

ANO II – Nº. 04



JUS SCRIPTUM

**Boletim do Núcleo de Estudantes Luso-brasileiros da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**



JULHO/AGOSTO/SETEMBRO

2006

Jus Scriptum





jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

EDIÇÃO ESPECIAL DOS VOLUMES 1 A 5

Lisboa – Portugal

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Laura Viana, Diretora Científica interina do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerich
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Universidade Federal do Pará

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes

Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcelos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Silvia Gabriel Teixeira

REVISTA JURÍDICA
NELB
Jus
Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro


FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
Ano 2 • Volume 2 • Número 4
Jul-Set 2006 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2005/06

Isabela Pessanha Chagas, Presidente
Wilson Furtado, Vice-Presidente
Daniela Bandeira de Freitas, Secretária-Geral
Lavinia Cavalcanti Lima Cunha, Diretora Científica
Fabiano Machado, Diretor Social
Helena Maria Vilanova Pacheco, Diretora Financeira

Conselho Editorial:
Adriano Marteleto Godinho
Aiston Henrique de Souza
Ana Cláudia Redecker

Conselho Deliberativo:
Alexandra Barbosa Campos
Gabriela Paes de Carvalho Rocha
Dra. Josyleny Menezes C. Barros

Colaboradores:
Álvaro Regueira
Bruno Pereira

Correspondência: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Cidade Universitária - CP 1649014 - Lisboa - Portugal



CLÁUSULAS GERAIS E SEGURANÇA JURÍDICA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002*

José de Oliveira Ascensão

Prof. Catedrático da Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa

SUMÁRIO: 1. A mudança de paradigma; 2. A perspectiva histórica; 3. As cláusulas gerais no novo Código Civil; 4. O que entender por cláusula geral; 5. O risco da insegurança jurídica; 6. O papel central do intérprete; 7. A racionalização das cláusulas gerais; 8. Concretização: a boa-fé; 9. Boa-fé e confiança; 10. Confiança e aparência; 11. O “abuso do direito”; 12. A fundamentação material como pressuposto da segurança jurídica.

1. A mudança de paradigma

O Direito Civil é o Direito comum do homem comum¹. Um Código Civil contém o enquadramento essencial da vida deste. Um novo código traz necessariamente a necessidade de reestruturação de paradigmas da ordem jurídica.

O Código de 2002 (ou NCC, novo Código Civil) pretende uma mudança maior no ordenamento jurídico brasileiro. Apresenta-se como um Código ético, porque aberto aos valores; e acentua o predomínio do que se chama as cláusulas gerais, como a boa-fé, a função social, o abuso do direito...

A diferença foi sentida em relação ao Código de 1916. Este era essencialmente taxativo, fechado num legalismo um tanto cerrado, pelo que o recurso a cláusulas gerais foi saudado. Permita-se-nos também uma meditação sobre as implicações destas.

2. A perspectiva histórica

* Este texto corresponde à palestra que proferimos no Seminário do Núcleo de Estudantes luso-brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em Maio de 2006.

¹ Desenvolvemos este entendimento no nosso *Direito Civil – Teoria Geral – I – Introdução: As Pessoas, Os Bens*, 2.^a ed., Coimbra Editora, 2003, n.º 5.

A perspectiva histórica é aqui indispensável. Devemos tomar como ponto de referência o séc. XVIII, pois é ele que marca a viragem para o mundo contemporâneo, no bem e no mal.

Vamos partir de uma observação de fato do ordenamento brasileiro, que não teremos possibilidade de desenvolver nesta oportunidade: a de que *a lei válida e vigente não é frequentemente a lei em vigor*. Isso é patente, não só pela escassa consonância da vida de largas camadas da população com as previsões da ordem jurídica, como pela própria análise dos rumos da jurisprudência. As causas desse estado de coisas são muitas, algumas das quais não estão a nosso ver devidamente assinaladas: seja o caso do jusracionalismo, vigente ao tempo da independência do Brasil, que se baseava na perenidade de uma lei criada pela Razão, que deveria ser posta a vigorar em todos os tempos e em todos os lugares. Era então o último grito da modernidade².

É certo que não obstante continuou a haver cláusulas gerais. Já o Código Comercial dava abertura à boa-fé. Mas o contributo por estas trazido foi modesto, talvez pelo receio dos juristas, dentro da formação dominante, que a utilização destas aumentasse a insegurança jurídica num ordenamento já carecido de certeza.

Esta realidade comunica-se ao julgador. A observação da jurisprudência mostra uma discrepância freqüente entre o que a lei estabelece, à luz de todas as formas de interpretação admissíveis, e o que vem a ser efetivamente decidido.

