

A Noa-Fé Como “Um Mar Sem Fronteiras” e a Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais

Rosalice Fidalgo Pinheiro*

Resumo: O presente texto tem por escopo investigar como a cláusula geral de boa-fé atua diante da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Para tanto, entrelaçam-se dois percursos: o da boa-fé, subtraída da atrofia à qual estava adstrita em relação à autonomia da vontade; e o dos direitos fundamentais, ao ultrapassar a rígida dicotomia entre público e privado, para encontrar neste último sua “*vis expansiva*”. Discute-se sua eficácia indireta, permeada pela atuação do juiz ao concretizar cláusulas gerais, como a boa-fé. Resta indagar se os particulares estariam vinculados, de modo tão-somente, indireto aos direitos fundamentais, ou se, ainda, diretamente, restando inúteis cláusulas gerais como a boa-fé.

Abstract: The present text has as a purpose to investigate how the general clause of good faith acts in the view of the linking up of individuals to the fundamental rights.. For that, two routes entwine: the one of the good faith, subtracted from the atrophy to which it was linked in relation to the autonomy of the will and the one of the fundamental rights by going beyond the rigid dichotomy between public and private, to find in the latter its “*vis expansiva*”. It is discussed its indirect effectiveness, in between by the judge’s acting to make real general clauses, like the good faith. What remains is to inquire whether the individuals would be linked, in an only indirect way, to the fundamental rights or whether, still, directly, remaining useless general clauses like the one of good faith.

Palavras-Chave: boa-fé; autonomia privada; direitos fundamentais; cláusula geral; Constituição.

Key-words: good faith; private autonomy; fundamental rights; general clause; Constitution.

* Doutora em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Civil nas Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil) e integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional da Unibrasil. NUPECNST. rmsantos@terra.com.br.

1 Clausura e Abertura: o Percurso da Boa-Fé¹

1.1 A opção política: o estado liberal de direito

Entre os laços feudais que se perdem e o capitalismo que se erige na Europa continental do século XVIII, assiste-se a uma revolução. Ancorada na ilustração, a burguesia volta-se contra o absolutismo estatal, que anteriormente apoiara, e coloca-se no controle do poder político, instaurando o Estado liberal de direito: “de direito”, porque repousa sobre um corpo mínimo de direitos e garantias individuais inscritos na Constituição; e “liberal”, porque guarda consigo os valores do liberalismo econômico.

Por conseguinte, o Estado moderno converte-se em instrumento de sustentação do desenvolvimento capitalista,² o “Estado da ditadura da burguesia”,³ que repousa sobre os seguintes postulados: i) o primado da lei; ii) a abstração e a generalidade das normas; iii) a divisão dos poderes; iv) a distinção entre Direito Público e Direito Privado.⁴

O primado da lei revela o princípio da legalidade, que, no propósito de afastar a arbitrariedade do *Ancien Régime*, faz da lei a fonte de todos os poderes do Estado. Já a legalidade encontra seu pressuposto na abstração e a generalidade das normas jurídicas, congregando uma classe indefinida de ações, dirigida à universalidade dos indivíduos que compõem a comunidade.⁵ Daí resulta a conquista da igualdade em relação ao medievo, tão-somente formal, uma vez que se limita a submeter os indivíduos ao mesmo ordenamento jurídico.

Como consequência da legalidade, a tripartição de poderes do Estado, idealizada por Montesquieu, aponta para a separação entre os momentos de elaboração e de aplicação da lei. Em última instância, trata-se do positivismo jurídico figurando na base do Estado liberal de direito: a mediação entre a lei e o caso concreto encerra-se em uma operação lógico-formal, que impede o julgador de intrevir na esfera concreta dos particulares.⁶ Imobilizado no momento da produção da norma, o Direito exaure-se em sua abstração e aparta-se do momento de sua aplicação, no qual toma contato com a vida.⁷

¹ O percurso da boa-fé, que ora se delineia, pode ser encontrado em outro trabalho da autora: PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Percurso teórico da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no direito brasileiro*. Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, sob a orientação do doutor José Antônio Peres Gediel. Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2004.

² *Diritto privato e società moderna*. Napoli: Jovene Editore, 1996, p. 112.

³ GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e costituzione*. Bologna: Zanichelli. [s.d.], p. 3.

⁴ BARCELLONA, *Diritto...*, pp. 54, 55.

⁵ *Ibidem*, p. 55.

⁶ FIGUEIRA, Eliseu. *Renovação do sistema de direito privado*. Lisboa: Caminho, 1989, p. 76.

⁷ GROSSI, Paolo. *Mitologie giuridiche della modernità*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 111.

Sob o manto da dicotomia público e privado, o Estado de direito é, ao mesmo tempo, Estado da legalidade e da liberdade. A burguesia elege o privado como espaço privilegiado de suas relações jurídicas, apartado de toda intervenção estatal, no qual exerce, livre e ilimitadamente, sua liberdade negocial.

Ancorado no “primado da lei sobre outras fontes de direito”,⁸ o “Estado da ditadura da burguesia” toma o monismo jurídico como padrão de juridicidade, depositando nos códigos, o “mundo da segurança”.⁹

As codificações oitocentistas delineiam-se como “actos de transformação revolucionária”,¹⁰ trazendo consigo o projeto de uma nova sociedade, sob o manto de uma ordenação inovadora da matéria jurídica. Para além de um significado técnico e político, os códigos revelam o encontro do jusnaturalismo com o Iluminismo.¹¹ O resultado desta contribuição é o Direito arquitetado sob a forma de um sistema, que tem como método a construção *more geometrico*, fazendo da codificação “a expressão do racionalismo no direito, e do sistema o seu paradigma.”¹²

Sob os contornos do racionalismo, os códigos representam a conquista da igualdade jurídica: a particularidade dos estatutos de classe que caracterizavam o medievo é substituída por um “estatuto de sujeitos iguais”.¹³ Rompe-se com a desigualdade jurídica suscitada pela pluralidade de fontes, ao mesmo tempo em que se conquista a previsibilidade e a certeza do Direito aplicável às relações jurídicas. Nesta perspectiva, sob o invólucro de um ideal humanitário, a abstração e generalidade das normas codificadas envolvem uma linha de força econômica: a supressão dos privilégios e a igualdade de todos os homens como condição necessária à instauração de uma economia de mercado.¹⁴

1.2 Resultado: “Atrofia” da boa-fé e “hipertrofia” da autonomia da vontade

No contexto de igualdade formal, desenha-se o percurso do sujeito de direito das primeiras às últimas páginas das codificações modernas. Não se trata do homem concreto, mas abstrato, que atua no cenário jurídico da vida patrimonial. Nesse cenário, delineado pelo individualismo, a vontade é a primeira das liberdades do sujeito de direito; o dogma que figura na essência de todas as categorias jurídicas do Direito Privado.

⁸ IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 21.

⁹ IRTI, *L'età...*, p. 23.

¹⁰ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967, p. 366.

¹¹ WIEACKER, *História...*, p. 365.

¹² AMARAL, Francisco. “Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro”. *Separata de: Revista O Direito*. Rio de Janeiro, a. 126, n. 1-2, pp. 63-81, 1994, p. 71.

¹³ IRTI, *L'età...*, p. 25.

¹⁴ GALGANO, *Il diritto...*, p. 38.

Na “passagem para uma forma superior de sociedade”,¹⁵ o voluntarismo jurídico traça os contornos de uma justiça contratual formal, na qual confere-se lugar reduzido à boa-fé. Liberdade e igualdade formais são os pressupostos de uma contratação baseada no consenso. No plano da dinâmica contratual que move as titularidades individuais, a vontade livre é garantia de que as classes vencidas não seriam destituídas de sua riqueza imobiliária de modo arbitrário pela classe vencedora.¹⁶

Nesse contexto, a boa-fé erige-se como um princípio geral no artigo 1134, 3, do *Code Civil Français*, de 1804, e como uma cláusula geral no § 242, do *BGB* alemão de 1900.

Inscrito no *Code*, o princípio revelava-se como uma “exceção desconcertante”,¹⁷ capaz de se converter em fontes de novos deveres aos contratantes, o que significava, em última instância, recuperar o solidarismo e ameaçar as conquistas revolucionárias da burguesia, fundamentadas no dogma da autonomia da vontade. Por conseguinte, a interpretação positivista moldada pela Escola da Exegese, na França, retirou as potencialidades da boa-fé.

Há nisso um esvaziamento da boa-fé contratual como regra moral, colocanose, tão-somente, como uma regra de teor subjetivo, pertencente ao foro íntimo, e que não alcança o foro externo.¹⁸ É interpretada como reforço à obrigatoriedade das convenções livremente pactuadas,¹⁹ restando-lhe um papel servil, que não tem outro propósito, senão “reforçar o peso da autonomia da vontade.”²⁰ Trata-se, nas palavras de Jean-François Romain, da “atrofia da boa-fé” em relação à “hipertrofia da autonomia da vontade”,²¹ cunhadas pela doutrina e jurisprudência francesas.

Na Alemanha, a boa-fé é tomada da distinção *Treu und Glauben* da *guter Glauben*. Por outras palavras, uma herança, diversa da que se fez presente no ordenamento jurídico francês, separou a boa-fé em objetiva e subjetiva. Porém, as primeiras décadas de vigência do *BGB* testemunham a “inutilidade da interpretação positivista”²² diante da cláusula geral do §242: o método da subsunção mostra-se insuficiente para desvendar as potencialidades da boa-fé contratual.

¹⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 37.

¹⁶ ROPPO, *op.cit.*, p. 37.

¹⁷ BROUSSARD, Domenico Corradini. *Ut inter bonos. Studio di storia delle idee giuridiche e di teoria del diritto*. Pisa: Pisana, 1993, p. 39.

¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. “A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional”. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1999, pp. 196, 201.

¹⁹ MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, p. 205.

²⁰ *Ibidem*, p. 205.

²¹ ROMAIN, Jean-François. *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (fraus omnia corrumpit)*. Bruxelles: Bruylant, 2000, pp. 138, 139.

²² WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1982, p. 32.

O vazio da boa-fé no âmbito das codificações oitocentistas resulta de uma racionalidade jurídica positivista que tem por fundamento o contexto econômico e político do Estado liberal de direito.

1.3 A opção política: o Estado Social de Direito

A bandeira da igualdade levantada pelo “Estado da ditadura da burguesia” escondia por trás de si a fonte de novas desigualdades, geradas pela concentração de capital, que somente se revelariam em fins do século XIX. Nesse momento, os dogmas do Estado liberal de direito se desfazem e como resposta à sua crise, a Constituição de Weimar de 1919 proclama o Estado de direito social,²³ como síntese de um Estado social e Estado liberal de direito,²⁴ reunindo os postulados descritos por Pietro Barcellona: i) a igualdade substancial em lugar da igualdade formal; ii) o reconhecimento de uma subjetividade recíproca em lugar de uma subjetividade abstrata e iii) princípio da solidariedade e a intervenção do Estado na economia.²⁵

O Estado social de direito volta-se para uma igualdade substancial, que busca a eliminação das diferenças econômicas,²⁶ e para tanto, requer a quebra da subjetividade abstrata do individualismo que compreende o homem como mero destinatário das normas jurídicas, dotadas de generalidade e volta-se para um Direito diferenciado, destinado a grupos sociais.²⁷ É a descodificação do Direito Privado que opera em substituição à codificação, com vistas a alcançar uma igualdade substancial em lugar de uma igualdade formal.

²³ “Esse novo tipo de Estado assumiu várias denominações, como Estado Social ou Estado Social de Direito, Estado Intervencionista, Estado Democrático, Estado Social-democrático (esta devido a Boulding, como um tipo de Estado interessado no bem-estar e duplamente oposto aos Estados comunista e autoritário), Estado Providência, Estado de Bem-estar, ou Welfare State, daí derivando também para Estado do Bem-estar Social. A expressão foi inicialmente forjada na França (État Providence), durante o Segundo Império, por pensadores liberais como Émile Olivier, em busca de um terceiro caminho entre estatismo e individualismo.” (BENITEZ, Gisela Maria Bester. *Quando, por que e em que sentido o Estado contemporâneo torna-se mínimo?*, p. 5, inédito)

²⁴ “Nel modello della costituzione di Weimar del 1919 si cercò di attuare un compromesso, una mediazione fra le esigenze che venivano espresse dalle nuove realtà economico-sociali e in particolare fra l’esigenza di più giusti criteri nella distribuzione del reddito, di una più ampia assistenza alle classi meno abbienti, di un uso non egoistico, non anarchico dei beni e quindi della proprietà e dell’autonomia contrattuale, e l’esigenza dello Stato di diritto (tradizionale) liberale di garantire la libertà dei privati, l’autonomia del potere economico rispetto al potere politico, ecc. Venne elaborata, appunto, la formula dello Stato di diritto sociale, che doveva rappresentare, come si ricava dalla stessa formula, una sintesi dello Stato sociale e dello Stato di diritto liberale” (BARCELLONA, Pietro. *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*. Napoli: Jovene, [s.d.], p. 80)

²⁵ *Diritto...*, p. 104 et seq.

²⁶ BARCELLONA, *Diritto...*, p. 108.

²⁷ FIGUEIRA, *op.cit.*, p. 106.

Porém, a concretização dessa igualdade requer a intervenção do Estado, que se move em duas direções: econômica, corrigindo desvios do mercado; e social, integrando os excluídos no tecido social.²⁸

Há nisso uma profunda alteração das relações entre Estado e sociedade. O redesenho dessas relações aponta para o rompimento de dicotomias que caracterizavam o Estado liberal de direito. O Estado intervém no mercado, estabelecendo normas imperativas que passam a regular as relações interprivadas e atravessam as barreiras que separavam o público do privado.

Por conseguinte, os direitos fundamentais não se constituem mais em mera defesa dos cidadãos contra o Estado, mas passam a desempenhar o papel de valores que norteiam a ação política do Estado em direção à realização dos direitos sociais. É o princípio do solidarismo que coloca em supremacia o Estado e a coletividade sobre o indivíduo.

A tripartição de poderes do Estado ganha novo sentido: afirma-se a interdependência do poder judicial e a autonomia do Executivo,²⁹ antes subsumidos à esfera Legislativa, pelo primado da lei no Estado liberal de direito. Confere-se à jurisprudência um papel criador na concretização de princípios constitucionais, o qual não é mais encarado como uma “usurpação” de poderes, mas um reequilíbrio das funções estatais.³⁰

Com efeito, o papel do intérprete abre-se para uma nova leitura do sistema jurídico, por meio da qual empreende-se uma “renovação do Direito Privado”,³¹ que se espelha na funcionalização de categorias jurídicas e no advento de uma nova racionalidade, fazendo-se da boa-fé o instrumento apto a empreender semelhante renovação.

Porém, as últimas décadas revelam a “máxima expansão” e “crise” do Estado social, traduzidas no cumprimento de seus objetivos e no advento de uma ofensiva neoliberal.³² Em um momento no qual o capitalismo abre suas fronteiras e guia-se por uma revolução tecnológica, o Estado vem se retirando do campo econômico-social, com vistas a se tornar “mínimo”, equacionando-se pela máxima “menos Estado, mais mercado”.³³

²⁸ Nesse sentido, BARCELLONA, *Diritto...*, pp. 103, 104.

²⁹ NOVAIS, 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. 222.

³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. “Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 3, pp. 127-154, set./dez. 1992, p. 138.

³¹ FIGUEIRA, *op.cit.*, passim.

³² BARCELLONA, *Diritto...*, pp. 145, 151.

³³ BENITEZ, *op.cit.*, p. 10.

1.4 O movimento contrário: Valorização da boa-fé e limitação da autonomia da vontade

No Estado social de direito moldam-se as premissas que retiram a boa-fé do esquecimento no qual esteve submergida nas codificações oitocentistas, e projetam suas potencialidades: o “recoo perante o formalismo” e a afirmação do solidarismo.³⁴

O “recoo perante o formalismo” se traduz em uma nova função que se atribui à lei e, em novos papéis, ao juiz. A oposição Estado e sociedade, característica do Estado liberal de direito, é abandonada em favor de uma *social engineering*,³⁵ que requer a intervenção estatal na esfera privada. Trata-se da linha de força presente no Estado social de direito, que se volta para uma jurisprudência criadora.

Há um “recoo em relação ao caráter vinculativo do texto legal”,³⁶ exigindo-se do juiz a “criação de uma medida própria de valoração e a consideração da justiça do caso concreto.”³⁷ Por conseguinte, o método da subsunção é relativizado, deixando de figurar como única forma de decidir, que agora volta-se para uma instância valorativa.

Por outro lado, assiste-se à substituição de uma instância individualista por outra, solidarista, que se torna a chave de leitura da boa-fé. Carregado de “nova carga ética”, o Direito Privado toma como pano de fundo a solidariedade social.³⁸ Abrem-se rupturas em sistemas jurídicos fechados, reportando-se a uma “ordem jurídica extra-legal”,³⁹ na qual se conjugam princípios e o preenchimento valorativo de cláusulas gerais.

O clássico esquema de contratação pautado no voluntarismo jurídico é rompido: o contrato deixa de ser o reino privilegiado da vontade e da liberdade. Princípios, antes ofuscados pelo dogma da autonomia da vontade, passam a compor o primeiro plano de uma “nova teoria contratual”: boa-fé e justiça contratual substancial. Enquanto o primeiro presta-se à tutela da confiança gerada no outro, o segundo tutela uma justiça comutativa, delineando a equivalência entre as prestações e uma distribuição equitativa dos ônus e riscos entre as partes.

A cláusula geral de boa-fé destaca-se como uma “vigorosa reação às concepções do positivismo jurídico”,⁴⁰ ao se delimitar em funções traçadas pela jurisprudência europeia, especialmente alemã: como fonte de deveres anexos e instrumentais na obrigação; como interpretação e integração das cláusulas contratuais, valorizando-se a confiança no destinatário da declaração de vontade; como limite ao exercício de prerrogativas individuais, que se mostram inadmissíveis ao contrariar a

³⁴ WIEACKER, *História...*, p. 626.

³⁵ *Ibidem*, p. 626.

³⁶ *Ibidem*, p. 627.

³⁷ *Ibidem*, p. 626.

³⁸ WIEACKER, *História...*, p. 625.

³⁹ WIEACKER, Franz apud CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 118.

⁴⁰ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 15.

boa-fé; como fundamento de revisão do contrato, que se tornou desequilibrado pela onerosidade excessiva gerada pela alteração das circunstâncias que serviam de base ao negócio jurídico.

Nesses termos, a boa-fé mostra-se um canal de comunicação entre os fatos e o Direito, que se altera diante das transformações sociais e econômicas das sociedades pós-industrializadas. Promove-se a passagem de um sistema jurídico fechado para um sistema jurídico aberto, dotado de mobilidade, que toma como pano de fundo a passagem de um Estado liberal de direito para um Estado social de direito.

