

SANDRO EDUARDO VERGARA DE BORBA

**SENTIDO CONSTITUCIONAL DA CLÁUSULA GERAL DE BOA-FÉ
OBJETIVA NOS CONTRATOS**

CURITIBA

2004

SANDRO EDUARDO VERGARA DE BORBA

**SENTIDO CONSTITUCIONAL DA CLÁUSULA GERAL DE BOA-FÉ
OBJETIVA NOS CONTRATOS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel no Programa de Graduação em Direito junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR.

Orientador: Prof. José Antônio Peres Gediel

CURITIBA

2004

TERMO DE APROVAÇÃO


SANDRO EDUARDO VERGARA DE BORBA

SENTIDO CONSTITUCIONAL DA CLÁUSULA GERAL DE BOA-FÉ OBJETIVA NOS CONTRATOS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador:  Prof.º José Antonio Peres Gediel
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

 Prof.º Eroulths Cortiano Júnior
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

 Prof.º Antônio Alves do Prado Filho
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, 21 de outubro de 2004.

SUMÁRIO

RESUMO.....	IV
INTRODUÇÃO.....	1
PARTE I – O PERCÚRSO HISTÓRICO DA BOA-FÉ.....	7
SEÇÃO I – A BOA-FÉ NA ANTIGUIDADE.....	7
1. A Transferência Cultural entre a Boa-fé Romana e Canônica.....	11
SEÇÃO II – A BOA-FÉ NAS CODIFICAÇÕES OITOCENTISTAS.....	12
2. A Vontade Burguesa Codificada.....	14
SEÇÃO III – A BOA-FÉ NAS CODIFICAÇÕES.....	15
3. Aspectos Diferenciais da Codificação Alemã.....	16
PARTE II – O ESTADO SOCIAL DE DIREITO E AS NOVAS TÉCNICAS LEGISLATIVAS.....	19
SEÇÃO I – AS MUDANÇAS PROVOCADAS PELO ESTADO SOCIAL DE DIREITO.....	19
SEÇÃO II – A TÉCNICA LEGISLATIVA DAS CLÁUSULAS ABERTAS.....	21
2. Cláusulas Abertas e Conceitos Indeterminados.....	22
2.1 Cláusulas Abertas e Princípios Jurídicos.....	23
SEÇÃO III – UM SUBSTRATO CONSTITUCIONAL PARA AS CLÁUSULAS ABERTAS NO DIREITO BRASILEIRO.....	25
PARTE III – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E O NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	
SEÇÃO I – AS PRINCIPAIS CRÍTICAS FEITAS AO NOVO CÓDIGO CIVIL.....	30
SEÇÃO II – O PROBLEMA NA UTILIZAÇÃO DE CLÁUSULAS GERAIS NO NOVO CÓDIGO CIVIL.....	32
2. As Oportunidades Perdidas no Artigo 421 do Novo Código Civil.....	34
2.1 O Sentido Constitucional da cláusula geral de boa-fé objetiva no novo Código Civil.....	36

CONCLUSÃO.....	39
BIBLIOGRAFIA.....	40

RESUMO

Este trabalho trata da necessidade de uma perspectiva constitucional para se interpretar a cláusula geral de boa-fé objetiva presente no artigo 422 do Novo Código Civil de 2002. No primeiro capítulo, aborda-se o surgimento da idéia de boa-fé no Direito Romano, sua adoção pelo Direito Canônico e finalmente, sua utilização nas codificações oitocentistas. No segundo capítulo, discorre-se acerca das técnicas legislativas com as quais a boa-fé foi utilizada a partir do início do Estado Social de Direito, cláusulas gerais e sua diferenciação em relação aos conceitos indeterminados e os princípios jurídicos. E, no terceiro capítulo, fala-se da utilização da cláusula geral de boa-fé pelo Novo Código Civil brasileiro, as principais críticas feitas a esta legislação e a necessidade de uma interpretação constitucional para uma efetiva utilização desta cláusula geral de boa-fé objetiva.

INTRODUÇÃO

Partindo de uma perspectiva histórica, este trabalho aborda, inicialmente, o surgimento da idéia de boa-fé. Esta nasceu sobre o nome de *fides* e tinha como cenário de atuação o mundo jurídico romano. Assim como Roma, o conceito de *fides* sofreu inúmeras transformações. Partindo de uma idéia de “garantia da palavra dada” em uma relação de subordinação entre *cliens* em relação ao *pater*. Posteriormente vigorou como pública *fides* nos contratos internacionais, garantindo que a coletividade romana os respeitaria. E finalmente, com a *bona fides* deixando de ser um preceito ético para ser um preceito normativo, tornando-se algo inerente ao conteúdo econômico dos contratos.

Por fim, durante o período clássico, foi também utilizada como expediente técnico-jurídico de uso da jurisdição, auxiliando os jurisconsultos a aplicar o direito romano aos novos problemas jurídicos que não possuíam leis aplicáveis à sua solução. Era a *bona fidei iudicium*.

Com a queda do império romano ocorre a vulgarização de seu direito, que passa a sofrer influências germânicas. A unidade política perdida será parcialmente restabelecida com o fortalecimento da Igreja. A boa-fé passa a vigorar em um cenário que testemunha a chamada ‘vitória da fé’.

A *bona fides* agora é vista pelo direito canônico como uma “ausência de pecados”, o inverso da má-fé. Com a valorização do instituto da promessa pelo direito canônico, que a atribuía um valor moral, a *bona fides* passa a outorgar força obrigatória à vontade dos contratantes. Assim o consensualismo deixa de ser uma exceção e passa a ser um princípio geral. O direito canônico teve o mérito de transformar a conotação técnica da *bona fidei iudicium* romana em um instituto com o caráter de princípio geral do direito.

A unidade política e social, fragmentada em poderes locais durante todo o período medieval, foi resgatada pelo Estado Moderno. Os progressos alcançados com

o desenvolvimento do comércio nestes novos Estados, apresenta como principal beneficiário a burguesia, que apesar de ainda não ter o poder político que está nas mãos da nobreza, possui o poder econômico.

Durante o século XVIII, com uma maior consciência de classe, a burguesia volta-se contra o absolutismo estatal, que anteriormente apoiara, colocando-se no controle do poder político: O Estado Absolutista transmuta-se em Estado de Direito Liberal.

Este novo Estado é chamado de liberal por ser composto por um corpo mínimo de direitos e garantias individuais, elencados pela burguesia e contidos na Constituição. Com o objetivo de afastar toda a arbitrariedade existente no *Ancient Regime*, surge o princípio da legalidade, dando início ao chamado 'primado da lei'. Ocorre também a tripartição dos poderes, que tem por consequência a separação entre a elaboração e a aplicação da lei, esta aplicação deixa de espelhar a vontade popular e passa a restringir-se ao estritamente contido na lei.

Como consequência deste processo, temos o esvaziamento da boa-fé contratual, uma vez que, com o formalismo extremado existente e o mito da neutralidade do juiz, aquilo que foi livremente estabelecido pelas partes não pode sofrer qualquer tipo de intervenção estatal.

Na busca por 'eternizar' seus valores, a burguesia cria um conjunto de leis que resultariam em um Direito certo. Com as codificações, todas as arbitrariedades e incertezas restariam dissipadas. Estabelecendo-se em lei a medida de todos os comportamentos, a atividade judicante estaria finalmente controlada.

Nas codificações a boa-fé é tratada com a mesma perspectiva do direito canônico. Passando a ser uma matéria de 'foro íntimo', existe sobre a forma de regra moral, é uma consequência dos ditames do 'amor ao próximo'. A boa-fé atua assim, como mero reforço ao *princípio da obrigatoriedade do pactuado*.

É necessário compreender que para um sistema jurídico que reduzia o diálogo entre o intérprete e o texto legal, a boa-fé era um problema, pois atuaria como

um elemento de imprecisão do sistema, gerando continuamente novos deveres aos contratantes, indo contra os princípios da segurança jurídica e previsibilidade alcançados pela revolução burguesa e transformando-se em espaço aberto a modificação de valores contratuais.

Felizmente, nem todos os códigos trataram a boa-fé da mesma forma. Por ter sido escrito um século depois, o BGB alemão apresenta muitas diferenças em relação ao *Code* francês. Influenciado pela Escola Histórica, este documento foi escrito sobre o pressuposto de que diversamente do positivismo científico francês, o Direito não seria simplesmente o resultado da atividade racional de um legislador, mas sim uma síntese do espírito do povo.

Esta diversa forma de ver o Direito refletiu-se de alguma maneira na boa-fé. Inspirada nas práticas comerciais, a boa-fé é captada em sua dualidade possessória e obrigacional, sob a forma de cláusula geral. Infelizmente a prática jurisprudencial alemã que seguiu a criação do Código, não permitindo que esta cláusula geral atua-se com toda a sua potencialidade.

No início do século XX a codificação começa a viver uma grave crise. O fosso que sempre existiu entre os fatos escolhidos livremente pelo legislador para receber aspectos de juridicidade e os reais anseios e preocupações da sociedade se agrava. Com a ocorrência de tais acontecimentos inicia-se uma certa flexibilização do perfil rígido das normas do Código Civil, extinguindo-se assim, um dos principais pressupostos do formalismo conceitual do século XIX.

As Cláusulas Gerais são o ponto de convergência para esta nova tendência de abertura e mobilidade do sistema jurídico. Nelas o juiz encontra a possibilidade de exercer uma função criadora e passa a vigorar no sistema jurídico uma casuística jurisprudencial. Tais cláusulas têm na construção de sua *fattispecie* termos vagos e imprecisos, possibilitando quem julga aplicar o direito no caso concreto, sendo assim uma norma incompleta.

Para melhor compreender tais cláusulas é válida a comparação entre outros

institutos semelhantes. Como por exemplo os conceitos indeterminados, nos quais cabe ao juiz apenas identificar se o fato concreto reporta-se ao elemento vago indicado na *fattispecie* normativa ou não. Já nas cláusulas gerais, o juiz deve concorrer com a formação de uma norma jurídica, e não apenas identificar ou não a correspondência do elemento vago.

A cláusula geral não possui apenas um objetivo pré-definido, mas indica uma medida de comportamento que deve ser concretizada de acordo com as necessidades da sociedade. Estas também não se confundem com os princípios jurídicos, pois ao contrário destes, as cláusulas necessitam de uma positivação para serem válidas. Sendo muitas vezes, a cláusula geral o instrumento de concreção dos princípios jurídicos.

