

A CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ E O DEVER ANEXO DA INFORMAÇÃO

*Regiane Scoco Laurádio*¹⁷⁵

RESUMO

Em decorrência das céleres mudanças políticas e econômicas vivenciadas no século XX, houve a necessidade de se criar um sistema dotado de normas flexíveis, capaz de resistir às alterações da nossa realidade.

Nosso ordenamento jurídico sofreu algumas transformações importantes. Deixamos de ter um ordenamento jurídico rígido, para dar um lugar a um sistema móvel e flexível, impermeável às modificações sociais e econômicas.

O código Civil de 2002 mesclou conceitos rígidos a outros mais flexíveis, sendo as cláusulas gerais, exemplos desta flexibilidade.

Em pleno século XXI o sistema jurídico não comporta mais um sistema rigoroso e fechado, com normas definidas e indicação precisa das consequências. “A técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo.”¹⁷⁶

A técnica legislativa do Código Civil de 2002 privilegia as cláusulas gerais, como por exemplo, a função social do contrato – art. 421 do CC e a boa-fé objetiva – art. 422 do CC. Esses são apenas alguns

exemplos das cláusulas gerais imprimidas no ordenamento jurídico civilista. Nosso estudo vai abordar uma delas, a boa-fé e o dever anexo da informação.

Palavras Chaves: Cláusulas gerais. Princípios. Boa-fé. Dever. Informação.

1. PRINCÍPIOS E CLÁUSULAS GERAIS

Na lição da professora Rosa Maria de Andrade Nery, os princípios gerais do direito “são regras de conduta que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou negócio jurídico.”¹⁷⁷ Eles não são positivados no ordenamento jurídico, mas servem para auxiliar e orientar o juiz no preenchimento das lacunas da lei.

A grande diferença entre princípio e cláusula geral do ponto de vista da atividade judicial, está, pois, em que estes permitem a formação da norma não através da interpretação do princípio, mas pela criação, através da síntese judicial onde encontram como elemento de atuação fatos ou valores éticos, sociológicos, históricos, psicológicos, ou até mesmo soluções advindas da análise comparativista, atuando tais critérios tradicionalmente tidos como extralegais através das verdadeiras “janelas” consubstanciadas em tais cláusulas.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Mestra em Direito das Relações Sociais, subárea de Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada pelo Centro Universitário Padre Anchieta. Professora de Direito Civil e Prática Jurídica no Centro Universitário Padre Anchieta. Advogada.

¹⁷⁶ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado*. 204 p.

¹⁷⁷ *Ibidem*. p. 210.

¹⁷⁸ COSTA, Judith Martins. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. 51 p.

A cláusula geral é uma técnica legislativa que produz efetividade ao princípio por meio da atividade julgadora.

Nas palavras de Costa, as cláusulas gerais

constituem janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente¹⁷⁹.

São normas orientadoras, sendo que ao mesmo tempo em que vinculam o juiz a tomar decisões seguindo os parâmetros do ordenamento jurídico, dão liberdade para que o magistrado possa decidir de acordo com os usos e costumes, achando uma solução adequada para a lide levada em juízo.

A sua expressão não delimita as hipóteses e suas consequências, apenas traça uma moldura, que deve ser interpretada.

Segundo a professora Rosa Maria de Andrade Nery, as cláusulas gerais

têm função instrumentalizadora, porque vivificam o que se encontra contido, abstrata e genericamente, nos princípios gerais do direito e nos conceitos legais indeterminados, são mais

concretas e efetivas do que esses dois institutos. Cláusula geral não é princípio, tampouco regra de interpretação; é também norma jurídica, isto é, fonte criadora de direitos e de obrigações¹⁸⁰

A mesma autora afirma que o juiz deve aplicá-la de ofício, cabendo a ele, diante de um caso concreto, preencher o conteúdo da cláusula geral.

Como podemos perceber, as cláusulas gerais são normas “vagas” e o aplicador do direito tem a função de adequá-las ao caso concreto. Elas atuam instrumentalizando os princípios que necessitam de concreção.

