

**DIREITO JUDICIAL E O PENSAMENTO DE KARL LARENZ:
BREVES NOTAS SOBRE O PROJETO DE REFORMA DO DIREITO
CIVIL BRASILEIRO**

*JUDGE-MADE LAW AND KARL LARENZ'S THINKING: SHORT NOTES ON THE
BRAZILIAN CIVIL LAW'S REFORM PROJECT*

Luis Renato Ferreira da Silva¹

¹ Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Advogado.

RESUMO

O presente trabalho analisa a obra de Karl Larenz, abordando sua contribuição ao direito judicial e suas implicações na metodologia jurídica. O texto explora a relevância das ideias de Larenz em especial a função do direito judicial dentro da lacuna e sua natureza de fonte de direito, bem como a noção de sistema defendida pelo autor. O projeto de reforma do direito civil brasileiro, atualmente em tramitação no Senado Federal, incorpora a teoria da base objetiva do negócio, refletindo o pensamento de Larenz. No entanto, alerta-se para possíveis contradições e riscos ao sistema jurídico, como a revisão de contratos e a inclusão de danos indiretos, que podem comprometer a unidade e a ordem do código civil. A análise culmina na necessidade de revisitar o pensamento de Larenz para garantir que a reforma proposta atenda aos princípios constitucionais e promova um direito judicial coerente e sistemático.

PALAVRAS-CHAVE

Direito judicial – Karl Larenz – Projeto de Reforma do Código Civil – Metodologia jurídica – Teoria da base objetiva do negócio.

SUMÁRIO

Introdução. 1 O Direito Judicial e a posição de Karl Larenz. 1.1 Conceito. 1.2 O posicionamento de Karl Larenz. 2 Sistema Aberto na Visão de Karl Larenz. Considerações finais.

REFERÊNCIA: SILVA, Luis Renato Ferreira da. Direito judicial e o pensamento de Karl Larenz: breves notas sobre o projeto de reforma do direito civil brasileiro. *Res Severa Verum Gaudium*, Porto Alegre, v. 10, n. 1, p. 26-41, ago. 2025.

INTRODUÇÃO

1. A análise da obra de Karl Larenz, sendo ela não só extensa como abrangente de mais de um ramo do saber jurídico, impõe que se faça uma seleção de alguns aspectos sobre os quais dissertar, pena de serem versados múltiplos temas sem que se aprofunde mais detalhadamente algum deles.

2. É que este pensador, nascido na Alemanha em 1903 e falecido em 1993, trabalhou tanto no ramo da dogmática civil quanto no campo da metodologia jurídica, ou seja, com temas pertinentes à jusfilosofia. Larenz doutorou-se na Universidade de Göttingen no ano de 1926, lá tendo alcançado sua cátedra de Direito Civil e de Filosofia do Direito no ano de

ABSTRACT

The present essay analyses Karl Larenz's work, approaching his contribution to judge-made law and its implications to legal methodology. The text explores Larenz's ideas relevance, especially judge-made law's function in blank spaces and its nature as legal source, as well as the notion of system supported by the author. Brazilian civil law's reform project, currently under review in the Federal Senate, incorporates the objective theory of contracts, reflecting Larenz's thinking. However, one alerts to possible contradictions and risks to the legal system, such as contract revision and inclusion of indirect damages, that may compromise the Civil Code's unity and order. The analysis culminates in the necessity of reviewing Larenz's thinking in order to guarantee that the proposed reform meets the constitutional principles and promotes a coherent and systematic judge-made law.

KEYWORDS

Judge-made law – Karl Larenz – Civil Code reform project – Legal methodology – Objective theory of contracts.

1929. No ano de 1935 passou a exercer a cátedra em Kiel, sendo esta passagem bastante significativa visto que lá uniu-se à chamada Escola de Kiel, cujos integrantes empenharam-se na edificação do “renovamento jurídico alemão”, ligado ao movimento nacional-socialista. Junto com outros juristas dedicados a outros ramos do direito², Larenz foi o filósofo da Escola. Lá desenvolveu sua doutrina sobre o direito subjetivo, a qual, mais tarde, viria a refutar.³ Após a guerra abandonou a Universidade de Kiel e começou a lecionar na Universidade de Munique, onde alcançou a jubilação.