O grande passo poderia ter sido dado com o **Código Civil de 1916**. Mas este, não obstante todo o seu mérito intrínseco, é basicamente uma emanção do positivismo. Nessa linha, limita o espaço de manobra do julgador, talvez para obviar à desarmonia com a prática já

² Pelo que conheço, ao tempo da independência havia muito mais legislação específica para o Brasil que para a generalidade dos territórios em situação semelhante. Mas estava desde logo caracterizada a desarmonia entre a ordem normativa e a realidade que deveria reger. Cfr. o estudo recente sobre os antecedentes da situação brasileira de Rodrigo Reis Mazzei, *Apresentação* aos “Comentários ao Código Civil Brasileiro”, Parte Geral, I, coord. J. M. Arruda Alvim e Thereza Alvim, Forense, 2005, IX-CXLVI. No mesmo volume veja-se ainda Eduardo Augusto Cambler, *Introdução à Parte Geral*, 3-35.

criada. Prescreve com intencional rigidez as soluções a adotar.

A desadequação das leis não desapareceu e a evolução da sociedade não parou. Por isso, a fratura entre o comando legal, o comando judicial e a vida jurídica alargou-se, com grave prejuízo da segurança jurídica.

Podemos dizer que neste aspecto o Código de 1916 foi contraproducente. Em tempos de positivismo, a lei é exaltada no plano das afirmações políticas e amesquinhada no plano da realização efetiva.

A **Constituição de 1988**, da qual se extraíram grandes princípios como a sociabilidade, a razoabilidade e a proporcionalidade³, abriu caminho para uma revisão das bases do Direito Privado. Essa revisão começou a fazer-se sectorialmente: assim, o Código do Consumidor dá ampla abertura a cláusulas gerais. Isso gerou porém uma incongruência na ordem jurídica, pela dificuldade de incrustar essas manifestações sectoriais numa disciplina-base adversa. A prática, não obstante a vigência da Constituição, não estava apetrechada nem tinha apetência para acolher uma interpretação e aplicação do Direito fundada em cláusulas gerais.

3. As cláusulas gerais no novo Código Civil

O grande passo é dado pelo Código de 2002. Apresenta-se como um diploma fundado na eticidade. Em consequência, acentua o caráter valorativo. O código está permeado de noções como:

1) a *boa-fé*, que o percorre transversalmente, em quase todas as direções possíveis;

2) a *função social*, que o código, numa importante inovação, estende ao contrato (art. 421);

3) o *abuso do direito*, que é caracterizado como o exercício contrário ao fim econômico e social do direito, à boa-fé e aos bons costumes (art. 187);

³ A razoabilidade e a proporcionalidade, embora não previstas expressamente pela Constituição, têm sido objeto de larga elaboração no Direito Constitucional: cfr. por último Hugo Vinícius Castro Jiménez, *A globalização e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*, in Rev. ESMape, 10/22 (05), 191-211. Preconiza-se a aplicação direta no Direito Privado: cfr. Rafael Carvalho Rezende Oliveira, *Aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no Direito Civil*, in Rev. EMERJ, 9-33 (06), 177-197. A ser assim, seriam novas cláusulas gerais, a acrescer às constantes da lei civil.

4) a *probidade*, que é associada à boa-fé na disposição do art. 422, sobre a conclusão e execução do contrato;

5) a *onerosidade excessiva* (art. 478) e a *desproporção manifesta* (art. 317);

6) a *ordem pública*, a que o art. 2035 recorre nomeadamente para qualificar os preceitos sobre a função social da propriedade e dos contratos. Surge também, associada aos bons costumes, no art. 122, relativamente à ilicitude das condições.

E surgem ainda outras referências valorativas, como a *veracidade* no contrato de seguro (art. 765)⁴. Acrescem novas previsões que requerem valoração, como no enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886).

4. O que entender por cláusula geral

Será neste sentido amplo que falamos em cláusulas gerais. Mas há que vencer uma dificuldade terminológica. As *cláusulas gerais* não se identificam evidentemente com as *cláusulas negociais gerais*, ou condições gerais dos contratos⁵. Também se não confundem com as *cláusulas abusivas*, cuja problemática foi desenvolvida sobretudo no âmbito do Direito do Consumidor.

Mais grave é a dificuldade conceitual, consistente na distinção precisa de figuras afins, como *princípios*, ou *conceitos indeterminados*, ou padrões (*standarts*), ou *valores*.

Não podemos aprofundar estas categorias. Pelo que nos bastaremos com acentuar o efeito fundamental que dimana deste recurso àquilo a que genericamente chamaremos “cláusulas gerais”.

O código deixa freqüentemente a decisão jurídica dependente, não de uma descrição taxativa da situação a que corresponde a estatuição jurídica, mas de uma valoração por parte do intérprete.

