

## A BOA-FÉ OBJETIVA E O MÉTODO FENOMENOLÓGICO UMA LEITURA A PARTIR DE HEIDEGGER

Antonio Lago Júnior<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo visa fazer uma correlação entre a boa-fé objetiva e a fenomenologia hermenêutica proposta por Heidegger. Para tanto, serão utilizados os conceitos de Heidegger sobre pré-compreensão, diferença ontológica e angústia. Partindo-se do conceito e das funções da boa-fé objetiva, tenta-se demonstrar que a apreensão do que seja uma conduta ética aceitável exige do intérprete o divórcio da postura hermenêutica fundada no paradigma clássico do cogito cartesiano.

**Palavras-chave:** 1. Boa-fé objetiva; 2. Fenomenologia; 3. Hermenêutica filosófica; 4. Diferença ontológica.

**Abstract:** This work intends to make a correlation between objective *bona fide* and hermeneutic phenomenology proposed by Heidegger. For this purpose, will be used the lessons of Heidegger about *pre-understanding*, the *ontological difference* and *anguish*. Starting from the concept and functions of objective *bona fide*, attempts to demonstrate that the seizure of what is acceptable about ethical conduct requires the interpreter's hermeneutic stance distanced the classic paradigm of the Cartesian cogito.

**Keywords:** 1. Objective bona fide, 2. Phenomenology; 3. Philosophical hermeneutics; 4. Ontological difference.

---

<sup>1</sup> Professor Titular de Direito Civil da Universidade Salvador – UNIFACS e da Faculdade Baiana de Direito e Gestão. Mestrando em Direito pela UFBA. Especialista em Direito Civil pelo JUSPODIVM, Procurador do Estado da Bahia, Advogado.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. O método fenomenológico de Heidegger e o direito: 2.1. A pré-compreensão, a diferença ontológica e a angústia; 2.1.1. Pré-compreensão; 2.1.2. Diferença ontológica e Angústia (Angst) – 3. A boa-fé no direito brasileiro: 3.1. A boa-fé subjetiva e objetiva; 3.2. Conteúdo e natureza processual da relação obrigacional; 3.3. A operatividade da boa-fé objetiva; 3.3.1. A boa-fé objetiva como regra de conduta; 3.3.2. Os deveres de prestação e deveres instrumentais. O papel da hermenêutica – 4. O método fenomenológico e a aplicação à boa-fé objetiva – 5. Conclusão

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo resulta dos estudos desenvolvidos e da convivência com os colegas durante o curso da disciplina *Metodologia*, integrante do Curso de Mestrado do Programa de Pós Graduação em Direito da UFBA. Como também não poderia deixar de mencionar, foram imprescindíveis os conhecimentos colhidos das lições dos Drs. Rodolfo Pamplona Filho e Nelson Cerqueira, professores titulares da mencionada disciplina.

De forma bem modesta, visa apontar uma correlação entre um dos institutos mais propalados da atualidade, qual seja a boa-fé objetiva, com a fenomenologia hermenêutica proposta por Heidegger.

Evidentemente que, para tal propósito, além do estudo de textos do próprio Heidegger, buscar-se-á utilizar dos ensinamentos daqueles que o estudam e comentam, como necessários redutores de complexidade, e que serviram para a compreensão dos seus escritos e propiciaram os debates em sala de aula.<sup>2</sup> Com isso, intenta-se alcançar os

---

<sup>2</sup> Cumpre referir, como dever de honestidade intelectual, que a conexão feita entre o método fenomenológico heideggeriano e a boa-fé objetiva jamais poderá ser creditada a este autor, visto que foi colhida do texto do Professor José Carlos Moreira da Silva. Colheu-se a mencionada conexão por empréstimo, tomando-se a liberdade de adotá-la com as necessárias referências, em razão dos interesses de estudo e pesquisa necessários ao desenvolvimento da dissertação final de mestrado. (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2006. 274 páginas).

conceitos de Heidegger sobre pré-compreensão, diferença ontológica e angústia e como seriam eles aplicáveis à hermenêutica jurídica.

Será feita uma pequena incursão no estudo da boa-fé objetiva, tomando em conta, em especial, a sua função instituidora de deveres de conduta. Assim, diz-se que a boa-fé objetiva impõe um padrão ético de conduta a ser exigido no tráfico social, calcado nos valores da segurança, confiança e lealdade. A doutrina clássica, por sua vez, fixada ainda em critérios metodológicos herdados de uma lógica cartesiana, costuma apontar que aqueles valores existiriam objetivamente, como balizas de comportamento a serem aferidos à luz do caso concreto.

Buscar-se-á, enfim, demonstrar que, ao contrário do paradigma clássico do *cogito* cartesiano, a apreensão do que seja uma conduta ética aceitável exige seja perscrutada a realidade circundante. Seu sentido não seria extraído do texto legal, tampouco de conceitos doutrinários, enquanto uma realidade em si mesma. Daí o papel da fenomenologia de Heidegger como um ferramental teórico crítico importante.

Adverte-se, contudo, que o propósito é demonstrar as possíveis correlações entre os temas grafados no título do artigo, sem que haja qualquer pretensão de fixar uma conclusão, no sentido forte do termo. Apenas conclusões parciais ou notas para discussão, no sentido de conferir uma maior sistematização e racionalidade ao tema.

## 2. O MÉTODO FENOMENOLÓGICO DE HEIDEGGER E O DIREITO

No que diz respeito à teoria do conhecimento, o século XX foi emblemático, em razão da reformulação do paradigma da racionalidade derivado do *cogito* cartesiano, também designado de filosofia da consciência, que até então dominada a cena da filosofia.<sup>3</sup>

Não é difícil aperceber-se que o direito civil trabalha com conceitos que foram forjados no Direito Romano e repaginados nas codificações liberais sem se dar conta que estes se desconectou da realidade fática que nos circunda, deixando perplexos os operadores que acabam por se angustiar diante da derrocada dos institutos jurídicos.

---

<sup>3</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. Ed. Lúmen Juris. Rio de Janeiro. 2006. p. xxiii.

Costuma-se afirmar que o momento de ruptura é tão forte que, até mesmo no seio do ramo do direito mais tradicional – como sói ocorrer com o direito civil –, há uma insuficiência do modelo hermenêutico tradicional. Assim, não é de se estranhar o abrupto interesse pelas denominadas *cláusulas gerais*, ou seja, normas que confessadamente não detém a pretensão de delimitarem previamente os elementos do suporte fático, ao contrário do modelo típico liberal-burguês de aplicação metodológica do direito.

A reformulação desta concepção aponta para a hermenêutica, como uma dimensão ontológica do homem “excluindo a possibilidade de um conhecimento meramente instrumental como a via ou método para a busca de um sentido pré-fixado em um texto ou em dispositivos legais”.<sup>4</sup>

Diante desse quadro, vem-se propugnando uma nova postura do jurista. Fala-se que a reflexão sobre os conceitos e normas jurídicas, assim como a sua operacionalidade estaria vinculada a uma matriz teórica ultrapassada.<sup>5</sup> Lênio Streck aponta para uma crise de paradigmas de dupla face no direito: de um lado, a falta de superação total do paradigma da filosofia da consciência, ponto nevrálgico de toda a modernidade; em segunda mão, pela manutenção de categorias sustentadas pelo liberalismo desde o século XVII.<sup>6</sup>

Projetando-se o paradigma cartesiano para o Direito, constata-se que, tanto no jusnaturalismo racionalista moderno, quanto no juspositivismo, há uma pretensão de se demarcar a objetividade plena do conhecimento jurídico, a partir de um sentido já previamente delimitado, existente e passível de apreensão pelo intérprete, enquanto sujeito racional. O gigantismo do sujeito – segundo se diz - alcançaria seu grau máximo com os institutos e categorias criadas no seio do pensamento liberal, tais como direito subjetivo, autonomia da vontade, sujeito de direito etc.

