

MATERIALIZERUNG, FLEXIBILISIERUNG, RICHTERFREIHEIT: GENERALKLAUSELN IM SPIEGEL DER ANTIKONOMIEN DES PRIVATRECHTSDENKENS, DE MARIETTA AUER

MATERIALIZERUNG, FLEXIBILISIERUNG, RICHTERFREIHEIT: *GENERALKLAUSELN IM SPIEGEL DER ANTIKONOMIEN DES* *PRIVATRECHTSDENKENS, BY MARIETTA AUER*

DIOGO PITTA

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE) com período de mobilidade acadêmica na Eberhard-Karls Universität Tübingen (Baden-Württemberg, Alemanha). Advogado em São Paulo. diogopitta@yahoo.com

DADOS BIBLIOGRÁFICOS: AUER, Marietta. *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit: Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005. 262 p.

SUMÁRIO: I. Sobre a autora e sua obra. II. Fontes e influências intelectuais. III. Conteúdo e estrutura da obra. IV. Considerações finais.

I. SOBRE A AUTORA E SUA OBRA

Marietta Auer é, desde 2013¹, professora titular (*Lehrstuhlinhaber*)² de Direito Civil e Filosofia do Direito na Universidade de Gießen Justus-Liebig, Alemanha.

-
1. O presente trabalho é fruto de pesquisa de iniciação científica denominada *Uma abordagem semiótica à boa-fé objetiva no direito privado brasileiro*, orientado pelo Prof. Dr. Humberto João Carneiro Filho, no âmbito do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).
 2. No sistema universitário alemão, aproxima-se à nossa antiga figura do “professor catedrático”, tanto que o termo significa literalmente “titular de uma cátedra”. Cf. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. A formação de um jurista na Alemanha. In: MORAIS DA ROSA, Alexandre;

PITTA, Diogo. *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit: Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens, de Marietta Auer*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 27. ano 8. p. 429-452. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2021.

Graduou-se em Direito e Filosofia na Universidade de Munique Ludwig-Maximilians (LMU München); posteriormente, fez *Masters of Law* (LL.M.) na Universidade de Harvard, Estados Unidos, sob a orientação do professor Duncan Kennedy. De volta a Munique, ante a supervisão de Claus-Wilhelm Canaris³, concluiu o doutoramento (*Promotion*) em Direito com a tese, cuja versão comercial é objeto desta resenha.

Considerada excepcional e inovadora, a tese de doutoramento foi aclamada na comunidade jurídica alemã, recebendo o prêmio de destaque da Faculdade de Direito de Munique (*Fakultätspreis der Juristischen Fakultät der LMU München*). Em seguida, a obra veio a ser recomendada por Reinhard Zimmermann, membro desta Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo, como um dos livros jurídicos do ano (*Juristisches Buch des Jahres*) de 2005. Ademais, como assistente de docência de Claus-Wilhelm Canaris, a autora foi agraciada com o prêmio de excelência de ensino nas universidades da Baviera (*Preis für gute Lehre an Bayerns Universitäten*).

Em 2012, prestou o exame de habilitação (*Habilitation*)⁴, tido como o mais importante na carreira de um docente alemão, com a ousada tese *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*⁵, obra que voltou a despertar forte interesse junto ao público de livros jurídicos na Alemanha, tornando-se, quase que exclusivamente, objeto de um simpósio organizado na Universidade de Münster pelos professores Nils Jansen e Michael Grünberger⁶.

Além das já destacadas teses de doutoramento e habilitação, Auer tem publicações que perpassam as áreas de Direito Civil e Comercial, Filosofia e Teoria do

KARAM TRINDADE, André (Orgs.). *Hermenêutica, Constituição, Decisão Judicial*: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 340.

3. Claus-Wilhelm Canaris é autor muito respeitado e influente no Brasil. Vários dos seus livros e artigos estão traduzidos para a língua portuguesa. Em 2012, a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) outorgou-lhe título de doutor *honoris causa*. Otávio Luiz Rodrigues Jr. considera-o um “sucessor apostólico” da metodologia jurídica iniciada por Larenz (RODRIGUES JR., Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 10).
4. O exame de habilitação (*Habilitation*) é condição prévia para ascensão ao cargo de professor catedrático e consiste na produção de uma difícil e elaborada tese (*Habilitationsschrift*). O trabalho mais importante na carreira de um docente, que anteriormente já deve ter sido aprovado no doutorado (*Promotion*).
5. AUER, Marietta. *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014. Em tradução livre a partir do alemão, *O discurso jusprivatístico da modernidade* em português.
6. O simpósio resultou na publicação do livro: GRÜNBERGER, Michael; JANSEN, Nils (Orgs.). *Privatrechtstheorie heute*. Perspektiven deutscher Privatrechtstheorie. Mohr Siebeck: Tübingen, 2017.

Direito, Direito Privado Europeu e Direito Comparado⁷. Ao combinar estudos filosóficos e comparatistas junto à análise dogmática do Direito Privado alemão, com seu marcado grau de especialização, a autora situa-se em uma tradição que remonta à figura de professores célebres como Friedrich Carl von Savigny, Rudolf von Jhering e Franz Wieacker. Para Auer, como já reconheceu Immanuel Kant, “uma doutrina do Direito meramente empírica”, isto é, reduzida à dogmática jurídica é “tal como a cabeça de madeira da fábula de Fedro, uma cabeça que pode ser bela, mas que, lamentavelmente, não tem cérebro”⁸. Auer retoma a metáfora kantiana para dizer que a dogmática, sem o “olho” da filosofia, permanece numa esfera superficial, incapaz de extrair as reais potencialidades no estudo do direito positivo⁹.

A densidade filosófica de sua obra, contudo, destoa do perfil dominante dos estudos filosóficos sobre o direito, que buscam, cada vez mais, evadir-se da dogmática. A definição, então, possivelmente mais adequada para a natureza da abordagem teórica da obra de Auer é a de que se trata de uma “Filosofia do Direito aplicada”. Desse modo, a Filosofia é, para ela, uma *ancilla jurisprudentiae* – que melhor se presta ao papel de auxiliar da dogmática jurídica. Não resta dúvida de que a abertura para o diálogo entre os juristas filósofos e os juristas dogmáticos é um grande mérito de sua obra e muito tem a contribuir para o fortalecimento da cultura jurídica. Não à toa, portanto, que recentemente juntou-se a nomes como Jürgen Habermas e Noam Chomsky ao receber o prestigiado prêmio da Academia de Ciências de Berlim-Brandemburgo (*Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften*) pela notável realização de um discurso interdisciplinar do saber jurídico a partir de um diálogo com a Filosofia, a Sociologia e demais Ciências Sociais.

No momento, está afastada das suas atividades professorais em Gießen para conduzir, como pesquisadora visitante do Instituto de Berlim de Estudos Avançados (*Wissenschaftskolleg zu Berlin*), projeto voltado a investigar as transformações dos conceitos filosóficos e jurídicos de autonomia, pessoa, privacidade e personalidade perante os desafios suscitados pela era digital. Em 2020, foi designada responsável

-
7. Três artigos foram traduzidos para a língua portuguesa: (i) AUER, Marietta. A interpretação em conformidade com o direito primário. In: PINTO MONTEIRO, António; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de Direito Comparado*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 41-77; (ii) AUER, Marietta; CANARIS, Claus-Wilhelm. Requisitos para uma moderna legislação do mercado de capitais. *Revista Argumentum*, v. 17, p. 509-530, 2016; e (iii) AUER, Marietta. Garantias de crédito e proteção do consumidor. *Revista Argumentum*, v. 18, p. 865-887, 2017.
 8. KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2017. p. 42.
 9. AUER, Marietta. Eigentum, Familie, Erbrecht: Drei Lehrstücke zur Bedeutung der Rechtsphilosophie im Privatrecht. *Archiv für die civilistische Praxis*, v. 216, p. 276, 2016.

pela conformação de um inédito departamento de Teoria do Direito no renomado Instituto Max Planck de História do Direito Europeu (*Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte*), com sede em Frankfurt.

