

O Direito Privado como um "Sistema em Construção"

(As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro)

Judith Martins-Costa

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

"Siamo stati troppo abituati alle virtù tautologiche del legislatori; siamo stati troppo affidargli il monopolio della produzione giuridica; siamo stati troppo abituati all'ossequio della legge in quanto legge, cioè in quanto autorità e forma". (Paolo Grossi, Prefazione al vol. 50 de "Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Firenze, 1996, p. VI).

SUMÁRIO

Introdução.

I) As cláusulas gerais e o modelo de Código na contemporaneidade:

- a) características da cláusula geral;
- b) sua estrutura;
- c) e as suas funções.

II) As cláusulas gerais do Projeto de Código Civil Brasileiro:

- a) a função social do contrato;
- b) a boa-fé objetiva.

Ao encerrar, no Senado Federal, a votação do Projeto do Código Civil, apresentou o seu relator, Senador Josaphat Marinho, substancial estudo no qual ressaltou a circunstância de mover-se, o legislador, no espaço que entremeia a *prudência e a flexibilidade*¹, espaço e caminho adequados para solver a questão: é hora de (re) codificar-se o Direito Civil?

A esta indagação subjaz outra, mais fértil e inquietante, qual seja a de saber se é possível afirmar-se a existência de um sistema de direito privado, vale dizer, de um conjunto normativo **sistematicamente compreensível** e passível de apreensão em um *corpus* codificado. Respondendo afirmativamente à questão — àquela expressa, e a que nela vem implícita —, assinalou o Relator que a mesma prudência recomendatória do prosseguimento do trabalho legislativo indicava dever proceder-se *“com espírito isento de dogmatismo, antes aberto a imprimir clareza, segurança e flexibilidade ao sistema em construção, e por-*

1. Item 26 do Parecer Final do Relator ao Projeto do Código Civil, in Internet, www.senado.gov.br/.

tanto adequado a recolher e regular mudanças e criações supervenientes".²

Já aí fixou Josaphat Marinho determinadas concepções — "segurança e flexibilidade", ou "sistema em construção", ou ainda, a idéia da possibilidade de o sistema recolher e regular "mudanças e criações supervenientes" — que parecem não estar sendo bem enfocadas por parte da comunidade jurídica na crítica promovida ao projeto do novo Código Civil. É talvez, por isto, oportuno retornar aqui ao tema das cláusulas gerais³, sob a perspectiva da construção e reconstrução do Direito Privado na contemporaneidade, tendo em vista, notadamente, as necessárias interrelações entre o Código Civil, a Constituição Federal e as leis que, regulando matéria especial, compõem o que se convencionou chamar de microssistemas legislativos.

Desde logo, assento uma premissa que vale, paradoxalmente, como conclusão: a razão de visualizar o novo texto legislativo à luz das suas cláusulas gerais responde à questão de saber se sistema de direito privado tem aptidão para recolher os casos que a experiência social contínua e inovadora-

mente propõe à uma adequada regulação, de modo a ensejar a formação de modelos jurídicos⁴ inovadores, abertos e flexíveis. Em outras palavras, é preciso saber se no campo da regulação jurídica privada é necessário, para ocorrer o progresso do Direito, recorrer-se, sempre à punctual intervenção legislativa ou se o próprio sistema legislado poderia, por si, proporcionar os meios de se alcançar a inovação, conferindo aos novos problemas soluções a priori assistemáticas, mas promovendo, paulatinamente, a sua sistematização.

A questão ora posta como premissa vale como conclusão porque, desde logo, afirmo que o Projeto do Código Civil possui uma tal aptidão, como procurarei demonstrar, já que a sua técnica legislativa privilegia as cláusulas gerais⁵. Mas é este o ponto que, justamente, vem suscitando as maiores críticas ao Código, ora tido como perigosamente "falho" e "indefinido" ao aludir, por exemplo, à função social do contrato⁶, ora como "omisso", por não ter detalhado temas polêmicos como a filiação advinda das técnicas de fertilização humana assistida ou por nada ter regrado em matéria de direito do consumidor⁷, outras

vezes como "ultrapassado" e, inclusive, "ignorante" da técnica de legislar mediante cláusulas gerais⁸ como se a codificação, hoje, ou já não tivesse sentido, ou devesse ser feita ao molde daquela oitocentista, dominada pela pretensão de plenitude lógica e completude legislativa. Uma tal alternativa, contudo, enseja somente falsas questões, e falsas questões costumam suscitar falsas respostas.

No universo *craquelé* da Pós-Modernidade não tem sentido, nem função, o código total, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemática de regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único corpus legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura. Mas se falta sentido hoje a esse modelo de Código, isto não significa que nenhum modelo de código possa regular as relações jurídicas da vida privada. A questão adequada, portanto, é: porque delineiam as cláusulas gerais o modelo de Código apto aos nossos dias (I)? Tão logo respondida, devo comprovar a asserção de que o Projeto realiza este modelo, identificando as cláusulas gerais contidas em seu texto (II).

I. O Modelo de Código na Contemporaneidade⁹

O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista. Hoje a sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos¹⁰. Sua linguagem, à diferença do que ocorre com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística. Um Código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos — mesmo os extra-jurídicos — e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.

As cláusulas gerais, mais do que um "caso" da teoria do direito — pois revolucionam a tradicional teoria das fontes¹¹ — constituem as 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

2. Idem, ibidem, grifei.

3. Tratei deste tema, em uma primeira abordagem, no ano de 1991, ao apresentar em congresso realizado em Valencia, Espanha, o estudo "As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico", publicado in Revista de Informação Legislativa, vol. 112, pp. 13 a 32, (1991), Brasília e na Revista dos Tribunais, vol. 680, pp. 47 a 58, (1992), São Paulo. Posteriormente, voltei o tema na tese de doutorado, Sistema e Cláusula Geral, USP, 1996, no prelo sob o título "A Boa-Fé Objetiva: sistema e tópica no processo obrigacional".

4. Utilizo a expressão "modelos jurídicos" no sentido que lhe é atribuído por Miguel Reale, in Para uma Teoria dos Modelos Jurídicos, comunicação apresentada ao Congresso Internacional de Filosofia realizado em Viena, 1968 (publicada em Estudos de Filosofia e Ciência do Direito, Ed. Saraiva, São Paulo, 1978, ensaio III, e, mais recentemente, em Fontes e Modelos do Direito — para um novo paradigma hermenêutico, Ed. Saraiva, São Paulo, 1994. Ver, adiante, a explicitação do conceito.

5. Em sentido contrário, Gustavo Tepedino, in Del Rey - Revista Jurídica, dez. 1997, ano 1, nº 1, pág.17, segundo o qual o Projeto "desconhece" as cláusulas gerais de que é dotada a técnica jurídica contemporânea.

6. Assim, Antonio Junqueira de Azevedo, in Gazeta Mercantil de 7.1.1998.

7. Neste sentido, Gustavo Tepedino, op. Cit., pág.17.

8. Idem, ibidem.

9. As observações a seguir expostas constituem uma síntese do que escrevi em "Sistema e Cláusula Geral", já citado.

10. O exemplo, paradigmático, vem da Constituição norte-americana. Mesmo a Constituição brasileira vigente possui, no entanto, variada tipologia de modelos jurídicos abertos, seja pela afirmação de sua principiologia, seja pela inserção de cláusulas gerais de reenvio a outros textos normativos, como a do parágrafo segundo do art. 5º.

11. É indiscutível a constatação, hoje, da existência de uma crise na teoria das fontes que se reflete na metodologia da ciência do direito. Esta crise resulta, segundo Clóvis do Couto e Silva, justamente "da admissão de princípios tradicionalmente considerados metajurídicos no campo da Ciência do Direito, aluindo-se, assim, o rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo" (in A Obrigação como Processo", José Bushatsky Editor, São Paulo, 1976, p. 74).

standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, **viabilizando a sua sistematização e permanente ressiematização no ordenamento positivo.**

A viabilidade das cláusulas gerais para permitir essa sistematização/ressiematização nasce dos seus traços característicos, base de seu conceito (a), da sua estrutura (b) e funções (c).

a. Características das cláusulas gerais.

As cláusulas gerais constituem uma técnica legislativa¹² característica da segunda metade desde século¹³, época na qual o

modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificatório do século passado — que queria a lei “*clara, uniforme e precisa*”, como na célebre dicção voltaireana — foi radicalmente transformado, por forma a assumir a lei características de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados. Tem-se hoje não mais a lei como *kanon* abstrato e geral de certas ações, mas como resposta a específicos e determinados problemas da vida cotidiana¹⁴.

Por esta razão, nossa época viu irromper na linguagem legislativa indicações de programas e de resultados desejáveis para o bem comum e a utilidade social (o que tem sido chamado de diretivas ou “normas-objetivo”¹⁵), permeando-a também terminologias científicas, econômicas e sociais que, estranhas ao modo tradicional de legislar, são, contudo, adequadas ao tratamento dos problemas da idade contemporânea¹⁶. Mais ainda, os códigos civis mais recentes e certas leis especiais¹⁷,

têm privilegiado a inserção de certos tipos de normas que fogem ao padrão tradicional, não mais enucleando-se na definição, o mais perfeita possível, de certos pressupostos e na correlata indicação punctual e pormenorizada de suas conseqüências.

Pelo contrário, estes novos tipos de normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados **intencionalmente vagos e abertos**, os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”. Por vezes — e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas — o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante a atividade de **concreção** destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.

Já por estas indicações percebe-se o quão multifacetário é o perfil das cláusulas gerais, razão pela qual, na busca do seu conceito, a doutrina nada mais obtém do que arrolar a diversidade de suas características. Por isto, desde logo rejeitada a preten-

são de indicar um conceito perfeito e acabado, entendo pertinente, ao revés, assinalar os traços que lhe vêm sido relacionados no que diz com o seu papel enquanto técnica legislativa, pois é aí, na contraposição à **técnica da casuística**, que o seu perfil poderá ser traçado.

A contraposição entre ambas as técnicas legislativas foi divulgada na muito conhecida obra de Karl Engisch, traduzida em português como “*Introdução ao Pensamento Jurídico*”¹⁸. Este afirma¹⁹ que a casuística constitui “*a configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria*”²⁰. Esta noção é completada em outra obra na qual assenta: “*A casuística não significa outra coisa senão a determinação por meio de uma concreção especificativa, isto é, regulação de uma matéria mediante a delimitação e determinação jurídica em seu caráter específico de um número amplo de casos bem descritos, evitando generalizações amplas como as que significam as cláusulas gerais*”²¹.

