



**Pós-positivismo e a sua relação com o princípio da boa-fé objetiva na formação do pensamento jurídico**

*Post-positivism and its relation with the principle of objective good faith in the formation of legal thought*

**Luiz Eduardo Gunther**

UNICURITIBA

Professor no Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA; Juiz de Recurso do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho, Região n. 9; Pós-Doutor em Direito Público pela PUC-PR; Membro da Academia Nacional do Direito do Trabalho, da Academia do Trabalho do Paraná, do Instituto Histórico e Geográfico do Paraná e da Associação Latino-Americana de Juízes do Trabalho (ALJT). Assessor do Grupo de Pesquisa que edita a Revista Eletrônica do TRT9. [art.unicuritiba@gmail.com](mailto:art.unicuritiba@gmail.com)

**Eduardo Milleó Baracat**

UNICURITIBA

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1987), mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1995), especialista em Direito Social pela Université Pathéon-Assas/Paris II (1997/1998) e doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2002). Juiz Titular da 9ª Vara do Trabalho de Curitiba-Pr. Professor de Direito Trabalho na graduação, pós-graduação 'lato sensu' e no Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA [art.unicuritiba@gmail.com](mailto:art.unicuritiba@gmail.com)

**Rodrigo Thomazinho Comar**

UNICURITIBA

Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba (Uni Curitiba). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) em 2002. Graduado pela Universidade Estadual de Londrina em 2000. Membro do Grupo de Pesquisa Reforma trabalhista: os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. [rodrigoadvoc@hotmail.com](mailto:rodrigoadvoc@hotmail.com).

## Resumo

---

Trata o presente artigo da análise do pós-positivismo, suas principais características e o momento histórico de sua formação, com relação a maneira de se relacionar com elementos principiológicos e, em que medida, a utilização dos princípios contribuiu para um novo caminho na formação do pensamento jurídico atual. Além do estudo principal, passando por uma pesquisa histórica, mister se fazer uma abordagem das duas principais correntes que antecedem tal corrente jusfilosófica: o jusnaturalismo e o positivismo, passando por sua descrição e principais características, com intuito de contextualizar e justificar a formação do pós-positivismo. Será feita a análise, ainda, dos princípios e, em razão de sua crescente importância, o tema ganha um enfoque destacado, em razão de sua contribuição na formação desta nova corrente do pensamento jurídico posto que serve de elemento de hermenêutica para superação dos conflitos e de subsunção da norma ao caso concreto, passando pela questão das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados contidos na lei.

**Palavras-chave:** Pós-Positivismo. Boa-fé Objetiva. Positivismo. Jusnaturalismo. Princípios.

**Abstract:** This paper aims the analysis of post-positivism, its main characteristics and the historical moment of its formation, regarding the way it relates to principles and, to what extent, the use of principles contributed to a new path in the formation of current legal thinking. In addition to the main study, through a historical research, it is necessary to make an approach of the two main currents that precede such jusphilosophical current: the jusnaturalism and the positivism, passing through its description and main characteristics, with the intention to contextualize and to justify the formation of the post-positivism. The analysis of the principles is also imperative, due to its increasing importance, with a prominent focus, due to its contribution in the formation of this new chain of legal thought since it serves as an element of hermeneutics to overcome conflicts and subsumption of the rule to the concrete case, going through the question of the general clauses and the indeterminate concepts contained in the statute.

**Keywords:** Post-Positivism. Good Faith Objective. Positivism. Jusnaturalismo. Principles.

## **Introdução**

O estudo em questão tem por objetivo a análise da corrente filosófica do pensamento jurídico denominada de pós-positivismo, abordando suas principais características, o contexto histórico de sua formação e a sua relação com os princípios, visando a verificação de que medida a base principiológica influenciou a formação de tal maneira de pensar.

Necessário, também, abordar as duas principais escolas filosóficas que formaram o pensamento jurídico: jusnaturalismo e o positivismo, suas características, histórico e as diferenciações entre eles, além das contribuições para formação e a influência na formação do pensamento jurídico.

Após, por guardar relação com o tema, necessário uma abordagem sobre os princípios, bem como do papel que desenvolvem no sistema normativo interno, além de verificar as suas funções e a questão da integração e a solução dos conflitos entre normas.

Ainda na questão dos princípios, a pesquisa passará pela sua definição e escopo, tendo em vista sua intrínseca relação com o tema, além de abordar e averiguar cláusulas gerais e os conceitos indeterminados, seu significado e a sua utilização em relação a integração e colmatação visando a unidade do sistema normativo.

No mesmo sentido e por guardar relação com a pesquisa, será abordado princípio da boa-fé objetiva, sua contextualização e sua definição, além de suas características, até o momento em que se buscará definir em que medida houve a contribuição deste para a formação e aplicação do pensamento pós-positivista, além de buscar a definição se, no atual sistema normativo, há espaço para sua aplicação com intuito de subsunção da norma abstrata ao caso concreto.