II. FONTES E INFLUÊNCIAS INTELECTUAIS

Jovens pesquisadores dificilmente têm a coragem de criticar abertamente os seus mentores. Comumente, é perceptível que o ambiente universitário, donde se espera a vanguarda do conhecimento científico, acaba por privilegiar “candidatos-papagaio”, que reproduzem o discurso esperado em troca de títulos acadêmicos¹⁰. Em sentido oposto, é notável o caráter corajoso das teses levantadas pela discípula de Canaris.

Logo na introdução de seu livro, Auer revela o propósito de desafiar determinadas concepções da chamada “jurisprudência dos valores” (*Wertungsjurisprudenz*), orientação metodológica dominante no Direito Privado alemão. Sob a influência direta da filosofia hermenêutica, autores influentes, como Karl Larenz, Josef Esser e o próprio Claus-Wilhelm Canaris conceberam, cada um à sua maneira, uma renovação do pensamento sistemático-conceitual da civilística alemã do século XIX, postulando uma abertura ou mobilidade do sistema de Direito Privado por meio de princípios e cláusulas gerais, que, em última análise, garantiriam unidade e coerência à ordem jurídica¹¹. De modo semelhante, no Brasil, o movimento do direito civil-constitucional sugere uma “acepção necessariamente sistemática e axiológica”¹² ou, mais especificamente no tema das cláusulas gerais, Judith Martins-Costa vislumbra a redenção da racionalidade jurídica num pensamento tópico sistemático¹³.

10. Se essa constatação ultrapassa a academia jurídica, nesta é especialmente problemática. V. “O temor reverencial à sabedoria supostamente infalível dos ‘grandes juristas’, o abafar voluntário do próprio pensamento, o servilismo supersticioso diante dos ‘autores ungidos’ – todos esses espectros da velha escolástica ainda são vistos, em nossas faculdades de direito, com alguma frequência. [...] as formas tradicionais de pensar têm demonstrado enorme poder de resistência, escorando-se em velhas práticas, hábitos e valores profissionais.” (SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Meios de pesquisa, formas de pensar: problemas comuns no uso das fontes doutrinárias nas pesquisas na área jurídica. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza*, v. 12, p. 24, 2004.)

11. Para um amplo panorama da evolução metodológica da civilística alemã, v. RÜCKERT, Joachim; SEINECKE, Ralf (Orgs.). *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2017.

12. PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na legalidade constitucional. In: TEPE-DINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo*. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 3.

13. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 208-212.

Auer opõe-se veementemente à possibilidade de as cláusulas gerais garantirem unidade e coerência, afirmando que estas são e continuarão sendo um campo de batalha de irreconciliáveis antinomias na privatística. Por detrás dessas afirmações, está a assunção de que o Direito Privado é, por assim dizer, axiologicamente plural e, por isso, permanentemente sujeito ao conflito. Para fundamentar suas assertivas, a autora, ancorando-se na distinção entre as perspectivas internas e externas de observação do fenômeno jurídico de H. L. A. Hart¹⁴, opta explicitamente pela perspectiva externa.

Nesse sentido, a obra não procura fornecer critérios para uma correta aplicação das cláusulas gerais, mas sim debruçar-se sobre o que *efetivamente* ocorre, ou seja, busca descrever quais funções as cláusulas gerais, de fato, assumem no Direito Privado. Isso fica especialmente claro quando a autora expressa que a finalidade da tese é observar as *reais* funções que as cláusulas gerais assumem no sistema jurídico, para além da Metodologia Jurídica tradicional (*jenseits der Wege der hergebrachte Methodenlehre*), isto é, da instrumentação meramente formal ou positiva. Para Auer, a lógica interna do sistema jurídico, ou melhor, o tratamento meramente metodológico é insuficiente. Deste modo, o objetivo do seu trabalho é de crítica ao método (*die Zielsetzung dieser Arbeit ist damit eine methodenkritische*). Uma abordagem, portanto, realista, no sentido mesmo da tradição do *what the courts will do in fact*, o que não causa surpresa pelo fato de ela ter sido orientada por Duncan Kennedy em Harvard, um dos mais importantes representantes dos *Critical Legal Studies*, movimento filosófico norte-americano que deu continuidade ao legado do realismo jurídico¹⁵.

Outra importante ferramenta metodológica para o desenvolvimento das teses de Auer é a aplicação do princípio da semiótica estrutural, inicialmente desenvolvida a partir dos estudos do suíço Ferdinand Saussure, da constituição do sentido por meio de oposições semânticas. Em sua gênese, está o rompimento de Saussure com a chamada semântica realista, de linhagem aristotélica, que supunha a possibilidade de as palavras expressarem diretamente o objeto e não apenas o seu sentido linguístico. Com tradição multissecular na filosofia, tais teorias defendiam a possibilidade de haver ideias completamente feitas que fossem preexistentes às palavras e que os conceitos (palavras) fossem etiquetas coladas às coisas, aos objetos.

Para Saussure, por sua vez, existe uma relação *arbitrária* entre o significante (algo, coisa ou objeto em si) e o significado (representação deste algo, desse objeto) de determinado signo, de modo que não existe o chamado signo natural, algo que

14. HART, Herbert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. 2. ed. Oxford: Clarendon, 1994. p. 56-57.

15. Cf. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao movimento Critical Legal Studies*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. p. 7.

está ligado por natureza à determinada coisa¹⁶. O elo, portanto, entre o significante e o significado é convencional, não possuindo caráter necessário nem demandando motivação. Essa característica permite uma reflexão importante: se não há conexão natural entre o signo e o significante, o significado deve vir do contraste com outros significantes. Sendo assim, para ele, “arbitrário e diferencial são duas qualidades correlativas”¹⁷.

Nesse contexto, compreende-se que significante e significado são ligados arbitrariamente e que o valor de sua ligação (o valor do signo) aparece na relação entre os dois lados do signo e, na articulação dessas relações, os signos formam um sistema. No interior deste sistema, cada palavra tira o seu valor de seu lugar em relação com as outras. O significado de um termo, por isso, não é concebível como uma entidade isolada, mas depende de sua “posição relativa” no interior do sistema de termos que se estruturam num determinado “campo semântico”.

Com origens no campo da linguística, certas acepções da semiótica estrutural foram transplantadas para as Ciências Sociais inicialmente pela obra de Claude Lévi-Strauss¹⁸. Em especial para o direito, entender os argumentos jurídicos enquanto sistema de signos implica percebê-los em pares permanentes de oposição, visto que adquirem seu significado por sua oposição e interação com o outro lado do par. Deste modo, se apenas diferenças ou oposições carregam significação, nenhum dos pares das antinomias poderá ter supremacia, já que eles só adquirem significado em interação mútua. O princípio desenvolvido inicialmente por Saussure de que “a diferença é que faz a característica, como faz o valor e a unidade”¹⁹ está intimamente relacionado com a abordagem perseguida por Auer que evita um conteúdo substancial, percebendo antes o debate doutrinário nos termos da sua negatividade e oponibilidade.

-
16. Um evidente paralelo pode ser traçado com a filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein, que combate a ideia de que o signo, como se fosse uma concha, carregasse dentro de si a pérola de seu significado, cf. CASTRO JR., Torquato da Silva. A bola do jogo: uma metáfora performativa para o desafio da pragmática da norma jurídica. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (Orgs.). *Filosofia e Teoria Geral do Direito: homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 1081; WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
 17. SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Linguística Geral*. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blinkstein. 32. ed. São Paulo: Cultrix, 2010. p. 137.
 18. V. LÉVI-STRAUSS, Claude. *O Pensamento Selvagem*. 12. ed. Campinas: Papyrus, 1989. Na perspectiva de Lévi-Strauss, as relações imutáveis entre opostos são características universais do inconsciente humano.
 19. SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Linguística Geral*. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blinkstein. 32. ed. São Paulo: Cultrix, 2010. p. 141.

III. CONTEÚDO E ESTRUTURA DA OBRA

A empreitada teórica da tese baseia-se, essencialmente, na premissa de que o debate em torno das cláusulas gerais está preso a um conjunto de aporias e ambivalências que permeiam o pensamento jurídico-privado contemporâneo; especialmente, 1) tensões de uma ética individualista e as contrapostas visões coletivistas de responsabilidade interpessoal, 2) os perigos do arbítrio judicial e a demanda por flexibilidade equitativa e, finalmente, 3) a legitimidade do ativismo judicial e o apego à autocontenção dos magistrados (*judicial self-restraint*), submetidos ao paradigma da legalidade. A obra, portanto, identifica e diferencia três contradições fundamentais (*Grundwiderspruch*) que, como um fio condutor, perpassam toda a privatística atual: a dimensão substantiva, formal e institucional.