3. Nesta sua larga carreira universitária, o autor produziu numerosos trabalhos, tanto no âmbito do Direito Civil como no âmbito da Metodologia. Podem-se citar obras que foram traduzidas do alemão (e encontram-se acessíveis em espanhol ou português) como “Base do Negócio Jurídico e o Cumprimento dos Contratos”, “Direito das Obrigações” (obra em dois volumes) e “Direito Civil – Parte Geral”.⁴ Na filosofia cumpre destacar “A Filosofia contemporânea do Direito e do Estado”, “A Metodologia da Ciência no Direito” e “Direito Justo: Fundamentos de Ética Jurídica”.⁵

4. Através da análise de posições expostas neste dois últimos livros, o presente trabalho procura examinar dois aspectos interrelacionados, a saber, o direito judicial e a posição de Karl Larenz, bem como sua noção de sistema. Se bem que é a graças à noção de sistema aberto que Larenz entende possível a existência da criação judicial do direito, opta-se pela exposição primeiramente das ideias sobre direito judicial, eis que torna mais viável a compreensão do tema na sequência.

5. A atualidade do tema se deve, a meu juízo, por dois motivos. Um de ordem dogmática, e outro de ordem metodológica. Tramita no Senado Federal o PL 04/2025 que

² Também pertenciam à Escola de Kiel Ernst Rudolf Hüber, dedicado aos estudos de direito público; Georg Dahm e Friederich Schaffsteins, no direito penal; e Wolfgang Siebert, no direito privado. Ver, sobre o tema, La Torre, Massimo, “Una critica radicale alla nozione di diritto soggettivo. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazional-socialista” in *Rivista Internazionale di Filosofia*, 147/594. Sobre o movimento nazista de forma mais geral e suas supostas ligações com o positivismo, ver Valadão, Rodrigo Borges, “Positivismo Jurídico e Nazismo”, Contracorrente, São Paulo, 2021.

³ Ver “Derecho Civil - Parte General”, Revista de Derecho Privado, 2. ed., Madrid, 1983, p. 276 e ss.

⁴ Todas com edições em espanhol, respectivamente Ediciones Olejnik, Santiago do Chile, 2018; Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952; Revista de Derecho Privado, 2. ed., Madrid, 1983.

⁵ Ediciones Olejnik, Santiago do Chile, 2020; Fundação Calouste Gulbenkian, 3. ed., Lisboa, 1997; Civitas, Madrid, 1985.

pretende, sob o enganoso nome de projeto de lei, promulgar um verdadeiro Código Civil novo, promovendo uma alteração profunda no vigente Código, tanto no conteúdo legal, quanto na sua sistemática. Entre as muitas (mais de 900) inovações, o pensamento de Larenz aparece de forma clara nos dispositivos que preveem, para fins de revisão ou resolução contratual, a teoria da base objetiva do negócio, nos moldes propostos por esse autor. Já no campo sistemático, multiplicam-se as oportunidades da criação judicial do direito pela introdução não só de cláusulas gerais (já conhecidas e versadas pelo atual diploma), mas de práticas judiciais que podem potencializar essa criação. Basta tomar-se como exemplo a viabilidade de fixação de indenização sem prova do dano baseada nas máximas de experiência do julgador.⁶

6. Em tal quadro, voltar os olhos para o pensamento de um jurista que viu os riscos de excessos no sistema nacional-socialista que apoiou e depois renegou, bem como o desenvolvimento do direito judicial com controles democráticos, ajuda a pensar o quão longe pode e deve ir uma reforma nos termos como proposta e se a sistematicidade (garantia do controle decisional) não poderá ser seriamente comprometida.

1 O DIREITO JUDICIAL E A POSIÇÃO DE KARL LARENZ

1.1 Conceito

7. A noção de direito judicial foi levada a cabo pelos juristas alemães que faziam uma diferenciação entre dois termos: *Juristenrecht* e *Richterrecht*. Aquele, mais propriamente utilizado para designar o direito dos juristas (ou seja, as construções elaboradas doutrinariamente). Este, no sentido próprio de direito judicial, através do qual se quer afirmar a existência de uma fonte de direito que emana das decisões judiciais.⁷ O entendimento do que venha a ser o direito judicial é fruto de um posicionamento entre um positivismo arraigado e uma teoria sem parâmetros legais como a teoria do direito livre.

⁶ Respectivamente as propostas de alteração do artigo 478 e a introdução do art. 480-A e redação proposta para o artigo 944-B.

⁷ Ainda que se conceba tal fonte como meramente derivada, numa visão mais mitigada de direito judicial, chegando-se, às vezes, a versões mais intensas que a consideram fonte originária.