Importante destacar que uma mesma norma jurídica pode ser interpretada como princípio e como cláusula geral, como ocorre, por exemplo, com os artigos 113 e 422 do Código Civil, que tratam da cláusula geral da boa-fé e remetem o julgador ao princípio da boa-fé. Sobre esta coincidência, Costa (*apud* Luiz Felipe Amaral Calabró), nos ensina que

Na verdade, a confusão entre princípio jurídico e cláusula geral decorre, no mais das vezes, do fato de uma norma que configura cláusula geral conter um princípio, reenviando ao valor que este exprime, como ocorre com o reiteradamente citado parágrafo 242 BGB. Assim, se poderá dizer que determinada norma é ao mesmo tempo princípio e cláusula geral. (...) Em suma, não se pode afirmar que cláusulas gerais e

¹⁷⁹ COSTA, Judith Hofmeiste Martins. *O direito privado como um “sistema em construção”*: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil

brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: 19 out. 2009.

¹⁸⁰ NERY. *op.cit.* p. 213.

princípios são o mesmo, se tomarmos a expressão princípio jurídico em toda a extensibilidade que lhe é própria. (...) Boa parte da incerteza acerca dos lindes das cláusulas gerais e dos princípios é devida à confusão entre sintagma cláusula geral e o enunciado, com a correspondente proposição normativa, contida num texto que consubstancia cláusula geral. Aí se fala, indistintamente, no ‘princípio da boa-fé’ desenhada pelo mesmo texto legislativo, como se poderia falar no conceito juridicamente indeterminado revelado na expressão lingüística ‘boa-fé’.¹⁸¹

As cláusulas gerais, como vimos acima, não preveem uma solução para o caso concreto, apenas desenharam os contornos que o magistrado deve seguir, permitindo que ele preencha de acordo com sua convicção o conteúdo delas.

2. POSICIONAMENTO FAVORÁVEL E DESFAVORÁVEL À APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS

Existem críticas no tocante à utilização das cláusulas gerais. Podemos mencionar como positiva a questão de que elas possibilitam uma abertura do direito legislado, dando uma maior mobilidade à norma conceitual.

Segundo os comentários trazidos no Código Civil por Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, as cláusulas

gerais fazem “o sistema ficar vivo e sempre atualizado, prolongando a aplicabilidade dos institutos jurídicos, amoldando-se às necessidades da vida social, econômica e jurídica”. Para tanto, os autores defendem que isso evita a desatualização da lei civil.¹⁸²

Costa acrescenta ainda que

o código, tido como ‘centro’ do sistema, se apresentará como um modelo amplo e abrangente de valores metajurídicos, flexível e sensível à dinâmica social, em razão, basicamente de sua linguagem compreensiva das cláusulas gerais¹⁸³

Como podemos verificar, as cláusulas gerais dão, aos operadores do direito, flexibilidade na interpretação.

Vale ainda ressaltar que devido à grande abertura semântica, as cláusulas gerais não pretendem trazer uma resposta para todos os problemas, mas sim, orientar os julgadores, já que é através da jurisprudência que estas respostas estarão sendo construídas.

Como o mundo está em constante modificação, fazendo surgir novos “direitos” e deveres, as cláusulas gerais são extremamente necessárias para que possamos acompanhar referida evolução.

¹⁸¹ CALIBRÓ, Luiz Felipe Amaral.: *As Obrigações e Seus Deveres Anexos, Analisados à Luz da Boa-Fé Objetiva: Mandamento e Sanção*. 105/106 p.

¹⁸² NERY, Nelson Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 191 p.

¹⁸³ COSTA. op. cit. p. 52.

Se pensarmos em um período de dez, quinze anos atrás, quanta evolução ocorreu? Quantos meios de contratação surgiram? Se tivéssemos um código rígido, inflexível, seria necessário a cada novo fato, criar-se uma nova lei para que o direito pudesse acompanhar a evolução histórica.

Contudo, existem algumas críticas negativas à inserção no ordenamento jurídico das cláusulas gerais, ou seja, há os que defendem que estas podem gerar certo grau de incerteza, uma vez que o magistrado vai preencher o conteúdo da norma e, até que se tenha uma consolidação da jurisprudência, há a probabilidade de mudança incertas acerca da efetiva dimensão dos seus contornos.

