

A BOA FÉ NOS FINAIS DO SÉCULO XX

Por Prof. Doutor António Menezes Cordeiro

1. As aplicações práticas actuais da boa fé objectiva

I. A boa fé, enquanto regra de conduta — ou boa fé objectiva, nas línguas latinas ⁽¹⁾ — tem uma consagração generalizada, nos códigos civis da actualidade. Os exemplos mais marcantes são, ainda hoje, os do artigo 1134/3, do Código Civil francês, de 1804 e do § 242 do Código Civil alemão, de 1896 ⁽²⁾. Os estudos ten-

(1) Em alemão, não há que adjectivar: a boa fé objectiva diz-se *Treu und Glauben*, enquanto a subjectiva, própria, por exemplo, do possuidor que ignore estar a lesar o direito alheio, se diz *guter Glaube*.

(2) Segundo o artigo 1134, do Código Civil francês ou *Code Napoléon*,

As convenções legalmente formadas valem como lei, perante aqueles que as fizeram.

Elas só podem ser revogadas por mútuo consentimento ou por causas que a lei autorize.

Elas devem ser executadas de boa fé.

Por seu turno, o § 242 do Código Civil alemão ou *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB),

O devedor fica obrigado a realizar a prestação, tal como a boa fé, com consideração pelos usos do tráfico, o exija.

Nas codificações tardias surgem, em regra, referências diversificadas, à boa fé objectiva, de acordo com os diversos campos em que ela se concretiza. Assim sucede nos artigos 1337 e 1375 do Código Civil italiano, de 1942, relativos, respectivamente, à responsabilidade precontratual e à execução das obrigações e nos artigos 227.º/1, 334.º, 437.º/1 e 762.º/2 do Código Civil português, de 1966, referentes, também respectivamente,

dentes a fixar um — de resto, hoje, totalmente teórico — Direito europeu dos contratos dão um ênfase marcado, à necessidade de respeitar a boa fé ⁽³⁾.

A boa fé corresponde a um conceito indeterminado, dotado de elevado grau de abstracção. Assim, não é possível formular juízos sem conhecer a aplicação que, dela, nos diversos ordenamentos, seja feita. Vamos principiar por uma pesquisa, a nível de jurisprudência e isso de acordo com as duas experiências emblemáticas do continente europeu: a alemã e a francesa ⁽⁴⁾. A análise vai limitar-se a decisões publicadas nos últimos dois anos. Mais adiante, verificaremos a situação, a nível de jurisprudência publicada, do nosso Supremo Tribunal de Justiça.

II. Na Alemanha, a boa fé tem, hoje, o seu primeiro campo de aplicação prática no tocante à alteração das circunstâncias e, em especial, às motivadas pela reunificação. A alteração, eficaz por via da boa fé, poderia atingir créditos de antigos institutos da ex-RDA ⁽⁵⁾, bem como pensões ⁽⁶⁾, ficando fora de relações de trabalho cujo objecto se tivesse tornado impossível ⁽⁷⁾. Ela poderia ocorrer, mercê da introdução, do DM, na economia leste-alemã ⁽⁸⁾.

à responsabilidade precontratual, ao abuso do direito, à alteração de circunstâncias e ao cumprimento das obrigações.

De notar que o Código Civil holandês, de 1990, no seu Livro 6, artigo 2, preferiu, à boa fé, a fórmula «honestidade e equidade» (**redelijkheid en billijkheid**), enquanto o Código Civil do Québec, de 1992, refere a boa fé a propósito do exercício dos direitos — artigos 6 e 7 —, da constituição, da execução e da extinção das obrigações — artigo 1375 — e das cláusulas abusivas — artigo 1437.

⁽¹⁾ Temos em conta OLE LANDO/HUGH BEALE, *Principles of European Contract Law*, I (1995), art. 1.104-1.107 (**the need to promote good faith and fair dealing**); cf. REINHARD ZIMMERMANN, *Konturen eines Europäischen Vertragsrechts*, JZ 1995, 477-491 (490). Note-se que os *Principles* cit. surgem, um tanto, ao estilo dos **Restatements** norte-americanos.

⁽²⁾ A experiência inglesa não revela um particular recurso dogmático ao conceito de boa fé; cf. ELIANA FERRARIS, *La buona fede negli orientamenti della giurisprudenza inglese*, RDCComm XCIII (1995), 759-784.

⁽³⁾ BGH 11-Out.-1994, JZ 1995, 514-516, anot. URSULA STEIN, JZ 1995, 516-519.

⁽⁴⁾ BGH 25-Jan.-1995, BGHZ 129 (1996), 320-336 (329), referindo a **clausula rebus sic stantibus** e o § 242 BGB.

⁽⁵⁾ BAG 24-Ago.-1995, NJW 1996, 476.

⁽⁶⁾ BGH 6-Abr.-1995, BGHZ 129 (1996), 236-259 (251).

Além disso, a boa fé, apta a legitimizar a alteração das circunstâncias, teria aplicação aos contratos celebrados na ex-RDA, antes da reunificação⁽⁹⁾. Os problemas da reunificação deram, ainda, lugar a outras aplicações: assim, foi julgada inadmissível, por contrariedade à boa fé, a pretensão do Estado Federal Alemão de recebimento duma provisão forçada, por um representante obrigatório, em operações de importação, ao abrigo das antigas leis da RDA⁽¹⁰⁾; por seu turno, o fiduciário que deu azo a uma situação de fidúcia, para contornar as antigas leis restritivas, sobre o comércio de divisas, da ex-RDA, não pode, *ex bona fide*, vir, agora, invocar a sua nulidade⁽¹¹⁾. De modo tendencial, podemos considerar que, no âmbito da problemática da reunificação, a boa fé não encontrou aplicação, quando viesse prejudicar particulares. Assim, entendeu-se que não podiam ser bloqueadas invalidades formais⁽¹²⁾, que, em termos de responsabilidade precontratual, não podiam ser alijadas normas da ex-RDA⁽¹³⁾ e que a situação fiduciária não podia desaparecer, atingindo terceiros⁽¹⁴⁾.

III. Ainda na Alemanha, encontramos um largo apelo, à boa fé, no domínio da lei sobre cláusulas contratuais gerais⁽¹⁵⁾. Paralelamente a estes casos, que, com os provocados pela reunificação, extravazam, de certo modo, as clássicas concretizações de boa fé, mantém-se uma aplicação mais tradicional, ainda que marcada por

(9) BGH 21-Set.-1995, DtZ 1996, 23-26.

(10) BGH 20-Set.-1995, DtZ 1996, 48-50 = JZ 1996, 469-470, anot. MICHAEL MARTINEK, JZ 1996, 470-472.

(11) BGH 25-Out.-1995, DtZ 1996, 51-52.

(12) BGH 12-Jan.-1996, DtZ 1996, 112-113.

(13) BGH 10-Jan.-1996, DtZ 1996, 113-115.

(14) BGH 26-Jan.-1996, DtZ 1996, 138-140.

