

3

REVISTA AJURIS 103/69-94

ANO: 2006

PASTA 4 CADEIRA Metodologia P  
PROF Fabiano Menke  
JA 24/08/09 Nº PAGIN 14

## A INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS: A SUBSUNÇÃO E A CONCREÇÃO DOS CONCEITOS

FABIANO MENKE

Advogado

Ex-Procurador-Geral do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação  
Doutorando em Direito na Universidade de Kassel, Alemanha, com bolsa de doutorado integral concedida pela CAPES

Mestre em Direito pelo Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, área de concentração em Direitos Especiais  
Especialista em Direito Internacional pelo Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Origens e características das cláusulas gerais. 2.1. Origens das cláusulas gerais. 2.2. Traços característicos e distinções necessárias. 3. Interpretação das cláusulas gerais. 3.1. Interpretação das cláusulas gerais: subsunção *versus* concreção. 3.1.1. A subsunção. 3.1.2. A concreção. 3.2. Método de grupo de casos. 3.3. Limites de aplicação das cláusulas gerais. Conclusões. Bibliografia.

**RESUMO:** O objeto de estudo do artigo é o das cláusulas gerais de direito civil. Na primeira parte faz uma breve digressão histórica sobre as origens das cláusulas gerais e o despertar para o seu maciço emprego,

verificado no direito alemão a partir do final da segunda década do século XX. Na segunda parte, cerne do trabalho, são analisados os métodos de interpretação subsuntivo e de concreção de conceitos, perquirindo-se qual dos dois é o mais adequado para o manejo das cláusulas gerais. Especial ênfase é conferida, dentro do método de concreção, ao denominado método de grupo de casos, desenvolvido pela doutrina e jurisprudência alemãs. Alfim, investigam-se os limites a serem observados pelo aplicador do Direito quando da interpretação das cláusulas gerais.

**PALAVRAS-CHAVE:** cláusulas gerais; interpretação das cláusulas gerais; subsunção e concreção; história das cláusulas gerais; método de grupo de casos.

## 1. INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, as cláusulas gerais passaram a ocupar papel de ainda maior destaque no ordenamento jurídico brasileiro, e em especial, no direito privado.

Dispositivos legais contendo cláusulas gerais, como o art. 421 (função social do contrato) e o art. 422 (boa-fé objetiva), foram consagrados, determinando a necessidade do exame dos métodos mais adequados para a interpretação desta espécie normativa.

O objetivo do presente trabalho é o de apresentar o fenômeno das cláusulas gerais com relação a alguns aspectos considerados de fundamental importância. Na primeira parte, trataremos de fazer uma breve análise histórica das cláusulas gerais, a partir do início de sua maciça utilização, o que se deu no direito civil alemão nas primeiras décadas do século XX. Além disso, mostraremos os traços característicos das cláusulas gerais.

Na segunda parte, abordaremos os métodos de interpretação das cláusulas gerais, perquirindo acerca da adequação do método subsuntivo ou do método de concreção dos conceitos. Após, analisaremos mais detidamente, dentro da concreção, o método de grupo de casos (*Fallgruppenmethode*), assim denominado e tradicionalmente utilizado pela doutrina e jurisprudência alemãs, justificando-se a ênfase neste ponto tendo em vista que os precedentes judiciais passam a ganhar posição de maior destaque no sistema jurídico que opte pela adoção de cláusulas gerais.

Finalizaremos o trabalho analisando os limites das cláusulas gerais, ou seja, questionaremos até onde é permitido ao aplicador de uma cláusula geral avançar, sob pena de excessiva fuga do sistema. Além disso, apresentaremos alguns elementos que poderão ser utilizados para o controle da má utilização desta espécie normativa.

## 2. ORIGENS E CARACTERÍSTICAS DAS CLÁUSULAS GERAIS

### 2.1. Origens das cláusulas gerais

Alemanha, final da segunda década do século XX: o caos econômico pós-Primeira Guerra Mundial impera. A hiperinflação descontrolada atinge em cheio toda a estabilidade do tecido social. As pessoas vão às compras com sacos de dinheiro, tamanha a desvalorização monetária. Os contratos sofrem os efeitos imediatos da crise, uma vez que se tornou praticamente inviável a manutenção das cláusulas atinentes ao preço, que então não previam qualquer índice de correção monetária.

Como não poderia deixar de ser, o Poder Judiciário é chamado a intervir com vistas a equilibrar as situações iníquas advindas da crise econômica, principalmente aquelas que prejudicaram os credores de negócios jurídicos firmados com cláusula de preço que restou totalmente defasada.

À época, o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) contava com apenas duas décadas de

vigência, e, em três de seus parágrafos, até então praticamente adormecidos, a jurisprudência alemã encontraria a solução para afastar o desequilíbrio gerado em milhares de relações contratuais. Os três parágrafos foram mais tarde denominados de “famous three”.<sup>1</sup> Eram os parágrafos<sup>2</sup> 138, 242 e 826, cuja “característica central é a de autorizar explicitamente o uso de idéias morais como boa fé e bons costumes”. E John Dawson localiza neste contexto, e neste específico evento histórico, o início efetivo da aplicação das cláusulas gerais<sup>3</sup> no direito alemão, e, por assim dizer, o seu nascimento.<sup>4</sup>

A verdade é que há uma relação direta entre a presença de cláusulas gerais em determinado ordenamento jurídico e o papel representado pelos juízes, no sentido de que, a partir de sua adoção, o magistrado terá um incremento na sua função de intervenção nos negócios jurídicos privados. Numa palavra, as cláusulas gerais colocam em ainda maior evidência o trabalho dos julgadores.

E aqui talvez seja encontrada a explicação do motivo pelo qual a Alemanha aderiu às cláusulas gerais em que pese seu sistema legal não tenha escapado do movimento de codificação. É que, conforme refere Dawson<sup>5</sup>, o princípio da separação de poderes não vigoraria na Alemanha em sua plenitude, pois no momento em que o próprio legislador do BGB optara pela adoção das referidas cláusulas, haveria um reconhecimento da incompletude do código e da necessidade de sua integração, preponderantemente pela ação dos juízes, a partir de fontes localizadas até mesmo fora do código.

Outro fato é que a Alemanha talvez tenha sido o país ocidental menos influenciado pelos influxos das teorias econômicas individualistas, que, no fundo, tinham e têm por escopo minimizar as funções do Estado, situação essa que favoreceu a ocorrência – durante a época da hiperinflação do pós-Primeira Guerra – do decisivo *turning point* mencionado por Dawson, quando a liderança na feitura das leis teria sido transferida do Poder Legislativo para os tribunais.<sup>6</sup>

Por detrás dessa realidade, e um pouco mais remotamente, há que se destacar também os movimentos havidos no direito alemão, ainda no decorrer do século XIX, que indagavam profundamente acerca da existência ou não de lacunas no direito positivo e do papel a ser desempenhado pelo juiz. Assim, a obra de Zitelmann, denominada de *Lacunas do Direito*,

<sup>1</sup> DAWSON, John P. *The General Clauses viewed from a distance*. *Rabels Zeitschrift*, Tübingen, 41º ano, 3º caderno, p. 442, 1977.

<sup>2</sup> Os três parágrafos tratam: dos negócios jurídicos contrários aos bons costumes (§138 – *sittenwidriges Rechtsgeschäft*), da boa-fé no cumprimento da prestação (§242 – *Leistung nach Treu und Glauben*) e do prejuízo causado de forma intencional e contra os bons costumes (§826 – *sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*).

<sup>3</sup> *Ibidem*, p.442-445.

<sup>4</sup> Defendendo este posicionamento, vide Judith Martins-Costa em *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 291, nota de rodapé nº 66, onde a autora diz que em que pese o Code Napoléon também contenha cláusulas gerais “o certo é que sua utilização *enquanto tal* e bem assim a teorização acerca do tema se dará pioneiramente na Alemanha.”

<sup>5</sup> DAWSON, *The General Clauses...*, p.444.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p.448.

já combatia a idéia de plenitude da legislação positiva, aconselhando a procurar-se fora da lei, meios e métodos para o preenchimento das lacunas.<sup>7</sup>

Dignos de menção também, o movimento do Direito Livre (*Freies Recht*), de Eugen Ehrlich, que propunha ao juiz criar sua própria solução, na impossibilidade de extraí-la devidamente dos textos legais; a filosofia de Rudolf Stammler, clamando por um direito justo com maiores liberdades ao intérprete, e a polêmica obra de Hermann Kantorowicz, *A Luta pela Ciência do Direito*, de 1906, que defendia que mesmo na existência de lei para o caso concreto o juiz deveria julgar segundo a ciência e a sua consciência.<sup>8</sup>

Ralph Weber registra que o movimento do Direito Livre considerava como verdadeiras e autênticas fontes da decisão judicial a sensibilidade de justiça e a razão prática (*praktische Vernunft*).<sup>9</sup> De uma maneira ou de outra, portanto, essas idéias tinham em comum o fato de considerar a possibilidade de o juiz ser “como que legislador num pequenino domínio, o domínio do caso concreto”.<sup>10</sup>

Assim, fizeram-se presentes na Alemanha<sup>11</sup> todas as condições para que as cláusulas gerais de direito civil representassem valioso instrumento na mão de magistrados que precisavam encontrar uma solução para situações de verdadeiro caos econômico-social causado pela incontida escalada inflacionária.<sup>12</sup>

Todavia, há de se referir que, mesmo na Alemanha, as cláusulas gerais jamais foram unanimidade, havendo debates até hoje acerca da extensão de sua aplicabilidade, como veremos a seguir.<sup>13</sup> Ainda em 1933, exatamente no ano de ascensão ao poder do partido nacional-socialista, Justus Hedemann – na clássica e oportuna obra, *Die Flucht in die Generalklauseln – eine Gefahr für Recht und Staat* (A Fuga para as Cláusulas Gerais – um perigo para o Direito e para o Estado) – alertava para as potenciais ameaças de tal técnica legislativa.