8. Aceitar-se um direito judicial é conceber que o julgador, ao aplicar a regra, não faz tão somente uma atividade subsuntiva mas cria uma norma para o caso concreto, analisando a natureza das coisas e fazendo sobre elas assertivas, por vezes declaratórias, por outras constitutivas.⁸ É que o exame mais detalhado da atividade judicial mostra que o juiz não raciocina analogicamente só quando preenche lacunas, mas habitualmente.

9. Na verdade, afirma-se que a jurisprudência é fonte de produção do direito, ainda que derivada e contida nas leis. Não é uma fonte autônoma como a lei ou o costume, mas é uma fonte de criação que haure sua legitimidade no âmbito daquelas duas, ou seja, desenvolve-se dentro da lei, ainda que criando uma norma para a hipótese carecedora de regulação, para esclarecer a situação litigiosa.

10. O curioso é que esta amplitude do conhecimento judicial derivou por caminhos estranhos aos que objetivava quando surgiu na Alemanha. É que a sociedade germânica de fins do século XIX e início do XX era bastante estratificada e a classe dos juristas era uma classe à parte, na qual a população em geral não tinha penetração. O avanço de conquistas populares ocorria no Parlamento e não na Justiça, onde estas recuavam. Nesta confrontação ideológica, sobrepor o ideal propagado pelos juristas ao do Parlamento significava uma vitória do conservadorismo sobre o ramo mais avançado que era, no caso, o Legislativo.

⁸ Antigamente imperava entre os juristas da *common law* a teoria de que os juízes não criavam direito, senão que aplicavam ao caso concreto o direito que se encontrava latente no seio da comunidade e que era meramente declarado pelo aplicador. Esta teoria, denominada de *declaratory theory*, perdeu muito de sua força por influência do realismo americano e do sociologismo cuja expressão relevante foi a obra de Roscoe Pound. Sobre o tema, afirma Riccardo Mandelli (Recenti sviluppi del principio dello stare decisis in Inghilterra e in America” in *Rivista del Diritto Processuale*, 1979, p. 661-662): “Nella temperie ideologica dell’epoca vittoriana [...] acquistò grande popolarità [...] l’antica teoria che i giudici rinvenivano le regole giuridiche da esse applicate nelle consuetudini del popolo inglese, fondata sugli universali principi di ragione, opportunità e giustizia, di cui le decisioni costituiscono la prova, teoria perfezionata da Hale (1609-1676) e Blackstone (1723-1780) sotto l’influsso del diritto canonico e conosciuta come teoria dichiarativa”. Mas já no século passado havia críticas a esta teoria. Segue o mesmo autor dizendo: “Austin, che già intorno al 1820 aveva definito la teoria dichiarativa ‘una finzione puerile’, fu il primo a parlare apertamente di judicial o improper legislation e a riconoscere che la ratio decidendi era ‘itself a law’”. Também René David (“Les caractères originaux de la pensée juridique anglaise et américaine” in *Archives de Philosophie de Droit*, v. 15, p. 6) refere a mudança de concepção no direito inglês, dizendo: “[...] on ne considère plus que la tâche des juristes soit d’appliquer des règles préparées à l’avance; c’est bien plutôt, enseigne le sociologisme de Roscoe Pound, de découvrir par une manière de ‘social engineering’ ce qui est bon pour la société. L’École réaliste a du reste montré tout ce qu’il y avait de fiction dans la prétention d’appliquer des règles préfabriquées”.

11. É que esta pressuposição de que há sempre uma característica estática no direito legislado e que o direito judicial é o mais avançado é falaciosa. Na verdade, há circunstâncias históricas que podem condicionar um caminho diverso. Sobre o tema, afirma Alessandro Baratta, comentando a situação da própria Alemanha:

El concepto del jurista como representante del pueblo, puede interpretarse como una especie de límite a la función de la asamblea legislativa y del parlamento. El énfasis dado a la comunidad (Gemeinschaft) en relación con la sociedad, que se impone con la escuela histórica y caracteriza todo el siglo pasado hasta el idealismo social en la época de Guillermo II, documenta significativamente una cultura oficial que tiende a ignorar las divergencias de clase y los conflictos entre grupos sociales, sobre-valorando las posibilidades de armonía entre los mismos.

Al poder alcanzado por el movimiento obrero en el legislativo contrapone la estabilidad del poder de la burguesía y de la aristocracia agraria en las estructuras judiciales y administrativas del Estado y, de manera más general, en las relaciones reales de la sociedad capitalista.⁹

12. Na evolução da ideia de direito judicial pode-se vislumbrar três formas de se compreender tal conceito. Uma primeira é a que acolhe a ideia concretizante, ou seja, a aplicação pelo juiz desenvolve um papel de concretização de conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais. Neste agir, o julgador não deve se socorrer de valorizações subjetivas, mas deve ficar o mais próximo de valores objetivamente constatáveis que podem ser vinculantes dado o seu caráter ético.

