

Boa-fé não pode ser uma varinha de condão, diz Jan Peter Schmidt

Spacca

Esta coluna inicia-se com um pedido de desculpas aos leitores pela segunda interrupção na série dedicada ao novo Código Civil e Comercial argentino, uma das mais longas desde que se começou a publicar neste espaço em junho de 2012. Na semana anterior, a coluna foi dedicada à presença no Brasil do professor catedrático Reinhard Zimmermann, diretor do Instituto Max-Planck de Hamburgo e senador da Sociedade Max-Planck, que [proferiu conferência](#) na Faculdade de Direito do Largo São Francisco no dia 4 de dezembro. No mesmo evento, o pesquisador Jan Peter Schmidt, integrante do referido instituto alemão, proferiu palestra intitulada *Dez anos do artigo 422 do Código Civil – Luz e sombra na aplicação do princípio da boa-fé na prática judicial brasileira*.

Por circunstâncias físicas, muitas pessoas não tiveram a oportunidade de ouvir as duas exposições e, a despeito da [excelente cobertura da Conjur](#), recebi inúmeros e-mails com solicitações de que fosse divulgado o teor dessas apresentações. O texto do professor Reinhard Zimmermann será publicado em 2015 na Revista de Direito Civil Contemporâneo. A palestra da Jan Peter Schmidt corresponde ao texto em alemão intitulado “*Zehn Jahre Artikel 422 Bürgerliches Gesetzbuch – Licht und Schatten bei der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der brasilianischen Gerichtspraxis*” [Dez anos do art.422 do Código Civil – Luz e sombra na aplicação do princípio da boa-fé na prática judicial brasileira], cuja tradução encontra-se em elaboração pela professora Karina Nunes Fritz e que deverá ser publicada em um livro em homenagem ao professor titular João Baptista Villela, da Universidade Federal de Minas Gerais.

Enquanto esses textos não estão disponíveis, faço na coluna desta semana uma resenha da palestra de Jan Peter Schmidt, tomando por base o original acima referido, que o autor muito gentilmente me forneceu. A fim de não perder a fluência da exposição, deixarei de lado os elementos introdutórios e privilegiarei os elementos essenciais do pensamento de Schmidt sobre a aplicação da boa-fé na jurisprudência brasileira. Os parágrafos seguintes contemplam exclusivamente as ideias do autor. As notas de rodapé servem para informar sobre algum excursus ou aparte durante a palestra. Por uma questão de organização, faz-se referência a itens ou seções constantes do artigo inédito de Jan Peter Schmidt. Os leitores ficam, por conseguinte, advertidos de que, a seguir, encontrarão paráfrases de escrito alheio, sem qualquer participação autoral deste colunista.

(I) A palestra tem por objeto a aplicação da boa-fé objetiva no Brasil, consubstanciada no artigo 422 do Código Civil, cuja origem se deve fundamentalmente à influência do Direito alemão. Como providência preliminar, contudo, é necessário que haja uma apreciação de como se deve operar o diálogo entre a jurisprudência e a doutrina.



Otavio Luiz Rodrigues
Professor da USP



(II) No Direito brasileiro, há uma cultura incipiente de crítica à jurisprudência, diferentemente do que se dá na Alemanha, onde os comentários às decisões judiciais possuem condição de centralidade nas relações entre a dogmática e a jurisprudência.

No geral, o “estilo” brasileiro de estudo das decisões judiciais é feito pela ordenação sequencial de ementas, muitas das quais são pouco concisas, sem qualquer exame crítico ou uma verticalização no exame dos fatos.^[1] Tal característica acentua-se nas dissertações e nas teses, pois essa enumeração de ementas e referências pretorianas permite que se ocupe muito espaço. Nos tempos de hoje, com o acesso extremamente fácil aos bancos de dados dos tribunais, isso nem mais é necessário, além de se revelar extremamente cansativo.^[2] Outrossim, deve-se acrescentar a existência de citações e mais citações de excertos inteiros de outras obras doutrinárias, o que também reduz o caráter próprio da contribuição de seu autor.