Outro aspecto importante ao se tratar de cláusula geral no direito privado é a relação entre o seu conteúdo e o texto constitucional. Uma vez que, Código Civil e Constituição sempre tiveram um traçado paralelo, incidindo cada qual em um conjunto próprio de relações jurídicas.

Este distanciamento é devido principalmente a concepção dicotômica que separava o direito privado do direito público. Enquanto o Código regulava a vida privada de cada indivíduo, à Constituição ordenava as relações públicas, protegendo o indivíduo do poder de império do Estado.

No entanto, as grandes mudanças que atingiram a Europa no início do século XX, e o Brasil depois da década de 30, com a maciça intervenção do Estado na economia e com o processo, daí decorrente, de restrição à autonomia privada, ao qual se associa o fenômeno conhecido como dirigismo contratual. Alteraram profundamente o papel do Código Civil. De normativa exclusiva do direito privado o Código se transforma em centro normativo do direito comum, ao lado do qual proliferam novas figuras emergentes na realidade econômica, reguladas por leis especiais por não terem sido previstas pelo codificador.

Como consequência deste fenômeno, o Código Civil, outrora conhecido como a “Constituição do direito privado” – passa a ter neste momento uma aplicação

residual, complementar à constelação de microssistemas formado pelas diversas leis especiais.

Por outro lado, não foi apenas o Código Civil que sofreu mudanças. Novas técnicas de pensamento jurídico como a Tópica e a Sistemática, alteraram muito a maneira de se ver o Direito. Além disso, fatores como a ampliação do catálogo de direitos consagrados constitucionalmente e a integração de direitos, que para sua satisfação necessitam da implementação de políticas públicas e prestações positivas por parte do Estado e da sociedade civil, contribuíram muito para constitucionalização do direito privado.

Dentro deste panorama histórico é promulgado o Código Civil de 2002. Para muitos autores a existência de um Código Civil era desnecessária, conseqüentemente, a entrada em vigor da nova codificação gerou muita polêmica e perplexidade. No entanto, as críticas mais contundentes dirigem-se ao conteúdo pretensamente inovador do Código.

Primeiramente, o Novo Código Civil deixou de utilizar-se das já não tão inovadora técnica legislativa do BGB ou da sistemática do Código Civil italiano. Optando pela secular técnica legislativa baseada em uma Parte Geral, adotando assim o mesmo sistema utilizado pelo Código Civil brasileiro de 1916, o qual deveria pretensamente inovar.

Por outro lado, o novo Código desagrada até mesmo os poucos defensores da necessidade de uma codificação, já que não apresenta aquilo que é essencial nesta técnica legislativa: uniformidade política e ideológica. Isto ocorre principalmente pela distância temporal do início de sua elaboração, década de 70, e sua promulgação em 2002. Tendo seu projeto sido apontado até mesmo como inconstitucional, de acordo com parecer de Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzk, analisado neste trabalho.

Do ponto de vista metodológico, o Novo Código Civil traz duas principais inovações: a unificação do direito das obrigações, trazendo grandes modificações no

livro relativo ao direito das empresas e ao conceito de empresário; e a adoção da técnica das cláusulas gerais, introduzindo no direito codificado a função social da propriedade privada e a boa-fé na atividade contratual.

As cláusulas gerais inseridas na nova codificação têm causado grande polêmica. A primeira vista, trata-se de uma bem vinda inovação na técnica legislativa. No entanto esta técnica já vem sendo utilizada há um bom tempo e os frutos colhidos com esta utilização nem sempre são os esperados.

Estes exemplos históricos provam que o simples fato de existir uma cláusula geral em um texto normativo, não significa uma conseqüente evolução legislativa. Muito pelo contrário, o alto grau de discricionariedade atribuída ao intérprete suscita uma certa desconfiança quanto à aplicação prática do teor destas cláusulas.

Se aplicada como expressa no artigo 422, esta norma pode vir a ser fruto do arbítrio do poder discricionário do juiz que confiaria exclusivamente em sua percepção subjetiva a tarefa da concreção normativa, gerando insegurança jurídica. Ou pode simplesmente ficar esquecida por 150 anos como a cláusula geral do Código Comercial brasileiro, que assim como nosso novo Código não apresentava qualquer ponto de referência normativa.

Portanto, para que o esforço legislativo que deu origem ao Novo Código não seja em vão e para que esta cláusula não seja mais uma letra morta em nossa história; é imprescindível que o intérprete promova uma conexão entre o Código Civil e a Constituição.

PARTE I - O PERCURSSO HISTÓRICO DA BOA-FÉ

SEÇÃO I - A BOA-FÉ NA ANTIGUIDADE

Uma das primeiras raízes do que hoje conhecemos por boa-fé, pode ser identificada no cenário jurídico romano pelo nome de *fides*. Instituto de grande importância criado pelos próprios romanos, seu significado sofreu uma notável expansão e variou conforme as influências filosóficas recebidas pelos juristas romanos e consoante o campo do direito onde instalada.¹

A boa-fé foi primeiramente utilizada nas relações de clientela, em que existia um contexto de desigualdade jurídica. Os *cliens* estavam sujeitos ao poder dos *pater* e ocupavam a posição entre cidadãos livres e escravos, trocando sua lealdade e obediência por proteção.² A *fides* possuía aqui um papel duplo, era tanto o dever de fidelidade do *cliens* em relação ao *pater*, quanto e principalmente, uma garantia de proteção do *pater* ao *cliens*. É justamente sobre a forma de promessa, que a *fides* vai evoluir, tendo como um dos vários institutos promissórios derivados desta, o da garantia da palavra dada.³

É na área das relações internacionais que a expressão *fides* vai aparecer relacionada aos contratos. Em um tratado entre Roma e Cartago, cada uma das partes contratantes prometia sobre a própria fé – pública *fides*, ou seja, sobre a fé que liga a

¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 111.

² PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Percurso teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro**. Curitiba, 2004. 375 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, f.23.

³ FRITZ SCHULZ, *In: Principios del derecho romano*, esclarece: “La *fides* se define en la antigüidade como ser de, tener palabra: *fit quod dicitur*. (...) *Fides* es (...) la sujeción a la palabra dada, el sentirse ligado a la própria declaración”. Este significado é reforçado, segundo o autor, porque os romanos se vangloriavam de sua fidelidade, contrapondo orgulhosamente a fidelidade romana à púnica e a grega. “Ser fiel era uno de sus principios vitales.” (Martins- Costa, 1999, p. 243-244)

coletividade ao respeito das convenções publicamente pactuadas - a assistência ao cidadão da outra cidade para a proteção dos interesses nascidos dos negócios privados.⁴ Judith Martins Costa entende que este tratado demonstra que a *fides* fazia parte do núcleo normativo contratual romano, seja dos contratos entre as cidades como dos contratos de direito privado, já que no mundo romano “a diferença entre os contratos de direito internacional e os contratos de direito privado interno não residia na estrutura de ambos, mas no diverso mecanismo protetivo que é próprio de cada um deles”.⁵

A utilização do instituto da *fides* em áreas tão diversas como a clientela e os contratos externos e internos, deu origem a duas vertentes que fizeram história na experiência jurídica romana. Judith Martins Costa, aponta a denominação utilizada por Paolo Frezza para classificar estas duas vertentes em *relações intrasubjetivas* – as relações de clientela – e *relações intersubjetivas* – relações entre sujeitos pertencentes à coletividade. Define a autora “nas relações intrasubjetivas tem função de *autolimitação* (*fides* promessa) e intento *protetivo*. Já nas relações intersubjetivas a função é a da *garantia* do respeito à palavra dada (*fit quod dicitur*). Observa-se aí a transmutação do campo semântico, de um prisma primeiramente conotado à esfera das relações de clientela às relações negociais privadas, transmutação essa, contudo, que vai adquirir especial colorido. “Valho-me ainda do estudo de Paolo Frezza que, por suas observações e conclusões, ilumina as razões de uma especialíssima conotação que atingirá posteriormente o termo”.⁶

Este é o momento da passagem da *fides à bona fides*, deixando de ser um preceito ético para ser um preceito normativo. Este preceito transpassa as barreiras do

⁴ FREZZA, Paolo. *Fides Bona. Studi sulla buona fede*, publicação da Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pisa. Milão: Giuffrè, 1975. p. 4.

⁵ MARTINS-COSTA, op. cit., p.113.

⁶ Ibid., p.114.

primitivo formalismo romano, fundado no mundo mágico da forma; e passa a reger os negócios mais relevantes do ponto de vista da prática cotidiana, como a compra e venda, a locação e o contrato de sociedade, por exemplo.

A *fides* tornou-se portanto, algo inerente ao conteúdo econômico dos contratos e sua utilização estendeu-se do *ius civili* ao *ius peregrini* com a aceleração do tráfego jurídico entre *cives* e *perigrini*.

Traço saliente dos *bonae fidei iudicia* constitui, nos dizeres de muita doutrina, a sua aplicabilidade a *cives* e a *peregrini*: seriam *iudicia* universais. A afirmação desta universalidade surge natural, por se ligar a explicações globais: a *fides* seria um dado extrajurídico, ético-social, ditado pela vida e, como tal, insensível às restrições próprias do *ius civile*; por natureza, implicaria todas as pessoas que, honestamente, se adstrissem a certa conduta; senda a sua recepção, em esquemas jurídicos, precedida da criação do *practor peregrinus*, nada mais razoável do que esperar um âmbito geral de incidência.⁷

Durante o período clássico, com a influência do direito pretoriano, a *fides bona* deixa de atuar nas relações negociais privadas romanas para atuar no *expediente técnico-jurídico de uso da jurisdição*⁸, como resultado deste fenômeno surge a *bona fidei iudicium*.

O sistema jurídico romano era totalmente assentado no princípio da tipicidade e essencialmente processual. Com a evolução econômico-social romana, novos problemas jurídicos começaram a aparecer, dificultando em muito o trabalho dos jurisconsultos que indagados pelos interessados deveriam indicar uma fórmula típica ao problema jurídico posto. Posteriormente esta fórmula seria concedida ou não pelo pretor. O caminho para a resolução desta ausência de leis para regular novos conflitos foi a *bona fidei iudicium* “o demandante apresentava uma fórmula especial, cujo *intentio*, à falta de *lex*, baseava-se na *fides*. Nessa perspectiva, revela-se o papel

⁷ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p.82 e 83.