Lutz Mager afirma que, assim como hoje em dia as cláusulas gerais servem como

<sup>7</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 21ª ed., rev. e aum. São Paulo, Saraiva: 1994, p. 283.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 284.

<sup>9</sup> WEBER, Ralph. *Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen*. Archiv für die civilistische Praxis, vol. 192, 6º caderno. Tübingen: Mohr, 1992, p. 520.

<sup>10</sup> REALE, Lições Preliminares..., p.285.

<sup>11</sup> Franz Wieacker, em *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, registra: “A jurisprudência civilista alemã mostrou-se suficientemente adulta para satisfazer as exigências que as cláusulas gerais colocam à ‘obediência inteligente’ do juiz (Heck) quando ela, a partir das crises da primeira guerra mundial, começou com uma calma e refletida ponderação, a preencher as cláusulas gerais com uma nova ética jurídica e social e, assim, a adaptar a ordem jurídica burguesa à evolução social. (...)”, p. 546.

<sup>12</sup> Há que se mencionar aqui, outrossim, o estudo de P.S. ATIYAH, no livro *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Oxford: Clarendon Press, 1977, de onde se pode extrair (capítulo 19) quatro idéias básicas sobre o período que vai de 1870 a 1970: 1) ascensão do ideal igualitário; 2) ascensão do Estado social; 3) novo anti-individualismo e 4) declínio do papel do contrato.

<sup>13</sup> Item 3.2, *infra*, que mostra o debate havido na revista alemã Archiv für die Civilistische Praxis, entre dois professores de direito, sobre a função e extensão do conceitos das cláusulas gerais de direito civil.

porta de entrada de valores constitucionais, na época do nacional-socialismo elas foram utilizadas como janela de abertura para a concepção valorativa do momento, especialmente para as teorias raciais.<sup>14</sup>

John Dawson – em extenso e cuidadoso trabalho<sup>15</sup> que trata da aplicação das cláusulas gerais de boa-fé e dos negócios jurídicos contrários aos bons costumes no direito alemão – salienta que do amplo espectro de questões nas quais o *Führer* havia editado legislação ou ordens pessoais, exigia-se estrita obediência dos juízes, da mesma forma que se fazia com qualquer pessoa normal. Adiante, aponta que as lideranças do regime viam com bons olhos as cláusulas gerais e a extensão de poder que conferiam aos magistrados, desde que a “boa-fé” e os “bons costumes” pudessem assimilar a ideologia reinante no momento.<sup>16</sup>

Ralph Weber confirma o fato de que as cláusulas gerais serviram para acomodar o novo espírito do tempo (*Zeitgeist*) na época do nacional-socialismo, ajudando até mesmo na postergação do projeto do regime de editar um novo código que abrangesse o maior número possível de relações jurídicas, o denominado *Volksgesetzbuch* (Código do Povo), que jamais chegou a ser editado, entre outros motivos, em razão da maleabilidade e da eficiência das cláusulas gerais em recepcionarem este “novo espírito”.<sup>17</sup>

O certo é que, independentemente das ameaças e dos perigos, e após o inverno totalitário, as cláusulas gerais continuaram a ser fonte de criação judicial, caminho para a entrada de novos valores nos sistemas legislativos.

O ordenamento jurídico brasileiro não ficou imune a essas influências e acabou por adotá-las<sup>18</sup>, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor e mais recentemente com o Código Civil de 2002, inspirado numa concepção bastante distinta do Código Beviláqua, principalmente por estar arrimado numa idéia de sistema aberto e móvel e não mais numa noção de código bastante em si, fechado, e com pretensões de resolver todos os problemas a partir do conteúdo de seus artigos.

Calha lembrar que Clóvis do Couto e Silva já registrava a importância da positivação das cláusulas gerais, especificamente ao tratar da boa-fé objetiva, uma vez que sem

<sup>14</sup> Vide artigo: *Das Recht im Nationalsozialismus – Wege völkischer Rechtserneuerung: Rechtsquellenlehre und Auslegung als Gesetzgebungersatz*, em: <http://www.juracafe.de/ausbildung/sehminar/self/rechtserneuerung.pdf>.

<sup>15</sup> DAWSON, John. *Unconscionable Coercion: The German Version*. Harvard Law Review, vol. 89, nº 6, p. 1041-1126, abril, 1976.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 1070.

<sup>17</sup> WEBER, *Einige Gedanken...*, p. 520-521.

<sup>18</sup> São exemplos de dispositivos no Código Civil de 2002 que contemplam cláusulas gerais: art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

dispositivo específico “a percepção ou a captação de sua aplicação torna-se muito difícil, por não existir uma lei de referência a que possam os juízes relacionar a sua decisão”.<sup>19</sup>

Após esse breve apanhado histórico, partiremos rumo à caracterização das cláusulas gerais.

## 2.2. Traços característicos e distinções necessárias

Como ensina Judith Martins-Costa<sup>20</sup>, “considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’”. A *vagueza*, então, pode ser apontada como uma das características das cláusulas gerais.

Ao lado da *vagueza* está a necessidade de precisão, ou *Präzisionsbedürftigkeit*, a que faz alusão a doutrina alemã, ou seja, não se cuida de norma pronta e acabada, mas sim de norma que demanda precisão, construção, por parte do intérprete.<sup>21</sup>

Outra característica fundamental das cláusulas gerais é a de que elas serão sempre expressas. Enquanto que um princípio pode integrar um sistema jurídico, em que pese não positivado, como o fazia o princípio da boa-fé objetiva antes do Código Civil de 2002, jamais haverá cláusula geral implícita, uma vez que se trata de técnica legislativa.<sup>22</sup> O que pode ocorrer, todavia, é a presença de uma cláusula geral que contenha um princípio, “reenviando ao valor que este exprime, como ocorre com o reiteradamente citado § 242 do BGB. Ai sim, se poderá dizer que determinada norma é, ao mesmo tempo, princípio e cláusula geral.”<sup>23</sup>

Sudabeh Kamanabrou, em trabalho intitulado “A Interpretação das Cláusulas Gerais de Direito Civil”<sup>24</sup>, salienta que as cláusulas gerais caracterizam-se por consistir em normas que contenham no mínimo um conceito carecedor de preenchimento valorativo (*wertausfüllungsbedürftiger Begriff*).

As cláusulas gerais, por outro lado, promovem sempre um *reenvio* a outros espaços do próprio ordenamento jurídico ou até mesmo a valores existentes dentro ou fora do sistema. Isso em razão de sua abertura, que faz com que o intérprete seja obrigado a buscar auxílio em outras fontes axiológicas para fundamentar a sua linha argumentativa.

<sup>19</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*. Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português. São Paulo: RT, 1980, p. 62.

<sup>20</sup> MARTINS-COSTA, A *Boa-Fé*..., p. 303.

<sup>21</sup> WEBER, *Einige Gedanken*..., p. 522-523. Todavia, o autor esclarece, na sua concepção restritiva de cláusula geral, que não apenas esta espécie normativa é caracterizada pela necessidade de precisão.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 323. Reproduzindo o pensamento de MARTINS-COSTA e concordando expressamente, vide AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *O Poder Judiciário e a Concretização das Cláusulas Gerais: Limites e Responsabilidades*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 18, p. 221-228, 2000.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 323.

<sup>24</sup> KAMANABROU, Sudabeh. *Die Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln*. *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 202, 4º e 5º cadernos. Tübingen: Mohr, 2002, p. 662-688.

Como adiante se verá mais detalhadamente, Ralph Weber adota conceito restrito de cláusula geral, assim considerando apenas os casos em que a imprecisão se espalha por todo o espectro conceitual da norma, atingindo tanto a auréola conceitual (*Begriffshof*) quanto o núcleo conceitual (*Begriffskern*).<sup>25</sup> O conceito apresenta-se num tão alto nível de abstração que não se encontra um núcleo conceitual inequivocamente perceptível, chegando-se à solução do caso apenas com a transformação da norma no caso concreto e com o apelo a valores ético-morais. Seria mais fácil sentir do que descrever. As cláusulas gerais seriam um recipiente de captação (*Auffangbecken*) da variação da realidade.

Segundo Judith Martins-Costa, elas não se confundem com conceitos jurídicos indeterminados, e deles devem ser distinguidas, esclarecendo que os conceitos jurídicos indeterminados podem ser de duas espécies: os referentes a valores e os concernentes às realidades fáticas. Como exemplo destes últimos teríamos as expressões “dinheiro necessário” (art. 432, Código Civil de 1916) e “animal bravo” (art. 593, I, Código Civil de 1916).

Os conceitos jurídicos indeterminados referentes a valores são os que mais se assemelham às cláusulas gerais, pois também apresentam *vagueza* semântica e *reenvio a standards*. Para alguns, a diferença entre cláusula geral e conceito jurídico indeterminado referente a valores é que a norma que contém um conceito jurídico indeterminado já apresenta as conseqüências, quais os efeitos incidentes no caso concreto da aplicação do dispositivo.<sup>26</sup> Na cláusula geral isso não ocorre. A operação intelectual do juiz é mais complexa e vai mais longe, pois é ele quem determina os efeitos, as conseqüências práticas.