Para alguns críticos isso implicaria no recrudescimento de ideias, como instrumento de dominação por regimes totalitários ou pela economia.¹⁸⁴

3. CONCEITO DE BOA-FÉ

Larenz (*apud Santos*) destaca que

O princípio da boa-fé significa que cada um deve guardar ‘fidelidade’ a palavra dada e não defraudar a confiança ou abusar dela, já que esta forma a base indispensável de

todas as relações humanas, supõe o conduzir-se como cabia esperar de quantos com pensamento honrado intervém no negócio como contratantes ou nele participando em virtude de outros vínculos jurídicos. Se trata, portanto, de um módulo que ‘necessita de concreção’, que unicamente nos indica a direção em que temos que buscar a resposta à questão de qual seja a conduta exigível em determinadas circunstâncias. Não nos dá uma regra apta para ser simplesmente ‘aplicada’ a cada caso particular e para ler nela a solução do caso quando concorram determinados pressupostos. Senão que em cada hipótese se exige um juízo valorativo do qual deriva o que o momento e o lugar exigiam¹⁸⁵

Costa, nos ensina que a boa-fé é “uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela consideração dos interesses da contraparte.”¹⁸⁶

No Código Civil de 1916, a boa-fé era tratada como uma regra de conduta. Hoje ela é tratada como uma cláusula geral. Silva faz menção a essa regra de conduta quando afirma que o Código Civil revogado traz a boa-fé elencada como um mandamento de conduta que “engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de

¹⁸⁴ NERY. op. cit.p.213.

¹⁸⁵ SANTOS, dos Murilo Rezende. *As funções da boa-fé objetiva na relação obrigacional*. 214 p.

¹⁸⁶ JUDITH. Martins Costa. *Comentários ao Novo Código Civil – Do Direito das Obrigações. Do adimplemento e da Extinção das Obrigações*. 42 p.

cooperação, em face do fim objetivo que visam.”¹⁸⁷

Acrescenta ainda que os deveres da boa-fé são diferentes dos bons costumes, ou seja, a boa-fé “tem atinência com a conduta concreta dos figurantes na relação jurídica”¹⁸⁸ e os bons costumes, “referem-se a valores morais indispensáveis ao convívio social.”¹⁸⁹

No Direito Civil a boa-fé possui duas vertentes: possui o sentido subjetivo, segundo o qual juiz deve investigar a intenção daquele que manifestou sua vontade, já que podemos considerá-la como uma “situação psicológica de ignorância em prejudicar o direito de outrem”¹⁹⁰ e o sentido objetivo, caracterizando-se como um princípio de justiça superior, de solidariedade contratual que transcende o regulamento negocial.

O artigo 422 do Código Civil elenca que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

Salienta-se que a boa-fé mencionada do referido artigo vem como cláusula geral e deve ser interpretada como boa-fé objetiva. Nas palavras de

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

A cláusula geral da boa-fé objetiva é norma jurídica que, entretanto, possui características próprias que a distinguem de outras normas jurídicas positivas. É uma ordem geral da lei ao juiz para que profira sentença, observando a lealdade e a boa-fé, segundo os usos e costumes, ou que simplesmente possa agir mediante juízo lógico de subsunção.¹⁹¹

A boa-fé objetiva é um dever ético existente entre os contratantes, de agir com lealdade, honestidade e retidão. O princípio da boa-fé objetiva traz consigo várias funções na teoria contratual, quais sejam: (1) emanam os direitos anexos; (2) limita os direitos subjetivos, seja no controle da transferência dos riscos profissionais seja limitando as cláusulas abusivas; (3) ajudam na concreção e interpretação dos contratos. Salienta-se ainda que a Constituição Federal de 1988 preconiza a boa-fé, assim como o Código de Defesa do Consumidor.

4. A BOA-FÉ NO DIREITO DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor prevê a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor,

¹⁸⁷SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. 33 p.

¹⁸⁸ Ibidem. p. 35.

¹⁸⁹ Ibidem. p. 35.

¹⁹⁰ NERY. ob. cit. 254 p.

¹⁹¹ NERY. ob. cit. 505 p.

inserindo a boa-fé como cláusula geral, o que possibilita a inversão do ônus da prova, a admissão da quebra da base objetiva do negócio, além de ter imposto a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos ou serviços.

A Política Nacional de Relação de Consumo, disciplina a boa-fé como princípio a ser seguido nas relações reguladas pelo referido código, sendo que a harmonia buscada se dá através da exigência da boa-fé nas relações entre consumidor e fornecedor.