(15) OLG Düsseldorf 1-Jun.-1995, NJW 1996, 400-401, onde foi considerado nulo o contrato de arbitragem, concluído por adesão, segundo o qual o tribunal arbitral deveria decidir, também, sobre a eficácia do contrato de arbitragem, quando, do seu dispositivo, designadamente das cláusulas relativas à escolha dos árbitros, não fosse de esperar um processo limpo; BGH 9-Nov.-1995, NJW 1996, 253-256, que recusa a natureza pretensamente abusiva de determinada cláusula, num contrato de seguro, perante a sua clareza; BGH 6-Dez.-1995, NJW 1996, 519-520, recusando a natureza abusiva de determinado prazo, também num contrato de seguro; BGH 25-Jan.-1996, NJW 1996, 1346-1348, relativo a cláusulas fiduciárias; BGH 7-Mai.-1996, 2032-2033, referente a contas postais.

uma evolução, a seu tempo sublinhada. Assim, surgem — ou negam-se — aplicações da *culpa in contrahendo* ⁽¹⁶⁾ e da boa fé no domínio da recepção de declarações negociais ⁽¹⁷⁾, no campo da fiança ⁽¹⁸⁾, no sector dos seguros ⁽¹⁹⁾, da locação financeira ⁽²⁰⁾, da interpretação dos títulos executivos ⁽²¹⁾ e das relações familiares ⁽²²⁾, desportivas ⁽²³⁾ e do trabalho ⁽²⁴⁾. A boa fé é usada para moralizar o funcionamento das sociedades ⁽²⁵⁾ e para fixar esferas de risco ⁽²⁶⁾, mantendo-se, muito estrito, o seu papel, nas invalidades formais ⁽²⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ BGH 29-Mar.-1996, NJW 1996, 1884-1886, acentuando que, num contrato formal, a responsabilidade, por *culpa in contrahendo*, só ocorre perante uma violação grave das exigências de comportamento honesto.

⁽¹⁷⁾ BGH 17-Abr.-1996, NJW 1996, 1967-1968.

⁽¹⁸⁾ BGH 5-Jan.-1995, BGHZ 128 (1996), 230-240 (236), onde se atendeu que contundia, com a boa fé, a fiança prestada por quem, não tendo forças económicas bastantes, não estava em condições de entender o alcance do que fazia, BGH 25-Abr.-1996, NJW 1996, 2088-2091, onde se entendeu que, na hipótese duma fiança conjugal, um divórcio poderia representar uma alteração de circunstâncias e BGH 13-Jun.-1996, NJW 1996, 2369-2370, com um controlo, pelo § 242 do BGB, duma fiança. O próprio Tribunal Constitucional teve de se pronunciar sobre o tema do controlo jurisdicional das fianças excessivas, não intervindo: BVerfG 2-Mai.-1996, NJW 1996, 2021.

⁽¹⁹⁾ BGH 3-Abr.-1996, NJW 1996, 2100-2102: finda certa relação, a seguradora não é, *ex bona fide*, obrigada a prestar informações ulteriores e BGH 14-Mai.-1996, NJW 1996, 2092-2094: há que restituir as garantias, tornadas, já, desnecessárias.

⁽²⁰⁾ BGH 12-Jun.-1996, NJW 1996, 2367-2369, no campo da denúncia.

⁽²¹⁾ OLG Frankfurt 10-Ago.-1995, NJW 1996, 1219-1220.

⁽²²⁾ BGH 12-Abr.-1995, BGHZ 129 (1996), 259-267 (266-267): a alteração de circunstâncias pode ser eficaz no sector dos alimentos e BGH 3-Abr.-1996, NJW 1996, 1894-1895.

⁽²³⁾ BGH 28-Nov.-1994, BGHZ 128 (1996), 93-111 (103): as regras das associações desportivas não são cláusulas contratuais gerais; submetem-se, no entanto, à sindicância do § 242 do BGB.

⁽²⁴⁾ BAG 18-Jan.-1995, NJW 1996, 805-806, referente ao âmbito do dever do segurador de suportar salários, durante o prolongamento duma baixa, por doença.

⁽²⁵⁾ BGH 15-Fev.-1996, NJW 1996, 1341-1344: é contrário, também, aos bons costumes a fiança duma sociedade, a favor dum empréstimo concedido pelo próprio gerente, a um devedor que este sabia em mau estado.

⁽²⁶⁾ OLG Nürnberg 27-Jun.-1995, NJW 1996, 1479-1480, na determinação das consequências duma invalidade, proferida, por erro mútuo, sobre determinados aspectos fiscais do negócio.

⁽²⁷⁾ BGH 20-Mar.-1996, DtZ 1996, 207-208 e BGH 2-Mai.-1996, NJW 1996, 1960-1961.

III. Em França, o artigo 1134, III, do *Code Napoléon* tinha, tradicionalmente, uma aplicação muito escassa. De todo modo, têm vindo a ser apontadas, mais recentemente, concretizações crescentes da boa fé, nela referida ⁽²⁸⁾.

Encontramos aplicações significativas de boa fé, no tocante à resolução unilateral dos contratos ⁽²⁹⁾ e a um esquema encontrado para contornar a preferência do editor ⁽³⁰⁾. Fora isso, a boa fé não surge, especificamente, invocada, em abono de decisões.

IV. Apesar da aparente pobreza, do espaço francês, no tocante à aplicação da boa fé, deve dizer-se que encontramos decisões paralelas, com recurso a outros institutos. Assim sucede com as cláusulas abusivas, sancionadas, nos termos da lei ⁽³¹⁾, quando

⁽²⁸⁾ Cf. ANTONIO CIMINO, *La clausula generale di buona fede nell' esperienza francese*, RDCComm XCIII (1995), 785-802 (793); em GILLES GOUBEUX/PHILIPPE BIHR/XAVIER HENRY, *Code Civil / Enrichi d' annotations tirées de bases de données juridiques* (1995-96), Art. 1134/C, n 112-121 (733), onde são citadas diversas decisões de primeiras instâncias, recolhidas em bases de dados. A análise dos 31 números, até hoje publicados, do *Recueil Dalloz Sirey*, em 1996, não permite localizar aplicações do artigo 1134/III, do *Code Napoléon* ou da boa fé objectiva.

⁽²⁹⁾ CcssFr 31-Jan.-1995, Bull/Civ I (1995), n.º 57 (41) e *apud* JACQUES MESTRE, *Jurisprudence française en matière de droit civil / Obligations et contrats spéciaux*, RTDCiv 94 (1995), 618-626 (623-624): um casal adquire uma habitação, com um empréstimo bancário de 200.000 F., em 1975, a pagar em 15 anos. Em Outubro de 1983, o marido, desempregado, obtém uma moratória, até 1-Fev.-1984, para pagar as prestações de Novembro, Dezembro e Janeiro. Em 2-Jan.-1984, o banco, por carta, avisa que se encontra na obrigação de exigir o reembolso antecipado e integral do seu crédito; não chega, porém, a concretizar tal medida, vindo os interessados a pagar o essencial do seu saldo. Contudo, em 2-Jul.-1990, o banco interpela o casal para o pagamento de 91.434 F. correspondentes a juros e a penalidades, pelo atraso. A CcssFr entendeu que a actuação, nestes termos, da cláusula resolutória, era contrária à boa fé.

Outro exemplo de cláusula resolutória, actuada contra a boa fé, é o da CApp Paris 25-Jan.-1995, *apud* JACQUES MESTRE, *idem*, RTDCiv 95 (1996), 143-175 (158-159).

⁽³⁰⁾ Trata-se de decisão, já antiga, Paris 22-Jan.-1972, mas apenas publicada em 1995 — cf., também, JACQUES MESTRE, *idem*, RTDCiv 94 (1995), 624 — que se debruçou sobre a factualidade seguinte: presente um contrato de edição que atribuía, da ao editor, uma preferência na edição de novas obras, salvo se houvesse duas recusas, da sua parte; o autor manda, então, ao editor, dois manuscritos bizarros (um romance polifónico e um romance dodecáfono), objectivamente não-publicáveis e manifestamente preparados, num curto lapso de tempo, para neutralizar a preferência. Trata-se dum procedimento considerado ineficaz, por atentado à boa fé.

⁽³¹⁾ Trata-se do artigo 131/I do Código do Consumo, aprovado pela Lei n.º 93/949, de 26-Jul.-1993, na redacção dada pela Lei n.º 95/96, de 1-Fev.-1995.

dêem lugar a desequilíbrios significativos ⁽³²⁾, com a responsabilidade precontratual ⁽³³⁾, ou com a responsabilidade pela aparência ⁽³⁴⁾, ambas derivadas da *faute*.