2 O Percurso dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas

2.1 A negação da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e a “hipertrofia” da autonomia da vontade

Na Modernidade, as Constituições erguem-se nos Estados revolucionários como códigos dotados de unidade lógica, ocupando o topo do direito positivo e revelando-se como a fonte de toda a normatividade jurídica. Nelas, inscreve-se um catálogo de direitos fundamentais, a bandeira de racionalidade do Estado moderno levantada pela burguesia.⁴¹

Sob o primado da separação entre Estado e sociedade, reservou-se ao constitucionalismo a tarefa de regulação da ordem jurídica estatal, e à codificação, a disciplina da ordem social e econômica. Por conseguinte, Estado e sociedade constituíram-se como esferas autônomas, traduzindo a separação entre política e economia, assentadas na fratura público e privado.⁴² Os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade formal nela inscritos pelo jusracionalismo, sob os contornos do individualismo,⁴³ revelam a dimensão de direitos de defesa contra o

⁴¹ NOVAIS, *op.cit.*, p. 68.

⁴² “A distinção-oposição entre direito público e direito privado não é, pois, ‘natural’: não é lógica em si, traduz uma certa racionalidade, a do Estado burguês. Assim, podem ser postas em funcionamento na formação social. A classificação não é estritamente e vagamente histórica: está ligada à história de uma sociedade que conheceu gradualmente a dominação do modo de produção capitalista”. (MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Moraes, 1989, p. 159).

⁴³ Recolhendo influências de Guilherme de Occam, a sociedade parte dos indivíduos: átomos isolados, entes abstratos e iguais, destacados do grupo social. Rompendo os laços transcendentais que cercavam o indivíduo, o contratualismo hobbesiano prossegue a via aberta pelo nominalismo, sintetizando o homem em uma evidência racional dos impulsos naturais. Está concluído o individualismo, que destituiu o homem dos laços de socialidade firmados pelo aristotelismo, restando o indivíduo laicizado, apartado de toda metafísica religiosa. (CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*. Madrid: Trotta, 1997, p. 107).

Estado.⁴⁴ Suscitam contornos negativos, de verdadeira abstenção por parte dos poderes públicos na esfera de autodeterminação dos indivíduos.

Por conseguinte, o Estado torna-se intérprete do direito natural,⁴⁵ nos parâmetros do contrato social: combinando estatismo e anti-estatismo na salvaguarda do direito da burguesia.⁴⁶ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão expressa com clareza esse ideal revolucionário. A sociedade civil é uma “sociedade natural”, na qual se encontra o mercado, regido por leis racionais ou naturais, “invioláveis por parte do Estado”.⁴⁷

Sob a égide do Estado liberal de direito, volta-se ao mito contratualista: sujeitos livres e iguais movem-se segundo seus desejos, empreendendo o mercado, longe das interferências do Estado. Erguido pelos próprios indivíduos em estado de natureza, nada mais justo que o homem artificial (o Estado) mova-se dentro dos limites traçados pelos homens naturais, tornando presente a garantia e liberdade de exercício dos direitos. O Estado subtrai-se a toda intervenção, enquanto projeção do estado de natureza: enquanto aquele se traduz no espaço de legalidade, moldado nos limites da lei, este se traduz em um espaço de auto-regulação, regido pela autonomia da vontade. Nesse contexto, voluntarismo e liberalismo acham-se profundamente arraigados ao individualismo: a vontade é a primeira das liberdades individuais, o dogma que passa a figurar como essência de todas as categorias jurídicas.

No “Estado da ditadura da burguesia”, a codificação traz consigo um significado constitucional: toma o lugar da Constituição. Fator de unidade política dos Estados nacionais modernos, a tal ponto de se dizer, para cada Estado, um código, a codificação espelha o nacionalismo, ainda que sob intensidades diversas: na França, o *Code* é produto dos cidadãos, enquanto na Alemanha, os cidadãos são produto do BGB, prevalece o código como estatuto dos cidadãos.⁴⁸

⁴⁴ “...é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo ‘gerações’ (...) o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 5ª ed., 2005, p. 53).

⁴⁵ *Ibidem*, p. 15.

⁴⁶ “Statalismo e anti-statalismo trovano così modo di coesistere, ciascuno in un proprio ambito: il primo domina la legislazione, il secondo regna nell’amministrazione. La sovranità dello Stato è, nel primo ambito, illimitata (la legge è attuazione della ‘ragione universale’); è limitata nel secondo ambito, dall’esigenza di salvaguardare il diritto dei borghesi alla più ampia disponibilità delle risorse. Il limite all’azione dello Stato, eretto dall’art. 17 della Dichiarazione (e dall’art. 545 del code Napoléon), è la prima pietra di quell’edificio della borghesia ottocentesca che sarà lo Stato di diritto: c’è già il principio di legalità, giacché la ‘necessità pubblica’, che sola legittima il sacrificio della proprietà, deve essere ‘legalmente constatata’”. (GALGANO, *Il diritto...*, p. 18)

⁴⁷ GALGANO, *Il diritto...*, p. 13.

⁴⁸ IRTI, *L’età...*, p. 26.

O código traduz o “mundo da segurança” jurídica da burguesia,⁴⁹ em oposição ao mundo da insegurança, reservado pela multiplicidade de estatutos jurídicos herdados pelo medievo. É, nestes termos, um instrumento formidável de política econômica, que cumpre as exigências de sistematicidade. Acentuados por Franz Wieacker como “actos de transformação revolucionária”,⁵⁰ constituem a “tábua de princípios”⁵¹ do mundo privado, na qual se inscrevem a igualdade, liberdade e propriedade.

Por conseguinte, a rígida dicotomia entre público e privado sucumbe ao código como “verdadeira constituição do ideário liberal”, impresso de autenticidade superior à Constituição.⁵²

Nesse cenário, a eficácia dos direitos fundamentais é absorvida pela “hipertrofia da autonomia da vontade”. No contexto do liberalismo burguês, os direitos fundamentais têm por finalidade a proteção da sociedade contra intromissões do poder político.⁵³

Sob a dicotomia público e privado, nega-se que os direitos tenham para além do Estado, os particulares como seus destinatários. A fórmula *Drittwirkung* torna-se inútil, visto que se poderia alcançar os mesmos resultados com os instrumentos da civilística clássica.⁵⁴ Semelhante argumento é sustentado pela concepção de código como “Constituição do direito privado”. Eis que neste estão contidos os valores de uma classe sócia – a burguesia –, aos quais toda a sociedade é chamada a se reconhecer. Voluntarismo, liberalismo e individualismo se entrelaçam com vistas a fazer da vontade, a primeira das liberdades individuais o dogma que passa a figurar como essência de todas as categorias jurídicas. Se a vontade livre é um direito de resistência e oposição perante o Estado, nega-se a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, sob pena de aniquilar o dogma da autonomia da vontade.

Nesse contexto, move-se Ernest Forsthoff, que rechaça a eficácia dos direitos fundamentais perante os particulares, sob pena de destruição da autonomia privada e a lógica de liberdade expressa nas normas civilísticas.⁵⁵

⁴⁹ IRTI, *L'éta...*, p. 23.

⁵⁰ *História...*, p. 366.

⁵¹ IRTI, *L'éta...*, p. 26.

⁵² CORTIANO JR., Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas. Uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 69.

⁵³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. “Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares”. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 273.

⁵⁴ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. “¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 308.

⁵⁵ UBILLOS, *op.cit.*, pp. 308, 309.

2.2 A “hipertrofia dos direitos fundamentais” e a autonomia privada: a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

Por trás da bandeira de igualdade, levantada pela burguesia oitocentista, novas desigualdades surgiram: não mais jurídicas, porém, econômicas, geradas pela concentração de capital. O viés humanista e revolucionário da codificação moderna, revela-se como igualdade tão-somente formal, levantando-se uma nova bandeira: a luta pela igualdade substancial.

Esse processo é motivado por transformações econômicas e sociais que cercam a segunda metade do século XX: a produção industrial em massa, a formação de monopólios, a concentração de capital e os conflitos entre capitalistas e trabalhadores.⁵⁶

Porém, o “Estado da ditadura da burguesia” mostra-se incapaz de dissipar os conflitos entre capital e trabalho. A resposta a essa crise foi proclamada pelo constitucionalismo do século XX: uma configuração diversa dos poderes e funções do Estado, delineada pelo seu intervencionismo na esfera privada.

Com vistas a eliminar a tensão entre capital e trabalho, o Estado social de direito busca um equilíbrio entre desenvolvimento e bem-estar social. Sua intervenção dirige-se à tarefa de proporcionar condições de existência aos cidadãos, operando sua “integração social”.⁵⁷

Promove-se o redesenho nas relações entre Estado e sociedade, com rompimento de dicotomias que sustentavam o Estado liberal. O poder político intervém no mercado estabelecendo normas imperativas que passam a regular setores das relações interprivadas. A intangibilidade do mercado se desfaz, e restam rompidas as barreiras que separavam o público do privado. Nesse redesenho, a ideologia individualista cede diante do princípio do solidarismo, caracterizado pela supremacia da coletividade e do Estado sobre o indivíduo.

Por conseguinte, os direitos fundamentais não se constituem em mera defesa dos cidadãos contra o Estado, mas passam a desempenhar o papel de valores, que norteiam sua atuação política, no sentido de conferir prosseguimento aos direitos sociais. Eis a segunda dimensão de direitos fundamentais: delineados por um caráter positivo, não cuidam mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade dos indivíduos, mas de exigir daquele um comportamento ativo na realização da justiça social.⁵⁸

⁵⁶ BARCELONA, *Formazione...*, p. 71.

⁵⁷ NOVAIS, *op.cit.*, p. 194.

⁵⁸ SARLET, *A eficácia...*, p. 55.