A partir de Heidegger, entretanto, pode-se firmar uma superação da filosofia do sujeito, pois o sujeito não procede, ele é procedido. Ao invés de se dizer: “penso, logo existo”, deve-se dizer: “existo, logo penso”. Apesar da forte influência sofrida por Husserl, a

---

<sup>4</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2006. p. xxiii.

<sup>5</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2006. p. 83.

<sup>6</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 49.

fenomenologia Heideggeriana rompe definitivamente com a filosofia da consciência. Enquanto a redução fenomenológica propugnada por Husserl leva-nos a uma concepção de ser entificado que “mantém o sujeito nas trinas da filosofia da consciência, Heidegger irá em busca do ser, de um ser esquecido no ente, voltado a fenomenologia para a vida concreta”<sup>7-8</sup>

Transpondo essa leitura para o direito, pode-se dizer que “a significação dada ou construída via sentido comum teórico contém um conhecimento axiológico que reproduz os valores, sem, porém, explicá-los.”<sup>9</sup> Traz à tona sentidos possíveis (pré-compreensões), aprisionados nos grilhões lingüísticos de um determinado texto jurídico, que portanto não se auto-sustentam em qualquer realidade fenomenológica, forjados que são em momentos históricos díspares, aliás como é próprio do eterno devir inerente à condição humana.

A reprodução automática e acrítica desses conceitos para todas as demais situações carrega em si a capacidade natural de desconectar-se do momento histórico atual do intérprete, limitando-o hermeneuticamente. Por isto é que se costuma dizer que o senso comum teórico limita por demais as possibilidades interpretativas, pois “quando sujeito à pressão do novo, (re) age institucionalizando a crítica. Para tanto, abre possibilidades de dissidências apenas possíveis (delimitadas previamente). Ou seja, no interior do sentido comum teórico, permite-se, difusamente, (tão-somente) o debate periférico, mediante a elaboração de respostas que não ultrapassam o teto hermenêutico prefixado

<sup>7</sup> CARNEIRO, Walber Araújo. **Hermenêutica jurídica reflexiva. Uma teoria dialógica do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 62.

<sup>8</sup> “A referência ao mundo, que importa através de todas as ciências enquanto tais, faz com que elas procurem o próprio ente para, conforme seu conteúdo essencial e seu modo de ser, transformá-lo em objeto de investigação e determinação fundante. Nas ciências se realiza — no plano das ideias — uma aproximação daquilo que é essencial em todas as coisas. // O nada não é nem um objeto nem um ente. O nada não acontece nem para si mesmo nem ao lado do ente ao qual, por assim dizer, aderiria, O nada é a possibilidade da revelação do ente enquanto tal para o ser-aí humano. O nada não é um conceito oposto ao ente, mas pertence originariamente à essência mesma (do ser). No ser do ente acontece o nadificar do nada // O ser-aí humano somente pode entrar em relação com o ente se se suspende dentro do nada. O ultrapassar o ente acontece na essência do ser-aí. Este ultrapassar, porém, é a própria metafísica. Nisto reside o fato de que a metafísica pertence à ‘natureza do homem’. Ela não é uma disciplina da filosofia ‘acadêmica’, nem um campo de ideias arbitrariamente excogitadas. A metafísica é o acontecimento essencial no âmbito de ser-aí. Ela é o próprio ser-aí. Pelo fato de a verdade da metafísica residir neste fundamento abissal possui ela, como vizinhança mais próxima, sempre à espreita, a possibilidade do erro mais profundo. É por isso que nenhum rigor de qualquer ciência alcança a seriedade da metafísica. A filosofia jamais pode ser medida pelo padrão da ideia da ciência”. (HEIDEGGER, Martin. **Que é metafísica.** Coleção Os pensadores. Heidegger, Tradução de Ernildo Stein, São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 242).

<sup>9</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 52.

(horizonte de sentido)".<sup>10</sup> O resultado disso seria uma interpretação jurídica que se distancia e se aliena da realidade ou fenômeno social.

Adiante, procurar-se-á apontar e desenvolver brevemente as principais categorias do método fenomenológico de Heidegger no mundo jurídico, valendo-se da contribuição, evidentemente, de alguns dos principais estudiosos desta corrente de pensamento filosófico: pré-compreensão; diferença ontológica e angústia.

## 2.1. A PRÉ-COMPREENSÃO, A DIFERENÇA ONTOLÓGICA E A ANGÚSTIA

### 2.1.1. Pré-compreensão.

A pré-compreensão, como o próprio nome já diz, pressupõe uma estrutura de compreensão anterior ou prévia ao próprio ato de conhecer.

A pré-compreensão advém da própria estrutura de conhecimento do homem. Esta é a concepção de Heidegger, para quem a atividade intelectual pressupõe entendimento anterior ou uma primeira compreensão sobre a qual tudo o mais se apóia. Segundo Heidegger, o princípio dos princípios pode ser assim enunciado:

"Toda intuição que originariamente dá (é) uma fome de direito para o conhecimento; tudo que se nos oferece originariamente na 'Intuição' (por assim dizer em sua realidade viva) (deve) ser simplesmente recebido como aquilo que se dá, porém, também somente no interior dos limites nos quais se dá [...]"

'O princípio de todos os princípios' contém a tese do primado do método. Este princípio decide qual a única questão que pode satisfazer ao método. 'O princípio de todos os princípios' exige como questão da Filosofia a subjetividade absoluta. A redução transcendental a esta subjetividade dá e garante a possibilidade de fundar na subjetividade e através dela a objetividade de todos os objetos (o ser deste ente) em sua estrutura e consistência, isto é, em sua constituição. Desta maneira a subjetividade transcendental mostra-se como 'o único ente absoluto'".<sup>11</sup>

<sup>10</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 53.

<sup>11</sup> HEIDEGGER, Martin. **O fim da filosofia e a tarefa do pensamento**. Coleção os pensadores. 4ª Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 274.

Transpondo-se a estrutura da pré-compreensão de Heidegger para o direito, pode-se afirmar que a interpretação de uma norma jurídica, como qualquer outra forma de conhecimento, opera em uma dinâmica circular e não linear como entende a teoria da subsunção. A pré-compreensão antecipa o entendimento, não apenas do texto, mas igualmente se refere ao problema a ser resolvido juridicamente e ao mundo da vida apontado pelo referido texto.

Para tal transposição, fundamental a contribuição de Gadamer, que trabalha a filosofia hermenêutica heideggeriana voltada à aplicação do direito, especialmente fundamentado em interpretação de textos.