Por fim, necessário esclarecer que a investigação acerca da relação do princípio da boa-fé objetiva com o pensamento pós-positivista será de uma abordagem de situações teóricas, o qual será feita pela pesquisa bibliográfica e conceitual sobre o tema, além do estudo de normas e teorias que visam explicar a relação e a influência entre o citado princípio e a corrente filosófica com intuito de averiguar a natureza doutrinária de tal relação.

## 1 A evolução do pensamento jurídico: o jusnaturalismo e o positivismo jurídico

O Direito, por se tratar de “uma ordenação heterônoma das relações sociais baseada numa integração normativa de fatos e valores”. (DINIZ, 2008, p. 148), sempre adotou, em sua caminhada evolutiva, a qual coincide com o da sociedade, bases ou correntes jurídicos-filosóficas, os quais influíram conforme a época e a complexidade das relações estabelecidas em uma determinada sociedade.

Acerca da evolução do pensamento jurídico, é possível estabelecer, como fase marcante de sua formação, três em destaque: a) direito grego e o direito romano; b) idade média e c) modernidade.

Na primeira fase, o pensamento grego tinha como referência Platão, Sócrates e Aristóteles, onde o direito era considerado como uma “reta razão”, ou seja, “o homem deveria concentrar seu pensamento acima das paixões humanas, porquanto as normas da razão são eternas, universais e superiores.” (SILVA, 2011, p. 105)

Tal entendimento é seguido pelo Império Romano, o qual utiliza o pensamento grego para firmar seu posicionamento de que o direito decorre da razão, o qual se desenvolve baseado em *juris prudentia* e na codificação. Nesse particular, em Roma, era considerado Direito “[...]o que o juiz aplicava, mormente o que o pretor [...] o qual tinha ampla liberdade para dar ao caso concreto a solução que entendesse mais justa (equidade).” (SILVA, 2011, p. 106)

Posteriormente, já na Idade Média, o pensamento jurídico passou a se desenvolver baseado nos fundamentos religiosos, no qual “[...] as normas são reveladas por Deus” (SILVA, 2011, p. 107), o qual prevalecia a norma escrita, ditada pela Igreja Católica, de onde prevalece o sobrenatural, além de estar permeada por conceitos religiosos, sendo essa fase comumente denominada como período de escuridão.

Tal período, entretanto, é superado pelo renascimento, conhecimento como período das luzes, onde surge o ideário de liberdade de pensamento, de expressão, retornando a razão e o homem como centro do universo, iniciando-se uma “[...] concepção antropológica do Direito, para a qual as normas estão inscritas na natureza humana[...]”. (SILVA, 2011, p. 107)

Já no período de modernidade, o direito se torna humanista, pois afirma o homem como o centro do universo, além de conceder importância maior a codificação, tendo em vista o surgimento dos Estados e a necessidade de criação de normas gerais a partir de então.

Dessa maneira, com as muitas variações, a evolução do pensamento jurídico, através dos séculos vai adotando balizas e formas, os quais podem ser encontradas no jusnaturalismo e no positivismo embates teóricos que se sucedem, os quais passam a ser descritos de forma mais pormenorizada conforme segue:

### **1.1 Jusnaturalismo. O direito natural**

O jusnaturalismo pode ser definido como “[...] um sistema de normas de conduta intersubjetiva distinto do constituído pelas normas positivadas pelo Estado (direito positivo).” (SILVA, 2011, p. 108), ou seja, a esta corrente de pensamento há um conjunto de normas anterior ao direito positivado, com que esse deve concordar.

Ao tratar do tema, DWORKIN (2003, p. 44) afirma que os jusnaturalistas “[...] seguem critérios que não são inteiramente factuais, mas, pelo menos até certo ponto, morais, para decidirem que proposições jurídicas são verdadeiras [...]”, ou seja, que tem seu entendimento baseado em elementos anteriores ao direito positivado, o qual costumava-se chamar o *direito natural*, podendo esse ser entendido como algo transcendental e que está acima do direito positivado.

Desta maneira, o jusnaturalismo pode ser considerado como dualista, pois para tal corrente jurídico-filosófica há dois sistemas jurídicos: o natural e o positivado, restando claro que o primeiro está em um patamar superior em relação ao outro, tendo em vista àquele ser anterior e de cuja validade depende de referência a valores éticos, o que não ocorre com o segundo.

Assim, o jusnaturalismo tem como características claras: a) a distinção do direito positivo, na medida em que tem sua origem na natureza, não se limitando a tempo; b) ser construído de valores, princípios e normas universais e imutáveis, ultrapassando limites temporais e geográficos, c) ser autêntico, isto é, porque criado antes do direito positivado e a ele ser superior e d) decorrer da natureza humana.

