O TEMPO DAS CLÁUSULAS GERAIS*

Stefano Rodotà (Autor)

Eduardo Nunes de Souza (Tradutor)

Professor Associado de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ.
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2098-5973> E-mail: eduardo.nunesdesouza@yahoo.com

Sumário: **1** As cláusulas gerais: um olhar para a realidade – **2** Tempo, direito, técnicas legislativas – **3** Diversas espécies de indeterminação – **4** Boa-fé e racionalidade da ação jurídica – Referências citadas nas notas de tradução

1 As cláusulas gerais: um olhar para a realidade

Índício seguro do clima cultural existente em um país,¹ a discussão sobre as cláusulas gerais reapareceu também entre os juristas italianos. Essa retomada da discussão ocorre hoje em condições bastante diversas daquelas que a caracterizaram ao longo dos anos 60, quando parecia (e frequentemente era verdade) que predominavam as considerações, a seu modo ideológicas, que diziam respeito mais ao dever-ser de um sistema jurídico do que ao modo concreto pelo qual este se vinha estruturando. Anos depois, essas polêmicas definitivamente não foram pacificadas; ao contrário, são propostas novamente, embora em formas diversas. E se, com certeza, é considerável o fato de se retomar com vigor a atenção para difíceis questões de método por meio da referência às cláusulas gerais, nem

* Trata-se do texto, revisto, de palestra proferida nas jornadas de estudo sobre “A Boa-fé” organizadas pela Scuola Superiore di Studi Giuridici di Pisa, em 14 e 15.6.1985. Estas páginas são dedicadas a Ugo Natoli. [N. do T.: O texto original, intitulado “Il tempo delle clausole generali”, foi publicado na *Rivista Critica del Diritto Privato*, v. 4, 1987, p. 709 e ss. As notas de rodapé do autor foram mantidas exatamente com a mesma formatação das referências bibliográficas e com a mesma numeração do original, em arábicos. Para maior clareza, as notas do tradutor foram numeradas em romanos e se encontram ao final da tradução. O tradutor agradece ao Prof. Rodrigo da Guia Silva pela revisão e generosa interlocução, que, como cláusula geral de extraordinária operatividade, incidiu sobre o texto final em muitos níveis distintos e, em especial, sobre as notas de tradução, articulando sua correção e atualidade].

sempre esse esforço vem acompanhado por análises minuciosas dos dados concretos que tornam visível a incidência das cláusulas gerais na realidade jurídica italiana. Essas análises, porém, são possíveis. Dizem respeito ao comportamento de legisladores, juízes, estudiosos que, para dizer o mínimo, alargaram a área dos temas e dos protagonistas do debate.

Não se pode, certamente, dizer que desapareceram as desconfianças que, desde sempre, foram manifestadas em face do emprego das cláusulas gerais. Mas, hoje, ao menos no que tange ao ambiente jurídico italiano, é preciso refletir sobre dois fatos. O primeiro diz respeito à disponibilidade de um material jurisprudencial e normativo mais rico do que aquele que sustentou as investigações do passado. O segundo – que, de resto, poderia também ser considerado um efeito – é definido como “laicização”ⁱⁱ da discussão, que tende a deslocar-se para o terreno da valoração pontual do modo em que operam certas cláusulas gerais, abandonando, assim, uma impostação voltada mais a questionar a oportunidade destas do que a indagar o seu concreto funcionamento.ⁱⁱⁱ

Se se volta a atenção para os casos jurisprudenciais e os comentários que a eles começam a ser dedicados, sobretudo para a cláusula geral histórica e qualitativamente mais significativa, a de boa-fé,^{1,iv} percebe-se imediatamente a mudança de clima. Vinte anos atrás, quando a boa-fé era secamente desprezada como puro referente ético, considerava-se que era privada de qualquer relevância normativa.² E, assim estando as coisas, certamente não causava surpresa a falta de jurisprudência na matéria. Hoje, a situação aparece profundamente modificada. Os índices quantitativos são por si mesmos evidentes, mostrando-nos um recurso constante (e em expansão para as áreas mais diversas) às cláusulas gerais contidas na legislação vigente. Os observadores mais atentos, na verdade, evidenciam como a argumentação típica de referência a uma cláusula geral (ainda a de boa-fé, na maior parte das ocasiões) se encontra até mesmo em casos nos quais a cláusula geral não é expressamente nomeada.³ Disso se deve concluir que, agora, os

¹ Veja-se a incisiva análise conduzida por Di Majo, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, em particular p. 315 e ss.; e o eficaz comentário de Nanni, *La buona fede contrattuale nella giurisprudenza*, in “Contratto e impresa”, 1986, p. 501 e ss.

² Em uma decisão dos anos 60, muito discutida e comentada (Cass. 16 febbraio 1963, n. 357, in “Foro pad.”, 1964, I, 1284), afirmava-se que “um comportamento contrário aos deveres de correção [...] não pode ser considerado ilegítimo ou culposo, nem pode ser fonte de responsabilidade por danos, quando não concretizar a violação de um direito alheio reconhecido com base em outras normas”. Em 1979, a mesma Corte de Cassação civil (Cass. 2 novembre 1979, n. 5688, in “Foro it.”, 1980, I, c. 451 e ss.) sustentava, ao contrário, “a ampla operatividade do princípio de correção, vez que dele se podem deduzir regras de ação seja a respeito do exercício de um poder, seja a respeito do adimplemento de um dever”. De fato, passou-se de uma cultura à outra.