Em termos comparativos, pode-se observar o tom áspero da linguagem utilizada nos comentários alemães, os quais, muita vez, apontam os resultados inadequados ou uma má compreensão da realidade nos acórdãos do Tribunal Constitucional, do Superior Tribunal Federal ou do Tribunal de Justiça da Europa. Em uma das notas de rodapé do texto de Jan Peter Schmidt, ele cita a crítica de Stephan Lorenz^[3] a uma decisão do Tribunal de Justiça da Europa, qualificada por Lorenz como de “baixo nível” de fundamentação e que termina por “rebaixar” o nível dos precedentes. Em um tom irônico, presente no texto e enfatizado na palestra, Jan Peter Schmidt acentuou que as censuras são de tal modo corriqueiras nas aulas, que os alunos se convencem que o Superior Tribunal Federal está, em princípio, errado em suas decisões. Seria necessário controlar o ímpeto demolidor nos próprios estudantes de Direito.

Essa postura crítica, no entanto, não se confunde com uma atitude destruidora e muito menos que há um divórcio essencial entre os campos da dogmática e da jurisprudência. Há uma permanente reafirmação das funções específicas de cada uma, cabendo à doutrina corrigir rumos, apontar soluções e sistematizar a crítica sobre casos passados.

As cláusulas gerais, como é o caso da boa-fé ou dos bons costumes, receberam da doutrina a importante contribuição de se estabelecerem limites aos excessos de uma *jurisprudência de equidade*. É por isso, advertiu Schmidt no texto e na palestra, que as observações mais rigorosas que ele lançaria sobre os acórdãos brasileiros deveriam ser entendidas no contexto da experiência (bem sucedida) dos alemães nesse setor da vida jurídica.

(III) Na terceira parte da palestra de Jan Peter Schmidt, passou-se ao tema central: a prática dos tribunais brasileiros na interpretação do artigo 422 do Código Civil.

Ao chegar a esta parte, Schmidt analisou alguns acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e expôs alguns problemas (as *sombras* a que o título da palestra alude) na operacionalização do conceito de boa-fé objetiva. Para oferecer ao leitor uma visão mais sistemática dos argumentos formulados no evento na Faculdade de Direito, nos itens abaixo serão organizados os problemas em tópicos, tal como se encontra também no texto *Zehn Jahre Art. 422 Código Civil...*:

(1) *Utilização retórica da boa-fé objetiva*. O banco de dados do Superior Tribunal de Justiça permite concluir que os tribunais locais utilizaram a boa-fé em milhares de casos, o que abre margem para um

questionamento: seria a boa-fé, de fato, relevante para todas essas decisões?

O estudo mais pormenorizado dos casos revela que a boa-fé, na verdade, surge como um elemento retórico, um *biombo retórico*, que encobre sua desnecessidade ou a suficiência da mera invocação de dispositivos legais específicos para dirimir o conflito submetido a juízo.

Nos exemplos de Schmidt, ganham relevância casos de vícios redibitórios e os prazos de garantia, nos quais o tribunal se valeu da boa-fé para assegurar o direito dos compradores, em geral sob o color de ofensa aos “deveres de informação” ou à “quebra de expectativas legítimas” da parte. Ora, o vendedor que aliena um produto com defeito é um descumpridor de obrigações contratuais. Só que isso não merece a convocação da boa-fé, pois o Código Civil já dispõe expressamente sobre a proteção do adquirente por vício redibitório.

Aqui ele interrompe a narrativa dos casos e lembra que a Alemanha, após a vigência do Código Civil de 1900 (*BGB*), também viveu problemas semelhantes. Tratava-se de uma fase de experimentação do alcance do parágrafo 242, *BGB*. E isso levou um autor razoavelmente conhecido no Brasil, como Justus Wilhelm Hedemann, a escrever o livro “*A fuga para as cláusulas gerais: um perigo para o Direito e para o Estado*” [4], em 1933, no qual ele disse ter-se convertido a “ornamentação” das decisões judiciais com a boa-fé no verdadeiro “esporte da atual geração de juristas alemães”. Para Hedemann, os acórdãos recebiam uma “coroa” como a boa-fé, o fim social e os bons costumes.