2. A jurisprudência do Supremo

I. Passemos, agora, a referir a jurisprudência publicada, nos dois últimos anos, do nosso Supremo Tribunal de Justiça.

O instituto, assente na boa fé objectiva, que nos surge, com maior frequência, é o do abuso do direito e, dentro deste, o do *venire contra factum proprium*. Assim, considerou-se haver contrariedade à boa fé, gerando abuso, por parte da seguradora que, manifestando, por carta, o seu acordo, quanto a certo seguro, vem, depois, invocar a invalidade formal ⁽³⁵⁾ ou por parte do promitente, que se coloca na situação de não poder cumprir ⁽³⁶⁾. Já não haveria *venire contra factum proprium*, por parte do Estado, quando exija o pagamento do preço de determinada cortiça, pago, contra as regras, a uma «UCP» ⁽³⁷⁾. Tão-pouco tal sucederia quando um particular, alterando a sua prática anterior, viesse a não permitir um uso público do seu lugar de estacionamento ⁽³⁸⁾.

⁽³²⁾ CcssFr 31-Jan.-1995, *apud* JACQUES MESTRE, ob. cit., RTDCiv 94 (1995), 620, segundo a qual uma cláusula abusiva não deixa de o ser, só por ter um uso frequente e CcssFr 30-Jan.-1996, DS 1996, IR 59.

⁽³³⁾ CApp Versailles 21-Set.-1995, *apud* JACQUES MESTRE, ob. cit., RTDCiv 95 (1996), 145-147, onde já se chegou a uma indemnização de 4.000.000 F., por quebra injustificada de negociações.

⁽³⁴⁾ CcssFr 28-Jun.-1994, *apud* JACQUES MESTRE, ob. cit., RTDCiv 94 (1995), 94-118 (104): uma sociedade tinha como objectivo inicial assegurar a continuação duma outra, através da sua retoma interna, adquirindo a totalidade das suas participações, por um preço simbólico; através de actuações repetidas, ela deixou pensar, aos que concederam crédito à empresa em dificuldades, que eles seriam integralmente pagos; surge, deste modo, uma confiança legítima, da parte dos credores que, através da responsabilidade civil, adquirem, assim, direito ao reembolso.

⁽³⁵⁾ STJ 28-Set.-1995 (JOAQUIM DE MATOS), CJ/Supremo III (1995) 3, 31-36.

⁽³⁶⁾ STJ 5-Mar.-1996 (MIRANDA GUSMÃO), CJ/Supremo IV (1996) 1, 115-118.

⁽³⁷⁾ STJ 11-Mai.-1995 (COSTA MARQUES), CJ/Supremo III (1995) 2, 78-80.

⁽³⁸⁾ STJ 26-Set.-1995 (SANTOS MONTEIRO), CJ/Supremo III (1995) 3, 27-30 (29).

O excesso de tapagem é considerado abusivo, numa manifestação de inadmissibilidade do exercício em desequilíbrio⁽³⁹⁾. Já assim não será quando, no âmbito dum desconto bancário, um banco exija uma importância de que é credor e que ainda não tenha logrado receber: não caberia falar em excesso de cautelas ou garantias⁽⁴⁰⁾. Também não foi considerada abusiva a rescisão, com justa causa, dum contrato de trabalho, pelo trabalhador, quando estivesse pendente um processo disciplinar: não se provara que a rescisão visara iludir tal processo⁽⁴¹⁾.

II. A boa fé surge-nos, ainda, a propósito dos deveres acessórios, da *culpa in contrahendo* e da alteração das circunstâncias. No primeiro caso, entende-se a violação dum dever acessório, derivado do artigo 762.º/2 do Código Civil, como apta para justificar a *exceptio de non adimpleti contractus*⁽⁴²⁾; no segundo, julgou-se não haver violação precontratual perante a invalidade dum contrato-promessa, sem que se provasse especial culpa dalguma das partes⁽⁴³⁾; no terceiro, considerou-se inaplicável o artigo 437.º/1 do Código Civil, perante uma obrigação já cumprida⁽⁴⁴⁾.

III. Estas decisões — de resto na linha de toda uma produção que data já da década de oitenta e que se encontra muito representada, também, na jurisprudência das Relações — permitem algumas considerações genéricas.

A jurisprudência portuguesa, no tocante ao manuseio da boa fé, mantém o segundo lugar: logo após a alemã e muito aquém da dos outros países latinos. Na concretização da boa fé, o Supremo usa fluentemente os institutos parcelares, onde ela se manifesta, sendo de referenciar os grupos típicos de actos abusivos. Finalmente: todas as decisões apontadas se integram nos quadros que

(39) STJ 16-Mar.-1995 (ROGER LOPES), CJ/Supremo II (1995) 1, 121-124.

(40) STJ 14-Fev.-1995 (CARDONA FERREIRA), CJ/Supremo III (1995) 1, 84-88.

(41) STJ 25-Out.-1995 (ALMEIDA DEVEZA), CJ/Supremo III (1995) 3, 279-282 (281-282).

(42) STJ 18-Jan.-1995 (RAÚL MATEUS), CJ/Supremo III (1995) 1, 35-38.

(43) STJ 28-Mar.-1995 (PAIS DE SOUSA), CJ/Supremo III (1995) 1, 141-145 (143 e 144).

(44) STJ 18-Jan.-1996 (MIRANDA GUSMÃO), CJ/Supremo IV (1996) 1, 52-55.

temos vindo a propugnar, desde 1984 ⁽⁴⁵⁾, suportando, ainda, as considerações subsequentes.

3. As leituras clássicas

I. A aplicação prática, da boa fé, permite algumas conclusões. Antes, porém, de as retirar e de proceder, à sua luz, ao cotejo dos últimos desenvolvimentos teóricos sobre a matéria, parece oportuno recordar o estado das questões, nos anos oitenta, deste ainda nosso século ⁽⁴⁶⁾.

A boa fé, embora na base de elementos anteriores, de tipo social e religioso, correspondeu, já no antigo Direito Romano, a uma criação dos juristas: ela permitiu, nas mãos do pretor, alargar a tutela jurídica a situações inteiramente novas, derivadas da expansão romana, na bacia do Mediterrâneo. Os juízos de boa fé estão na origem, por exemplo, dos contratos de compra e venda, de locação, do mandato e de sociedade, tal como hoje os conhecemos.

Esgotado esse papel criador, a boa fé, como elemento aprazível e juridicamente valioso foi, ainda, usada para, numa difusão horizontal, qualificar novos institutos e, designadamente: a situação da pessoa que, ignorando estar a lesar determinados direitos alheios, merecia uma certa protecção da ordem jurídica. Assim nasceu a boa fé subjectiva: o possuidor de boa fé disfruta de tutela, mercê do estado do seu sujeito.

II. No período justinianeu, a boa fé, novamente disponível para novas criações jurídicas, veio a misturar-se com princípios diversos, como o *bonum et aequo* e a *aequitas*, eivados de elementos retóricos gregos. Acabaria, assim, numa situação de diluição: um princípio geral de actuação, incapaz, pela sua generalidade, de comportar uma dogmática, isto é, de facultar soluções concretas. A seu lado, mantinha-se um uso técnico de boa fé, nos domínios possessório e similares: era a boa fé subjectiva.

⁽⁴⁵⁾ Cf. o nosso *Da boa fé no Direito Civil*, 2 volumes (1984).

⁽⁴⁶⁾ Sobre toda a matéria subsequente, cf. o 1.º vol. da nossa *Da boa fé no Direito Civil* cit..