³ Para indicações pontuais e significativas: Cabella Pisu, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983, p. 129 e ss.; Roselli, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, p. 172 e ss.; Nanni, *La buona fede*, cit., p. 554.

índices quantitativos erram para menos, e que se determinou na nossa cultura jurídica uma transformação qualitativa cuja inteira amplitude se abre à investigação.

Não menos significativo é o que se observa na vertente da legislação. À diferença do que se sustentou por vezes, também nesse setor ampliou-se o recurso à técnica das cláusulas gerais. Sem dúvida, não se pode sustentar que se tenha adotado como método o da legislação por princípios. Mas seria errôneo limitar-se a constatar a amplitude da legislação microssetorial (o fenômeno das assim chamadas *leggine*),^v para depois concluir que nosso sistema teria deixado totalmente de lado a técnica das cláusulas gerais.

Essa conclusão não resiste à mais sumária verificação, conduzida tanto sobre o terreno do debate de política do Direito, quanto sobre o da análise da legislação recente. Considerando as próprias avarias da legislação microssetorial, insiste-se há muito tempo sobre a necessidade de uma decisiva mudança de rota, que se concretize em uma deslegificação,^{vi} acompanhada por uma renovada capacidade do Parlamento de ter no centro de sua atividade justamente uma legislação-quadro, de diretrizes, de princípios.^{vii} E é interessante realçar como todas as leis que, na fase mais recente, afastaram-se do modelo da legislação microssetorial recorreram a cláusulas gerais, em maior ou menor medida.

Não pretendo transformar essa constatação de fato em um juízo de valor, atribuindo sinal positivo ao recurso às cláusulas gerais qualquer que seja o setor da disciplina jurídica em que isso se verificar e qualquer que seja o sentido próprio de cada cláusula específica. Nem ignoro que essa propensão do legislador responde, por vezes, também a uma postura de forte desresponsabilização, que leva a transferir ao juiz escolhas que deveriam, em vez disso, ser feitas em sede parlamentar. E sei bem, além disso, que o papel, de todo inédito, assumido na fase recente pela magistratura italiana contribuiu para modificar, de modo (em mais de um aspecto) determinante, as condições que permitiram um olhar diverso sobre as cláusulas gerais. Mas o conjunto dessas advertências não pode levar a subavaliar, muito menos silenciar de todo, a existência de uma nova situação de fato, que também seria valorada à luz de significativas experiências de outros sistemas jurídicos.

Se se observa a legislação italiana mais recente, é fácil encontrar numerosos casos em que se faz recurso a formulações elásticas. Recordo os mais importantes: “dignidade e privacidade do trabalhador”, “conduta antissindical” (arts. 6 e 28 da lei n. 300 de 20 de maio de 1970); “comunhão espiritual e material dos filhos” (arts. 1º e 6º da lei n. 898 de 1º de dezembro de 1970, sobre casos de término do matrimônio); “inevitáveis motivos de consciência” (art. 1º da lei n. 772, de 15 de dezembro de 1972, sobre o reconhecimento da objeção de consciência); “vida privada” (art. 615-bis introduzido no Código Penal pelo art. 1º da lei n. 98 de 8 de abril de 1974); “endereço da vida familiar”, “negócios essenciais”, “exigências da

unidade e da vida da família”, “capacidades, inclinações naturais, aspirações dos filhos”, “intolerável prosseguimento da convivência”, “grave prejuízo à educação da prole”, “comportamento contrário aos deveres que derivam do matrimônio”, “interesses morais e materiais” dos filhos, “interesses do filho e da unidade familiar”, “exclusivo interesse do menor” (arts. 144, 145, 147, 151, 155, 316, 217-bis introduzidos no Código Civil pela lei n. 151 de 19 de maio de 1975, sobre a reforma do direito de família); “saúde física e psíquica” (art. 4º da lei n. 194 de 22 de maio de 1976 sobre a interrupção da gravidez); “condições psíquico-sexuais” (art. 4º da lei n. 164 de 14 de abril de 1982, em matéria de retificação de sexo); “situação de abandono”, “graves dificuldades de convivência idônea”, “interesse do menor”, “exclusivo interesse do menor”⁴ (arts. 8º, 23, 25, 34 da lei n. 184 de 4 de março de 1983, sobre a adoção e a guarda de menores); “segurança da República” (art. 2º da lei n. 123 de 21 de abril de 1983, em matéria de cidadania); “interesse dos filhos” (art. 8º da lei n. 74 de 6 de março de 1984).