Com entendimento diverso, Cláudia Lima Marques<sup>27</sup>, baseada na doutrina de Karl Engisch, Karl Larenz e Claus-Wilhelm Canaris, defende um conceito de cláusula geral mais abrangente, entendendo que pode conter um conceito jurídico indeterminado.<sup>28</sup> A autora propõe que se evolua do modelo clássico de cláusula geral baseado no § 242 do BGB (clássico, segundo afirma, porque que não prevê um resultado, aberto ou fechado, mas estipula apenas uma diretriz) para um modelo que valorize as pequenas cláusulas gerais (como a dos bons costumes, por exemplo, do § 138 do BGB), conforme as decisões das cortes alemãs dos anos 80-90.<sup>29</sup>

Cláudia Lima Marques observa que o mencionado parágrafo do Código Alemão referente aos bons costumes prevê a solução jurídica na conseqüência legal, qual seja a indenização, e nem por isso deixa de ser considerado uma cláusula geral pelos autorizados

<sup>25</sup> WEBER, *Einige Gedanken*..., p. 524-525.

<sup>26</sup> Isso é o que ensina NERY Jr. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: RT, 2002, p. 5.

<sup>27</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, nº 43, p. 215-257.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p.231-232.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 232.

doutrinadores alemães referidos. O raciocínio é complementado pela idéia de que o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor seria a verdadeira cláusula geral a incidir nos contratos de consumo, com a finalidade de concretizar o princípio geral de boa-fé contido no art. 4º, III, do CDC.<sup>30</sup> Em que pese o fato de aquele dispositivo prever a consequência jurídica – a nulidade das cláusulas contratuais incompatíveis com a boa-fé – o aplicador teria liberdade para nele fundamentar outro resultado que não o de nulificação de determinada disposição do contrato.<sup>31</sup>

Em abono da tese de Cláudia Lima Marques vêm os fatos relatados por John Dawson na obra *The Oracles of the Law*.<sup>32</sup> Tratou-se de caso julgado pelo *Reichsgericht*, em 11 de abril de 1901, portanto um pouco mais de um ano após a entrada em vigor do BGB, no qual havia uma competição entre os proprietários de barcos a vapor e os proprietários de barcos movidos à vela e a motor, pelo mercado de carregamentos para a Austrália. A companhia de barcos a vapor (ré na respectiva ação) procurou persuadir os operadores de barco à vela a abandonarem os seus carregamentos para Brisbane. Com o fracasso das tentativas de convencimento, a demandada direcionou suas pressões contra os *ship agents*, representantes independentes nos negócios envolvendo os carregamentos marítimos, para que não mais intermediassem cargas para Brisbane por meio de barcos à vela, sob pena de aumento nas tarifas, o que certamente afastaria os seus clientes. O autor da ação, um *ship agent*, recebera notificação por escrito dizendo que os seus clientes seriam alertados para não mais utilizarem os seus serviços caso ele persistisse agendando carregamentos para a Austrália com os barcos concorrentes.

O autor manejou uma ação injuntiva, requerendo uma ordem para que a ré se abstinisse de realizar ameaças relativas à discriminação de preços e a boicote, mas a dificuldade da demanda assentava-se no fato de que o dispositivo legal de indenização (§ 823 do BGB) não protegia o interesse sobre vantagens ainda não obtidas por ameaças de futura interferência. A saída da sexta câmara julgadora do *Reichsgericht* foi o deslocamento da hipótese legal que regia o caso para a cláusula geral do § 826<sup>33</sup> do BGB, dizendo que

<sup>30</sup> A autora afirma que dessa maneira as quatro funções atuais da boa-fé podem ser concretizadas. As quatro funções, enunciadas no mesmo artigo, p. 223-228, consoante os ensinamentos de Jauernig e Vollkommer, seriam: a) função de complementação ou concretização da relação (*Ergänzungsfunktion*); b) função de controle e de limitação das condutas (*Schrankenfunktion*); c) função de correção e de adaptação em caso de mudança das circunstâncias (*Korrekturfunktion*); e d) função de autorização para a decisão por equidade (*Ermächtigungsfunktion*).

<sup>31</sup> MARQUES, Boa-fé nos serviços bancários..., p. 229. As palavras da autora referentes à cláusula geral de boa-fé do art. 51, IV, do CDC são elucidativas: "Assim, é paradigma de valorização do juiz e é o paradigma de conduta, que deve ter sido violado, para que haja a reação do direito, seja a reação prevista no *caput* do art. 51, a nulidade absoluta, sejam as outras previstas nos arts. 6º, 28, 39, 46 e 54 do CDC, que oscilam entre ineficácia, desconsideração e modificação de cláusulas, em um juízo casuístico de equidade, conforme o contexto do caso concreto."

<sup>32</sup> *The Oracles of the Law*. Nova Iorque: University of Michigan Law School, 1968, p.461-463.

<sup>33</sup> Consoante se apontou *supra*, o § 826 trata do prejuízo causado de forma intencional e contra os bons costumes (*sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*).

ainda que em alguns meios comerciais as práticas descritas no processo teriam ampla utilização, até mesmo por honrados homens de negócio, este dispositivo impunha um *standard* mais alto e conferia proteção contra o mau-uso da liberdade econômica exercida por meio de exploração tendente à obtenção de lucro e de opressão dos demais.

Para Dawson<sup>34</sup>, a importância dessa decisão<sup>35</sup> está no fato de que uma ordem proibitória foi concedida, muito embora a cláusula geral do § 826 determine que a consequência legal de sua aplicação seja a reparação (*Ersatz*). Daí pode-se verificar que, efetivamente, as cortes alemãs têm longa tradição em atribuir outros efeitos às cláusulas gerais, ainda que já contenham uma consequência jurídica pré-determinada.

### 3. INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS

#### 3.1. Interpretação das cláusulas gerais: subsunção versus concreção

##### 3.1.1. A subsunção

No momento em que o legislador opta pela inclusão de cláusulas gerais no ordenamento jurídico brasileiro, torna-se oportuno o questionamento de se há necessidade de mudança de raciocínio dos aplicadores das normas, ou se, de alguma forma, estes dispositivos acarretarão mudanças no proceder daqueles que praticam o direito.

A resposta a este questionamento deve ser obrigatoriamente afirmativa. Com efeito, à medida que modelos normativos abertos, vagos, carentes de precisão, passam a ocupar espaços destacados no sistema, como cada vez mais se vê no Brasil, há que se proceder a uma adaptação dos processos intelectivos dos envolvidos na prática.

Uma das adaptações é representada pelo crescimento de importância da interpretação por meio da concreção, ao invés da mera subsunção de conceitos. E na concreção de conceitos, método mais adequado para trabalhar com as cláusulas gerais, passos importantes devem ser tomados pelo aplicador, e, principalmente, pelo julgador. É inegável que, conforme salientado, as cláusulas gerais põem em destaque ainda mais o papel do juiz, exigindo-lhe empenho e dedicação para a fundamentação de suas decisões.

Antes de se proceder ao exame pormenorizado desses passos, e de como se dá o processo da concreção na aplicação das cláusulas gerais, iniciemos por caracterizar a subsunção na tarefa de interpretação.

A subsunção pode ser vista como um encaixe entre conceitos. O Direito é aplicado

<sup>34</sup> DAWSON, *The Oracles of the Law*, p. 462.

<sup>35</sup> Aspecto interessante do julgado, conforme refere Dawson, é que parte de sua fundamentação escorreu-se em precedente da 2ª Câmara da Corte do Estado de Baden, onde, à época, vigorava o Código de Napoleão. Então, a cláusula geral de responsabilidade civil do art. 1.382 deste diploma, e a própria jurisprudência francesa, influenciaram a decisão, ainda que em raríssimas oportunidades as cortes da França tenham autorizado injunções preventivas. DAWSON, *The Oracles of Law*, p. 462.

exclusivamente por meio da lógica. Trata-se do tradicional argumento, composto por três partes: a premissa maior, a premissa menor e a conclusão, donde, a partir da confrontação entre a premissa maior (o tipo legal) e a premissa menor (os fatos postos no caso concreto), chega-se à conclusão, à consequência legal para a hipótese fática vertente.

Humberto Bergmann Ávila analisou com precisão a origem e a operatividade do raciocínio subsuntivo, demonstrando que no auge do positivismo jurídico do século XIX vigorava uma “aplicação mecânica da lei (...) em que o Direito é o Direito escrito”.<sup>36</sup> Vigorando a subsunção, tem lugar um tipo de pensamento onde o sistema é fechado e imóvel, fundado numa dimensão a-histórica do Direito.<sup>37</sup>

O método subsuntivo tem como pressuposto inafastável uma identidade conceitual entre o conceito fático e o conceito normativo, algo dificultoso por natureza, dada a autonomia de ambos.<sup>38</sup>

Com efeito, a subsunção pura é adequada para aquelas normas caracterizadas pela formação rígida ou tipificação máxima<sup>39</sup>, onde o intérprete tem pouco espaço e necessidade de elucubrações de índole valorativa. O art. 5º do Código Civil é um exemplo claro de norma de tipicidade rígida, pois, ao estipular que a menoridade cessa aos 18 anos, momento a partir do qual a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil, não deixa qualquer margem para indagações axiológicas. Aqui, ocorre a aplicação direta do dispositivo por meio da subsunção pura e não poderia ser diferente. Ocorrendo a hipótese fática prevista (18 anos de idade), tem incidência a consequência legal da cessação da menoridade.