“A reflexão hermenêutica de Heidegger tem o seu ponto alto não no fato de demonstrar que aqui preza um círculo, mas que este círculo tem um sentido ontológico positivo. [...] Toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para ‘as coisas elas mesma’ // Diante de qualquer texto, nossa tarefa é não introduzir, direta e acriticamente, nossos próprios hábitos extraídos da linguagem [...]. Ao contrário, reconhecemos que a nossa tarefa é alcançar a compreensão do texto somente a partir do hábito da linguagem da época e de seu autor. // Também aqui se coloca o problema de como escapar ao circuito fechado das próprias opiniões prévias. // A questão [...] não está em assegurar-se frente à tradição que faz ouvir sua voz a partir do texto, mas, ao contrário, trata-se de manter afastado tudo que possa impedir alguém de compreendê-la a partir da própria coisa em questão. São os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição.”<sup>12</sup>

Menezes de Cordeiro, em seu livro clássico acerca da boa-fé no direito civil, assevera que o sujeito só apreende um determinado texto porque conhece previamente um assunto do qual ele trata e a linguagem por meio do qual vem ele expresso.

A idéia de pré-entendimento põe a nú a realidade hermenêutica. Perante um texto, o sujeito cognoscente apreende-o por conhecer, de antemão, a matéria nele tratada e a linguagem que a carrega. O sentido final do texto surge como produto do encontro das prefigurações do intérprete com o material percebido, reintegrado no seu espírito. É o círculo, ou, melhor, espiral hermenêutica, uma vez que o sujeito terá de efectuar tantas idas e regressos quantos necessários para integrar pré-entendimento e entendimento.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 355-359.

<sup>13</sup> MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 37.

Assim, “uma pré-compreensão jurídica complexa pressupõe não só a tradição dogmática, referente ao desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário da dogmática jurídica, mas também a tradição jurídica pulverizada por todos os setores sociais, já que norma e fato estão ambos inseridos no mundo da vida conformado pelo grupo social, devendo considerar-se, igualmente, os elementos prévios que o próprio caso concreto traz”.<sup>14</sup> E, ainda, “entrar no círculo de modo correto significa realizar o esforço de conhecer nossos pressupostos e aceitar o risco de que, no embate com as normas e os casos a se resolver, tais (pré)-conceitos sejam alterados”.<sup>15</sup>

Este entendimento sobre pré-compreensão, cujos reflexos também podem ser vistos em Larenz<sup>16</sup>, Friedrich Muller<sup>17</sup> e Paulo Bonavides<sup>18</sup>, importa já em uma ruptura da concepção linear da hermenêutica metódica propiciada pela lógica subsuntiva. Isto porque reconhece que o processo de conhecimento e aplicação das normas jurídicas se dá de modo circular, ou espiralizada (i.e., círculo hermenêutico).<sup>19</sup>

Seguindo-se nesta linha intelectual, pode-se dizer que o direito não é, por suposto, “descoberto” ou “revelado” a partir de uma dedução objetivista ou demonstração de caráter matemático que, partindo de uma premissa maior (norma jurídica), chega-se a

<sup>14</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2006. p. 99.

<sup>15</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2006. p. 99.

<sup>16</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997. p. 462.

<sup>17</sup> MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 57.

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 461-462.

<sup>19</sup> José Carlos Moreira da Silva Filho assevera que, embora tais autores tenham o mérito de inserir na análise do fenômeno jurídico e na sua operacionalidade a dinâmica circular, tal não basta para afastar a ocultação da diferença ontológica do Direito, cuja corrente filosofia hermenêutica de Heidegger foi capaz de denunciar. Segundo suas palavras: “KARL LARENZ, por exemplo, expoente da Jurisprudência dos Valores, adota, como se viu, a projeção do círculo hermenêutico para a hermenêutica jurídica, mas o faz ao modo de SCHLEIERMACHER e não de HEIDEGGER, isto é, parte da desconfiança do sentido imediato e considera o papel indeclinável da antecipação do todo, mas almeja, ao cabo de algumas idas e vindas, lançar-se para fora do círculo em direção a um sentido objetivo da norma. Este sentido objetivo incorpora, ainda, o espaço do âmbito da norma, tal qual concebeu MULLER, considerando-se que no recorte da realidade social para a qual se dirige a norma há uma esfera de valores objetiva que deve ser captada pelo intérprete [...] Sem dúvida que LARENZ admite a constante reformulação do âmbito da norma no tempo, mas imagina a tarefa do intérprete, situado em um dado contexto histórico, como a captação do sentido objetivo pertinente à sua época e circunstância, sem mencionar, portanto, a persistência indeclinável da diferença ontológica. É como se o ser do Direito, embora se transforme no decorrer do tempo, se manifestasse, de tempos em tempos, de modo completo. Assumir isto, significa identificar a manifestação do ente como ser e, portanto, ignorar a diferença ontológica” (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 126).

uma premissa menor (os fatos). Ao contrário, o intérprete, como ser jogado no mundo, desde sempre imerso nas suas tradições, ao deparar-se com fatos e textos jurídicos a serem interpretados, já carregará consigo uma estrutura prévia de entendimento. Estes fatos e textos estão ambos imersos no mundo da vida, tanto quanto o intérprete. Enfim, não há um âmbito de intelecção do dever-ser que possa primeiro ser apreendido para depois ser aplicado. O sentido do texto normativo jamais pode ser considerado completo, acabado e autônomo, dependendo sempre do âmbito fático que circunda a espécie de questão a ser solucionada e da pré-compreensão que envolve o texto da norma. Tal subjetivação se dá de uma forma muito mais intensa do que se possa sequer ter cogitado por uma filosofia cartesiana. Contatar-se-ia, nesse passo, uma indissociabilidade entre os horizontes da compreensão e da interpretação.

Perceber-se-ia, enfim, uma concepção epistemológica completamente nova do direito, que vai ao encontro da superação da tradicional oposição entre “ser” e “dever-ser”, entre questão de fato e questão de direito. É evidente que a pressuposição do todo deve levar em consideração não só o texto da norma, mas igualmente o âmbito da vida social ao qual esta norma se refere. Assim, interpretar a norma não poderia ser compreendido como uma atividade de simplesmente interpretar um texto normativo, extraindo-se objetivamente um sentido autônomo deste, para depois aplicá-lo aos fatos sociais.

Propõe-se que a polêmica voluntarista quanto ao sentido da norma, bem como os tradicionais métodos de interpretação elaborados a partir de Savigny, chegaria, enfim, ao seu esgotamento. Isto porque se encontrariam excessivamente apegados ao sentido do texto da norma, âmbito que se imagina encontra um sentido objetivo desta.<sup>20</sup>

Em conclusão, o conceito de pré-compreensão aplicado ao Direito combate o ideal oitocentista de que interpretar normas jurídicas seria uma atividade que caminha paralelamente aos conceitos jurídicos e à própria aplicação das normas jurídicas, destacável destas últimas realidades, tal como se fosse objeto de uma metodologia acessória.

### **2.1.2. Diferença ontológica e Angústia (Angst).**

---

<sup>20</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 93-114.

Como visto, em Heidegger, o sujeito muito antes de instaurar a relação de conhecimento, já está desde sempre nela envolvido. De outro lado, o mundo não é em si mesmo, senão a partir da compreensão do ser-aí (*Dasein*) no mundo, ou seja, só o ser-aí tem mundo. Tal concepção se distancia da concepção cartesiana, no qual o mundo dos objetos (matéria ou res extensa) se separa totalmente do mundo da consciência.

Trata-se, sem dúvida, de um giro Copérnico na filosofia hermenêutica. Reivindica-se, assim, um novo lançar de olhar para o Direito enquanto fenômeno, por meio do qual o jurista não se contente em tomar como o *ser* do Direito aquilo que, em verdade, nada mais é senão uma determinação ôntica do mesmo (dogmática), estágio em que permaneceria velado o seu mais autêntico *ser*. Assim é que, para se propiciar uma aplicação jurídica segundo este novo paradigma, deve-se vivenciar a angústia (ou *Angst*, no sentido heideggeriano do termo), o estranhamento diante do sentido puramente estático e entificado que domina a dogmática clássica.