Merecem um aceno à parte as cláusulas contidas quase todas na assim chamada *legislação da emergência*:^{viii} “exigências de tutela da coletividade” (art. 1º da lei n. 152 de 22 de maio de 1975); “fatos subversivos da ordem constitucional”, “integridade do Estado democrático” (art. 12 da lei n. 801, de 24 de outubro de 1977); “finalidade de terrorismo e de subversão da ordem democrática” (art. 289-bis do Código Penal introduzido com a lei n. 191 de 18 de maio de 1978). Nenhum dos civilistas que, alguns anos atrás, havia violenta e virtuosamente polemizado contra o emprego das cláusulas gerais nas matérias privatísticas, julgando-as tais que colocariam em perigo a ordem democrática, considera oportuno exprimir publicamente a própria crítica, mesmo sendo evidente que justamente em matéria penal o emprego dessa técnica legislativa coloca em perigo os fundamentos da democracia.⁵

⁴ A difusão rápida e generalizada de cláusulas que atribuem relevância primária ao interesse do menor inspirou Jean Carbonnier a um comentário que contrasta com a habitual fineza daquele escritor: “*notre législation contemporaine, très pedocentrique, pour ne pas dire pédophile*” (Carbonnier, *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, in *Les notions à contenu variable en droit*, a cura di Perelman e Vander Elst, Bruxelles, 1984, p. 104). [N. do T.: O trecho, em francês no original, registra a constatação, por Carbonnier, do caráter “muito pedocêntrico” (um aparente neologismo) da lei francesa da época, ao que o autor francês acrescenta, na expressão criticada por Rodotà: “para não dizer pedófilo”].

⁵ Permito-me recordar o que escrevi em *Ideologie e techniche della riforma del diritto civile*, in “*Riv. dir. comm.*”, 1967, I, p. 89, a propósito do âmbito de operatividade das cláusulas gerais: “nossas constatações são desenvolvidas com exclusiva referência à legislação civil e àqueles setores que, com um significativo retorno terminológico, são designados como direito comum. Somente ao preço de graves mal-entendidos poderiam elas referir-se a matérias como a penal ou a processual; e se deve veementemente excluir a sua relevância em todos os casos relativos às liberdades civis, nas quais, estabelecida pelo texto constitucional a distinção em face das relações econômicas, substancia-se hoje a defesa das razões mais profundas do indivíduo. Estas, livres de todo egoísmo e para as quais toda tutela é insuficiente, são hoje as grandes liberdades, às quais a história nada pode acrescentar e muito menos nada retirar. Para estas, então, a cristalização em fórmulas jurídicas rígidas é o destino mais desejável”.

Deve-se recordar, por fim, que o ordenamento comunitário é rico em indicações de caráter geral, sobre as quais o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias^{ix} construiu uma parte não insignificante de sua jurisprudência.⁶ E essa certamente não é uma consideração secundária, pelas suas evidentes implicações sistemáticas e pela influência que exerce sobre o clima cultural geral.

2 Tempo, direito, técnicas legislativas

Pode-se certamente observar, percorrendo o elenco dos casos acima citados, que nem todos podem ser reconduzidos a uma noção rigorosa de cláusula geral. Mas, ao menos por ora, pode-se reputar alcançado um primeiro resultado cognoscitivo, que contrasta com a opinião ainda sustentada de uma estraneidade substancial e longa ao nosso sistema de técnicas legislativas diversas daquela das hipóteses fáticas analíticas. Deve-se, em vez disso, concluir que, na sua fase mais recente, o nosso sistema tem reconhecido uma incidência mais forte e difusa de “noções de conteúdo variável”,⁷ e que essa tendência não parece ter se interrompido. Mas tudo isso merece uma reflexão que não se reduza a um reconhecimento do existente ou a um registro de tendências mais ou menos estabilizadas.

“*L’acceptation d’un avenir changeant est-elle un devoir du législateur?*”, pergunta Jean Carbonnier.⁸ A resposta está nas coisas, no próprio diversificar-se das técnicas legislativas que deveriam permitir ao Direito controlar o tempo, dominar a dimensão do futuro.

Tradicionalmente, e essa tradição se reflete ainda na interrogação de Carbonnier, o tempo futuro era atribuído à competência do legislador. No esquema proposto por Husserl,⁹ a própria separação dos poderes se resolve justamente na distribuição entre eles das diversas fases temporais: o tempo presente pertence ao Executivo, o passado ao juiz, ao passo que é ao legislador que cabe ocupar-se do futuro. Ora, de parte toda valoração crítica de ordem geral, bem se pode dizer que essa impostação parece inadequada ao menos de dois pontos de vista: antes de tudo, a dimensão do futuro parece hoje solidamente legada também ao trabalho do juiz, à intervenção da Administração; e, em segundo lugar, a própria noção de futuro há de ser colocada em discussão.

⁶ Cfr. por exemplo Bauer-Bernet, *Notions indéterminées et droit communautaire*, in *Les notions*, cit., p. 269 e ss.

⁷ É a fórmula, descritiva, escolhida por Perelman para a pesquisa cujos textos estão ora publicados em *Les notions*, cit.

⁸ Carbonnier, *Les notions*, cit., p. 107.

⁹ Husserl, *Recht und Zeit*, Frankfurt a.M., 1955.