⁴ Ou, fora do NCC, a *deslealdade*, na concorrência desleal.

⁵ Sobre estas e o seu relacionamento com a boa-fé, cfr. o nosso *Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé*, in Revista Forense, vol. 352, 103-114.

A cláusula geral não permite por si chegar à solução material da situação. Neste sentido – e só neste sentido – a cláusula geral é formal⁶.

Tomemos a cláusula geral paradigmática – a *boa-fé*. É a ela que se faz recurso mais generalizado na ordem jurídica.

Quando o art. 422 dispõe que os contratantes são obrigados a guardar, quer na conclusão quer na execução dos contratos, o princípio da *boa-fé*, ficamos sem saber o que é que as partes têm efetivamente de fazer. A lei não o diz.

Não o diz, mas dá-nos um instrumento para chegar lá. Esse instrumento é a cláusula geral da *boa-fé*.

Passa assim a ser atribuída ao intérprete uma posição mais responsabilizante na interpretação e aplicação do Direito. Não lhe basta recorrer a receitas já prontas, catalogadas na lei: exige-se-lhe um esforço suplementar para determinar previamente quais seriam as condutas conformes à *boa-fé*, perante as circunstâncias do caso concreto.

Essa atividade é sempre valorativa. Há que fazer uma valoração à luz do critério dado, pois só essa permitirá apurar qual a conduta objetivamente reclamada por aquele tipo na situação concreta.

Isto não significa, evidentemente, que da lei deixem de constar soluções taxativas para muitas situações. Significa apenas que em grandes zonas a solução deverá ser encontrada pela mediação dum critério valorativo. O que traz potencialidades acrescidas de atingir a Justiça, porque dá muito maior adequação perante o caso concreto. É também um exercício mais ético, porque mediante cláusulas gerais se permite que os grandes valores éticos penetrem e conformem efetivamente a vida jurídica.

5. O risco da insegurança jurídica

A aproximação da Justiça, aqui como em muitas outras situações, faz-se à custa de um aumento da insegurança. Torna-se difícil para a pessoa comum, e até

para o operador do Direito, prever qual será a solução dum caso concreto. As variações entre os juízos individuais aumentam e as possibilidades de erro são muito maiores.

Terá então o NCC seguido um caminho correto? Numa vida jurídica caracterizada por um acentuado desprendimento da lei, quase um desprestígio prático desta, a mudança operada na ordem normativa não irá afinal agravar os males presentes, entregando a solução ao arbítrio do julgador – o que é o contrário, não só da segurança, como da própria Justiça que se aspira alcançar?

A objeção é séria. Quem não respeita comandos taxativos da lei ficará encantado com as cláusulas gerais, porque lhe dão uma cobertura para o arbítrio. O vício ficará assim entronizado. Já não serão precisos Escola do Direito Livre ou Direito Alternativo, porque as cláusulas gerais acobertariam tudo. Pode progredir a jurisprudência emocional ou engajada, agora sacralizada até com o aval do Código Civil.

Não há dúvida que noções como *boa-fé* se prestam a uma pluralidade de entendimentos. Pelo que acabam por valer para tudo, deixando a ordem jurídica desarmada.

Nesta linha, é frequente ouvir qualificar no Brasil o que é valorativo como “subjetivo”, porque varia consoante o entendimento de cada um.

6. O papel central do intérprete

É neste ponto que começa a nossa crítica. Discordamos radicalmente. Valorativo não equivale a subjetivo. É outra matéria que não poderá ser aprofundada nesta ocasião.

O sistema para que o Código tende é um sistema mais aperfeiçoado, porque menos simplista.

Este sistema aperfeiçoado não funciona só por si, porque nem tudo está na lei. Há um elemento essencial para a sua operacionalidade e que não cabe à lei dá-la: é o **intérprete**.

O sistema supõe um *medium* para se realizar. Não de um juiz que seja entendido como “a boca que fala as palavras da lei”.

⁶ No mesmo sentido em que se diz que é formal o imperativo categórico de Kant no domínio da ética.

É a altura de observar que o Código Civil, com uma frequência extrema, aponta o juiz como o protagonista da situação. “O juiz decidirá” é fórmula recorrente. O entendimento imediato de tal fórmula seria o de se prever um efeito jurídico que só poderia ser obtido em juízo. Efetivamente, assim acontece em vários casos.

Mas semelhante entendimento não é válido em todos os casos. A fórmula carece de ser esclarecida por interpretação. O Direito é uma ordem da vida e não uma ordem de foro. Não há nada que leve a presumir que o NCC pretendeu operar uma jurisdicionalização da vida corrente.

Tomemos como exemplo o art. 156 § único. Refere-se ao *estado de perigo* e dispõe: “Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias”.