De sua descrição, extrai-se do pensamento jusnaturalista diversas contribuições, tais como: a) a ideia de sistema, posto que procurou diferenciar-se do direito positivado, criando real distinção entre o natural e o escrito, sendo que em caso de conflito sempre deveria prevalecer o primeiro; b) a condição humana já autorizava ser titular de direitos, sem nenhum outro requisito, portanto; e, por fim, a redescoberta de um direito transcendente e mais filosófico, o qual ultrapassava barreiras de tempo e espaço em

relação a sua aplicabilidade.

Em que pese tais características, em razão de sua natureza mais abstrata e principiológica, o jusnaturalismo angariou diversos críticos, os quais sustentavam que tais direitos não poderiam ser considerados como tal pois não detinham eficácia e, portanto, não poderiam garantir a paz e a segurança e por ser o conceito de “natureza humana” ambíguo e, desta maneira, não se presta a ser efetivo.

Com o surgimento do Estado Liberal, aliado a necessidade de codificação dos ideais, o jusnaturalismo vai perdendo espaço para o positivismo, o que ocorre a partir do século XIX, com o prevalecimento do último em detrimento do primeiro. Cumpre observar que o jusnaturalismo não desapareceu, mas perdeu espaço em virtude do surgimento do positivismo jurídico.

## ***1.2 O positivismo jurídico***

O positivismo jurídico é a corrente filosófico-jurídica que entende ser a norma jurídica como direito, propagando o fato de que o que está além do texto da norma não pode ser considerado como direito, sendo que só será uma conduta justa se o “ser” estiver em consonância com o fato descrito na norma positivada (“dever ser”).

Para tal ramo do pensamento jurídico, trata-se de uma teoria monista, ou seja, a validade de tal conduta independe de uma checagem a valores éticos, bastando que esteja ela baseada no que está positivada pelo Estado, sendo este (direito positivado) a única fonte a ser considerada.

Nesse sentido, Kelsen (2003, p. 22) assim define tal corrente:

o juízo segundo o qual uma determinada conduta humana é boa traduz que ela corresponde a uma norma objetivamente válida, e o juízo segundo o qual uma determinada conduta humana é má traduz que tal conduta contraria uma norma objetivamente válida, o valor “bom” e o desvalor “mal” valem em relação às pessoas cuja conduta assim é apreciada ou julgada, e até em relação a todas as pessoas cuja conduta é determinada como devida (devendo ser) pela norma objetivamente válida, independente do fato de elas desejarem ou quererem essa conduta ou a conduta oposta.

Tal período é caracterizado pelo abandono ao direito natural, tendo em vista as fortes críticas sofridas em relação a sua eficácia e sua abstração, além de considerar o legislador como onipotente, posto que a norma positivada dele advinha, e, também, pelo surgimento da escola exegética, a qual pregava a utilização do método lógico-racional, a

qual considerava a lei como única fonte das decisões jurídicas, não se admitindo a aplicação de silogismos.

A escola exegetica, representante do positivismo, é sintetizada por DINIZ (2008, p. 400) como sendo uma doutrina que

[...] identificava a totalidade do direito positivo com a lei escrita, entendendo que a função específica do jurista e do julgador era ater-se com rigor absoluto ao texto legal e revelar seu sentido, aplicando-o, mecanicamente, mediante a lógica dedutiva. Essa doutrina ultralegalista proclamou que a lei deve ser a única fonte das decisões jurídicas; logo, toda solução jurídica não podia ser mais do que a conclusão de um silogismo, em que a premissa maior é a lei e a menor, o enunciado de um fato concreto.

Para tal corrente, bastava que o fato estivesse descrito na norma para que fosse considerado justo. Não deveria o julgador se preocupar com o fato social, mas apenas voltar sua atenção para aplicação da norma ao caso concreto. Neste caso, o magistrado era apenas um aplicador de leis, não cabendo a ele julgar se a lei a ser aplicada seria justa ou não ou, ainda, se em determinado caso haveria *desconforto social* ou *perda de eficácia* com tal decisão.

De tais interpretações, o positivismo desenvolve três dogmas: a) a lei contém todo o direito; b) a lei é justa, pois produzida pela única fonte admissível para tanto, o Estado; e c) a lei é clara e não admite interpretações além da lógica-gramatical (escola exegetica).

Para tal corrente filosófica, a questão de *justiça* não deveria ser resolvida pelo Direito, relegando tal tema para a filosofia, não existindo espaço em tal seara do conhecimento para a discussão em tela, a qual deveria se basear apenas na aplicação da norma ao caso concreto mediante a utilização da interpretação literal do elemento positivado.

Em suma, para o pensamento positivista, o direito é o que está posto nas normas escritas, utilizando-se do método literal de interpretação e com a finalidade de manutenção da ordem econômica e social.

Ocorre, entretanto, que tal escola do pensamento filosófico-jurídico também recebeu inúmeras críticas, tais como as de Savigny e de Karl Marx. Desta forma, tal qual seu antecessor (jusnaturalismo), o positivismo não deixou de existir, mas, por conta das críticas e da evolução social, houve um arrefecimento ao positivismo clássico, sendo paulatinamente aplicado, por conta de um paradigma moderno do direito, o denominado

pós-positivismo, o que é feito com intuito de aproximar o Direito da Justiça e, esse, por sua vez, da Moral.

