.

³⁹¹ BEVILAQUA, op. cit., p. 74.

Nossos Tribunais têm entendido que o pagamento produziu seus efeitos, ainda que não tendo sido realizado ao credor mas sim àquele que portava a quitação, nas situações em que as circunstâncias do caso contribuem para o reforço desta presunção. Assim, exemplificativamente, julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo em que devedora do Banco Cacique S/A deveria pagar carnê de cobrança que, segundo alegação não comprovada do banco, expressamente determinava que o pagamento poderia ocorrer somente no banco Bradesco. Ocorre que, a despeito desta pretensa determinação, a devedora, por mais de uma vez, realizou pagamento do carnê numa empresa encarregada de realizar cobranças pelo Banco Cacique S/A. Pagamento este que, inclusive, foi reconhecido pelo referido banco. Em tal situação, a quitação oferecida pela empresa de cobrança foi considerada válida e o pagamento eficaz³⁹². Tal tratamento do tema, aliás, é aplicado desde a vigência do Código Civil de 1916, por força do já destacado art. 937, de teor igual ao do atual 311³⁹³.

Deste modo, o pagamento realizado a terceiro, nos casos do credor putativo e do portador da quitação, alcançará sua eficácia independentemente do pagamento alcançar seu principal objetivo, que é a satisfação objetiva do credor. O preenchimento valorativo destes conceitos indeterminados tem indicado na direção da tutela da proteção daqueles devedores que, agindo de boa-fé (subjéctiva), realizam o pagamento a quem parecia (objetivamente) apto a recebê-lo. A liberação do devedor, desde que atendidos os requisitos apontados, se dará, portanto, independentemente da satisfação do credor.

As decisões envolvendo credor putativo e portador da quitação, numa perspectiva do direito como integridade, se influenciam fortemente. Primeiro porque tratam dos mesmos valores: boa-fé, com a tutela da confiança em prol da fluidez do tráfego negocial e diligência, como contraponto para que não haja abuso na tutela da confiança. Ademais, possuem grande proximidade local, versando não apenas sobre uma mesma área do direito, mas sobre um ponto específico dela, qual seja o tratamento dado aos sujeitos que recebem o pagamento. A proximidade no preenchimento dos tipos das duas espécies tem feito inclusive com que sejam

³⁹² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (Seção de Direito Privado, 3ª Câmara). Apelação c/Revisão nº 165.610.4/3-00, de São José dos Campos. Apelante: Josefã Raimunda Bezerra. Apelado: Banco Cacique S/A. Relator: Juiz Enéas Costa Garcia. São Paulo, 12 de agosto de 2005. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 28 jul. 2009.

³⁹³ TJ-SP; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (Seção de Direito Privado, 1ª Câmara). Apelação s/Revisão nº 623176-00/2, de São Paulo. Apelante: Fausto Batista de Souza. Apelado: Condomínio Vila Viçosa. Relator: Juiz Vanderci Álvares. São Paulo, 27 de novembro de 2001. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 28 jul. 2009.

comumente encontrados julgados em que os magistrados recorrem a ambas as normas para o julgamento de um caso concreto³⁹⁴.

A tutela da confiança nas situações descritas é encontrada também em outros ordenamentos jurídicos. Assim no art. 1164³⁹⁵ do Código Civil espanhol, que determina que o pagamento feito de boa-fé ao que estiver em posse do crédito liberará o credor e no art. 1576³⁹⁶, do CC chileno, em termos muito similares ao espanhol, acrescentando que a validade do pagamento se manterá ainda que depois se descubra que o crédito não pertencia àquele a quem foi realizado.

Diferentemente se dá em relação ao pagamento realizado a terceiro que não se encontra em nenhuma das duas situações acima, nem tampouco figurava como representante do credor. Neste caso a norma do art. 308 determina que o pagamento será eficaz somente quando reverter em proveito do credor, ou quando ele o ratificar.

Não há mais uma presunção de autorização de pagar por parte do devedor. Muito pelo contrário, ele realizou pagamento a pessoa que claramente não se encontrava autorizada a recebê-lo, de modo que, ressalvadas as exceções legalmente previstas, não estará liberado, ficando obrigado a pagar novamente.

É que aqui não estão presentes, como nos casos anteriores, elementos que caracterizem a presunção da existência de um agir probó por parte do devedor, ao revés, foi ele negligente ao

³⁹⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação c/ revisão n.952913-0/8, de São José do Rio Pardo. Apelante: Marítima Seguros S/A. Apelada: Maria Aparecida Rosa da Silveira. Relator: Des. André Luis Bicalho Buchignani. São Paulo, 04 de dezembro de 2006. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2009. “Ementa: Seguro obrigatório - anulação de quitação - pagamento efetuado a quem se apresentou com quitação subscreta pela credora e com firma reconhecida - pagamento da indenização efetuado com cheque nominativo para levar em conta - Credor putativo e boa-fé do *solvens* - validade da quitação - Recurso a que se dá provimento, prejudicado o agravo retido”. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (13ª Câmara Cível). Apelação nº 1.0390.05.009723-2/001, de Machado. Recorrente: José Lazaro Nanetti Carvalho. Apelado Cláudio Capelini. Relator: Des. Alberto Henrique. Belo Horizonte, 07 de agosto de 2008. Disponível em <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 30 jul. 2009. “Caberia ao apelante, no momento do pagamento do seu débito, acautelá-lo acerca da validade da quitação, diligenciando para que o pagamento fosse feito ao verdadeiro credor, a fim de que não fosse compelido a pagar duas vezes pela mesma dívida. Não há nos autos comprovação de que o terceiro que deu quitação, possuísse mandato outorgado pelo apelado, para em seu nome receber o pagamento e dar quitação”.

³⁹⁵ “Art. 1164. El pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, liberará el deudor”.