⁸ MARTINS-COSTA, op. cit., p.117.

criador do pretor romano, levando a efeito uma atividade de interpretação causuística do Direito: por meio da *bona fides* solucionavam problemas que lhes eram apresentados segundo as exigências da vida e o sentido de justiça”.⁹

Enquanto *bona fidei iudicium* a *fides* possuía uma acepção objetiva, com seu desenvolvimento ainda no período clássico, ela desenvolve um sentido subjetivo. Como exemplo disso temos a projeção da *bona fides* para a *usucapio*, que possuía como um dos seus requisitos a ignorância do possuidor quanto aos vícios que obstavam a aquisição do direito de propriedade.

Portanto, o conceito de boa fé traduzia situações jurídicas diferentes em um mesmo período histórico. Assim pronunciou-se Menezes Cordeiro a esse respeito:

Este estágio foi alcançado, em parte, mercê de dois fenômenos, que importa rememorar: a difusão horizontal e a difusão vertical. Na difusão horizontal, uma expressão qualificativa de um instituto jurídico concreto, comunica-se a um princípio de direito, passando também, a traduzi-lo (...) finalmente, a evolução do *bonum et aequum* e da *equitas* levá-los-ia, de expressões técnicas, a princípios de grande extensão, acabando por mesclá-los com a *bona fides* que, a partir de então, traduz, também, justiça, honestidade e lealdade (difusão vertical).¹⁰

Com a queda do império romano ocorre a vulgarização de seu direito, pois este uma vez distante de suas fontes clássicas, passa a existir ao lado dos costumes locais trazidos pelos povos germânicos, vigorando assim uma pluralidade de ordens jurídicas.

Com o Direito Romano vulgar, a boa fé apresenta-se diluída em uma ambivalência de sentidos, que não obstante ter servido como arma de combate ao formalismo pelo pretor, acaba por reduzir-se a mero tópico formal, destituída de conteúdo ao lado de outras referências.¹¹

⁹ PINHEIRO, op. cit., f.26.

¹⁰ CORDEIRO, op. cit., p.128.

¹¹ PINHEIRO, op. cit., f. 37.

1. A Transferência Cultural entre a Boa-fé Romana e Canônica

Com a fragmentação do Império Romano, a Europa tornou-se uma pluralidade de comunidades regionais distintas umas das outras. A unidade política perdida será parcialmente restabelecida com o fortalecimento da Igreja. Nessa nova sociedade de racionalidade teocêntrica, em que o poder temporal era destituído de autoridade, existiu a chamada vitória da fé; o Direito positivo possuía uma legitimação assentada em valores sobrenaturais, incorporando a metafísica ao pensamento jurídico, da qual este não se destituiria até o século XIX.

Aparentemente o direito canônico trata da boa-fé no mesmo campo em que esta era abordada pelo direito romano, vale dizer, na questão da tutela da usucapião e dos contratos consensuais. No entanto, o significado de *bona fides* será totalmente diverso. O direito canônico introduz um poderoso pólo de significados - a boa-fé é vista como “a ausência de pecado”, vale dizer, como estado contraposto à má-fé. Segundo Geraldo BROGGINI, a “boa-fé ética” e a boa-fé jurídica, juntam-se à boa-fé teológica.

O direito canônico atribuía um valor moral à promessa, cuja quebra seria um pecado. Como consequência disso a *bona fides* passa a guardar consigo o mérito de outorgar força obrigatória à vontade dos contratantes, elevando o consensualismo do lugar de exceção ao de princípio geral. Segundo Menezes CORDEIRO:

No Direito romano a boa-fé apareceria como um conceito e um alcance substancialmente diferentes, consoante aplicada às obrigações ou à posse (...) No Direito canônico, pelo contrário, teria ocorrido uma velha aspiração dos estudiosos da boa-fé: a sua unificação conceptual. Na linha dos valores próprios do Direito da Igreja, a boa-fé dependeria sempre da consideração do pecado: na *praescriptio*, a *mala fides superveniens*, traduzindo uma situação de *scientia* na constância do direito alheio, corporizaria um factor de *conscientia*, obstáculo ao seu funcionamento; por isso foi alterado o brocardo romano *mala fides superveniens non nocet*. Nos *muda pacta*, a idéia de pecado teria sido, também decisiva: o respeito pela palavra dada impõe-se, sob pena de violação dos valores transcendentes.¹²

¹² CORDEIRO, op. cit., p. 153-154.

A boa-fé perde assim a conotação técnica que existia na *fidei bona iudicia* e passa a ter o caráter de princípio geral.

SEÇÃO II - A BOA-FÉ NAS CODIFICAÇÕES OITOCENTISTAS

Cumpriu ao Estado Moderno a tarefa histórica de resgatar a unidade política e social fragmentada em poderes locais desde a queda do Império Romano. Coube a este Estado abstrato e impessoal a transição para uma maior concentração de poderes, valendo-se da premissa de que quanto mais concentrado mais forte seu poder. O Estado moderno erige-se como nação soberana, estendendo seus poderes até os limites de seu território e não mais, aos fragmentados poderes regionais.

De todas as transformações sofridas pelos Estados Modernos, a mais profunda ocorreu no século XVIII. A burguesia tem seu poder aumentado pelos progressos alcançados com o desenvolvimento do comércio, no entanto, um maior poder econômico não era traduzido em poder político, que permanecia nas mãos da nobreza. Com uma maior consciência de classe, a burguesia volta-se contra o absolutismo estatal, que anteriormente apoiara, colocando-se no controle do poder político: o Estado Absolutista transmuta-se em Estado de direito liberal.¹³

Este novo Estado é chamado de liberal porque é composto por um corpo mínimo de direitos e garantias individuais contidos na Constituição. Conjunto de normas este, que elege como prioridades os valores escolhidos pela burguesia, para a regência deste novo Estado, procedendo-se ao que por muitos é chamado de uma ditadura econômica. Para Pietro BARCELLONA o Estado converte-se em instrumento

¹³ PINHEIRO, op. cit., f.32.

de sustentação do desenvolvimento capitalista.¹⁴

Este autor também estabelece aquilo que seriam os postulados do Estado de direito liberal e por conseguinte os postulados do Direito Privado moderno:

- 1) primado da lei;
- 2) abstração e generalidade das normas;
- 3) divisão dos poderes;
- 4) distinção entre Direito Público e Direito Privado.

Junto com o chamado ‘primado da lei’ nasce o princípio da legalidade, afirmando que todos os poderes do Estado derivam da lei. Esta é uma clara tentativa de afastar toda a arbitrariedade que existia no *Ancien Regime*. Com o princípio da legalidade, também entra em cena a tripartição dos poderes idealizada por Montesquieu, e uma das conseqüências dessa tripartição é a exclusividade do poder legislativo em expressar a vontade popular, já que eleito pelo povo, em forma de leis que seriam a corporificação de uma razão universal.¹⁵

Com a tripartição dos poderes ocorre a separação entre a elaboração e a aplicação da lei, surge o mito da neutralidade do juiz que distancia-se da vontade popular e passa a aplicar tão somente o contido em lei. Com o passar do tempo esta neutralidade acentuada vai resultar em um direito abstrato, aplicado de maneira ineficiente e afastado da realidade social.

Ocorre também o esvaziamento da boa-fé contratual, já que com a valorização do mito contratualista aquilo que foi livremente estabelecido pelas partes não pode sofrer qualquer tipo de intervenção do Estado.

¹⁴ BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene Editore, 1996, p.112.

¹⁵ NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Do Estado de Direito Liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Separata de: Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, v. 24, 1987, p. 68.

2. A Vontade Burguesa Codificada

A codificação foi uma reação da burguesia contra o pluralismo jurídico e a valorização dos costumes que imperaram na Idade Média, resultando desigualdade e arbitrariedade. O monismo jurídico e a codificação seriam uma garantia de igualdade e segurança jurídica.

Houve um tempo em que os juristas aderiram firmemente à opinião de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídica absolutas através de normas rigorosamente elaboradas e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os atos administrativos.¹⁶

A codificação é um reflexo do exercício da soberania nos novos Estados nacionais, para cada Estado deveria existir um código. No entanto foi o Iluminismo um dos maiores responsáveis pelo advento da codificação: a lei passou a ser considerada como um produto da razão, caberia somente ao Estado definir o Direito Contemporâneo. O Iluminismo e também o Jusracionalismo, defendiam a construção de um direito sobre uma base de princípios e regras fundadas na razão, reconhecia ao indivíduo liberdades e direitos que seriam inerentes a sua natureza. E, ainda, por sua tendência à unificação e ao refundimento completo do conteúdo do direito sobre a base do individualismo e da relevância atribuída à vontade humana como fonte criadora de vínculos jurídicos.¹⁷

O Estado Liberal caracterizou-se por uma postura resumida no brocardo

¹⁶ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964, p. 170

¹⁷ MARTINS-COSTA, op. cit., p.174.

laissez-faire, laissez-passer. Para que se assegurasse o livre desenvolvimento das potencialidades individuais, o Estado não deveria interferir nas relações sociais da vida civil, pressupondo-se que a sua atuação era inevitavelmente sufocante, tendendo a esmagar e a espoliar os particulares. Basicamente, o aparato estatal só era autorizado a agir para defender o espaço em que se realizava a Liberdade, qual seja, a Propriedade Privada: com efeito, o centro do Estado de Direito Liberal era a garantia da propriedade privada, para qual se construiu toda uma máquina repressiva.

Sob o comando genérico e abstrato das normas jurídicas, o Estado de direito liberal limita-se a estabelecer as “regras do jogo” da sociedade moderna, que é levada a se reconhecer na “tábua de valores” de uma única classe: a burguesia. Nesta perspectiva, as codificações traduzem um Direito certo, e toda arbitrariedade e incerteza restariam dissipadas, ao se inscrever na lei a medida dos comportamentos e na atividade judicante, seu controle.¹⁸

O tratamento dado à boa-fé nas codificações oitocentistas é contraditório. Ao mesmo tempo em que o Código é fruto de uma luta revolucionária e sintetiza princípios jusnaturalistas e de um Estado Unitário, ou seja, uma ruptura em relação ao Estado Absolutista; ela apresenta algumas permanências, como bem expôs Rosalice Fidalgo Pinheiro “Ao mesmo tempo em que o Code espelha rupturas, revela permanências: como depositário do direito natural, traz consigo valores conquistados pela Revolução e propalados pelo Iluminismo, mas vale-se do Direito esboçado sob a égide do *Ancien Regime*. ”¹⁹

Nas codificações a boa-fé é tratada com a mesma perspectiva do direito canônico e não como instituto jurídico. Subjetivada, a boa-fé passa a ser uma matéria de “foro íntimo”, existe sobre a forma de regra moral, e na mesma perspectiva do direito canônico é uma consequência dos ditames do “amor ao próximo”, de uma

¹⁸ HESPANA, António Manuel. **Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX**. Separata de: Vértice, Coimbra, n. 340 e 341-342, 1972, p.10.