## **2 O pós-positivismo**

Feita a contextualização das duas principais escolas do pensamento jurídico, de onde procurou-se abordar as características predominantes de cada uma, passa-se agora a análise pela corrente denominada de pós-positivismo, o qual será feita a mesma abordagem das anteriores.

O pós-positivismo surge a partir do término da segunda guerra mundial, em função da sensação de insegurança em relação às atrocidades cometidas em tal conflito, dos quais volta-se a atenção aos direitos humanos e das liberdades e garantias fundamentais. Com isso, o positivismo começa a arrefecer, pois surge a necessidade de reaproximar o Direito dos conceitos de ética, com intuito de se atingir o escopo principal: a Justiça.

O movimento de adoção do pós-positivismo tem por norte considerar o sistema normativo como aberto, admitindo-se outros elementos além das normas positivadas, tal como princípios, implícitos e explícitos, além de formas de interpretação de normas que ultrapassam àquela utilizada pelos positivistas na escola exegética.

Desta maneira, em um novo cenário mundial, denominado de pós-moderno, onde imperam relações sociais complexas, em um mundo multipolarizado, em que a busca de aproximação entre direito e moral torna-se constante é que surge o movimento do pós-positivismo, gerando, dessa forma, uma terceira via entre as concepções existentes e antagônicas.

Nesse novo posicionamento jurídico-filosófico, o direito positivo não perde sua importância, ao contrário, mantém sua dimensão, mas com a reintrodução do ideário de justiça e legitimidade retornando ao cenário jurídico.

Nesse sentido, Barroso (2008, p.47) assim define o momento de superação dos modelos antigos:

O pós-positivismo identifica um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, anova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro.

O referido movimento tem como base uma revalorização da razão prática, mas considerada na legitimação democrática e na ideia de justiça, não se limitando apenas a legalidade estrita, como feito no positivismo, mas extraindo da norma a sua conceituação de acordo com elementos de moral, sem se recorrer a metafísica.

Assim, para esse movimento filosófico-jurídico, não há como separar ética do direito, sendo a forma de interpretação baseada em um sistema aberto com a utilização de princípios como força de se obter o máximo sentido da norma.

Nesse particular, Souza neto e Sarmiento (2012, p. 201) apresentam a seguinte descrição:

O pós-positivismo se caracteriza por buscar a ligação entre o Direito e a Moral por meio da interpretação de princípios jurídicos muito abertos, aos quais é reconhecido pleno caráter normativo. Ele, porém, não recorre a valores metafísicos ou a doutrinas religiosas para a busca da Justiça, mas sim a uma argumentação jurídica mais aberta, intersubjetiva, permeável à Moral, que não se esgota na lógica formal.

Tal movimento jusfilosófico passa a aceitar princípios como forma de integrar e colmatar o sistema jurídico, não se limitando mais a lei e sua interpretação literal ou mesmo em formas não definidas ou subjetivas em demasia.

Quanto ao tema, Bonavides (2009, p. 264) assim define a sistemática de interpretação do pós-positivista:

O pós-positivismo se caracteriza justamente por aceitar que os princípios constitucionais devem ser tratados como verdadeiras normas jurídicas, por mais abstratos que sejam seus textos, bem como por exigir que a norma jurídica, para se legitimar, deve tratar todos os seres humanos com igual consideração, respeito e dignidade.

[...]

Essa nova concepção, ao contrário do que possa parecer, não abre mão do normativismo. A norma continua sendo o principal objeto de estudo do jurista. No entanto, a norma, para o operador do direito, deixa de ser “neutra”, passando a conter uma forte ideologia, de modo que princípios como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade, da autonomia da vontade, da liberdade de expressão, do livre desenvolvimento da personalidade, da legalidade, da democracia, seriam tão vinculantes quanto qualquer outra norma jurídica.

Ou seja, o pós-positivismo guarda estreita relação com princípios, pois deles se utiliza para atingir o escopo pretendido, a equidade e uma decisão mais justa e adequada ao caso concreto em análise, servindo esses como parâmetros axiológicos.

Importa dizer, ainda, que tal corrente jusfilosófica também vem seguida de um neoconstitucionalismo, de onde procura-se interpretar a constituição à luz de uma principiologia humanística, voltada mais ao cumprimento dos direitos humanos e da dignidade da pessoa, criando-se um sistema dinâmico e aberto.

A flexibilização permitida por esse novo viés torna o sistema normativo mais permeável a adaptações de decisões ao caso concreto sem permitir a robustez do direito positivado, o qual se reconhece a força normativa da Constituição, além de imprimir uma nova interpretação constitucional aos temas e de se expandir a jurisdição insculpida na Carta Magna.