³⁹⁶ Na sua parte final: “El pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, es válido, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía”.

pagar a um sujeito que ele *sabia* não ser o credor, nem apresentava *indícios objetivos* de estar por este autorizado a receber o pagamento.

O pagamento alcançará sua eficácia, como já destacado, apenas caso reverta ele em favor do credor, ou caso o credor o ratifique. A situação de ratificação não oferece maiores dificuldades, embora possa surgir, na prática, dúvidas quanto a se uma ação é suficiente para caracterizar uma ratificação. A outra hipótese, do pagamento reverter em proveito do credor, por sua vez, configura mais um conceito indeterminado utilizado na normatização das situações de adimplemento.

A doutrina elenca algumas situações em que se pode considerar que o pagamento reverteu em proveito do credor, como quando simplesmente a pessoa não autorizada a receber o pagamento o transmitiu ao credor, ou em o tendo recebido e utilizado indeniza o credor, quando apesar de feito a terceiro o pagamento se agrega a bem do credor³⁹⁷, ou ainda quando o pagamento foi feito a um sujeito que embora não fosse o credor naquele momento, posteriormente o passa a ser, por conta de uma situação de sucessão ou alienação do direito³⁹⁸.

Discutível, entretanto, a possibilidade da extinção quando o pagamento se realiza a credor do credor, sendo assim utilizado para saldar a dívida deste último³⁹⁹. Primeiro porque realizar o pagamento ao credor do credor consiste em dispor dos bens deste sem a sua autorização, o que em regra não é permitido pelo ordenamento. Ademais, há a possibilidade deste pagamento acabar por gerar mais prejuízo do que benefício ao credor que deveria ter recebido o pagamento inicialmente, como, por exemplo, se pretendia ele utilizar aquele crédito ou bem para o pagamento de uma dívida diferente daquela que quitaram à sua revelia e cujo inadimplemento lhe seria mais gravoso, por possuir uma maior tarifa de juros, uma cláusula penal, ou ser garantida pela hipoteca de imóvel seu, dentre outras possibilidades. Pelas mesmas razões, discutível também o exemplo encontrado na doutrina do menor que, tendo recebido do pai o pagamento de pensão destinada à sua mãe, utiliza o valor para quitar mensalidades escolares⁴⁰⁰.

³⁹⁷ SILVA, op. cit., p. 104.

³⁹⁸ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 238.

³⁹⁹ SILVA, op. cit., p. 104, contra. A favor da eficácia: RODRIGUES, op. cit., p. 137; Vinculando a eficácia a outros fatores: GONÇALVES, op. cit., p. 250.

⁴⁰⁰ RODRIGUES, op. cit., p. 137.

A mesma lógica do art. 308 informa o art. 310, que trata do pagamento cientemente feito ao credor incapaz de citar, vinculando a eficácia deste adimplemento fato do pagamento reverter em proveito do credor incapaz. Também aqui não há situação de proteção do devedor, tutela da sua confiança, pois paga de modo imprudente, sabendo que pagou a quem não deveria fazê-lo. Desta feita, as causas lá elencadas como sendo suficientes para considerar que o pagamento reverteu em proveito aplicam-se também a esta situação. Bevilacqua, comentando o art. 936 do Código Civil de 1916, que tem redação praticamente idêntica ao art. 310 do Código Civil de 2002, aponta, exemplificativamente, como situações que o pagamento pode ser considerado proveitoso “quando aplicado na aquisição de imóveis, no pagamento de exigíveis, e por outros modos semelhantes, que consolidem, ou aumentem o patrimônio do credor”⁴⁰¹.

Ainda atinente aos aspectos envolvendo os sujeitos no pagamento, temos mais uma situação envolvendo a boa-fé, presente no parágrafo único do art. 307. De acordo com esta norma, embora o pagamento que envolva transmissão de propriedade só deva ser feito por aquele que pode alienar o objeto, caso este seja coisa fungível e o credor que o recebeu, de boa-fé, o consuma, considera-se como sendo eficaz o pagamento⁴⁰².

4.4.2 Objeto e prova do pagamento

Aqui encontramos três situações que envolvem as normas com textura semântica aberta: na referência à possibilidade de revisão do valor da prestação, na flexibilização dos requisitos da quitação, bem como na delimitação das exceções à possibilidade de pagamento de obrigação pecuniária não realizado em moeda nacional.

⁴⁰¹ BEVILAQUA, op. cit., p. 73.

⁴⁰² O TJSP, por exemplo, já apontou a inaplicabilidade de tal regra para situações envolvendo o pagamento feito em dinheiro por mutuário a instituição financeira, já que isso implicaria o fim da existência da ação de repetição de indébito. TJ-SP: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (Seção de Direito Privado, 14ª Câmara). Apelação nº 7.112.391-6, de Marília. Apelante: Silvano Lima de Luma. Apelado: Banco Mercantil de São Paulo S/A. Relator: Desembargador Melo Colombi. São Paulo, 26 de março de 2009. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 28 jul. 2009.

Já o TJRS considerou aplicável a norma em situação em que um servidor, por erro da administração pública, recebeu uma verba indevida e de boa-fé a consumiu, fundamentando a impossibilidade da devolução também no caráter alimentar da verba em questão: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (4ª Câmara Cível). Apelação nº 70029764933, de Santa Bárbara do Sul. Apelante: Município de Santa Bárbara do Sul. Apelado: José Fernando Lírio. Relator: Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 01 de julho de 2009. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 ago. 2009. APELAÇÕES 70029764933, 70026160283.

A primeira situação é a que trata da possibilidade de revisão do valor da prestação devida. Delimitada no art.317, que determina que “quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”, encontramos aí o princípio da revisão da prestação, cuja ocorrência em termos similares volta a ser encontrada nos arts. 478 a 480.