A casuística, também dita “*técnica da regulamentação por fattispecie*” é, portanto, a técnica utilizada nos textos normativos marcados pela especificação ou determinação dos elementos que compõem a

12. Como esclareci em *Sistema e Cláusula Geral*, através do sintagma “cláusula geral”, costuma-se designar tanto determinada técnica legislativa em si mesma não-homogênea, quanto certas normas jurídicas, devendo, nessa segunda acepção, ser entendidas pela expressão “cláusula geral” as normas que contêm uma cláusula geral. É ainda possível aludir, mediante o mesmo sintagma, às normas produzidas por uma cláusula geral.

13. Embora a mais célebre cláusula geral, a da boa-fé objetiva, posta no parágrafo 242 do Código Civil Alemão seja datada no século passado, esta técnica difundiu-se na codificação que vem sendo levada a efeito, nos vários países da *civil law*, a partir do final dos anos 40. Esgotado o modelo oitocentista da plenitude ou totalidade da previsão legislativa, em face da complexidade da tessitura das relações sociais, com todas as inovações de ordem técnica e científicas que vêm mudando a face do mundo desde o pós-guerra iniciou-se, em alguns países da Europa, a época das reformas nos Códigos Civis, Exemplificativamente a Itália, em 1942, Portugal, em 1966, a Espanha, em 1976 e, mais recentemente, a Grécia.

14. Nesse sentido Natalino Irti, “*L’età della decodificazione*”, Ed. Giuffrè, Milão, 1989, p. 16.

15. Para um conceito de “diretivas”, vide Eros Roberto Grau, *Contribuição para a Interpretação e a Crítica da Ordem Econômica na Constituição de 1988*, tese, São Paulo, 1990, p. 182 e ss.

16. Irti, *L’età...*, cit., p. 16.

17. Podem ser lembrados o art. 1.337 do Código Civil Italiano (norma de restrição à autonomia privada, impondo a correção da conduta dos particulares no período pré-contratual), o art. 239 do Código Civil Português (norma de integração dos negócios jurídicos, através da relativa restrição à autonomia negocial), o art. 483 do mesmo Código (norma geral de previsão da responsabilidade civil por culpa), e, entre nós, o art. 7º do Código de Defesa do Consumidor (norma de extensão da tutela assegurada ao consumidor).

18. “*Einführung in das Juristische Denken*”, Stuttgart, 1964.

19. “*Se o conceito multissignificativo de cláusula geral, que não raramente vemos confundidos com um dos conceitos acima aludidos (isto é, com os conceitos indeterminados, conceitos determinados, conceitos normativos, conceitos descritivos) há de ter uma significação própria, então faremos bem em olhá-lo como conceito que se contrapõe a uma elaboração “casuística” das hipóteses legais*” (“*Introdução ao Pensamento Jurídico*”, cit., pp. 188 e 189).

20. Engisch, “*Introdução ao Pensamento Jurídico*”, cit., p. 188. No mesmo sentido Luigi Mengoni, “*Diritto Vivente*”, *Rev. Jus*, 1989, pp. 14 a 26.

21. “*La Idea de Concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales*”, trad. esp.p. de Juan Jose Gil Cremades, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1968, p. 180, traduzi e grifei,

fattispecie. Em outras palavras, nas normas formuladas casuisticamente percebe-se que o legislador fixou, do modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos normados.

Ora, esta técnica legislativa provoca um efeito imediato no momento da aplicação/interpretação do texto legislativo. É que em face da **tipificação de condutas** que promove, pouca hesitação haverá do intérprete para determinar o seu sentido e alcance, podendo aplicar a norma mediante o processo mental conhecido como “subsunção”. Há uma espécie de pré-figuração, pelo legislador, do comportamento marcante ou típico, pré-figuração a ser levada em conta pelo intérprete, uma vez que o elaborador da lei optou por descrever a factualidade²².

Este caráter de **determinação ou tipicidade** que caracteriza a casuística vem sendo apontado como um dos principais, senão o principal fator de rigidez — e por consequência, de envelhecimento — dos Códigos civis. A razão está, conforme Natalino Irti, em que “o legislador cria um repertório de figuras e disciplinas típicas (...) a qual o juiz pouco ou nada pode aduzir para o disciplinamento do fato concreto²³”. Por conduzirem o intérprete a uma subsunção quase automática do fato sob o paradigma abstrato²⁴ as disposições definitórias, tais como as

da casuística, têm um caráter de **rigidez ou imutabilidade**, o qual acompanha a pretensão de completude, isto é, a ambição de dar resposta legislativa a todos os problemas da realidade²⁵.

Em contrapartida, às cláusulas gerais é assinalada a vantagem da **mobilidade**, proporcionada pela intencional imprecisão²⁶ dos termos da *fattispecie* que contém, pelo que é afastado o risco do imobilismo porquanto é utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade²⁷.

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que **essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência**. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como **metanormas**, cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social. Em razão destas características esta técnica permite capturar, em uma mesma hipótese, uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal.

22. Nesse sentido, Menezes Cordeiro, “Da Boa-Fé no Direito Civil”, Ed. Almedina, Coimbra, 1989, pp. 1186 e 1187.

23. L’età..., cit., p. 8, traduzi.

24. Federico Rosselli, “Clausole Generale: l’uso giudiziario”, in Política del Diritto, 4, p. 670.

25. “L’età della decodificazione”, cit., p. 8.

26. No sentido de vagueza semântica.

27. A tipicidade, pode ser compreendida como “a qualidade de uma pessoa, coisa ou conceito pela qual suas características resultam conformes as de um tipo predeterminado”, entendendo-se por “tipo” “o modelo ideal que reúne as características essenciais de todos os entes de igual natureza” (conforme Noemi Nidia Nicolau, “La autonomía de la voluntad como factor de resistencia a la tipicidad en el sistema de derecho privado argentino”, Porto Alegre, nov. 1994, datilog.).

Considerada, pois, do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, **crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema**; estes elementos, contudo, **fundamentarão a decisão**, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, através do recorte da *ratio decidendi*, a

ressistemização destes elementos, originariamente extra-sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico²⁸.

Conquanto tenha a cláusula geral a vantagem de criar aberturas do direito legislado à dinamicidade da vida social tem, em contrapartida, a desvantagem de provocar — até que consolidada a jurisprudência — certa incerteza acerca da efetiva dimensão dos seus contornos. O problema da cláusula geral situa-se sempre no estabelecimento dos seus limites²⁹. É por isto evidente que nenhum código pode ser formulado apenas e tão somente com base em cláusulas gerais, por que, assim, o grau de certeza jurídica seria mínimo. Verifica-se, pois, com frequência, a **combinação** entre os métodos de regulamentação casuística e por cláusulas gerais, técnicas cuja distinção

28. A comparação, em certo setor, da técnica de legislar mediante cláusulas gerais e através da casuística pode auxiliar a esclarecer esse característica. Clóvis do Couto e Silva exemplifica com a diferença entre um sistema que consagra uma cláusula geral de reparação de todos os atos danosos (indicando o art. 1.382 do Code Napoléon, segundo o qual, em tradução: “Todo e qualquer fato do homem que cause a outrem um dano, obriga este pela culpa de quem ela ocorreu, a repará-lo”) e um sistema no qual todas as *fattispecies* delituais devem estar previstas na norma (aludindo aos parágrafos 823, I e II e 825 do Código Civil alemão, os quais têm, respectivamente, em tradução, o seguinte teor: § 823: “Aquele que, intencionalmente ou por negligência, atentou contra a integridade corporal, a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade ou qualquer outro direito de outrem, é obrigado, em relação à pessoa lesada, à reparação do prejuízo causado. A mesma obrigação incumbe a quem contravém a uma lei que tem por fim a proteção de outrem. Se, conforme o teor dessa lei, se pode contrair, mesmo que para isto não haja necessidade de culpa, a responsabilidade civil não existe se um culpa não se produza. § 825: “Aquele que seduziu uma mulher por astúcia, ameaça ou abuso da situação da qual ela dependia, deve reparar o dano assim causado). Com base no art. 1.383 a jurisprudência francesa veio progressivamente estabelecendo deveres de conduta, tais como o *devoir de renseignement* em matéria précontratual, os deveres de cuidado, de diligência, de atenção, etc, cuja não observância pode conduzir à indenizabilidade do dano, ou estabelecendo novas hipóteses, como a responsabilidade pela *perte d’une chance*, alargando, assim, o campo dos prejuízos indenizáveis. Já pela falta de uma cláusula geral não há, no sistema alemão, “um desenvolvimento livre dos deveres de conduta, de forma que na sua violação possa ser considerada como delitual”, marcando-se “o desenvolvimento das hipóteses delituais (...) nos limites prefixados pela lei” (Clóvis do Couto e Silva, “Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé - Cours fait à la Faculté de Droit de St. Maur, Paris XII”, Paris, 1988, datilografado, p.62, traduz). O mesmo exemplo é assinalado por H. Nipperdey, em estudo intitulado “Die Generalklausel im künftigen Recht der unerlaubten Handlungen”, segundo relata English: “Na medida em que se trate de responsabilidade por culpa própria, no domínio dos delitos civis são possíveis dois sistemas de regulamentação legal: ou são enumeradas uma ao lado das outras as diferentes hipóteses de actos delituais que devem desencadear a consequência indenizatória (como nos §§ 823-825 do BGB) ou se cria uma hipótese legal unitária de acto ilícito (Código Civil Francês, art.1382). Em lugar da formulação casuística surge, portanto, a cláusula geral que visa a ofensa ilícita e culposa a interesse de outrem.” (“Introdução ao Pensamento Jurídico”, cit., p. 189).

29. Nesse sentido a observação de Sérgio José Porto in A Responsabilidade Civil por Difamação no Direito Inglês, Ed. Sergio Fabris, Porto Alegre, 1995, p. 15.

por vezes inclusive resta extremamente relativizada, podendo ocorrerem, numa mesma disposição, "graus" de casuísmo e de vagueza³⁰.

Assim acontece, por exemplo, no vigente Código Civil Português: como bem lembra José Carlos Moreira Alves, este encontra-se fixado numa posição "em que predomina o caráter científico, com o seu conceitualismo e o emprego de cláusulas gerais, sem abdicar, contudo, do casuísmo nas matérias que constituem o núcleo básico do direito civil, pela vantagem da certeza do direito"³¹. Com efeito, em matéria de direito das obrigações — considerando que aí reside o núcleo não só do direito civil, mas da inteira disciplina jurídica — não se poderia colocar a alternativa "cláusulas gerais ou não", devendo-se pensar na concomitância entre estas e a casuística pela mesma razão apontada.