13. Uma segunda concepção é a que compreende tal modalidade de fonte de direito como um supletivo da lei. Aqui o julgador é chamado a decidir sobre ligações sociais ainda não qualificadas juridicamente. Está-se a meio caminho entre o papel do juiz e do legislador. O exemplo mais típico de um desenvolvimento desta espécie é o da sentença trabalhista que se denomina, expressamente, sentença normativa.

14. Por fim, uma terceira opção, é a aplicação corretiva da lei, ou contrária a ela. Esta concepção, por sua vez, pode ser subdividida em outras três.

15. Há os partidários de uma expressa vedação ao julgamento *contra legem*, podendo o julgador tão somente aperfeiçoar normas porventura falhas, dentro do âmbito dos

⁹ “La jurisprudencia y la ciencia jurídica como fuente del derecho” in Las Fuentes del Derecho, Edicions Universitat, Barcelona, 1982.

princípios gerais e de juízos de valor consagrados. Só existiria uma exceção que é a hipótese de pôr-se em risco, com a aplicação da lei, a própria ideia de direito. Quando se der um tal estado de “emergência jurídica” que não pode ser solucionado de modo pronto ou suficiente pelo legislador, abre-se ensejo a que o juiz vá contra a lei para resguardar a ideia de direito.

16. Uma segunda corrente, ao admitir o uso *contra legem*, vai ao extremo oposto, e diz que é mais do que legítimo ao magistrado ir contra a lei, devendo ele ser um formador de jurisprudência que acelere o desenvolvimento social. É missão do juiz abrir o direito ao espírito do tempo, respondendo socialmente por seu desempenho.

17. Pode-se, desde logo, afirmar que uma tal corrente importa em riscos excessivos aos pilares da ordem constitucional normal dos Estados que, na linha dos ideários da Revolução Francesa, adotaram modelos constitucionais onde se abriga a separação dos poderes.¹⁰ É que conferir-se ordinariamente o papel de legislador ao juiz é malferir abertamente o princípio da separação dos poderes, exigindo do julgador uma politização que não é afeita a sua tarefa constitucional e institucional. Afinal, o magistrado deve exercer a jurisdição que nada mais é que a aplicação do direito positivo nas lides através de terceiro imparcial. A imparcialidade do juiz, distante de correntes político-partidárias (ainda que inserida em uma série de atividades político-sociais), resta gravemente arranhada por tal postura, que importa em uma verdadeira imprevisibilidade das consequências jurídicas.

18. Derradeira corrente que se insere no campo dos que admitem o julgamento *contra legem* é a que sustenta o cabimento da correção em casos taxativamente previstos em lei. Em especial quando se verifica a obsolescência da lei, onde incidiria o brocardo *cessante ratione legis*, *cessat lex ipsa*, e no caso da falta natural de razão de lei, quando então se estaria no campo do brocardo *lex sine ratio non lex*.¹¹

¹⁰ É no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que se encontra a regra: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

¹¹ Sobre as correntes acima elencadas, vide Orrú, Giovanni, “Richterrecht”, 1. ed. Giuffrè, Milão, 1988, p. 45 e ss.

1.2 O posicionamento de Karl Larenz

19. A compreensão do pensamento de Larenz importa na compreensão da sua distinção entre desenvolvimento judicial imanente à lei e desenvolvimento judicial superador da lei. Já está adotada, portanto, a premissa de que ele concebe que haja um direito judicial que, por vezes, extrapola o campo da aplicação da lei.¹²

20. A ideia de uma atividade judicial dentro da lei, imanente à lei, passa pela noção de que toda lei possui lacunas e a missão de preencher tais lacunas está, de há muito, afetada aos tribunais. Vai-se mais longe, em verdade, o preenchimento das lacunas não é permitido aos tribunais senão que lhes é imposto sob pena de estarem, verdadeiramente, a negar justiça. O monopólio da jurisdição estatal impõe ao Estado o correlato dever de solver as lides porque, caso remanescesse a possibilidade de autotutela, todas as lides teriam soluções, indiferentes a um acolhimento ou a uma regulamentação prévia da hipótese contenciosa.¹³