Antes do advento do Código de 2002, mesmo com a função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana já presentes na Constituição Federal de 88, ao falar sobre princípios contratuais, referia-se quase que exclusivamente à autonomia da vontade, remetendo à idéia da liberdade contratual, do *pacta sunt servanda*. Com base neste pensamento é que se pode afirmar que para o direito liberal clássico a noção de autonomia restringia-se à ausência de interferências externas, propiciando às partes total liberdade no auto-regramento em busca da realização dos seus interesses individuais. Tal idéia, da supremacia absoluta da autonomia da vontade das partes na relação contratual, tem sua origem histórica, conforme já tratamos, nos ideais da revolução francesa, que, pretendendo sepultar a tradição absolutista, o poder do príncipe, buscou desvincular ao máximo da interferência estatal as relações entre particulares. A igualdade baseava-se, portanto, tão somente no critério de igualdade formal, ou seja, de ausência de distinções entre os indivíduos perante a lei.

Entretanto, esta idéia da liberdade do indivíduo como cânone máximo se viu enfraquecida com o advento do Estado social, que trouxe de volta a intervenção do Estado às relações privadas.

Entende-se por Estado social, no plano do direito, todo aquele que é regido por uma Constituição que regule a ordem econômica e social. Nesse sentido, substituiu o Estado liberal, cuja constituição voltava-se à delimitação do poder político ou à organização política e à garantia dos direitos individuais, deixando a ordem econômica à "mão invisível" do mercado⁴⁰³.

Inseridos neste contexto ideológico, passamos a uma nova realidade em que não é mais possível a ausência de intervenção do Estado nas relações privadas. Deixamos de seguir a

⁴⁰³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito do estado federado ante a globalização econômica . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2243>>. Acesso em: 08 set. 2007.

ficção jurídica de que todos somos iguais. Embora esta igualdade formal tenha sido importante num determinado momento histórico, ela deixa de ser suficiente para atender às demandas do mundo capitalista contemporâneo. Passamos então a perseguir uma igualdade substancial, em que não basta mais que a lei diga que todos somos iguais, é necessário que ela garanta a existência real desta igualdade. Em outras palavras, o Estado passa por um renascimento no seu papel de regulador das relações privadas, devendo agora intervir para que a pretendida igualdade se realize.

A idéia da busca do equilíbrio econômico contratual, entretanto, não é nova, com suas origens na cláusula de Direito Romano *rebus sic stantibus*, já tendo modernamente sido alvo de diversas teorias a respeito da revisão contratual, dentre elas as mais difundidas tendo sido as teorias da imprevisão, a da base objetiva de Larenz e a da onerosidade excessiva.

Este princípio que busca possibilitar a revisão contratual encontra-se em diversos institutos do nosso Código Civil, tais quais no estado de perigo (art. 156), na lesão (art.157) – estes atinentes ao desequilíbrio no momento da formação do negócio – e da onerosidade excessiva, nos já referidos arts. 317 e 478 a 480, que tratam do desequilíbrio surgido em momento posterior à formação da obrigação.

O art. 317, de acordo com Judith Martins-Costa, é uma manifestação da diretriz da socialidade, um dos três princípios norteadores do Código Civil de 2002, por permitir a intervenção do Estado na relação obrigacional, para adaptá-la “ao contexto econômico-social no qual se desenvolve de modo dinamicamente, a fim de cumprir sua função de produção e intercâmbio de produtos, serviços e direitos”⁴⁰⁴.

Embora o nosso objeto de estudo aqui seja o citado art. 317, levando em conta a abordagem do direito como integridade as decisões relativas a todos estes outros artigos que acabamos de citar influenciam fortemente a aplicação do que ora estudamos, já que versam sobre o mesmo tema. Assim, há proximidade na análise dos princípios que os informam, favorecendo cada um deles a interpretação do outro, sendo não raro encontrarmos alguns deles sendo utilizados conjuntamente como fundamentação das decisões.

⁴⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações**. Do adimplemento e da extinção das obrigações: vol. V, tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 299.

Com base neste princípio da revisão contratual, como disposto no art. 317, caberá ao judiciário, mediante provocação do interessado, revisar ou resolver o contrato, quando surgir, por conta de um evento imprevisível e extraordinário, uma excessiva onerosidade na prestação, ou seja, no objeto da relação contratual. É que “este fato imprevisível e extraordinário, por modificar a base objetiva do contrato, permite sua revisão, pois desequilibra as prestações das partes contratantes.”⁴⁰⁵ Há, portanto, uma consideração acerca da modificação da base objetiva do contrato.

Os fatores de imprevisibilidade e excessiva onerosidade têm sido considerados essencialmente de modo objetivo pela jurisprudência, quanto ao que há apoio⁴⁰⁶ e discordância⁴⁰⁷ na doutrina. Fato é que os Tribunais não têm considerado a mudança situacional do caráter subjetivo dos contratantes para a análise da existência de onerosidade excessiva, ainda que tal já comece a se verificar na doutrina estrangeira⁴⁰⁸.

A aplicação parcimoniosa, aliás, é essencial para o bom andamento do princípio da onerosidade excessiva em nosso sistema, sob pena de ser ele transformado em instrumento para revisão indevida de maus negócios realizados. O STJ tem sido rígido na verificação da presença do requisito objetivo da imprevisibilidade do evento, já tendo decidido, por exemplo, pela inaplicabilidade do princípio em situação em que um agricultor, que havia vendido sua safra futura, pretendeu revisão no valor da contraprestação por conta do aumento no valor da saca⁴⁰⁹. Na mesma linha, diversas decisões dos tribunais estaduais, apontando a

⁴⁰⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. A atual teoria geral dos contratos . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 811, 22 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7267>>. Acesso em: 16 ago. 2007.

⁴⁰⁶ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 245.

⁴⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações: vol. V, tomo I. 2. ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 309. A autora considera que a análise da imprevisibilidade passa também por fatores subjetivos como “a qualidade das partes, a sua característica profissional”.