Trata-se de direitos a prestações estatais, que avançam para a consagração de “liberdades sociais”, como o direito de greve, liberdade de sindicalização e os direitos sociais dos trabalhadores.⁵⁹ Encontram seu aspecto distintivo em relação aos direitos de primeira dimensão, no princípio da igualdade substancial, que lhes confere fundamento.⁶⁰

Essa nova dimensão de direitos fundamentais inscreve-se nas Constituições do segundo Pós-guerra, delineando a passagem de um “Estado de direito” para um “Estado de direitos”,⁶¹ na qual o constitucionalismo é a via eleita para um renascimento dos direitos do homem. Gustavo Zagrebelski explica o significado desta escolha: o constitucionalismo do Pós-guerra destaca-se como alternativa entre o positivismo jurídico e o direito natural, desempenhando o papel deste último.⁶²

Trazendo consigo o “projeto de uma nova sociedade”,⁶³ os textos constitucionais albergam os princípios de Direito Privado: “a propriedade, a família e o contrato, ingressam nas Constituições”,⁶⁴ delineando a constitucionalização da civilística clássica. Inaugura-se o movimento por uma tutela unitária e integral da pessoa, que encontra acolhida em normas abertas, inscritas nos textos constitucionais. Coloca-se em primazia a dignidade da pessoa humana, que fundamenta o reconhecimento dos direitos fundamentais. Eis o “novo humanismo”⁶⁵ que subtrai as relações jurídico-privadas do patrimonialismo das codificações modernas.

Assiste-se um movimento contrário: o código despe-se dos contornos de “Constituição do direito privado”.^{66/67} Na preocupação de eliminar as desigualdades geradas pelo “despotismo econômico”, reúne-se na Constituição o papel de “fonte suprema do direito público” e “lei fundamental do direito privado”.⁶⁸

⁵⁹ SARLET, *A eficácia...*, p. 56.

⁶⁰ Do mesmo modo que as dimensões de direitos fundamentais atuam em sentido cumulativo, e não substancial, o Estado social de direito representa a síntese entre Estado social e Estado de direito liberal. (Cf. BARCELLONA, *Formazione...*, p. 80.)

⁶¹ Expressão de: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 3ª ed. Madrid: Trotta, 1999, p. 65.

⁶² *Op.cit.*, p. 65.

⁶³ IRTI, *L'età...*, p. 75.

⁶⁴ GOMES, Orlando. “A agonia do código civil”. *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Rio de Janeiro, a. 4, n. 7, pp.1-9, jul. 1988, p. 6.

⁶⁵ FIGUEIRA, *op.cit.*, p. 108.

⁶⁶ “Expressão de Michelli Giorgianni”. In “O direito privado e as suas atuais fronteiras”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 747, jan. 1998, pp. 35-55.

⁶⁷ “A época da sociedade burguesa, cuja expressão mais tardia foi o Código Civil, chegou ao fim. Com a passagem dessa era retrocedeu também a pretensão de vigência do direito civil e do seu ideal jurídico. Ao retroceder esse modelo avançaram para primeiro plano os momentos ‘coletivo’ e ‘social’ como forças determinantes da ordem jurídico-constitucional. Este desenvolvimento ocorre, num primeiro momento, de forma mais clara, no direito do trabalho, e, depois, na formação de ‘novos’ setores jurídicos.” (QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais (teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 276).

⁶⁸ GALGANO, *Il diritto...*, p. 58.

Nesse cenário, importa considerar a normatividade constitucional: as normas de direitos fundamentais impõem-se ao Direito Privado como “normas objetivas”, isto é, pelo seu conteúdo.⁶⁹ Encontra lugar o “efeito de irradiação”, a “vis expansiva” dos direitos fundamentais sobre a esfera privada, travando-se um debate em torno de sua aplicabilidade direta ou indireta e de sua eficácia perante terceiros.

Os direitos fundamentais expressam “valores jurídico objetivos”, “decisões de valor” que se estendem sob toda ordem jurídica. Assiste-se, segundo Juan María Bilbao Ubillos, a uma incontível vocação expansiva dos direitos fundamentais, delineados por normas, que, ao mesmo tempo em que se mostram passíveis de aplicação direta e imediata contêm um substrato aberto, passível de se expandir pelo ordenamento.

*Asistimos, en efecto, a un proceso de continua expansión de los derechos fundamentales, en varias direcciones. Su contenido se enriquece incesantemente: día a día, los tribunales descubren nuevas posibilidades (a veces insospechadas) de penetración de aquellos derechos. nuevos escenarios en los que se estima que pueden operar.*⁷⁰

Conclui-se o movimento inverso: a “hipertrofia dos direitos fundamentais”⁷¹ impõe-se à autonomia privada, consolidando a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

2.3 O debate da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

2.3.1 As teses monistas: eficácia imediata

A trajetória dos direitos fundamentais, como normas de valor aplicáveis à ordem jurídica, fundamenta-se no princípio da unidade do ordenamento jurídico e na força normativa da Constituição: a normativa constitucional não se reduz à mera regra hermenêutica, é norma de comportamento com aplicabilidade imediata nas relações interpretadas.⁷² Eis os fundamentos tomados pela tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, na Alemanha, do segundo pós-guerra, delineando as teorias monistas.

Trata-se de conceber a validade absoluta dos direitos fundamentais como direitos subjetivos ou normas de valor, que não vinculam apenas o poder público mas oponíveis a entidades privadas e indivíduos que se constituem em situações reais de poder equiparáveis à supremacia do Estado.⁷³

⁶⁹ QUEIROZ, *op.cit.*, p. 274.

⁷⁰ UBILLOS, *op.cit.*, p. 306.

⁷¹ QUEIROZ, *op.cit.*, pp. 278, 279.

⁷² MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 22.

⁷³ MAC CRORIE, *op.cit.*, p. 21.

Dentre as primeiras vozes que proclamaram a *Drittwirkung* dos direitos fundamentais, destaca-se Nipperdey, que ao presidir o Tribunal Federal do Trabalho (BAG), em 1954, proclamou os direitos fundamentais como princípios ordenadores da vida social, que têm caráter vinculante, aplicável de forma direta e imediata no tráfico jurídico privado.

Por conseguinte, os direitos fundamentais não necessitam de qualquer transformação para serem aplicados às relações inter-privadas, pois assumem o significado de direito de defesa oponíveis perante particulares, restando inadmissíveis limitações contratualmente ajustadas.⁷⁴

2.3.2 As teses dualistas: eficácia mediata

Não obstante o princípio da vinculação direta e imediata dos particulares aos direitos fundamentais tenha surgido nas cortes germânicas do segundo Pós-guerra, não foi esta a tese que prevaleceu.

Para tanto, o caso Lüth mostrou-se paradigmático no acolhimento, embora não expresso, de uma eficácia mediata ou tão-somente indireta dos direitos fundamentais entre particulares, compondo o quadro das teses dualistas.

Em 1950, o diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth sustentou um boicote público contra um filme de cunho anti-semita, exibido durante a ditadura nazista. Com base no § 826, do BGB, o Tribunal de Justiça de Hamburgo impôs a Lüth que se abstivesse do boicote. Porém, em sede de recurso, a Corte Constitucional proclamou que o Tribunal Estadual de Hamburgo desconsiderou um direito fundamental de Lüth, nas relações privadas: a liberdade de expressão e de informação. Trata-se de dizer: o tribunal de instância inferior ignorou o efeito de irradiação do direito à liberdade de expressão, ao interpretar a cláusula geral de contrariedade aos bons costumes do § 826, do BGB.

A decisão contém um viés de ruptura com o paradigma até então prevalecente: uma lide entre particulares só pode ser resolvida pelos instrumentos de direito privado, não restando qualquer importância aos direitos fundamentais.⁷⁵ Eis que estes últimos são recepcionados como uma ordem objetiva de valores, centrada na dignidade da pessoa humana, estendendo suas influências no direito civil. Contudo, considera-se que a “*vis expansiva*” dos direitos fundamentais como ordem de valores ocorre de forma indireta: sua concretização prescinde de cláusulas gerais inscritas pelo direito infraconstitucional.

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. In _____. (Org.). *A Constituição Concretizada. Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, pp. 122, 123.

⁷⁵ MAC CRORIE, *op.cit.*, p. 26.

Está concluída a tese dualista, afirmada por Günter Dürig, segundo a qual os direitos fundamentais atuam como uma ordem objetiva de valores, que conduz à interpretação do Direito Privado. Para tanto, avulta a mediação do legislador ou do juiz.

A eficácia por meio da ação legislativa deve buscar um equilíbrio entre os direitos e valores em conflito: a realização dos direitos fundamentais depende da lei infraconstitucional.

Já a mediação do juiz mostra-se como uma via “*light*”⁷⁶ de irradiação dos direitos fundamentais. No desempenho da função jurisdicional, esses últimos são tomados na interpretação das normas infraconstitucionais. A materialização dos direitos fundamentais ocorre através de normas abertas, como cláusulas gerais e conceitos indeterminados, e na interpretação de qualquer norma de Direito Privado. O escopo dessa diretiva é filtrar o conteúdo da normativa constitucional, ao projetar-se sobre a esfera privada, conservando sua autonomia.⁷⁷

Por conseguinte, as teorias dualistas negam aos direitos fundamentais os contornos de direitos subjetivos, que atuariam com eficácia absoluta nas relações entre particulares, requerendo, para tanto, a mediação do legislador ou do juiz. Há, nesta diretiva, o esboço de uma resposta ao temor constante, traduzido pela eficácia imediata dos direitos fundamentais: a completa destituição de autonomia do direito civil, substituindo-o pelo direito constitucional, e aniquilando com seu núcleo, a autonomia privada.