Neste particular, importante a descrição apresentada por Vale (2007, p. 72/73), o qual aponta:

Os sistemas jurídicos constitucionalizados são simultaneamente dinâmico se estáticos — utilizando a linguagem kelseniana —, na medida em que comportam critérios formais e materiais de identificação do conteúdo do Direito, isto é, a validade das normas não depende apenas de sua origem em um órgão competente, segundo as regras procedimentais previstas na Constituição (ou seja, de questões de pedigree, como sustenta Dworkin), mas também da correspondência de seu conteúdo material com os valores ou com o sistema de moralidade que conforma todo o ordenamento jurídico. Por exemplo, a ninguém soa estranho que o princípio ou valor da dignidade humana seja uma condição substancial de validade de todas as normas do sistema jurídico. Assim sendo, as teorias pós-positivistas — como as de Dworkin, Alexy e Zagrebelsky — que relativizam a separação entre Direito e moral, admitindo critérios materiais de validade das normas, estão melhor adaptadas para descrever o sistema jurídico dos Estados constitucionais.

Assim, verificadas as diretrizes e as características da corrente pós-positivista e de sua admissibilidade de utilização de princípios para interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico, faz-se necessário uma abordagem destes conforme se verificará no capítulo seguinte.

### **3 Princípios: conceito e funções. As cláusulas gerais e os conceitos indeterminados**

Nos capítulos anteriores foi necessário apresentar uma breve exposição acerca do desenvolvimento do pensamento jurídico, iniciando por um esforço comparativo entre duas principais escolas filosóficas (o jusnaturalismo e o positivismo), além dos momentos históricos que contribuíram para a adoção do movimento doutrinariamente denominado de pós-positivismo, que tinha como base uma forma mais aberta de interpretação da norma e de consideração das fontes que contribuam para trazer o direito mais próximo de soluções justas.

De prêmio, esse último movimento supera a corrente jusnaturalista, pois não abandona a norma positivada, considerando a existência desta no mesmo ponto hierárquico de outras fontes.

Suplanta, também, os conceitos vigentes pela corrente positivista, pois adota elementos para além da norma positivada em relação a interpretação e colmatação do sistema normativo, aceitando outros componentes – tais como os princípios – como forma de se realizar e aproximar o direito da realidade analisada.

Assim, com o fim da Segunda Guerra Mundial e, em razão dos horrores praticados, a humanidade conclui pelo abandono da ideia de que a lei contém todo o direito e de que somente o Estado, através do legislador, está apto para produzir o direito, tendo em vista as consequências ocasionadas por regimes totalitários.

Desta maneira, o advento do pós-positivismo permitiu um redimensionamento dos princípios, inclusive pelo fato de que estes passam a ganhar o *status* de regra dentro do sistema normativo, sendo inclusive considerados em soluções que o direito positivado não era suficiente ou que sua aplicação, pelo método gramatical, ocasionaria uma decisão injusta.

Assim, com a crescente complexidade das relações sociais de uma sociedade pós-segunda guerra, bem como da necessidade de se adotar situações mais próximas da realidade dos indivíduos que clamam pela concretização de direitos humanos ou de segunda dimensão, sem com que se perdesse o caráter da norma escrita e geral, os princípios passaram a ser utilizados como uma terceira via do pensamento jurídico, a qual foi abarcada pela escola pós-positivista com este viés.

Desta forma, em razão da importância atribuída aos princípios como elemento integrante do sistema normativo, necessário se faz uma abordagem acerca de seu conceito, o qual admite diversas concepções, podendo ser definido, nas palavras de

Delgado (2007, p. 184) como sendo:

[...] a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade.

Analisado o tema sob o enfoque jurídico, os princípios ganham uma análise diversa, posto que, com o desenvolvimento do pós-positivismo, estes elementos passam a ser uma espécie do gênero norma jurídica, posicionando-se ao lado de regras jurídicas e com a mesma força normativa destas.

Neste particular, a definição apresentada por Alexy apud Marinela (2011, p. 25), dá a dimensão da importância dos princípios para o ordenamento normativo:

Assim, princípios são mandamentos de otimização, normas que ordenam a melhor aplicação possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, portanto, a sua incidência depende de ponderações a serem realizadas no momento de sua aplicação.

Ou seja, os princípios detêm o caráter de ordenam a melhor aplicação de determinada norma dentro das escolhas que são apresentadas, sendo necessário a consideração de ponderações em relação ao caso concreto para decisão acerca da convencionalidade de sua aplicação.

Dworkin (2002, p.36), considera o princípio como sendo:

um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade.

Assim, saindo da conceituação dos princípios para sua função, importa destacar que, por se tratar de mandamento de otimização de um sistema normativo, ele possui duas principais funções: interpretativa e integrativa, auxiliando, com isso, o operador do direito a encontrar soluções para lacunas apresentadas.

Para além disso, o princípio também se destina ao legislador, tendo em vista a sua função inspiradora no momento da criação das normas, servindo para norteá-lo quando da criação da regra, não se admitindo que as últimas sejam discrepantes em relação aos primeiros.