⁴⁰⁸ RENNERT, Rafael. **Novo direito contratual: a tutela do equilíbrio contratual no Código Civil.** Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2007.

⁴⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Recurso Especial nº 803.481-GO. Recorrente: Cargill Agrícola S/A. Recorrido: Luiz Ferreira Lima. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 28 de junho de 2007. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 01 set. 2007. “Na hipótese afigura-se impossível admitir onerosidade excessiva, inclusive porque a alta do dólar em virtude das eleições presidenciais e da iminência de guerra no Oriente Médio – motivos alegados pelo recorrido para sustentar a ocorrência de acontecimento extraordinário – porque são circunstâncias previsíveis, que podem ser levadas em consideração quando se contrata a venda para entrega futura com preço certo”.

inaplicabilidade do princípio em situações das mais diversas, por considerar a falta dos seus requisitos, notadamente a imprevisibilidade⁴¹⁰.

A doutrina elenca inclusive situações não contratuais em que pode se dar a aplicabilidade do art. 317, como no caso de um sujeito que, tendo direito a uma verba indenizatória por conta de um acidente, e recuperando-se de modo inesperado com a diminuição do dano sofrido, abre espaço para a revisão do valor da indenização cominada⁴¹¹.

A segunda situação em que temos na regulação do objeto uma norma com estrutura semântica aberta, é a do parágrafo único do art. 320, de acordo com a qual “ainda sem os requisitos estabelecidos neste artigo valerá a quitação, se de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida”. Aqui, ao invés de enumerar o legislador as situações outras que possibilitariam a validade da quitação ainda que na falta dos seus requisitos, optou pelo uso da expressão “de seus termos ou das circunstâncias”, que se caracteriza como sendo um conceito indeterminado. A doutrina tem apontado que devem ser analisadas as circunstâncias subjetivas e objetivas que envolvem o pagamento⁴¹². Assim é que para verificar se resta suprida a deficiência da quitação, devem ser observados os usos do lugar e os usos do tipo de relação em questão, bem como as peculiaridades das partes; servindo ainda como quitação “a declaração de recebimento por fax ou por telegrama, os tíquetes de máquinas etc., apesar de não serem quitação em sentido estrito”⁴¹³.

⁴¹⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (Seção de Direito Privado, 4ª Câmara). Apelação nº 405.888.4/9-00, de Sumaré. Apelante: Euza Hitomi Sasamoto. Apelados: Construtora Alaiate e outros. Relator: Fábio Quadros. São Paulo, 04 de junho de 2009. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 28 jul. 2009. “De outro lado, incabível referir onerosidade excessiva do preço, desde que o pactou livremente, consoante confessa a recorrente após haver efetuado a troca referida em suas razões, ademais, não se verifica a possibilidade do Judiciário anular cláusula contratual que confessa haver aderido”. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (19ª Câmara Cível). Apelação nº 70027749837, de Santo Cristo. Apelante: Lual Comércio de Produtos Agrícolas Ltda. Apelado: Crompton Ltda. Relator: Des. Guinther Spode. Porto Alegre, 09 de junho de 2009. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 28 jul. 2009. “As secas e estiagens no Estado do Rio Grande do Sul não se traduzem em fato extraordinário e imprevisível a autorizar a mudança das bases dos contratos. Em que pese a severidade da atual estiagem, não pode ela ser considerada elemento de desequilíbrio da relação contratual. Ausência do elemento caracterizador de onerosidade excessiva a uma das partes em contraposição ao benefício exagerado do contraente adverso”.

⁴¹¹ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 247.

⁴¹² MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações:** vol. V, tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 341.

⁴¹³ SILVA, op. cit., p. 206

4.4.3 Lugar e tempo do pagamento

Na seção em que o Código Civil de 2002 trata do lugar do pagamento é onde encontramos, proporcionalmente, o maior uso legislativo de normas com textura semântica aberta, já que estão presentes em três dos seus quatro artigos.

O primeiro caso se dá no art. 327, que fixa o domicílio do devedor como regra geral para o local do pagamento: “Art. 327. Efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou *das circunstâncias*” (grifos nossos). Aqui fez uso de conceito indeterminado, deixando o legislador para que seja apurado diante do caso concreto que tipo de circunstância determina que seja o pagamento realizado em local diverso.

Destaca a doutrina o grande número de exceções em abstrato previstas neste artigo (lei, natureza da obrigação e circunstâncias), bem como a natureza supletiva da regra geral do mesmo, determinando que a obrigação será quesível tão somente caso não se configure nenhuma das outras hipóteses previstas⁴¹⁴. Assim é que, por exemplo, a doutrina indica que se espera que o salário do operário seja pago no local em que ele trabalha⁴¹⁵, embora tal regra tenha fundamento também de natureza trabalhista.

Embora com um menor recurso aos conceitos indeterminados e às cláusulas gerais, a natureza supletiva da norma para determinação do local do pagamento é comumente adotada também nas legislações estrangeiras, privilegiando assim a autonomia das partes quanto à fixação do local onde o pagamento se realizará⁴¹⁶.

⁴¹⁴ SILVA, op. cit., p. 225.

⁴¹⁵ RODRIGUES, op. cit., p. 155.

⁴¹⁶ Neste sentido: art.772, 1, do Código Civil português “Na falta de estipulação ou disposição especial da lei, a prestação deve ser efetuada no lugar do domicílio do devedor.”; art. 74, 1, do Código das Obrigações suíço “Le lieu où l’obligation doit être exécutée est déterminé par la volonté expresse ou présumée des parties.”; art.1171, do Código Civil espanhol “El pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación. No habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta existia em el momento de constituirse la obligación. Em cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor”; Código Civil chileno art.1587 “El pago debe hacerse em el lugar designado por la convención” e art.1588 “Si no se ha estipulado lugar para el pago y se trata de un cuerpo cierto, se hará el pago en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación. Pero si se trata de otra cosa se hará el pago en el domicilio del deudor”; e Código Civil argentino, no seu art.747 “El pago debe ser hecho en el lugar designado en la obligación. Si no hubiese lugar designado, y se tratase de un cuerpo cierto y determinado deberá hacerse donde éste existía al tiempo de contraerse la obligación. En cualquier otro caso, el lugar de pago será el del domicilio del deudor al tiempo del cumplimiento de la obligación”.