A flexibilidade proporcionada pelas cláusulas gerais decorre de sua peculiar estrutura. A esta devem-se as funções que podem desenvolver no ordenamento codificado. Cabe, pois, examiná-las.

b. A estrutura da cláusula geral

Multifacetárias e multifuncionais, as cláusulas gerais podem ser basicamente de três tipos, a saber: a) disposições de **tipo restritivo**, configurando cláusulas gerais que delimitam ou restringem, em certas situações, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou

princípio jurídico. É o caso, paradigmático, da restrição operada pela cláusula geral da função social do contrato às regras, contratuais ou legais, que têm sua fonte no princípio da liberdade contratual; b) de **tipo regulativo**, configurando cláusulas que servem para regular, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas na lei, como ocorre com a regulação da responsabilidade civil por culpa; e, por fim, de **tipo extensivo**, caso em que servem para ampliar uma determinada regulação jurídica mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos. É exemplo o art. 7º do Código do Consumidor e o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal, que reenviam o aplicador da lei a outros conjuntos normativos, tais como acordos e tratados internacionais e diversa legislação ordinária³².

Seja qual for o tipo da cláusula geral, o que fundamentalmente a caracteriza é a sua peculiar estrutura normativa, isto é, o modo que conjuga a previsão ou hipótese normativa com as conseqüências jurídicas (efeitos, estatuição) que lhe são correlatas.

É bem verdade que o exame da estrutura das cláusulas gerais importa numa tomada de posição. Há os que, como English, entendem que as cláusulas gerais não possuem "qualquer estrutura própria" do ponto de vista metodológico³³, de maneira tal que estas não "existem" em sentido próprio,

nada mais constituindo do que normas ou preceitos jurídicos cujos termos são dotados de elevado grau de "generalidade". E há os que, como Cláudio Luzzati, afirmam que as cláusulas gerais constituem normas (parcialmente) em branco, as quais são completadas através da referência às regras extrajurídicas.

Consoante a primeira perspectiva de análise, as normas contidas em cláusulas gerais não exigiriam processos de pensamento diferentes daqueles que são pedidos pelos conceitos indeterminados, os normativos e os discricionários³⁴. Podem, nessa medida, ser tidas como normas jurídicas completas, constituídas por uma previsão normativa e uma estatuição, com a particularidade de a previsão normativa, *Tatbestand* ou *fattispecie*, não descrever apenas um único caso, ou um único grupo de casos, mas possibilitar a tutela de uma vasta gama ("generalidade") de casos definidos mediante determinada categoria, indicada através da referência a um padrão de conduta (v.g., "conforme aos usos do tráfico jurídico"), ou a um valor juridicamente aceito (v.g., *boa-fé*, *bons costumes*, *função social do contrato*).

Já o segundo vetor indica que as cláusulas gerais, do ponto de vista estrutural, constituem normas (parcialmente) em branco, as quais são completadas mediante a referência a regras extrajurídicas³⁵, de modo que a sua concretização exige que o

juiz seja reenviado a modelos de comportamento e a pautas de valoração³⁶. É, portanto, o aplicador da lei, **direcionado** pela cláusula geral a formar normas de decisão, vinculadas à concretização de um valor, de uma diretiva ou de um padrão social, assim reconhecido como **arquétipo exemplar da experiência social concreta**.

Este direcionamento ocorre porque, diferentemente das normas formadas através da técnica da casuística — cujo critério de valoração já vem indicado com relativa nitidez, sendo desenvolvido por via dos vários métodos de interpretação — a cláusula geral introduz no âmbito normativo no qual se insere um **critério ulterior de relevância jurídica**, à vista do qual o juiz seleciona certos fatos ou comportamentos para confrontá-los com um determinado parâmetro e buscar, neste confronto, certas conseqüências jurídicas³⁷ que não estão predeterminadas. Daí uma distinção fundamental: as normas cujo grau de vagueza é mínimo, implicam que ao juiz seja dado tão somente o poder de **estabelecer o significado do enunciado normativo**; já no que respeita às normas formuladas através de cláusula geral, compete ao juiz um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará tão somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas por igual criando direito, **ao completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as conseqüências (estatuição) que entenda**

30. O alerta é de English, segundo o qual, conforme o teor da regra formulada mediante a casuística e a regra formulada em cláusula geral, haverá esta relativização (in "Introdução ao Pensamento Jurídico", cit., p. 190).

31. In "A Parte Geral do Projeto Código Civil Brasileiro", Ed. Saraiva, 1986, p. 24.

32. A tipologia é aludida por Menezes Cordeiro, in "Da Boa Fé no Direito Civil", Tomo II, cit., p. 1184.

33. "Introdução ao Pensamento Jurídico", cit., p. 193.

34. Idem, ibidem.

35. Claudio Luzzati, "La Vaghezza delle Norme, - un'analisi del linguaggio giuridico" Ed. Giuffrè, Milão, 1990, p. 314.

36. Nesse sentido Luigi Mengoni, "Diritto Vivente", cit., p. 9.

37. Idem, p. 11.

correlatas à hipótese normativa indicada na cláusula geral³⁸.

Desta constatação deriva uma importante conclusão, a saber: a *incompletude* das normas inseridas em cláusulas gerais significa que, não possuindo uma *fattispecie* autônoma, carecem ser progressivamente formadas pela jurisprudência, sob pena de restarem emudecidas e inúteis. Significa, também que o juiz tem o dever, e a responsabilidade, de formular, a cada caso, a estatuição, para o que deve percorrer o ciclo do reenvio, buscando em outras nor-

mas do sistema ou em valores e padrões extra-sistemáticos os elementos que possam preencher e especificar a moldura vagamente desenhada na cláusula geral³⁹.

Os elementos que preenchem o significado da cláusula geral não são, necessariamente, elementos jurídicos, pois advirão diretamente da esfera social, econômica ou moral. O seu recebimento pela cláusula geral torna-se compreensível se tivermos presente que esta constitui um **modelo jurídico complexo**⁴⁰ e de **significação variável**. É complexo porque, emoldurado em

38. É evidente que, em toda a interpretação, existe uma margem, mais ou menos relevante, de integração valorativa. Contudo, o grau de integração valorativa implicado na concreção da cláusula geral conduz a um poder criativo do juiz que inexiste, em medida similar, nas normas postas casuisticamente.

39. Um exemplo poderá clarear este ponto. Suponhamos que em determinado ordenamento não haja regra legislada similar à do art.51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, que apela à boa-fé para nulificar cláusulas contratuais abusivas. Suponhamos que haja, neste ordenamento, uma cláusula geral de correção e boa-fé vazada nos seguintes termos: "Na conclusão e na execução do contrato as partes devem-se ater aos deveres da correção e boa-fé". Suponhamos que num contrato de compra e venda de unidade habitacional o vendedor, valendo-se de seu maior peso econômico, bem como da situação de necessidade vital que representa para o comprador a aquisição de casa própria, imponha àquele prestação objetiva e manifestamente desproporcional ou sem relação com o sinalagma contratual. Suponhamos, por fim que, inconformada, a parte compradora pretenda a nulidade da cláusula que impõe a prestação desproporcional e recorra ao tribunal X. À vista da mencionada cláusula geral, este tribunal dirá, por exemplo, que em matéria de compra e venda, contrato sinalagmático por excelência, serão nulas as cláusulas que estabeleçam vantagens que não guardem relação com o sinalagma, por atentarem contra a boa-fé objetiva que se impõe no tráfico negocial. Conforme as circunstâncias do caso, vinculará a espécie seja ao instituto da lesão enorme (*laesio enormis*), se ocorreu desproporção entre as prestações, manifestada contemporaneamente à conclusão contratual, ou à tese da base objetiva do negócio, se a desproporção ocorreu supervenientemente à conclusão, já na fase de execução contratual, à vista de circunstâncias externas, ou ainda, à teoria da imprevisão, ou a da excessiva onerosidade, conforme ditarem os elementos fáticos. O juiz será reenviado ao padrão do comportamento conforme à boa-fé. Deverá averiguar qual é a concepção efetivamente vigente, através de pesquisa jurisprudencial e doutrinária, pois não se trata de determinar, por óbvio, qual é a sua própria valoração — esta é apenas "um elo na série de muitas valorações igualmente legítimas com as quais ele a tem de confrontar e segundo as quais, sendo caso disso, a deverá corrigir" como afirma English (Introdução..., cit., p. 198). Poderá, então, sempre à vista das circunstâncias do caso concretamente considerado, e jamais *in abstracto*, determinar se o caso é de nulificação da disposição contratual, ou de sua revisão, ou ainda condenar a parte que agiu contrariamente à boa-fé ao pagamento de perdas e danos, se ocorreu dano ou, se em razão de circunstância superveniente a prestação for considerada impossível, por manifesta inutilidade, inclusive declarar o direito formativo extintivo de resolução contratual. Pouco a pouco a jurisprudência formará espécies de "catálogos de casos" em que foi similar a *ratio decidendi*, podendo estes se expressarem inclusive através de súmulas. Estes casos serão reconduzidos à cláusula geral que veda o comportamento contrário à boa-fé, adquirindo, assim, as normas decorrentes da dicção judicial o caráter de norma aplicável a outros casos em que se verificam circunstâncias idênticas ou similares ("norma geral"). Ter-se-á, pois, progressivamente, a regulação geral (no sentido oposto ao de particular) dos casos, sem que seja necessário traçar, na lei, todas as hipóteses e suas conseqüências, ocorrendo, por igual, a possibilidade da constante incorporação de novos casos.

40. Segundo a já mencionada concepção de Miguel Reale. Veja-se, entre outros trabalhos do mestre paulista, **O Direito como Experiência**, Ed. Saraiva, 1992, ensaio VIII, **Nova Fase do Direito Moderno**, Ed. Saraiva, 1990, ensaio IX, e **Estudos de Filosofia e Ciência do Direito**, Ed. Saraiva, 1978, ensaio III, e a monografia **Fontes e Modelos**, já citada. Em apertadíssima síntese, os modelos jurídicos, que derivam das quatro fontes (a legal, a jurisprudencial, a consuetudinária e a negocial)

determinada fonte legislativa, tem a sua *fattispecie* completada por meio da concreção de elementos cuja origem **imediatamente** estará situada na fonte jurisprudencial, possuindo significação variável posto alterar-se, esta, "em virtude de alterações factuais ou axiológicas conaturais às relações regradadas"⁴¹.