21. Larenz conceitua as lacunas de um modo mais restrito. Diz ele que: “O termo ‘lacuna’ faz referência a um caráter incompleto. Só se pode falar de ‘lacunas’ de uma lei quando esta aspira a uma regulação completa em certa medida, para um determinado setor”.¹⁴ Assim, querendo regular na sua totalidade uma determinada relação jurídica, o legislador deixou de fazê-lo, seja porque simplesmente olvidou-se de tal regra, seja porque ignorava situações que tais, seja, ainda, por ter minorado a importância dos fatos. Afirma o autor que é impossível caracterizar-se todos os vazios como lacunas. É que, por vezes, o legislador não regulou determinada circunstância de modo específico e intencionalmente. A isto ele denomina de “silêncio eloquente da lei”.¹⁵ Nem poderia ser diferente. Imagine-se que, a cada vez que o legislador decidisse que certa matéria era de somenos importância para o mundo jurídico, tivesse que jurisdicizar a situação para dizê-la irrelevante... Estar-se-ia exigindo apenas o impossível. Quer dizer, elencar o que é jurídico e, juridicamente, dizer o que não se

¹² Os parágrafos que se seguem resumem as ideias de Larenz expostas, basicamente, no capítulo V (Métodos de desenvolvimento judicial do direito) do livro “Metodologia...”, citado.

¹³ É o que se denomina de princípio da indispensabilidade da jurisdição e a ele se refere o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e o artigo 140 do Código de Processo Civil.

¹⁴ “Metodologia da Ciência do Direito”, 2. ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, p. 448-449.

¹⁵ Idem, ibidem.

quer que seja. Não são todos os silêncios que importam em lacunas por que há alguns que transmitem uma mensagem cifrada do legislador: a de que estes aspectos sobre os quais impera o silêncio não foram jurisdicizados.¹⁶

22. Tampouco não se pode confundir o conceito de lacuna com a falta de concretização de certos conceitos contidos nas leis, como, por exemplo, o de bons costumes. A falta de definição, na espécie, é inerente ao conceito que se quis deixar indeterminado para volatizar-se, eis que muito vinculado a condições sociais, econômicas, políticas e morais de uma comunidade.

23. Dentro das ausências de regulamentação onde elas deveriam existir pode-se falar propriamente em lacunas. Dir-se-á normativa a ausência de uma regra específica e da lei a imperfeição contrária ao plano geral da legislação. O que não admite o pensador é que se fale em lacuna do direito, dada a sua visão de sistema (que será analisada no próximo tópico)¹⁷.

24. As lacunas da lei, propriamente ditas, podem ser iniciais, sempre que falta for concomitante à vigência da regra, ou subsequente, quando acarretadas pela evolução social que não se enquadra na lei previamente dada.

25. Pode-se classificar as lacunas, ainda, em lacunas patentes e lacunas ocultas. Naquelas não há realmente a regra. Nesta há, mas a que existe contradiz o contexto no qual é inserida. Assim, caso houvesse a sua aplicação ela invalidaria a aplicação das demais, deixando um vazio onde regiam aquelas ou, caso façam-se imperar as regras globais, tem-se de afastar a contraditória, deixando também aí um espaço vazio. Trata-se de lacuna por

¹⁶ Nesse aspecto e sustentando que alguns não eram para ser tratados, Jean Carbonier (Derecho Flexible – Para una sociología no rigurosa del Derecho”, Editorial Tecnos, Madrid, 1974) já falava no *non droit*: “Contra los juristas dogmáticos, que suponen la continuidad del derecho objetivo, es preciso observar, en el interior de este último, largos intervalos de no-derecho. Es natural imputar el fenómeno a fuerzas antagónicas que hacen retroceder al derecho, pero estas fuerzas no son siempre exteriores al derecho. Pueden residir en el derecho mismo o, mejor, en la voluntad misma del derecho”, p. 36.

¹⁷ Um exemplo recente da utilização do pensamento de Larenz entre nós foi a feita por Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva em seu livro sobre a crise no cumprimento da prestação em face de eventos como a COVID-19 na qual, para o ordenamento jurídico brasileiro, Judith Martins-Costa invoca as hipóteses de lacuna e de seu preenchimento. “Crise e Perturbação no Cumprimento da Prestação – Estudo de direito comparado luso-brasileiro”, Quartier Latin, São Paulo, 2020, p. 240-243.

impossibilidade de uso de regra existente. Consoante o julgador se encontre frente a uma lacuna patente ou oculta, valer-se-á de meios de integração próprios e variantes.