Em seguida, temos o art. 329 que diz que “ocorrendo *motivo grave* para que se não efetue o pagamento no lugar determinado, poderá o devedor fazê-lo em outro, sem prejuízo para o credor”. A aplicação desta norma pelos magistrados ainda é tímida, sendo veementemente afastado o seu uso indevido⁴¹⁷. Judith Martins-Costa elenca, apenas exemplificativamente, como não poderia deixar de ser, como motivos graves que justificariam a aplicação do artigo a ocorrência de doença que se abata sobre o devedor ou familiar seu, greve bancária, blecaute que impeça o pagamento via internet⁴¹⁸.

Alguns dos exemplos elencados pela autora dependem amplamente da análise do caso concreto, já que não são situações que de fato obstem que o pagamento se dê onde deveria. Assim, por exemplo, com a questão de doença de familiar ou blecaute impedindo o pagamento por internet. A não ser que a doença do familiar seja de tal natureza que impeça o devedor de realizar outras atividades, ou que o único meio possível para pagamento fosse através da internet e o blecaute fosse de uma natureza tal que retirasse a energia de amplo espaço geográfico, não consideramos que estes sejam motivos suficientes para a mudança do local do pagamento.

Nesta linha, destacando a relativização das situações, é que Jorge Cesa Ferreira da Silva afirma que o aludido motivo grave tem que ser suficiente para impedir que o pagamento se dê no local adequado. Por isso é que “em qualquer caso, o ‘motivo grave’ terá de envolver-se na relação entre prestação em si e local da prestação. A morte de um parente próximo é, em si mesmo, motivo grave, mas talvez não impeça a realização da prestação no lugar determinado”⁴¹⁹.

⁴¹⁷ Encontramos decisão do TJ-SP em que o apelante pretendia realizar pagamento em consignação alegando, sem qualquer fundamento, a possibilidade de mudança do local do pagamento por motivo grave, nos moldes do art.329, para impossibilitar descontos diretos do débito na sua conta-corrente. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (Seção de Direito Privado, 21ª Câmara). Apelação nº 7.132.482-8, de São Paulo. Apelante: Equibras Informática Ltda. Apelado: Banco Nossa Caixa S/A. Relator: Desembargador Richard Pae Kim. São Paulo, 22 de novembro de 2007. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 30 out. 2009. “Basta a simples leitura da petição inicial para averiguar-se que não há sequer um fundamento jurídico à pretensão, não sendo cabível a hipótese prevista no art. 329 do Código Civil - causa de pedir que sequer foi mencionada na exordial, mas que por simples amor ao debate faz-se a análise neste ato - seja porque não se trata de mudança do local do pagamento, seja porque o simples fato da apelante ter saldo negativo em sua conta corrente não gera ‘motivo grave’ a justificar de forma analógica a modificação da forma de pagamento, sob pena de se reconhecer que em milhares ou até milhões de contratos desta natureza se altere o avençado desta forma, pois hoje é comum que o contrato de mútuo estabeleça o débito automático na conta corrente do devedor como forma de pagamento”.

⁴¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**: do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações: vol. V, tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.370.

⁴¹⁹ SILVA, op. cit., p. 236.

Aplicação mais clara do artigo, exemplificativamente, se dá se considerarmos um desastre natural que impeça que se chegue até o local do pagamento, como uma enchente que derruba ponte ou bloqueia estrada que é único acesso até a cidade onde o pagamento deveria se realizar. De igual modo pagamento que deveria se realizar em agência bancária em período em que a polícia se encontra em greve, como a que vivemos na Bahia alguns anos atrás. Temos nos exemplos descritos uma primeira situação que se baseia numa impossibilidade fática, física, e uma segunda que fundamenta a impossibilidade no risco à própria integridade física do devedor, que tem prevalência sobre o direito creditório do outro sujeito.

Por fim, determina o art. 330 que “o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”. De acordo com Judith Martins-Costa, encontramos neste artigo um caso de aplicação da *supressio* e da *surrectio*, já que há perda de um direito, local do pagamento, por parte do credor e ganho do mesmo direito por parte do devedor, por conta de inação daquele⁴²⁰. Nesse sentido inclusive é que critica-se a presença do termo *renúncia* na redação do artigo, que poderia levar a pensar na necessidade de avaliação de aspectos subjetivos por parte do credor, o que não é o caso⁴²¹.

Embora não tenhamos encontrado decisões com aplicação direta do artigo, encontramos decisão que o utilizou analogicamente, equiparando o pagamento reiteradamente realizado em conta bancária do credor, diversa daquela por ele pretendida, mas sem que tenha ele se manifestado nesse sentido, como elemento suficiente para eficácia dos pagamentos realizados⁴²². Note-se que esta aplicação favorece a nossa teoria da explicação do direito como integridade. O juiz, diante de um caso para o qual não possuía uma norma específica, realizou sua fundamentação numa base principiológica, a partir da comparação com previsões legislativas para tema similar.

⁴²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**: do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações: vol. V, tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 371.

⁴²¹ Ibidem, p. 378.

⁴²² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (Seção de Direito Privado, 11ª Câmara). Apelação nº 1331967-0, de Americana. Apelantes: Benedito Aparecido Rodrigues da Cruz e Banco Ficsa S.A. Apelados: Benedito Aparecido Rodrigues da Cruz e Banco Ficsa S.A. Relator: Desembargador Moura Ribeiro. São Paulo, 31 de julho de 2008. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 30 out. 2009. “O pagamento reiteradamente feito em conta de titularidade de empresa de cobrança contratada pelo mutuante faz emergir a presunção de que este o aceitava validamente, em consonância com o instituto da *surrectio*², derivação do princípio da boa-fé objetiva, que se amolda ao caso.