O Direito intermédio trouxe, à boa fé, dois reforços importantes. O Direito canónico veio conferir, à boa fé subjectiva, um conteúdo ético: estaria de boa fé quem não tivesse incorrido em pecado. O Direito germânico, por seu turno, reintroduziu elementos objectivos: a boa fé estava ligada à protecção da aparência e à tutela da palavra dada.

Todos estes elementos pesaram, nos jusracionalistas, que prepararam o terreno para as grandes codificações continentais. Ficou preservada uma boa fé subjectiva, de teor ético-psicológico e própria da pessoa que, sem culpa, ignorasse prejudicar outrem: tal boa fé subjectiva tinha, na posse e na prescrição, os seus campos de eleição, reaparecendo, depois, em numerosos institutos. Além disso, ocorre, nos contratos, uma referência à boa fé, tendente a reforçar o seu conteúdo vincutivo.

III. A tradição jusracionalista deixaria marcas claras no Código Napoleão. Ao lado da boa fé subjectiva, confinada a determinados institutos, temos uma referência muito sucinta à boa fé objectiva — precisamente no artigo 1134/III — em reforço do vínculo contratual. Como, contudo, no século XIX, a ideia do respeito pelos contratos celebrados estava totalmente radicada, não tinha utilidade dobrá-la, através da boa fé. Esta teve, assim, escassa aplicação tendo-se, inclusive, perdido a própria ideia da sua origem.

Entretanto, a Alemanha conheceria uma evolução diferente. Impossibilitada, por razões de ordem política, que deram azo a uma unificação tardia, de proceder a uma codificação civil, antes do final do século XIX, a Alemanha viu-se na contingência de atravessar todo esse século na base do *Corpus Iuris Civilis*. Ora, durante esse longo e movimentado período, surgiam problemas, designadamente mercantis, que exigiam uma especial atenção dos tribunais de comércio. Estes, privados de leis actualizadas, iniciaram uma técnica de decidir, em termos de ponderação e de razoabilidade comerciais, com apelo à velha *bona fides*. Criou-se, assim, uma tradição diversificada, apoiada em precedentes, que acabaria por encontrar um porto de abrigo natural, no § 242 do BGB.

IV. Logo desde o início, o § 242 do BGB veio facultar o desenvolvimento de quatro institutos importantes: a *culpa in contrahendo*, os deveres acessórios, o abuso do direito e a alteração das circunstâncias.

A *culpa in contrahendo* postulava que, antes de celebrado um contrato e nas negociações preliminares, as partes deveriam observar deveres de segurança, de informação e de lealdade. Tratava-se, num momento inicial, de evitar que as negociações fossem usadas para prejudicar pessoas. Mais tarde, o instituto evoluiu no sentido da tutela da parte mais fraca: caberia à mais forte, pela lealdade e pela informação, evitar que a fraqueza do seu parceiro se viesse a traduzir em desequilíbrios contratuais.

Os deveres acessórios recordam-nos que, nos contratos, se pretende uma realização material dos bens atribuídos ao credor. Assim, o devedor, em nome da boa fé, fica obrigado a todos os comportamentos instrumentais destinados a assegurar a integridade da prestação principal. Também aqui seria possível apurar deveres de protecção, de informação e de lealdade.

O abuso do direito — ou, mais latamente, o exercício inadmissível de posições jurídicas — vincula o titular de situações favoráveis a exercê-las dentro do sistema. Designadamente, ele não pode agir contra expectativas que tenha gerado — *venire contra factum proprium*; também não pode prevalecer-se de violações que, ele próprio, tenha perpetrado — *tu quoque* — ou actuar, sem proveito próprio, só para prejudicar terceiros — exercício em desequilíbrio.

Finalmente, a alteração das circunstâncias estabelece que, embora os contratos livremente celebrados devam ser executados, até ao limite da impossibilidade, a sua execução não é exigida quando o ambiente que lhes deu azo sofra alterações profundas. A base jurídico-positiva seria, de novo, a boa fé.

A actual legislação de protecção ao consumidor, designadamente no domínio das cláusulas contratuais gerais, veio, ainda, a acolher a boa fé, como bitola para a determinação de cláusulas abusivas.

V. A evolução francesa foi, nestes domínios, bastante diversa. Alguns dos institutos apurados, na Alemanha, através da boa fé, nunca conseguiriam um reconhecimento: tal o caso da alteração das circunstâncias.

Outros, foram sendo reconhecidos, mas através da responsabilidade civil. Tal o caso da *culpa in contrahendo*, derivada da **faute** precontratual e do abuso do direito, reconhecido — de resto limitadamente — também na base da **faute**.

Apenas muito recentemente e — provavelmente — mercê de alguma influência doutrinária externa, temos visto a boa fé, tal como foi inserida, no *Code Napoléon*, pelos seus geniais autores, a fundamentar deveres de lealdade, na pendência contratual.

Também a tutela do consumidor se concretizaria sem recurso à boa fé.

VI. Quanto ao caso português, cumpre recordar que a influência francesa, patente no Código Civil de SEABRA, de 1867, veio a perder terreno. Designadamente após o ensino de GUI-LHERME MOREIRA, no início do século XX, assistir-se-ia a um influxo crescente do pensamento romano-germânico, além, naturalmente, da tradição nacional. A boa fé objectiva, capaz de amparar efectivas soluções, foi consagrada pelo Código Civil de 1966, embora só quase vinte anos mais tarde tenha logrado uma ampla concretização jurisdicional. A lei sobre cláusulas contratuais gerais, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, deu-lhe, no seu artigo 16.º, uma ampla consagração.

4. Tutela da confiança e materialidade subjacente; sistemas de boa fé e de «faute»

I. Procurando, sob a diversidade dos institutos que se reclamam da boa fé, localizar grandes parâmetros ou princípios comuns, encontramos dois: o da tutela da confiança e o da primazia da materialidade subjacente.

A tutela da confiança, na base de exigências éticas e sociais elementares, leva a dispensar uma certa protecção à pessoa que, mercê de outra, seja levada a acreditar na manutenção dum certo estado de coisas. Exige-se, tendencialmente, que a crença seja legítima, que, na sua base, o confiante tenha dispendido energias materiais e/ou pessoais e que tudo seja imputável a quem, depois, deva respeitar a situação criada.

A primazia da materialidade subjacente recorda que o Direito não se limita a actuações rituais: ele pretende, de facto, a prossecução de determinados valores materiais, que estão subjacentes às diversas normas. Assim, serão contrárias à boa fé as actuações que apenas respeitem a exterioridade formal do Direito, desprezando os seus valores mais profundos.

II. No fundo, poderemos reconduzir a tutela da confiança à exigência da igualdade: a pessoa que se encontre imersa numa crença legítima e justificada não pode ser tratada como se tal não sucedesse, sob pena de se tratar, por igual, o que é diferente. Por seu turno, a primazia da materialidade subjacente permite fazer apelo a diversos princípios sistemáticos, que exigem a harmonia no funcionamento do ordenamento.

Estaremos, assim, em condições de concluir que, pela boa fé, se torna viável introduzir, em cada decisão jurídica concreta, a possibilidade e a necessidade de, independentemente de mais concretas proposições, respeitar os dados básicos do sistema.

III. Chegados a este ponto, impõe-se sublinhar a presença, nos ordenamentos continentais, de dois sistemas diferentes: os que remetem, de modo explícito, para a boa fé e os que atingem objectivos similares, através dum esquema particular de responsabilidade civil, derivado da «*faute*».

Sistema de boa fé, por excelência, é o alemão. Razões históricas e culturais, acima a floradas, justificam que, desde cedo, os tribunais e a doutrina tenham procedido à progressiva concretização da figura.