Não é demais destacar que tanto os princípios, quanto as regras, são espécies do gênero norma e que, por isso, ocupam o mesmo patamar dentro do sistema normativo.

Cumpra ressaltar, também, que, entretanto, se diferenciam em diversos pontos, tais como o grau de abstração, em sua forma de aplicação e quando postos em conflito dentro de um mesmo sistema normativo, conforme a diferenciação estabelecida entre Dworkin e Alexy.

O ponto principal de tal situação reside no fato de que as regras, quando confrontadas, resultando na teoria do “tudo ou nada”, ou seja, nessa situação verifica-se qual regra se encaixa em determinado caso, em detrimento da outra, gerando a prevalência de uma sobre a outra. Já com os princípios tal solução não prevalece, pois se aplica a regra de ponderação, no qual não há a dita prevalência, mas apenas a ponderação de um princípio em relação ao outro.

Acerca da relação entre princípios e regras e o sistema normativo, Alexy apud Marinela (2011, p. 25), apresenta descrição:

Importante grifar que cada princípio é dotado de determinado valor, dimensão de peso, não tendo amplitude fixada de antemão, logo a tensão entre eles admite a adoção do critério da ponderação dos valores ou ponderação dos interesses aplicáveis ao caso concreto, devendo cada caso o intérprete verificar o grau de preponderância [...]

Por fim, vale ressaltar que não há hierarquia normativa entre os princípios e as regras, podendo qualquer um deles prevalecer, observando o estatuto que o instituiu. Em inúmeras situações, apesar de aparente contradição, isso não se verifica, porque na verdade, as regras refletem os princípios, a regra só ganha o contorno que tem em razão de um princípio que a antecede e fundamenta. Em contrapartida, as regras conferem aos princípios a sua forma e amplitude, dando-lhe concreção.

Ainda, acerca de tal relação entre princípios e regras e sua aplicação dentro de um sistema normativo, Dworkin (2007, p. 568) apresenta a correlação entre eles:

A diferença entre princípios e regras é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula estão dados, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é válida, caso em que neste caso em nada contribui para a decisão.

Outro ponto que ganha relevância no estudo dos princípios é a diferenciação entre cláusulas gerais e os conceitos indeterminados, tendo em vista que tais conceitos guardam estrita relação com os princípios, servindo tais elementos como foram de aplicação, interpretação e integração dos tais *standarts* ou *elementos de otimização*.

Tal se dá em virtude da existência, nos sistemas normativos atuais, de regras compostas de conceitos abertos, vagos e/ ou fluídos, de onde é possível a utilização dos

princípios para adequação da norma ao caso concreto.

Em relação ao conceito jurídico indeterminado, denota-se tratar de uma construção legal em que se verifica a existência de uma lei sem a apresentação de uma definição legal, tal qual a norma penal em branco, possuindo como característica uma incerteza em relação ao seu conteúdo e/ou extensão. Em suma, em tal situação há uma descrição de hipóteses de aplicação da norma.

Por sua vez, a cláusula geral é considerada como “uma janela aberta”, deixada pelo legislador, para que o operador do direito possa aplicá-la visando aproximar a norma positivada às peculiaridades do caso concreto. Já na referida situação, a regra possui elementos abertos para seu complemento.

Acerca da referida diferenciação, Martins-Costa (2000, p. 237) apresenta a seguinte definição:

Já por aí se percebe que, inobstante conter a cláusula geral, em regra, termos indeterminados, tais como os conceitos de que ora se trata (alguns destes conceitos indeterminados podendo indicar também princípios), a coincidência não é perfeita, pois a cláusula geral exige que o juiz concorra ativamente para a formulação da norma. Enquanto nos conceitos indeterminados o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (vago) indicado na *fattispecie* (devendo, pois, individuar os confins da hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente), e, na cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa. Este deverá, além de averiguar a possibilidade de subsunção de uma série de casos-limite na *fattispecie*, averiguar a exata individuação das mutáveis regras sociais às quais o envia a metanorma jurídica. Deverá, por fim, determinar também quais são os efeitos incidentes ao caso concreto, ou, se estes já vierem indicados, qual a graduação que lhes será conferida no caso concreto, à vista das possíveis soluções existentes no sistema.

Do exposto, feita uma análise de um conceito geral de princípio, suas funções e as maneiras hermenêuticas de integração, necessário se faz, nesse momento, adentrar na temática do princípio da boa-fé objetiva e proceder ao estudo de sua relação com a corrente jusfilosófica do pós-positivismo.

#### **4 O princípio da boa-fé objetiva e sua relação com o pós-positivismo**

Conforme estudado anteriormente, com o advento da corrente jusfilosófica denominada pós-positivismo, os princípios passaram a figurar, no sistema normativo, em posição de destaque, pois foram erigidos a mesma condição da norma.