Devidamente interpretado, *o sentido do preceito é o de dar abertura à equidade na solução do caso*⁷. Mas significará também que a decisão, nesta hipótese, tenha necessariamente de ser judicial?

De modo nenhum. A palavra cabe antes de mais às partes, que devem procurar a solução equitativa. Só se nisso se não entenderem é que o caso será submetido a juízo, se houver iniciativa de alguma das partes nesse sentido.

De todo o modo, há um ponto em que todos estão de acordo: é aos órgãos judiciais que é reservado em última análise resolver com força vinculativa os litígios jurídicos, fixando a solução dos casos concretos. Isto justificará que se protagonize no juiz o destinatário da norma jurídica, quando na realidade ela se dirige a toda a comunidade. Podemos assim conciliar as posições, dizendo que o Código Civil terá querido sublinhar esta acrescida responsabilidade do juiz, num Direito que se quer ético e que recorre com igual intensidade a regras e a cláusulas gerais.

7. A racionalização das cláusulas gerais

Um Direito fundado em cláusulas gerais pressupõe a capacidade valorativa, e portanto desde logo a sensibilidade ética dos intérpretes.

Mas pressupõe, com igual força, um *momento racional*, que permita a compreensão do sentido das cláusulas gerais.

Em todo o mundo, a certeza do Direito tende a esboçar-se quando se pratica um jogo impreciso de cláusulas gerais. Antes de mais no plano constitucional, se se recorrer indiscriminadamente a cláusulas como dignidade humana, proporcionalidade, justiça, *due process of law*, solidariedade, operacionalidade...

A alternativa não está em desistir. Está em levar a mudança até ao fim, **fixando racionalmente o sentido de cada cláusula que se invocar**.

As cláusulas gerais devem ser entendidas substancialmente e não formalmente⁸. Cada uma tem um conteúdo essencial que é necessário captar devidamente. Nenhuma pode ser reduzida, por artifícios verbais, a um significado valorativamente neutro.

Só a fixação precisa e essencial do conteúdo de cada cláusula evita que esta se torne num mero artefacto lingüístico, acabando por ficar divorciada do conteúdo ético que a lei pretende infundir à ordem jurídica.

O exercício de cláusulas gerais não se pode transformar numa esgrima de conceitos indefinidos ou num apelo a emoções. Deve ser aprofundado e racionalizado, porque só assim permite atingir a Justiça sem pôr em causa a segurança.

O intérprete tem de saber manejar as grandes categorias que se lhe deparam para fazer um uso racional e certo delas. Porque só a racionalidade da decisão, seja ou não fundada em cláusulas gerais, *explica a ordem jurídica vigente e o sistema de recursos*. Ao juiz não se pergunta qual o seu sentimento ou as suas preferências, pede-se a solução correta do caso. E a decisão judicial é controlável por via de recurso, não porque se suponha que o juiz *ad quem* tenha uma vontade mais poderosa que o juiz *a quo*, mas porque se crê que a experiência e o processo de seleção deste permitirão controlar os

⁷ Tal como o art. 572 CC, por exemplo. Ou o art. 317: “poderá o juiz corrigi-lo”.

⁸ Num sentido diferente do que usamos *supra*, n.º 4, quando dissemos que a cláusula geral seria formal por não dar por si a descrição material das soluções.

fundamentos da decisão, aumentando a probabilidade de uma solução definitiva correta. A fundamentação racional e controlável da decisão é assim pressuposto indeclinável do sistema judiciário vigente.

8. Concretização: a boa-fé

Pode ser que estas considerações se afigurem a quem as ouve demasiado abstratas.

Vamos por isso procurar concretizar. Mas só o poderemos fazer exemplificativamente, porque uma análise mais completa das cláusulas dava e sobrava para um curso completo.

Comecemos pela cláusula-raíña, que é a boa-fé. Já dissemos que a boa-fé é invocada a todos os propósitos no debate jurídico. Vale para tudo, seja qual for a situação que se debata. Mas *se a boa-fé vale para tudo, então não vale para nada*. Tornou-se uma referência ritual, como a que se faz no final das alegações: ritualmente, *pede-se Justiça!*

São outras as exigências do correto manejo das cláusulas gerais, nomeadamente da boa-fé. Esta tem um conteúdo preciso, e só por ele ganha significado.

Há antes de mais que distinguir a boa-fé objetiva da boa-fé subjetiva.

A boa-fé subjetiva é um estado de espírito. Poderá ser psicológica ou ética: bastar-se com o conhecimento do agente ou valorar a situação de desconhecimento para apurar se é eticamente justificada. Em qualquer caso, consiste num estado, a valorar ou não. Não é um critério que permita determinar quais as condutas que o agente deve adotar. Como tal, não é uma cláusula geral.