Tais argumentos, que já cerceavam a negação da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, são apenas parcialmente refutados pelo papel criador do juiz que concretiza cláusulas gerais para subsistir sob contornos positivistas. Os direitos fundamentais restam recepcionados como meros parâmetros interpretativos, ou ainda, princípios gerais do direito com vistas a integrar lacunas e precisar o sentido da lei.⁷⁸

Nesse contexto de vinculação indireta dos particulares aos direitos fundamentais, ainda se destacam a teoria dos deveres de proteção e a doutrina americana da *state action*.

Sustenta, a primeira, que as normas definidoras de direitos fundamentais impõem ao Estado o dever de proteção aos particulares contra agressões que estes sofram aos bens jurídicos constitucionalmente assegurados, ainda que tal agressão advinha de outros particulares. Para além de uma função de defesa, os direitos fundamentais revelam imperativos de tutela: o Estado tem o dever de proteger os particulares contra quaisquer ameaças aos seus direitos fundamentais, quando estas resultem da atividade de outros particulares.⁷⁹

⁷⁶ UBILLOS, *op.cit.*, p. 313.

⁷⁷ MAC CRORIE, *op.cit.*, p. 24.

⁷⁸ Cf. UBILLOS, *op.cit.*, p. 314.

⁷⁹ MAC CRORIE, *op.cit.*, p. 28.

Nessa perspectiva, a eficácia indireta encontra aplicabilidade para além das cláusulas gerais e conceitos indeterminados, impondo ao poder público, a obrigação de zelar pelos direitos fundamentais perante outros particulares. Em última instância, não se ultrapassa o plano da vinculação tão-somente do Estado aos direitos fundamentais.

Com vistas a fugir do debate acerca da eficácia imediata ou mediata dos direitos fundamentais, a alternativa norte-americana da *station action* sustenta que os direitos fundamentais vinculam apenas o Estado aos particulares, mas não os particulares entre si. Porém, as cortes norte-americanas ampliaram o sentido desta vinculação para casos excepcionais: em situações nas quais o particular exerce função estatal típica, ou quando justifica-se imputar ao Estado a responsabilidade pela conduta do particular.⁸⁰

Os termos mais estritos com que essas duas teorias concebem a eficácia dos direitos fundamentais perante os particulares, permite identificar em seus contornos a permanência no âmbito de vinculação do Estado.

3 A Boa-Fé como um “Mar Sem Fronteiras” e os Limites da Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais

3.1 A boa-fé nas codificações brasileiras

O movimento de codificação, vivido pela Europa continental, sob o lema “um Estado, um código”, durante o século XIX, somente encontrou lugar no cenário jurídico nacional, em 1917. Dissociado da realidade nacional, o Código de Clóvis Beviláqua reunia o “espírito sistematizador” de perfil geometrizar ao centralismo jurídico de tradição luso-brasileira,⁸¹ restando como: ...obra de homens da classe média, que o elaboraram nesse estado de espírito, isto é, na preocupação de dar ao país um sistema de normas de direito privado que correspondesse às aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção.⁸²

Não obstante as referências contidas no direito pré-codificado e projetado, imperou a ausência de disposição legislativa no Código de 1916 acerca da boa-fé objetiva: as referências esparsas dos artigos 1443 e 1444, que poderiam revelar o princípio em sua vertente objetiva à falta de uma regra geral nos moldes do § 242 do BGB, ganhou uma leitura subjetivada por parte da doutrina, restando delineada como boa intenção. Trata-se da mesma doutrina, cujo papel se traduziu em um silêncio capaz de reduzir as potencialidades do artigo 131, I, do Código Comercial, como orientação para interpretação do negócio jurídico.

⁸⁰ MAC CRORIE, *op.cit.*, p. 38.

⁸¹ MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, p. 266.

⁸² GOMES, *Raizes...*, pp. 30, 31.

Compõe-se o quadro de “domesticação da boa-fé”: é admitida tão-somente nos limites do princípio da autonomia da vontade. Trata-se da projeção da racionalidade codificada, afeta aos valores do liberalismo, para a doutrina e jurisprudência brasileiras, sob os moldes do positivismo jurídico, asseverando Antônio Junqueira AZEVEDO:

Há, nessa omissão do Código Civil brasileiro, um reflexo da mentalidade capitalista da segunda metade do século XIX, mais preocupada com a segurança da circulação e desenvolvimento das relações jurídicas do que com a justiça material dos casos concretos, porque a verdade é que o Código Comercial brasileiro, muito anterior ao Código Civil (o Código Comercial é de 1850), já tinha regra genérica sobre a boa-fé – é o artigo 131, sobre *interpretação* contratual.⁸³

Não obstante a ausência de previsão expressa, a boa-fé manteve-se por muito tempo como princípio implícito do direito das obrigações, representando o resultado de exigências éticas.⁸⁴

Em um momento no qual já se considerava a codificação como “modo superado de legislar”,⁸⁵ entra em cena a recodificação de 2002, trazendo consigo a positivação do princípio da boa-fé. Reunindo influências do *Codice* italiano de 1942 e da codificação portuguesa de 1966, o novo Código Civil brasileiro conjuga a permanência da tradição jurídica anterior com as inovações alcançadas pela jurisprudência brasileira, ao longo do século XX.

No Direito continental europeu, esse fenômeno suscitou o redesenho das relações entre sociedade política e civil. Assevera Natalino Irti que diante da crise do Estado e das transformações das relações de mercado, os indivíduos encontram refúgio e proteção nas normas codificadas, operando uma “desconstitucionalização” da vida privada e um retorno ao Código Civil, que se restaura como “plusvalor político”.⁸⁶

⁸³ “A boa-fé na formação dos contratos”. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 87, pp. 79-90, 1992, p. 81.

⁸⁴ “Quando num código não se abre espaço para um princípio fundamental, como se fez com o da boa-fé, para que seja enunciado com a extensão que se pretende, ocorre ainda assim a sua aplicação por ser o resultado de necessidades éticas essenciais, que se impõem ainda quando falte disposição legislativa expressa. A percepção ou a captação de sua aplicação torna-se muito difícil, por não existir uma lei de referência a que possam os juízes relacionar a sua decisão”. (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. “O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português”. In FRADERA, Vera Maria Jacob de [Org.]. *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 33-58, p. 49).

⁸⁵ SACCO, Rodolfo. “Codificare: modo superato de legiferare?” *Rivista di diritto civile*. Ano XXIX, n° 2, marzo-aprile, pp. 117-135, 1983. O autor quer demonstrar que, embora declare-se que “O código civil está morto. O tempo em que se codificava – especialmente, em que se codificava o direito civil – é um tempo superado”, a codificação permanece como instrumento técnico-jurídico.

⁸⁶ *Codice Civile e società politica*. Roma: Laterza, 1995, pp. 9, 12.

No cenário nacional, esse fenômeno se reflete na retirada do Estado brasileiro da sociedade civil, que aos poucos se processa. A Constituição ainda não exaure sua “energia criativa” e “capacidade unificante”.⁸⁷ Mas, o código erige-se com o escopo de restaurar-se como “plusvalor político”,⁸⁸ o “diploma básico da disciplina das relações de natureza privada...”⁸⁹ Para tanto, a nova codificação faz suas as diretrizes da “socialidade” da “eticidade” e da “operabilidade”.⁹⁰

Por conseguinte, quebra-se o silêncio da codificação de 1916, acolhendo-se a boa-fé como princípio geral do direito das obrigações, sob os contornos de uma cláusula geral, em seu artigo 422. Objeto de críticas por parte da doutrina, esse dispositivo traz consigo o debate acerca do temor das cláusulas abertas.

A mera presença de cláusulas gerais no Código Civil de 2002 não o afasta completamente do século XIX. Semelhantes “janelas” já existiam nas codificações oitocentistas, revelando-se inúteis diante da racionalidade positivista. A diretriz da “operabilidade” depende do papel do intérprete na tarefa de construção de conteúdo para as normas abertas. Por outras palavras, o atual Código eleva o debate a uma questão hermenêutica, na qual se destaca a leitura constitucional.

É nesse momento, que a axiologia constitucional pode presidir a leitura da boa-fé como ressalta 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.”⁹¹

3.2 A abertura constitucional para a boa-fé

No Brasil, o Estado social de direito foi recepcionado pela Constituição da República de 1988, sob a denominação Estado democrático de direito.⁹² Ele revela em

⁸⁷ IRTI, *Codice...*, p. 10.

⁸⁸ IRTI, *Codice...*, p. 9.

⁸⁹ AMARAL, Francisco. “O projeto de Código Civil”. *Revista brasileira de direito comparado*. Rio de Janeiro: Publicação semestral do Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, nº 16, pp. 23-47, 1º sem. 1999, p. 28.

⁹⁰ REALE, Miguel. *Estudos preliminares do código civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 36.

⁹¹ TEPEDINO, Gustavo. “Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002”, pp. XV-XXXIII. In ____ (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. XX.