Para Heidegger a história da metafísica ocidental é a história do encobrimento do *ser* na manifestação do ente, ou seja, na busca de um sentido fixo e imutável para o *ser* e que, ao revés de manter sempre aberta a clareira para a revelação do *ser* enquanto acontecimento, não permite sequer que se tenha consciência da existência desta dimensão. Assim, a busca do *ser* acabaria por tornar-se um questionamento inútil e que sempre nos coloca diante de uma ausência de sentido.

“A referência ao mundo, que importa através de todas as ciências enquanto tais faz com que elas procurem o próprio ente para, conforme seu conteúdo essencial e seu modo de ser, transformá-lo em objeto de investigação e determinação fundante. Nas ciências se realiza — no plano das ideias — uma aproximação daquilo que é essencial em todas as coisas. // Estas três dimensões — referência ao mundo, comportamento, irrupção — trazem, em sua radical unidade, uma clara simplicidade e severidade do ser-aí, na existência científica. Se quisermos apoderar-nos expressamente da existência científica, assim esclarecida, então devemos dizer: Aquilo para onde se dirige a referência ao mundo é o próprio ente — e nada mais. Aquilo de onde todo o comportamento recebe sua orientação é o próprio ente — e além dele nada. Aquilo com que a discussão investigadora acontece na irrupção é o próprio ente — e além dele nada. // Mas o estranho é que precisamente, no modo como o cientista se assegura o que lhe é mais próprio, ele fala de outra coisa. Pesquisando deve ser apenas o ente e mais — nada; somente o ente e além dele — nada; unicamente o ente e

além disso – nada.”<sup>21</sup> Com efeito, para Heidegger o *ser* é, para nós, algo etéreo, ou um “vapor irreal”, não pelo fato de assim ser o *ser*, mas porque há muito estamos “expulsos para fora do ser”, ou seja, distantes do seu real significado. O *ser* se mostra como algo determinado e, muito embora se revele através de um *ente*, nele não se exaure. O *ser* é inconfundível, único, enquanto que os *entes* podem ser comparados entre si. A essencialidade da determinação do ser se verifica quando se percebe que o *ser* não se confunde com nenhuma determinação do *ente*. O *ser*, então, não é um *ente*. Esta é a razão pela qual o único que se pode comparar ao *ser* é o *nada*.<sup>22</sup> Heidegger então passa então a explicar o *nada*, relacionando-o com a angústia.

“Nós contudo procuramos perguntar pelo nada. Que é o nada? Já a primeira abordagem desta questão mostra algo insólito. No nosso interrogar já supomos antecipadamente o nada como algo que ‘é’ assim e assim – como um ente. Mas, precisamente é dele que se distingue absolutamente. O perguntar pelo nada – pela sua essência e seu modo de ser – converte o interrogado em seu contrário. A questão prive-se a si mesma de seu objeto específico. // O nada se revela na angústia – mas não enquanto ente. A angústia não é apreensão do nada. Entretanto, o nada se torna manifesto por ela e nela, ainda que não da maneira como se o nada se mostrasse separado, ‘ao lado’ do ente, em sua totalidade, o qual caiu na estranheza. Muito antes, e isto já o dissemos: na angústia deparamos com o nada juntamente com o ente em sua totalidade. // O nada não é nem um objeto, nem um ente. O nada não acontece nem para si mesmo, nem ao lado do ente ao qual, por assim dizer, aderiria. O nada é a possibilitação da revelação do ente enquanto tal para o ser-aí humano. O nada não é um conceito oposto ao ente, mas pertence originariamente à essência mesma (do ser). No ser do ente acontece o nadificar do nada.”<sup>23</sup>

O *ser-aí* sempre se dá a partir de uma dose de compreensão do seu ser e a consciência disto nos possibilita situar o *ser-aí* diante de sua própria existência, sem a necessidade de refugiar-se por detrás das determinações que os *entes* assumem neste cenário.<sup>24</sup> Para Heidegger existe uma predisposição de humor, ou um estado de encontrar-se que nos permite verdadeiramente a colocação da pergunta pelo *nada* e, conseqüentemente, do *ser*, qual seja, a angústia (*Angst*).<sup>25</sup>

<sup>21</sup> HEIDEGGER, Martin. **Que é metafísica**. Coleção os pensadores. Tradução de Ernildo Stein, São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 234.

<sup>22</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. Editora Lúmen Juris. Rio de Janeiro. 2006. p. 115.

<sup>23</sup> HEIDEGGER, Martin. **Que é metafísica**. Coleção os pensadores. Heidegger, Tradução de Ernildo Stein, São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 238-239.

<sup>24</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. Editora Lúmen Juris. Rio de Janeiro. 2006. p. 118.

<sup>25</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. Editora Lúmen Juris. Rio de Janeiro. 2006. p. 118-119.

Assim, a partir da disposição de humor que a angústia proporciona, tudo que antes nos era familiar torna-se estranho e os entes se tornam opacos ou ineficientes diante da sensação de estranhamento.

“O ser-aí humano somente pode entrar em relação com o ente se se suspende dentro do nada. O ultrapassar o ente acontece na essência do ser-aí. Este ultrapassar, porém, é a própria metafísica. Nisto reside o fato de que a metafísica pertence à ‘natureza do homem’. Ela não é uma disciplina da filosofia ‘acadêmica’, nem um campo de idéias arbitrariamente excogitadas. A metafísica é o acontecimento essencial no âmbito de ser-aí. Ela é o próprio ser-aí. Pelo fato de a verdade da metafísica residir neste fundamento abissal possui ela, como vizinhança mais próxima, sempre à espreita, a possibilidade do erro mais profundo. É por isso que nenhum rigor de qualquer ciência alcança a seriedade da metafísica. A filosofia jamais pode ser medida pelo padrão da idéia da ciência.”<sup>26</sup>

A entificação dos conceitos jurídicos, com raízes nas tradições e concepções iluministas e que predomina na prática e cultura jurídicas, denota justamente um abismo entre o ser jurídico metafísico, baseado numa filosofia da consciência, e o ser jurídico fulcrado na diferença ontológica de Heidegger, de base hermenêutica.

Segundo a concepção clássica, a interpretação da norma jurídica consiste em revelar o conteúdo da norma, por meio de uma dedução objetivista, calcada na lógica da subsunção. Esta concepção fulmina a diferença ontológica heideggeriana, na medida em que considera o ser idêntico à manifestação do ente, buscando amoldar o fenômeno jurídico nos escaninhos metafísicos do racionalismo moderno, de base cartesiana. Propicia-se um percurso lógico-dedutivo na busca da interpretação verdadeira, para o qual a lógica da subsunção e as técnicas hermenêuticas de que se vale o interprete (literal, lógico, sistemático, histórico e teleológico) servem como que uma luva. Afasta-se, contudo, daquilo que lhe dá suporte e que constitui a sua essência.