Em abono a essa orientação, é ainda possível invocar por analogia o art. 330, do CC/02, que positiva a presunção de renúncia pelo credor ao local estabelecido em contrato para o pagamento se reiteradamente aceita que seja ele feito pelo devedor em outro lugar. Trata-se de disposição do Código Civil que sobreleva o comportamento tolerante do credor que admite os repetidos e sucessivos pagamentos em local diverso do contratualmente fixado.”

Em contrapartida, ao tratar do tempo do pagamento o legislador praticamente não fez uso de conceitos indeterminados. Podemos dizer que o encontramos num único inciso, do artigo 333, que versa sobre as hipóteses de cobrança da dívida antes do vencimento: “III – se cessarem, ou se tornarem *insuficientes*, as garantias do débito, fidejussórias ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las”.

Na interpretação da presente norma, por sua vez, podemos levar em conta a já solidificada construção jurisprudencial acerca da insuficiência dos bens penhorados em execução, de acordo com a qual se considera que estes são suficientes para garantir a penhora quando bastam para saldar o valor da dívida. Este parâmetro, entretanto, é relativizado em algumas situações, caso haja outros fatores que contribuam para a garantia do pagamento⁴²³. Em suma, embora a análise da insuficiência da garantia parta de critério objetivo, ou seja, correspondência entre valor da garantia e valor do débito, por vezes tal fator é relativizado levando em conta o grau de risco de inadimplemento que ela causa ao credor, considerando as condições gerais do devedor.

⁴²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Recurso Especial nº 492.282 – SC. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Renato Jacinto Fritzen. Relatora: Min. Eliana Calmon. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 01 dez. 2009.

5 Conclusões

1. A indeterminação é uma característica inerente à linguagem, inclusive à linguagem técnica, embora possa se manifestar em maior ou menor grau.
2. Há situações semânticas, como a vagueza e a ambigüidade, que favorecem a indeterminação da linguagem.
3. A indeterminação lingüística não é a maior, ou única, responsável pelos desacordos entre os juristas quando da interpretação das normas, decorrendo tais desavenças principalmente de diferentes entendimentos valorativos acerca do direito.
4. Há, desde o início dos sistemas codificados, influenciados pelos ideais iluministas e da Revolução Francesa, bem como pelo medo do retorno do poder do antigo regime, uma pretensão de completude, que se baseia na falsa ideologia da igualdade entre os homens, que tornaria possível criar um texto legal que regulasse todas as situações possíveis, regulando todas as relações de forma justa e igualitária.
5. Os avanços históricos e tecnológicos demonstram a impossibilidade desta ideologia da completude, o que leva à busca de novos meios de formulação legislativa, capazes de atender e se adaptar a um número maior de situações, dentre os quais incluímos os conceitos indeterminados, as cláusulas gerais e os princípios.
6. O Código Civil de 2002, pretendendo uma mudança paradigmática, adotou em maior medida o uso de normas de textura aberta em relação ao seu antecessor de 1916, fundamentada tal escolha por conta da sua base principiológica, notadamente pela operabilidade.
7. A doutrina apresenta diversas classificações e definições quanto aos conceitos indeterminados, muitas delas se sobrepondo em critérios.
8. Consideramos conceito indeterminado como sendo as palavras ou expressões em larga medida incertos que, a despeito do grande grau de vagueza semântica, oferecem um núcleo

conceitual a partir do qual a concreção de sentido se dará quando da aplicação e interpretação da norma diante do caso concreto.

9. Também quanto às cláusulas gerais diversas são as suas definições e pontos de distinção apontados em relação aos conceitos indeterminados pela doutrina, o que é justificável dada a proximidade de objetivos, mas favorece a confusão entre ambos.

10. As cláusulas gerais são uma técnica legislativa, oposta à casuística, utilizada para a formulação de normas de tipo aberto, tanto na configuração do seu suporte fático como na determinação das suas conseqüências, a serem preenchidos pelo magistrado diante da análise do caso concreto.

11. Conceitos indeterminados e cláusulas gerais se encontram, portanto, em planos diferentes: os primeiros no da linguagem, enquanto estrutura semântica, as segundas no das técnicas legislativas.

12. Apesar desta distinção, em regra encontraremos normas constituídas ao mesmo tempo por conceitos indeterminados e cláusulas gerais, pois ambos favorecem o mesmo objetivo de favorecer a estrutura aberta no direito.

13. Também em relação aos princípios encontramos grande quantidade de definições e teorias na doutrina, o que explica a ausência de acordo geral quanto ao seu sentido.

14. O primeiro passo na definição do que é um princípio constitui-se na análise da possibilidade de distinção entre estes e as regras. Adotamos uma distinção forte entre regras e princípios, considerando, portanto, que são tipos diferentes de normas.

15. Caso um ordenamento possua regras conflitantes uma delas deverá ser tornada inválida, pois seu conflito se dá já no plano abstrato, não possuindo as regras a dimensão de peso possuída pelos princípios.

16. Os princípios atuam como argumentos, razões, que influenciam uma decisão num determinado sentido. Podem coexistir num mesmo ordenamento princípios que defendam valores conflitantes, pois este conflito só se verificará diante do caso concreto, sendo

resolvido por questão de eficácia situacional do princípio, não por validade. A decisão pela aplicação de um ou outro princípio se dá a partir da mensuração do peso de cada um diante daquele caso concreto.

17. Os conceitos indeterminados são estruturas semânticas utilizadas para compor princípios, que são normalmente positivados através das cláusulas gerais. Isto não implica, entretanto, que a presença de conceito indeterminado ou cláusula geral implique necessariamente na presença de um princípio positivado.