O livro é estruturado em quatro capítulos.

O primeiro e mais longo (p. 10-99), estruturante para a toda a tese, explora as já destacadas três contradições fundamentais, buscando explicitar de que forma, no contexto da aplicação das cláusulas gerais, elas desempenham um papel relevante. O segundo capítulo, também bastante amplo (p. 102-178), é dedicado à história, função e teorias das cláusulas gerais na Alemanha, especialmente da fórmula *Treu und Glauben*²⁰ do § 242²¹ e do dispositivo § 138²², referente aos bons costumes (*Gute Sitten*), do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB). O terceiro capítulo (p. 179-209) trata das doutrinas da boa-fé objetiva nos Estados Unidos da América. As conclusões da autora, num contexto maior de Metodologia Jurídica e Teoria do Direito Privado, são resumidas no quarto e último capítulo (p. 211-222).

Para o primeiro capítulo, a reflexão inicial é que o Direito Privado, não diferente de qualquer manifestação de ordem jurídica, serve à regulação de contextos sociais. A partir desse pressuposto, questão fulcral é estabelecer, pois, o grau de responsabilidade interpessoal que deverá ser exigido dos particulares, isto é, saber em que medida se justifica, mesmo no Direito Privado²³, um certo grau de heteronomia, ou

20. Cingindo-se à expressão *Treu und Glauben*, tem-se que *Treu* significa lealdade e *Glauben*, confiança. Juntas significam um ideal de comportamento leal e honesto a ser adotado por todos no agir civil.

21. O § 242 do BGB tem como correspondente no Código Civil o art. 422, a ver: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

22. O § 138 do BGB tem como correspondente no Código Civil o art. 122, a ver: “Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”

23. A compreensão tradicional, a exemplo de Savigny, é que, no direito privado, “o indivíduo é o seu próprio motivo” (*Ist der Mensch sich selbst Zweck*), vide, SAVIGNY, Friedrich Carl von.

seja, a assunção de responsabilidade externa a exigir consideração pelo interesse do outro.

Nesse sentido é que Auer explora a dimensão substantiva por meio da dicotomia entre individualismo e coletivismo. O individualismo, fundado na autonomia e na responsabilidade individual, é caracterizado por uma estrita neutralidade perante a escolha do indivíduo – como no famoso adágio “quem diz contratual, diz justo”, atribuído a Alfred Fouillée. Em franca oposição, o coletivismo, lastreado em motivações paternalistas ou distributivistas (heterônomas), focaliza, ao menos em parte, a equivalência entre as prestações, ou seja, a adequação substantiva do conteúdo em vista à sua causa. Com foco nas condições reais do sujeito posicionado diante das situações da vida, impulsiona, ao invés do direito comum, abstrato e unitário, igual para “todos”, uma consideração social da diferença de poder, compreendendo os sujeitos concretos, o capitalista e o operário, o fornecedor e o consumidor, o locador e o locatário etc.

O que Auer intenta demonstrar é que toda a ordem jurídica privada, inevitavelmente, apresentar-se-á como uma solução mediadora entre esses dois polos opostos, de modo que nunca triunfará uma concepção individualista *fechada* nem um coletivismo *total* no Direito Privado. A solução dar-se-á sempre em forma de compromisso, dentro do qual a tensão entre esses dois valores básicos permanecerá presente. Aqui é perceptível o princípio básico da semiótica de que a polarização é que gera, propriamente, significado. Nenhum dos polos pode ganhar supremacia sobre o outro, já que os seus significados só podem ser derivados da sua interação mútua²⁴. Decisivo, para fins da tese, portanto, é que o coletivismo e o individualismo expressam o seu significado normativo por meio de sua interação, *i. e.*, pela realização relativa de uma ordem de valor que se desdobra em relação à outra e, sendo diferentes entre si, mutuamente se mostram e se explicam.

Essa tensão entre uma ética individualista e as contrapostas visões coletivistas de responsabilidade interpessoal ajuda a perceber de que modo os princípios reitores do

System des heutigen römischen Rechts. Berlin: Veit und Comp, 1840. v. I, p. 22 (tradução livre a partir do alemão). Similarmente, para Puchta, a fonte do Direito Privado é “soberania completa e incondicional do indivíduo” (*Volle und unbedingte Herrschaft*), vide, PUCHTA, Georg Friedrich. *Cursus der Institutionen*. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1842. v. II, p. 556 (tradução livre a partir do alemão).

24. Em síntese, “observe-se que o conceito de signo é necessariamente relacional, seja quando se concebe segundo um modelo binário como em Saussure, ou como um modelo ternário, como em Peirce” (CASTRO JR., Torquato da Silva. *Metáfora e literalidade no discurso jurídico: invertendo Aristóteles*. In: ADEODATO, João Mauricio (Org.). *A retórica de Aristóteles e o direito: bases clássicas para um grupo de pesquisa em retórica jurídica*. Curitiba: CRV, 2014. p. 48).

direito das obrigações atual como a boa-fé objetiva e a autonomia privada guardam estreita relação²⁵. Nessa conjuntura é que a aplicação das cláusulas gerais, como a boa-fé objetiva que representa um limite imanente ao poder de formação contratual e pode autorizar um controle judicial do conteúdo dos contratos, foi fortemente relacionada às manifestações de materialização do Direito Privado²⁶.

Ao, por exemplo, preencher lacunas nas obrigações contratuais, revelando deveres imputáveis em vista das expectativas sociais envoltas ao contrato em questão, ou, mais drasticamente, ao nulificar cláusulas contratuais tidas por abusivas, a boa-fé implica a substituição de uma tomada de decisão privada por uma decisão coletiva, necessariamente inspirada por valores sociais. Não é por outra razão que a civilística alemã passou a caracterizar as cláusulas gerais como “portas de entrada para considerações materiais” (*Einfallstore materialer Wertungen*)²⁷; entre nós, Clóvis do Couto e Silva já afirmara que a aplicação do princípio da boa-fé abria, no sistema jurídico, “janelas para o ético”²⁸.

-
25. Na doutrina brasileira, esse paralelismo é lembrado por Clóvis do Couto e Silva: “A dogmática do século passado tinha por centro a vontade, de forma que, para os juristas daquela época, todos os deveres dela resultavam. Em movimento dialético e polêmico, poder-se-ia chegar à conclusão oposta, isto é, a de que todos os deveres resultassem do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses.” (COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 38.) A relação é, ainda, reconhecida por manuais brasileiros, a ver: “A história da importância do princípio da boa-fé relaciona-se com o da autonomia da vontade. Pode-se mencionar [...] que, no século XIX, o princípio da autonomia foi o mais importante, e o conceito de *pacta sunt servanda* o seu corolário, o que importou profunda restrição ao princípio da boa-fé, em virtude do predomínio do voluntarismo jurídico e da obediência ao direito estrito, além da doutrina da separação absoluta de poderes, que restringia o poder criador da jurisprudência.” (LÔBO, Paulo. *Direito civil – Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 71.)
26. O conceito de materialização não é difundido no Brasil. Aproxima-se muito parcialmente ao que a doutrina brasileira denomina de “socialização do direito privado”. Para um abrangente estudo sobre o conceito de materialização no direito alemão, v. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“*. *Archiv für die zivilistische Praxis*, v. 200, p. 273-364, 2000.
27. Cf., v.g., SCHMIDT, Jan Peter. *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*. Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. v. 226 – Schriften zum ausländischen und internationalen Privatrecht, p. 52; e com referência explícita à cláusula geral da boa-fé objetiva: “*Treu und Glauben has been the revolutionising instrument by which the formalistic civil code of 1900 has been ‘materialised’ and adapted to the convulsions of Germany’s history in the 20th century*” (TEUBNER, Gunther. *Legal irritants: Good Faith in British Law or how unifying law ends up in new divergences*. *The Modern Law Review*, v. 61, p. 20, 1998.
28. COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 42.