Inicialmente, em relação ao princípio da boa-fé objetiva, destaca-se o fato que na Roma antiga já se falava em boa-fé (*bona fides*), mas que tal consideração se dava apenas ao mundo das intenções. Com a derrubada o império romano e a expansão da cultura germânica, a boa-fé deixa de ser intenção e se considera com obrigação, com a inclusão do ideal de lealdade.

Com a ascensão da igreja católica e o monopólio do direito canônico, a mentira passou a ser considerada como pecado, o que tornou o instituto da boa-fé cada vez mais subjetivo. A referida situação perdurou até o fim da segunda guerra mundial, quando, por conta do surgimento de uma cultura de massas, desenvolvimento do comércio internacional e grandes mudanças sociais a boa-fé deixou de ter um papel de segundo plano para desenvolver uma função mais solidária e ética em relação a conduta nas relações comerciais.

O princípio, antes não positivado, passa a integrar o sistema normativo, de forma expressa, com a sua inclusão no Código Civil alemão. No Brasil, por sua vez, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e sua forte base democrática e principiológica, vislumbrou-se um fértil terreno para o desenvolvimento e aplicação dos princípios no cotidiano, ganhando destaque especial o princípio da boa-fé, agora de feição objetiva, a qual se deu em razão da sua positivação no Código Civil de 2002, superando o conceito patrimonialista do código de 1916.

Assim, a boa-fé objetiva esta insculpida nos artigos 113 e 422 do Código Civil<sup>1</sup>, os quais dispõem o cumprimento ou à atenção às condutas laterais ou conexas de honestidade, probidade, lealdade, transparência, admitindo a aplicação destes em todos os comportamentos visando concretizar os fundamentos constantes da Constituição Federal.

Desta forma, a boa-fé objetiva pode ser conceituada como sendo um dever de conduta e/ou um comportamento ético, probo e leal que deve ser adotado por todos, envolvidos ou não, em algum negócio jurídico, sempre com intuito de cooperar e não prejudicar a outra parte ou terceiros.

O conteúdo do princípio em questão pode ser definido nas palavras de Aguiar (1994, p. 18):

---

<sup>1</sup>Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

um princípio geral de Direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade. Gera deveres secundários de conduta, que impõem às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente nos contratos, que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avença.

Nesse particular, descrevendo o conteúdo do princípio da boa-fé objetiva, Barakat (2003, p. 67) assim diz:

O princípio da boa-fé atua como regra que imputa deveres de conduta às partes, sendo que as condutas impostas às partes decorrem de juízo de valor formulados de acordo com as exigências básicas de justiça e moral formadas em função de uma consciência jurídica da comunidade. [...]  
É necessário, portanto, na formulação do conceito de princípio da boa-fé ter-se sempre em vista um *standart*, ou seja, uma norma de conduta, judicial ou extrajudicial.

A conduta proba e leal, por se tratar da maneira como devem se portar as partes nos negócios jurídicos e em relação a terceiros, revela, portanto, a necessidade de condutas laterais ou anexas, tais como dever de lealdade, informação, cuidado e proteção, sigilo e de colaboração entre todos os envolvidos, devendo esses atores se portarem desta maneira perante os outros e terceiros.

Feitas tais considerações sobre a boa-fé objetiva, importa destacar que a sua relação com o pensamento pós-positivista é muito próxima, tendo em vista os elementos históricos e sociais que justificaram a superação do positivismo e a consagração dos princípios no mesmo patamar das regras dentro de um sistema jurídico.

Não só o elemento histórico é fator determinante para promoção dos princípios ao mesmo patamar das regras, mas também devido a complexidade das relações que passaram a ser criadas após o fim do conflito mundial, tendo em vista que novas dimensões de direitos passaram a ser estudadas, analisadas e reivindicadas.

Importa ressaltar, ainda, que a aplicação dos princípios aos casos concretos visava justamente evitar injustiças ou o desvio de finalidade de Estados em relação a regimes totalitários que utilizavam da regra para seus escopos.

E é essa virada hermenêutica, que teve início com o fim da segunda guerra mundial, como já demonstrado, que justificou a internalização dos princípios no sistema normativo brasileiro e que permitiu, ainda com outras construções interpretativas, a aplicação dos princípios aos casos concretos.

Barroso e Barcellos (2003, p. 336) descrevem a virada hermenêutica da seguinte maneira:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.

Assim, no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, com seu caráter democrático e principiológico, foi possível a aceitação do pós-positivismo como pensamento, o que foi reflexo nas legislações que daí se seguiriam, pois passaram a adotar um sistema “aberto” e de referência a princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados para abarcar as mais diversas situações que não encontravam previsão na legislação ou mesmo que não estavam sendo abarcadas pelo legislador quando da elaboração da regra.

No mesmo sentido, com o advento do código civil de 2002, o princípio da boa-fé, até então considerado apenas na sua forma subjetiva, passa a ser expresso e ganha destaque como norma de conduta a pautar o comportamento dos envolvidos nos mais variados negócios jurídicos.