Portanto, a boa-fé objetiva vem estampada no Código de Defesa do Consumidor como princípio – artigo 4º, III e como cláusula geral de conduta – artigo 51, IV.

Marques, afirma que

*a boa-fé objetiva” é um standard, um parâmetro objetivo, genérico, que não está a depender da má-fé subjetiva do fornecedora A ou B, mas de um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família, que agiria de maneira razoável naquela situação analisada*¹⁹²

Para referida autora, as relações de consumo devem estar pautadas em uma atuação “refletida”, em que as partes devem pensar no seu parceiro contratual, “agindo com lealdade, sem

abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva”¹⁹³.

Em suma, a boa-fé objetiva impõe às partes um comportamento jurídico de lealdade e cooperação, integrando consumidor e fornecedor, respeitando as condutas éticas esperadas num fim comum.

5. FUNÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Costa (*apud* Santos), menciona que são três as funções da boa-fé no campo do direito obrigacional, sendo elas: (a) função hermenêutico-integrativa; (b) função limitativa ao exercício de direitos subjetivos; (c) função de criação de deveres anexos.¹⁹⁴

Nosso estudo vai abordar uma dessas funções: o dever anexo da informação. Na celebração do contrato, o dever principal corresponde à própria prestação desejada e os deveres anexos ou secundários correspondem às obrigações decorrentes da boa-fé.

Os deveres anexos (*Nebenpflichtem*) acompanham a relação contratual.

Para Cordeiro, estes deveres são divididos em três grandes grupos: (a)

¹⁹² MARQUES. Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*, 216 p.

¹⁹³ *Ibidem*. p. 216.

¹⁹⁴ SANTOS, ob. cit. 220 p.

deveres de proteção; (b) deveres de informação; (c) deveres de lealdade.¹⁹⁵

Dentre os inúmeros deveres decorrentes da boa-fé objetiva, que por alguns autores são chamados de deveres “secundários, anexos ou instrumentais”¹⁹⁶, está o da informação.

Oriundo do direito alemão, o dever da informação nasce da necessidade de se prestar um esclarecimento exigido pela boa-fé. É um dos requisitos essenciais para que a exteriorização da vontade na formação das relações contratuais não seja afetada.

O dever da informação é necessário para que o contratante possa obter antes, durante ou depois da finalização do contrato, todos os conhecimentos necessários que de certa forma podem influenciar a celebração do negócio, portanto, ele é exigido na fase pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Tercier (*apud* Santos), destaca que

o dever de informar consiste na proibição de enganar, e pode ser desenvolvido em três postulados. São eles: (a) quando uma pessoa é indagada sobre fatos relativos ao contrato tem o dever de explicá-los, na medida de suas possibilidades, (b) constatando que o contratante incide em erro deve a parte desfazer o equívoco. É claro que não se lhe pode

transferir toda a obrigação de evitar erros, obrigação que incumbiria, em princípio ao próprio interessado. Todavia, sendo perceptível tal erro e do conhecimento do contratante, exige a boa-fé que ele informe a parte contrária; (c) quando uma pessoa sabe ou supõe que o outro contratante ignore fatos importantes, deve, mesmo sem ser solicitado, dar as informações necessárias. Tal hipótese assemelha-se à hipótese precedente, mesmo porque o desconhecimento de uma situação relevante seria o erro, em sentido amplo¹⁹⁷

Para Silva, o dever da informação, que ele chama de dever de esclarecimento, presta-se a

tornar clara certa circunstância de que o *alter* tem conhecimento imperfeito, ou errôneo, ou ainda ignora. Esclarecimento, evidentemente, relacionado com alguma circunstância relevante. Não se trata de dever para consigo mesmo, mas em favor de outro.¹⁹⁸ Vale ressaltar que a doutrina não diverge no tocante ao dever da informação, contudo, o que se discute é o alcance desta, ou seja, a sua amplitude, principalmente no tocante as relações de consumo.

A posição de Rosenvald (*apud* Santos), é que a informação “que deve ser prestada é apenas aquela que é pertinente, representando um interesse objetivamente justificado.”¹⁹⁹ Para referido autor os fatos notórios não precisam ser esclarecidos.

Azevedo (*apud* Santos), salienta que “na fase pré-contratual o dever de

¹⁹⁵ CORDEIRO. Antonio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*.