Esse processo de alienação é denunciado por Lênio Streck no que denomina de *esquecimento do ser do direito*. Chama ainda a atenção, em linguagem heideggeriana, para o *caráter metafísico da dogmática jurídica*, a condicionar para uma forma de pensamento que não respeita a diferença ontológica, ou seja, que transforma a determinação ôntica, no denominado mundo do dever ser, em fundamento do discurso,

---

<sup>26</sup> HEIDEGGER, Martin. **Que é metafísica**. Coleção os pensadores. Tradução de Ernildo Stein, São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 242.

abandonando o contato com a coisa mesma, impossibilitando de efetivamente revelar o que se encontra oculto nos textos linguísticos.<sup>27</sup>

### 3. A BOA-FÉ NO DIREITO BRASILEIRO

#### 3.1. AS CONCEPÇÕES SUBJETIVA E OBJETIVA

Perceba-se que a *boa-fé subjetiva* e a *boa-fé objetiva* são expressões que se identificam no princípio geral da confiança, que domina todo o ordenamento. Distinguem-se, entretanto, segundo a dogmática clássica.

A *boa-fé subjetiva* traduz a idéia naturalista da *boa-fé*, relacionando-se com o aspecto psicológico, contrapondo-se à idéia de *má-fé*. Por muito tempo, predominou no ordenamento jurídico brasileiro uma concepção estritamente subjetiva de *boa-fé*, definida como um estado psicológico e anímico da pessoa que acredita ser titular de um direito, ignorando ou desconhecendo a lesão causada a direito de outrem<sup>28</sup>. Dominava o CC/1916, e ainda sobrevive no CC/2002, colocada que é como requisito da usucapião ordinária (art. 1242), pressuposto da indenização de acessões e benfeitorias (arts. 1219 e 1255), bem como ao se falar em possuidor de *boa-fé* ou credor putativo que recebe pagamento de *boa-fé*, mas há décadas tem convivido lado a lado com a concepção objetiva de *boa-fé*<sup>29</sup>.

A *boa-fé objetiva*, diferentemente, designa uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela colaboração intersubjetiva no tráfico negocial, em consideração aos legítimos interesses da contraparte. Na precisa lição de Judith Martins-Costa, “o que se exige é uma atividade positiva de cooperação, e, assim sendo, o princípio é a fonte normativa impositiva de

---

<sup>27</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 157-234.

<sup>28</sup> Conferir, a esse respeito, COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 101 e 102; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 411.

<sup>29</sup> O art. 113 do Código Civil de 2002, tem nítida inspiração no § 157 do BGB alemão, promulgado em 1896 e em vigor apenas a partir de 1900 “*Los contratos han de interpretarse como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico*”.

comportamentos que se devem pautar por um específico standard ou arquétipo, qual seja, a conduta segundo a boa-fé”.<sup>30-31</sup>

A *boa-fé objetiva*, com o advento da Constituição Federal de 1988, é implicitamente acolhida na ordem jurídica constitucional como princípio decorrente da igualdade, solidariedade e dignidade da pessoa humana<sup>32</sup>, que vem impor padrões éticos de comportamento no seio de toda e qualquer relação obrigacional, exigindo das pessoas ali envolvidas que ajam com a integridade, lisura e lealdade esperada de toda pessoa de bem naquele quadro sócio-axiológico, concretamente considerado.

E no próprio CC/2002, se ainda permanece viva a boa-fé subjetiva, enquanto esse estado fático de consciência exigido, pontualmente, sobretudo no contexto das relações jurídicas reais e possessórias, sobressai-se a expressa adoção da boa-fé objetiva como cláusula geral de ética da qual emana imperativos de atuação reta, proba e leal, *é dizer: típica de todo homem de cultura mediana*,<sup>33</sup> na forma dos artigos 113, 187 e 422, CC/2002. Diz-se, assim, que a boa-fé subjetiva, estado fático que é, não se confunde com a boa-fé objetiva, regra de conduta em essência. Tanto que se admite como perfeitamente possível uma pessoa encontrar-se naquele estado fático de boa-fé subjetiva – crendo na licitude de sua atuação -, mas, ainda assim, em franca violação à regra de conduta inerente à boa-fé objetiva, quando seu comportamento não é condizente com os padrões sociais predominantes de diligência e lealdade<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**. Vol. V, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 21.

<sup>31</sup> Fredie Didier Júnior distingue o princípio (norma) da boa-fé da exigência de boa-fé, enquanto elemento subjetivo que integra o suporte fático para a configuração de certos ilícitos. Assim, pondera que a boa-fé subjetiva é fato, enquanto que “a boa-fé objetiva é uma norma de conduta: impõe ou proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas.” (DIDIER JR. Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010).

<sup>32</sup> Cf. LÓBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: LÓBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (Coords). **A teoria do contrato e o novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 9-23; NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato. Novos Paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 117. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 61.

<sup>33</sup> Ver-se-á, logo mais adiante, que é justamente esta padronização de conduta supostamente *típica de homem de cultura mediana* que a metodologia fenomenológica heideggeriana denuncia, através da diferença ontológica. É preciso, assim, estar atento para que esta nova forma de oxigenar as relações privadas pelo influxo axiológico da realidade circundante, propiciado pela abertura das cláusulas gerais, não venha a ser desvirtuado e servir como o “novo” ferramental ao ocultamento do verdadeiro ser, mediante a entificação de padrões ou modelos standards de condutas típicas, criadas em determinado momento histórico e reeditadas de maneira acrítica pelo senso comum doutrinário ou jurisprudencial no futuro (modelo típico elaborado pela filosofia da consciência).

<sup>34</sup> Um bom exemplo apontado pela doutrina é decisão dada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no AI n. 346.328.4/5 contra o cantor “Zeca Pagodinho” que rompeu seu contrato com uma empresa cervejeira e

### 3.2. CONTEÚDO E NATUREZA PROCESSUAL DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL.

Tem-se difundido dentre os civilistas brasileiros a lição da doutrina alemã de que a boa-fé objetiva desempenha três grandes funções em nosso ordenamento: i) a função cânone de interpretação dos negócios jurídicos; ii) a função instituidora ou integrativa, criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal; e, por fim, iii) a função limitadora, ou restritiva de direitos<sup>35</sup>.

A boa-fé em sua *função interpretativa* – argumenta-se - manifesta-se em sua face mais objetiva, isto é, enquanto valor. Trata-se de valor – ou padrão valorativo socialmente dominante - que deve orientar a interpretação e integração do negócio jurídico, dando-lhe a conotação mais ética e socialmente desejada. Seria esta a previsão do art. 113, Código Civil de 2002. A busca do intérprete não deve ser pela vontade interna das partes contratantes ou da vontade friamente externada no texto contratual – o que anuncia a superação das teorias da vontade e da declaração -, mas, sim, do sentido que as pessoas de cultura mediana extrairiam do seu teor, daquela vontade objetivamente externada – o que revela a adoção da chamada teoria da confiança (art. 112 do Código Civil de 2002).<sup>36</sup>

A boa-fé objetiva, em sua *função restritiva*, limita o exercício de direitos, condenando abusos e excessos do seu titular. Encontra guarida no art. 187, CC/2002, ao dispor ser ato ilícito o exercício de direito que ultrapassa os limites da boa-fé.

Há, ainda, a boa-fé objetiva em sua *função integrativa* ou *instituidora de deveres*. Aqui a boa-fé objetiva funciona como uma fonte irradiadora de deveres anexos e laterais de lealdade, informação e cooperação, dentre outros, impostos às partes nas fases de

---

se vinculou a outra concorrente, entendendo que se não tinha ciência da ilegitimidade do seu comportamento – agindo com boa-fé subjetiva, como alegou -, teria violado objetivamente o dever de probidade, lealdade e honestidade, inerente a qualquer relação contratual (Assim, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 60).