Na leitura doutrinária dominante, o papel das cláusulas gerais, por meio de seu caráter normativo de abertura e vagueza semânticas, seria o de servir de “porta de entrada” ou de suporte legitimador à crescente carga de valorações de caráter ético-social no Direito Privado. Contudo, tais alusões podem, e frequentemente assim o fazem, levar à errônea impressão de que o Direito Privado estaria livre dessas “considerações materiais”, caso as cláusulas gerais não estivessem consagradas nos códigos civis.

Como percebe Auer, tal perspectiva confunde causa com consequência – não foram, primeiramente, as cláusulas gerais que permitiram a absorção desses valores “materiais” no Direito Privado. O movimento é justamente o oposto: as necessidades de se fundamentar o Direito por meio de valorações feitas de modo heterônomo é que levaram ao surgimento e desenvolvimento das cláusulas gerais. As cláusulas gerais são, portanto, antes consequência do que meio para a sua aplicação. A sua função precípua não é tão somente incorporar valores “sociais” ou “materiais” ao Direito Privado, mas mediar a tensão, historicamente mutável, entre individualismo e coletivismo, concernentes à própria natureza do direito privado e os sentidos políticos a ele atribuídos.

Mesmo que não estejam presentes no livro, esta necessidade latente pode ser constatada mediante assertivas de doutrinadores no limiar do século XX. Jhering antevê: “não é necessário ser profeta para prever que a concepção social do Direito Privado substituirá pouco a pouco a concepção individualista.”²⁹ Para Beviláqua, redator do primeiro projeto de Código Civil aprovado no Brasil, “ao individualismo abstracto e desorganico [...] convém substituir aos fins sociaes do Estado; a moral individualista deve completar-se com a moral social; os codigos de simples direito privado devem transformar-se em codigos de direito privado social”³⁰.

Para além dos livros de doutrina, Auer fundamenta as suas constatações sobretudo com base na experiência histórica alemã. Ela lembra que a *Treu und Glauben* do § 242 do BGB – “o devedor está adstrito a cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico jurídico”³¹ – não nasceu como cláusula geral, e sim passou a ser percebida como tal. Inclusive, se comparada, por exemplo, à cláusula geral dos bons costumes, nota-se que a exposição de motivos da codificação civil alemã pouca atenção dispensou ao dispositivo, especialmente

29. JHERING, Rudolf von. *El fin en el derecho*. Buenos Aires: Atalaya, 1946. p. 256 (tradução livre a partir do espanhol).

30. BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defeza do projecto de código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906. p. 40.

31. Em alemão, “*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*”.

levando em conta a dimensão que ele veio a tomar, posteriormente, no auge da sua vulgarização junto à doutrina e jurisprudência, como “rainha das normas” (*königliche Regel*) e fundamento unitário das obrigações³².

Ainda, nos primeiros anos posteriores à promulgação do BGB, a cláusula geral da boa-fé objetiva teve diminuta aplicação na jurisprudência do Tribunal Imperial (*Reichsgericht*)³³. Este fenômeno não passou despercebido pela doutrina brasileira, conforme a afirmação de Clóvis do Couto e Silva de que o § 242 “não significava outra coisa senão mero reforço ao §157”³⁴. Nesse primeiro momento, o papel reservado à boa-fé era de um mero reforço do vínculo contratual: agia de boa-fé quem adimplia sua prestação – o que até hoje é verdade, é claro, mas é pouquíssimo ante as potencialidades que o tempo a desvelou.

Esse estado de coisas, entretanto, alterou-se radicalmente no início dos anos 1920, diante do momento econômico-social da República de Weimar, que amargava um dos maiores índices de inflação da história econômica mundial e sofria de grave crise política. A “explosão” normativa da boa-fé, assim, tem forte correlação com demandas e valores sociais emergentes que conflitavam com a compreensão individualista de liberdade contratual e autonomia privada então dominantes. Nesse sentido, o desenvolvimento histórico dado às cláusulas gerais só é compreensível diante das linhas de fundo da História, especialmente no contexto das transformações sociais na virada para o século XX: a urbanização, a industrialização, o surgimento dos grandes conglomerados corporativos e, sobretudo, os desafios na forma da “questão social”, que mudaram a face das sociedades ocidentais em poucas décadas e ocasionaram uma mudança de paradigma em partes consideráveis da ordem jurídica.

O que Auer depreende de tudo isso, em meio a oscilações e predomínios, é a impossibilidade de reconciliar esses valores conflitantes, que subjazem ao Direito Privado, sob a base de um sistema normativamente unitário e coerente. Assim é que se cria para o intérprete/aplicador do direito o problema de determinar nas situações concretas, qual dos polos da diáde há de prevalecer. Nessa relação de polaridade

32. V. WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1986. p. 73.

33. Cf. LUIG, Klaus. Treu und Glauben in der Rechtsprechung des Reichsgerichts in den Jahren 1900 bis 1909. In: WANK, Rolf et al. (Orgs.). *Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag*. München: C. H. Beck, 2002. p. 85-103.

34. COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: CAETANO, Marcelo; MOREIRA ALVES, José Carlos; COUTO E SILVA, Clóvis do; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio (Orgs.). *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português – I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1980. p. 55. O §157 do BGB tem como correspondente no Código Civil o art. 113, a ver: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

dialética, a prevalência de um ou de outro depende do contexto concreto do seu uso à luz de elementos fáticos e normativos do caso.

Se o desenvolvimento das cláusulas gerais guarda relação direta com a dicotomia individualismo/coletivismo, analisada na dimensão substantiva, não se pode ignorar, neste íterim, o peso do processo de (re)valorização da justiça do caso concreto, isto é, de considerações equitativas no ato de aplicação do direito, permitindo que o texto da lei não fosse visto como um limite intransponível à atividade jurisprudencial.

Como reconhece Clóvis do Couto e Silva:

“com a edição de conceitos abertos como o da boa-fé, a ordem jurídica atribui ao juiz a tarefa de adequar a aplicação judicial às modificações sociais, uma vez que os limites dos fatos previstos pelas aludidas cláusulas gerais são fugidios, móveis, de modo nenhum fixos.”³⁵

É por isto que a doutrina passou a ver, no funcionamento das cláusulas gerais, uma “válvula de segurança” em prol da flexibilização do sistema jurídico, ou, em outros termos, uma “regra de calibração” que permite a adaptação das situações jurídicas às circunstâncias, evitando que o sistema incorra em disfunção³⁶.

Nesse contexto, Auer identifica uma segunda antinomia, igualmente estruturante para a temática das cláusulas gerais, que resulta das tensões entre a segurança jurídica e a flexibilidade equitativa, bem como das consequências advindas da formatação do direito privado por meio de regras ou princípios.

Na esteira de Rudolf von Jhering, a autora diferencia regras e princípios com base em seu grau de realizabilidade formal. Esta consiste na facilidade e segurança na aplicação do direito abstrato às espécies concretas. Realizáveis formalmente são, portanto, normas que mais facilmente, de modo mais seguro e unívoco, são aplicadas aos casos concretos. Assim, princípios, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados têm baixa realizabilidade formal, isto é, são incapazes de enunciar de um modo público os casos a que se aplicam, sendo inviável, portanto, do ponto de vista político, impor a ordem a partir deles.

35. COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: CAETANO, Marcelo; MOREIRA ALVES, José Carlos; COUTO E SILVA, Clóvis do; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio (Orgs.). *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português – I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1980. p. 62.

36. V. CASTRO JR., Torquato da Silva. A regra de calibração da boa-fé enquanto ruptura sistêmica: crítica à doutrina de Pontes de Miranda. In: COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JR., Torquato da Silva (Coords.). *A modernização do direito civil*. Recife: Nossa Livraria, 2011. v. 1, p. 97-110.

No entanto, sob perspectiva semiótica da tese, é claro que a vagueza não é um traço característico apenas destas espécies prescritivas, podendo ser detectada em termos e expressões de toda a linguagem e, em especial, da linguagem jurídica. Se todas as expressões linguísticas são indeterminadas em maior ou menor medida, a vagueza, portanto, não é uma qualidade que existe ou não na norma, mas é principalmente uma questão de grau. Donde se concluir que a realizabilidade formal existe em menor ou maior grau e que a distinção entre regras e princípios – não muito diferente da díade autonomia/heteronomia – não é qualitativa, mas apenas gradual. Mesmo entre as regras mais estritas e os princípios mais indeterminados, é possível conceber esferas de gradação, as quais, na prática, podem ser imputadas à maioria de nossas normas jurídicas válidas.