Um valor moral ou um determinado padrão de comportamento assim reconhecido como vinculante no mundo extra-jurídico e retirado da prática da sociedade civil, se considerado por si só, não é, por evidente, norma juridicamente aplicável. Contudo, mediado pela fonte jurisprudencial, constituirá o conteúdo — e, portanto, o critério de aplicabilidade — dos modelos previstos nas cláusulas gerais (fonte legislativa). É que a experiência jurídica, entendida em sua globalidade, da prática cotidiana à legislação, à sentença e às elaborações científicas, traduz estas temas para a específica instância do jurídico, de modo a torná-los efetivos na ordem prática. E são justamente as cláusulas gerais, em razão de sua peculiar estrutura, a **categoria formal** que permite a sua constante e flexível tradução.

constituem espécies — "especificações ou tipificações" — das normas, podendo um modelo coincidir, por vezes, com uma única norma de direito, ou, em outras, ser compostos por várias normas. Contudo, não se pense que os modelos são protótipos ou "modelos ideais", abstratamente considerados. Longe disto, na concepção de Reale, este se apresentam dinâmicos, ligados à concreção da "experiência normada", constituindo a **própria experiência social quando esta se torna estrutura normativa**. Por isto é que para que as normas — enquanto expressam modelos, ou quando a eles se reportam — possam ser captadas em sua plenitude é preciso que o intérprete atenda "à **dinamicidade que lhes é inerente e à totalidade dos fatores que atuam em sua aplicação e eficácia ao longo de todo o tempo de sua vigência**". (Para estas referências, vide **Fontes e Modelos**, cit., pp. 29 a 38).

41. Idem, p. 28

42. Discorda deste entendimento Michele Taruffo, segundo o qual a norma contida na cláusula geral não reenvia a uma outra norma ou princípio do ordenamento jurídico, mas para fora do ordenamento, ou seja, a outros critérios não fixados no sistema de normas jurídicas. A norma em questão deve ser, pois, heterointegrada, ou seja, preenchida com base em critérios metajurídicos que, "segundo o lugar comum tradicional, existem na sociedade" (in "La giustificazione delle decisioni fondate su standards", *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, vol. XIX, n° 1, 1989, p. pág. 152). Esta é, contudo, uma concepção estreita de reenvio. A expressão abarca, como se viu, tanto a condução do juiz para fora do sistema quanto para dentro do sistema. Assim, exemplificativamente, o art. 7º do Código de Defesa do Consumidor.

c. As funções das cláusulas gerais

A função que é, em primeiro lugar, atribuída às cláusulas gerais, é a de permitir, num sistema jurídico de direito escrito e fundado na separação das funções estatais, a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz. O alcance para além do caso concreto ocorre porque, pela reiteração dos casos e pela reafirmação, no tempo, da *ratio decidendi* dos julgados, se especificará não só sentido da cláusula geral mas a exata dimensão da sua normatividade. Nesta perspectiva o juiz é, efetivamente, a *boca da lei* — não porque reproduza, como um ventríloquo, a fala do legislador, como gostaria a Escola da Exegese — mas porque atribui a sua voz à dicção legislativa tornando-a, enfim e então, audível em todo o seu múltiplo e variável alcance.

A voz do juiz não é, todavia, arbitrária, mas **vinculada**. Como já se viu, as cláusulas gerais promovem o reenvio do intérprete/aplicador do direito a certas pautas de valoração do caso concreto. Estas estão, ou já indicadas em outras disposições normativas integrantes do sistema (caso tradicional de reenvio⁴²), ou são obje-

tivamente vigentes no ambiente social em que o juiz opera (caso de direcionamento). A distinção deriva da circunstância de, em paralelo ao primeiro e tradicional papel, estar sendo hoje em dia sublinhado o fato de as cláusulas gerais também configurarem **normas de diretiva**, assim concebidas aquelas que não se exaurem na indicação de um fim a perseguir, indicando certa medida de comportamento que o juiz deve concretizar em forma **generalizante**, isto é, com a função de uma **tipologia social**⁴³. Aí está posta, pois, a segunda grande função das cláusulas gerais, que é a de permitir a mobilidade externa do sistema.

Conquanto tenham estas cláusulas função primeiramente individualizadora — conduzindo ao direito do caso — têm, secundariamente, função generalizadora, permitindo a formação de **instituições** “para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do Direito estrito”⁴⁴. Assim, exemplificativamente, da cláusula geral da boa-fé são gerados os institutos da *supressio*, da *surrectio*, e a própria doutrina da responsabilidade pré-negocial, em seu perfil atual⁴⁵.

Atuam, ainda — e esta é relevantíssima função, nem sempre bem percebida — como **elemento de conexão** ou “**lei de referência**” para oportunizar, ao juiz, a fundamentação da sua decisão de forma relacionada com os **casos precedentes**. Figure-se por exemplo, num sistema no

qual inexistia cláusula geral em matéria de direito dos contratos, o julgamento de uma variedade de casos em que os magistrados decidam ter havido inadimplemento contratual por parte de um ou de ambos contratantes, partes no litígio, pela infringência de certos deveres de conduta, positivos ou negativos, não previstos nem na lei nem no contrato. Uma tal decisão pode vir fundada, pelo juiz “A” numa referência à equidade; pelo juiz “B”, ao princípio que veda o abuso do direito; pode outro juiz aludir, genericamente, aos princípios gerais do direito, e ainda outro pode buscar, para fundar o *decisum*, mesmo um princípio pré-positivo, ainda inexpresso legislativamente. Um último, por fim, imporá os mesmos deveres com base numa interpretação integradora da vontade contratual.

Em todas estas situações a sentença poderá estar adequadamente fundamentada. Contudo, ninguém discutirá que a dispersão dos fundamentos utilizados dificultará sobremaneira a pesquisa dos precedentes, pois será quase impossível visualizar a identidade da *ratio decidendi* existente em todos os exemplos acima figurados, “*a menos que seja facultado* (ao juiz do caso atual) *consultar toda a matéria de que se serviu o juiz* (dos casos precedentes) *na sua integralidade*”⁴⁶, o que se afigura, na prática, fantasioso. Mas é preciso convir que a diversidade dos fundamentos elencados não só problematiza a pesquisa

jurisprudencial, como, por igual, o progresso do Direito — pela dificuldade na reiteiração da hipótese nova —, impedindo a sistematização da solução inovadora. Por isto à cláusula geral cabe o importantíssimo papel de atuar como o **ponto de referência entre os diversos casos** levados à apreciação judicial, permitindo a formação de catálogo de precedentes.

Tem ainda as cláusulas gerais a função de permitir à doutrina operar a **integração intra-sistemática** entre as disposições contidas nas várias partes do Código Civil — a “mobilidade interna”, a qual consiste, nas palavras de Couto e Silva, “na aplicação de outras disposições legais para a solução de certos casos, percorrendo às vezes a jurisprudência um caminho que vai da aplicação de um dispositivo legal para outro tendo em vista um mesmo fato”⁴⁷. Por fim, viabilizam a **integração inter-sistemática**, facilitando a migração de conceitos e valores entre o Código, a Constituição⁴⁸ e as leis especiais. É que, em razão da potencial variabilidade do seu significado, estas permitem o permanente e dialético fluir de princípios e conceitos entre esses corpos normativos, evitando não só a danosa construção de paredes internas no sistema, considerado em sua globalidade, quanto a necessidade

de a eficácia da Constituição no Direito Privado depender da decisão do legislador do dia⁴⁹. Com efeito, em alargado campo de matérias — notadamente os ligados à tutela dos direitos da personalidade e à funcionalização de certos direitos subjetivos —, a concreção das cláusulas gerais insertas no Código Civil com base na jurisprudência constitucional acerca dos direitos fundamentais evita os malefícios da inflação legislativa, de modo que, ao surgimento de cada problema novo, não deva, necessariamente, corresponder nova emissão legislativa.

Tenho ser esta, hoje, a mais relevante função das cláusulas gerais, pois viabilizará a compreensão do conceito contemporâneo de **sistema**, o que se apresenta relativamente **aberto** (viabilizando a introdução de novas hipóteses, sem contudo, dispersar-se na cacofonia assistemática), **móvel** (marcado pelo dinamismo entre as hipóteses que contempla nas suas várias partes) e **estruturado em graus escalonados de privatismo e publicismo**⁵⁰. Como assegura Clóvis do Couto e Silva, o Direito exige o assentamento de um núcleo valorativo e de uma técnica relativamente unitária ou comum⁵¹ entre os vários con-

43. Mengoni, “Diritto Vivente”, cit. p. 13.

44. Clóvis do Couto e Silva, *O Princípio da Boa-Fé no Direito Civil Brasileiro e Português*, Ed. RT, São Paulo, 1986, pág. 53.

45. Para este exame, consulte-se Menezes Cordeiro, *Da Boa-Fé...*, cit., pág. 797 a 836 e 586 a 602.

46. Clóvis do Couto e Silva, *O Princípio da Boa-Fé...*, cit., p.62.

47. Idem, p. 50, nota 13.

48. Tratou excelentemente desta relação Teresa Paiva de Abreu Trigo de Negreiros, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, dissertação de Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional da Faculdade de Direito da PUC-RJ, 1997, inédita.

49. Acerca das relações entre Constituição e Direito Privado, e a efetividade, na legislação ordinária, dos princípios fundamentais, veja-se Konrad Hesse, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, trad., de Ignacio Gutierrez Gutierrez, Ed. Civitas, Madrid, 1995 e Dieter Grimm, *La Constitución como Fuente del Derecho*, in *Las Fuentes del Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho Estudi General de Leida, 1983, p.13 e ss.

50. Veja-se Ludwig Raiser, *Il Futuro del Diritto Privato*, in *Il Compito del Diritto Privato*, trad. Italiana de Cosimo M. Mazzoni e Vincenzo Varano, Ed., Giuffrè, Milão, 1990.

juntos normativos que o compõem, pena de incompreensibilidade absoluta e, inclusive, inaplicabilidade, no Direito Privado, dos valores e diretivas constitucionais. As cláusulas gerais permitem facilitar esta migração, viabilizando a inflexão ponderada, no ordenamento privado, dos princípios da Constituição, sabendo-se hoje que as esferas do Direito público e do Direito privado não estão seccionadas por intransponível muro divisório, antes consistindo, como percebeu Miguel Reale, “*duas perspectivas ordenadoras da experiência jurídica (...) distintos, mas substancialmente complementares e até mesmo dinamicamente reversíveis*”⁵², por forma a ensejar a **dialética da complementaridade**⁵³, e não mais a **dialética da polaridade**⁵⁴.