¹⁹ PINHEIRO, op. cit., f.108.

pretensa “ausência de pecado”. A boa-fé atua, assim, como mero reforço ao princípio supremo da *obligatoriedade do pactuado*.

Outro elemento que se configurou castrador das potencialidades da boa-fé foi o caráter positivista introduzido pela Escola da Exegese. Esta assentava seu postulado fundamental na vinculação à lei, reduzindo o diálogo entre o intérprete e o texto legal. Neste contexto, a boa-fé passa a ser um problema, já que atuaria como um elemento de imprecisão no sistema, gerando continuamente novos deveres aos contratantes, indo contra os princípios de segurança jurídica e previsibilidade alcançados pela revolução burguesa e transformando-se em espaço aberto para a modificação de valores contratuais.

A ausência da boa-fé foi sentida principalmente no espaço jurídico francês, em que atuou de maneira mais severa a Escola da Exegese. No entanto, seu espaço foi ocupado por outras figuras jurídicas, como a equidade por exemplo que constava no artigo 1135. Isto explica o motivo de o direito francês até nos dias de hoje, reduzir a boa-fé à mera manifestação de equidade.²⁰

3. Aspectos Diferencias da Codificação Alemã

Assim Menezes de Cordeiro, retrata o Código Civil alemão:

O Código Civil alemão corresponde ao ponto terminal de intensa actividade juscientífica do pandectismo, que se prolongou por todo o século XIX. Na base de um estudo aturado do Direito comum – o direito romano, com determinadas adaptações e em certa leitura – os pandectistas foram levados a confeccionar todo um sistema civil: as proposições jurídicas singulares, os institutos, os princípios e a ordenação sistemática sofreram remodelações profundas, aperfeiçoando-se, evitando contradições e desarmonias e multiplicando o seu tecido regulativo de modo a colmatar lacunas.²¹

²⁰ PINHEIRO, f. 113.

²¹ CORDEIRO, Antônio Menezes. Introdução à edição portuguesa do livro Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. In: CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento**

O BGB alemão apresenta muitas diferenças em relação ao *Code*, principalmente por se tratar de um código escrito um século após o francês. Esta “demora” deve-se principalmente a unificação tardia da Alemanha, mas as diferenças existentes entre os dois códigos são também em muito devida a influência da Escola Histórica.

A Escola Histórica compreendia o Direito como um produto histórico, diversamente do positivismo científico francês, o Direito não seria simplesmente o resultado da atividade racional de um legislador, mas sim uma síntese do espírito do povo. Portanto, a codificação alemã foi precedida por uma diversa bagagem doutrinária, e de um diverso modo de formulação do raciocínio jurídico.²²

Foi sentido também na boa-fé o reflexo destas mudanças, esta não se inspirava nem na doutrina nem no código, sim nas práticas comerciais. Para Menezes Cordeiro o motivo da adoção da boa-fé objetiva pelo direito comercial alemão ainda é um enigma:

Este quadro é surpreendente. Sabe-se, pelas regras que norteiam a evolução o Direito, como fenômeno de cultura, que este não surge sem uma aprendizagem prévia. Ora, não obstante os contributos respectivos, já explanados, não se vislumbra nem na tradição romanística, nem no jusnaturalismo, nem na pandectística, uma elevação da boa fé, ainda para mais no seu entendimento objetivo, que permitisse tal desenvolvimento.²³

Alguns autores justificam este “enigma” afirmando que o direito comercial seria um direito mais flexível, mais ligado aos usos, à prática comercial de uma atividade específica, setorizada. Ao contrário do direito civil que abarca setores diversos da sociedade e apresenta uma maior complexidade em suas normas. Ainda segundo

Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989,p. XCII.

²² MARTINS-COSTA, Judith. op. cit., p.207.

²³ MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...*, p. 315.

Menezes Cordeiro, o direito comercial seria um direito recente, não remontando ao *Corpus Juis Civilis*, e sim as práticas mercantis das cidades no início do mercantilismo.²⁴

Enquanto no *Code*, a boa-fé contratual é traduzida como presença do direito natural, o BGB apropria-se de toda rejeição kantiana ao jusnaturalismo, e fecha-se nas contribuições de um direito histórico, o Direito Romano ainda em vigor na Alemanha.²⁵ Assim a boa-fé é captada em sua dualidade: possessória e obrigacional. No parágrafo 242 a boa-fé postula um juízo de valor contrário a toda rejeição antimetafísica do conceitualismo positivista, sob a forma de cláusula geral.²⁶

Na prática verifica-se um conjunto de similitudes entre a boa-fé no direito francês e no alemão. No primeiro, a boa-fé era um espaço aberto ao jusnaturalismo cujas potencialidades logo são fechadas pelo legalismo da Exegese. Já no segundo, a um desenvolvimento tópico da boa-fé pela jurisprudência alemã, no entanto, suas potencialidades foram rechaçadas pelo conceitualismo. Este fenômeno é justificado por Rosalice Fidalgo Pinheiro, por uma aproximação entre os Pandectistas e o liberalismo, ao se adotar uma interpretação adequada ao *laisse-faire* foi preservada a liberdade individual no topo da pirâmide, excluindo assim qualquer perspectiva de solidarismo.²⁷

No entanto, o sopro de novos ventos fará com que, no século vinte, modifique-se a interpretação das cortes alemãs sobre a cláusula geral de boa-fé.

²⁴ MARTINS-COSTA, op. cit., p.209.

²⁵ PINHEIRO, op. cit., f. 114.

²⁶ Ibid., f.115.

²⁷ Ibid., f.116.

PARTE II - O ESTADO SOCIAL DE DIREITO E AS NOVAS TÉCNICAS LEGISLATIVAS

SEÇÃO I - AS MUDANÇAS PROVOCADAS PELO ESTADO SOCIAL DE DIREITO

Há coisas que estão fora da moldura, e há também relações que estão excluídas desse quadro. A realidade fática, porém, constrói sociedades à margem dessa dimensão que o sistema fixa para dar dignidade jurídica. É a idéia singela, segundo a qual os fatos se tornam jurídicos a partir de uma luz de juridicidade que recai sobre eles, o que leva à formulação de que nem todo fato é jurídico e nem toda pessoa é, a rigor, sujeito de direito.²⁸

Este trecho da obra do professor Luiz Edson FACHIN, explica com clareza a crise vivida pela Codificação no início do século XX. Existia uma completa desarmonia entre o direito positivo e as necessidades econômicas e sociais, isto ocorria porque com a codificação, só mereciam receber aspectos de juridicidade os fatos escolhidos livremente pelo legislador, o que resultava em uma grande quantidade de fatos juridicamente pertinentes para sociedade, porém, destituídos de juridicidade. A classe burguesa fez do código um arcabouço jurídico de todos os seus anseios e preocupações, introduzindo na codificação os valores e interesses do modelo capitalista de produção. No entanto, não eram estes os anseios e preocupações, valores e interesses de toda a sociedade.

Conforme afirma André Osório Gondinho, “Quanto mais rígidas forem as previsões normativas, mais inflexível será o sistema, menor, portanto, será a sua mobilidade. Nesse sentido, não raro o sistema positivado estará em desarmonia com aquilo que pretende disciplinar, tudo isso levando às indesejáveis crises da ineficácia social.”²⁹

²⁸ FACHIN, *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 175.

²⁹ GODINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. *In: Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 1, v.2, p. 3-25, abr-jun., 2000. p.18.

Segundo Antônio Menezes Cordeiro tratam-se de codificações tardias os códigos civis surgidos depois do BGB, isto é, os códigos do séc. XX; especialmente os Códigos civis suíço (1907), grego (1940), italiano (1942) e português (1966). Caracteriza assim tais codificações, o grande autor português:

As codificações tardias assentam em transferências culturais relevantes, ocorridas entre os diversos espaços nacionais. O Código Napoleão é um produto da doutrina francesa, tal como o BGB da doutrina alemã. Mas as diversas codificações do século XX tiveram, na sua base, estudos científicos alargados, que não se detiveram em fronteiras nacionais ou lingüísticas. Pode, assim, considerar-se que eles correspondem a uma universalização do Direito e da sua Ciência que, de então em diante, passaram a actuar a uma escala européia. Trata-se de um fenómeno claro se se considerar, ainda que de modo abreviado, a gênese dos Códigos suíço, grego, italiano, e português. As codificações tardias aproveitaram as críticas já feitas aos códigos anteriores: evitaram erros de concepção – por exemplo, a ‘parte geral’ foi suprimida nos códigos suíço e italiano – e consagraram, de modo expresse, institutos resultantes de uma elaboração jurisprudencial posterior a 1900 – por exemplo, o abuso de direito, a alteração das circunstâncias ou a violação positiva do contrato”³⁰

Este quadro de ausência de juridicidade em aspectos relevantes da vida social acentuou-se com os passar do tempo, e os fatos passaram a revoltar-se contra o código e impor sua normatividade no plano social, produzindo efeitos jurídicos. Nesse momento, lacunas convertem-se em regras³¹. Com a ocorrência de tais acontecimentos inicia-se uma certa flexibilização do perfil rígido das normas do Código Civil, extinguindo-se assim, um dos principais pressupostos do formalismo conceitual do século XIX.

Este longo percurso histórico, cujo itinerário não se poderia aqui palmilhar, caracteriza o que se convencionou chamar de processo de descodificação do direito civil, com o deslocamento do centro de gravidade do direito privado, do Código Civil, antes um corpo legislativo monolítico, por isso mesmo chamado de *monossistema*, para uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos. Em relação a estes o Código Civil perdeu qualquer capacidade de influencia normativa, configurando-se uma polissistemia, caracterizado por um conjunto crescente de leis tidas como centros de gravidade

³⁰ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Introdução à edição portuguesa...**, p. XCIX e C.