Voltemo-nos então para a boa-fé objetiva. Esta é efetivamente um critério valorativo de condutas: é uma cláusula geral.

Simplemente, da boa-fé têm-se feito todas as utilizações, plausíveis ou nem tanto, transformando-a no fundamento sempre disponível para os objetivos imediatistas que se prossigam. Assim, afirma-se que:

1) o incumprimento da obrigação é contrário à boa-fé

2) a cláusula abusiva é proibida por ser contrária à boa-fé

3) a boa-fé se funda na confiança que deve reinar nas relações sociais, e assim por diante ⁹.

A nosso parecer, há uma carência de precisão. Para cada cláusula geral se deve determinar o campo específico de aplicação, para que aí exprima o conteúdo valorativo que lhe está ínsito.

A boa-fé objetiva manifesta-se pela demarcação de regras de conduta. Haverá uma idéia básica de correção na maneira de se comportar nas relações sociais. Ir além disso na invocação da boa-fé, só confunde.

Dizer que *o não cumprimento da obrigação é ilícito porque é contrário à boa-fé* é ocioso: é ilícito porque a lei o estabelece. A boa-fé não intervém na qualificação final mas sim nos pressupostos, permitindo apurar em casos duvidosos (particularmente nos de cumprimento defeituoso) se a execução da obrigação foi ou não conforme à boa-fé.

A *cláusula abusiva* é proibida, nos termos do Código do Consumidor, mas não por contrariedade a boa-fé (não obstante esta também ser mencionada no miscelânico preceito do art. 51 inc. IV daquele código). O que está em causa é o desequilíbrio ou desproporção que a cláusula cria nas posições das partes. Esse desequilíbrio fere a justiça: é esta que está particularmente implicada.

Mais precisamente, a modalidade de justiça que aqui se manifesta é a *equidade*, também referida no mesmo inc. IV do art. 51. A equidade prevalece como

⁹ Noutras ordens jurídicas, a possibilidade de resolução ou modificação do contrato em consequência de onerosidade excessiva superveniente por alteração das circunstâncias é colocada sob a égide da boa-fé: cfr. o nosso *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil (brasileiro)*, in Revista CEJ do Conselho da Justiça Federal – Brasília, n.º 25, ano VIII, Abr-Jun/2004, 59-69; in Revista do Tribunal Regional Federal da 5.ª Região, Recife – PE, n.º 56, Abr-Jun/2004, 43-73; in *Questões Controvertidas no novo Código Civil*, Editora Método, São Paulo, 2004, 167-190; e in “Faculdade de Direito: Debate dois anos do Código Civil”, UNIVERSITAS/JUS, Revista da Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília, UNICEUB, Brasília, n.º 11, 2004, 81-103. A posição é equivocada. O mal não está em exigir o cumprimento, porque se houver direito a exigência é correta; está a montante, na onerosidade excessiva provocada pela alteração extraordinária das circunstâncias, que a ordem jurídica não aceita.

emanação especificada da Justiça, por ser mais rica, visto permitir a consideração de todas as circunstâncias do caso concreto. Só funciona porém onde for chamada pela natureza das coisas ou por lei – como é o caso.

Isto revela-nos outro desvio: é o de se invocar uma cláusula geral para esconder uma realidade diferente. No caso, invocar a boa-fé para esconder a justiça. Na realidade, as disposições em que se assenta na Justiça ou no equilíbrio contratual nada ganham com ser ocultadas sob o manto da boa-fé: é irrelevante haver ou não má-fé, o que é decisivo é o desequilíbrio objectivo ou desproporção, que é injusto ¹⁰.

O manuseio correto das cláusulas gerais exige a determinação da figura que está essencialmente em causa, e afasta a repetição de fórmulas ou conceitos que não desempenham afinal função nenhuma ¹¹.

9. Boa-fé e confiança

Resta a *confiança*, que exige uma consideração mais detida. A confiança não é por si objeto de consagração legislativa geral no Direito brasileiro.

Que sentido tem dizer-se que a boa-fé se funda na confiança que deve vigorar nas relações sociais? ¹² Só o poderemos saber se tivermos a noção do que representa esta última figura.

¹⁰ Teresa Negreiros, *Teoria do Contrato*, Renovar, 2002, na seqüência de Antônio Junqueira de Azevedo, desenvolve os princípios da boa-fé, do equilíbrio econômico e da função social. O equilíbrio econômico respeitaria à justiça no contrato (págs. 154 e segs.) e não à boa-fé.