18. Enquanto a interpretação e aplicação do conceito indeterminado envolve tão somente o preenchimento valorativo do que ele significa, a dos princípios envolve, além desta etapa, a comparação do seu peso com o de outro(s) princípio(s) que sejam atinentes ao caso concreto.

19. Na sua concepção estática as obrigações são vistas como um vínculo jurídico existente entre credor e devedor, estando este obrigado a realizar uma prestação em favor daquele.

20. A concepção dinâmica da obrigação engloba e supera a concepção estática, na medida em que analisa não apenas os deveres decorrentes da prestação principal, mas também outros como os secundários e notadamente os anexos, que se manifestam como deveres para as partes desde momento anterior até momento posterior ao adimplemento da prestação principal.

21. O pagamento pode ser apontado como o momento mais importante da relação obrigacional, pois esta, entendida como um processo, se desenvolve num encadeamento de atos a fim de alcançá-lo.

22. A natureza jurídica do pagamento em sentido estrito é de ato-fato jurídico.

23. A abordagem do pagamento levando em conta princípios como a boa-fé e a função social modifica o modo como aquele é classicamente entendido, ou seja, unicamente como sujeição do devedor ao credor, influenciando assim na sua interpretação.

24. O princípio da boa-fé atua no pagamento como cânone hermenêutico-integrativo, servindo tanto para criar deveres anexos, como para coibir situações de abuso de direito.

25. O princípio da função social, que consideramos aplicável a todas as obrigações, embora tenha maior ênfase naquelas de origem contratual, não atua pela supressão da vontade do indivíduo na formação da obrigação, mas sim pela busca de que esta atenda à sua finalidade, não sendo prejudicial à sociedade.

26. O princípio da pontualidade deve ser entendido como a necessidade do cumprimento da obrigação em todos os seus aspectos. Tal princípio, entretanto, pode ser mitigado pelos outros diante de casos concretos, levando ao surgimento de situações tal qual a pretendida pela teoria do adimplemento substancial.

27. Os limites entre adimplemento e inadimplemento se encontram vinculados ao interesse do credor na prestação, interesse este que é medido de acordo com a utilidade do cumprimento tardio da prestação para o credor.

28. O aspecto interpretativo de maior necessidade de análise para a aplicação das normas de textura aberta é o da possibilidade da discricionariedade judicial.

29. A doutrina apresenta diversos conceitos de discricionariedade, sendo que adotamos o conceito no sentido forte apresentado por Dworkin, de acordo com o qual o sujeito age discricionariamente quando sua decisão não se encontra limitada por padrões anteriores de autoridade.

30. A inserção de um maior número de normas de textura aberta no Código Civil de 2002 ampliou a discussão no Direito Privado acerca da discricionariedade judicial.

31. A definição da possibilidade de discricionariedade judicial, entretanto, passa necessariamente pela discussão acerca da concepção de direito adotada.

32. De acordo com a concepção do convencionalismo o direito é fruto de convenções prévias que estabelecem em que condições um indivíduo pode utilizar a coerção estatal contra outro. Assim, é possível ao juiz decidir discricionariamente quando não houver uma convenção prévia sobre o caso que analisa.

33. Já para a concepção do pragmatismo não existem direitos preestabelecidos, não importando as determinações legais prévias, devendo os juízes decidir do modo que for mais justo em prol da prosperidade futura da comunidade. A decisão dos juízes nesta concepção, portanto, sempre é discricionária.

34. Para a concepção do direito como integridade as decisões judiciais devem guardar coerência com o sistema jurídico até então formulado, buscando equilibrar as virtudes da justiça, equidade e integridade.

35. Para tanto o juiz ao decidir deve agir como se fosse autor de um longo romance em cadeia, devendo escrever a sua parte da história do modo mais coerente, do modo que melhor a realiza.

36. Neste processo decisório deve formular teorias analisar o caso exaustivamente, sob todos os ângulos possíveis, levando em conta a questão da coerência com o direito como um todo na sua decisão, embora em tal análise de coerência parta dos temas mais próximos para os mais distantes.

37. São dirigidas críticas ao direito como integridade principalmente por conta da dificuldade dos juízes na realidade conseguirem seguir o procedimento por ele proposto. A despeito destas críticas o direito como integridade continua sendo a concepção que melhor explica a nossa prática jurídica, ou seja, o modo como de fato se dá o processo decisório.

38. Levando em conta a concepção adotada, ao analisarmos a situação dos sujeitos no adimplemento das obrigações, concluímos que situações como a de presunção de igualdade entre as partes podem ser relativizadas diante do caso concreto.

39. Situações como a de credor putativo e do portador da quitação, por conta da forte proximidade local e principiológica, relacionada com a tutela da confiança, se influenciam mutuamente.

40. A questão do pagamento reverter em proveito do credor, por sua vez, segue outra linha de análise, que gira em torno da definição do que pode ser considerado como proveitoso para o credor.

41. No tocante ao objeto e prova do pagamento, a situação da revisão contratual deve ser interpretada coerentemente com outras similares, como a da onerosidade excessiva e da lesão, tendo os Tribunais sido bastante cautelosos quanto à sua aplicação.

42. Diversas situações se encontram defendidas como sendo suficiente para relativizar os requisitos de validade da quitação, sendo destacados tanto aspectos objetivos como os usos e costumes do lugar, como aspectos subjetivos relativos a peculiaridades das partes.

43. A norma que determina que a obrigação será quesível atua de maneira supletiva em relação à vontade das partes e a todas as outras circunstâncias propiciadas pelas exceções das cláusulas gerais previstas na citada norma.

44. Quanto à mudança do local do pagamento por conta de motivo grave, a doutrina aponta exemplificativamente a morte de parente, a doença do devedor ou de familiar, greve bancária, blecaute que impeça o pagamento via internet, como situações possíveis de preenchimento do sentido do conceito indeterminado.