<sup>35</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: Obrigações. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 35.

<sup>36</sup> VENCELAU, Rose Melo. **O negócio jurídico e as suas modalidades (arts. 104 a 114 e 121 a 137). In: A parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 193/198.

formação, conclusão e execução dos negócios, para que se alcance positiva e adequadamente o adimplemento contratual. Toda relação negocial contém, além do dever principal, decorrente do exercício da autonomia da vontade dos seus sujeitos, deveres outros, ditos “invisíveis”<sup>37</sup>, decorrentes automaticamente da máxima da boa-fé objetiva – independentemente de expressa previsão legal ou contratual.

### 3.3. A OPERATIVIDADE DA BOA-FÉ OBJETIVA

#### 3.3.1. A boa-fé objetiva como regra de conduta.

É clássica a lição de que o vínculo jurídico que liga os sujeitos da relação obrigacional, constituído pelo enlace dos poderes conferidos ao credor com os correlativos deveres impostos ao devedor, forma o núcleo central da obrigação, subdividindo-se em *débito* e *responsabilidade*.<sup>38-39</sup> O primeiro, também chamado de vínculo espiritual ou pessoal, une o devedor ao credor e exige que aquele cumpra pontualmente a obrigação. O segundo, o vínculo material, confere ao credor, não satisfeito, o direito de exigir judicialmente o cumprimento da obrigação.

Não se confunde (a obrigação) com o fato jurídico (fonte de obrigação), já que este, por imperativa precedência lógica, é anterior à própria relação jurídica obrigacional. Basta exemplificar com o contrato de compra e venda que é o fato jurídico determinante do vínculo obrigacional existente entre credor e devedor. É, pois, a causa genética da obrigação em si.

No entanto, a doutrina mais recente tem encarecido o fato de que a obrigação deve ser vista sob um aspecto dinâmico e não estático, salientando existir uma verdadeira relação

---

<sup>37</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. vol. IV. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 80.

<sup>38</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. vol. IV. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 10.

<sup>39</sup> Criticando a concepção alemã, por entendê-la ultrapassada: VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em geral**. V. I. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 143/152.

jurídica obrigacional, que tem por conteúdo uma série de direitos e deveres de ambas as partes.<sup>40-41</sup>

De acordo com Karl Larenz, as relações obrigacionais são verdadeiros processos intersubjetivos, englobando normalmente vários poderes e deveres, que se desenrolam no tempo, para satisfação do interesse de uma pessoa, mediante cooperação de outra pessoa.<sup>42</sup>

Para essa doutrina, portanto, a obrigação deve ser vista como um processo, no qual também o credor assume o dever de cooperar com o adimplemento, embora, por certo, não possa ser obrigado à realização da prestação principal.<sup>43</sup>

E tal concepção decorre da boa fé objetiva, tal como leciona Clóvis do Couto e Silva: “a concepção atual de relação jurídica, em virtude da incidência do princípio da boa-fé, é a de uma ordem de cooperação, em que aluem as posições tradicionais do devedor e do credor”. E arremata o autor asseverando que ao credor “não caberá, a toda evidência, a efetivação da obrigação principal, porque isso é pensão precípua do devedor. Caber-lhe-ão, contudo, certos deveres, como os de indicação e de impedir que sua conduta venha dificultar a prestação do devedor. Este último dever, como já se mencionou, é bilateral. Se houver descumprido um desses deveres, não poderá exigir a pretensão para haver a obrigação principal. Dir-se-á que a sua pretensão precluiu”.<sup>44</sup>

No mesmo sentido Pietro Perlingieri, quando afirma que “a obrigação não se identifica no direito ou nos direitos do credor; ela se identifica cada vez mais como uma relação de cooperação. Isto implica numa mudança radical de perspectiva de leitura da

<sup>40</sup> VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em geral**. V. I. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 156.

<sup>41</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**. Vol. V, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 21.

<sup>42</sup> LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Tradução espanhola de Jaime Santos Britz. Madrid: EDERSA, 1958. Tomo I. p. 39.

<sup>43</sup> Adotando a visão da obrigação como processo, tem-se, dentre outros: MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 586- 592; FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 36-40; COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 63 ss; PINTO, Carlos Alberto Mota. **Cessão da Posição Contratual**. Coimbra: Almedina. 2003. p. 335 a 340, 348 ss. e 374 ss; VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em geral**. V. I. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 65- 69; MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. V. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 48; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 394 ss. e 437 ss.; SILVA, Clóvis V. do Couto. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 10–13; BRAGA, Paula Sarno. **Devido Processo Legal nas Relações Privadas**. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 40-49.

<sup>44</sup> COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como um processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 120.

disciplina das obrigações: esta não deve ser considerada o estatuto do credor; a cooperação, e *um determinado modo de ser*, substitui a subordinação e o credor se torna titular de obrigações genéricas ou específicas de cooperação ao adimplemento do devedor”<sup>45</sup>.

Também assim Fredie Didier Júnior, para quem a incidência da boa-fé objetiva nas relações faz surgir, ao lado dos típicos deveres de prestação, os deveres anexos, em razão do que “percebe-se que a obrigação deve ser encarada como um complexo de situações jurídicas, e não mais apenas como uma relação simples entre o dever de prestar e a relação creditícia. Encara-se a obrigação como um processo”<sup>46</sup>.

### 3.3.2. Os deveres de prestação e deveres instrumentais. O papel da hermenêutica.

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que não existe uma classificação unânime em doutrina acerca dos deveres que podem ser instituídos em decorrência da aplicação da boa-fé objetiva. Tal decorre, naturalmente, de uma característica argutamente apontada por Paulo Luiz Netto Lobo e que em razão da pertinência aos propósitos do presente artigo deve ser realçada, isto é, da sua natureza própria de cláusula geral, em razão da qual não se aplica por subsunção:

A boa-fé objetiva não é princípio dedutivo, não é argumentação dialética; é medida e diretiva para pesquisa da norma de decisão, da regra a aplicar no caso concreto, sem hipótese normativa pré-constituída, mas que será preenchida com a mediação concretizadora do intérprete-julgador. Cada relação obrigacional exige um juízo de valor extraído do ambiente social, considerados o momento e o lugar em que se realiza; mas esse juízo não é subjetivo, no sentido de se irradiar das convicções morais do intérprete. Como esclarece Larenz, deve ser tomado como módulo o pensamento de um intérprete justo e eqüitativo, isto é, "que a sentença há de ajustar-se à exigências geralmente vigentes da justiça, ao critério refletido na consciência do povo ou no setor social a que se vinculem os participantes (por exemplo, comerciantes, artesãos, agricultores)", desde que observados os valores de fidelidade e confiança.<sup>47</sup>

<sup>45</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 212.

<sup>46</sup> DIDIER JR. Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. 97.

<sup>47</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. **Deveres gerais de conduta nas obrigações civis**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6903>>. Acesso em 09. Ago. 2010.

Com efeito, uma decisão estaqueada na boa-fé objetiva, que resulte do exercício da sua função instituidora de deveres<sup>48</sup>, é essencialmente uma decisão por equidade, que deva buscar se ajustar aos critérios objetivamente refletidos na consciência do povo ou o setor social a que se vinculem os participantes. A busca por um padrão de comportamento esperado, de um estereótipo socialmente aceitável, é um juízo de razoabilidade e essencialmente dialético, concretamente realizado, pois que não há como se divorciar de um método que busque perscrutar os interlocutores envolvidos no processo do qual resultará a norma de conduta a ser exigida e aplicada.