⁹² Jorge Reis NOVAIS caracteriza-o como Estado social e democrático de direito: “...o Estado de Direito da nossa época é, por definição, social e democrático, pelo que, em rigor, seria desnecessária, por pleonástica, a referida adjetivação. Todavia, a sua utilidade reside na transparência com que elucida as dimensões essenciais de uma compreensão actualizada do velho ideal de limitação jurídica do Estado com vista à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. De facto, ela sugere imediatamente a confluência no mesmo princípio estruturante da ordem constitucional de três elementos que poderíamos sintetizar por: a segurança jurídica que resulta da protecção dos direitos fundamentais, a obrigação social de configuração da sociedade por parte do Estado e a autodeterminação democrática”. (*op.cit.*, p. 224)

seu núcleo a dignidade da pessoa humana, definindo os contornos de uma axiologia material, herdada do Pós-guerra. Trata-se do movimento por uma tutela unitária e integral da pessoa, que encontra acolhida em normas abertas, inscritas nos textos constitucionais.⁹³ Colocar em primazia a dignidade da pessoa humana leva ao reconhecimento de direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico e na garantia de condições para o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Por conseguinte, a presença do Estado democrático de direito na Constituição da República de 1988 impulsiona um movimento de constitucionalização do Direito Privado. O contrato, a propriedade e a família passam a ser lidos à luz da Constituição.⁹⁴

Nesse contexto, é insuficiente constatar a mera transposição de princípios do texto codificado para o texto da Lei Maior,⁹⁵ pois a constitucionalização não se limita à mera mudança de unidade no cenário legislativo, mas traz consigo um significado axiológico.⁹⁶ Os valores constitucionais irradiam de um “valor-fonte”: a dignidade da pessoa humana.⁹⁷ Nela repousa a “chave de leitura”⁹⁸ da civilística atual, justificando-se que a Constituição da República substitua o Código civil no papel de fonte valorativa da disciplina das relações interprivadas:

A transposição das normas diretas do sistema de Direito Civil do texto do Código Civil para o da Constituição acarretou relevantíssimas consequências jurídicas que se delineiam a partir da alteração da tutela, que era oferecida pelo Código ao ‘indivíduo’, para a proteção, garantida pela Constituição, à dignidade da pessoa humana, elevada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil.⁹⁹

⁹³ Essa tendência inicia-se com a Constituição de Weimar de 1919 e estende-se para as Constituições que promulgam por toda a Europa continental, no período do segundo Pós-guerra: a Constituição de Bonn de 1949 declara que a “dignidade da pessoa humana é inviolável”, e a Constituição italiana de 1947 assevera em seu art. 2.º: “...la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo o en las formaciones sociales donde desarrolla su personalidad”. (SESSAREGO, Carlos Fernández. “Protección a la persona humana”. In ADORNO, Luis, et al. *Daño y protección a la persona humana*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1993, pp. 21-80, p. 40).

⁹⁴ Gustavo Tepedino aponta o erro de se “pretender adaptar a Constituição ao Código Civil, sendo indispensável proceder em sentido inverso, de modo a reter e forjar todo o tecido infraconstitucional sob o manto inovador e vinculante do texto maior”. (TEPEDINO, Gustavo. “As relações de consumo e a nova teoria contratual”. In _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 199-215, p. 206)

⁹⁵ TEPEDINO, Maria Celina B. M., “A caminho de um direito civil constitucional”. *Revista de Direito Civil (Imobiliário, Agrário e Empresarial)*, São Paulo, n. 65, pp. 21-32, jul./set. 1993, p. 68.

⁹⁶ TEPEDINO, Maria Celina B. M., *op.cit.*, p. 68.

⁹⁷ “Assim, a coerência e a univocidade das transformações ocorridas na organização familiar, no contrato e na propriedade são alcançadas por meio da compreensão de tais transformações nos quadros de um direito civil informado pelos princípios estabelecidos na Constituição, dentre os quais, como é de todos sabido, ressalta, com supremacia, o princípio da dignidade da pessoa humana...” (*Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 61).

⁹⁸ NEGREIROS, *Teoria...*, p. 59.

⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.p. 74. “Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar

Proclamado dentre os fundamentos do Estado democrático de direito, o princípio da dignidade da pessoa humana afirma-se como linha orientadora da interpretação de toda a ordem jurídica, tradução de um personalismo ético que lhe confere unidade.¹⁰⁰ Insere-se nos quadros de uma racionalidade que não se limita à lógica-formal, de contornos formalistas assentados na “regra-exceção”,¹⁰¹ mas de contornos valorativos. Para tanto, avulta o papel do jurista, que, ao se valer da aplicabilidade direta dos princípios constitucionais, empreende a “repersonalização do direito civil, ou a polarização da teoria em volta da pessoa”, com vistas a “repor o ‘indivíduo e os seus direitos no topo da regulamentação *jure civile*’, não apenas ‘como o actor que aí privilegiadamente intervém mas, sobretudo, como o móbil que privilegiadamente explica a característica técnica dessa regulamentação’”.¹⁰²

Como corolário desse “novo humanismo”,¹⁰³ os princípios da igualdade, da liberdade e da solidariedade¹⁰⁴ conferem primazia à boa-fé como “cláusula geral de tutela da pessoa humana”.¹⁰⁵

Se o esvaziamento da civilística clássica de qualquer “significado constitucional” implicou o esvaziamento do conteúdo “eticizante” da boa-fé, diante da “hipertrofia da autonomia da vontade”, este lhe é restituído pela axiologia do “direito civil-constitucional”.¹⁰⁶ Trata-se de uma interpretação sistemática que, centralizada em torno da dignidade da pessoa humana, impõe deveres de solidariedade aos contratantes.¹⁰⁷

a completa transformação do Direito Civil, de um Direito que não mais encontra nos valores individualistas codificados o seu fundamento axiológico.” (MORAES, *op.cit.*, p. 74).

¹⁰⁰ FIGUEIRA, *op.cit.*, p. 110.

¹⁰¹ “É a partir da Constituição (arts. 1.º e 2.º) que se consegue estabelecer a unidade do Código Civil, para se evitar que os juristas, presos ao dogma do vício formalista, movendo-se no plano abstracto do sistema jurídico, ordenem as normas, segundo os princípios da lógica-formal, numa relação regra-exceção, levando aos casos concretos soluções injustas por erro de compreensão e de interpretação do ordenamento normativo global.” (FIGUEIRA, *op.cit.*, p. 110).

¹⁰² CARVALHO, Orlando de. *Para uma teoria da relação jurídica civil*. 2. ed. atual. Coimbra: Centelha, 1981. v. 1: teoria geral da relação jurídica - seu sentido e limites, p. 10.

¹⁰³ FIGUEIRA, *op.cit.*, p. 108.

¹⁰⁴ Cf. MORAES, *op.cit.*, p. 85.

¹⁰⁵ Neste sentido, NEGREIROS, *Teoria...*, p. 117.

¹⁰⁶ Utilizou-se tal denominação, não obstante asseverar Gustavo TEPEDINO: “A adjetivação atribuída ao direito civil, que se diz constitucionalizado, socializado, despatrimonializado, se por um lado quer demonstrar, apenas e tão somente, a necessidade de sua inserção no tecido normativo constitucional e na ordem pública sistematicamente considerada, preservando, evidentemente, a sua autonomia dogmática e conceitual, por outro lado poderia parecer desnecessária e até errônea. Se é o próprio direito civil que se altera, para que adjetivá-lo? Por que não apenas ter a coragem de alterar a dogmática, pura e simplesmente? Afinal, um direito civil adjetivado poderia suscitar a impressão de que ele próprio continua como antes, servindo os adjetivos para colorir, com elementos externos, categorias que, ao contrário do que se pretende, permaneceriam imutáveis” (“Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil”. In _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 21).

¹⁰⁷ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 261.

A boa-fé subtrai-se à atrofia codificada e traduz um “processo de objetivação da tutela”¹⁰⁸ contratual: despe-se de qualquer configuração residual que lhe possa ser atribuída na órbita dos princípios gerais do direito, conformando, segundo Teresa Negreiros, as situações patrimoniais às situações existenciais.¹⁰⁹ Sob essa instância solidarista, transmutam-se as relações entre boa-fé e autonomia privada: aquela não é mero “instrumento alternativo, reativo, antagônico, mas fundamentalmente construtivo”,¹¹⁰ à luz do qual, esta resta funcionalizada. Por conseguinte, opera-se o reverso da “represonalização” – a “despatrimonialização” –, como revela Carmem Lúcia Silveira Ramos: “...não significa a exclusão do conteúdo patrimonial no direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valoração qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana (e o meio ambiente) e distribuir as riquezas com maior justiça”.¹¹¹

3.3 Os limites da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e a cláusula geral de boa-fé

Proclamada como um “*une mer sans rivages*”,¹¹² a cláusula geral de boa-fé destaca-se pela imprecisão de seus contornos. Nestes termos, delinea-se como uma norma aberta, que “em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos.”¹¹³

¹⁰⁸ MUSIO, Antonio. *La bona fede nei contratti dei consumatori*. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 64.

¹⁰⁹ Assiste-se ao esforço de obter-se um equilíbrio mínimo nas relações contratuais, em nome da igualdade substancial; impõem-se deveres de conduta às partes em nome da lealdade da informação e proteção, que deve presidir a relação obrigacional, desde os seus primeiros aos últimos instantes, reputada pela solidariedade; limitam-se as prerrogativas contratuais na medida em que atentem contra a reciprocidade; ou ainda, quando suscitem quebra da confiança, ultrapassando-se os limites da liberdade individual para ater-se ao outro, em homenagem à justiça social, eis que a liberdade conforma-se ao dever de solidariedade social; “A incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina uma valorização da dignidade da pessoa, em substituição à autonomia do indivíduo, na medida em que se passa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana”. (NEGREIROS, *Fundamentos...*, p. 281)

¹¹⁰ “Assim, a boa-fé e a autonomia da vontade constituem princípios que devem ser harmonizados em bases mutuamente includentes”. (NEGREIROS, *Fundamentos...*, p. 272)

¹¹¹ Carmem Lúcia Silveira RAMOS: “Esta despatrimonialização do direito civil não significa a exclusão do conteúdo patrimonial no direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valoração qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana (e o meio ambiente) e distribuir as riquezas com maior justiça.” (“A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras”. In FACHIN, Luiz Edson [Coord.]. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 3-29, p. 16).