26. Caso se trate das denominadas lacunas patentes, os meios de integração passíveis são: (a) A analogia, que consiste na idêntica valoração legal dada a semelhança das circunstâncias fáticas que não são, por sua vez, idênticas (caso fossem não se trataria de analogia, mas da mesma incidência). O uso da analogia expressa, em verdade, uma manifestação do princípio da igualdade enquanto medida de tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais, na medida de suas desigualdades. Quando o axioma a incidir é buscado na lei chama-se analogia legis, e quando residir em alguma regra não legal, como um dos princípios regentes do ordenamento, trata-se de analogia juris. (b) O argumento a maiore ad minus, ou “por maior razão”. Também este radica no princípio da igualdade. É o típico raciocínio que se estrutura na formulação: “Se para A é assim, por muito maior razão ser para a”. Ambos os métodos de integração são limitados pela existência do que se chama “argumento ao contrário”, a saber, aquelas hipóteses em que o legislador foi taxativo em afetar uma determinada razão a um certo fato.

27. Falando-se de lacunas ocultas, evidentemente que a já existência de regra, ainda que inoportuna pois aplicável, impede se estenda algo, e tanto a analogia como o argumento de maior razão não podem ser aplicados senão que se deve opor ao alargamento uma certa restrição. Assim, a solução do impasse se dará na forma de uma “restrição teleológica”. A finalidade da lei é uma, mas com o sentido literal da regra a ser aplicada viola a própria finalidade a que se destina a normatização. Faz-se necessário reduzir o número de normas aplicadas de modo a que reduzam as incidências até a teleologia própria da lei.

28. O que ressalta de ambos os métodos é que fazem uso de meios a partir de situações já existentes no corpo legal. Destarte, a solução é desenvolvida dentro da lei de forma imanente a ela, quer pela compreensão de sua *ratio*, quer pelo alcance de sua teleologia. No preenchimento de lacunas há um momento criador, mas que é diferente do da criação legislativa.

29. A criação legislativa se impõe às pessoas na justa medida em que ela é dotada de autoridade própria em função da posição constitucional titulada pelo Poder Legislativo. Já o julgador, por sua vez, só pode angariar o respeito e a autoridade que ambiciona para o seu ato sentencial na medida da fundamentação adequada, cingida a considerações jurídicas bem concatenadas e de ordem superior à pura voluntariedade judicial. Ademais, já se vê, o legislador é limitado pela Constituição, quanto o julgador, além de haurir sua competência na Constituição, deve, igualmente, pautar-se pelos valores jurídicos.

30. No exame dos valores jurídicos também podem surgir certas perplexidades, sendo a maior delas o entrelaço de valores. O método adotado quando isto ocorrer é o da ponderação de valores. Entre os bens considerados pela apreciação legislativa faz-se ceder aquele que irá restringir menos os direitos da personalidade. É uma ideia de correlação entre meio e fim: o prejuízo do bem jurídico protegido não deve ir além do que requer o fim aprovado.

31. A atividade judicial superadora da lei importa na criação de institutos jurídicos desconhecidos e/ou contrários à lei. Tal ocorrerá sempre que houver uma necessidade invencível do tráfico jurídico que não surgira ao tempo da edição das regras gerais do corpo legislado, ou quando houver um princípio cujo significado só posteriormente foi concebido. Aqui, extrapola-se a lei para buscar uma solução numa ideia jurídica. Porém, esta nova solução (*extra legem*) deverá ser sempre *intra jus*, no sentido de que deve ser inserível na ordem valorativa genericamente acolhida pelo ordenamento.

32. As hipóteses que dão ensejo a esta modalidade de atuação judiciária são as necessidades do comércio jurídico, a premência ou novo enfoque dado ao princípio da isonomia, ou, ainda, a incidência de princípios ético-jurídicos, aqueles nortes nos quais se assenta a consciência jurídica geral.¹⁸

¹⁸ Estes princípios serão desenvolvidos no livro “Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica”, 1. ed., Editorial Civitas, Madrid, 1985.

33. Tais usos do direito, nitidamente tidos como excepcionais, colocariam Larenz entre os pensadores que, em regra, não admitem uma formação judicial a não ser no caso de imanência da lei ou no caso de transcendência, como exceção.

34. Diz-se que a atividade é superadora da lei porque aqui o julgador deverá extrapolar o campo da legalidade, pois ou a aplicação deste ferirá de morte a ideia de direito ou haverá princípios jurídicos “recheados” de conteúdo ético que tornam imperiosa e premente a superação legal.

35. Caso exemplar da necessidade de superação da lei para fazer imperar um princípio de valor ético superior é o da decisão que, ao declarar a invalidade da lei por entendê-la violadora da Constituição, manda que se respeitem os efeitos por ela produzidos no curso de sua vigência para um respeito maior ao princípio da segurança jurídica que, no caso, deveria sobrelevar ao da legalidade.