³¹ *Ibid.*, p. 200.

autônomos e chamados, por conhecida corrente doutrinária, de *microsistemas*.³²

Em um Direito repleto de lacunas e com fatos sociais relevantes destituídos de qualquer juridicidade, ocorre uma revalorização da boa-fé, o que vem a resultar em uma mudança radical no direito das obrigações codificado.

E foram os juízes que sofreram mais modificações em suas atribuições em estes novos tempos de “solidarismo jurídico”. Com o recuo do formalismo legal, passou-se a considerar a justiça em um caso concreto, já que não existiam mais fórmulas jurídicas pré-concebidas. “Perante cláusulas abertas, têm seu poderes ampliados e assumem uma função criadora, avocando para si, os contornos de uma responsabilidade social”.³³

1.0 A Tópica e a Sistemática

Inspirado em Vico e no trecho final do “Órganon” de Aristoteles, Theodor Viehweg com sua obra “Tópica e Jurisprudência” criou o que definiu como uma técnica do pensamento problemático, chamada Tópica. Esta ampliaria a dimensão política do pensamento jurídico, uma vez que destinava-se à legitimação do direito pela aceitação da premissa por parte do interlocutor. É através da utilização de argumentos típicos, denominados *topoi*, que se obtém uma solução jurídico-política para o problema.

Para Viehweg “a Ciência do Direito deveria ser entendida como um processo especial de discussão de problemas, havendo que tornar tal esquema claro e seguro,

³² NATALINO, Irti. La’età della decodificazione. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1989, passim. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p.5.

³³ PINHEIRO, op. cit., f.176.

graças ao desenvolvimento duma teoria da praxe”.³⁴

De acordo com o autor, a estrutura do sistema jurídico deveria se adequar ao problema, as partes integrantes da Jurisprudência deveriam assim, se ligar ao problema, e a partir dele, serem entendidas. A Tópica seria então, uma tentativa de organizar as manifestações do Poder Judiciário, buscando uma sustentação política, através do argumento, da decisão judicial. Portanto, o *topoi* é acima de tudo conteúdo retórico.

A tópica, também chamada jurisprudência problemática, influenciou uma série de setores do conhecimento: abrindo portas à retórica jurídica, à lógica jurídica, a uma nova linha lingüística e habilitou os juristas com a instrumentação necessária para agir ou justificar a sua atuação, diante de lacunas rebeldes a qualquer tipo de integração sistemática ou equivalentes.³⁵

Assim define Antônio Menezes de CORDEIRO:

“Finalmente, a jurisprudência problemática revela todas as suas potencialidades no domínio das lacunas rebeldes aos processos sistemáticos de integração – portanto à analogia e aos princípios gerais: impedindo de denegar justiça, o intérprete-aplicador terá de buscar uma saída razoável que, então, tentará justificar nos tópicos que encontrar.”³⁶

Segundo VIEHWEG, o Direito apenas aparentava ser uma estrutura sistemática. Não acreditava na possibilidade da dedução de todas as suas soluções a partir de uns quantos axiomas de base.

Em relação ao pensamento sistemático, pode-se citar como seu maior expoente Claus-Wilhelm CANARIS. Para ele, o Direito é um sistema de princípios ordenados teleologicamente, cujas características principais são a unidade e a

³⁴ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Introdução à edição portuguesa...* XLVI e XLVII.

³⁵ *Ibid.*, p.XLIX.

³⁶ *Ibid.*, p.LI.

ordenação.

A idéia de sistema nasce a partir da observação de que o Direito constitui-se de relações estáveis e cíclicas, os fenômenos que dão origem a estas relações repetem-se constantemente. Segundo Kant: sistema é a unidade, sob uma idéia, de conhecimentos diversos ou, se se quiser, a ordenação de várias realidades em função de pontos de vista unitários.³⁷

Para Canaris, o Direito é um sistema de princípios ordenado teleologicamente, que tem por característica principal a unidades e a ordenação. Segundo o autor é impossível satisfazer a idéia de igualdade sem que haja manutenção da unidade e coerência. Um direito assimétrico resultaria em um direito injusto, o que não pode ser admitido. Não se pode obter uma aplicação do Direito que satisfaça tal premissa sem q o sistema tenha flexibilidade, finalidade, polaridade e conteúdo.

Canaris entende que a mera aceitação de premissas por parte do interlocutor apenas legitima o discurso e a atuação jurídicos, já que não é possível desvencilhar o Direito do problema das fontes.

SEÇÃO II - A TÉCNICA LEGISLATIVA DAS CLÁUSULAS GERAIS

As Cláusulas Gerais são o ponto de convergência para esta nova tendência de abertura e mobilidade do sistema jurídico. Nelas o juiz encontra a possibilidade de exercer uma função criadora e passa a vigorar no sistema jurídico uma casuística jurisprudencial. As fórmulas compreendidas em *fattispecies* abertas são uma reação ao positivismo jurídico e sua pretensão de completude e neutralidade. Agora o intérprete empreende uma atividade valorativa com a finalidade de transpor ao ordenamento jurídico novos valores.

³⁷ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Introdução à edição portuguesa...*, p. LXIV.

Assim afirma Judith Martins COSTA:

As normas cujo grau de vagueza é mínimo implicam que ao juiz seja dado tão-somente o poder de *estabelecer* o significado do enunciado normativo; já no que respeita às normas formadas de cláusula geral, compete ao juiz um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará tão-somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas, por igual, *criando direito*, ao completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as conseqüências.³⁸

Portanto, são empregados na construção da *fattispecie* termos vagos e imprecisos, possibilitando quem julga aplicar o direito no caso concreto, sendo assim uma norma incompleta. A principal vantagem desta técnica legislativa é desempenhar as funções de abertura – integrando o sistema jurídico de acordo com as mudanças sociais – e mobilidade – realizando uma adequação valorativa. Apesar de apresentar todas estas vantagens em relação à casuística, as normas gerais necessitam de um método capaz de responder à “problemática valorativa”.³⁹

2. Cláusulas Gerais e Conceitos Indeterminados

Segundo esclarece Judith Martins COSTA:

“A par de tomar em conta o critério valorativo (interpretação), deverá o juiz, tendo em vista o instrumental que o próprio sistema lhe oferece, pesquisar as soluções anteriormente conferidas pela jurisprudência e/ou aquelas apontadas pela doutrina, e criar o regramento aplicável ao caso concreto toda a vez que um contrato não for executado em acordo com a boa-fé (concreção judicial).”⁴⁰

Esta é uma das principais características das cláusulas gerais, nelas o juiz

³⁸ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 330.

³⁹ AMADO, Juan Antonio Garcia. *Teorias de la topica jurídica*. Madrid: Civitas, 1988. p.14.

⁴⁰ MARTINS-COSTA, op. cit., p.404.

deve concorrer para a formulação da norma jurídica. Já nos conceitos indeterminados, cabe ao juiz apenas identificar se o fato concreto reporta-se ao elemento vago indicado na *fattispecie* normativa. Portanto, nas cláusulas gerais o juiz deve executar uma atividade intelectual complexa devendo averiguar⁴¹:

- 1) a possibilidade de subsunção do caso concreto na *fattispecie*;
- 2) a exata individuação das mutáveis regras sociais às quais o envia a metanorma jurídica;
- 3) os efeitos incidentes no caso concreto, bem como a graduação dos mesmos.

A cláusula geral não possui apenas um objetivo pré-definido, mas indica uma medida de comportamento que deve ser concretizada de acordo com as necessidades da sociedade. Com esta característica “é capaz de submeter um vasto número de casos aos quais atribui uma consequência jurídica”.⁴² Este é o motivo pelo qual a cláusula geral é conhecida como norma de reenvio, já que o juiz cria uma solução ausente no texto legal, procedendo a elaboração da norma por meio do reenvio de valores.

2.1 Clausulas Gerais e Princípios Jurídicos

Muitos autores defendem a equiparação entre cláusulas gerais e princípios jurídicos. Isso ocorre porque algumas clausulas gerais trazem princípios jurídicos em seu enunciado, geralmente são elas a moldura legislativa do princípio jurídico.

A primeira distinção entre cláusulas e princípios consiste no fato de as cláusulas gerais necessitarem de uma positivação para serem validas, não ocorrendo o mesmo com os princípios. Alguns princípios jurídicos são válidos mesmo que

⁴¹ GODINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 1, v.2, p. 3-25, abr-jun., 2000. p.11.

⁴² ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

inexpressos ou implícitos. Princípios como os da prevalência do interesse público sobre o particular ou da autonomia da vontade nos contratos privados, nunca foram positivados apesar de apresentarem a mesma força normativa de princípios expressos em normas como o princípio da igualdade (CF, art.5º, *caput*) ou o princípio da separação e harmonia entre os poderes do Estado (Cf, art.1º).

Mesmo que implícito, os princípios jurídicos possuem uma grande importância no direito, elevam-se ao primeiro plano da ordem jurídica e através deles o juiz pode criar novas regras ausentes na lei e muitas vezes regras que contrariam a própria lei. Por estarem sendo constantemente avaliados pela jurisprudência os princípios jurídicos possuem uma função corretora, corrigindo soluções legais que na prática revelaram-se injustas.⁴³

Em sua brilhante tese de doutorado Rosalice Fidalgo PINHEIRO esclarece quanto aos princípios jurídicos:

Trata-se, porém, de uma conquista recente, que guarda consigo as marcas de um debate entre jusnaturalismo e positivismo. Sob uma perspectiva metafísica, o primeiro afirma que os princípios jurídicos constituem-se em axiomas deduzidos da razão, marcados pela universalidade e historicidade, que pairam com existência superior e anterior ao sistema jurídico, legitimando-o. Já o segundo rejeita que os princípios jurídicos sejam derivados do direito natural. Deslocados para o plano do direito positivo, são exclusivamente deduzidos da lei, entrando em jogo uma atividade de interpretação, que submete os princípios jurídicos a um esquema de deduções lógicas.⁴⁴ Com efeito, os princípios jurídicos restam esvaziados de sua normatividade.⁴⁵

Um dos mais celebres princípios jurídicos e que inspira este estudo, é o

⁴³ BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Trad Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001. f.122.