Nesta perspectiva, se a crítica hoje operada à codificação reside na inadequação dos códigos, por sua rigidez, para apreender as velocíssimas e surpreendentes mudanças da tipologia social, nada mais adequado que o Código Civil, na contemporaneidade, contemple este modo de legislar. Assim o faz o Projeto do Código Civil ora em tramitação na Câmara dos Deputados.

II. As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil

A missão de apreender e disciplinar as tipologias sociais relevantes na vida civil, permitindo a captura, incessante e progressiva, das novas realidades foi o escopo da metodologia seguida pelos autores do Projeto do Código Civil. Assim expressa o Relator do Projeto no Senado Federal, Senador Josaphat Marinho, já nas primeiras linhas do Parecer pela aprovação: (...) o Projeto de Código Civil em elaboração no caso de um para o nascer de outro século, deve traduzir-se em **fórmulas genéricas e flexíveis**, em condições de resistir ao embate de novas idéias”⁵⁵ (...), seguindo pensamento manifestado pelo presidente da Comissão Elaboradora do Projeto, Miguel Reale, já em 1975, na Exposição de Motivos apresentada ao Ministro da Justiça.

Afirmava desde então o insigne Professor a necessidade de a codificação do direito privado, nos dias atuais, apresentar-se não mais modulada, metodologicamente, em modelo rígido, revelando-se, antes, através de uma **modelos abertos**, expressos mediante uma “*estrutura normativa concreta (...), destituída de qualquer apego a meros*

51. *In O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro*, Revista Ajuris no 40, Porto Alegre, 1987, p. 128.

52. Miguel Reale, “*Lições Preliminares de Direito*”, cit, p. 6.

53. O conceito é central na obra de Miguel Reale, que explica a dialética da complementaridade como “a correlação permanente e progressiva entre dois ou mais fatores, os quais não se podem compreender separados um do outro, sendo ao mesmo tempo um deles irreduzível ao outro, de tal modo que os elementos da relação só logram plenitude de significado na unidade concreta da relação que constituem, enquanto se correlacionam e daquela unidade participam” (ver **Fontes e Modelos**, cit., p. 7)

54. Também Hesse acena à relação de recíproca complementaridade e dependência entre o Direito Constitucional e o Direito Privado em nossos dias, acenando à mudança nessa realação, correspondente à mudança das funções, das tarefas e da qualidade de cada um destes setores jurídicos. Ver **Derecho Constitucional y Derecho Privado**, cit., p.p. 69 e 70.

55. Parecer Final ao Projeto do Código Civil, cit., item 26.

valores formais abstratos”, o que seria alcançado se plasmadas, no Código, “*soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com frequente apelos a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, equidade, proibidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações, etc.*”⁵⁶.

Por igual, outros integrantes da aludida Comissão, nomeadamente, José Carlos Moreira Alves e Clóvis do Couto e Silva, verberaram, em trabalhos acerca da proposta da nova lei civil, o caráter estruturalmente inovador de certas normas. Assim, Couto e Silva expressamente manifestou:

“O pensamento que norteou a Comissão que elaborou o projeto do Código Civil brasileiro foi o de realizar um Código central, no sentido que lhe deu Arthur Steinwenter, sem a pretensão de nele incluir a totalidade das leis em vigor no País (...). O Código Civil, como Código central, é mais amplo que os códigos civis tradicionais. É que a linguagem é outra, e nela se contém “*cláusulas gerais*”, um convite para uma **atividade judicial mais criadora**, destinada a complementar o corpus juris vigente com novos princípios e normas”⁵⁷.

José Carlos Moreira Alves, por sua vez, há mais de uma década, alertava para o fato de a inserção das cláusulas gerais promover a mudança da concepção filosófica

do novo Código por meio de alterações formalmente diminutas, exemplificando com a concepção de propriedade, de tal maneira que, “*com dois artigos apenas passou-se da propriedade individualista para a propriedade com função social*”⁵⁸.

Sendo este o pensamento dos autores do Anteprojeto, bem como o do Relator do Projeto no Senado, nada mais natural que o texto venha à público pleno de cláusulas gerais. É preciso, agora, que a doutrina e a jurisprudência as reconheçam e apontem as suas potencialidades, não as tomando como fórmulas vazias, preceitos destituídos de valor vinculante ou meros conselhos ao intérprete, como poderiam parecer a um pensamento exegético.

As cláusulas gerais não estão uniformemente dispersas no Projeto, e nem poderiam estar, pois é da natureza do Direito Civil conter campos que requerem maior ou menor ductilidade. A Parte Geral, destinando-se a “*fixar os parâmetros de todo o sistema*” — como afirmou José Carlos Moreira Alves — vem marcada pelo propósito “*de máximo rigor conceitual*”⁵⁹. Abrija, mesmo assim, ponderável número de normas abertas ou semanticamente vagas, inclusive fazendo remissão a princípios ou

56. Exposição de Motivos do Projeto de Código Civil”, 1975, in **O Projeto de Código Civil – Situação atual e seus problemas fundamentais**, Ed. Saraiva, São Paulo, 1986, p. 84, grifos meus. No mesmo trabalho, averbou ainda conter o Código projetado preceitos “*que, à primeira vista, podem parecer de mero valor ético, mas que, tendo como destinatário primordial o juiz, consubstanciam exigências de equidade, de amparo aos economicamente mais fracos, ou de preservação às forças criadoras do trabalho*”.

57. **O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro**, in Revista Ajuris no 40, Porto Alegre, 1987, p. 128. O texto reproduzido está às páginas 148 e 149, grifei.

58. *In A Parte Geral do Projeto do Código Civil Brasileiro*, Ed. Saraiva, 1986, pág. 27

59. *Idem*, p. 7.

direcionando o juiz à pesquisa de elementos econômicos e sociais⁶⁰.

É nos Livros concernentes ao Direito de Família e ao Direito das Obrigações — este abrangendo também as obrigações de caráter mercantil, consoante modelo que havia sido traçado pioneiramente por Teixeira de Freitas⁶¹ — que encontraremos, em paralelo às normas marcadas pela estrita casuística, a maior parte das cláusulas gerais. Limite-me, por ora, ao exame de apenas duas das cláusulas gerais que comandam o comportamento contratual, a saber, as da **função social do contrato** (art. 421), **probidade e boa-fé objetiva** (art. 421⁶²), registrando só que as mesmas não esgotam a disciplina do campo contratual, no qual incidem ainda as cláusulas gerais do **comportamento segundo os usos do tráfico** (art. 112) e as da **reparação de danos, por culpa** (arts. 185 e 929, *caput*) e **por risco** (art. 926, parágrafo único).

a. Função social do contrato

“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Esta norma, posta no art. 420 do

Projeto do Código Civil constitui a projeção, no específico domínio contratual, do valor constitucional expresso como **garantia fundamental** dos indivíduos e da coletividade que está no art. 5º, inciso XXIII da Constituição Federal, uma vez que o contrato tem, entre outras funções, a de instrumentalizar a aquisição da propriedade. Se a esta não é mais reconhecido o caráter absoluto e sagrado, a condição de direito natural e inviolável do indivíduo, correlatamente ao contrato também inflete o cometimento — ou o reconhecimento — de desempenhar função que traspassa a esfera dos meros interesses individuais.

A atribuição de uma função social ao contrato não deveria, pois, já por isto, ser objeto de estranhamento. Até porque, uma tal atribuição insere-se no movimento da **funcionalização dos direitos subjetivos**, o qual, há muitas décadas, já não seria novidade em doutrina e mesmo no plano legislativo, bastando recordar a célebre fórmula⁶³ que, uma vez posta na Constituição de Weimar, ingressou nas Constituições do século XX como tentativa de buscar “*um novo equilíbrio entre os interesses dos particulares e necessidades da coletividade*”⁶⁴.

60. Veja-se em especial a regra acerca da privacidade (art. 21) que confere mandato ao juiz para adotar as “*providências necessárias*” à manutenção da integridade da vida privada; as normas dos artigos 112 (interpretação dos negócios jurídicos segundo a boa-fé); 137 (*standard* da “normal diligência” na apreciação do erro); 186 (traça os contornos, alargados, da ilicitude por abuso de direito, a qual se caracteriza inclusive pela prática de ato desviado do seu fim econômico e social, ou que ultrapassa os limites impostos pela boa-fé ou pelos bons costumes). (Para estas referências, consulte o texto da Redação Final do Projeto, editado pelo Senado Federal, 1997).

61. Ao contrário do que por vezes se afirma, o modelo do Projeto não se confunde com o do direito italiano ou do suíço. Adotou-se a unificação apenas no Direito das Obrigações, parte “especializada” em relação à Parte Geral, enquanto que o modelo italiano, além de não conter Parte Geral, estende a unificação também ao Direito do Trabalho.

62. As referências reportam-se ao texto aprovado no Senado Federal em dezembro de 1997.

63. “*A propriedade obriga*” (art. 150 da Constituição de Weimar).

64. Neste sentido, Francesco Galgano, *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*, Ed. Zanichelli, Bolonha, 2ª edição, p.152, traduzi.

Atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função⁶⁵ e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo “*mito jusnaturalista*”⁶⁶ que a recobriria na codificação oitocentista, na qual fora elevada ao *status* de realidade ontológica, esfera jurídica de soberania do indivíduo⁶⁷. Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados pela funcionalização, que indica a atribuição de um poder tendo em vista certa finalidade ou a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente próprios ou individuais, podendo atingir também a esfera dos interesses alheios.

Frase dita e repetida indica que “o contrato é a veste jurídica das operações econômicas”, de modo que constitui sua função primordial **instrumentalizar a circulação da riqueza**, a transferência da

riqueza, atual ou potencial, de um patrimônio para outro⁶⁸. A constituição econômica de uma sociedade, todos o sabemos, não é matéria de interesse individual, ou particular, mas atinge — e interessa — a todos. O contrato, veste jurídica das operações de circulação de riqueza, tem, inegavelmente, função social⁶⁹.

Recoberta na codificação oitocentista, da qual o vigente Código Civil é reflexo, pelo preeminência do princípio da liberdade contratual em sua face mais individualista e quase absoluta, esta função não poderia ser esquecida num, um Código que é marcado, como o atual Projeto, pela **diretriz da socialidade**⁷⁰, isto é, pela “*colocação das regras jurídicas num plano de vivência social*”, pela “*aderência à realidade contemporânea*”, fazendo prevalecer “*os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana*” como aludiu Miguel Reale, ao apresentar o Anteprojeto e como reafirmou em texto recente⁷¹. Significa com isto afirmar que o contrato, expressão privilegiada da autonomia privada, ou poder negocial⁷² não deve

65. Vide Mario Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, Ed. Almedina, Coimbra, 5ª edição, p. 60 e ss.

66. A expressão é de Vittorio Frosini, *Le trasformazioni sociali e il diritto soggettivo*, Riv. Inter. Di Filosofia del Diritto, 1968, I, Milão, pág.114.