Não se fala, de fato, apenas de “*avenir*”, mas de “*avenir changeant*”, de um futuro que não pode ser considerado como o desenvolvimento linear do presente ou até mesmo de um passado que o envolve “como uma mola comprimida”.¹⁰ Não apenas o futuro não é previsível, mas não é dominável com técnicas jurídicas que não deem conta de sua íntima contradição, suas rupturas, sua possibilidade de construção consciente. Ainda que fosse de competência apenas do legislador, a obra deste deveria levar isso tudo em conta.

Novas técnicas legislativas postam-se ao lado das usuais, que ordinariamente supunham apenas uma necessidade de atualização. Assim era a reforma legislativa, assim era o recurso à chamada “interpretação evolutiva” da lei ou, caso se prefira, ao argumento teleológico na interpretação,¹¹ para estender um enunciado normativo antigo a situações novas. Difundem-se, depois, mecanismos de adequação automática das leis, introduzindo nelas, por exemplo, cláusulas de reenvio às determinações de corpos técnicos.^x

Mas o símbolo inequívoco de mudança colhe-se da aparição das “leis experimentais”, geralmente a prazo fixo. Aqui, porém, a fixação do termo não nasce da necessidade de atribuir à lei, porque as demandas ou os interesses aos quais ela responde se creem limitados no tempo, uma validade temporal limitada.^{xi} Em lugar disso, a necessidade aqui é a de proceder, com um prazo determinado, a uma verificação da efetiva adequação da disciplina à situação de fato; ou então, em situações caracterizadas por uma forte dinâmica, a de obrigar o legislador a adaptações periódicas das normas aos dados propostos pela inovação científica e tecnológica.^{xii} Modelos desse tipo se encontram na primeira lei francesa sobre o aborto^{xiii} e na recente lei islandesa sobre bancos de dados.^{xiv}

O custo da inovação legislativa, ainda assim, permanece elevado, sobretudo em termos de tempo, e, conseqüentemente, de tempestividade da intervenção. A introdução na legislação de cláusulas elásticas, então, confirma-se como uma via mais econômica, que não garante apenas, como sempre se disse, uma abertura do ordenamento jurídico em direção à sociedade, mas também a capacidade de se fazer frente às descontinuidades que se possam produzir no futuro. E existe uma outra “deseconomia” que pode ser eliminada por meio das cláusulas gerais: é aquela que deriva do recurso repetido à microlegislação de setores, que alimenta ao mesmo tempo a inflação legislativa e a insegurança jurídica, criando um círculo

¹⁰ Bodei, *Riflessioni sul tempo e gli intrecci temporali nella narrazione storica*, in *Scienza, narrazione e tempo*, a cura di Salvati, Milano, 1985, p. 355. Sói recordar, para a compreensão das relações entre lei e futuro, o que escrevia Otto von Bulow, já nas páginas de abertura de *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885: mas aqui está precisamente assente a dinâmica da mudança. Esta não é uma tola notação crítica, uma reprovação absurda: é muito mais um convite a historicizar, para quem hoje se serve de certas referências.

¹¹ Cfr. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 370.

vicioso que pode ser quebrado somente por um novo equilíbrio entre legislação por princípios, “noções de conteúdo variável” e disciplina analítica. Só quem está cego diante da realidade pode crer que, hoje, o perigo esteja em uma fuga em direção às cláusulas gerais e não na concretíssima fuga em direção à legislação especial.^{xv}

Sem dúvida, aqui pode ser reproposta a crítica de quem, por meio dessa técnica, vê postos em xeque valores ligados à estabilidade e à segurança, entendidos como componentes essenciais do sistema jurídico, com repercussões sobre o próprio caráter do sistema jurídico como um todo. Sempre acreditei que esta última crítica fosse o resultado de uma ênfase excessiva e não encontrasse confirmações persuasivas nos fatos. Poderia limitar-me a acrescentar que “os juristas não tiveram e não têm necessidade de referir-se à boa-fé para se curvarem às ditaduras ou aos programas dos grupos que ocupam os papéis de comando”.¹² Essa resposta desnuda a falsa consciência daqueles críticos que estão sempre prontos a se engajarem em um grande torneio ideológico em torno das cláusulas gerais, mas permanecem silentes diante de desvirtuações muito mais graves da legalidade.^{xvi} Poderia, porém, ser considerada insatisfatória, observando-se que nada diz essencialmente senão que existem outros caminhos, além daquele das cláusulas gerais, que podem conduzir à perversão de um ordenamento jurídico e ao servilismo da classe dos juristas. A réplica mais convincente, então, volta a ser hoje aquela que direciona a atenção para a experiência histórica que, nos sistemas mais diversos, mostra-nos como o articular-se das técnicas de regulação jurídica constitui, sem dúvida, um fator de alteração das estruturas conhecidas (com as quais, com evidente forçamento ideológico, era identificada a “ordem” jurídica),^{xvii} mas na sua substância representa a forma que os sistemas jurídicos vão assumindo diante de uma realidade cada vez menos reconduzível a uma fórmula única.