⁴⁴ LOS MOZOS, Jose Luis de. **Metodología y ciencia en el derecho privado moderno**. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1977. p.92.

⁴⁵ PINHEIRO, op. cit., f.190.

princípio da boa-fé. Mesmo sem adquirir uma forma escrita este princípio pode apresentar uma série de efeitos no ordenamento jurídico.⁴⁶

O princípio da boa-fé apresenta sua forma positivada em codificações como o artigo 1.374 do Código Civil Italiano:

“Art. 1.374 – Execução de boa-fé. – O contrato deve ser executado segundo a boa-fé”

No artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 51 – São nulas, de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.”

E agora, mais recentemente, podemos encontrar uma cláusula aberta que positiva o princípio da boa-fé também no Novo Código Civil:

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

Portanto, as cláusulas gerais não se confundem com os princípios, por ser um o instrumento de concreção do outro. As Cláusulas são elaboradas através da formulação de hipótese legal que em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos. Servindo de instrumento para concretizar idéias genéricas como as da boa-fé, bons costumes, uso abusivo de direito, etc. Tais idéias abstratas têm sua aplicação aos casos reais facilitada quando contidas normativamente em cláusulas gerais.

⁴⁶ GODINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro: Padma, ano 1, v.2, p. 3-25, abr-jun., 2000. p.10.

SEÇÃO III - UM SUBSTRATO CONSTITUCIONAL PARA AS CLAUSULAS ABERTAS NO DIREITO BRASILEIRO

Segundo Antônio Menezes CORDEIRO:

“Perante um problema a resolver, não se aplica, apenas, a norma primacialmente vocacionada para a solução: todo o Direito é chamado a depor. Por isso, há que lidar com os diversos ramos do Direito, em termos articulados, com relevo para a Constituição – a interpretação deve ser conforme com a Constituição, os diversos dados normativos relevantes e os próprios níveis instrumentais, como o processo.”⁴⁷

O projeto constitucional e o projeto de codificação do direito civil possuem em comum o fato de serem expressões jurídicas da modernidade. Apesar da semelhança temporal, código civil e constituição sempre tiveram um traçado paralelo, incidindo cada qual em um conjunto próprio de relações jurídicas.

Este distanciamento progressivo é devido principalmente a concepção dicotômica que separava o direito privado do direito público. Isto ocorreu pelo fato de o projeto codificador, notadamente o *Code* francês de 1804, ter a pretensão de abarcar em um único *corpus* todas as relações jurídicas referentes àquele ramo do Direito, graças à acuidade científica das categorias técnicas então formuladas.⁴⁸ Enquanto o Código regulava a vida privada de cada indivíduo, à Constituição ordenava as relações públicas, protegendo o indivíduo do poder de império do Estado. Surge desta diferenciação o mito de que as regras contidas na Constituição não seriam aplicáveis às relações jurídicas existentes entre particulares, uma vez que nestas relações o vínculo jurídico era estabelecido entre sujeitos de direito dotados de igual capacidade.

Sobre esta diferenciação já afirmava Ferdinand LASSALLE⁴⁹, citado por

⁴⁷ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Introdução à edição...*, p. CXII.

⁴⁸ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002. p.48.

NEGREIROS, 2000, : “Quando em um país arrebenta e triunfa a revolução, o direito privado continua valendo, mas as leis do direito público se desmoronam e se torna preciso fazer outras novas”.⁵⁰

Portanto, podemos afirmar que existiam duas Constituições: de um lado a Constituição que regulamentava e disciplinava a vida pública e de outro lado a “Constituição da vida privada” regulando as relações jurídicas entre os cidadãos, o contrato e a propriedade.

Carmem Lucia RAMOS retrata de maneira clara as contradições provocadas por este comportamento: “Hoje se reconhece a contradição existente em reputar as codificações civis como leis fundamentais da sociedade civil, em oposição ao Estado, pela admissão de que seria absurdo pretender obter proteção do Estado, sem querer submeter-se aos parâmetros de convivência pelo mesmo estabelecidos em razão do interesse público.

Refere Natalino IRTI, a propósito, que não se pode participar das duas naturezas: estar, simultaneamente, fora e dentro do Estado; pleitear proteção e negar-lhe obediência.⁵¹

Tal qual já foi demonstrado anteriormente, as grandes mudanças que atingiram a Europa no início do século XX, e no Brasil depois da década de 30, com a maciça intervenção do Estado na economia e com o processo, daí decorrente, de restrição à autonomia privada, ao qual se associa o fenômeno conhecido como dirigismo contratual.⁵² A partir de então, altera-se profundamente o papel do Código Civil. De normativa exclusiva do direito privado o Código se transforma em centro normativo do direito comum, ao lado do qual proliferam novas figuras emergentes na

⁴⁹ LASSALLE, A *essência da constituição*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Liber Júris, 1985. p.41.

⁵¹ IRTI, Natalino. *Società civile*. Elementi per un'analisi di diritto privato. Milano: Giuffrè, 1992, p. 101. In: TEPEDINO, Gustavo. *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998. p. 8.

⁵² TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) *Problemas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 3.

realidade econômica, reguladas por leis especiais por não terem sido previstas pelo codificador.⁵³

Portanto a edição de um número cada vez maior de textos de lei especial provocou a chamada “descentralização de direito privado”, transformação esta que derrubou o monismo jurídico então vigente para atender às emergências sociais.⁵⁴ Como consequência deste fenômeno, ocorreu uma inversão hermenêutica, uma vez que o código civil – outrora conhecido como a “Constituição do direito privado” – passa a ter neste momento uma aplicação residual, complementar à constelação de microsistemas formado pelas diversas leis especiais.

As relações jurídicas de natureza civil, não importando a sua natureza específica – familiar, obrigacional, real ou sucessória –, passam a disciplinar-se não apenas pelas normas contidas ou derivadas do Código, mas, igualmente, por princípios e regras constitucionais. A hierarquia da normativa constitucional, desde a muito reconhecida sob o ponto de vista teórico, torna-se um objetivo a ser alcançado na prática.⁵⁵

No entanto, a Constituição não teria alcançado esta condição de suprema fonte do Direito, sem a contribuição da teoria constitucional. Este processo ocorreu mediante o fortalecimento da jurisdição constitucional, o aprimoramento das técnicas de controle da constitucionalidade e, sobretudo, com a afirmação do caráter normativo dos princípios constitucionais.⁵⁶

Portanto, não foi apenas o Código Civil que sofreu mudanças, sem as

⁵³ TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.4.

⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro, Renovar, 1998. p. 8.

⁵⁵ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p.50.

⁵⁶ *Ibid.*, p.51.

modificações ocorridas na Constituição, a constitucionalização do direito civil não seria possível. Fatores como a ampliação do catálogo de direitos consagrados constitucionalmente e a integração de direitos que para sua satisfação necessitam da implementação de políticas públicas e prestações positivas por parte do Estado e da sociedade civil, contribuíram muito para este processo.

Assim define Pietro Perlingieri, um dos percussores da temática civil-constitucional:

A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (todavia não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra de hermenêutica, mas também como regra de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.⁵⁷

PARTE III - A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E O NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Poucas leis geraram tanta comoção no meio jurídico brasileiro, quanto a aprovação da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que deu origem ao Novo Código Civil. Apesar de seu Projeto datar dos longínquos anos 70, poucos acreditavam na possibilidade de ocorrer uma revisão de nosso quase nonagenário Código Civil de 1916.

Mesmo porque, assim como a Europa Continental, o Brasil já assistia há muito tempo ao chamado *movimento de descodificação*. O Código Civil de 1916 já vinha sendo profundamente alterado, de maneira gradual, pela jurisprudência e pela edição de leis especiais que atualizaram o velho código aos valores modernos. Este processo concretizou-se definitivamente com a reforma constitucional de cinco de

⁵⁷ PERLINGIERI, op. cit., p.12.

outubro de 1988, que teve um papel de reunificador do sistema. A complexidade normativa provocada por décadas de edições de leis especiais e a necessidade de uma profunda adaptação entre a lei ordinária e a norma constitucional tornaram ainda mais remota a aprovação do Projeto de Código Civil.

Não obstante todas as suspeitas contrárias, o Código foi aprovado no Congresso e promulgado trazendo em seu texto influência do Código Civil alemão de 1896, italiano de 1942 e português de 1966.

Antes de discorrer sobre às bem fundadas críticas que foram formuladas sobre o Novo Código Civil, cabe aqui ressaltar as sensatas palavras de Gustavo TEPEDINO:

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, debruça-se a doutrina na tarefa de construção de novos modelos interpretativos. Abandona-se, deliberadamente, o discurso hostil dos que, justificadamente, entreviam a incompatibilidade axiológica entre o texto codificado e a ordem pública constitucional. Afinal, o momento é de construção interpretativa e é preciso retirar de elemento normativo todas as suas potencialidades, compatibilizando-o, a todo custo, à Constituição da República. Esta louvável mudança de perspectiva, que se alastra no espírito dos civilistas, não há de ser confundida, contudo, com uma postura passiva e servil à nova ordem codificada. Ao revés, parece indispensável manter-se um comportamento atento e permanentemente crítico em face do Código Civil para que, procurando lhe conferir a máxima eficácia social, não se percam de vista os valores consagrados no ordenamento civil-constitucional.⁵⁸

SEÇÃO I - AS PRINCIPAIS CRÍTICAS FEITAS AO NOVO CÓDIGO CIVIL

Em um panorama jurídico em que, para muitos autores, a existência de um Código Civil era desnecessária, a promulgação da nova codificação gerou muita polêmica e perplexidade. No entanto, as críticas mais contundentes dirigem-se ao conteúdo pretensamente inovador do Código.

Primeiramente, o Novo Código Civil deixou de utilizar-se das já não tão

⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) *A parte geral no novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro. Renovar. 2002, p.15.

inovadora técnica legislativa do BGB ou da sistemática do Código Civil italiano. Optando pela secular técnica legislativa baseada em uma Parte Geral, adotando assim o mesmo sistema utilizado pelo Código Civil de 1916, o qual deveria pretensamente inovar.

Por outro lado, o novo Código desagrada até mesmo os poucos defensores da necessidade de uma codificação, já que não apresenta aquilo que é essencial nesta técnica legislativa: uniformidade política e ideológica. Isto ocorre principalmente pela distância temporal do início de sua elaboração, década de 70, e sua promulgação em 2002.