67. Idem, ibidem.

68. Ver Enzo Roppo, *O Contrato*, trad., de Ana Coimbra e M. Januário Gomes, Ed. Almedina, Coimbra, 1988, pp. 10 e ss.

69. É preciso, contudo, não confundir a função do contrato com a função ideológica do contratualismo e a função ideológica do conceito de contrato. Ver Enzo Roppo, *O Contrato*, trad., de Ana Coimbra e M. Januário Gomes, Ed. Almedina, Coimbra, 1988, pp. 29 e ss, Nicolò Lipari, *Derecho Privado – un ensayo para la enseñanza*, Ed. Real Colegio de España, Bolonha, 1989, pp.285 e ss e P. S. Atiyah, *The rise and fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1979, clássico no exame da perspectiva histórica da responsabilidade pela promessa contratual, e a vinculação daí decorrente. Escrevi sobre o tema em *Noção de Contrato na História dos Pactos*, public., in *Uma vida dedicada ao Direito – Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o Editor dos Juristas*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, pp. 497 a 513.

70. A expressão é de Miguel Reale, in *O Projeto do Código Civil*, cit., p. 9.

71. Visão Geral do Projeto do Código Civil, São Paulo, março de 1998, inédito.

72. A expressão “poder negocial”, de Miguel Reale, remete à concepção keiseniana do poder normativo derivado da autonomia privada. Na concepção de Reale, aqui adotada, o poder negocial, que dá origem às cláusulas do contrato, é correlato à fonte negocial de produção de normas jurídicas. Ver *O Projeto do Código Civil*, e *Fontes e Modelos...*, ambos citados.

mais ser perspectivado apenas como a expressão, no campo negocial, daquela autonomia ou poder, mas como o instrumento que, principalmente nas economias de mercado, mas não apenas nelas⁷³, instrumentaliza a circulação da riqueza da sociedade.

Colocada no pórtico da disciplina contratual, formando “quase que um preâmbulo de todo o direito contratual”⁷⁴, a cláusula geral da função social do contrato é multifuncional, por isto inserindo-se, consoante a tipologia acima indicada, em dupla categoria, a saber, a das cláusulas gerais de tipo restritivo e as de tipo regulativo. Este ponto deve ser bem marcado, porque seria intolerável empobrecimento o confiná-la apenas à função de restringir, em certos casos, e para certos efeitos, o princípio da liberdade contratual.

A função social é, evidentemente, e na literal dicção do art. 420, uma **condicionante** posta ao princípio da liberdade contratual, o qual é reafirmado, estando na base na disciplina contratual e constituindo o pressuposto mesmo da função (social) que é cometida ao contrato. Ao termo condição pode corresponder uma conotação adjetiva, de **limitação** da liberdade contratual. Nesse sentido, a cláusula poderá desempenhar, no campo contratual que escapa à regulação específica do Código de Defesa do Consumidor, funções análogas às que são desempenhadas pelo art.

51 daquela lei especial, para impedir que a liberdade contratual se manifeste sem peias. Na sua concreção o juiz poderá, avaliadas e sopesadas as circunstâncias do caso, determinar, por exemplo, a nulificação de cláusulas contratuais abusivas, inclusive para o efeito de formar, progressivamente, catálogos de casos de abusividade.

Contudo, considerar a norma do art. 420 apenas uma restrição à liberdade contratual seria acreditar que esta constitui um princípio absoluto, o que constitui uma falácia há muito desmentida. Por isto entendendo estar cometida àquela norma também uma conotação substantiva, vale dizer, de **elemento integrante do conceito de contrato**. É por ser este dotado de função social que a liberdade contratual encontra limites. É pelo mesmo motivo que esta é regularmente exercida.

Integrando o próprio conceito de contrato, a função social tem um peso específico, que é o de entender-se a eventual restrição à liberdade contratual não mais como uma “exceção” a um direito absoluto, mas como expressão da função meta-individual que integra aquele direito. Deste modo, o princípio da função social, que proclamado na Constituição, aí poderia remanescer como “*letra morta*” transformar-se, como afirmou Reale, “*em instrumento de ação no plano da lei civil*”⁷⁵. Há, portanto, uma valor **operativo**, regulador da disciplina contratual que deve ser utilizado não

apenas na interpretação dos contratos, mas, por igual, na integração e na concretização das normas contratuais particularmente consideradas. Em outras palavras, a **concreção especificativa** da norma, ao invés de já estar pré-constituída, pré-posta pelo legislador, há de ser construída pelo julgador, a cada novo julgamento, cabendo relevantíssimo papel aos casos precedentes, que auxiliam a fixação da hipótese e à doutrina, no apontar de exemplos.

É natural que, num primeiro momento, esta opção metodológica cause certa perplexidade, tendo em vista o cânone fundamental da certeza jurídica. Este, no entanto, não é absoluto, sendo relativizado, em numerosas hipóteses, pelo princípio superior da justiça material, do qual a função social do contrato é legítima e forte expressão.

O direito dos contratos vem, na disciplina do Projeto, também informado pelo princípio da boa-fé, apostado na cláusula geral do art. 421, segundo o qual “*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”⁷⁶. É tempo de examiná-la.

b. A cláusula geral da boa-fé objetiva.

Na tradição do direito brasileiro, é conotada à expressão “boa-fé” a acepção

subjettiva, assim constando do vigente Código, entre outras passagens, as normas dos artigos 221, *caput* e parágrafo único e 490, *caput* e parágrafo único. Contudo, a norma do art. 421 do Projeto trata da boa-fé em acepção objetiva. Desde logo cabe, pois, distingui-las.

Como averbei em trabalhos anteriores⁷⁷, a expressão “boa-fé subjettiva” denota “*estado de consciência*” ou *convencimento individual de obrar* (a parte) *em conformidade ao direito* (sendo) *aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória*. Diz-se “subjettiva” justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a **intenção** do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjettiva está a má fé, também vista subjettivamente como a intenção de lesar a outrem.

Já por “boa-fé objetiva” se quer significar — segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao parágrafo 242 do Código Civil Alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos — modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico segundo o qual “*cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade*”⁷⁸. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se

73. A propósito das funções do contrato na economia socialista, ver Denis Tallon, *L'évolution des Idées en matière de contrat: survol comparatif*, in *Droits*, 12, 1990, p. 81 e ss.

74. Miguel Reale, *O Projeto...*, cit., p. 10.

75. *O Projeto...*, cit., p. 9, ao tratar da diretriz da socialidade no campo da propriedade, mas estendendo a observação ao contrato.

76. Grifos meus.

77. *Os princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980*, Revista de Informação Legislativa do Senado Federal nº 126, Brasília, 1995, p. 120 e *Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro*, Ver. Direito do Consumidor, vol. 3, Ed. RT, São Paulo, 1992, p. 141.

78. A expressão é de Ernesto Wayar, in *Derecho Civil-Obligaciones*, Tomo I, p. 19.

admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo⁷⁹, o que vem a significar que, na concreção da boa-fé objetiva deve o intérprete desprender-se da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a sua aplicação, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um **padrão objetivo de conduta**, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico.

Insisto neste ponto, que é de capital importância para que se possa vir a retirar da norma do art. 421 do Projeto toda a sua potencialidade. A boa-fé subjetiva denota primariamente a idéia de ignorância, de crença errônea, ainda que excusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância excusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as já aludidas hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente, etc.). Pode denotar, secundariamente, a idéia de vinculação ao pactuado, no campo especí-

fico do direito contratual, nada mais aí significando do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado. Assim sendo, a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição "egoística" à literalidade do pactuado.

Diversamente, ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias e ideias que animaram a boa-fé germânica (*Treu und Glauben*)⁸⁰: a boa-fé como **regra de conduta** fundada na honestidade, na retidão, na lealdade, e, principalmente, **na consideração para com os interesses do alter, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado**. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação contratual.

A importância da boa-fé, na acepção objetiva, está em que a mesma atua, no campo contratual, na tríplice direção de **norma de interpretação e integração** do contrato⁸¹, que concorre, entre outras fun-

79. Esta conotação da boa fé objetiva tem raízes no antigo direito alemão, em especial na prática comercial, conotando o dever de consideração para com o *alter*, de onde a boa fé, mormente se inserida em cláusula geral, como ocorre no § 242 do BGB, se aloca como fonte de criação de deveres, *v.g.* os chamados deveres anexos de conduta, e como marco ou limite ao exercício de direitos subjetivos, exemplificativamente, a *exceptio doli* e a proibição do uso abusivo da posição jurídica. Acepção diversa lhe é conferida no ambiente juscultural francês, ou de influência francesa, na qual a boa fé, em matéria obrigacional, é vista como fórmula de reforço à vinculabilidade do pactuado. Na origem da diferença está o maior peso da influência do direito canônico, no direito francês, recolhendo Domat e Pothier essa tradição que contrapunha à boa fé ao pecado, de mentira ou descumprimento da promessa feita. Para este exame consulte-se A. Manoel Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1984, 2 vols., e Domenico Corradini, *Il Criterio della Buona Fede e la Scienza del Diritto Privato*, Milão, Giuffrè, 1970.

80. Com efeito, no direito alemão, inclusive o pré-codificado, a boa-fé seguiu trajetória absolutamente peculiar, em nada similar ao caminho seguido, por exemplo, pela concepção francesa da boa-fé, na qual ainda ecoam ecos da acepção canônica e do Iluminismo. Para este exame ver, por todos, Menezes Cordeiro, *op. Cit.*, pp. 253 a 267.

81. Clóvis do Couto e Silva, *A obrigação como processo*, cit., p. 32.

ções, para determinar o comportamento devido; de **limite** ao exercício de direitos subjetivos — sistematizando e especificando casos que, na ausência da cláusula geral, estariam dispersos entre vários institutos diversos⁸² — e **fonte autônoma de direitos, deveres e pretensões às partes contratantes**, os quais passam a integrar a relação obrigacional em seu dinâmico processar-se, compondo-a como uma "totalidade concreta"⁸³.