45. No tocante à mudança do local do pagamento por conta do pagamento reiterado em local diverso a doutrina considera que a norma se trata de um caso de aplicação da *supressio* e da *surrectio*. Não há como formular previamente um número de pagamento a partir do qual pode-se considerar que houve a reiteração do pagamento em local diverso.

46. No que tange à possibilidade de cobrança antecipada da dívida por conta da garantia ter se tornado insuficiente, o preenchimento do termo insuficiente tem se dado no sentido de analisar a insuficiência em comparação com o valor total da prestação, sendo a garantia considerada insuficiente quando não se equipara a este.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1972.
- AMARAL E SILVA, Luciano Félix do. Princípios norteadores da intervenção judicial no contrato: normas abertas *versus* segurança jurídica. In: **Revista de Direito Privado**: n.37. Coords: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**: vol. II. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BETTI, Emilio. **Teoria geral das obrigações**. Campinas: Bookseller, 2006.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua** – vol. IV. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo Ltda, 1955.
- BORDA, Guillermo A. **Manual de obligaciones**. 12. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. A atual teoria geral dos contratos . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 811, 22 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7267>>. Acesso em: 16 ago. 2007.
- _____. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BUSSATA, Eduardo Luiz. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CASALMIGLIA, Albert. El concepto de integridad en Dworkin. In: **DOXA**, n.12. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/02417288433804617422202/cuaderno12/doxa12_05.pdf?portal=4. Acesso em: 20 out. 2009.
- CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

CARVALHO NETO, Inacio de. Histórico da codificação brasileira. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas: parte geral do Código Civil**. São Paulo: Método, 2007.

COING, Helmut. **Derecho privado europeo**: tomo I. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996.

_____. **Derecho privado europeo**: tomo II. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996.

COMANDUCCI, Paolo. Princípios jurídicos e indeterminación del derecho. In: **Doxa**. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/>>. Acesso em 10 abr. 08.

CONCEIÇÃO, Marcia Dominguez Nigro. **Conceitos indeterminados na constituição: requisitos da relevância e urgência (art. 62 da CF)**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – Celso Bastos Editor, 1999.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

DIDDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

DUARTE, Brisa Paim. **Considerações acerca das aproximações alegóricas entre direito e arte: na tentativa de uma conexão de autoria juridicamente compromissada**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Hart and the concepts of law. In: **Harvard Law Review**. Disponível em: <http://www.harvardlawreview.org/forum/issues/119/jan06/dworkin.pdf>. Acesso em 18 ago. 2009.

_____. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O império da lei**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ESSER, Joseph. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961.

FALCON, Francisco José Calazans. **Illuminismo**. 4. ed. São Paulo: Ática, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Obrigações**. Rio de Janeiro, 2006.

FIGUEIREDO, Alcio Manoel de Sousa. **Revisão do contrato**. Curitiba: Juruá, 2006.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FISH, Stanley. **Is there a text in this class?** The authority of interpretive communities. Harvard: 1980.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 9. ed. Petrópolis: 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** obrigações. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Direito Civil:** obrigações. São Paulo: Atlas, 2008.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato:** os novos princípios contratuais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Obrigações.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** volume II. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito.** 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

HEINEMANN FILHO, André Nicolau. A atuação do juiz na interpretação e integração dos contratos. In: **Revista de Direito Privado:** n.37. Coords: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HOBBSBAWN, Eric. **The French Revolution.** Phoenix: Phoenix Paperback, 1996.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2004.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: que é “Esclarecimento”? (“Aufklärung). In: **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** São Paulo: Martin Claret, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones:** tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

_____. **Metodologia da ciência do direito.** 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito do estado federado ante a globalização econômica . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2243>>. Acesso em: 08 set. 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Comentários ao novo código civil**: do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações: vol. V, tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

MARQUES, Cláudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais. In: MARQUES, Cláudia Lima (org.). **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: CAMBLER, Everaldo Augusto et al. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: parte geral, v.1. Coord: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Código civil de 2002 e o judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. **Reflexos do novo código civil no direito processual**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

MIHALIUC, Katherinne de Macêdo Maciel. **Discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados**: estudos em face de um paradigma constitucional. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord). **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil – direito das obrigações**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORENO, Fernando Sainz. **Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Civitas, 1976.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

NONATO, Orisombo. **Curso de obrigações**: vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: vol. I. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In: **DOXA**. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf?portal=4. Acesso em: 20 out. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – vol. II. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**: parte especial, tomo XXIV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959.

POTHIER, Joseph Robert. **Tratado das obrigações**. Campinas: Servanda, 2001.

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

RENNER, Rafael. **Novo direito contratual**: a tutela do equilíbrio contratual no Código Civil. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das obrigações**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: parte geral das obrigações. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**: vol. III. Campinas: Bookseller, 1999.

RUIZ MANERO, Juan. Principios jurídicos. In: VALDÉZ, Ernesto Garzón; LAPORTA, Francisco J. (org). **El derecho y la justicia**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2000.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. CARBONELL, Miguel. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo código civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. In: **Revista de Direito Privado**: n. 10. Coords: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 12.

SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Algumas considerações sobre o perfil atual do direito de obrigações. In: **Revista de Direito Privado**: n.37. Coords: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SENRA, Maria Amélis Lisbão. O sistema no âmbito do direito privado. In: **Revista de Direito Privado**: n.37. Coords: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Adimplemento e extinção das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STRUCHINER, Noel. **Direito e linguagem**: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TRINDADE, Washington Luiz da. **Scienza Nuova**. Texto entregue pelo professor na disciplina Direito Econômico, do curso de Mestrado em Direito da UFBA.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WIACKER, Franz. **El principio general de la buena fé**. Madrid: Civitas, 1977.

_____. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Gramática filosófica**. São Paulo: Loyola, 2003.