O ponto verdadeiro – e metodologicamente relevante – é, portanto, outro. Descontinuidade e insegurança não são variáveis dependentes do recurso a esta ou àquela técnica jurídica. São dados da realidade, surgem todas as vezes em que o olhar do jurista volta-se para o futuro: de tal forma que, se é preciso enfrentar os problemas da “absorção do real” no ordenamento jurídico,¹³ deve-se medir forças justamente com o conjunto desses fatores.

O modelo de racionalidade, por muito tempo corrente entre os juristas, vinha diretamente do mundo científico; como este, obedecia a leis de continuidade, linearidade. Tudo isso hoje se debate, e emergem modelos diversos, de uma nova ciência fundada sobre uma lógica não linear, escolástica, atenta a estruturas

¹² Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970, onde, às páginas 531-563, encontra-se uma ponderada análise do problema prático da boa-fé.

¹³ Cfr. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 85.

instáveis.¹⁴ Isso implica uma espécie de dever automático dos juristas de se adequarem a esse novo modelo? Nem um pouco. É, ainda assim, evidente que, por um lado, não pode mais ser elevado a paradigma de cientificidade um modelo que até no momento das ciências exatas tem sido posto em dúvida; e, por outro, que a observação dos fenômenos reais implica a necessidade de levar devidamente em conta uma lógica diversa daquelas até agora correntemente adotadas.

Descontinuidade, tempo, futuro. Existe um outro paradigma, então, que cede, que é posto em discussão. É aquele do “*temps intemporel de la dogmatique juridique*”:^{xviii} que é um modo de colocar a ciência e o objeto da sua reflexão, as normas, ao abrigo do decurso do tempo, buscando refúgio em uma espécie de “*présent omnitemporel*”,^{15,xix} reino da estabilidade e das verdades perenes. Mas o fator de rigidez, introduzido desse modo no sistema, compromete sua ordem, isto é, justamente o fim que com esse método se buscava salvaguardar. A ordem, então, não pode ser realizada apagando o futuro, ou melhor, construindo-o segundo a imagem de um presente destinado a mudanças imperceptíveis. Deve ser alcançada com o intermédio de outras técnicas: se não exatamente “por flutuação”,^{16,xx} sem dúvida por um conjunto de estruturas suficientemente elásticas, por características suas e dos sujeitos chamados a fazê-las funcionar (até um improvável Parlamento “administrador” direto da mudança social), capazes de reconduzir justamente a uma lógica, a uma “ordem”,^{xxi} aquilo que do contrário se confiaria, como hoje ocorre, contraditoriamente a um velho que não morre e a um novo que não consegue nascer.

Técnicas legislativas e método jurídico se conectam, assim, de maneira evidente. E, nesse quadro, a própria função das cláusulas gerais, das mais habituais e aceitas, resulta indubitavelmente modificada. Não mais apenas janelas abertas para a sociedade, veículos de valores que não podem ser diretamente afirmados nas normas, e nem meros instrumentos de redução do conflito entre normas que envelhecem e uma realidade em contínua mutação, mas também modos para dar sentido ao “ser” do tempo jurídico, em que o presente já engloba o futuro. Isso não é verdade apenas para os casos e lugares em que a História parece ser mais

¹⁴ A referência é, evidentemente, às teses de Prigogine, de quem emergiram em tradução italiana diversos estudos nos volumes *La nuova alleanza. Uomo e natura in una scienza unificata*, Milano, 1979; e *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza* (em colaboração com Stengers), Torino, 1981. Mas para a crise da racionalidade científica não se pode, certamente, limitar-se a essa indicação. Para o que se dirá adiante no texto vale levar em conta, ao menos, Thom, *Stabilità strutturale e morfogenesi*, Torino, 1980; e *Parabole e catastrofi*, entrevista organizada por Giorello e Marini, Milano, 1980. Sobre o ponto, em geral, o fascículo dedicado a “*Catastrofi e trasformazione*” da revista “*Laboratorio politico*”, 1981, nn. 5/6; em particular, sobre a “mudança relevante da forma de racionalidade”, Marramao, *Catastrofe, identità e sistema*, ivi, p. 5 ss.

¹⁵ Ost, *Les multiples temps du droit*, in *Le droit et le futur*, Paris, 1985, p. 125.

¹⁶ É a fórmula empregada por Prigogine (cfr. *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza*, cit., p. 170 ss.).

acelerada, para os tempos marcados pela inovação científica e tecnológica. Não é assim, talvez, para todo contrato de duração, em que a cláusula da boa-fé atrai no presente a lógica dos futuros comportamentos das partes?

De todo modo, mesmo atuando nessa dimensão mais alargada, o papel das cláusulas gerais é redefinido com referência constante apenas a uma lógica diacrônica.^{xxii} Mas não se pode parar por aqui. Levando-se apenas um pouco mais além a análise, percebe-se que as cláusulas gerais adquiriram uma função ulterior, que decorre da sua capacidade de operar também segundo uma lógica sincrônica.^{xxiii}

Trata-se, mais uma vez, de responder a problemas de descontinuidade. As cláusulas gerais, de fato, podem ser, e já são algumas vezes, o instrumento mais adequado para dar voz a um pluralismo de valores, posturas, culturas presentes *simultaneamente* em uma organização social.¹⁷ E isso é tão mais necessário quanto mais parece evidente a complexidade das nossas sociedades, as fraturas que as cortam. A unicidade do referente social da norma, ainda que geral e abstrata, corre o risco frequente de tornar-se ela própria uma abstração. Em uma sociedade articulada, “de minorias”, é necessário criar espaços de convivência, legitimar valores diversos por meio da criação de instrumentos que tornem possível sua autonomia e sua compatibilidade.¹⁸ Não é, talvez, esse o modo de operar da cláusula de boa-fé, quando configura o concreto regulamento contratual com base na específica posição social dos contraentes?