36. Essa a sistemática de modulação da inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal que ingressa no sistema positivo com o advento da Lei 9.868. O artigo 27 da referida lei estabeleceu que:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Nota-se a excepcionalidade (maioria qualificada) e a estreita permissão (segurança jurídica e excepcional interesse social).

2 SISTEMA ABERTO NA VISÃO DE KARL LARENZ

37. A admissão de lacunas e de uma atividade superadora por parte do magistrado não importa que se aceite uma lacuna no Direito e tampouco coincide com um mero preenchimento de conceitos indefinidos. A inexistência de lacunas no Direito se dá porque o preenchimento destas é sempre decorrente da busca de argumentos dentro do âmbito jurídico.

A não confusão com o preenchimento dos conceitos indefinidos dá-se porque estes prefiguram aquelas intenções manifestas de vaguidade, como no caso dos “bons costumes”.¹⁹

38. As duas noções, a existência de conceitos indeterminados e a inexistência de lacunas no Direito, resultam da visão que Larenz tem do sistema jurídico. Inserido dentro de um pensamento onde se alinham outros juristas (com algumas variantes, obviamente²⁰), ele distingue o sistema externo do sistema interno e entende aquele como sendo de cunho fechado e este de cunho aberto. Para esta noção, como para qualquer entendimento sobre sistema, são imprescindíveis duas ideias basilares, a saber, a de unidade e a de ordem.²¹

39. A ordem não é ordenação lógico-subsuntiva a partir de premissas fixas, mas é uma regulação axiológica, onde se ordenam valores e não conceitos formais. Assim, o sistema comporta uma ordenação valorativa na qual são colocados valores que melhor expressam ou que melhor refletem a interação “fator – substrato”, “fator – norma”. Alia-se a esta ordenação valorativa um pensamento teleológico que guia a captação racional dos valores. A teleologia tende a vislumbrar as consequências da legislação de um valor primário, transpondo-o para casos comparáveis, solucionando contradições oriundas do surgimento de novos valores. Quer-se com a teleologia garantir a adequação formal dos valores ao sistema.

40. De outra banda, a unidade vem expressa em termos de principiologia, ou seja, os princípios garantem a unidade do sistema pois reconduzem a multiplicidade dos fatos a alguns poucos princípios constitucionais. Como diz o autor, não se quer mais ver atrás da lei a *ratio legis*, mas a *ratio juris*. Estes princípios, diferentemente dos conceitos abstratos, (a) não valem sem exceção e podem entrar em oposição ou contradizerem-se; (b) não têm a pretensão à exclusividade; (c) só possuem sentido próprio numa combinação de complementação e

¹⁹ Essa posição é exposta no Capítulo VI (“A formação do conceito e do sistema na jurisprudência”) de “Metodologia...”, obra citada.

²⁰ Como J. Esser que admite a duplicidade e entende como fechado o sistema codificado e como aberto o sistema da *common law*, e vê como forma de unidade sistemática a principiologia jurídica (“Princípio norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado”, Bosch, Barcelona, 1961), ou C. W. Canaris, cuja exposição em sua clássica obra sobre sistema (“Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito”, 1. ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989) desenvolve caminho semelhante ao prosseguido por Larenz, de quem foi assistente na Universidade de Munique.

²¹ C. W. Canaris, ob. cit., *passim*.

restrições recíprocas; e (d) para sua concretização necessitam de outros subprincípios e de valores singulares.

41. Já se vê, os princípios formam uma cadeia sistemática que iniciam dos princípios gerais, de grau mais elevado, que se concretizam em ulteriores princípios (ou subprincípios), que ainda não orientam a solução de um caso específico, a qual há de ser encontrada com a legislação específica orientada segundo aquela principiologia. Larenz exemplifica com o princípio do Estado de Direito que é uma ideia geral que se manifesta no subprincípio da igualdade de todos perante a lei. Esta se concretizará em situações legisladas em consonância com essa cadeia.

42. Os princípios são os meios técnicos adequados para que se estabeleçam uma legislação sistemática consentânea com os valores vigentes em determinadas épocas, eis que generalizam estes valores, mantendo o seu conteúdo. Deixa-se a concretização para uma casuística que afasta o risco de caducar o seu conteúdo, de minimizá-lo ou de torná-lo puramente formal.