Com efeito, da boa-fé nascem, mesmo na ausência de regra legal ou previsão contratual específica⁸⁴, os deveres, anexos, laterais ou instrumentais⁸⁵ de consideração com o *alter*, de proteção, cuidado, previdência e segurança com a pessoa e os bens da contraparte; de colaboração para o correto adimplemento do contrato; de informação, aviso e aconselhamento; e os de omissão e segredo, os quais, enucleados na conclusão e desenvolvimento do contrato,

82. Na coibição de comportamentos abusivos pode o juiz recorrer as mais variadas normas, tais como as que vedam o abuso do direito, o enriquecimento sem causa, a quebra do sinalagma contratual, podendo ainda apelar à equidade. Estes caminhos, contudo, a par de dispersarem a sistematização das decisões, estão ainda marcados pela perspectiva subjetivista, marcada pela relação entre o dogma da vontade e a construção do direito subjetivo como a sua mais relevante projeção. Por isto a tendência de sistematizar tais hipóteses através do recurso à boa-fé objetiva, como demonstra Menezes Cordeiro, *in Da Boa-Fé...*, cit., pp. 661 a 718, 837 e ss, e 1294 e ss, reconduzindo a esta cláusula geral as figuras do *venire contra factum proprium, exceptio doli, exceptio non adimpleti contractus* e *exceptio non rite adimpleti contractus, tu quoque, etc.*

83. Clóvis do Couto e Silva, *A Obrigação como Processo*, cit., p. 8. Veja-se, a propósito, o estudo de Maria Cláudia Mércio Cachapuz, *O Conceito de Totalidade Concreta aplicado ao sistema jurídico aberto*, *in* *Ajuris*, vol. 71, p. 108.

84. São ditos, por isto, "avoluntarísticos", como refere Giovanni Maria Uda, *in* *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corresponsabilità delle prestazioni*, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1990, 4, p. 309.

85. Em cada relação contratual situam-se certos deveres de prestação, os quais subdividem-se nos chamados **deveres principais**, ou **deveres primários de prestação**, os **deveres secundários** e os **deveres anexos, laterais, ou instrumentais**. Como ensina Mota Pinto, "O dever de prestação é o elemento decisivo que dá o conteúdo mais significativo à relação contratual e determina o seu tipo, (dirigindo-se) a proporcionar ao credor uma determinada prestação (positiva ou negativa) (definindo-se) corretamente como um direito a uma prestação dirigido ao devedor". (*Cessão de Contrato*, cit., p. 278). Constitui, portanto, o núcleo da relação obrigacional. Contudo, os deveres primários não esgotam o conteúdo da relação obrigacional, notadamente a contratual, na qual coexistem, ainda, os **deveres secundários** e os **deveres laterais, anexos ou instrumentais**. Os **deveres secundários**, por sua vez, subdividem-se em duas grandes espécies: os **deveres secundários meramente acessórios da obrigação principal**, que se destinam a preparar o cumprimento ou assegurar a prestação principal e os **deveres secundários com prestação autônoma**, os quais podem revelar-se como verdadeiros sucedâneos da obrigação principal, podendo, ainda, ser autônomos ou coexistentes com o dever principal (*v.g.* o dever de indenizar, por mora ou cumprimento defeituoso, que acresce à prestação originária). O que aqui importa destacar, contudo, são os **deveres instrumentais, ou laterais, ou deveres acessórios de conduta, deveres de conduta, deveres de proteção ou deveres de tutela**, expressões todas que se reportam, direta ou indiretamente, às denominações alemãs *Nebenpflichten* (Esser), a qual é predominante na doutrina de língua portuguesa, *Schuldpflichten* (Stoll) e *weitere Verhaltenspflichten* (Larenz), uma vez ter sido a doutrina germânica a pioneira em seu tratamento. Estes deveres instrumentais, assinala Mario Júlio de Almeida Costa (*Direito das Obrigações*, cit., p. 57) são derivados ou de cláusula contratual, ou de dispositivo da lei "ad hoc" ou da incidência da boa-fé objetiva. Podem situar-se autonomamente em relação à prestação principal, sendo ditos "avoluntarísticos" nos casos de inidoneidade da regulamentação consensual para exaurir a disciplina da relação obrigacional entre as partes (Assim, Giovanni Maria Uda, *in* *Integrazione del contratto*, cit., p.309) São ditos, geralmente, "deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses", e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor. (Utilizei a classificação dos deveres laterais proposta por Siebert/Knopp, *in* *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz*, 10ª Ed., Stuttgart/Berlin/Mainz, 1967, vol.II, *Schuldrecht*, I (§§ 241-610), comentário ao § 242, p.p. 44 e ss, *apud* Mario Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., p. 58, nota 1. A mesma classificação encontra-se em Mota Pinto, *Cessão...*, cit., em especial p.p. 278 a 288). Ao ensejar a criação destes deveres, a boa-fé atua, como se vê, como fonte de integração do conteúdo contratual, determinando a sua otimização, independentemente da regulação voluntariamente estabelecida.

situam-se, todavia, também nas fases pré e pós contratual, consistindo, em suma, na adoção de “determinados comportamentos, impostos pela boa-fé em vista do fim do contrato (...) dada a relação de confiança que o contrato fundamenta, comportamentos variáveis com as circunstâncias concretas da contratação”⁸⁶.

O que importa bem sublinhar é que, constituindo deveres que incumbem tanto ao devedor quanto ao credor, não estão orientados diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, como ocorre com os deveres secundários. Estão, antes, referidos ao **exato processamento da relação obrigacional, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional**, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente. Dito de outro modo, os deveres instrumentais “caracterizam-se por uma função auxiliar da realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes”, servindo, “ao menos as suas manifestações mais típicas, o interesse na conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afetados em conexão com o contrato (...)”.⁸⁷

O direito comparado, mas principalmente o direito alemão, é rico em exemplificar as funções da boa-fé objetiva⁸⁸. O mais célebre exemplo de cláusula geral, paradigmático, até, pela constância com que é lembrado e pela relevantíssima função que, desde o início deste século, tem cumprido, é o parágrafo 242 do Código Civil alemão, assim redigido:

§ 242: O devedor deve (está adstrito a) cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico jurídico⁸⁹.

Hoje em dia se afirma que o parágrafo 242 veio a constituir o elemento fundamental para uma compreensão “absolutamente nova” da relação obrigacional, transformando o conceito de sistema e a própria teoria tradicional das fontes dos direitos subjetivos e dos deveres, na medida em que limitou extraordinariamente a importância da autonomia da vontade⁹⁰. Aceita-se, por igual, que a boa-fé possui “um valor autônomo, não relacionado com a vontade”, razão pela qual “a extensão do conteúdo da relação obrigacional já não se mede com base somente nela, e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se construir objetivamente o regramento do negócio jurídico com a admissão de um dinamismo que es-

capa, por vezes, até ao controle das partes”⁹¹. Não foi este, contudo, o sentido que lhe foi conferido originalmente pelos autores do BGB.

Com efeito, a inserção deste tipo de norma⁹² num código formado e modelado pela Pandectística poderia surpreender. Não haverá surpresa ao saber que a aprovação do BGB em 18 de agosto de 1896 deu-se em meio a fortes críticas ao “caráter elástico” de algumas de suas disposições e ao apelo “demasiadamente freqüente”, aí implicado, ao “poder discricionário do juiz”⁹³. Lê-se, nos *Motive*, a propósito do parágrafo 138, que prevê a nulidade do negócio jurídico por contrariedade aos bons costumes (*guten Sitten*) que a regra mencionada, não obstante considerada “um passo adiante significativo da legislação”, não obstará certa “perplexidade”, porque “à valoração do juiz está reservado um espaço até hoje desconhecido em matéria jurídica assim tão ampla”⁹⁴.

É certo que, no pensamento dos redatores do BGB as cláusulas gerais não eram tidas como dispositivos especificamente destinados a atribuir aos juizes poderes de criação normativa similares ao do pretor

romano, assinalando Clóvis do Couto e Silva que o parágrafo 242 “não significava outra coisa senão mero reforço ao parágrafo 157, no qual se determinava a regra tradicional de interpretação dos negócios jurídicos segundo a boa-fé”⁹⁵. No primeiro projeto do BGB, as disposições do atual parágrafo 242, bem como a do parágrafo 157⁹⁶, incluíam-se no texto de outro parágrafo, o de número 359, assim redigido: “O contrato obriga os contraentes ao que, pela determinação da natureza do contrato, segundo a lei e os costumes do tráfico, assim com consideração pela boa-fé, resulte como conteúdo de sua vinculação”⁹⁷, justificando-se a disposição do seguinte modo:

“Através dele (o parágrafo 359) não são apenas dados certos pontos de referência para a averiguação das vinculações que nascem de contratos concretos; exprime-se antes, sobretudo, o princípio prático e importante de que o tráfico negocial hoje é dominado pela consideração da boa-fé e, de que, quando esteja em causa a determinação do conteúdo de um contrato ou das vinculações dele resultantes para as partes, deve tornar-se essa consideração, em primeira linha, como fio condutor”⁹⁸.

91. Idem, p. 54.

92. São também tradicionalmente apontados como modelos de cláusulas gerais no BGB, os parágrafos 138 e 826, assim redigidos: § 138: O ato jurídico contrário aos bons costumes é nulo; § 826: Aquela que objetivou prejudicar alguém por meio de atitudes contrárias aos bons costumes, é obrigado a reparar o dano”.

93. Assim relata Raoul de la Grasserie, *Code Civil Aleman, Introduction*, p. XVI. Ver, por igual, Franz Wieacker, “História do Direito Privado Moderno”, Ed. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1980, p. 536 e ss.

94. Conforme Carlo Castronuovo, in “L'avventura delle clausole generale”, Riv. Crit. Dir. Privato, 4, 1986, p. 24, com remissão aos “Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches”, Berlim, 1896, I, p. 211.

95. Ver “O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português”, cit., p. 46.

96. “Os contratos interpretam-se como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico”, conforme tradução de Menezes Cordeiro, “Da Boa-Fé...”, cit, p. 325.

97. Conforme tradução de Menezes Cordeiro, “Da Boa-Fé...”, cit, p. 328.

98. “Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 2 - Recht der Schuldverhältnisse, 1896, 194, citado por Menezes Cordeiro, “Da Boa-Fé...”, cit., p. 328.

86. Mota Pinto, *Cessão de Contrato*, cit., p. 281, grifei.

87. Idem, *ibidem*.

88. Para uma síntese, veja-se o trabalho de Ubirajara Mach de Oliveira, *Princípios Informadores do Sistema de Direito Privado: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva*, in *Ajuris*, vol. 70, pp. 154 a 215.

89. Conforme a tradução de Menezes Cordeiro, que acentua a particularidade da discutida expressão “costumes do tráfico” (*Verkehrssitte*) como constituindo algo “mais do que meros usos, mas menos do que Direito consuetudinário” (op. cit., p. 325, nota 206). No original: “Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern”.