Portanto, conclui-se com certa facilidade que não há como estabelecer um rol taxativo dos denominados deveres instrumentais. A doutrina e os tribunais vêm apenas sinalizando alguns deles e que vêm sendo catalogados não raro de forma díspare (embora apresentem conteúdo semelhante).

Judith Martins-Costa, muito embora esteja de acordo que é impossível elencar todos os deveres exaustivamente, busca classificá-los, tomando por base a sua finalidade. Assim, considera que a distinção se opera entre os que “têm fim marcadamente *positivo* e os que visam proteger a contraparte dos riscos de danos na sua pessoa e no seu patrimônio, sendo, então, denominados *deveres de proteção*.”<sup>49</sup> E, então, cita os seguintes exemplos de deveres instrumentais positivos e de proteção: “os deveres de lealdade, de cuidado, previdência; de aviso e esclarecimento; de informação; de consideração com os legítimos interesses do parceiro contratual; de proteção ou tutela com a pessoa e o patrimônio da contraparte de não aguardar a situação do parceiro contratual; de evitar ou diminuir os riscos; de abstenção de condutas que possam pôr em risco o programa contratual; de omissão e de segredo, em certas hipóteses, deveres que podem anteceder o contrato, na chamada fase pré-contratual, ou mesmo prolongar-se findo o negócio, hipótese da responsabilidade pré-contratual, como já vinha apontando a jurisprudência esclarecida.”<sup>50</sup>

Menezes Cordeiro propõe uma classificação trinária de tais deveres, que parece ser suficiente para o propósito do presente artigo, abordando: i) deveres acessórios de proteção, que têm o caráter negativo, exigindo que as partes não provoquem danos

---

<sup>48</sup> A nosso juízo, também, na função limitadora do exercício de direitos.

<sup>49</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. V. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 38.

<sup>50</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. V. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 38/39.

recíprocos à sua pessoa e patrimônio; ii) deveres acessórios de informação e esclarecimento, que impõem que as partes sejam reciprocamente informadas de todas as circunstâncias e características do vínculo contratual. Explica o mestre português que o campo mais produtivo no domínio do dever de esclarecimento é o dos contratos de prestação de serviços médicos, utilizáveis como exemplares. Assim, pontifica que o âmbito do dever médico de esclarecimento estende-se aos efeitos típicos das terapias prescritas e não a todos os efeitos possíveis que estas possam acarretar; varia, ainda, em profundidade, consoante a inteligência e os conhecimentos do paciente e as necessidades do caso.<sup>51</sup>; iii) e deveres acessórios de lealdade, que denotam caráter positivo e negativo, determinando que as partes se abstenham de adotar condutas que frustrem os fins do negócio ou desequilibrem suas prestações.<sup>52</sup> Informa o mestre lusitano que a casuística permite apontar, como casos de concretização desses deveres, a existência, enquanto o contrato esteja em vigor, de deveres de não concorrência, de não celebração de contratos incompatíveis com o primeiro, de sigilo face aos elementos obtidos por via da pendência contratual e cuja divulgação possa prejudicar a outra parte e de atuação com vistas a preservar o objetivo e a ‘economia’ contratuais<sup>53</sup>.

#### 4. O MÉTODO FENOMENOLÓGICO E A APLICAÇÃO À BOA-FÉ OBJETIVA.

É chegado o momento, então, de correlacionarmos e tentarmos perceber em que medida a boa-fé objetiva pode ser um bom exemplo da quebra paradigmática propiciada pela hermenêutica filosófica heideggeriana, em um dos ramos mais refratários a mudanças, como sói ocorrer com o direito civil.

Como é possível de ser observado a partir do apanhado dogmático acima citado, o conceito de boa-fé objetiva não consegue contornar totalmente o pensamento hermenêutico clássico e dominante, visto que fica ainda adstrito ao objetivismo da

---

<sup>51</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 606.

<sup>52</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 604-606.

<sup>53</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 606-607.

ilustração<sup>54</sup>. Conceitos tais como valores objetivos, padrão standard de conduta, homem médio etc. parecem apontar nesse sentido.

Ocorre que, em verdade, nada obstante o discurso dogmático majoritário, quando há solo fértil para a manifestação das suas potencialidades, a estrutura conceitual-normativa da cláusula geral da boa-fé objetiva permite uma reconfiguração constante dos seus conteúdos, por meio da utilização do fluxo de valores e conceitos da realidade circundante, ou seja, pelo próprio fenômeno que acontece à sua volta.<sup>55</sup> Este papel da cláusula geral fica ainda mais claro diante da utilização da sua estruturação por meio de conceitos com maior nível de indeterminação e vagueza, justamente para propiciar ao intérprete deixar-se inundar por aqueles valores e conceitos antes referidos.

Assim, por exemplo, qual seria o standard esperado e que servirá de barema para se estabelecer até onde vai o dever de informar? Quais os deveres de proteção exigíveis em dada relação, quando se configure um dano à confiança que justifique a quebra antecipada da avença? Não há como se afirmar a priori e de forma totalmente objetiva, senão em um dado quadro do tráfico social.

É nesse sentido que se afirma ser intenso o labor do intérprete, pois que surge a necessidade de se preencher o parâmetro de conduta que a já esquiva figura do homem médio ou *bonus pater familias* adotaria diante do caso concreto e considerando-se o que há de entendimento prévio construído a partir de uma realidade parecida.<sup>56</sup>

Tanto é assim que alguns autores denominam tal método interpretativo *de aplicação subjetiva da boa-fé objetiva*, querendo assim referir-se à forma de concretização deste padrão de conduta exigido pela boa-fé objetiva não é possível mediante simples transposição do padrão do homem médio europeu, desenvolvido pela jurisprudência alemã, para casos envolvendo contratantes latino-americanos, tampouco será possível a criação de um padrão médio para o advogado idêntico ao do trabalhador da construção civil, ou do médico em correspondência à conduta esperada do pequeno empresário

---

<sup>54</sup> Nesse sentido Jose Carlos Moreira da Silva, em sua obra **Hermenêutica Filosófica e Direito – O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2006. p. 249.

<sup>55</sup> Nesse sentido, acerca da aplicação das cláusulas gerais da boa-fé objetiva, os comentários de Paulo Luiz Netto Lobo, in: **Deveres gerais de conduta nas obrigações civis**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6903>>. Acesso em 09. Ago. 2010

<sup>56</sup> MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1187-1888.

etc.<sup>57</sup> Essas dificuldades naturais acabam por seduzir a doutrina a criar e utilizar-se de conceitos abstratos e sistematizações quase perfeitas em si mesmo, que acabariam por reclamar para si um padrão hermenêutico traduzindo na modelação de fatos para que caibam, enfim, na moldura normativa-conceitual aberta das cláusulas gerais. A resistência ao desapego do padrão epistemológico cartesiano seria, assim, patente.