Os problemas oriundos do baixo grau de realizabilidade formal das cláusulas gerais já foram há muito denunciados³⁷, notadamente quanto à possibilidade de que, sob balizamentos vagos, o mesmo fundamento normativo possa levar a soluções mais diversas possíveis. Assim, é que se caricaturizam as cláusulas gerais como campo fértil para os interessados no arbítrio e no abuso da discricionariedade judicial. No limite, o seu uso indiscriminado destruiria a racionalidade cognitiva do direito, abandonando-o ao contingente e à satisfação de interesses particularistas.

Todavia, é importante perceber também deficiências no âmbito da aplicação de regras com alto grau de realizabilidade formal. Como ressalta Auer, a realizabilidade formal – em maior ou menor extensão – implica uma perda dos interesses e valores subjacentes à construção categorial em causa. Trata-se, portanto, de uma outra forma de arbitrariedade, mais precisamente, uma arbitrariedade “mecânica” ou “cega” na aplicação do direito, que obriga o juiz a ignorar as vicissitudes de uma situação factual complexa e o impede de ponderar os interesses em causa. Além disso, o argumento de que as regras importam, necessariamente, maior grau de segurança jurídica deve ser contraposto ao fato de que as regras, em face de sua rigidez, podem levar ao encobrimento das verdadeiras razões da tomada de decisão, inviabilizando o seu controle. Afinal, mesmo um insuspeito entusiasta do formalismo jurídico, como o foi Max Weber, chegou a reconhecer que “o desenvolvimento das qualidades formais do direito exhibe traços estranhamente contraditórios”³⁸.

37. Especificamente sobre as cláusulas gerais, é famosa a alusão ao “mal de Hedemann”. No opúsculo *A fuga para as cláusulas gerais: um perigo para o Direito e para o Estado* (tradução livre a partir do alemão), Hedemann associa a flexibilidade das cláusulas gerais à discricionariedade judicial irrestrita que termina por corromper a função de controle do poder por parte das normas jurídicas no contexto da noção de Estado de Direito. V. HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Die Flucht in die Generalklauseln: eine Gefahr für Recht und Staat*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1933.

38. WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora UnB, 2009. v. 2, p. 153.

Ao inverso das regras, as normas jurídicas abertas, vagas, os enunciados elásticos, porosos ou dúcteis, cuja aplicação demandam uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata, inserem-se num contexto de assegurar flexibilidade e adequação social ao direito. Elas, portanto, realizam, a sua maneira, uma segunda dimensão, igualmente válida, do conceito de *justiça*. Com base nesses pressupostos, certo grau de discricionariedade na interpretação do Direito constitui, assim, um pré-requisito necessário para uma aplicação ótima da lei, contra o qual – nas linhas de fundo – recai permanentemente o risco de arbitrariedade judicial.

Então, a perspectiva de Auer é que tanto regras quanto princípios servem a dimensões da *justiça*: regras, em sua aceção generalizadora; princípios, na sua dimensão individualizante. Nesse ponto, é oportuno observar um forte paralelo com uma das mais importantes monografias brasileiras sobre o tema. Em sua tese *Entre Hidra e Hércules*, Marcelo Neves assevera que a relação entre princípios e regras é uma relação produtiva que leva ao processamento permanente do *paradoxo da justiça* no qual implica a conexão entre consistência jurídica e adequação social do direito³⁹.

Em uma das passagens mais inspiradoras para a obra de Auer, transparece a consciência de Franz Wieacker acerca dessa antinomia inerente às aplicações do § 242 do BGB:

“La grandeza y la miseria del párrafo 242 resultan de las inevitables antinomias del concepto mismo del Derecho. Oportunidad y racionalidad, o mejor, justicia del caso concreto y validez general, son elementos necesarios del Derecho y de la Justicia, que frecuentemente se hallan en conflicto en la realidad.”⁴⁰

Como num jogo de espelhos, onde as regras oferecem segurança, a cláusula geral produz insegurança; e onde a regra é marcada pela rigidez, a cláusula geral permite a flexibilidade adaptativa. Ambas as espécies normativas – cláusulas gerais e regras – apresentam vantagens e desvantagens, quando relacionadas com a ideia de *justiça*. É, portanto, uma conquista da cultura jurídica contemporânea a convicção sobre as mútuas (e polarmente opostas) vantagens e desvantagens das técnicas de legislar pelo método das cláusulas gerais. Estas, embora produtoras de insegurança, são, também, condição para proporcionar uma elasticidade ou flexibilidade da lei, por vezes desejável, razão pela qual é recomendável a combinação entre ambas as técnicas legislativas⁴¹.

39. V. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 223-224.

40. WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1986. p. 32.

41. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 195.

Novamente, Auer observa que não foi a mera inserção de uma disposição normativa cuja tessitura é semanticamente aberta e dotada de cunho valorativo que possibilitou o avanço de “considerações equitativas” na reflexão doutrinária e prática jurisprudencial privatista. As cláusulas gerais não deram causa à flexibilização, abertura e mobilidade do sistema jurídico; elas são, sobretudo, consequência de modificações na base cultural das relações entre direito/lei. Observemos como, no Brasil, essa tendência foi prenunciada por Beviláqua: “no meu sentir, a evolução do direito obrigacional deve ser encaminhada no sentido da flexibilidade dos dispositivos e da equidade das soluções.”⁴²

A ascensão das cláusulas gerais surge das necessidades de se adaptar o sistema a novas circunstâncias; sendo elas antes consequência do que meio para tanto. Sua função, portanto, se insere num contexto de mediação entre o espaço de protagonismo do juiz em busca do equitativo no caso concreto e o modelo de aplicação do direito subsuntivo-dedutivo, que pressupõe um juiz submisso e quase mecanizado.

Por fim, em clara correlação com o choque entre a casuística e a necessidade de certeza e segurança jurídicas, está a tensão entre a legitimidade do ativismo judicial e a insistência do *self-restraint* dos magistrados, submetidos ao paradigma da legalidade, isto é, as relações nada simples entre o “direito dos juízes” (*Richterrecht*) e a vinculatividade da lei.

No momento da aplicação das cláusulas gerais, é perceptível a ascensão de uma “tradição judicialista” diante das referências elogiosas ao pretor romano ou ao juiz inglês do *Court of Equity*, revelando, dessa forma, uma crescente importância do “direito dos juízes” perante o “direito legislado”⁴³. Assim é que Clóvis do Couto e Silva percebeu a boa-fé como “vigorosa reação às concepções do positivismo jurídico”⁴⁴. Na Alemanha, Hattenhauer comentava, criticamente, que a “jurisprudência da boa-fé” permitiu que os tribunais justificassem as suas sentenças ao arrepio da lei (*contra legem*), apelando a valores de superior estirpe⁴⁵. Contemporaneamente, no contexto do discurso da constitucionalização do direito privado, Luiz Edson Fachin proclama um “avanço que se dá sobre a hipótese de um direito jurisprudencial, estribado em cláusulas gerais”⁴⁶.

42. BEVILÁQUA, Clóvis. Evolução da Theoria dos Contractos em nossos dias. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 9, p. 331, 2016.

43. WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Trad. José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1986. p. 29.

44. COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 42.

45. HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales de derecho civil: introducción histórico-dogmática*. Trad. Gonzalo Hernández. Barcelona: Editorial Ariel, 1987. p. 208.

46. FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 121.

Na análise desta dimensão institucional, Auer logo reconhece que o ponto de partida das suas reflexões contraria fortemente a metodologia jurídica tradicional (*hergebrachte Methodenlehre*), consistente na possibilidade de se delinear diretrizes cabalmente objetivas, neutras e racionais para aplicação (*Anwendung*) e interpretação (*Auslegung*) do direito, eliminando qualquer eventual arbitrariedade e incerteza. Para Auer, tal possibilidade está excluída de antemão.