¹¹ Ainda outra exemplo: os deveres acessórios que surgiriam, com fundamento na boa-fé, na fase de negociação do contrato. Fala-se em deveres de proteção. No caso de uma pessoa ficar lesionada no estabelecimento comercial de outrem, o titular tem o dever de indemnizar? Afirmou-se que sim, sempre com fundamento na boa-fé. Não o cremos. Se se admitir o dever de indemnizar o fundamento não poderá ser a boa-fé, porque não houve nenhum dever de conduta do titular do estabelecimento que tivesse sido infringido. Particularmente sobre o pré-contrato, cfr. José Augusto Delgado, *A ética e a boa-fé no novo Código Civil*, em “Novo Código Civil. Questões Controvertidas”, I, coord. Mário Luiz Delgado / Jones Figüêredo Alves, Método (São Paulo), 2003, 169 e segs.

¹² Ou que determinada solução é exigida pela confiança que está ínsita na noção de Estado de Direito, como se repete insistentemente no Direito Constitucional.

A confiança ganhou muito relevo nas ordens jurídicas germânicas, que são muito mais sensíveis às necessidades do tráfego.

Em si, a confiança tem cariz subjetivo: é um estado de espírito.

A confiança é também apontada como critério quando se demarcam as posições a observar nas relações sociais. É necessário, diz-se, preservar a confiança das partes.

Mas afigurando-nos bem, vemos que à confiança se atribuem dois tipos de intervenções:

– pré-legislativa

Interviria no momento da feitura da norma; ou quando muito estaria ínsita nesta, como o objetivo que o legislador se propõe alcançar

– relacional

Referir-se-ia a uma situação histórica, em que a atuação dum pessoa teria criado efetivamente um estado de espírito de confiança noutra: indicando-se habitualmente requisitos adicionais de relevância.

A situação pré-legislativa não nos interessa. Tem relevância na interpretação da regra jurídica, mas não implica que historicamente se tenha ou não criado em alguém um estado de confiança.

Quanto à pretensa fundamentação da boa-fé na confiança, é vazia. Só teria significado se fizesse depender os efeitos da regra que faz recurso à boa-fé da verificação dum confiança criada. É desajustado pretendê-lo: os deveres acessórios das partes na negociação do contrato podem ser fundados na boa-fé, mas nascem quer as partes tenham confiança uma na outra quer não tenham nenhuma. São grandezas que se não tocam. Assim comprovamos que juntar boa-fé com confiança só confunde.

Do mesmo modo, que tem que ver a confiança com a boa-fé que a lei impõe na execução do contrato? Os contraentes podem não ter a menor confiança um no outro. Nem por isso deixam de ficar ligados por deveres oriundos da boa-fé. Quem não tiver confiado não está em pior situação que os restantes.

10. Confiança e aparência

Quanto à confiança por si, merece algumas observações complementares.

Como dissemos, a confiança não é especificamente proclamada como princípio da ordem jurídica brasileira. Mas pode ser trabalhada a partir de casos concretos que dela possam ser emanção, embora não haja base para lhe dar uma extensão universal.

Se considerarmos que a confiança supõe um estado subjetivo do agente ¹³, temos de admitir imediatamente que isso não basta para admitir uma cláusula geral vinculante, em que possa nomeadamente ser posta em causa a situação de terceiros.

Por isso os autores que recorrem à confiança adicionam para a sua relevância outros pressupostos, que são essencialmente quatro:

– a confiança deve fundar-se na conduta de outrem

– a confiança criada deve ser justificada

– o agente deve ter feito o chamado “investimento de confiança”

– o terceiro tem afinal um comportamento que frustra a confiança criada e as providências nela fundadas.

Ocorrendo assim, explicar-se-ia que se procurasse remédio jurídico para o “investimento de confiança” feito em vão.

Isto permite uma conclusão esclarecedora. Boa-fé e confiança não são cumulativas, são complementares. A boa-fé exprime-se pela geração dum regime objetivo no caso concreto, independentemente do estado de espírito do agente. A confiança resolve-se em implicações que recaem sobre um sujeito que, pela sua conduta, provocou em outrem uma confiança justificada e uma atuação conforme com essa confiança, se o comportamento posterior do primeiro vier a desmentir o que resultava do comportamento anterior.

Outros autores vão porém muito mais longe. Falam numa *confiança objetiva*, que justificaria do mesmo modo efeitos jurídicos.

Somos contrários a esta extensão, que confunde situações em vez de as esclarecer.

A confiança é por natureza um estado subjetivo. Falar em confiança objetiva é uma contradição. Quem assim procede chama afinal confiança a uma realidade diferente: a **aparência** jurídica.

Em certos setores mais objetivos do Direito, a lei não se detém a apurar o estado de espírito do agente. Determina os efeitos da criação dum situação de aparência para as outras pessoas, seja qual for a realidade e tenham estas confiado ou não ¹⁴.