Outro aspecto a ser observado, é que a aplicação de uma norma cuja consequência jurídica seja obtida por meio da simples dedução, portanto, diretamente pelo procedimento subsuntivo, exige muito menos do julgador quanto à necessidade de fundamentação do que uma norma aberta, carente de valoração. Com efeito, nestas situações tem aplicação o ensinamento de Winfried Hassemer de que, nos sistemas que adotam a forma codificada bastante em si, ocorre um “encurtamento das exigências de legitimação” das sentenças judiciais.<sup>40</sup> Haverá, portanto, uma tendência de encurtamento da necessidade de fundamentação da decisão judicial sempre que se estiver trabalhando com normas de tipicidade rígida.

Assim, a subsunção é, via de regra, meio apto para a interpretação das normas que encerram tipos fechados, estanques, compostos por estatuições diretas, que não demandem qualquer, ou quase nenhuma, integração valorativa.

<sup>36</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Subsunção e concreção na aplicação do direito*. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 413-465.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 423.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 425.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 413.

<sup>40</sup> HASSEMER, Winfried. *O Sistema do Direito e a Codificação: a vinculação do juiz à lei*. Tradução de Peter Walter Ashton. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 9, p. 7-30.

Diverso deve ser, portanto, o método empregado para a interpretação das cláusulas gerais, normas que, como foi visto, se caracterizam pela abertura e possibilidade de criação conferida ao intérprete. Este método, a concreção, será analisado a partir do tópico seguinte.

### 3.1.2. A concreção

Consoante já se apontou, o esforço intelectual do operador do direito que trabalha com normas abertas, como o são as cláusulas gerais, é sobremaneira dimensionado. Por carecerem de complementação valorativa, o intérprete se vê obrigado a buscar em outros espaços do sistema, ou até mesmo fora dele, a fonte que inspirará e fundamentará a sua decisão.

O termo concreção, ou concretização (*Konkretisierung*), foi introduzido no meio jurídico pela doutrina alemã. Karl Larenz observa que é no contexto do pensamento de seu compatriota e filósofo Walther Schönfeld que a expressão foi primeiramente utilizada.<sup>41</sup> Este autor, nos ensaios *Die logische Struktur der Rechtsordnung* – 1927 (A estrutura lógica do ordenamento jurídico) e *Der Traum des positiven Rechts* – 1931 (O sonho do direito positivo), tinha a intenção de “superar o ideário positivista, tanto na teoria como na prática”.<sup>42</sup>

Décadas após, Karl Engisch publicaria uma monografia específica sobre o tema, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit* – 1953 (A idéia da concretização no Direito e na Ciência do Direito de nosso tempo.).

Na aplicação do direito por meio da concreção, o juiz analisa o caso concreto em toda a sua potencialidade. Não parte apenas da compreensão da norma para perquirir se os fatos colocados em questão nela se encaixam. Consoante salienta Humberto Ávila, ocorre “uma mescla de indução e dedução”, onde são analisadas todas as circunstâncias do caso: o conteúdo da norma, os precedentes judiciais e quaisquer outros elementos que venham a ser considerados relevantes.<sup>43</sup>

A passagem de Larenz que talvez descreva com maior precisão o processo de concreção é a seguinte: “Na apreciação do caso concreto, o juiz não tem apenas de ‘generalizar’ o caso; tem também de individualizar até certo ponto o critério; e precisamente por isso, a sua atividade não se esgota na subsunção”.<sup>44</sup> Este ponto pode ser considerado o mais importante para a compreensão do processo de concreção, qual seja o de que por meio dele se procede à individualização do critério regulador do caso concreto, ocorrendo efetiva criação judicial para a hipótese fática sob exame.

<sup>41</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian: 1997, p. 148.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>43</sup> ÁVILA, *Subsunção e concreção...*, p. 429-430.

<sup>44</sup> LARENZ, *Metodologia da Ciência...*, p. 150.

Todavia, o ônus inafastável da operação com normas de textura aberta por meio da concreção está localizado no seu preenchimento e na sua fundamentação. Com efeito, aquele encurtamento da legitimação da sentença referido por Hassemer – mais adequado à subsunção – desaparece, dando lugar à necessidade de fundamentação extensa e racional da decisão.<sup>45</sup>

Humberto Ávila alinha cinco elementos<sup>46</sup> que integram a aplicação do direito na concreção: a) finalidade concreta da norma; b) pré-compreensão; c) valoração judicial dos resultados da decisão; d) consenso como fundamento parcial da decisão; e) precedente judicial. Oportuno se mostra, no presente momento, fazer uma breve descrição de cada um deles, para a seguir nos determos mais pormenorizadamente sobre o precedente judicial.

A finalidade concreta da norma representa o objetivo por ela perseguido, a sua razão de ser. Citando Karl Engisch, Humberto Ávila assevera que de todos os métodos de interpretação existentes o jurista moderno prefere o denominado método teleológico de interpretação.<sup>47</sup>

A pré-compreensão pode ser considerada o elemento subjetivo prévio do aplicador, consistindo na sua consciência, no seu cabedal de conhecimentos, na experiência vivida e nos valores sobre os quais pauta a sua ação. Ainda que, ao aplicar a lei, não tenha total liberdade, pois este ato não pode ser exclusivamente subjetivo, não se pode negar que, de alguma forma, a bagagem intelectual do intérprete sempre terá algum tipo de relevância na sua tarefa. Vigora, portanto, a figura de Zaccaria, explorada por Humberto Ávila, do aplicador como “piloto” do processo de concreção, no sentido de caber a ele a qualificação dos fatos e das normas colocadas em questão.<sup>48</sup>

A valoração judicial dos resultados da decisão<sup>49</sup> é um passo de grande importância a ser tomado pelo julgador que opera por meio da concreção dos conceitos. Trata-se de exercício intelectual onde é feita uma projeção das interpretações possíveis com relação aos efeitos que provavelmente serão obtidos. Na concreção das cláusulas gerais, a sensibilidade do magistrado<sup>50</sup> é elemento de especial relevância, e nesta etapa ela se torna

<sup>45</sup> Esta afirmação, entretanto, não é de todo absoluta, pois, como será demonstrado adiante, com a utilização do método de grupo de casos na concreção das cláusulas gerais, pode ocorrer um novo encurtamento da necessidade de fundamentação da decisão.

<sup>46</sup> ÁVILA, *Subsunção e concreção...*, p. 439-444.

<sup>47</sup> ÁVILA, *Subsunção e concreção...*, p.439.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 440.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 440.

<sup>50</sup> Exemplo de caso de concreção de cláusula geral onde o magistrado fundamentou exaustivamente o seu posicionamento, talvez com a observância de todos os elementos aludidos por Humberto Ávila, e com grande sensibilidade, é o da Carta Rogatória nº 9.970, onde, em decisão monocrática, o Min. Marco Aurélio fez a concreção da cláusula geral de ordem pública contida no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil. Na hipótese, o julgador analisou amplamente a questão do jogo no Brasil e considerou que não seria contrária à ordem pública nacional a aplicação da lei estrangeira norte-americana que reputa como prática lícita o jogo de azar, autorizando, portanto, a cobrança de dívida oriunda de mesa de cassino. Vide o caso em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br), em decisões monocráticas.

ainda mais fundamental, haja vista que os efeitos da decisão poderão ser variados; assim, a decisão será tanto mais razoável quanto for a capacidade do julgador de encontrar os caminhos mais adequados para a solução do problema prático.

O consenso funcionaria apenas como fundamento parcial da decisão, face à dificuldade de serem obtidos reais pontos consensuais numa sociedade (pós) moderna, caracterizada pelo pluralismo em todos os seus aspectos. Todavia, não se pode negar que as sociedades modernas ocidentais, em sua grande maioria, conseguiram erguer um fundo consensual<sup>51</sup> comum integrado por valores como o respeito pela dignidade da pessoa humana, os princípios democráticos, a coibição do abuso de poder, a proteção dos mais fracos em relações jurídicas díspares, entre outros, que também são chamados a atuar na concretização de normas abertas.

A partir do item seguinte, trataremos do papel do precedente na concreção das cláusulas gerais, e em especial, do método de grupo de casos, desenvolvido pela doutrina alemã.

### 3.2. Método de grupo de casos

Fiô condutor do presente trabalho tem sido a idéia de incremento da importância da tarefa jurisdicional com a introdução e valorização das cláusulas gerais em determinado sistema jurídico.

Dentre os cinco elementos citados, que na opinião de Humberto Ávila, integram a aplicação do direito na concreção, podemos destacar o precedente judicial como um dos mais importantes, ainda que seja sempre oportuno observar que a fonte primordial de direito no sistema romano-germânico é a lei.

A doutrina alemã pode ser considerada pioneira<sup>52</sup> na teorização e sistematização do denominado método de grupo de casos como auxiliar do intérprete das cláusulas gerais, o denominado *Fallgruppenmethode*. Por meio dele, compara-se o caso a ser decidido com os casos isolados que integram um grupo de casos já julgados sobre determinada norma.<sup>53</sup> Caso haja identidade fático-normativa entre os casos, será possível agregar o novo caso ao grupo já consolidado, e no que toca à sua fundamentação, bastará a indicação de que pertence ao grupo, de maneira que ocorre um verdadeiro reaproveitamento das razões já

<sup>51</sup> Sobre o papel da Constituição e do Tribunal Constitucional como garantidores de um “consenso democrático, generoso e incluyente, em torno de valores fundamentais substantivos da convivência humana, bem assim das regras procedimentais sobre a organização política e o jogo pelo poder de governo”, vide SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder – a nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 121.