Este ideal da “fidelidade à lei”, subjacente à metodologia jurídica tradicional, foi a tônica que se seguiu às primeiras codificações de direito privado. Na famosa (e repetida) fórmula do Barão de Montesquieu, o juiz seria “a boca da lei” (*Bouche de la Loi*). Não obstante, o debate jurídico europeu, especialmente o alemão e o francês, nas décadas que antecederam a virada para o século XX, foi caracterizado por um amplo movimento antiformalista que convergiria para o reconhecimento do direito criado pelos juízes. A questão primordial, à época, não era se os juízes criavam direito, mas apenas como deveriam fazê-lo.

Na Alemanha, é destacada a importância de uma obra pioneira para o reconhecimento aberto dessa realidade do direito construído pelos juízes: o pequeno livro de Oskar von Bülow, intitulado sugestivamente de *A Lei e o Ofício Judicial*⁴⁷ (1885). Ao enfatizar o papel dos juízes como participantes do exercício do poder estatal, assim como os limites da atividade legislativa, ele elevou a atividade judiciária e, conseqüentemente, o direito jurisprudencial ao patamar de uma segunda fonte legítima do direito ao lado do legislado. O legislado e o jurisprudencial, de acordo com Bülow, carregariam igual participação no processo de criação do direito.

Desde então, no contexto dessa reação à vinculabilidade estrita à lei, Auer observa que a atual “jurisprudência dos valores” representa certa continuidade com outras propostas metodológicas historicamente ligadas ao direito privado como a “escola do direito livre” (*Freirechtsschule*) e a “jurisprudência dos interesses” (*Interessenjurisprudenz*), pois todas recusaram a plenitude do pensamento lógico-conceitual em favor de um pensamento teleológico, orientado por uma pauta valorativa.

Não obstante, para Auer, a pretensão da “jurisprudência dos valores”, com base em uma compreensão teleológica do sistema de direito privado, em estabelecer critérios plenamente racionais e controláveis para essa ponderação de bens, interesses e valores não é completamente exequível. Nesse contexto, a “jurisprudência dos valores” alemã, especialmente no manejo das cláusulas gerais, junta-se à ilusão principiológica da *One Right Answer Thesis* de Ronald Dworkin, que vê nos princípios a possibilidade de cobrir o espaço de discricionariedade do juiz.

47. BÜLOW, Oskar. *Gesetz und Richteramt: Über das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1885 (tradução livre a partir do alemão).

A inevitável atividade criativa do intérprete-juiz, a partir das cláusulas gerais, deu azo a institutos cuja importância para o desenvolvimento do direito das obrigações não se pode negar. Em pormenores, destacam-se a teoria da quebra da base do negócio jurídico (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*), o controle judicial das condições gerais dos contratos e o desenvolvimento de deveres de informação pré-contratuais. No quadro das denominadas “figuras parcelares”, também podem ser ressaltadas a *suppressio*, a *surrectio*, o *venire contra factum proprium*, a *tu quoque*, a violação positiva do contrato, a *culpa in contrahendo*, o “dever” de mitigar os próprios danos (*duty to mitigate loss*), a responsabilidade por culpa *post factum finitum*, entre outros institutos formados e/ou desenvolvidos pela prática jurisprudencial privatista fundada na cláusula geral da boa-fé.

Para situar a natureza dessa atividade judicante no entremeio das relações entre o Legislativo e o Judiciário, a literatura privatística alemã passou a caracterizar as cláusulas gerais como “normas de delegação” (*Delegationsnormen*)⁴⁸ ou “normas de autorização” (*Ermächtigungsnormen*)⁴⁹, isto é, como espécies normativas que transferem parcela do poder de criação jurídica para o Judiciário. Paradigmaticamente, Hedemann já as havia definido como um “pedaço da legislação deixado em aberto”⁵⁰.

Em monografias brasileiras sobre o tema, posicionamentos similares são encontrados, a exemplo da afirmação de Alberto Gosson de que “o poder da cláusula geral não é meramente seletivo [...] É um poder criativo, uma outorga de verdadeiras prerrogativas de configuração”⁵¹ ou na descrição de Luciano de Camargo Penteado das cláusulas gerais como “espécie de delegação de competência para atuação discricionária no ato judicativo”⁵². Em abordagem mais generalista, Torquato Castro Jr. anota que “o uso das chamadas ‘cláusulas gerais’ [...] tornou o Código Civil Brasileiro uma legislação mais ‘amigável’ aos juízes”⁵³.

48. TEUBNER, Gunther. *Standards und Direktiven in Generalklauseln: Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht*. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1971. p. 61.

49. BYDLINSKI, Franz. *Möglichkeiten und Grenzen der Konkretisierung aktueller Generalklauseln*. In: BEHREND, Okko et al. (Orgs.). *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft: Symposion zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*. Göttingen: Vandenhoeck & Rupprecht, 1990. p. 189.

50. HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Die Flucht in die Generalklauseln: eine Gefahr für Recht und Staat*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1933. p. 58 (tradução livre a partir do alemão).

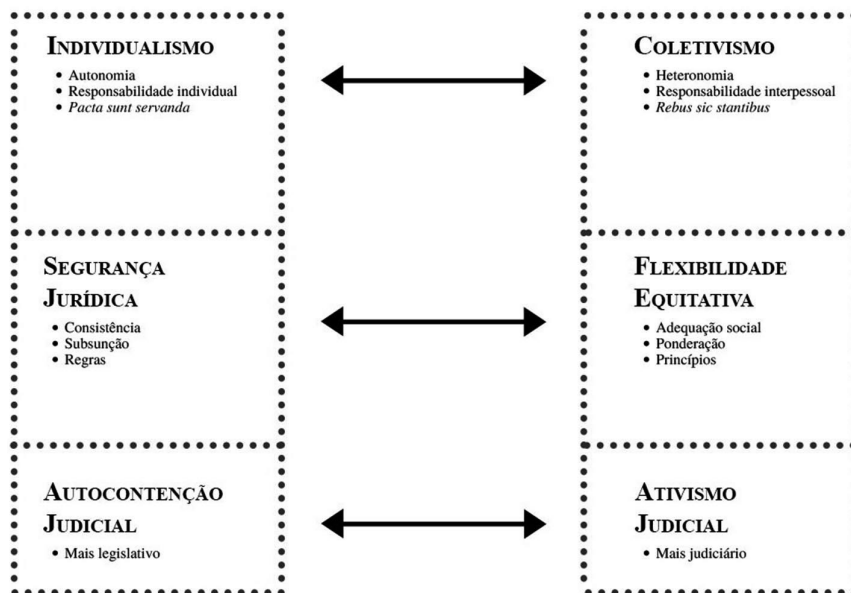
51. JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 51.

52. PENTEADO, Luciano de Camargo. O “que” de específico nas cláusulas gerais. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 151, 2005.

53. CASTRO JR., Torquato da Silva. Influência da Pandectística no Código Civil Brasileiro. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, v. 473, p. 102, 2017.

No entanto, tais caracterizações padecem do mesmo mal já anteriormente apontado: confundem causa com consequência, isto é, as cláusulas gerais não devem ser vistas como um mero suporte legitimador para o ativismo judicial, sendo, portanto, causa para ele. Na visão proposta por Auer, a emergência e o desenvolvimento das cláusulas gerais mostraram-se expressão de uma necessidade, já existente, de se trazer o juiz para um papel de protagonista, modificando a concepção de judicatura então prevalecente.

A longa exposição do primeiro capítulo pode ser resumida na seguinte figura:



Fonte: elaboração do autor.

O segundo capítulo explora a história das cláusulas gerais e o desenvolvimento do debate sobre o seu conceito no Direito Privado alemão. Auer explica, o que pode causar surpresa ao leitor, que o conceito de *cláusula geral* não surgiu no contexto de promulgação do BGB com a boa-fé e os bons costumes, mas, sim, com a incipiente legislação antitruste e a necessidade de se fugir de uma enumeração taxativa dos ilícitos para evitar fraudes e abusos. Tal constatação reforça a sua tese de que as grandes cláusulas gerais do BGB não foram exatamente assim concebidas à época da codificação – foram fruto de seu desenvolvimento histórico. Outra informação interessante trazida à baila é que, embora sabidamente as cláusulas gerais tenham sido utilizadas para se justificar a incorporação de elementos de ideologia nacional-socialista ao Direito Privado alemão, elas também serviram, por vezes, para se defender os interesses das vítimas do regime em face de uma aplicação estrita de uma lei nazista.