Aliás, segundo se aponta, tais limitações acabam mesmo por gerar dificuldades para a adoção efetiva da técnica das cláusulas gerais, cujo interesse desperto para a doutrina nacional é relativamente recente. As dificuldades de sua aplicação são comparáveis àquelas que se apontava para a aplicação dos princípios. Assim, projetar-se o modelo de subsunção para aplicação das cláusulas gerais seria o mesmo que exigir que o intérprete pressuponha, a priori, aquilo que será construído a partir do caso concreto.<sup>58</sup>

É assim que se diz ser importante ampliar as objeções tecidas acerca do conceito de homem médio, percebendo-se que defender cegamente a existência de um parâmetro objetivo de comportamento dos contratantes (brasileiros, estrangeiros, médicos, advogados, operários, empresários etc.) significa mais uma vez perder de vista a dimensão da diferença ontológica, abrindo assim portas para a difusão de conceitos metafísicos que entificam o ser, reeditando, em outros moldes, a questão entre questão de fato e questão de direito, próprio do método subsutivo, em que o conceito concebido como um retrato do fenômeno toma o lugar deste mesmo e o dispensa, ainda que de tempos em tempos se proponha a modificar este retrato.<sup>59</sup>

O paradigma da subjetividade, firmado pela filosofia da consciência, impede que o intérprete tome conhecimento da diferença ontológica, conformando-se na sensação de certeza que a entificação do ser dos entes lhes traz. Com isso, perde-se a chance de aplicar o influxo positivo da hermenêutica filosófica, desviando-se para a comodidade dos caminhos da objetivação do homem médio, conceito este, aliás, que foi forjado pela

---

<sup>57</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno – em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001, 272 páginas.

<sup>58</sup> É conhecida a metáfora de Wieacker, segundo o qual projetar o modelo subsuntivo para aplicação das cláusulas gerais seria o mesmo que transformar o intérprete no famoso personagem Barão de Munchhausen, o qual tirou-se de uma poça de lama puxando-se pelos seus próprios cabelos (WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fé**. 2. Ed. Tradução de José Luis Carro. Madri: Civitas, 1982. p.41-42).

<sup>59</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p 253.

dogmática moderna e, portanto, historicamente contextualizado em momento muito anterior ao surgimento das aclamadas cláusulas gerais.

Assim, além da necessidade de lançar-se mão da pré-compreensão – em razão da qual o juiz deverá observar o âmbito histórico-espacial da norma, os trabalhos doutrinários e a jurisprudência edificada a respeito de casos semelhantes – deve-se atentar para a inafastável diferença ontológica que se manifesta em todos os entes e aceitar sem rebuços a necessidade de colocar-se em angústia para, enfim, vivenciar esta dobra entre *ser* e *ente* propiciada pela metafísica da filosofia da consciência, superando-a.

## 5. CONCLUSÃO

Como já fora anunciado no introito e reafirmado no próprio corpo do presente artigo, não se objetiva, em terrenos tão variados como os que ora se incursiona – que mescla temas de direito civil e hermenêutica -, formar uma conclusão definitiva.

O objetivo, como parece ter restado claro, é demonstrar a possível correlação entre a boa-fé objetiva e a hermenêutica filosófica proposta por Heidegger, de sorte a demonstrar a insuficiência do modelo hermenêutico tradicional e como, afinal, a filosofia heideggeriana serve de importante manancial crítico ao discurso dogmático descompromissado da realidade circundante.

Evita-se trazer, neste tópico, as conclusões parciais já alcançadas ao longo do texto, até mesmo para evitar uma repetição monótona e desnecessária.

De todo o modo, cumpre sintetizar as seguintes notas conclusivas:

- a) Propaga-se que o princípio da boa-fé objetiva impõe um padrão ético de conduta a ser exigido no tráfico social e, em especial, nos contratos, calcados nos valores da segurança, confiança e lealdade. Boa parte da doutrina, fixada ainda em critérios metodológicos herdados de uma lógica puramente cartesiana, costuma apontar que aqueles valores existiriam objetivamente, como balizas de comportamento a serem aferidos à luz do caso concreto;
- b) Projetando-se o paradigma cartesiano para o direito, constata-se que, tanto no jusnaturalismo racionalista moderno, quanto no juspositivismo, há uma pretensão de se

demarcar a objetividade plena do conhecimento jurídico, a partir de um sentido já previamente delimitado, existente e passível de apreensão pelo intérprete, enquanto sujeito racional. O gigantismo do sujeito – segundo se diz - alcançaria seu grau máximo com os institutos e categorias criadas no seio do pensamento liberal, tais como direito subjetivo, autonomia da vontade, sujeito de direito etc.

c) Diante do quadro acima anunciado, vem-se propugnando uma nova postura do jurista. Fala-se que a reflexão sobre os conceitos e normas jurídicas, assim como a sua operacionalidade estaria vinculada a uma matriz teórica ultrapassada.

d) A partir de Heidegger, entretanto, pode-se firmar uma superação da filosofia do sujeito, pois o sujeito não procede, ele é procedido.

e) Transpondo a leitura da filosofia heideggeriana para o direito, pode-se dizer que a significação dada ou construída via sentido comum teórico traz à tona sentidos possíveis (pré-compreensões), aprisionados nos grilhões linguísticos de um determinado texto jurídico, que, portanto, não se autossustentam em qualquer realidade fenomenológica, forçados que são em momentos históricos díspares, aliás, como é próprio do eterno devir inerente à condição humana.

f) Logo, a aplicação automática e acrítica desses conceitos para todas as demais situações – próprio da metodologia lógico-formal cartesiana - carrega em si a capacidade natural de desconectar-se do momento histórico atual do intérprete, limitando-o hermeneuticamente.

À guisa de conclusão geral ousa-se dizer que, ao contrário do paradigma clássico do *cogito* cartesiano, a apreensão do que seja uma conduta ética aceitável exige seja perscrutada a realidade circundante. Seu sentido não seria extraído do texto legal, tampouco de conceitos doutrinários, enquanto uma realidade em si mesma. A ontologia estaria no homem, que existe enquanto ser jogado no mundo e, por isto mesmo, tem consciência, como ser histórico e temporal. Ao que se afigura, não haveria – segundo o método fenomenológico heideggeriano - como se extrair um sentido objetivo das coisas, tanto mais de um texto legal, assim como pretendido pela filosofia da consciência e que serviu de matriz epistemológica para o pensamento iluminista e ainda hoje (sobre) vive na cultura e mente dos juristas.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

BRAGA, Paula Sarno. **Devido Processo Legal nas Relações Privadas**. Salvador: Jus Podivm, 2009.

CARNEIRO, Walber Araújo. **Hermenêutica jurídica reflexiva. Uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como um processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jose Figueiredo (Coord). **Questões controvertidas no direito das obrigações nos contratos**. vol. 4. São Paulo: Método, 2005.

DIDIER JR. Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Contrato de deveres de proteção**. Coimbra: Almedina, 1994.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Vol. IV. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2005

\_\_\_\_\_. **Novo curso de direito civil**. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2008.

HEIDEGGER, Martin. **O fim da filosofia e a tarefa do pensamento**. Coleção Os Pensadores. 4ª Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

\_\_\_\_\_. **Que é metafísica**. Coleção Os pensadores. Tradução de Ernildo Stein, São Paulo: Nova Cultural, 2000.

LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Tomo I. Tradução espanhola de Jaime Santos Britz. Madrid: EDERSA, 1958.

\_\_\_\_\_. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Deveres gerais de conduta nas obrigações civis**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6903>>. Acesso em 09. Ago. 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (Coord). **A teoria do contrato e o novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003.

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

\_\_\_\_\_. **Comentários ao novo código civil**. Vol. V, Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno – em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato. Novos Paradigmas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto Mota. **Cessão da Posição Contratual**. Coimbra: Almedina. 2003.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito. O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. 2. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

\_\_\_\_\_. **Obrigações. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em geral**. V. I. 9.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fé**. 2. Ed. Tradução de José Luis Carro. Madri: Civitas, 1982.