<sup>52</sup> Entretanto, não se pode deixar de observar que o trabalho com grupos de casos não é estranho até mesmo à jurisprudência brasileira. Nos casos de indenização por danos morais, por exemplo, se constata que os nossos tribunais constituíram autênticos grupos de casos baseados na diversidade dos atos ilícitos praticados, nas conseqüências para a vítima e no montante devido a título de indenização.

<sup>53</sup> KAMANABROU, *Die Interpretation...*, p. 672.

expendidas nas hipóteses assemelhadas.<sup>54</sup> Parece ter lugar uma nova configuração da argumentação, no sentido de que ela não busca a justificação da adequação de determinada cláusula geral ao caso em questão, mas sim a possibilidade de comparação entre o novo caso com os já decididos.<sup>55</sup>

Interessante a observação de Kamanabrou, de que a comparação entre o caso a ser decidido e os casos individuais que integram determinado grupo de casos pode levar tanto à expansão quanto à redução do grupo de casos, dado que o novo caso pode conter novos aspectos até então não enfrentados, que venham a influenciar no desenvolvimento do grupo como um todo.<sup>56</sup>

Não seria inafastável o questionamento de como se deve proceder nos casos de cláusulas gerais acerca das quais ainda não se tenha desenvolvido um grupo de casos. Esta indagação se torna mais oportuna quando relacionada às novas cláusulas-gerais do Código Civil de 2002.

Primeiramente, há que se lembrar o exemplo da cláusula geral da boa-fé objetiva, que não obstante tenha sido incluída na legislação civil apenas com o advento do Código Civil de 2002, vasta já era a sua aplicação com base no princípio que enunciava o seu conteúdo. Outro aspecto a ser observado é que o Código de Defesa do Consumidor, lei de 1990, já a consagrava como cláusula geral, e, procedidas as devidas ressalvas, os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a concretização da cláusula geral da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor poderão, de alguma forma, ser aproveitados na interpretação do art. 422 do Código Civil.<sup>57</sup>

Aqui tem aplicação o ensinamento de Erik Jayme, exposto por Cláudia Lima Marques<sup>58</sup>, quanto a um possível diálogo das fontes, com o ressurgimento da “necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo”.

O diálogo aqui versado é, nas palavras de Cláudia Lima Marques, um diálogo de “influências recíprocas sistemáticas” entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, “com uma possível redefinição do campo de aplicação do CDC, ao sofrer influências finalísticas do novo Código Civil, e uma possível transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito dos Juizes) alcançadas com o uso do CDC, por exemplo no que diz respeito à contratação conforme a boa-fé e ao combate das cláusulas abusivas”.<sup>59</sup>

<sup>54</sup> Ibidem, p. 673.

<sup>55</sup> Ibidem, *Die Interpretation...*, p. 674.

<sup>56</sup> Ibidem, p. 674.

<sup>57</sup> Dispõe o art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.

<sup>58</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “Diálogo das Fontes” no combate às cláusulas abusivas*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, nº 45, p. 71-99.

<sup>59</sup> Ibidem..., p. 85.

Então, é lícito afirmar que o trabalho de concreção das cláusulas gerais no âmbito do Código de Defesa do Consumidor poderá exercer alguma influência sobre o intérprete do Código Civil de 2002, a partir do aproveitamento até mesmo de parte da jurisprudência formada no âmbito daquele diploma legal, como, por exemplo, a da cláusula geral da boa-fé objetiva.

Ainda assim, cabe salientar que para Kamanabrou, nos primeiros casos, quando ainda não houver um grupo definido, deve-se lançar mão da interpretação sistemática, além de se observar os preâmbulos e as exposições de motivos das leis<sup>60</sup>, se disponíveis, e, a partir deles extrair os valores que integram o sistema jurídico. Mas não se pode olvidar que jamais o julgador poderá basear sua decisão exclusivamente na sua opinião pessoal, rechaçando-se assim o voluntarismo puro.

O professor da Universidade de Göttingen adverte ainda acerca da existência de determinadas cláusulas gerais que não são adequadas ao tratamento pelo grupo de casos.<sup>61</sup> Um dos exemplos é o § 315 do BGB, que trata da estipulação unilateral de determinada prestação (*Bestimmung der Leistung durch eine Partei*). O dispositivo diz que na dúvida se deve supor que a estipulação seja considerada consoante apreciação equitativa (*billiges Ermessen*). A inadequação seria devida à forte relação da norma com o caso individual (*starke Einzelfallbezug*), o que demandaria a investigação exaustiva de todas as circunstâncias fáticas que gravitam sobre os fatos, sendo vedada, a princípio, a referência a casos similares.<sup>62</sup>

Em que pese amplamente utilizado na Alemanha, o método de grupo de casos foi alvo de intensa discussão naquele país entre dois doutrinadores – Ralph Weber, de Heidelberg e Axel Beater, de Göttingen – no periódico *Archiv für die Civilistische Praxis* (AcP), ocorrida na primeira metade da década de 90 do século passado.

A polêmica começou com um artigo de Ralph Weber, publicado em 1992<sup>63</sup>, que tratou sobre a natureza e a função das cláusulas gerais, e trouxe como maior contribuição uma apreciação crítica do método de grupo de casos.

Primeiramente, ressalte-se que Weber vê as cláusulas gerais de modo limitado, utilizando um conceito restrito. Elas devem ser utilizadas subsidiariamente na tarefa de interpretação, como figuras auxiliares (*Hilfsfigur*), e não como ferramenta principal.<sup>64</sup> A

<sup>60</sup> Vale lembrar que as exposições de motivos das leis alemãs são geralmente bastante extensas e detalhadas, com a justificação de parágrafo por parágrafo, de item por item, e muitas vezes enunciam até mesmo exemplos concretos para enriquecer a explicação.

<sup>61</sup> KAMANABROU, *Die Interpretation...*, p. 676-677.

<sup>62</sup> Todavia, Kamanabrou sopesa a opinião quanto à inadequação do método de grupo de casos para determinadas cláusulas gerais, dizendo que a valoração para cada novo caso não será buscada como se a norma estivesse sendo aplicada pela primeira vez. Os casos já decididos representam, no mínimo, pontos de referência, cujas circunstâncias podem desempenhar um papel na valoração. KAMANABROU, *Die Interpretation...*, p. 677.

<sup>63</sup> WEBER, *Einige Gedanken...*, p. 516-567.

<sup>64</sup> Ibidem, p. 556-557.

aplicação da cláusula geral é um acontecimento único; é criação de lei apenas e tão-somente para o caso concreto e para uma decisão materialmente justa. Portanto, o aplicador da lei que pretender derivar da cláusula geral uma norma para o caso futuro estará excedendo seus poderes. A “norma” assim posta carecerá de validade.

Ao se aplicar a cláusula geral, deve-se justificar o motivo pelo qual não se está aplicando as outras hipóteses legais tradicionais, pois do contrário o resultado será indesejável e inadmissível. A limitação, ou a complementação obtidas por meio da cláusula geral, deverão, assim, ser justificadas.

Para Weber, o método do grupo de casos acaba impondo uma barreira à livre criação do juiz. Tratar-se-ia de uma volta à subsunção. As cláusulas gerais, pelo irrestrito emprego do método de grupo de casos, passam a ser subsumíveis, consistindo em nova roupagem do juiz autômato. As cláusulas gerais, que originariamente foram concebidas para atender o caso individual, passam a ser generalizantes. O método do grupo de casos é que passa a se desenvolver, ganhando vida própria, obscurecendo a cláusula geral a que se refere. Weber faz a crítica de que os casos individuais integrantes do grupo de casos acabam por tomar quase que exclusivamente a função de preenchimento valorativo da cláusula geral, afastando a perquirição acerca de novos valores.<sup>65</sup>

Haveria uma espécie de acomodação do aplicador da norma, que não mais examinaria a fundo o caso concreto, mas ficaria preocupado apenas em enquadrá-lo e compará-lo aos casos individuais dos grupos de casos, o que refletiria uma tendência de ambicionar a segurança jurídica. Ocorre que, quanto mais se vai desenvolvendo o grupo de casos, maior vai ficando a abstração dos conceitos e cada vez mais distante se fica dos primeiros casos. Quanto mais a espiral da abstração cresce, mais o grupo de casos se aproxima de um tipo legal. Ou seja, vai ficando enrijecido.<sup>66</sup> O exemplo dado por Weber, onde isso teria se verificado, é o do instituto da *supressio* (Verwirkung), derivado do § 242 do BGB.

Segundo Weber, poucos discutem o método do grupo de casos. Ele estaria consolidado, na doutrina alemã, como verdade absoluta. Outro fundamento é que a regulação jurídica das relações de vida sociais tem por escopo garantir dois valores básicos: a segurança jurídica e a justiça no caso individual. As cláusulas gerais cumprem a segunda função, uma vez que a primeira é cumprida pelas normas de tipicidade rígida.<sup>67</sup> Com a tipização das cláusulas gerais, a justiça do caso concreto passaria a ficar em segundo plano.

Além disso, a formulação de tipos abstratos, com a utilização do método de grupo de casos, também geraria um problema de violação do princípio da separação de poderes, pois o juiz estaria criando norma abstrata (o que é tarefa do legislador) e se eximindo de

<sup>65</sup> WEBER, *Einige Gedanken...*, p. 559.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 558.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 551.

aplicar o direito, ou fazer justiça, no caso concreto, que seria, essa sim, a função precípua do julgador.