¹¹² DAVID-CONSTANT, Simone. “La bonne foi: une mer sans rivages”. In _____. (Org.) *La bonne foi. Actes du colloque organisé le 30 mars 1990 par la Conférence libre du jeune barreau de Liège*. Bélgica: A.S.B.L. Editions du Jeune Barreau de Liège, 1990.

¹¹³ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução: J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 229.

Na descrição da *fattispecie*, a cláusula geral combina termos vagos e imprecisos, conferindo ao julgador poder para criar a norma aplicável ao caso concreto. Trata-se de dizer: a cláusula geral permite um espaço de intervenção criativa ao promover a construção de uma norma individual. Tais características rendem à cláusula geral uma abertura para o mundo dos valores, cabendo ao juiz determiná-los, procedendo a uma “decisão de valores”.¹¹⁴

Nesse espaço de indeterminação intencional, a cláusula geral desempenha funções de abertura e mobilidade do sistema jurídico. A abertura realiza uma integração no sistema jurídico de acordo com as mudanças sociais, enquanto a mobilidade é traduzida como inserção de elementos extrajurídicos, que operam uma adequação valorativa e um retorno dialético ao sistema. Em atenção a essa mobilidade, a cláusula geral é chamada a realizar ligações intersistemáticas,¹¹⁵ como a que se revela entre Código Civil e Constituição.

Subtraída da “inutilidade da interpretação positivista”,¹¹⁶ a cláusula geral de boa-fé, desenhada pelo artigo 422 do Código Civil brasileiro, mostra-se como uma “via suave e flexível”¹¹⁷ à eficácia dos direitos fundamentais. Eis a tese vencedora nas Cortes germânicas: os direitos fundamentais irradiam no Direito Privado por meio de cláusulas gerais e conceitos carentes de interpretação e integração, suscitando tão-somente, uma eficácia mediata ou indireta.

Na Alemanha, orientado por essa perspectiva, o Tribunal Constitucional Federal fixou os limites da liberdade de contratar no Direito Privado. Em pauta, estavam fianças contraídas por familiares do devedor, que viam-se comprometidos com todos os seus rendimentos futuros com o pagamento dos juros, sem sequer arcar com o principal da dívida garantida.

Corrigindo o formalismo da decisão do Superior Tribunal Federal, segundo a qual a fiança seria válida em homenagem ao princípio da liberdade de contratar, aquela corte proclamou: há nisto violação ao livre desenvolvimento da personalidade, expresso no artigo 2º, I, da Lei Fundamental. Não pode uma parte preponderar sobre outra, a ponto de determinar, unilateralmente, o teor do contrato. Considerando-se o efeito irradiador dos direitos fundamentais, a garantia prevista no artigo 2º, I, da Lei Fundamental deve ser observada, aplicando-se para tanto, o critério dos bons costumes do § 138 e os parâmetros do princípio da boa-fé do § 242 do BGB.¹¹⁸

¹¹⁴ JALUZOT, Béatrice. *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative de droit français, allemand et japonais*. Paris: Dalloz, 2001, p. 75.

¹¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 99.

¹¹⁶ WIEACKER, *El principio...*, p. 32.

¹¹⁷ UBILLOS, *op.cit.*, p. 313.

¹¹⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 229.

Em outra decisão, proferida pelo mesmo tribunal, as cortes germânicas estabeleceram restrições à liberdade de contratar decorrentes do efeito irradiador dos direitos fundamentais. Um jovem aprendiz de torneiro mecânico publicara no jornal um artigo contra a construção de uma usina nuclear. Tal artigo pareceu ao seu empregador uma violação contra seu empreendimento, levando-o à recusa de celebrar com o jovem aprendiz um contrato de trabalho. Acionado por este, com vistas a obrigá-lo contratar, o empregador viu sua recusa considerada pelo Tribunal como discriminação que violava a liberdade de expressão de opinião, prevista no artigo 5º, I, da Lei Fundamental. Em tal pronunciamento, o Tribunal Constitucional Federal cassou a decisão do Tribunal Federal do Trabalho, fundamentando-se em uma cláusula geral que obriga a observância dos princípios do direito e da equidade por parte do empregador no tratamento de seus trabalhadores, abstendo-se de tratamentos discriminatórios em virtude de suas convicções políticas,¹¹⁹ termos em que, a violação de um direito fundamental determinou a obrigação de contratar.

Em decisões como essa, o efeito irradiador dos direitos fundamentais move-se no Direito Privado, por intermédio de cláusulas gerais, restando uma influência diferenciada.¹²⁰

Amparado em uma teoria dos deveres de proteção, que em última instância, vinculam tão-somente o Estado aos direitos fundamentais, Claus-Wilhelm Canaris afasta sua “eficácia externa imediata” na esfera privada. Eis que semelhante teoria torna inteiramente supérfluo o recurso às cláusulas gerais, destituindo o direito contratual e a responsabilidade civil de sua autonomia, restando, em larga escala, sua substituição pelo direito constitucional.¹²¹

Por conseguinte, os direitos fundamentais atuam como um recurso à concretização das cláusulas gerais, delineando-se a “eficácia externa mediata”, asseverando Claus-Wilhelm Canaris:

Ao contrário do que ocorre com as leis, verifica-se que contratos, negócios jurídicos e outros atos de sujeitos jusprivatistas não constituem objeto de um exame direito com base nos direitos fundamentais, pois as pessoas que executam esses atos não são, como já foi exposto, destinatários dos direitos fundamentais. Não obstante, os direitos fundamentais também exercem sua influência nestes

¹¹⁹ Trata-se do § 75 da Lei de Organização de Empresas, referida por CANARIS, *A influência...*, p. 231.

¹²⁰ “... há uma diferença essencial entre esse caso e o caso Lüth, pois no segundo a influência da Constituição fez que uma cláusula geral juscivilista – a saber, o § 826 do BGB -, não podia ser aplicada, contrariamente à opinião dos tribunais cíveis, pois, caso assim fosse, um direito fundamental – isto é, a liberdade de opinião do Sr. Lüth – teria sido violado. Em contrapartida, o Tribunal Constitucional Federal supõe nos casos de fiança, de modo exatamente inverso, que uma cláusula geral – a saber, §138 ou §242, ambos do BGB – deve ser aplicada, contrariamente à intenção do Superior Tribunal Federal, pois, do contrário, seria violado um direito fundamental, designadamente o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade.” (CANARIS, *A influência...*, p. 229)

¹²¹ CANARIS, *A influência...*, p. 235.

casos. (...) os direitos fundamentais produzem efeitos também nas relações interpretadas, e isto, de certo modo, por via oblíqua: precisamente porque o Estado ou o ordenamento jurídico estão, em princípio, obrigados a proteger um cidadão contra o outro também nas relações entre si.¹²²

Na esteira das cortes germânicas,¹²³ os tribunais brasileiros começam a se pronunciar sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Nesse sentido, encontra-se a decisão proferida pelo STJ, em pedido de *habeas corpus* com o propósito de afastar decreto de prisão de uma taxista, em razão de inadimplemento de contrato de alienação fiduciária em garantia. Considerando-se a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado democrático de direito (artigo 1º, III), resultam a liberdade e a igualdade como direitos fundamentais. Tais direitos foram contrariados pelo decreto de prisão, restando afastado.

Para tanto, o Min. Ruy Rosado de Aguiar invocou em seu voto, a eficácia dos direitos fundamentais e a cláusula geral de bons costumes, prevista no artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, restando uma ponderação de valores. O direito de cobrança da dívida pelo credor, de natureza patrimonial, deve ceder diante da liberdade de locomoção do devedor e da igualdade entre as prestações do contrato de alienação fiduciária em garantia.

Em outra decisão, proferida pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, proclamou-se a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Trata-se de contrato de plano de saúde, no qual a operadora negou-se a indenizar despesas com transplante de órgão realizado pelo segurado, com fundamento em cláusula contratual expressa, excluindo a cobertura.

Porém, o Tribunal asseverou que a saúde é direito fundamental, oponível tanto ao Estado, como ao particular. E para além disso, a prestadora de serviços de saúde não pode se recusar a tal tratamento, sob pena de contrariedade à boa-fé objetiva, pois “... referido princípio impõe a prevalência do interesse social sobre o econômico, tendo em conta o direito à saúde, à vida e à dignidade humana.”¹²⁴

As decisões, acima referidas, movem-se em um contexto de constitucionalização de toda a ordem jurídica. Os direitos fundamentais afirmam-se como uma ordem objetiva de princípios e valores, que conformam a interpretação das normas privadas à Constituição, ponderando Ingo Wolfgang Sarlet: as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais, impondo-

¹²² CANARIS, *A influência...*, pp. 237, 238.

¹²³ Analogamente à “Dritwirkung mediata” do direito germânico, a regra de *correttezza*, prevista no artigo 1175 do Codice Civile italiano, resta valorizada, como instrumento de inserção dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas.