Há então a relevância jurídica da aparência; ou se quisermos da mera aparência, ou da aparência desvinculada de assentar num estado subjetivo de confiança. A aparência surge também como cláusula geral no sentido em que usamos a expressão, pois obriga a uma valoração da situação criada; mas é setorial. É uma cláusula diferente da confiança. Nada se ganha em confundir realidades diversas, com pressupostos e regime diversos também.

11. O “abuso do direito”

Nesta exemplificação da problemática criada pela racionalização do conteúdo das cláusulas gerais, damos ainda como exemplo o abuso do direito.

O art. 187 NCC formalizaria o abuso do direito na ordem jurídica brasileira. Noutra ocasião tivemos oportunidade de analisar criticamente o conteúdo que se lhe atribui ¹⁵. Neste momento ocupa-nos apenas a extensão a conferir à categoria.

¹⁴ Particularmente em domínios ligados à celeridade da vida de negócios, que não se querem presa da demonstração de estados subjetivos, como os títulos de crédito, os negócios em bolsa, negócios ligados à vida de sociedades anónimas e outros análogos.

¹⁵ O “abuso do direito”, respeita ao exercício dos direitos e não à formação dos contratos: cfr. o nosso *A desconstrução do “abuso do direito”*, in III Jornada de Direito Civil, Conselho de Justiça Federal (2005), 31-51; in Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, n.º 66, Jan-Mar/06, 60-82; e in Novo Código Civil – Questões Controvertidas, coord. Figueirêdo Jones / M. L. Delgado, vol. 4 (2005), Método, 33-54. Versa o tema, apontando aspectos relevantes mas sem chegar a posição muito definida Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4.ª ed., Revista dos Tribunais, 2002, 4.1.2.a. Observe-se apenas que a qualificação como *abuso do direito*, embora generalizada, não consta da lei.

¹³ A principal obra em língua portuguesa sobre esta matéria é de Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, 2001, que funda este entendimento.

A própria expressão “abuso do direito”, por ser indefinida, convida a fazer dela as mais indiscriminadas aplicações.

Assim, fala-se por vezes em abuso do direito quando alguém age *contra direito*, ou *sem ter o direito*. Mas não vale a pena desinquietar esta categoria quando estão em causa fenômenos precisamente demarcados. Tem de haver alguma característica que tenha levado à especificação da figura.

Depois, devemos estar prevenidos contra a armadilha terminológica, que levaria a encontrar “abuso do direito” todas as vezes que a lei em situações singulares emprega a palavra *abuso*: abuso de posição dominante, cláusula abusiva, abuso de representação, deliberação abusiva de sociedade comercial... O uso de palavra tão comum não basta para indiciar um instituto único. Na realidade, trata-se nesses casos de institutos próprios, com o seu regime específico, e não de afloramentos de um imaginário instituto geral do abuso do direito.

Concretamente, a lei refere o abuso ao *exercício do direito*. Manifesta-se a tendência de o estender porém a todas as situações em que se exercem posições jurídicas, mesmo que não haja direitos constituídos: por exemplo, quando se negocia ou celebra um contrato. É reprovável fazê-lo, a nosso ver. Criar um superinstituto ainda mais vasto, em situações tão diferentes, leva a um afundamento na vacuidade. Aquelas situações têm um regime diferenciado e forçar um regime comum com fundamento no art. 187 traz dificuldades insuperáveis. Devemos procurar atribuir a cada cláusula geral um conteúdo próprio, em vez de dissolvê-las numa imensidão em que todas se confundiriam.

A própria delimitação operada pelo art. 187 NCC, agrupando fim econômico e social, boa-fé e bons costumes, é passível de crítica. Nada se ganha com amalgamar figuras tão diferentes, a que correspondem pressupostos e regimes diferentes. O abuso do direito só tem interesse se encontrarmos para a categoria um âmbito específico. Se assim não for, o “instituto” degrada-se em mera tabuleta, que engloba sem utilidade realidades irreduzíveis entre si.

O verdadeiro conteúdo do abuso do direito são os **atos emulativos**, que se encontram na origem histórica do instituto – como concluímos no estudo atrás referido. São aqueles atos que estão formalmente incluídos no conteúdo do direito mas que se exercem apenas ou primariamente para prejudicar outrem, não para proveito próprio do agente. Esses atos suscitam uma problemática específica, que proveitosamente deve ser aprofundada. Já de uma pretensa categoria universal do abuso do direito só resulta confusão lingüística, sem nenhum contributo para a vida jurídica.