O legislador teria legitimidade para abdicar de sua função de legislar para o caso concreto, tendo em vista o princípio da democracia (o detentor originário do poder de legislar é o povo), mas o julgador não pode se dar ao luxo de fugir de sua função de aplicar justiça no caso concreto.<sup>68</sup>

A crítica se dirige à utilização do método do grupo de casos, quando se encara o grupo de casos não como uma mera coletânea de casos individuais, mas sim como a expressão de um pensamento jurídico efetivo e generalizado. O grupo de casos, assim, passaria a generalizar o caso individual e fazer com que as especificidades deste último fossem perdidas em nome do cômodo enquadramento num grupo previamente formado. Isso faz com que a vagueza, a labilidade e a incerteza, características ontológicas das cláusulas gerais, sejam postas de lado.

Para Weber, no direito alemão, o precedente não pode ter a força que a prática tem lhe dado, pois não se tem notado a preocupação de fundamentação da sentença acerca do motivo de se estar utilizando o precedente. Essa seria uma questão que simplesmente estaria passando ao largo da análise da doutrina.

O limite deste método é a ausência de vinculação absoluta aos precedentes, como enfatiza Weber. Mas, de alguma maneira é saudável um certo valor aos precedentes, quando se opera com cláusulas gerais, para garantir os valores da segurança jurídica e do tratamento igualitário.<sup>69</sup>

Outro fundamento da discordância de Weber está no fato de que, para ele, a decisão judicial não é fonte de direito, pois lhe falta uma causa de reconhecimento do direito. Ela é apenas um ato de reconhecimento do direito. Em decorrência disso, o próprio grupo de casos também não é fonte de direito.

A proposta de Weber é que se utilize o *Einzelfallmethode*, ou seja, método focado única e exclusivamente no caso em questão, e sem preocupação excessiva com os precedentes formados sobre a matéria, pois, como apontado, para ele as cláusulas gerais são figuras auxiliares, chamadas a atuar apenas quando normas de tipicidade fechada não puderem ser empregadas em virtude da injustiça ou teratologia que resultaria de sua aplicação.<sup>70</sup>

Há, portanto, para Weber, subjetivismo do julgador. E isso é louvável, agregando o que foi denominado de *Ehrlichkeitskomponente*<sup>71</sup> (componente de sinceridade intelectual, por assim dizer), mas há que se ter em mente que a concepção de cláusula geral de Weber é restrita.

<sup>68</sup> WEBER, *Einige Gedanken...*, p. 550.

<sup>69</sup> É esta a idéia exposta por Kamanabrou, em *Die Interpretation zivilrechtlicher...*, p. 674.

<sup>70</sup> WEBER, *Einige Gedanken...*, p. 563.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 563.

O mencionado texto de Ralph Weber foi respondido por Axel Beater em 1994<sup>72</sup>, instaurando-se então a discussão entre os dois autores. Beater inicia seu ataque dizendo que Weber faz considerações de peso, mas que em alguns pontos são muito superficiais.

A partir daí, enuncia o seu argumento principal, defendendo que as cláusulas gerais não devem ter a sua função e objetivos reduzidos, conforme defende Weber, mas pelo contrário, devem possibilitar o desenvolvimento e o aperfeiçoamento do Direito. E isso seria alcançado por meio dos grupos de casos. Beater demonstra alguns exemplos de cláusulas gerais que representaram grande progresso para o direito alemão, especialmente em virtude da criação dos juízes.

Um dos dispositivos citados é o § 826 do BGB, já mencionado, e o § 1º da UGW (lei alemã contra a concorrência desleal).<sup>73</sup> O autor faz interessante comparação entre estes dois dispositivos, referindo que a jurisprudência relacionada ao § 826 (cujo tipo exigia a intenção de lesar para que houvesse direito à indenização) foi fundamental para a formulação do § 1º da UGW, que já não mais contém a exigência do dolo.<sup>74</sup>

Assim, o legislador teria conscientemente evitado o “erro” da exigência do dolo para a incidência da norma indenizatória, justamente por meio do grupo de casos que foi desenvolvido pelos tribunais, que já vinha minimizando esse requisito.<sup>75</sup>

Outro exemplo mencionado por Beater é o dos grupos de casos trabalhados pela jurisprudência em torno das cláusulas gerais dos parágrafos 138, 242 e 315<sup>76</sup> do BGB, que, consoante registra, inspiraram a criação das regras constantes da AGBG, a lei alemã das condições gerais contratuais.<sup>77</sup> Outros institutos jurídicos nascidos a partir da criação jurisprudencial por meio dos grupos de casos seriam o dos direitos e deveres anexos ao contrato, do exercício abusivo do direito e o da quebra da base do negócio jurídico.<sup>78</sup>

Alfim, Beater reafirma que o trabalho das cláusulas gerais por meio dos grupos de casos possibilitou uma cooperação entre os juízes e o legislador, proporcionando uma efetiva divisão de funções que leva à melhoria das leis. Isso porque, sobre determinadas matérias, não é necessário que o legislador, de antemão, edite leis com regras exaustivas.

<sup>72</sup> BEATER, Axel. *Generalklauseln und Fallgruppen* (Erwiderung auf Ralph Weber, AcP 1992, p. 516). *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 194, 1º caderno. Tübingen: Mohr, 1994, p. 82-89.

<sup>73</sup> Este parágrafo da UGW (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*), em tradução livre, dispõe: “Aquele que no tráfico negocial praticar conduta com objetivos concorrenciais que infringir os bons costumes, poderá ser demandado em virtude de omissão e perdas e danos.”

<sup>74</sup> BEATER, *Generalklauseln und Fallgruppen*..., p. 83.

<sup>75</sup> BEATER, *Generalklauseln und Fallgruppen*..., p. 83.

<sup>76</sup> Este parágrafo, conforme mencionado acima, trata da estipulação unilateral de determinada prestação (*Bestimmung der Leistung durch eine Partei*). Relembre-se que na opinião de Kamanabrou esta cláusula geral não seria adequada ao método de grupo de casos devido a sua forte relação com o caso concreto, que deveria ser individualmente considerado em toda o seu espectro fático.

<sup>77</sup> A *AGB-Gesetz* foi revogada, porém transplantada para os §§ 305 a 310 do BGB com a edição da lei para a modernização do direito obrigacional, de 29.11.2001, a chamada *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*.

<sup>78</sup> BEATER, *Generalklauseln und Fallgruppen*..., p. 85.

Deve, isso sim, restringir-se ao estabelecimento de padrões mínimos e aguardar pelo desenvolvimento posterior a ser procedido pelos magistrados, que enfrentam e percebem as variações valorativas do meio social no seu dia-a-dia. Segundo Beater, a elaboração apressada de leis não interessa a ninguém, daí a necessidade de elaboração de determinados textos legais em dois momentos: o primeiro, pelo legislador, e o segundo pelo juiz.

A polêmica entre Beater e Weber não se esgotou neste artigo, isto porque este último publicou a sua réplica no mesmo número da *Archiv für die Civilistische Praxis*<sup>79</sup> que veiculara a contribuição de Beater. Em que pese não muito extenso, o artigo responde de forma contundente os questionamentos formulados. Inicia dizendo que quem se propõe a defender teses no meio científico desafia contra-argumentações, mostrando-se até mesmo contente pelo fato de seu trabalho ter encontrado eco.<sup>80</sup>

Após, afirma que no trabalho de Beater faltou a comprovação para a afirmação que dá conta de que o desenvolvimento e o aprimoramento do Direito demandam o grupo de casos. Segundo ele, a assertiva careceria da devida fundamentação. Asseverou que jamais Beater poderia ter defendido que o grupo de casos é o método único, mas sim deveria ter dito que é o melhor, e ilustra demonstrando que quando apresentou suas idéias, tratou de qualificá-las como sendo apenas metodologicamente mais corretas.

Salienta que as críticas feitas não partiram de objeções de índole metodológico-funcionais, mas enfrentaram somente o aspecto da prática. E quanto a isso, Weber consente que a prática está efetivamente ao lado do método de grupo de casos, como método consagrado no direito alemão.<sup>81</sup>

Registra ter sido mal compreendido, uma vez que o fulcro de sua idéia estava num plano superior, o plano do *sollen* (do que deveria ser), e não no plano do *sein* (ou seja, de como as coisas estão no momento). Assim, a crítica de Beater foi feita no nível inferior, na superfície. Ilustra a sua indignação com uma passagem da ópera de Richard Wagner, *As Valquírias*, em que o personagem Wotan pronuncia um discurso com a mensagem de que não adianta ensinar o que não pode ser percebido pelo aprendiz.<sup>82</sup>

Weber finaliza asseverando que em sua opinião, é, e continua sendo uma realidade, o fato de que o método de grupo de casos traz consigo o grande perigo de que sem a valoração do caso individual, proceda-se apenas a subsunção por meio dos “grupos de

<sup>79</sup> WEBER, Ralph. *Erwiderung*. *Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. 194, 1º caderno. Tübingen: Mohr, 1994, p.90-92.