¹²⁴ MINAS GERAIS. “Tribunal de Alçada de Minas Gerais”. Ap. Cív. nº 264.003-9, rel. Juíza Maria Elza, j. 10.02.99. In *JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA. Cível e comércio. Planos de Saúde*, 193. Curitiba: Juruá, 2002, p. 117.

se uma interpretação das normas privadas (infraconstitucionais) conforme os parâmetros axiológicos contidos nas normas de direitos fundamentais, o que habitualmente (mas não exclusivamente) ocorre quando se trata de aplicar os conceitos indeterminados e cláusulas gerais do direito privado.¹²⁵

Por conseguinte, a boa-fé é subtraída do temor de arbitrariedade e imprecisão que lhe renderam os contornos de “um mar sem fronteiras”. Com vistas a conferir-lhe “precisão-jurídico-teórica” não resta ao intérprete outra saída, senão procurar na Constituição, a pauta axiológica de sua concretização. Nestes termos, os direitos fundamentais mostram-se como diretivas de interpretação e aplicação das cláusulas gerais.¹²⁶

Nesse contexto, recolhe-se a transposição para a jurisprudência brasileira do princípio da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, em relações de desigualdade de poder. Porém, essa vinculação não pode ser apenas indireta, como sustentou o Min. Ruy Rosado de Aguiar em seu voto: Não me parece que a eficácia na relação de direito privado seja somente indireta, pois bem pode acontecer que o caso concreto exija a aplicação imediata do preceito constitucional, quando inexistir norma infraconstitucional que admita interpretação de acordo com a diretiva constitucional, ou faltar cláusula geral aplicável naquela situação, muito embora esteja patente a violação ao direito fundamental.¹²⁷

Eis que sustentar uma eficácia tão-somente mediata dos direitos fundamentais significa subtraí-los da condição de direitos subjetivos e reduzi-los à função de meros parâmetros interpretativos, restando-lhes a função de princípios gerais do direito, como sustenta Juan Maria Bilbao Ubillos:

El precio de una vigencia de los derechos fundamentales en todos los órdenes sería, pues, la renuncia al título de derecho subjetivo. Los derechos fundamentales informarían la práctica judicial como simples parámetros interpretativos, a los que se acude, sobre todo, cuando existen lagunas que integrar o la ley está redactada de forma imprecisa. Se trataría de una influencia correctora o matizadora en sede interpretativa, característica de todos los principios generales del Derecho. (...) ¿qué diferencia hay, en la práctica, entre la teoría de la eficacia mediata a través del juez y el principio general de interpretación de todas las normas del ordenamiento conforme a la Constitución? No alcanzamos a ver ninguna, francamente.

Diante da unidade do ordenamento jurídico, importa considerar a normatividade dos princípios constitucionais: toda norma consignada na Constituição tem efeito imediato sobre o tecido infraconstitucional.¹²⁸ Deste modo, a um tempo, afasta-se o caráter tão-

¹²⁵ A eficácia..., p. 378.

¹²⁶ Cf. ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile. Storia, fonti, interpretazione*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 512.

¹²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 12.547-DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 01º.06.2000, p. 7.

¹²⁸ TEPEDINO, Gustavo. “As relações de consumo e a nova teoria contratual”. In _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 205.

somente político atribuído a esses princípios, de mera feição programática, imaginando-se no legislador ordinário seu destinatário; e a outro, em desconsiderar os contornos de meros princípios gerais do direito, enunciados por um sentido residual.¹²⁹

Desenha-se o cenário capaz de refutar as críticas à eficácia horizontal dos direitos fundamentais: a supremacia da Constituição e a unidade do sistema jurídico.

Sob um viés positivista, invoca-se o argumento da insegurança jurídica suscitada pela indeterminação dos direitos fundamentais e o temor do arbítrio judicial, capaz de desvirtuar o princípio da separação de poderes, afastados por Juan María Bilbao Ubillos:

*... la insatisfacción o la preocupación, compensible en un jurista, por la ausencia de criterios seguros no debería llevarnos a negar sin más la posibilidad de invocar directamente un derecho de rango fundamental frente a una supuesta violación imputable a un particular. ¿Por qué no asumir como inevitable en un ordenamiento presidido por una Constitución normativa y marcado por la vis expansiva de los derechos fundamentales esa dosis de inseguridad, de imprevisibilidad?*¹³⁰

Ocorre que o juiz destaca-se como um engenheiro social no Estado democrático de direito, restando-lhe os valores e princípios constitucionais na concretização de normas abertas. Para tanto, a Constituição mostra-se como uma nova instância de racionalidade, refutando o temor de insegurança jurídica.

A autonomia do Direito Privado, suscitada por Claus-Wilhelm Canaris, com vistas a afastar a eficácia imediata, perde-se diante da uma tutela integral e unitária do homem. A supremacia da Constituição não permite a subsistência de uma esfera de garantia em relação ao Estado, e outra, reservada à atuação dos particulares. Eis que a normatividade da Constituição impõe a unidade do ordenamento jurídico.

Por conseguinte, a eficácia imediata dos direitos fundamentais torna-se presente no cenário jurídico nacional, sendo sustentada por Ingo Wolfgang Sarlet, à luz do artigo 5º, § 1º, da Constituição da República de 1988.¹³¹

Resta indagar acerca da perda de papel privilegiado conferido às cláusulas gerais, como a ponte de irradiação dos direitos fundamentais no Direito Privado, tal qual, suscitado por Claus-Wilhelm Canaris: as cláusulas gerais restariam inúteis diante da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas?¹³²

¹²⁹ “Em segundo lugar, não se pode concordar com os civilistas que se utilizam dos princípios constitucionais como princípios gerais de direito. Os princípios gerais de direito são preceitos extraídos implicitamente da legislação, pelo método indutivo. Quando a lei for omissa, segundo a dicção do artigo 4.º da Lei de Introdução, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia e os costumes; e só então, na ausência de lei expressa e fracassada a tentativa de dirimir o conflito valendo-se de tais fontes, decidirá com base nos princípios gerais de direito”. (TEPEDINO, *Premissas...*, p. 18).

¹³⁰ UBILLOS, *op.cit.*, p. 311.

¹³¹ SARLET, *A eficácia...*, p. 379.

¹³² Cf. BELVEDERE, Andrea. “Le clause generali tra interpretazione e produzione di norme”. In VISINTINI, Giovanna [Coord.]. *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale. Antologia di saggi*. Milano: Giuffrè, 1999, pp. 326, 327.

A resposta a essa indagação move-se em duas direções. Não é possível interpretar os princípios constitucionais “como um conjunto de soluções *prêt-à-porter*, mas como possibilidades de concretização normativa, por meio de um método que parta da tópica.”¹³³ Trata-se de dizer, a principiologia constitucional mostra-se como uma pauta importante, mas não exclusiva, para preenchimento das cláusulas gerais.

Por outro lado, a mediação do legislador e do juiz pode ser recomendável, porém, nunca indispensável,¹³⁴ pois exigir tal mediação significa, em última instância, negar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Ocorre, que sua eficácia no cenário jurídico privado não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas.¹³⁵ Para tanto, importa considerar uma ponderação de valores, pautada por uma “análise tópico-sistemática” capaz de alcançar um equilíbrio que não resulte na “hipertrofia dos direitos fundamentais” ou na “hipertrofia da autonomia da vontade”.

Conclusão

Nas páginas anteriores, revelaram-se dois percursos: da boa-fé e dos direitos fundamentais.

O primeiro deles, foi caracterizado, inicialmente, pelos contornos de um Estado liberal de direito, no qual a boa-fé rende-se à “atrofia” imposta pela “hipertrofia” da autonomia da vontade.

Nesse contexto, também inicia-se o segundo percurso. Em sua primeira dimensão, os direitos fundamentais são delineados como direitos de defesa ou oposição perante o Estado.

A convergência desses percursos sinaliza para a liberdade dos particulares, que segue imune a interferências externas, restando intangível o pactuado pelos particulares.

Porém, as desigualdades materiais levantadas por esse contexto, redirecionaram a opção política por um princípio intervencionista: o Estado social de direito. A mudança de racionalidade jurídica direciona-se para uma abertura que se faz presente na concretização de conteúdo para as cláusulas gerais.

¹³³ FACHIN, Luiz Edson. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”. In SARLET, Ingo Wolfgang. [org.]. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 101.

¹³⁴ “A mi juicio, la mediación del legislador, aún siendo altamente recomendable, no puede considerarse un trámite indispensable (...) La realización de los derechos fundamentales, ha escrito Böckenförde, ‘no puede depender de una configuración infraconstitucional suficiente del ordenamiento jurídico-privado.’ Cuando esa realización puede llevarse a cabo mediante la interpretación y aplicación de preceptos legales o cláusulas generales, la eficacia frente a terceros será indirecta.” (UBILLLOS, *op.cit.*, p. 310).

¹³⁵ SARLET, *A eficácia...*, p. 379.

Por conseguinte, os direitos fundamentais não se constituem mais em mera defesa dos cidadãos contra o Estado, mas passam a desempenhar o papel de valores que norteiam a atuação estatal em direção aos direitos sociais.

Face às transformações sócio-econômicas, a boa-fé delimita-se em funções que presidem a leitura contratual, invertendo a lógica anterior: a autonomia da vontade rende-se à valorização da boa-fé.

Diante desses dois percursos, que se entrelaçam, a eficácia dos direitos fundamentais mostra-se tão-somente indireta na esfera privada. Considerando-se que os argumentos a favor de semelhante atuação fundamentam-se no temor da distribuição da autonomia privada é possível dizer: a eficácia direta dos direitos fundamentais ainda se rende à “hipertrofia” da autonomia da vontade.

Restam os direitos fundamentais como uma fundamentação interpretativa, norteadas por valores que presidem a concretização de normas jurídicas abertas. Porém, a “*vis expansiva*”, que as últimas dimensões dos direitos fundamentais tomam para si, direcionam-se para a insuficiência dessa asserção: as cláusulas gerais não podem ser consideradas como indispensáveis para que os particulares vinculem-se aos direitos fundamentais.

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é diferenciada: depende do caso concreto. E para tanto, deve-se atentar para a desigualdade material que se revela na relação jurídico-privada, bem como, se é afetada a dignidade da pessoa humana, como assevera Juan María Bilbao Ubillos.¹³⁶

Nessa perspectiva, a cláusula geral da boa-fé não resta como via indispensável ou, sequer, inútil à eficácia dos direitos fundamentais.

¹³⁶ *Op.cit.*, pp. 332, 333.