Com base nas conclusões traçadas ao longo do primeiro capítulo, Auer esboça uma série de críticas ao modo como as construções doutrinárias têm tratado as

funções das cláusulas gerais. Especialmente na literatura jurídica alemã e nos países que a recepcionaram (como o Brasil), as cláusulas gerais foram caracterizadas frequentemente como “portas de entrada para considerações materiais” (*Einfallstüre materialer Wertungen*); “cláusulas abertas para consideração da justiça do caso concreto” (*Öffnungsklauseln für die Berücksichtigung von Einzelfallgerechtigkeit*); ou “normas de delegação” (*Delegationsnormen*); ou, ainda, tentou-se descrever o suporte fático das cláusulas gerais como carente de valoração material (*wertausfüllungsbedürftig*) ou defini-las com o auxílio de critérios como vagueza, abstração ou generalidade.

Contudo, essas descrições, tomadas isoladamente, dizem respeito a apenas uma das três dimensões identificadas por Auer e, portanto, são incapazes de traduzir, em toda sua complexidade, a problemática das cláusulas gerais. Ademais, neste quadro, o papel das cláusulas gerais parece, antes de mais, servir de porta de entrada, de suporte ou elemento de autorização. Na perspectiva da tese, por sua vez, as dificuldades envoltas à definição das cláusulas gerais resultam do fato de que o motivo para o desenvolvimento das cláusulas gerais não está em sua natureza normativa, mas na ascensão de demandas e valores sociais emergentes com forte impacto na principiolgia subjacente ao direito privado.

Para Auer, se é vã a busca por uma característica *imane*nte das cláusulas gerais, melhor, pois, perceber que o debate sobre o seu conceito reflete exatamente a estrutura das três dimensões identificadas. Em outras palavras, as controvérsias acerca da essência das cláusulas gerais, à medida que se refere a critérios como “materialização”, “justiça do caso concreto” e “discricionariedade judicial”, revelam, ao menos, uma consciência *encoberta* acerca das contradições identificadas. Uma estrutura que, portanto, parece moldar as discussões assim como o sorriso do gato de Cheshire do livro *Alice no País das Maravilhas*, que permanece no ar, mesmo quando o felino desaparece lentamente⁵⁴. Em suma, capaz de ditar a sua atmosfera, completamente independente do fato de ser enfrentada ou sequer identificada.

Sendo assim, quais as consequências que se seguem para uma possível definição de cláusula geral? Para a tese, o caráter de *cláusula geral* de uma norma jurídica depende, exatamente, da maneira como ela se relaciona com as três dimensões identificadas, isto é, na conclusão de Auer, *cláusula geral* deve ser entendida como uma norma jurídica mediadora entre esses elementos de tensão identificados em cada uma das dimensões, servindo, portanto, como uma solução de compromisso (*Ausgleich*), trazida, apenas caso a caso, ao equilíbrio.

54. “Bem, já vi muitas vezes um gato sem sorriso”, pensou Alice, “mas um sorriso sem o gato! É a coisa mais curiosa que já vi na minha vida!” (CARROLL, Lewis (pseud.). *Alice no País das Maravilhas*. Trad. Rosaura Eichenberg. Porto Alegre: L&PM, 2011. p. 89).

O terceiro capítulo, fruto do período de estudos da autora em Harvard, é voltado ao debate acerca do *General Duty of Good Faith* no direito contratual americano. Auer esclarece que, até meados dos anos 50, o princípio teve pouquíssima aplicação nos tribunais americanos, havendo menção apenas a alguns julgados pioneiros nos estados de Nova York e Califórnia. Apenas com a promulgação do *Uniform Commercial Code* (UCC)⁵⁵, diploma legislativo que harmonizou a legislação a respeito da compra e venda de mercadorias, foi reconhecida a aplicação do dever de boa-fé para o cumprimento e execução de todo contrato no país. A nova legislação pode ser tributada sobretudo aos trabalhos de Karl N. Llewellyn, um dos principais expoentes do realismo jurídico, que, sob forte influência de ideias alemãs, importou teorias de origem euro-continental para o contexto do *common law* americano.

É demonstrado que a conceitualização da boa-fé objetiva naquele país possui uma notória semelhança estrutural com o debate alemão. Na dimensão substantiva, por exemplo, fala-se em moralidade contratual (*contractual morals*) e em expectativas sociais razoáveis (*reasonable social expectations*). Para a dimensão formal, a boa-fé é vista por sua função de “válvula de segurança” (*safety valve function*) e pela sua natureza normativa de princípio (*standard*); enquanto, na dimensão institucional, o problema da criação judicial do direito (*problem of judicial legislation*) não passa despercebido. Ao final, a autora afirma que, no direito americano contemporâneo, a boa-fé opera, apesar de seu escopo de aplicação mais restrito, de modo comparável à *Treu und Glauben* alemã. Note-se que é consenso entre os estudiosos de Direito Comparado que os países de tradição romano-germânica contemplam uma aplicação mais expansiva da boa-fé contratual, utilizando-a com mais frequência e fervor do que os tribunais dos Estados Unidos da América⁵⁶.

Parece-me que enriqueceria a obra se a autora tivesse contemplado a resistência histórica do direito inglês à doutrina da boa-fé objetiva. Gunther Teubner, em artigo dedicado à possibilidade de recepção do instituto no direito britânico em virtude da

55. No Brasil, Antonio Junqueira de Azevedo elogiou a redação do artigo americano, já que “no direito americano, está muito claro que a obrigação de boa-fé não pode ser afastada por contrato; portanto, ela está imposta de modo cogente” e acrescenta “o mesmo artigo do Código americano é ainda mais completo porque acrescenta que as partes podem, por contrato, determinar quais os *standards by with the performance of such obligation is to be measured*, isto é, os *standards* pelos quais a performance, a execução da obrigação, seja feita” (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil* (atualmente, código aprovado) na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 149).

56. PARGENDLER, Mariana. O direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de *common law*. *Revista Direito GV*, v. 13, n. 3, p. 801, 2017.

diretiva europeia de proteção ao consumidor de 1994 (Diretiva 93/13/CEE), destacou que as cortes britânicas, em diversas ocasiões, rejeitaram aplicação à boa-fé, tratando-a como uma “doença de origem alienígena”, assim, inerentemente incompatível com a posição adversarial das partes quando envolvidas em negociações⁵⁷. Inclusive, a Inglaterra utiliza a “ausência de um dever geral de boa-fé” para se promover enquanto jurisdição ideal para a solução de controvérsias comerciais, pois a vagueza e a incerteza do que seria agir conforme a boa-fé comprometeriam a segurança jurídica de um país⁵⁸. Sem embargo, se observada por seus efeitos práticos, não é verdade que os ingleses desconheçam por completo a boa-fé. Isto porque a recusa em recepcionar a figura em toda sua plenitude é compensada por uma aceitação setorial por meio de institutos com aplicação mais estreita, a exemplo do *implied terms by law, estoppel, frustration of purpose, fiduciary relationships* etc., que desempenham papel semelhante à cláusula geral da boa-fé nos sistemas romano-germânicos⁵⁹. Trata-se, portanto, de um debate inteiramente conectado às contradições identificadas por Auer.

O último capítulo condensa algumas observações acerca da metodologia e da teoria jurídica em geral. A autora conclui que tanto a “jurisprudência dos valores” alemã quanto a teoria dos princípios de Ronald Dworkin adotam a perspectiva interna de observação do fenômeno jurídico, o que as impossibilita perceber o papel crucial que as contradições identificadas em sua tese desempenham no contexto das cláusulas gerais. É traçada também uma distinção entre o positivismo jurídico como *método* para interpretação e aplicação do direito e um positivismo como *teoria* do direito. Auer esclarece que, embora aceite o positivismo como *teoria*, o rejeita enquanto *método*.