<sup>80</sup> WEBER, *Erwiderung*, p. 90.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>82</sup> Trata-se de passagem da primeira cena do segundo ato, com o seguinte texto original: “Nichts lernst Du, wollt ich Dich lehren, was nie Du erkennen kannst, eh nicht erfolgte die Tat. Stets gewohntes nur magst Du verstehen: doch was noch nie sich traf, danach trachtet mein Sinn”. Tradução livre: você não aprenderia nada do que eu quisesses lhe ensinar, acerca do que você jamais poderia reconhecer, antes da ocorrência do ato. Você sempre gosta de compreender apenas o habitual. Já o meu sentido ambiciona aquilo que nunca se encontra.

casos típicos”, desviando-se das funções jurídicas e sociais das cláusulas gerais.<sup>83</sup>

Por mais radicais que possam parecer as críticas de Ralph Weber, não há que se afastá-las de todo, porquanto é bastante razoável o seu alerta no sentido de que o super-desenvolvimento jurisprudencial pode fazer com que a espiral do grupo de casos acabe por sufocar a cláusula geral original e a sua característica de abertura, dando lugar a uma nova espécie de subsunção, onde a premissa maior passa a ser integrada não pelo tipo legal, mas sim pelo tipo judicial: o conjunto de precedentes.

Entretanto, também não há que se olvidar as também procedentes observações de Axel Beater quanto ao progresso que a jurisprudência representa como um todo, pois é certo que a sensibilidade do juiz também é de suma relevância para o desenvolvimento do Direito.

Acolhendo-se em parte os argumentos de ambos, pode-se chegar a um termo médio aristotélico, com o reconhecimento da importância do precedente para a interpretação das cláusulas gerais, e conseqüentemente do grupo de casos, todavia sem erguê-lo ao *status* de método único. Conforme mencionando, e seguindo os passos da doutrina de Humberto Ávila, outros elementos, como a pré-compreensão, a finalidade concreta da norma, a valoração judicial dos resultados da decisão e o consenso, entre outros, poderão e deverão influenciar o julgador.

### 3.3. Limites de aplicação das cláusulas gerais

Bastante pertinente é a pergunta acerca dos limites das cláusulas gerais, ou seja, até onde pode ir o julgador quando do preenchimento valorativo do dispositivo de textura aberta? Trata-se de um cheque em branco nas mãos do intérprete ou ele deve observar certos critérios que imponham limites à sua tarefa?

Não se pode ignorar que de uma maneira ou de outra as cláusulas gerais imprimem no sistema uma certa dose de imprevisibilidade e de insegurança, à medida que têm a finalidade de alcançar a justiça do caso concreto.<sup>84</sup>

Todavia, na concreção das cláusulas gerais há que se afastar o voluntarismo puro, o mero arbítrio do julgador. Quanto a este ponto vale citar a lição de Larenz que, com inspiração em Schönfeld, salientou que a concreção do Direito pelo tribunal é bastante livre, mas também vinculada, sendo permitido uma variação na grandeza e na medida dessa

<sup>83</sup> WEBER, *Erwiderung*, p. 92.

<sup>84</sup> Com efeito, Franz Wieacker, falando sobre as desvantagens das concepções de repulsa ao positivismo que se fizeram sentir pós I Guerra Mundial salienta: “A determinação na recusa das tradições legalistas e dogmáticas colocou novos problemas, cuja presença continua na consciência da nova jurisprudência seria muito desejável. As novas mutações repentinas da jurisprudência e a sua tendência para uma justiça individualizada do caso prejudicaram, sem dúvida alguma, a segurança externa do direito, ou seja, a previsibilidade da decisão pelas partes processuais e pelos advogados e a igualdade da aplicação do direito, previsibilidade e igualdade que são indispensáveis, quer para a economia das pugnas forenses, quer para a fixação duma consciência jurídica dominante entre os comparticipes do direito.” WIEACKER, *História do Direito Privado...*, p.615.

liberdade, mas que não se pode cogitar de “uma concretização do Direito pura e simplesmente livre, porque isso seria arbítrio e portanto o contrário do Direito”.<sup>85</sup>

Relembre-se aqui a questão dos perigos das cláusulas gerais, conforme o alerta de Justus Hedemann sobre a possível “fuga para as cláusulas gerais” em épocas de autoritarismo<sup>86</sup>, não se podendo também descartar que mesmo na democracia é possível a ocorrência de tal patologia.

Na realidade, a concreção das cláusulas gerais exige do julgador uma fina sensibilidade jurídica e social para captar os valores vigentes sem desbordar para o voluntarismo e para o arbítrio. Como se viu, na concreção desaparece o denominado encurtamento da necessidade de fundamentação da decisão, e clama-se cada vez mais pela motivação racional.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior observa que no trato das cláusulas gerais o juiz deve fundamentar as suas decisões ainda mais do que nos outros casos, devendo explicitar às partes e à comunidade jurídica as razões do seu convencimento. Salienta que um modo de controle é a própria tramitação do processo, com o possível aviamento de recursos a serem examinados pelas instâncias superiores. Outrossim, segundo afirma, a informação está hoje cada vez mais acessível pela comunidade jurídica, comprovando essa afirmação com o dado de que apenas a página na *Internet* do Superior Tribunal de Justiça é acessada mais de 200 mil vezes por dia.<sup>87</sup> Conclui o seu raciocínio afirmando que “é de natureza social a responsabilidade do juiz que emprega mal os poderes que lhe concedê a cláusula geral, ou que não a usa nos casos em que deveria fazê-lo”.<sup>88</sup>

Outro ponto muito importante é que num sistema jurídico onde normas de textura aberta ganham relevo, além de aumentar a responsabilidade dos magistrados, cresce também o papel desempenhado pela doutrina, que terá o dever de assumir a postura da crítica construtiva no que toca ao trabalho dos juízes.

John Dawson fez precisa análise de como são as relações na Alemanha entre a academia e a judicatura no que tange à cooperação entre ambos para a melhoria de um sistema jurídico onde ocorre efetiva criação judicial.<sup>89</sup> Conforme afirma o autor norte-americano, as múltiplas criações das cortes alemãs teriam vagado sem rumo caso não fosse procedido o trabalho dos *scholars* em realinhá-las e reorganjá-las no “edifício central do Direito”. E, pelo fato de os juízes acatarem muitas vezes as críticas dos acadêmicos,

<sup>85</sup> LARENZ, *Metodologia da Ciência...*, p. 150.

<sup>86</sup> Ainda sobre a fuga para as cláusulas gerais, é oportuno registrar a observação que Hassemer faz acerca do surgimento, na época do nacional-socialismo, da denominada teoria da interpretação sem limites (*Theorie der unbegrenzten Auslegung*), cuja existência teria sido comprovada pelo autor Rùthers na obra *A Interpretação ilimitada: a transformação da ordem jurídica privada no nacional socialismo*, de 1973. Vide em HASSEMER, *O Sistema do Direito e a Codificação...*, p. 10.

<sup>87</sup> AGUIAR JÚNIOR, *O Poder Judiciário e a Concreção...*, p. 227.

<sup>88</sup> AGUIAR JÚNIOR, *O Poder Judiciário e a Concreção...*, p. 227.

<sup>89</sup> DAWSON, *The General Clauses...*, p.455.

consolidando portanto uma comunicação por uma via de duas mãos, com influências recíprocas, é que teria sido garantida a coerência e a previsibilidade em tão alto grau no direito alemão.

Em brilhante passagem, Dawson aponta que os juízes germânicos se sentem tão livres no trato com as cláusulas gerais porquanto eles aceitaram e aprenderam muito bem a disciplina e a sistemática do direito alemão moderno; tiveram a liberdade de navegar num oceano inexplorado porque sabiam o caminho de volta para sua casa e sempre tiveram a intenção de lá manter a sua residência. E que essa confiança é incrementada pelo papel de guias especialistas (doutrina), que os observam atentamente e podem lhes "cutucar no ombro" caso dêem mostras de estarem se desviando de seu caminho.<sup>90</sup>

A seguir, o autor faz uma comparação sobre o manejo das cláusulas gerais por parte dos juízes norte-americanos em relação aos juízes alemães com relação ao contexto de cada sistema jurídico. Afirma que se os juízes norte-americanos extrapolaram um pouco em seu *munus*; isso se deveu à diversidade de legislações que o seu sistema como um todo contempla, com cinquenta estados com grande diversidade e autonomia, eleição popular de juízes na quase totalidade das unidades federativas e organizações judiciárias díspares, e com uma extensa literatura jurídica que extrapolaria o número de 150 periódicos, bem como grande quantidade de tratados e livros<sup>91</sup>.

Na Alemanha, por seu turno, a legislação é aplicada de maneira uniforme em toda a nação e os juízes têm uma formação homogênea, à medida que são escolhidos e ascendem na profissão a partir de plano de carreira. Além disso, a literatura crítica especializada pode se concentrar num corpo coerente de decisões e de legislação.

Com efeito, conforme demonstrado acima, na polêmica havida entre Axel Beater e Ralph Weber, a doutrina alemã, quando se faz necessário, tem assumido evidente postura crítica (construtiva) com relação ao trabalho desenvolvido pelos juízes e até mesmo por outros doutrinadores.

Calha citar também trabalho publicado pelo professor da Universidade de Tübingen, Wolfgang Zöllner<sup>92</sup>, onde o autor faz crítica expressa à *Bürgschaftsentscheidung* (o caso da fiança), julgado pela Corte Constitucional alemã em 1994, onde os juízes determinaram que na concretização das cláusulas gerais, especialmente as dos §§ 242 e 138 do BGB, os tribunais civis deveriam observar o direito fundamental da liberdade da pessoa humana, contido na alínea 1 do art. 2º da Lei Fundamental, daí a imposição do dever de fazer o controle de conteúdo dos contratos que sobrecarregue em demasia e de maneira incomum uma das partes.<sup>93</sup>

<sup>90</sup> Ibidem, p.455.