43. Larenz, ainda, reúne ao lado dos princípios os conceitos jurídicos indeterminados pela função e os tipos, como instrumentos de um sistema aberto, na medida em que aqueles se imbuem da teleologia dos princípios e estes autorizam a mobilidade do sistema. Assim, tem-se que um sistema aberto possui características muito diferenciadas das que possui o sistema fechado. Sua principal meta é a de facilitar a permeabilização da ciência jurídica com valores, o que não poderá ocorrer caso se mantenha uma rigidez sistemática. Já se viu, portanto, que a nova concepção de sistema vale-se, também, dos elementos típicos de uma qualquer sistematização, a saber, a unidade e a ordem, mas atribui conteúdos diversos a estas duas noções. Trata-se de ordem de valores e sob uma unidade de princípios que refletem esses valores.

44. Graças a esta visão é possível que se compreenda que o desenvolvimento judicial é possível porque há uma mobilidade e uma abertura do sistema. Isso permite o recurso a outros elementos axiológicos para hipóteses concretas.

45. Um sistema uno e ordenado concede os elementos de um direito judicial dentro da ordem constitucional, com seus controles e longe de discricionariedades abusivas ou decisionismo não justificado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

46. A importância do pensamento de Karl Larenz e sua influência no direito privado brasileiro, tanto na parte dogmática quanto na parcela metodológica, justificam que suas principais linhas sejam sumariadas para estarem presentes, especialmente em um momento no qual se pensa em reformular o sistema do direito civil brasileiro.

47. Ainda que se possa discordar de vários aspectos da obra do jurista alemão, é inegável que, com outros fundamentos ou por outras linhas de raciocínio, o caráter sistemático do código é inafastável e, portanto, a sua unidade deve ser mantida pela construção de valores que sejam ordenados e atendam ao todo do ordenamento. Especialmente porque o referido projeto de lei, em vários momentos, parece incentivar o direito judicial que, como visto pelo pensamento exposto, não pode ser outro que o que surge *intra jus*.

48. Alguns pontos do referido projeto, entretanto, não parecem seguir essa linha e daí que visitar um jurista com as credenciais e a aceitação de Larenz (até mesmo porque a sua teoria da base é introduzida no projeto) ajuda a pensar se algumas soluções se apresentam.

49. Limito-me, à guisa de conclusão, lembrar duas preocupantes. Ambas rompem a própria sistemática interna do código (não obedecendo as duas características basilares do sistema – unidade e ordem) e conduzem a posições jurídicas distintas.

50. A primeira diz respeito à adoção do sistema de revisão de contratos. O artigo 421, no seu parágrafo único, introduzido pela lei 13.874/2019, afirma que a revisão é excepcional. A crítica feita a esse dispositivo era a da sua obviedade. O sistema contratual do Código Civil nunca teve regra geral de revisão (apenas a do artigo 317 sobre prestações pecuniárias e em alguns contratos específicos, como no caso da empreitada).

51. A regra do artigo 478, ao permitir que a onerosidade excessiva (como no Código Civil italiano) levasse, em regra, à resolução, e só excepcionalmente (pela via processual da exceção da oferta equitativa), a revisão tornava despiciendo o parágrafo acrescentado (e tautologicamente posto no 421-A). Entretanto, no momento em que o PL 04/2025 tenta deixar a critério do onerado a opção entre revisar ou resolver, a revisão não é mais excepcional. Ela é uma opção regular como a resolução (e só na via da exceção é que a outra parte poderá recusar a revisão, como prevê o PL).

52. Ou seja, há uma contradição sistêmica. O argumento de que a nova regra do 478 (que adota, com a do 480-A, a teoria da base) tem requisitos rigorosos não faz do instituto uma exceção, mas, sim, uma figura de implementação estrita nos termos legais, mas que é a regra porque é a opção.

53. Outro exemplo também de contradição, no mesmo sentido, é o de rever a possibilidade de danos indiretos na previsão do artigo 944-B projetado. Essa regra contraria uma das bases da responsabilidade civil sistematicamente aceita e legislativamente consagrada no artigo 403 que, mesmo em caso de dolo, só admite os prejuízos diretos e imediatos da inexecução. E esse dispositivo permanece inalterado, em contradição interna tão flagrante quanto a anteriormente citada. E mais, em adoção de valores jurídicos alheios à tradição jurídica pátria que segue regra própria de causalidade.

54. Esses exemplos servem de alerta para que uma leitura mais atenta, e o pensamento de Larenz ajuda a apontar essa linha, permita que o sistema cumpra sua função e permita a formação de um direito judicial dentro dos parâmetros constitucionais.