O código começou a ser formulado em uma época em que nosso país encontrava-se nos anos de chumbo de uma ditadura militar e a regulamentação do divórcio, por exemplo, ainda era uma grande ousadia legislativa; e passou a vigorar em um momento em que o Brasil vive um grande período de liberdade democrática e temas modernos como a manipulação genética de células tronco de embriões humanos carecem de regulamentação.

Do ponto de vista metodológico, o Novo Código Civil traz duas principais inovações: a unificação do direito das obrigações, trazendo grandes modificações no livro relativo ao direito das empresas e ao conceito de empresário; e a adoção da técnica das cláusulas gerais, introduzindo no direito codificado a função social da propriedade privada e a boa-fé na atividade contratual.

Já no ano de 1999, Antonio Junqueira de AZEVEDO fazia duras críticas ao então Projeto de Código Civil:

Todo código implica um certo desgaste social e um trabalho muito grande para os operadores do direito. O meu ponto de vista é que o Projeto de Código Civil é um pouco, só um pouco, mais adiantado do que o Código Civil vigente (o que é natural, porque um, é de 1916 e outro, de 1970). O Projeto não é, porém, mais adiantado do que a legislação civil que temos. Não concordo, pois – tendo em vista as mudanças no mundo de hoje - , com adotarmos, para o ano 2000, um Projeto, que é de 1970, somente porque traz uma pequena melhora técnica em relação ao vigente Código Civil. O exemplo do art. 421 do Projeto o demonstra. Não vale, tudo posto na balança, o desgaste que isso representa e aquilo que vai resultar para nós. A questão não é só o Código Civil, e sim, todo o direito civil; ora, o

direito civil como está é mais atual que o Projeto. O direito civil como está é superior ao direito civil como ficaria, se fosse aprovado o Projeto.⁵⁹

Em conferência realizada na cidade de Porto Alegre em 30 de abril de 1999, Antônio Junqueira de Azevedo discorreu a respeito do paradigma ultrapassado que fora utilizado no Projeto de Código Civil.⁶⁰

Segundo o professor, o direito assim como todas as ciências vive da superação de paradigmas. No séc. XIX paradigma vigente era o da lei e do juiz autômato, lei geral e universal que era apenas aplicada pelo juiz. Em seguida, um segundo paradigma, o Estado tornou-se intervencionista, e o juiz passou a ter uma posição ativa de intérprete da lei, tendo mais liberdade para aplicá-la de acordo com o fato concreto, utilizando-se de inovações legislativas como as cláusulas abertas e os conceitos indeterminados.

O paradigma atual é o da solução rápida dos conflitos. Estamos vivendo um movimento de fuga do poder judiciário, a cargo do juiz devem ficar somente os casos de conflitos mais complexos. Para tanto existem as arbitragens, a Comissão de Valores Imobiliários, a OAB, o Conselho de Medicina. As pessoas estão fugindo da estrutura do Judiciário, própria do paradigma anterior. Segundo Antonio Junqueira de Azevedo o Projeto de Código Civil pecava em insistir na presença do juiz como única maneira de resolver conflitos, perdendo a oportunidade de atualizar a legislação civil em relação a este novo paradigma.

1. A Inconstitucionalidade do Então Projeto de Código Civil

Mesmo antes de promulgado, o projeto de código civil já gerava polêmica no

⁵⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *In: Revista Trimestral de Direito Civil*. Jan/Mar 2000, p. 11-12, v. 1.

⁶⁰ *Ibid.*, p.9.

meio doutrinário. Em 26 de setembro de 2000, atendendo uma solicitação do Deputado Federal Gustavo Fruet, Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk elaboraram um parecer sobre a constitucionalidade do projeto que então tramitava na Câmara Federal.

De acordo com o parecer, o advento da Constituição de 1988 determinou a supremacia do valor da pessoa humana sobre o patrimônio. O que de início já geraria a inconstitucionalidade superveniente do projeto de Código Civil, uma vez que tal ordem de idéias que, na opinião dos autores, não foi respeitada no então Projeto de Código Civil.

O projeto do Código Civil, almejando manter a estrutura do Código vigente, foi elaborado anteriormente à Constituição de 1988, datando do começo da década de 70. Sua elaboração se deu a partir de uma racionalidade herdada do Código de Napoleão e da Escola Pandectista, e, portanto, do século XIX, em que prevalecia a preocupação patrimonialista e conceitualista, expressa na existência de uma Parte Geral. O conceitualismo é, vale dizer, outro elemento através do qual se coloca a pessoa humana em segundo plano.⁶¹

A inconstitucionalidade do projeto estaria presente também no retrocesso em relação aos direitos sociais. Estes direitos foram assegurados em leis esparsas, produzidas ao longo dos trinta anos em que o Projeto de Código Civil tramitou no Congresso Nacional. Leis que mesmo estando vigentes e correlatas aos preceitos constitucionais, não estão albergadas e muitas vezes são contrariadas por normas contidas no Projeto de Código Civil.

A Constituição de 1988, com os valores ali consagrados, impôs a edição de leis esparsas que regulamentassem seu conteúdo, bem como, adequassem aos seus princípios disposições legais preexistentes. A Constituição se aplica direta e imediatamente nas relações privadas. A edição desses diplomas legais não cria, prioritariamente, novos direitos – cujas normas definidoras podem ser construídas a partir da hermenêutica constitucional –, mas, na verdade, regulamenta e explica o conteúdo latente no texto constitucional. Escreve Luis Roberto Barroso ao referir-se aos direitos sociais, em contexto perfeitamente aplicável ao caso em exame: “Remarque-se que a Constituição não delega ao legislador competência para conceder aqueles direitos; concede-os ela

⁶¹ FACHIN, Luiz Edson.; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um Projeto de Código Civil na contramão da Constituição. *In: Revista Trimestral de Direito Civil*. Out/Dez 2000, p.246, v. 4.

própria. Ao órgão legislativo cabe, tão-somente, instrumentalizar sua realização, regulamentando-os. Faltando a esse dever, dá ensejo à inconstitucionalidade por omissão...⁶²

Por fim, o parecer destaca o papel desempenhado no Brasil pelo Poder Legislativo de controle de constitucionalidade dos atos normativos, agindo como uma fiscalização preventiva em relação aos projetos de lei apresentados ao Congresso. Legitimada estaria assim, a Câmara Federal para diante dos motivos expostos, não aprovar o Projeto de Código Civil. Concluindo-se assim o parecer:

Diante do exposto – ressaltando-se que a análise levada a efeito no presente parecer não pretendeu ser exaustiva, em virtude da celeridade que se impôs à sua realização – concluímos que o advento da Constituição de 1988, ao impor ao Direito a valorização da pessoa humana, sobrepondo-se ao patrimônio, tornou inconstitucional o Projeto do Código Civil, ora em trâmite perante a Câmara Federal. Conclui-se, portanto, não ser oportuna a aprovação do projeto, por violar a ordem constitucional vigente.⁶³

SEÇÃO II - O PROBLEMA NA UTILIZAÇÃO DE CLÁUSULAS GERAIS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

As cláusulas gerais inseridas na nova codificação têm causado grande polêmica. A primeira vista, trata-se de uma bem vinda inovação na técnica legislativa. No entanto esta técnica já vem sendo utilizada há um bom tempo e os frutos colhidos com sua utilização nem sempre são os esperados.

Adotadas em diversas codificações como o Código alemão de 1896, o Código italiano de 1942 e até mesmo no Código Comercial brasileiro de 1850, tais cláusulas, por si só, não trouxeram grandes transformações qualitativas no ordenamento. A cláusula geral de boa-fé objetiva que constava no artigo 131 do

⁶² BARROSO, Luiz Roberto. *Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 103

⁶³ FACHIN; RUZYK, op. cit., p. 263.

Código Comercial brasileiro nunca chegou a ser utilizada. Na Alemanha, foram necessários 40 anos para que a doutrina e a jurisprudência chegassem a um acordo sobre o real significado da boa-fé enunciada no § 242 do BGB. O mesmo ocorrendo na Itália, em que o significado original da cláusula geral, que era inspirado em uma ideologia produtivista e autárquica, foi totalmente modificado pela doutrina, principalmente após a Constituição de 1948.

Estes exemplos históricos provam que o simples fato de existir uma cláusula geral em um texto normativo, não significa uma conseqüente evolução legislativa. Muito pelo contrário, o alto grau de discricionariedade atribuída ao intérprete suscita uma certa desconfiança quanto à aplicação prática do teor destas cláusulas.

Como observado com propriedade por Carmem RAMOS:

Uma das principais características do Novo Código Civil é o uso de cláusulas gerais, como a cláusula de boa-fé. As cláusulas gerais já foram utilizadas no CDC. Apesar de uma inovação, sua utilização demanda uma certa cautela do intérprete. O poder do juiz é maior, sendo remetido a este a responsabilidade de uma avaliação caso a caso da observância de vários princípios. Para uma atuação satisfatória o intérprete terá que possuir um conhecimento amplo dos valores jurídicos que deverão direcionar a análise do caso real, caso isso não ocorra, as cláusulas gerais serão letra morta. Corre-se ainda o risco da descrissionabilidade virar um arbítrio.⁶⁴

Este tema das cláusulas gerais do Novo Código Civil tem gerado uma grande controvérsia na doutrina. Especificamente, sua utilização foi veemente defendida por Judith Martins Costa, em sua obra *O Direito Privado como um “Sistema em Construção” – As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*. Em contra partida, o presente trabalho filia-se às idéias contidas no texto de Gustavo Tepedino: *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. Em que o autor, ainda no de 2000, já afirmava sobre o então

⁶⁴ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Palestra proferida em 06 de agosto de 2003 no Salão Nobre da Universidade Federal do Paraná.

projeto de Código Civil: “Vale-se o Projeto, é bem verdade, candidamente, de algumas poucas cláusulas gerais (particularmente as dos arts. 420 e 422, em tema de função social do contrato e boa-fé objetiva), as quais, contudo, desassociadas de um conteúdo axiológico preciso, acabam por carrear insegurança às relações que procuram disciplinar”.⁶⁵

A necessidade da existência de cláusulas gerais é evidente, sua adoção evita as profundas lacunas causadas pela evolução da sociedade e já foi provado pela experiência das codificações dos séculos XVIII e XIX, que é impossível ao legislador acompanhar o passo dos acontecimentos na tentativa de tipificar a totalidade das situações jurídicas que multiplicam-se a cada momento. Portanto, é um dever da doutrina não desperdiçar a oportunidade histórica proporcionada pelas cláusulas gerais existentes no Novo Código Civil. Fixando, para tanto, uma definição normativa de critérios interpretativos coerentes com o sistema.