Em compensação, o francês conseguiu, em parte, soluções equiparáveis, através duma concepção particularmente flexível, da responsabilidade civil. Esta assente num pressuposto primordial — a prática duma *faute*. A referência à *faute* torna-se, em concreto, intuitiva, de tal modo que dispensa a indicação de normas jurídicas violadas⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁷⁾ Quanto à génese do esquema francês da responsabilidade civil, assente na *faute*, por contraposição ao alemão, derivado duma contraposição entre a culpa e a ilicitude — problema que, em princípio, não releva, de modo directo, para o presente estudo, cf. a nossa *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais* (1997), § 18.º.

IV. Os diversos Direitos europeus têm vindo a evoluir na base das suas próprias tradições e, ainda, através de influências e transposições culturais, efectuadas a partir das experiências francesa e alemã. No século XIX, a influência do *Code Napoléon* foi, naturalmente, marcante. Posteriormente, ela regrediria, mercê da impressividade do esquema alemão, mais desenvolvido e analítico. Temos exemplos significativos nos códigos suíço e italiano.

V. O caso português é muito particular, neste domínio. No termo duma evolução algo complexa ⁽⁴⁸⁾, o Direito português da responsabilidade civil adoptou uma feição híbrida: próxima do francês, no tocante à responsabilidade obrigacional, onde a «culpa» se aproxima da ideia de *faute* — artigos 798.º e 799.º/1, do Código Civil — e próxima do alemão, no domínio da delitual, onde surge a culpa contraposta à ilicitude — artigo 483.º/1.

Há, pois, espaço para a boa fé objectiva, embora, por vezes, esta possa ser afastada com recurso a uma ideia alargada da culpa, próxima da de *faute* ⁽⁴⁹⁾.

5. Tendências doutrinárias recentes; a redução da boa fé

I. As tendências doutrinárias mais recentes — ainda que de forma nem sempre assumida — apontam, na nossa opinião, para uma redução do espaço, antes conferido, à boa fé ⁽⁵⁰⁾. Assim, enquanto, a esta, eram, em geral, reconhecidas funções no estabelecimento de novos institutos e grupos de soluções — modo de execução das prestações, *culpa in contrahendo*, exercício inadmissível ou alteração de circunstâncias, tende-se, hoje, a distinguir,

⁽⁴⁸⁾ Cf. o nosso *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais* cit., § 19º.

⁽⁴⁹⁾ Veja-se o modo por que STJ 28-Mar.-1995 cit., CJ/Supremo III, 1, 144, afastou a *culpa in contrahendo*, recorrendo a uma ideia alargada de «culpa».

⁽⁵⁰⁾ Um apanhado das múltiplas construções existentes, sobre o § 242 do BGB, consta de JÜRGEN SCHMIDT, no *STAUDINGERS Kommentar zum BGB*, 13ª ed. (1995), Nr. 113 ss. (268 ss.).

mais simplesmente, funções de concretização, de complementação, de delimitação e de correcção ⁽⁵¹⁾.

Esta evolução dá-se, muito simplesmente, porque os institutos, derivados da boa fé, ganham autonomia própria. Apresentam regras específicas e dogmáticas estabilizadas, mal precisando — salvo quando em colocação histórica — de apelar à boa fé de origem.

II. Como exemplos impressionantes, podemos referenciar, desde logo, a *culpa in contrahendo*. Exemplo liderante, no tocante à concretização da boa fé, a *culpa in contrahendo* espraia-se, hoje, em claros deveres de protecção, de informação e de lealdade, sedimentados em decisões jurisprudenciais experientes. Os apelos aos dados fundamentais do sistema — de resto, sempre imprecisos — não são necessários. As próprias decisões judiciais referem, já, a *culpa in contrahendo*, sem remeter para a boa fé. Fixados os deveres em jogo, a *culpa* enquadra-se na responsabilidade contratual e, em certas manifestações, na delitual ⁽⁵²⁾.

Os múltiplos deveres de comportamento, derivados, em situações de proximidade, da boa fé, vão-se amparando, de modo crescente, em ponderações de interesses, a efectivar em cada caso concreto e perante os valores típicos em causa ⁽⁵³⁾.

A tutela da confiança conquistou uma dogmática própria, de resto já patente, desde os anos setenta, graças aos estudos de CLAUS-WILHELM CANARIS.

A alteração das circunstâncias está, hoje, fortemente depurada, através da múltipla interacção de diversos institutos ⁽⁵⁴⁾. Ape-

⁽⁵¹⁾ Cf. a evolução de PALANDT/HEINRICHS, *BGB*, 39ª ed. (1980), § 242 e *BGB*, 55ª ed. (1996), § 242.

⁽⁵²⁾ Cf. NORBERT HORN, *Culpa in contrahendo*, *JuS* 1995, 377-387.

⁽⁵³⁾ Cf. JOACHIM HENNRICH, *Treupflichten im Aktienrecht / zugleich Überlegungen zur Konkretisierung der Generalklausel des § 242 BGB sowie zur Eigenhaftung des Stimmrechtsvertreters*, *AcP* 195 (1995), 221-273 (271 e 272). A doutrina vem, de todo o modo, sublinhando a necessidade de não sobrevalorizar os deveres de lealdade societários; cf. LUDWIG HÄSEMAYER, *Obstruktion gegen Sanierung und gesellschaftsrechtliche Treupflichten*, *ZHR* 160 (1996), 109-132 (132).

⁽⁵⁴⁾ A propósito da *clausula* preconiza ABAS a limitação da boa fé: cf. PIET ABAS, *Rebus sic stantibus* (1993), XIII. Quanto à depuração da alteração das circunstâncias, cf. o nosso *Convenções colectivas de trabalho e alterações de circunstâncias* (1995), 80 ss., com indicações.

sar de se reconhecer o seu papel, no enquadramento de questões novas, como sucede com a reunificação alemã⁽⁵⁵⁾, a alteração, como instituto, fica acantonada a áreas muito especiais⁽⁵⁶⁾. Questões que, tradicionalmente, lhe eram reconduzidas são, hoje, sem dificuldades, solucionadas com recurso ao regime do erro, às regras, gerais ou especiais, do risco e aos esquemas de interpretação contratual complementadora.

Finalmente: a tutela do consumidor dispõe, hoje, duma dogmática própria⁽⁵⁷⁾, de resto com interferência europeia crescente⁽⁵⁸⁾; a boa fé mantém-se como porta de cautela, para pontos delimitados e imprevistos.

III. Na leitura fundamental de JÜRGEN SCHMIDT, as normas novas, primeiro legitimadas com base na boa fé, são analisadas de acordo com o seu posicionamento na sistemática geral do **BGB**⁽⁵⁹⁾: muitas delas são hoje, pura e simplesmente, derivadas do Direito consuetudinário.

Podemos avançar uma primeira conclusão fundamental. A boa fé originou uma série de novos institutos jurídicos: provavelmente, as mais estimulantes e avançadas criações jurídicas dos últimos dois séculos. Consumada essa criação, os institutos novos agrupam-se e ordenam-se, no sistema, de acordo com as realidades a que respeitem, adquirindo um tratamento cada vez mais próximo

⁽⁵⁵⁾ Cf. o livro de STEFAN GÖRK, *Deutsche Einheit und Wegfall der Geschäftsgrundlage* (1995).

⁽⁵⁶⁾ INGO KOLLER, *Die Bedeutung des Haftungsmaßstabs für die Zurechnung des Leistungerschwerungsrisikos*, NJW 1996, 300-302 (301).

⁽⁵⁷⁾ Assim, MANFRED WOLF/CRISTINA UNGEHEUER, *Zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, JZ 1995, 77-85 e 176-188, JOACHIM SCHMIDT-SALZER, *Recht der AGB und der missbräuchlichen Klauseln: Grundfragen*, JZ 1995, 223-231 e DIETER MEDICUS, *Schutzbedürfnisse (insbesondere der Verbraucherschutz) und das Privatrecht*, JuS 1996, 761-767.