A sua inclusão, no ordenamento jurídico, se deu, em um primeiro momento, pela aceitação da integração dos princípios ao ordenamento jurídico, além de uma interpretação sistemática o qual resultou na eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais, criando um ambiente mais justo e democrático nas relações contratuais, negociais e interpessoais.

Tal situação é traduzida na explicação de Wald (2003, p. 42):

Trata-se de incluir nos contratos, em virtude da interpretação e da construção, deveres secundários ou derivados de informação, conselho e até cooperação, assim como a proibição de certas omissões. Cria-se, assim, um dever de lealdade na contratação e na execução do contrato que está vinculado basicamente às noções de confiança e de equilíbrio. Confiança entre as partes contratantes, que devem ter e manter, uma em relação à outra, o comportamento do bom pai de família e até, conforme o caso, do parceiro sério, diligente e confiável, sob pena de responsabilidade se uma delas não corresponder à expectativa da outra.

Desta maneira, o sistema pós-positivista admitiu e forneceu terreno fértil para inclusão dos princípios no ordenamento jurídico, facilitando sua consideração e resolvendo problemas de lacunas sistêmicas os quais a legislação e a interpretação

utilizada até então não davam conta.

É com a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, o que é permitido pela lógica jusfilosófica do pós-positivismo e por outras construções doutrinárias e jurisprudenciais, que se permite exigir, seja através de sentenças e/ou decisões administrativas ou entre particulares, a presença da lealdade, honestidade e probidade entre os envolvidos em um determinado negócio jurídico.

Assim, a correlação existente entre princípios e regras fica evidente na medida em que se considera a elevação dos primeiros ao mesmo patamar dos últimos, considerando-os como peças fundamentais para solução de situações limítrofes, sem previsão legal ou que encontrem antinomias de normas para tanto.

Desta forma, pelo exposto, é possível concluir pela existência de relação entre o princípio da boa-fé objetiva e o pós-positivismo, seja em razão da complexidade das relações sociais, seja em relação do permissivo legal trazido por essa corrente jusfilosófica, na medida em que a adoção deste último permitiu a inclusão e aplicação daquele nas relações públicas e privadas como forma de garantir lealdade e probidade nestas, como maneira de se atender a ditames constitucionais.

### **Considerações finais**

Com a referida pesquisa, procurou-se demonstrar a relação existente entre o pós-positivismo e princípio da boa-fé objetiva, na medida em que um antecedeu ao outro e que, pela aplicação da corrente jusfilosófica se permitiu que o sistema normativo fosse permeado por princípios.

Acerca do tema, houve a necessidade, como forma de contextualizar o tema, lançar mão da descrição histórica dos pensamentos e correntes jurídico-filosóficas que antecederam o pós-positivismo, justamente para que fosse demonstrado a evolução do pensamento jurídico e os elementos que levaram à superação das escolas anteriores e ao pós-positivismo.

Em seguida, como forma de concatenação de ideias, procurou-se descrever e estudar o pós-positivismo, suas características e sua relação com os princípios, o qual teve marcante a possibilidade e a considerações destes como parte integrante do sistema normativo.

Também como parte do presente artigo, passou-se ao estudo dos princípios,

cláusulas gerais e conceitos indeterminados, do qual se destacou suas funções, dentre elas a interpretativa e integrativa, além da comparação entre princípios e regras e a resolução de seus conceitos.

No capítulo seguinte, a análise passou mais especificamente ao princípio da boa-fé objetiva, tendo em vista ser este o corte epistemológico do tema, dos quais se abordou um sucinto caráter retrospectivo, bem como suas características e conceituação para, ao final, procurar verificar em que medida se estabelece a relação entre o referido princípio e a corrente jusfilosófica.

Desta forma, pelo estudo em questão, verifica-se que os princípios, em especial o da boa-fé objetiva, tem abertura em razão da corrente jusfilosófica do pós-positivismo que permitiu a aplicabilidade de tais medidas de otimização em razão de suas funções interpretativas e de colmatação de lacunas do sistema.

## Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de política. Volume I**. Brasília: Editora Brasília, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas** / Luís Roberto Barroso (organizador). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. BARROSO, Luís Roberto (coord.). **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES. Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 7 mar.2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 2000.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Magistratura e temas fundamentais do direito**. São Paulo: LTr, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 09 – jan./jun. 2007.

WALD, Arnaldo. O novo Código Civil e o solidarismo contratual. **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais. n.6, n.21, p.14-47, jul - set. 2003.

Recebido em 27 fev. 2019 / aprovado em 03 jun. 2019

Para referenciar este texto:

GUNTHER, Luiz Eduardo; BARACAT, Eduardo Milleó; COMAR, Rodrigo Thomazinho. Pós-positivismo e a sua relação com o princípio da boa-fé objetiva na formação do pensamento jurídico. *Revista Thesis Juris - RTJ*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 98-117, jan./jul. 2019.