¹⁹⁶ SILVA. ob. cit. 91 p.

¹⁹⁷ REZENDE. ob. cit. 246/247 p.

¹⁹⁸ SILVA. ob. cit. 94.

¹⁹⁹ SILVA. ob. cit. 247 p.

informar se limita ao conteúdo do contrato, especificadamente no que diz respeito às qualidades essenciais do objeto e não às oportunidades ou vantagens do contrato.” Para ele, o comprador precisa investigar o negócio entabulado.

Já para Marques,

o elaborador do contrato e aquele que o utiliza no mercado de consumo, o fornecedor, devem ter em conta o seu dever próprio de informar, que inclui o dever de redação clara e com destaque, além do dever de considerar a condição leiga do outro, evitando dubiedades na redação contratual.²⁰⁰

A doutrina estrangeira divide o dever da informação em dois outros, quais sejam: o dever de conselho ou aconselhamento e o dever de esclarecimento.

O dever de esclarecimento, segundo Marques,

obriga o fornecedor do serviço, como por exemplo, o do seguro-saúde e de assistência médica, a informar sobre os riscos do serviço do atendimento ou não em caso de emergência, exclusões da responsabilidade contratual (...)²⁰¹

O dever de esclarecimento obriga o fornecedor a prestar toda e qualquer elucidação sobre o negócio firmado em todas as fases contratuais. O dever de aconselhamento por sua vez, só existe “nas relações entre um profissional,

especialista, e um não especialista”²⁰², com estas informações a parte contrária pode optar por um procedimento ou por outro.

Nota-se que a informação precisa ser clara e precisa, fazendo com que a parte contrária possa entender as informações prestadas. Salienta-se ainda que o consumidor também possui o dever de prestar informações verdadeiras, como ocorre, por exemplo, nos casos das informações prestadas às seguradoras.

6. CONCLUSÃO

O direito privado vem passando por uma reestruturação, tendo deixado de lado a visão individualista, fundada no liberalismo, para dar lugar a um direito de cunho social.

Tivemos também grandes avanços quando permitimos a entrada das cláusulas gerais dentro do sistema normativo, já que estas dão mobilidade e flexibilidade ao direito legislado.

Em tempos modernos, os direitos estão sempre se renovando e é necessária a inserção de novas técnicas que permitam o rejuvenescimento do direito,

²⁰⁰ MARQUES. ob. cit. 229 p.

²⁰¹ MARQUES. ob. cit. 228 p.

²⁰² Ibidem. 229 p.

o que é obtido através das cláusulas gerais.

A boa-fé, tratada como cláusula geral, tanto no Direito Civil, quanto no Direito do Consumidor, veio para conduzir os operadores do Direito a levar em consideração a lealdade e a confiança existentes entre as partes contratantes.

Decorrente da conduta da boa-fé objetiva, veio dentre outros, o dever de informação, que deve ser respeitado por todas as partes envolvidas na contratação. Assim, a inserção da boa-fé objetiva tanto no Código Civil quanto no Código de Defesa do Consumidor conferiu ao sistema um instrumento multifuncional que prima pelos valores éticos de conduta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de consumo*. Revista de Direito do Consumidor 15: São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 1995.

CALIBRÓ, Luiz Felipe Amaral: *As Obrigações e Seus Deveres Anexos, Analisados à Luz da Boa-Fé Objetiva: Mandamento e Sanção*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: 2005.

CORDEIRO. Antonio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedino, 2001.

COSTA, Judith Martins. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do*

sistema jurídico. RT, 680, 1 p. junho de 1992.

_____. *Comentários ao Novo Código Civil – Do Direito das Obrigações. Do adimplemento e da Extinção das Obrigações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: 2005, Forense,

_____. *O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 4d1, maio 2000. Disponível em 19.out.2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

LEÃO, Luis Gustavo de Paiva. *As cláusulas Gerais e os princípios gerais do direito*. Revista de Direito Privado, ano 10, n. 37: Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 5ª ed. São Paulo: 2006.

NERY, Nelson Junior; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Murilo Rezende dos. *As funções da boa-fé objetiva na relação obrigacional*. Revista de Direito Privado n. 38: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Clóvis V. do Couto. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: 2006, FGV.