⁽⁵⁸⁾ WENDT NASSAL, *Die Anwendung der EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen / Zugleich ein Beitrag zur Auslegung gemeinschaftsrechtlicher Generalklauseln*, JZ 1995, 689-694, HELMUT HEINRICHS, *Das Gesetz zur Änderung der AGB-Gesetzes*, NJW 1996, 2190-2197 e KLAUS TONNER, *Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrechts*, JZ 1996, 533-541 (533 e *passim*).

⁽⁵⁹⁾ JÜRGEN SCHMIDT, *STAUDINGER Kommentar*, 13ª ed. cit., Nr. 322-323 (335) e 324 ss. (335 ss.).

do Direito estrito. A boa fé mantém-se, apenas, num núcleo apertado, onde ainda não foi possível uma intervenção normalizadora da Ciência do Direito.

Trata-se duma conclusão doutrinária, ainda que nem sempre assumida, mas que — tudo leva a pensá-lo — irá encerrar, com o fim do século, o império do «parágrafo real» do BGB. Essa saída seria tanto mais curiosa quanto ela coincidiria com uma abertura do espaço napoleónico à boa fé. Será assim?

6. Metodologia: algum apoio à dogmática?

I. O reportar de vários institutos — ainda que num plano cada vez mais histórico — à boa fé poderia desencadear apelos de tipo metodológico. Com efeito, a boa fé corresponde a um conceito fortemente indeterminado; apenas no caso concreto seria possível preenchê-lo, com valores e argumentos, de modo a compor os necessários modelos de decisão. Os próprios institutos, hoje autonomizados, que derivaram da boa fé, comungam de alguma indeterminação de origem. Perante proposições indeterminadas, é pedido, à Ciência do Direito, um esforço acrescido, tendente à sua clarificação e aplicação.

Pois bem: o que dá, a actual metodologia jurídica, para a dogmática da boa fé? Será que, a esse nível, podemos reconstituir um papel, liderante e unitário, para o velho instituto?

II. A ponderação das correntes metodológicas mais recentes, com relevo para a jurisprudência analítica, a jurisprudência problemática e as sínteses hermenêuticas, não permite detectar qualquer influência na dogmática, isto é, na real resolução dos problemas jurídicos. Chegara-se a um irrealismo metodológico, fácil de exprimir: após a já vetusta jurisprudência dos interesses, o pensamento metodológico não lograra apurar outros esquemas, capazes de interferir na resolução do caso concreto ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁶⁰⁾ Cf. o nosso *Ciência do Direito e Metodologia Jurídica nos finais do século XX* (1989, separata da ROA), 15 ss.. O irrealismo em causa, que temos vindo a apontar

Nos últimos anos, temos vindo a apontar alguns sinais que permitiriam superar o irrealismo metodológico, sem cair num positivismo de recurso. Tais sinais apontariam para um pensamento sistemático aberto, móvel, heterogéneo e cibernético. Antes de verificar a sua confirmação, perante a mais recente evolução dogmática, cumpre ponderar duas proposições que, recentemente, reaparecem no domínio da concretização da boa fé: o conteúdo ético da boa fé e o relevo da economia na concretização jurídica.

III. A referência a um conteúdo ético da boa fé surge, sobretudo, na recém renovada literatura jurídica francesa, da *bona fides* ⁽⁶¹⁾. A distinção entre Moral e Direito é clássica, não cabendo retomá-la. De todo o modo, alguns pontos podem ser considerados adquiridos. Independentemente da discussão filosófica, sabemos hoje — trata-se dum dado experimental — que a Moral e o Direito são ministrados, do exterior, às pessoas, aquando da sua formação («socialização», em sentido sociológico). Tal aprendizagem faz-se em moldes indiferenciados, de tal modo que, isoladamente tomados, nada distingue os comandos jurídicos dos éticos. Também não vale apelar às sanções e, maxime, à coercibilidade, para isolar o Direito: proliferam normas imperfeitas e normas cuja sanção é altamente duvidosa; precisamente: nesses casos de falta de sanção, há que, muito claramente, afirmar a natureza jurídica dos comandos.

O Direito distingue-se da Moral pela sua positivização. Ele organiza-se como um corpo de regras colocadas — *posita* — organizada e dotadas de instâncias de aprendizagem e de aplicação. Daí resultam dois corolários da maior importância:

— o Direito é sempre muito mais desenvolvido do que a Moral, que se esgota em grandes vectores ou em regras

desde a nossa *Da boa fé* cit., tem vindo a ser confirmado. Assim, HELMUT RÜSSMANN, em recensão a LARENZ/CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.ª ed. (1995), NJW 1996, 1264, revela que, numa pesquisa, por computador, a 90.000 decisões judiciais, registadas em texto integral, apenas 285 referiam o termo *Methodenlehre*; e dessas, 265, reportavam-se à *Methodenlehre* de LARENZ. Parece evidente que qualquer obra metodológica será irreal — no tocante ao Direito, como Ciência do caso concreto — se não for lida e utilizada pelos Tribunais, aquando da tomada de decisões.

⁽⁶¹⁾ Cf. ANTONIO CIMINO, *La clausola generale di buona fede* cit., 789, citando GHESTIN.

imediatas, inaplicáveis em situações mais complexas; assim, quando não haja solução jurídica, será vão pedi-la à Moral, mais pobre — neste sentido — do que o Direito; — o Direito — o verdadeiro Direito — coincide, com a Moral, nos seus julgamentos: a solução imoral é, seguramente, injusta e, provavelmente, ilícita.

Não vamos desvalorizar a Moral. A sua fraqueza representa a sua maior força: ela não depende de instâncias de aplicação, mas da própria consciência da pessoa — moral individual — ou do sentir social — moral social. Pode-se enganar a instância de aplicação jurídica: não a «instância» moral.

Com isto, voltemos à boa fé. Trata-se duma noção jurídica: ela releva por se concretizar nos moldes do Direito e, maxime, por decisão dos tribunais. Quando faltem directrizes jurídicas para a concretizar, não parece realista pedi-las à Moral. E quando surjam argumentos morais, não é pensável que se não possa proceder à sua positivação, reconduzindo-os a postulados de Direito. Poderá haver uma «boa fé ética»; mas a Moral não faculta a concretização da boa fé jurídica.

IV. Um relevo da economia, no Direito, tem vindo a ser apontado, nas diversas áreas. Particularmente visada é a responsabilidade civil, sobretudo à medida que se consuma a sua instrumentalização ao serviço de valores extracivis⁽⁶²⁾: a economia, a defesa do ambiente, a segurança ou a tutela das pessoas. Mas a própria boa fé poderia ser facilmente visada: num Direito ao serviço de objectivos concretos — e primordialmente económicos, num mundo como o de hoje — a economia poderia ditar o sentido das regras a observar.

A pista — além de juridicamente desoladora — não é operacional. A economia é rica em abstracções, trabalhando com hipóteses. Dá-nos grandes tópicos. Mas ajuda pouco no caso concreto⁽⁶³⁾. De novo ficamos entregues a nós próprios.

⁽⁶²⁾ Cf. CHRISTOPH ENGEL, *Zivilrecht als Fortsetzung des Wirtschaftsrechts mit anderen Mitteln*, JZ 1995, 213-218 (215).

⁽⁶³⁾ JOCHEN TAUPITZ, *Ökonomische Analyse und Haftungsrecht — Eine Zwischenbilanz*, AcP 196 (1996), 114-167 (165 e 166).

V. No Direito como noutros domínios, há que ser prudente. Tudo aponta, porém, para a insuficiência total de qualquer metodologia não dogmática, isto é, para o pensamento «jurídico» que abdique de partir de problemas concretos, como base duma reflexão. A pergunta: o que pode a metodologia fazer pela dogmática e, em especial, pela da boa fé, poderemos retorquir: o que pode fazer a dogmática — e a da boa fé — pela metodologia?