2. As Oportunidades Perdidas no Artigo 422 do Novo Código Civil

Tida por muitos como uma das grandes inovações do Novo Código Civil no direito das obrigações, a cláusula aberta de boa-fé contratual contida no artigo 422, foi na verdade a perda de uma grande oportunidade de atualizar a legislação brasileira com as legislações mais recentes no que se refere à boa-fé.

Segundo o art. 422 “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”.

Em artigo já mencionado neste trabalho, Antonio AZEVEDO faz interessante crítica a respeito da desatualização do art. 422 do Novo Código Civil.⁶⁶ Primeiramente o autor analisa a regra contida no recente Código Comercial Uniforme

⁶⁵ TEPEDINO, *Problemas ...*, p. 9.

⁶⁶ AZEVEDO, *op. cit.*, p. 3.

americano: *The obligation of good faith may not be disclaimed by agreement* (§1º, 102), portanto, no direito americano está claro que a boa-fé não pode ser afastada por contrato, é uma regra cogente. O mesmo artigo ainda determina quais os *standards* pelos quais a *performance*, a execução da obrigação será feita. Já que o conteúdo da boa-fé varia de caso para caso, de acordo com a área de atividade ou o negócio que as partes estão fazendo. No entanto, ao analisar o então Projeto de Código Civil, o Antonio Junqueira de Azevedo, não encontrou qualquer indício se a norma formulada seria cogente ou se as partes poderiam adotar outros *standars* e quais seriam estes. Crítica que continua sendo válida ao Código que foi promulgado.

A segunda insuficiência apontada refere-se ao fato de o art. 422 limitar-se ao período que vai da conclusão do contrato a sua execução. Uma das fases contratuais em que a boa-fé tem mais importância como regra de comportamento, é o período pré-contratual, pois apesar de não haver contrato, as partes já estão ligadas por deveres específicos. Assim, deixou de ser albergada pelo código uma importante fase contratual.

A terceira crítica feita a este artigo, diz respeito à ausência de regulamentação para a fase pós-contratual, já que no artigo 421 deixa claro que a boa-fé será aplicada na conclusão e execução do contrato. Não mencionando em nenhum momento a responsabilidade pós-contratual ou *post pactum finitum*.

E por fim, o autor aponta algumas insuficiências em relação ao momento final da execução. O Código não menciona a hipótese em que o contratante executa grande parte de suas obrigações, deixando de executar uma pequena parte insignificante perante o todo, que não deveria resultar na rescisão do contrato. Alias, estas cláusulas que regulamentam a resolução do contrato são de inexecução, e não estão previstas no Código nem implicitamente. Sendo a cláusula resolutiva um importante momento para o uso da má-fé por um dos contratantes, o Código deveria ter dito “execução” ou “extinção da obrigação”.

A boa-fé em relação às cláusulas resolutivas não só é tratada no Código

Comercial Uniforme americano (§ 1º, 203), como em outros códigos mais novos. O Código de Quebec refere-se em seu artigo 1.375 à execução ou extinção das obrigações. Também o Código da Lousiana que dispõe: *good faith "in whatever pertains to obligation"* (art. 1.759). Isto posto, assevera Antonio AZEVEDO:

“Refiro-me a estes códigos porque são desta década. A edição que estou citando do Código Comercial Uniforme americano é a última, de 1990; o Código da Lousiana, que foi revisto, é em edição de 1999; e o Código de Quebec entrou em vigor em 1º de janeiro de 1994. Os autores do Projeto de Código Civil não tiveram conhecimento dessas leis, porque elas são posteriores à sua elaboração. Mas esse é o ponto: ficamos com um projeto de Código Civil feito antes de os atuais estudantes de Direito terem nascido. O mundo mudou muito; o Projeto se tornou impossível na situação em que estamos.”⁶⁷

2.1 O sentido Constitucional da cláusula geral de boa-fé objetiva no novo Código Civil

Apesar de fracassarem no passado, as cláusulas gerais têm sido empregadas com sucesso nas legislações mais recentes do direito brasileiro. O Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Cidade são exemplos de uma utilização positiva desta técnica legislativa. A diferença entre estas normas e o Código Comercial brasileiro de 1850, é o fato de possuírem *normas descritivas de valores*.

Infelizmente o novo Código Civil brasileiro, inspirado pelas codificações anteriores aos anos 70, apesar de utilizar-se de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, não liga tais normas a qualquer referência valorativa. Vejamos o exemplo da cláusula geral de boa-fé nos contratos:

“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 da probidade e boa-fé”.

⁶⁷ AZEVEDO, op. cit., p.7.

Se aplicada como expressa no artigo 422, esta norma pode vir a ser fruto do arbítrio do poder discricionário do juiz que confiaria exclusivamente em sua percepção subjetiva a tarefa da concreção normativa, gerando insegurança jurídica. Ou pode simplesmente ficar esquecida por 150 anos como a cláusula geral do Código Comercial brasileiro, que assim como nosso novo Código não apresentava qualquer ponto de referência normativa:

“Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras;”

Portanto, para que o esforço legislativo que deu origem ao Novo Código não seja em vão e para que esta cláusula não seja mais uma letra morta em nossa história; é imprescindível que o intérprete promova uma conexão entre o Código Civil e a Constituição.

Como bem exposto por Gustavo TEPEDINO: “As cláusulas gerais do novo Código Civil poderão representar uma alteração relevante no panorama do direito privado brasileiro desde que lidas e aplicadas segundo a lógica da solidariedade constitucional e da técnica interpretativa contemporânea.”⁶⁸

Se aplicada a partir dos princípios constitucionais informadores da atividade econômica, podemos vislumbrar o sentido transformador da cláusula geral da boa-fé objetiva na interpretação dos negócios jurídicos.

Portanto, a interpretação de um contrato à luz da cláusula geral de boa-fé objetiva nunca pode estar dissociada dos quatro princípios fundamentais da atividade econômica:

⁶⁸ TEPEDINO, A parte geral no novo Código Civil... p.20.

- “A dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF)”;
- “O valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF)”;
- “A solidariedade social (art. 3º, I, da CF)”;
- “A igualdade substancial (art. 3º, III, da CF)”;

Os dois primeiros constam na Constituição como fundamentos da República, enquanto os dois últimos são objetivos da República.⁶⁹

Todos os artigos mencionados estão vinculados ao artigo 170 da Constituição Federal, segundo o qual “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I – soberania nacional;
- II – propriedade privada;
- III – função social da propriedade;
- IV – livre concorrência;
- V – defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente;
- VII – redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII – busca do pleno emprego (...).

Desta maneira, seja como princípio interpretativo (art. 113, CC), seja como princípio fundamental do regime contratual (art. 422,CC) a aplicação desta cláusula geral de boa-fé, estará sempre vinculada ao dever de “interpretar o negócio de modo a

⁶⁹ NEGREIROS, op. cit., p. 31.

preservar o conteúdo econômico e social perseguido pelas partes, daí decorrendo os deveres anexos e recíprocos de lealdade, informação e transparência, nas fases pré-negocial, negocial e pós-negocial.”

De acordo com as idéias contidas neste singelo trabalho, é imprescindível a atenta atuação do interprete para que as poucas inovações produzidas no confuso e extenso processo legislativo do Novo Código Civil, não sejam desperdiçadas ou mal utilizadas. Somente sobre uma perspectiva civil-constitucional nosso novo Código poderá se adaptar ao ordenamento jurídico brasileiro e suas boas idéias, como as cláusulas gerais de boa-fé, poderão ser implementadas.

CONCLUSÃO

Este trabalho trata da necessidade de uma perspectiva constitucional para se interpretar a cláusula geral de boa-fé objetiva presente no artigo 422 do Novo Código Civil de 2002. Tratou-se da utilização desta cláusula e as principais críticas feitas a esta legislação, além da necessidade de uma interpretação constitucional para uma sua efetiva utilização.

De acordo com as idéias aqui contidas, é imprescindível a atenta atuação do interprete para que as poucas inovações produzidas no confuso e extenso processo legislativo do Novo Código Civil, não sejam desperdiçadas ou mal utilizadas. Somente sobre uma perspectiva civil-constitucional nosso novo Código poderá se adaptar ao ordenamento jurídico brasileiro e suas boas idéias, como as cláusulas gerais de boa-fé, poderão ser implementadas.

BIBLIOGRAFIA

- AMADO, Juan Antonio Garcia. **Teorias de la topica jurídica**. Madrid: Civitas, 1988.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos**. Revista Trimestral de Direito Civil, volume 1, Jan/Mar 2000
- BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996.
- BARROSO, Luiz Roberto. **Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Trad Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa: 1989.
- CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.
- FACHIN, **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FACHIN, Luiz Edson.; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um Projeto de Código Civil na contramão da Cosntituição. *In: Revista Trimestral de Direito Civil*. Out/Dez 2000
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- FREZZA, Paolo. **Fides Bona. Studi sulla buona fede**, publicação da Facoltà di Giurisprudenza della Università di Piza. Milão: Giuffrè, 1975.
- GODINHO, André Osório. **Codificação e cláusulas gerais**. Revista trimestral de direito civil. Rio de Janeiro: Padma, ano 1, v.2, p. 3-25, abr-jun., 2000.
- HESPANA, António Manuel. **Prática social, ideologia e direito nos séculos XVII a XIX**. Separata de: Vértice, Coimbra, n. 340 e 341-342, 1972.
- LASSALLE, **A essência da constituição**, 2^a ed., Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1985.
- LOS MOZOS, Jose Luis de. **Metodología y ciencia en el derecho privado moderno**. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1977.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 1999.
- NATALINO, Irti. **La 'età della decodificazione**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1989
- NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NOVAES, Jorge Reis. **Contribuição para uma teoria do Estado de Direito. Do Estado de Direito Liberal ao Estado social e democrático de Direito.** Separata de: Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, v. 24, 1987.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil, Introdução ao Direito Civil Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINHEIRO, Roselice Fidalgo. **Percorso teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro.** Curitiba, 2004. 375 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.

TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) **Problemas de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **A parte geral no novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar. 2002.