3 Diversas espécies de indeterminação

Estamos, assim, diante da necessidade de uma nova racionalidade jurídica, inescapável já no momento da legislação, e que decorre da conjunção dos fatores antes recordados. Seja diacronicamente, seja sincronicamente, o jurista legislador ou cientista ou juiz operava *como se* os dados de referência fossem portadores de homogeneidade e de continuidade. O transcurso do tempo evocava conceitos como o de *progresso*, ou de *evolução*, não os de *fratura* ou *ruptura*,¹⁹ que eram

¹⁷ Carbonnier, *Les notions*, cit., p. 107, 109; Perelman, *Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse*, in *Les notions*, cit., p. 373 s.

¹⁸ A esse tema mostra-se sempre muito sensível Calabresi, em particular *Ideals, Beliefs, Attitudes and the Law*, New York, 1985.

¹⁹ Wieacker, *Zur Rechtstheoretischen Präzisierung des par. 242 BGB*, Tübingen, 1956, p. 36, fala propriamente de “ruptura” do sistema das leis e dos códigos causada pelo recurso ao princípio de boa-fé: mas o sentido é o de colocar-se em discussão a estabilidade dos esquemas dogmáticos e de uma historicização dos conceitos, e não de um modo diverso de olhar para o futuro e sua relação com a disciplina jurídica. No sentido oposto, em um ambiente diversamente conotado culturalmente, Frank (*Law and the Modern Mind*, New York, 1930, p. 27) via justamente em conceitos como “boa-fé” ou “culpa” instrumentos que “criam uma aparência de continuidade, uniformidade e definitividade de fato inexistentes”.

associadas, em vez disso, a eventos como a revolução – considerada, por definição, como um momento de abandono da legalidade e, assim, do nascimento de uma nova e diversa legalidade. E a sociedade, graças também à referência a um sujeito sempre igual^{xxiv} (no qual desapareciam ou custavam a ser identificados momentos coletivos e diferenciações substanciais), era entendida como um dado substancialmente compacto. A ideia de um *continuum* temporal e intertemporal dominava.

A dissolução desse alicerce conceitual foi expressa de variadas formas (pense-se no termo “complexidade”, do qual se chega mesmo a abusar nas referências à sociedade) e foi de muitas formas favorecida pelo que se denominou “aceleração da história” e pela dimensão da mudança permanente introduzida pelos tempos e ritmos da inovação científica e tecnológica. Tudo isso põe em discussão valores, inclusive aqueles subjacentes à pesquisa jurídica, e direciona para a reflexão em torno de um conjunto de valores, princípios, técnicas capazes de constituírem referências adequadas à realidade modificada que atualmente se reconhece.

É evidente que as cláusulas gerais não podem, por si sós, constituir a solução para todos esses problemas. Mas justamente as suas características – de terem sido e de ainda serem percebidas como instrumentos de ruptura da ordem conceitual tradicional – fazem delas, ainda hoje, o pretexto que pode impor uma reflexão mais contundente. Mesmo que devêssemos nos limitar a discutir em termos de reflexão da realidade, poderíamos mesmo confiar somente, ou sobretudo, na microlegislação, uma série de fragmentos de espelho cada vez mais diminutos, nos quais se buscaria em vão uma imagem global? O desenho, ou a ambição, de uma renovada regulamentação unitária passa por outros caminhos e outras técnicas.

Nem bastaria observar que as técnicas de regulamentação mais eficazes, hoje, são aquelas que confiam nas negociações e não na imposição. Isso, com efeito, não implica necessariamente um recurso exclusivo à microlegislação e à regulamentação analítica.²⁰ No campo típico da negociação, o contratual, uma necessidade econômica faz com que as partes, em vez de se entregarem a um desafiador e custoso esforço de previsão de todas as variáveis futuras, prefiram confiar na operatividade de cláusulas gerais.

²⁰ À tese mais geral de uma legislação por princípios objeta Luciani, *La produzione*, cit., p. 83, nota 12 que “os acordos entre os sujeitos sociais necessitam (de fato) da microformalização prestada justamente pela técnica contrária da legislação ‘regulamentar’: não é certamente tarefa da técnica legislativa parar ou conter os processos que regem as sociedades pluralistas ou neocorporativas”. Nessa crítica existe o risco de uma pura racionalização de alguns processos e de uma generalização de experiências historicamente circunscritas. Já observei como as cláusulas gerais podem constituir, e de fato constituem, uma resposta a exigências próprias de uma sociedade pluralista. Quanto, então, às práticas neocorporativas, já percebemos, se não o seu desaparecimento, ao menos um eclipsar significativo.