90. Assim, Clóvis do Couto e Silva, “O Princípio da Boa-Fé no Direito Civil Brasileiro e Português”, in “Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, em especial pp. 44, 46 e 54.

Contudo, muito embora o pensamento constante nos *Motive*, alguns juristas, como Crome, entenderam desde logo que o parágrafo 242 tenderia “a dominar o Direito das Obrigações por inteiro”⁹⁹. O diagnóstico foi acertado. Apesar de algumas vozes que de início se ergueram contra tal “preceito dúctil”, logo se manifestaram opiniões contrárias, ainda nos albores deste século, que iniciaram uma gradual obra inovadora. Como relata Domenico Corradini, algumas Cortes de Justiça aplicaram o parágrafo 242 conferindo-lhe o sentido de boa-fé objetiva, recusando-se, assim, a considerá-lo uma fórmula meramente pleonástica, norma de interpretação dos contratos ou simples compêndio de deveres previstos em normas diversas¹⁰⁰. Por essa via, “com uma prática que encontra eco nos *jurisconsultos teóricos e acende dúvidas e polémicas*”, os juizes alemães afirmaram “*regras que parecia difícil conceber após o longo período de desconfiança e reticência no tratamento das cláusulas em branco*”¹⁰¹.

A jurisprudência brasileira mais recente, rompendo a tradição que conotava à boa-fé contratual tão somente o sentido de adstrição ao formalmente pactuado, vem percorrendo caminho de marcada

substantivação, por forma a fazer frutificar, da sua incidência, a tríplice função antes aludida, notadamente a criação de deveres instrumentais de conduta. Contudo, como entre nós, até agora, não estava boa-fé posta em cláusula geral¹⁰², o desenvolvimento jurisprudencial do princípio, a par de sofrer com os males da dispersão antes apontada, era ainda tímido. O preceito do art. 421 do Projeto tem o mérito de atuar como a **lei de conexão**, para permitir à jurisprudência a reunião, a sistematização e o desenvolvimento das várias hipóteses de conduta contratual.

Observe-se que o art. 421 impõe o dever de agir com probidade e boa-fé não só no momento da conclusão do contrato, mas também em seu desenvolvimento, deixando assim entrever o caráter dinâmico da relação obrigacional¹⁰³. A conduta conforme à boa-fé objetiva, qualificando uma norma de comportamento contratual leal, assentado na confiança recíproca, é, por isto mesmo, uma norma também marcada pelo dinamismo, necessariamente nuançada, a qual, contudo, não se apresenta como uma espécie de panacéia de cunho moral incidente da mesma forma a um número indefinido de situações. É norma nuançada –

mais propriamente constitui um **modelo jurídico** —, na medida em que encontra-se revestida de variadas formas, de variadas concreções, “*denotando e conotando, em sua formulação, uma pluridiversidade de elementos entre si interligados numa unidade de sentido lógico*”¹⁰⁴. Não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, *a priori*, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, não podendo o seu conteúdo ser rigidamente fixado, eis que dependente sempre das concretas circunstâncias do caso. Por estas características a cláusula geral da boa-fé objetiva só pode dar frutos em um sistema aberto.

Conclusão

Nas últimas décadas, os estudiosos ocuparam-se em evidenciar a ultrapassagem do código civil como pólo de atração do direito positivo. Homenageou-se o funeral do código, “modo superado de legislar”¹⁰⁵. Proclamou-se a conveniência da adoção de uma legislação por meio de princípios, afastando-se a técnica de regulamentação por *fattispecie*¹⁰⁶. Por fim, aventou-se a concepção segundo a qual o ordenamento civil, longe de conter um sistema, seria formado por polissistemas, em relação aos quais o

código teria um papel meramente residual¹⁰⁷.

Todas estas hipóteses, porém, esbararam em novos, e talvez mais graves, óbices e problemas. Constatou-se, fundamentalmente, que a idéia polissistemática do direito – de todas as hipóteses a de mais célebre fortuna – acabou transfigurada na concepção **assistemática** do sistema normativo, o qual seria unicamente cognoscível através de uma perspectiva analítica e pelo uso dos instrumentos de exegese¹⁰⁸, inclusive a informática¹⁰⁹, concepção que, por si só, afronta o *minimum* de estabilidade e segurança que, no Direito, vem expresso na necessidade de uma regulamentação coordenada dos comportamentos sociais. Por isto a necessidade de um Código que, estruturado como um sistema aberto, alie, aos modelos cerrados que necessariamente há de conter, as janelas representadas pelas cláusulas gerais.

Se efetivamente encontrarem, na doutrina, mas principalmente na jurisprudência, a voz que as faz viver, as “*fórmulas genéricas e flexíveis*” aludidas por Josaphat Marinho, os “*conceitos integradores da com-*

99. Conforme Clóvis do Couto e Silva, “O Princípio da Boa-Fé no Direito Civil Brasileiro e Português”, cit., p. 47 e em especial nota 8, referindo as posições divergentes de Staudinger (*Komentar*) e Kress e Leonhard.

100. “*Il Criterio...*”, cit, p. 321.

101. Idem, *ibidem*, traduzi.

102. No Código Civil, a boa-fé vinha sendo considerada, conforme a doutrina de Couto e Silva, “*princípio pré-positivo*”, assim sendo acolhida em alguns julgados, de que são exemplos os acórdãos da 5ª Câmara Cível do tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que comentei em “*Boa-Fé*, Rev. Ajuris, vol. 50, p. 207 e ss. A regra do art. 51, IV, do Código do Consumidor não configura propriamente “cláusula geral”, mas “conceito indeterminado”, porque ao juiz não é dado estabelecer as conseqüências da sua incidência, que já estão pré-determinadas pelo legislador (a nulificação da cláusula abusiva). Por sua vez, o Código Comercial contempla, no art. 130, verdadeira cláusula geral, a qual, todavia, não chegou a ser assim considerada, remanescendo como mero cânone hermenêutico, concretizado sob o molde da boa-fé subjetiva.

103. Na doutrina brasileira veja-se, por todos, Clóvis do Couto e Silva, **A Obrigação como Processo**, cit.

104. Hipótese na qual, conforme Miguel Reale, um modelo jurídico coincide com uma única norma, **Fontes e Modelos**, cit., p. 29.

105. Rodolfo Sacco, **Codificare: modo superato di legiferare?**, in Riv. Dir. Civ., 1983, Parte Prima, p. 117.

106. Stefano Rodotà, **Ideologie e Technica della Riforma del Diritto Civile**, Riv. Dir. Comm, 1967.

107. Segundo a conhecidíssima concepção de Natalino Irti, expressa em **L'età della decodificazione...**, cit., p. 33. Na doutrina brasileira, ver o estudo de Francisco Amaral, **Racionalidade e Sistema no Direito Civil Brasileiro**, public. in **O Direito**, ano 126, 1994, p.63.

108. Conforme Angelo Falzea, **Dogmatica giuridica...**, cit., p. 737.

109. Tratou-se especificamente deste tema em congresso realizado em Gênova, Itália, em 1992. Ver, nesse sentido, Mario Losano, **Tecnice legislative, informatica e buon governo**, e observações no meu estudo **L'informatica e l'elaborazione delle leggi: a proposito di un recente manuale brasiliano sulla tecnica legislativa**, ambos em **Il diritto dei nuovi mondi - Atti del Convegno promosso dall'Istituto di Diritto Privato della Facoltà di Giurisprudenza**, (org.) Giovanna Visintini, Cedam, Pádua, 1994, pp. 523 e 551. Sobre os reflexos da inflação legislativa no princípio da segurança e da certeza, ver Hervé Croze, **Le droit malade de son information**, in *Droits*, vol. 4., 1986, p. 81.

preensão ética", no dizer de Miguel Reale — em suma, as cláusulas gerais referidas por Couto e Silva e Moreira Alves — permitirão a permanente atualização do Código evitando um envelhecimento que, na sociedade globalizada e tecnológica, avizinha-se sempre e cada vez mais rápido. Ao mesmo tempo, viabilizarão o desenvolvimento de

um direito privado pluralista como a sociedade que lhe dá origem e justificação, porém **harmônico e compreensível**, já que não necessariamente pulverizado em centenas de pequenos mundos normativos tecnicamente díspares, valorativamente autônomos e em si mesmo fechados e conclusos.

Os Direitos Fundamentais, O Preceito da Proporcionalidade e o Recurso Constitucional Alemão*

Lutz Afonso Heck

Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

- I. Introdução
- II. O desenvolvimento dos princípios constitucionais na Alemanha
- III. A Situação dos direitos fundamentais na estrutura constitucional da Lei Fundamental
- IV. A tarefa e a função dos direitos fundamentais
- V. O preceito da proporcionalidade
- VI. O recurso constitucional
- VII. Conclusão

I. Introdução

No âmbito do desenvolvimento dos princípios constitucionais,¹ realizado pelo Tribunal Constitucional Federal, destaca-se, entre outros, o preceito da proporcionalidade, derivado do princípio do Estado de Direito. Além disso, esse preceito também é inerente aos direitos fundamentais, cuja proteção processual-constitucional pelo Tribunal Constitucional Federal realiza-se principalmente por meio do recurso constitucional.

Nesse sentido, o objetivo deste artigo é oferecer uma visão de conjunto, des-

* O autor deste artigo gostaria de agradecer à FAPERGS (Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio Grande do Sul) pela bolsa de professor visitante por ela concedida, que permitiu a feitura deste artigo, expressão de parte da pesquisa realizada no e para o Curso de Mestrado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em outras palavras, com e para os alunos do Curso de Mestrado desta Universidade.

1. Trata-se de 5 (cinco) princípios constitucionais, a saber:

- a) O princípio do Estado de Direito e o princípio Republicano, que estão no artigo 28, alínea 1, frase 1, da Lei Fundamental: "A ordem constitucional nos estados tem de corresponder aos princípios do Estado de Direito republicano, democrático e social no sentido desta Lei Fundamental." O Tribunal Constitucional Federal, em suas fórmulas decisórias, também situa o princípio do Estado de Direito no artigo 20, alínea 3, da Lei Fundamental: "O poder legislativo está vinculado à ordem constitucional, o poder executivo e o poder judiciário, à lei e ao Direito." O princípio Republicano não recebeu, praticamente, a atenção do Tribunal Constitucional Federal.
- b) O princípio do Estado Social, o princípio Democrático e o princípio Federativo, que estão no artigo 20, alínea 1, da Lei Fundamental: "A República Federal da Alemanha é um Estado Federal democrático e social."