7. Balanço: o papel actual da boa fé; problemas e pensamento sistemático

I. O papel da boa fé analisa-se, em múltiplas proposições, sendo susceptível de tratamento, por diversas sensibilidades⁽⁶⁴⁾. Para os efeitos da presente análise, vamos ficar pelas considerações que seguem.

A boa fé legitimou a interpretação criativa do Direito, que esteve na base de institutos como a *culpa in contrahendo*, os deveres acessórios, o abuso do direito e a alteração das circunstâncias. A boa fé permitiu a concretização desses institutos, necessariamente criados em termos de grande indeterminação. A boa fé facultou correcções pontuais a institutos de Direito estrito, de modo mais ou menos reductível aos grandes institutos, por ela possibilitados. Nos países onde o próprio legislador introduziu, de modo directo, as grandes criações da boa fé, esta limitar-se-ia, naturalmente, aos dois outros papéis.

II. A ponderação da mais recente casuística, sobre a boa fé, mostra que esta mantém uma capacidade de intervenção perante problemas novos, despidos, num primeiro momento, de soluções estritas⁽⁶⁵⁾: o ciclo relativo à reunificação alemã mostra como, sem

⁽⁶⁴⁾ Trata-se de matéria excelentemente tratada, por último, em JÜRGEN SCHMIDT, *STAUDINGERS Kommentar*, 13.^a ed. cit., 306 ss. e *passim*.

⁽⁶⁵⁾ A tal propósito, refira-se, ainda, ULRICH BURGARD, *Das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen im Zeitalter moderner Telekommunikation*, AcP 195 (1995), 74-136 (134): o apelo à boa fé para fixar a eficácia de comunicações transmitidas pelos meios actuais.

sobressaltos, ela soube legitimar saídas equilibradas e reconhecidas, como próprias, pelo sistema.

Além disso, a boa fé afirma-se no alargamento de soluções já conquistadas, a novas áreas: assim, pense-se nas relações de família ou nas regras das associações desportivas, sindicadas ou corrigidas pelo sistema, através da boa fé.

Finalmente, ela empresta a sua linguagem e o seu poder de consenso aos equilíbrios, ainda instáveis, suscitados pela defesa do consumidor.

É indubitável que o núcleo, deixado à boa fé pura, surge, hoje, consideravelmente reduzido. No entanto, nenhum sistema ousará proclamar-se tão auto-suficiente que possa prescindir da possibilidade de, imediatamente, sem intervenção do legislador, reduzir questões novas.

III. A boa fé originou institutos que hoje gozam de autonomia dogmática. A origem desses institutos dá-lhes, contudo, uma particular coloração. No sistema, eles vão ser ordenados, também, em função daquilo que representaram e representam: uma particular concretização, perante problemas pré-sistemáticos, dos dados basilares do próprio sistema. Em termos dogmáticos e como exemplos: os deveres encontrados, em sede precontratual, repetem-se, na pendência dos contratos, em termos acessórios e, porventura, mesmo depois da sua cessação, em fenómenos de pós-eficácia; pode haver um tratamento dogmático comum, na base de referências à boa fé; a alteração das circunstâncias é delimitada pela interpretação complementadora, pela tutela da confiança e pelo exercício inadmissível de certas posições jurídicas: de novo se impõe uma gestão conjunta da «boa fé», representada por todos estes sectores.

Em suma: os institutos autónomos, derivados da boa fé, retornam, a ela, para efeitos de apuramento dogmático. A Ciência do Direito, na base dum tratamento sistemático, corrige assimetrias, apura soluções, completa enquadramentos e alcança decisões mais diferenciadas e melhor justificadas. A boa fé mantém, assim, um importante papel dogmático, mesmo perante questões já conhecidas.

IV. O Direito é fortemente condicionado pela linguagem. Assim, nos contactos entre os povos e, sobretudo, nos movimentos

de integração, põe-se o problema de encontrar referências comuns, onde todos se revejam. Aí, a boa fé mantém, intacto, o seu poder comunicativo. Torna-se, pois, útil, como elemento legitimador e, mesmo, dogmático. Nesta linha, o seu papel, nas instâncias comunitárias europeias, tem sido referenciado ⁽⁶⁶⁾.

Em qualquer das suas aplicações, a boa fé não comunica — tal como a generalidade das suas concretizações — proposições abstractas: ela faculta problemas, com as suas soluções. Impõem-se, a tal propósito, algumas considerações.

A ideia de problema — ou caso de aplicação, caso exemplar, caso típico, problema exemplar típico ⁽⁶⁷⁾ — desencadeia logo, um pré-entendimento, precioso em todo o acompanhamento desta matéria. Há, no entanto, que procurar ir mais longe, isolando, quanto possível, os seus contornos, o seu conteúdo e a sua função.

O problema ou caso típico não é um caso concreto. Muitas vezes, ele pode assentar ou derivar, na sua formulação, de ocorrências historicamente verificadas. Mas enquanto estas são ilimitadas na complexidade das premissas que as compõem — premissas sociais, pessoais, históricas, geográficas, climatéricas, económicas, políticas e jurídicas, por exemplo —, o problema ou caso típico assenta em proposições limitadas e manuseáveis. Numa tarefa de construção, suprime-se, do caso concreto, tudo quanto, na conjuntura considerada, se apresente desnecessário, de modo a conservar apenas o essencial. Ou, na hipótese do problema artificial, académica ou cientificamente concebido: opera-se, desde o início, apenas com um número limitado e pré-seleccionado de premissas problemáticas.

O problema ou caso típico tão-pouco é uma hipótese abstracta. Sem dúvida que, por confronto com o caso concreto, o problema, mercê da simplificação nele operada, se mostra capaz de

⁽⁶⁶⁾ Cf. ZIMMERMANN, *Konturen eines Europäischen Vertragsrechts* cit., 490 e ROLF KNÜTEL, *Ius commune und römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union*, JuS 1996, 768-778 (773-774).

⁽⁶⁷⁾ CLAUD-WILHELM CANARIS, *Théorie et cas d'application dans la Science du Droit*, versão francesa da lição proferida na Universidade de Lisboa, quando do seu doutoramento *honoris causa* (1990, inédito), em parte retomado no artigo *Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien*, JZ 1993, 377-391 (384 ss.).

enquadrar múltiplos casos concretos. Nesse sentido, seria uma abstracção. Mas as premissas em que o problema assenta não são formulações abstractas: elas correspondem a efectivos dados descritivos de realidade, apenas desamparados de complementações tidas, em concreto e perante a solução visada, como desnecessárias.

O problema ou caso típico, por fim, não se confunde com o modelo de decisão: ao contrário deste, o problema contém a solução. Ambos, indissociáveis, comunicam um certo sentido de realização do Direito.

Em rigor, não há regras quanto ao número mínimo de proposições articuladas, para que se possa falar de problemas. O intérprete-aplicador fica, assim, livre para compor problemas mais ou menos densos, consoante os objectivos que tenha em vista. Os limites mínimos serão impostos, na prática, pelas necessidades de coerência e pela viabilidade de encontrar retenções bastantes, para as soluções preconizadas. A crítica das soluções e da sua justificação assegurará, depois, a coerência do conjunto.

Desde sempre utilizado para entender, comunicar e justificar o Direito, o problema típico tem vindo a ganhar terreno. Basta ver que ele tem uma resolução mais estreita, facultando, por isso, num campo mínimo, a comunicação de informações que, a ser tentada apenas com proposições abstractas — portanto: normas e princípios — exigiria uma comunicação imensa e com perdas na precisão.