Diríamos então que todo o direito é atribuído para que o titular possa dele beneficiar. Se usar formalmente dele, mas com a finalidade de prejudicar outrem, comete o que se chama abuso do direito, pois extrapola da função que o direito subjetivo desempenha na ordem jurídica.

12. A fundamentação material como pressuposto da segurança jurídica

Destes exemplos resulta algo que nos parece importante sublinhar. *Cada cláusula geral tem o seu domínio próprio*. Há antes de mais que demarcar esse domínio, sem sobreposições perturbadoras. Uma vez este fixado, haverá então que aprofundar qual o seu conteúdo real, e portanto qual a carga valorativa que contém. Só assim a cláusula poderá ser aplicada com êxito, num procedimento que é racionalmente fundamentado e por isso racionalmente controlável.

Mas além disso, a análise sectorial que realizamos a propósito de várias cláusulas gerais revelou-nos outro aspecto, da maior importância.

Dado o carácter valorativo de condutas humanas de várias cláusulas gerais, é frequente que surjam situações que, em abstrato, poderiam ser enquadradas por mais de uma cláusula geral.

A atitude correta, num caso desses, está em fazer prevalecer a cláusula mais precisa, em prejuízo da mais genérica.

O grande perigo das cláusulas gerais está em perderem-se na vacuidade. Podem ganhar uma extensão

tal que não permita mais que dela se retirem com segurança soluções eficazes.

É o que se passa antes de mais com a boa-fé; representa o preço do papel cimeiro que esta alcançou no direito atual. Em caso de sobreposição há que preferir cláusulas gerais que, porque menos extensas, tenham um conteúdo mais rico, e portanto sejam susceptíveis de melhor valorar os casos concretos ¹⁶.

Assim, se se admitir o princípio da confiança, o *venire contra factum proprium* ou comportamento contraditório é de referir ao princípio da confiança e não ao da boa-fé. O princípio da confiança desenvolve os requisitos específicos da situação e é mais preciso que o da boa-fé, cuja vastidão implica perda de compreensão.

Assim e só assim se alcançam os objetivos da lei: dar segurança substantiva, em vez da mera segurança formal obtida por soluções legais taxativas. O jogo adequado das cláusulas gerais outorga densidade à ordem jurídica, permitindo-lhe chegar em quase todos os casos a soluções corretas, porque eticamente fundadas, por vias valorativas racionalmente controláveis ¹⁷.

O intérprete precisa assim de estar familiarizado com as cláusulas gerais. Deve moldar-se ao tipo de raciocínio que implicam para saber jogar corretamente com elas ¹⁸. Só num ordenamento com tais protagonistas será possível afastar, quer o formalismo, quer o arbítrio.

É este o repto que o Código Civil lança ao Direito brasileiro. É uma porta estreita; mas é também a única que pode levar ao salto qualitativo que o novo Código Civil tornou imperativo.

Afinal, não encontramos uma situação muito diferente da dos restantes Direitos evoluídos contemporâneos, mesmo que os antecedentes não tenham sido idênticos. Mas exige uma opção decidida por um caminho inovador e não uma mera contemporização com métodos ultrapassados. **Supõe uma nova pedagogia da justiça material.** Ninguém está em tão boas condições para a realizar como o juiz, na sua busca perseverante da justiça na decisão de casos concretos.

¹⁶ Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, tomo I, 3.ª ed., 2005, n.º 117 I, observa que “pela sua vacuidade, nem seria possível retirar da boa-fé seja o que for”. Prefere todavia integrar na boa-fé institutos como o abuso do direito, nos quais nós encontramos antes um núcleo valorativo que conduziria à autonomização.

¹⁷ Colocado perante a mesma dialética do formalismo ou da arbitrariedade, Gustavo Tepedino apela sobretudo, segundo a sua orientação geral, para uma densificação a partir dos princípios constitucionais; cfr. nomeadamente a sua “Introdução” a *A Parte Geral do novo Código Civil*, Renovar, 2003 (de que é coordenador), págs. XX e XXXI-XXXII. Paulo Nalin, que se ocupou repetidamente com o tema, vai mais longe, e fala do trânsito *da segurança na lei para a segurança no juiz*, fundando-se no *status* constitucional deste: *Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil*, in *Rev. Trimestral de Direito Civil*, ano 6, vol. 23 (2005), 74-75. Cfr. ainda, do mesmo, *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*, Juruá, 2002, com relevo para a questão da confiança (n.º 5.4).

¹⁸ Isto implica a ruptura com a própria *imagem social do jurista*, que é expressivamente retratada na novela televisiva brasileira. O advogado da novela é aquele que, perante uma questão, recita de cor o artigo aplicável, com numeração e tudo. O intérprete do Código atual é quem tem capacidade para, analisando no

enquadramento legal os dados da questão, chegar à solução correta com base numa valoração.