Em seguida, Schmidt enfrentou uma questão muito importante: em que me interessa o uso da boa-fé nessas condições? Ora, isso é inofensivo, pois se o caráter é apenas ornamental, mal algum fará aos jurisdicionados. Muito bem, ele respondeu a essa pergunta com a apresentação de “diversos perigos”, a saber: a) a análise das decisões pela comunidade jurídica fica extremamente prejudicada, porque não se tem como saber se o caso efetivamente foi decidido com base na boa-fé; b) há o perigo da “banalização da boa-fé”, o que implicaria seu descrédito, o que é péssimo para o ordenamento jurídico; c) o terceiro e mais grave perigo estaria em que os chamados a um comportamento leal e ético pelas partes induziria a erro e a generalizações, cujos efeitos levariam outros juízes (em um processo exponencial) a decidir equivocadamente. Um resultado deletério disso está no julgamento de uma venda de coisa com vício redibitório. Se houve violação da boa-fé pelo vendedor e foi por isso que ele mereceu a condenação judicial, é possível sustentar que o dispositivo legal específico seria dispensável. Daí é também aceitável que a responsabilidade não precisaria se sujeitar ao prazo de garantia daquele tipo negocial, criando-se enorme insegurança jurídica.

Nesta parte da exposição, em um excursus, Schmidt comparou essa situação ao emprego da dignidade humana. A banalização da boa-fé é tão lesiva quanto a invocação desnecessária da dignidade humana, cujo caráter conspícuo não se compraz com situações normais da vida quotidiana, devendo-se reservar seu emprego para casos extremos, compatíveis com a importância dessa categoria constitucional.

Na sequência, Schmidt deu ênfase a uma “incompreensão” sobre a relação da boa-fé com dispositivos normativos específicos. Ora, a boa-fé impregna diversos artigos de lei, que são, em essência, concretizações dela ou de seus elementos. Se é assim, mencionar a boa-fé ao lado de normas sobre vícios redibitórios, que nasceram no Direito Romano sob o signo da *bona fides*, não é um fundamento a mais e sim um fundamento tautológico.



(2) *Utilização da boa-fé como “varinha de condão”*. Muito mais grave é o uso da boa-fé como uma “varinha de condão”, que dá ao juiz um meio para se atingir o resultado que ele deseja e do modo mais célere, algo que Schmidt já havia advertido em sua tese de doutoramento sobre o processo de codificação civil brasileiro.

Neste ponto, ele aludiu a várias decisões sobre a aplicação do artigo 1.093 do Código Civil de 1916, equivalente ao artigo 472 do Código de 2002, definia a regra do paralelismo das formas: o distrato deveria seguir a forma do contrato. Havia decisões anteriores e diversos livros que defendiam a não aplicabilidade do artigo a casos como tais. Essa argumentação foi desconsiderada e os julgados optaram por dissertar longamente sobre figuras parcelares da boa-fé como o *venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio* e o *tu quoque*. De entre várias objeções a essa fundamentação, desenvolvidas no texto e na palestra, Schmidt salienta que se havia na lei um requisito de validade formal, sua não obediência não poderia ser meramente qualificada como um comportamento contraditório.

Nesse tipo de argumentação, vê o sestro de se “recitar” fórmulas abstratas, sem se preocupar com sua concretização. A propósito, Schmidt citou mais uma vez Hedemann: “Somente para as naturezas mais débeis é que deve soar tentador: ser censor, não o servo dos artigos [da lei], [ser o] arauto da boa-fé!” Essa frase parece lembrar muitos julgados atuais que se louvam em não ser simples “servos da lei” e sim “apóstolos da boa-fé”.

(IV) Em suas conclusões, Jan Peter Schmidt repassou seus principais argumentos e fez uma conclamação a que a doutrina assumisse um papel mais vigoroso e efetivo na crítica jurisprudencial, ao invés de se limitar a narrações descritivas sobre o resultado de julgados. Segundo ele, muito se fala sobre problemas de fundamentação dos julgados, mas pouco se escreve, o que deixa sem repercussão esse tipo de expediente.