A organização das relações entre disciplina jurídica e variações espaciais e temporais, entre regras e diversificações sociais e culturais, é, ainda assim, confiada a um conjunto de técnicas e de instrumentos entre os quais é necessário inserir corretamente as cláusulas gerais. Se, para esse fim, adota-se como ponto de referência a necessidade de elasticidade do sistema, no significado mais amplo que a expressão pode assumir, pode-se proceder a uma primeira classificação, que, porém, deliberadamente desconsidera uma referência às técnicas interpretativas, evidentemente colocadas em um plano diverso.^{xxv}

A elasticidade, em primeiro lugar, é associada a instrumentos de adequação automática da disciplina jurídica à mudança de dados fáticos, como podem ser as normas que conectam o montante de uma prestação a índices de vários gêneros, eventualmente mesmo elaborados por determinadas instituições, as quais, porém, devem ater-se a critérios predeterminados, que excluem qualquer apreciação discricionária de sua parte.²¹ Diversa, a seu turno, é a situação na qual a elasticidade deriva da intervenção de corpos técnicos que exercem, no entanto, um poder autônomo de valoração das situações de fato²² ou, ainda, do recurso a leis-quadro.^{23,xxvi}

Ingressa-se em uma outra dimensão quando o propósito da elasticidade é confiado a normas cuja concretização requer o trabalho de outros sujeitos: a Administração Pública ou o juiz, com “consciente suspensão do juízo,^{xxvii} remissão ao grau inferior”.²⁴ Essa é justamente a dimensão na qual operam as cláusulas gerais, mas não somente elas. Princípios, diretivas, *standards*, normas gerais, conceitos indeterminados, cláusulas gerais: a enumeração poderia continuar. Mas qual é a razão de ser, e qual o critério distintivo, de todas essas noções?

Não deveriam surgir dificuldades particulares quando se fala de princípios, se com tais termos nos referimos às indicações atinentes aos valores fundantes de um ordenamento ou de uma parte sua. Nesse sentido, as cláusulas gerais não são princípios, antes são destinadas a operar no âmbito sinalizado pelos princípios. Se, por exemplo, reconhece-se no nosso sistema a presença de princípios como os da solidariedade e da igualdade, a cláusula geral de boa-fé apenas pode ser legitimamente concretizada em se a adequando às indicações neles contidas.^{xxviii} Os princípios, portanto, podem ser compreendidos também como um

²¹ Cfr., por exemplo, para a atualização do cânone de localizações dos imóveis destinados à habitação, o art. 24 da lei n. 392, de 27 de julho de 1978.

²² É o caso das cada vez mais numerosas “autoridades administrativas independentes”, como a nossa CONSOB. [N. do T.: A sigla representa a *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa*, que regula o mercado de valores mobiliários na Itália].

²³ A técnica das leis-quadro permite, por exemplo, aquela particular articulação pluralística legada à existência de regiões dotadas de autonomia legislativa.

²⁴ Assim, com referência às teses kelsenianas, Conte, ad vocem *Ordinamento giuridico*, in “Noviss. Dig. It.”, p. 50, nota 1.

limite à tendência elástica do sistema, ou melhor, como a condição concreta da sua elasticidade. Trata-se, essencialmente, de uma elasticidade “orientada”, pela característica de norma de escopo^{xxix} que os princípios ordinariamente assumem. É verdade que se sublinha inclusive nos princípios a sua significância dinâmica:²⁵ mas a distinção em relação às cláusulas gerais é possível justamente considerando seu âmbito de operatividade distinto.^{26, xxx}

A atenção deve ser agora trazida à qualificação “geral” que acompanha o termo “cláusula”. Entende-se que o atributo da generalidade não se relaciona aqui com a classificação das normas entre gerais e individuais: se nos referirmos aos tradicionais e contestados critérios de classificação, de fato, pode ser geral tanto uma norma expressa na forma da hipótese fática analítica quanto a norma contida em uma hipótese fática aberta, precisamente em uma cláusula geral.²⁷ A clarificação é necessária, tendo em vista que a transposição do termo “geral” do âmbito da norma para o âmbito da hipótese fática já produziu mais de um equívoco interpretativo, além de certo abuso reconstrutivo. Trata-se, em vez disso, de estabelecer se todas as técnicas não analíticas de construção de hipóteses fáticas seriam reconduzíveis à categoria das cláusulas gerais.

Para responder a essa indagação, é preciso, antes de tudo, desfazer um outro equívoco. Podemos muito bem nos encontrarmos diante de uma hipótese fática analítica, e não aberta, quando o legislador emprega fórmulas que resumem uma multiplicidade de casos. Assim o faz: por economia de linguagem normativa, quando a casuística completa seja facilmente localizável alhures e esteja sujeita a formas periódicas de atualização; para deixar espaço para uma limitada discricionariedade técnica; para remeter a máximas de experiência, variáveis sim, mas subtraídas de uma avaliação judiciária autônoma.^{xxxi}

A hipótese fática aberta, em vez disso, ocorre quando se promove uma transferência explícita ao juiz do poder de proceder a uma avaliação autônoma da situação de fato e à concretização da norma segundo parâmetros inferidos por meio de modelos de comportamento ou valorações sociais presentes no ambiente em que a decisão se destina a produzir efeitos. Aqui não é tanto a indeterminação do conceito a assumir relevância, mas sim a suspensão do juízo por parte do legislador, a sua remissão a uma competência diversa.^{xxxii}

Essa técnica de construção da hipótese fática recorre a uma multiplicidade de noções de conteúdo variável. Para promover uma distinção entre estas, todavia,

²⁵ Cfr. as indicações de Luciani, *La produzione*, cit., p. 79 e ss.