Para o positivismo “metodológico”, o ato de criação do direito dar-se-á unicamente no campo do legislativo, visto que os operadores do direito, atuando em termos científicos, apenas realizam a tarefa técnica de aplicá-lo. Enquanto *método*, o positivismo jurídico apregoa uma plena separação entre direito e política. Auer tacha tal concepção de ingênua, pois o caráter arbitrário e convencional da linguagem impossibilita que as decisões sejam unicamente operações cognitivas. Porém, enquanto *teoria*, a autora entende que a sua abordagem é positivista, pois rejeita qualquer conteúdo axiológico prefixado por uma instância “natural” ou “superior” como critério para a validade do direito.

57. TEUBNER, Gunther. Legal irritants: Good faith in British law or how unifying law ends up in new divergences. *The Modern Law Review*, v. 61, n. 1, p. 11, 1998.

58. Cf. PARGENDLER, Mariana. O direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de *common law*. *Revista Direito GV*, v. 13, n. 3, p. 802, 2017.

59. V. CORDEIRO, Antônio Barreto Menezes. Princípio da boa-fé na execução dos contratos no direito inglês. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 14, p. 369-382, 2018.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão da pouquíssima divulgação da tese de doutoramento da professora Marietta Auer no Brasil, tentou-se explicitar, ao longo desta resenha, os caminhos percorridos pela tese com razoável nível de detalhes. Houve também um esforço em traçar os devidos paralelos com a doutrina nacional, de modo que o leitor possa observar até que ponto as suas conclusões são passíveis de recepção no Brasil.

É inegável a influência da doutrina alemã, elaborada a partir e para além do texto do BGB, em relação às construções teóricas nacionais sobre as cláusulas gerais no direito privado. Já houve, inclusive, quem afirmasse que a “a boa-fé fala alemão”⁶⁰.

Não se pode, no entanto, fechar os olhos para a chamada *tentação teuto-sergipana*, isto é, “a tentativa de superar a tendência à superficialidade através da invocação de profundos pensadores estrangeiros, preferencialmente alemães”⁶¹. Assim, é preciso ter consciência de que o diálogo com o pensamento filosófico e com a produção doutrinária mais sofisticada pode sim ser estimulante e produtivo para o jurista brasileiro, sem perder de vista o risco constante de pedantismo e artificialidade. Exemplos concretos, contudo, da história do nosso pensamento jurídico, como o próprio Código Civil de 1916 de Clóvis Beviláqua e a doutrina de Pontes de Miranda, comprovam a enorme relevância e utilidade desse diálogo.

Feitas essas observações, passemos propriamente às considerações finais:

1. A tese central do livro, já presente em seu título, é de que as cláusulas gerais funcionam como um espelho que reflete as ambivalências e antinomias que permeiam o direito privado. Em última análise, a filosofia de inclinação civilista de Auer revela que as cláusulas gerais trazem, em si, os “os paradoxos, as conquistas e as aspirações da cultura jurídica contemporânea”⁶².

2. Para mais, o seu prisma semiótico, ao propor a compreensão dos conceitos jurídicos em função de sua diferença e relação para com os outros, torna manifesto o caráter contingente, convencional ou até “ideológico” das construções doutrinárias. Assim, é que se termina inevitavelmente por denunciar, na linha dos *Critical Legal Studies*, a impossibilidade de compreender o direito apartado da prática política.

3. Na Alemanha, houve quem percebesse esse aspecto com forte espanto, visto que a separação entre direito e política é parte integrante do projeto democrático.

60. ANDRADE NEVES, Julio Gonzaga. *A Suppressio (Verwirkung) no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 35.

61. SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Meios de pesquisa, formas de pensar. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza*, Fortaleza, v. 12, p. 23, 2004.

62. CORDEIRO MENEZES, António. *A boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 48.

A crítica de Auer ao método passa a ser vista como perigosa para a democracia e para o Estado de Direito por colocar em xeque a divisão de poderes. Em outras palavras, um pensamento jurídico que tematize abertamente elementos políticos, como preconizado pela tese, é problemático para operador do direito, já que a ideologia *não é para o Judiciário* (nem para o jurista), mas para o legislador democraticamente eleito.

4. Acontece que, se levada a sério a reviravolta linguístico-pragmática da filosofia contemporânea, como Auer faz, o próprio projeto da metodologia jurídica tradicional é irremediavelmente abalado. Assim, não é possível, por mais refinada que seja a dogmática, alcançar um saber jurídico objetual e neutro. Uma leitura da teoria e prática do direito, em termos de seu “uso” na sociedade⁶³, compreende a “neutralidade”, almejada pelo jurista, como fruto de um sucesso performativo de encenação, mas que, ao final, não pode obliterar a sua “falsidade” interacional⁶⁴.

5. Nesse sentido, o que Auer possivelmente perde de vista é que a tendência metodologizante é uma necessidade pragmática de legitimação do direito. Nada autoriza, portanto, a simplesmente concluir que o esforço doutrinário dos civilistas em levar a cabo alguma precisão no trato das cláusulas gerais carece de legitimidade. Mesmo considerando-se a flagrante defasagem entre a suposição e a efetiva possibilidade deste controle, o alcance deste estado premonitório ideal permanece como promessa válida a serviço da qual estariam a própria positivação do direito em códigos, bem como a preocupação da sociologia com o Estado como instância planejadora.

6. Tampouco pode-se, por si só, associar os tensionamentos e antinomias, identificados por Auer, a algo ruim, dado que apenas refletem o fato de que vivemos num mundo complexo, no qual valores estão frequentemente em conflito. Nesse contexto, uma abordagem semiótica, tal como empreendida pela tese, é útil na medida em que nos permite *perceber* as tensões ocultas na ordem jurídica, auxiliando no processo de aperfeiçoamento contínuo dos fundamentos jurídicos e morais de nossa sociedade⁶⁵. Especificamente para a tradição civilista, aponta-se para a necessidade de um tratamento metodológico que leve em consideração a evolução histórica do direito privado e suas contradições internas.

63. Conforme sugere a pragmática filosófica de Ludwig Wittgenstein: “a significação de uma palavra é seu uso na linguagem” (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 28).

64. CASTRO JR., Torquato da Silva. A bola do jogo: uma metáfora performativa para o desafio da pragmática da norma jurídica. In: ADEODATO, João Mauricio; BITTAR, Eduardo C. B. (Orgs.). *Filosofia e Teoria Geral do Direito*: homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 1086.

65. BALKIN, Jack M. The promise of legal semiotics. *University of Texas Law Review*, v. 69, p. 1836, 1991.

7. Em um panorama filosófico mais geral, G. W. F. Hegel teria ficado feliz com as conclusões de Auer, embora não tenha sido sequer citado na obra⁶⁶, pois, para Hegel, “a eticidade moderna é profundamente conflitual: ela é a sedimentação social de uma larga história de conflitos a respeito de conceitos que organizam nossa forma de vida, como ‘liberdade’, ‘autonomia’, ‘bem comum’, dentre outros”⁶⁷. Com efeito, a história do Espírito nada mais é que a história dos conflitos e, ao menos segundo Hegel, a força do Estado moderno reside justamente na tentativa de se criar um modo de institucionalização destes conflitos sobre valores⁶⁸.

8. Notemos, por fim, que tal institucionalização dar-se-á pela produção de normatividades que, embora tenham baixo potencial prescritivo, conseguem garantir a coesão social. Nesses termos, afinal, é o próprio Miguel Reale, responsável pelos trabalhos que deram origem ao Código Civil atual, que termina por reconhecer a importância das cláusulas gerais: “o Projeto de Código Civil, em elaboração no ocaso de um para o nascer do outro século, deve traduzir-se em *fórmulas genéricas e flexíveis*, em condições de resistir ao embate de novas ideias”⁶⁹.

66. Nesse mesmo sentido, v. BRAUN, Johann. Rezension zu Marietta Auer: Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit: Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung – ZRG*, v. 124, 2007, p. 825-827.

67. SAFATLE, Vladimir. A forma institucional da negação: Hegel, liberdade e os fundamentos do Estado moderno. *Kriterion (UFMG)*, v. 125, p. 177, 2012.

68. “O princípio dos Estados modernos tem esta imensa força e profundidade: permitem que o espírito da subjetividade chegue até a extrema autonomia da particularidade pessoal ao mesmo tempo que o reconduz à unidade substancial, assim mantendo esta unidade no seu próprio princípio.” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 226 – § 260.)

69. REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 124.