Estas suas características têm conferido, recentemente, ao problema ou caso típico, solicitações acrescidas. Cada vez mais, as questões são interdisciplinares, exigindo soluções que coordenem variadas mensagens normativas: o problema típico é, então, um instrumento privilegiado. Mas há um passo seguinte, e de maior importância: o próprio legislador, seja pela impossibilidade de aguardar progressos doutrinários, seja pela conveniência em comunicar, com celeridade, múltiplas informações, pode estatuir, não com recurso aos clássicos normas e princípios, mas antes utilizando, de modo directo, problemas ou casos típicos.

O recurso a problemas ou casos típicos não é, apenas, ilustrativo. Ele vai mais longe, assumindo um conteúdo comunicativo e, daí, prescritivo ou normativo. O processo tem limites: mas são, no essencial, limites intrínsecos, neste sentido: cada hipótese típica,

devidamente colocada, permitirá a apreensão dos seus contornos, os quais variam, como é natural, de caso para caso.

Fonte privilegiada de problemas ou casos típicos é a jurisprudência. Melhor do que o problema artificialmente concebido pelo intérprete-aplicador, o caso jurisprudencial comporta, subjacentes, as variáveis históricas, geográficas e normativas que o enformaram.

V. A boa fé ganha a sua plenitude num pensamento sistemático renovado. Assim, o sistema deverá ser aberto: ao exterior, porquanto admitindo a relevância jurídica de questões a ele estranhas, e que a boa fé, de resto, historicamente, tem contribuído para localizar, solucionar e, depois, integrar no sistema; ao interior, por comportar, nele, elementos estranhos, também reduzidos pela boa fé: pense-se no abuso do direito. O sistema é móvel: os elementos que o compõem não estão em hierarquias rígidas, sendo, ainda, substituíveis ou compensáveis. O sistema é heterogêneo: parece evidente, à luz das soluções alcançadas pela boa fé — e pelos problemas que esta comunica — a existência de áreas de densidade variável, incluindo quebras intra-sistemáticas e lacunas irredutíveis pela analogia. O sistema, por fim, é cibernético: ele atenta nas consequências das suas soluções e modifica-se em função dos retornos que, dessas periferias, venha a receber.

Tudo isto traduz, se se quiser, uma metodologia dogmática. O pensamento jurídico terá de repousar no estudo e na meditação dos casos, dos problemas, das regras e das soluções — ou já não será jurídico.

8. Perspectivar o futuro

I. Nenhum jurista irá correr o risco de, por escrito, adivinhar o futuro da sua própria arte ⁽⁶⁸⁾. De todo o modo, com base no imediato presente, algo poderá ser dito: afinal, a experiência dos últimos 200 anos mostra que o Direito — o Direito civil — mesmo

⁽⁶⁸⁾ Cf., DETLEV JOOST, *Eine vergangene Zukunft der Rechtswissenschaft*, JZ 1995, 11-15 (11).

em áreas sensíveis como a da boa fé, apresenta uma estabilidade muito marcada, só comparável à da própria linguagem.

Neste momento, o *BGB* alemão festeja o seu primeiro centenário⁽⁶⁹⁾, enquanto o *Code Napoléon* se aproxima, rapidamente, do segundo. Parecem afastadas as hipóteses de reformas aprofundadas e, por maioria, de substituições integrais. As tentativas de reforma, designadamente do *BGB*, que se prolongaram por toda a década de oitenta, tiveram o mérito de mostrar que, afinal, a Ciência Jurídica funciona sem, continuamente, ter de modificar as suas fontes⁽⁷⁰⁾.

II. Também podemos afirmar que o Direito civil aguentou bem o embate da segunda metade do século XX: o do comércio de massa⁽⁷¹⁾. Foram tomadas medidas eficazes para a defesa do consumidor e do contratante débil — sempre a boa fé! — sendo certo que, dos múltiplos esquemas tentados, os «privados» acabaram por se revelar os mais eficazes. Não parece arriscado prever a manutenção e o reforço desta linha.

Temos, neste momento, um défice claro no tocante à tutela das pessoas, como pessoas. Faltarão, aí, um equivalente moral — portanto: não patrimonial — para aquilo que a boa fé representa, no domínio patrimonial. Talvez esse papel possa ser representado pelos direitos fundamentais, desde que civilizados e, portanto: definitivamente desligados da turbulência que, ainda hoje, representam as afirmações políticas.

III. A integração europeia presta-se a equívocos. Não vemos qualquer utilidade ou mérito no estabelecimento de códigos privados europeus: não há necessidades económicas que o exijam,

⁽⁶⁹⁾ Cf. MATHIAS SCHMOECKEL, *100 Jahre BGB: Erbe und Aufgabe*, NJW 1996, 1697-1705 e ROLF STÜRNER, *Der hundertste Geburtstag des BGB — nationale Kodifikation im Greisenalter?*, JZ 1996, 741-752. Quanto às origens: HANS SCHULTE-NÖLKE, *Die schwere Geburt des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, NJW 1996, 1705-1710.

⁽⁷⁰⁾ Também BERND-RÜDIGER KERN, *Neuere Entwicklungen im Bürgerlichen Recht*, JuS 1996, 1-6 (2).

⁽⁷¹⁾ OTTO SANDROCK, *Das Privatrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts: Deutschland — Europa — und die Welt*, JZ 1996, 1-9 (1).

não há critério de escolha de soluções, não há ciência unitária que suporte tal tarefa e teríamos uma inconcebível perda cultural. Quando muito, poder-se-ia pôr em acção uma *lex mercatoria* ⁽⁷²⁾, em aspectos pontuais. A unidade europeia deverá funcionar como mais uma garantia de liberdade, mesmo — e sobretudo! — no Direito de cada Estado ⁽⁷³⁾.

Todos estão de acordo quanto ao teor básico da boa fé. No entanto, o cotejo das experiências alemã e francesa mostra o desastre que seria suprimir, qualquer uma delas, a favor da outra. Demonstra-nos a história actual como povos, em condições precárias, integrados em comunidades ricas, poderosas e de grande nível cultural, conseguiram, sem prejuízo pela integração política, social e económica plena, preservar e reforçar o seu Direito: a Luisiana e o Québec. Mais: o primeiro dos referidos casos, ilustra, mesmo, que, devidamente amparado na cultura dos seus juristas, o Direito é mais resistente do que a própria língua.

Os Direitos nacionais irão prosseguir. Apenas se coloca o espectro do seu abastardamento. Contra ele só se poderá lutar impondo a qualidade dos juristas.

IV. Os juristas são pouco queridos, no tecido social ⁽⁷⁴⁾. Representam um empecilho à imediata concretização das vontades individuais e colectivas, passando despercebidos quando isso não ocorra. Porém, à medida que as sociedades se tornam mais interdependentes e que a sofreguidão do presente esconde os riscos do futuro, queda, aos juristas, um papel acrescido, na preservação da cultura e dos bens mais pessoais. Isso tem de ser afirmado ⁽⁷⁵⁾. Impõe-se uma actuação mais visível e mais eficaz, com protagonismo. A interdisciplinaridade e a internacionalização sur-

⁽⁷²⁾ SANDROCK, *Das Privatrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts* cit., 7 e 8.

⁽⁷³⁾ Cf. PETER VON WILMOWSKY, *EG — Freiheiten und Vertragsrecht*, JZ 1996, 590-596.

⁽⁷⁴⁾ Cf. JOHANN BRAU, *Über die Unbeliebtheit der Juristen*, JuS 1996, 287-290.

⁽⁷⁵⁾ Cf. EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Zur Situation der rechtswissenschaftlichen Forschung*, JZ 1995, 2-10.

gem, paradoxalmente, como condições de salvaguarda dos particularismos.

A boa fé apresenta, de novo, excelentes condições, para retomar o seu incansável — e bem eficaz — papel de perpetuação do sistema, renovando-o, logo que necessário. O seu futuro está assegurado. De resto: já começou.