<sup>91</sup> DAWSON, *The General Clauses...*, p.455.

<sup>92</sup> ZÖLLNER, Wolfgang. *Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht*. Archiv für die civilistische Praxis, vol. 196, 1º e 2º cadernos. Tübingen: Mohr, 1996, p. 1-36.

<sup>93</sup> No caso, cuidava-se de inúmeras execuções de fiança movidas por instituições financeiras perante jovens adultos que tinham se obrigado pela garantia, mas que não tinham patrimônio para saldá-la.

E as críticas de Zöllner, foram no sentido de que o artigo mencionado, que trata do direito fundamental de desenvolvimento e exercício da personalidade, jamais poderá incidir na proteção do contrato privado, por se tratar de dispositivo que visa unicamente a impor limites ao legislador que tentar obstaculizar a liberdade contratual. Alfim, considerou a *Bürgschaftsentscheidung*, em seus princípios gerais, como um equívoco que deve ser corrigido.

Portanto, como se vê, a doutrina também é chamada a contribuir na tarefa de um efetivo controle das decisões judiciais onde o julgador tenha de preencher valorativamente o conteúdo de determinada norma aberta. Observe-se entretanto, que o controle ora mencionado deve ser encarado não como sinônimo de patrulhamento, mas sim de crítica racional e construtiva.

## CONCLUSÕES

(a) A Alemanha pode ser considerado o país precursor na utilização das cláusulas gerais dentro do sistema romano-germânico, sendo que na época pós I Guerra Mundial verificou-se o momento decisivo na sua utilização, quando, em face da hiperinflação descontrolada, o Poder Judiciário foi chamado a corrigir as iniquidades advindas dos negócios jurídicos firmados sem cláusulas de reajuste de preço;

(b) o Brasil, sofrendo os influxos de teorias e movimentos históricos que clamavam pela incompletude dos códigos e pelo desgaste do positivismo jurídico, acabou por consagrar cláusulas gerais como a da boa-fé objetiva e da função social do contrato, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e anteriormente com o advento do Código de Defesa do Consumidor;

(c) as cláusulas gerais constituem técnica de legislar baseada no estabelecimento de normas carecedoras de valoração a serem preenchidas pelo intérprete, caracterizam-se também pela vagueza, por serem sempre expressas e por promoverem um reenvio a outros espaços do sistema;

(d) a subsunção pura, entendida como raciocínio lógico por meio do qual se chega à conclusão a partir da confrontação entre premissa maior e premissa menor, não deve ser considerado o método mais adequado para a interpretação das cláusulas gerais, haja vista que a premissa maior deve, primeiramente ser construída pelo julgador;

(e) o método da concreção é o mais razoável para a interpretação das cláusulas gerais, pois, a partir dele constrói-se o tipo legal carecedor de valoração por meio do exame da totalidade do contexto que circunda o caso concreto;

(f) na concreção, o julgador deverá levar em consideração alguns elementos que poderão auxiliá-lo no seu trabalho, como a finalidade concreta da norma, a pré-compreensão, a valoração judicial dos resultados da decisão, o consenso como seu fundamento parcial e o precedente judicial;

(g) o precedente judicial adquire maior relevância com a adoção das cláusulas gerais, passando-se a se formar, até mesmo, grupos de casos, conforme demonstra a jurisprudência

alemã;

(h) há que se levar em consideração o alerta feito por Ralph Weber no sentido de que não se pode perder de vista que as cláusulas gerais têm como função principal fazer justiça no caso concreto, não sendo recomendável o exagero na utilização do precedente judicial;

(i) todavia, também há que se acolher as observações de Axel Beater no que toca ao importante papel que o método de grupo de casos tem desempenhado na Alemanha, principalmente com relação à criação de institutos jurídicos como o do abuso de direito e à melhoria da qualidade das leis futuras, com o estabelecimento de efetiva parceria entre o julgador e o legislador;

(j) as cláusulas gerais também impõem limites ao julgador, que não poderá preenchê-las apenas com base no seu livre arbítrio; ao invés disso, exige-se do magistrado fundamentação racional e convincente para a finalidade de afastar os abusos;

(l) neste sentido, a doutrina elaborada com cunho crítico-constructivo pode funcionar como efetivo meio de controle das decisões judiciais que extrapolarem os limites impostos pelo sistema jurídico.

#### BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. "O Poder Judiciário e a Concretização das Cláusulas Gerais: limites e responsabilidade". Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 18, p. 221-228.

ATIYAH, P. S. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon Press, 1977.

ÁVILA, Humberto Bergmann. "Subsunção e concreção na aplicação do direito", in *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo milênio*, Porto Alegre: Edipucrs, 1997, p. 413-465.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. "O princípio da boa-fé nos contratos". Revista do Cento de Estudos Judiciários, nº 9, ano 1999, p. 40-44.

BEATER, Axel. "Generalklausen und Fallgruppen". *Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. 194, 1º caderno. Tübingen: Mohr, 1994, p.82-89.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

\_\_\_\_\_. "O Princípio da Boa-fé no Direito Brasileiro e Português", in *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, São Paulo: RT, 1980.

DAWSON, John P. "Unconscionable Coercion: the german version". *Harvard Law Review*, vol. 89, nº 6, p. 1041-1126.

\_\_\_\_\_. "The general clauses viewed from a distance". *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 41º ano, 3º caderno. Tübingen: Mohr, 1977, p.441-456.

\_\_\_\_\_. *The Oracles of the Law*. Nova Iorque: University of Michigan Law School, 1968.

ENGISCH, Karl. *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg: Carl Winter, 1953.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao pensamento jurídico*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968.

HASSEMER, Winfried. "O sistema do Direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei.". *Direito & Justiça* - Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, vol. 9, ano VII. Porto Alegre: Livraria Editora Acadêmica, 1985, p. 7-30.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

KAMANABROU, Sudabéh. "Die Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln". *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 202, 4º e 5º cadernos. Tübingen: Mohr, 2002, p. 662-688.

MARQUES, Claudia Lima. "Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?". *Revista de Direito do Consumidor*, nº 43, p. 215-257.

\_\_\_\_\_. "Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do 'diálogo das fontes' no combate às cláusulas abusivas". *Revista de Direito do Consumidor*, nº 45, p. 71-99.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.

\_\_\_\_\_. "O novo Código Civil brasileiro: em busca da ética da situação". *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 20. Porto Alegre: Nova Prova, 2001. p. 211-260.

\_\_\_\_\_. "As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico". *Revista de Informação Legislativa*, nº 112. p. 13-32.

\_\_\_\_\_. "O Direito Privado como um 'sistema em construção' - as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro". *Revista de Informação Legislativa*, nº 139. p. 5-22.

MENEZES CORDEIRO, A. Manuel. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1989.

NERY Jr., Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: RT, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RUBIO, Delia Matilde Ferreira. *La buena fé: el principio general en el derecho civil*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1984.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder – uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

WEBER, Ralph. “Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen”. *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 192, 6º caderno. Tübingen: Mohr, 1992, p. 516-567.

\_\_\_\_\_. “Erwiderung”. *Archiv für die Civilistische Praxis*, vol. 194, 1º caderno. Tübingen: Mohr, 1994, p.90-92.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

ZÖLLNER, Wolfgang. “Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht”. *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 196, 1º caderno. Tübingen: Mohr, 1996, p. 1-36.

## O SEGURO DE CRÉDITO FINANCEIRO HABITACIONAL OBRIGATÓRIO E A DECLARAÇÃO DE CRÉDITOS EM PROCESSOS FALIMENTARES<sup>1</sup>

FERNANDO SÁ

Advogado em Porto Alegre

*“Em direito, a norma é a medida da ação jurídica concreta, e assim, dificilmente pode ser deslocada do seu momento próprio, que é o da concreção jurídica”* [Torquato Castro].

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A criação do Sistema Nacional da Habitação e do Sistema Financeiro Nacional da Habitação. 2. A legislação do sistema. 3. As alterações no sistema. A extinção do Banco Nacional da Habitação. 4. O risco e o rendimento. 5. O risco de crédito. O risco coberto. 6. As duas modalidades de contrato. A taxa de risco de crédito. 7. A estrutura da norma jurídica e a da decisão judicial. 8. A presunção ou princípio *Iura Novit Curia*. 9. Os contratos do Sistema Financeiro da Habitação. 10. Os contratos de crédito em conta corrente são típicos contratos de adesão. 11. Suporte fático dos contratos do sistema. 12. As declarações de crédito em sede falimentar. 13. A responsabilidade do agente financeiro. 14. Ato ilícito e condições da ação.

### INTRODUÇÃO

**E**m janeiro de 2002, a prestigiada colunista econômica, Miriam Leitão, escreveu um artigo sobre a possibilidade de nova montagem para o soerguimento de um mercado imobiliário dinâmico<sup>2</sup>, que assegurasse os financiamentos concedidos por agentes financeiros. Nenhuma menção fez ali acerca da prescrição legal positivada na alínea “e”, do art. 20, do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, onde ficara estabelecida, há quase 40 anos, a obrigatoriedade do seguro de “*garantia de pagamento das obrigações de incorporador e construtor de imóveis*”, vale dizer, a regra jurídica em que se prescrevera a obrigatoriedade do seguro de crédito em

<sup>1</sup> Este ensaio é uma condensação de outro, onde o tema é analisado mais detalhadamente.

<sup>2</sup> LEITÃO, Miriam, in *Caminho de Casa*, publicado no jornal O SUL, do dia 28.01.2002, Porto Alegre – RS.