Existem *luzes*, como a decisão que rejeitou a boa-fé objetiva para reconhecer a incidência específica da Lei Ferrari (Lei 6.729/1979), quando se discutiu a proibição de resilição de um negócio de concessão comercial de automóveis, cuja vigência se protraia por longos anos.

Caros leitores, eis uma resenha da palestra de Jan Peter Schmidt, proferida no último dia 5 de dezembro de 2014, no auditório do prédio histórico da Faculdade de Direito da USP. Após sua exposição, houve intervenções do ministro Sidnei Beneti, do professor associado Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França (USP), além deste colunista e de diversos membros da assistência, como os professores Eduardo Tomasevicus (USP), Cristiano de Sousa Zanetti (USP), Thiago Sombra (Unb) e dos estudantes de graduação e pós-graduação.

Por uma questão de espaço, apenas os pontos mais importantes da palestra foram aqui resumidos. Outras questões foram tocadas e mereceram a resposta ou a reflexão de Jan Peter Schmidt.

Como este colunista teve a oportunidade de se manifestar, em uma de suas intervenções, a perda dos referenciais religiosos em uma sociedade cada vez mais laica parece ter reconduzido para o Direito uma busca pela legitimação pautada em valores metajurídicos *óptimos*, reveladores de um consenso social e



de uma impermeabilidade à crítica. Há alguns anos, não se podia criticar um dogma de fé (cristão, para se limitar a esta religião) ou um sacerdote, pois isso atrairia a reação majoritária da sociedade. Nos dias atuais, muitos se valem dessa blindagem metajurídica para esconder a insuficiência de fundamentos, a aversão ao controle público da fundamentação utilizada em um julgado ou em uma tese e ao desejo de não pagar os custos argumentativos de teses e decisões. No Brasil, os problemas apontados pelo expositor alemão não se limitam aos tribunais. Em larga medida eles surgiram e vicejaram na doutrina. E é tempo de começar a transformar esse estado de coisas, sob pena de o Direito perder sua relevância e sua autonomia. Afinal, se para argumentar juridicamente basta invocar fórmulas vazias, mas repletas de consenso quanto a seu cariz *óptimo*, para que formar e reconhecer por meio de diplomas oficiais nós juristas?[5]

[1] Por ocasião da palestra, o ministro Sidnei Beneti fez algumas intervenções e, em uma delas, salientou que o problema da delimitação fática, especialmente nos acórdãos dos tribunais superiores, devia-se ao instituto do prequestionamento e às técnicas de decisão brasileiras que se pautam pela abstração de teses. Não seria, portanto, uma deficiência mas um modo de organização do sistema recursal brasileiro.

[2] Em um excursus, durante a palestra, Jan Peter Schmidt elogiou a qualidade dos bancos de dados jurisprudenciais brasileiros, em muito superiores a seus congêneres europeus.

[3] Professor catedrático de Direito Civil, Direito Internacional Privado e Direito Comparado da Universidade de Munique Ludwig-Maximilian, e membro do Tribunal Constitucional da Baviera.

[4] HEDEMANN, Justus Wilhelm. **Die Flucht in die Generalklauseln**: Eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen: Mohr, 1933.

[5] Advertências essas que se encontram presentes em obras e acórdãos, na Teoria do Direito, no Direito Civil, na Metodologia do Direito e no Direito Constitucional, muita vez sem qualquer resultado, por Antonio Junqueira de Azevedo (*in memoriam*), José Antonio Dias Toffoli, Antonio Carlos Ferreira, Arnaldo Vasconcelos, Lenio Luiz Streck, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Gabriel Nogueira Dias, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Heleno Taveira Torres, Gilberto Bercovici, Silmara Chinellato, João Baptista Villela, Judith Martins-Costa, Néviton Guedes, Marco Aurélio Marraffon, Torquato Castro Jr., Eduardo Marchi, Luiz Edson Fachin, Véra Jacob de Fradera, Fernando Campos Scaff, Cesar Fiuza, Nelson Nery Jr, Sidney Beneti e outros ilustres quixotescos.

Date Created

10/12/2014