²⁶ Sobre este problema já me detive em diversas ocasiões, em particular em *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

²⁷ Sobre o ponto das relações entre cláusula geral e norma geral, e para várias considerações globais, Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 97 e ss.

não acredito que se possa recorrer a uma distinção que conceba, de um lado, hipóteses fáticas completas e, de outro, hipóteses fáticas incompletas, fragmentos de normas carentes de integração, compreendendo nesta última categoria justamente as cláusulas gerais. Não se pode confundir a repartição de competências, promovida pela norma estruturada em hipótese fática aberta, com a incompletude da disciplina nela contida.

Além disso, o fato de que a cláusula geral esteja destinada a operar no quadro delineado por outras disposições^{xxxiii} não é argumento suficiente para enfraquecê-la ou diferenciá-la, só por isso, de outros tipos de normas jurídicas. Basta ter presente que também outras normas, por exemplo sobre a causa,^{xxxiv} destinam-se a operar somente no âmbito da disciplina prevista para o negócio jurídico: e isso permite constatar que estar uma norma inserida em um tecido de relações necessárias com outras normas não afeta a sua completude, considerada sob o ponto de vista da prescrição nela contida.^{xxxv} Permanece válida na sua substância a ênfase de Engisch, quando evidencia que “o verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no setor da técnica legislativa”,²⁸ sem que isso implique uma qualidade diversa das normas que as preveem.

A fragilidade da distinção mostra-se ainda mais evidente se se comparar com a cláusula geral uma noção como a de “justa causa”, recorrente em várias normas dedicadas à disciplina do contrato e considerada como exemplo de norma completa que aplica aquela acidentada noção de conteúdo variável que seria o conceito jurídico indeterminado.²⁹ Ainda que se admita que a distinção entre cláusulas gerais e conceitos indeterminados faça sentido, parece particularmente difícil classificar entre estes últimos precisamente a justa causa. Se, de fato, fazemos referência a uma das funções já reconhecidas também no nosso ambiente jurídico à cláusula geral de boa-fé – a de limite à possibilidade de recuperar oportunidades perdidas com a conclusão do contrato –,³⁰ resta claro que a noção de justa causa se apresenta justamente como uma cláusula que permite a uma das partes, ao revés, que recupere oportunidades perdidas. Esta, assim, não se limita a remeter o juiz a critérios de valoração objetivamente vigentes na ordem social. Trata-se, bem diversamente, da atribuição ao juiz do poder de valorar acontecimentos socioeconômicos incidentes sobre a economia^{xxxvi} do contrato: logo, uma verdadeira

²⁸ Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, tr. It. di Baratta, Milano, 1970, p. 197. A formulação é retomada quase que literalmente por Carbonnier: “*c’est donc essentiellement une technique législative que j’envisage ici*” [“é, portanto, essencialmente uma técnica legislativa que contemplo aqui”] (*Les notions*, cit., p. 100).

²⁹ Cfr., entre outros, Di Majo, *Clauseole generali e diritto delle obbligazioni*, in “Riv. crit. dir. priv.”, 1984, p. 540.

³⁰ É a fórmula adotada por Burton, *L’esecuzione del contratto secondo buona fede*, in “Riv. crit. dir. priv.”, 1984, p. 34 ss.

e própria regra de solução dos conflitos e tensões que se podem formar ao redor do contrato.

Para além da controvérsia sobre esse ponto específico, aqui aflora uma questão distinta e mais geral. Diante de uma indubitável difusão das noções de conteúdo variável, busca-se delimitar com rigor o campo de atuação atribuível à técnica das cláusulas gerais. Essa operação é metodológica e politicamente correta, se se pretende evitar uma dilatação imprópria da categoria e controlar com rigor suficiente o uso que dela se tende a fazer; mas que denuncia também uma dificuldade metodológica e um constrangimento político.

Quando o tema das cláusulas gerais e o tema conexo e diverso da legislação por princípios foram repropostos na discussão científica italiana, à rejeição original e ao posterior silêncio seguiu-se, na prática, aquela mais larga aceitação a que já se aludiu anteriormente, sobretudo no terreno da legislação e da jurisprudência. A reflexão científica, porém, não se equiparou à dimensão real que o fenômeno vinha assumindo, quase como se os antigos opositores se sentissem constrangidos ao terem sido refutados pelos fatos e, em perspectiva comparatística, pela atenção cada vez mais viva conferida ao tema no sistema tedesco,³¹ pelo “renascimento” registrado na França,³² pela expansão significativa nos Estados Unidos.³³ Aconteceu, assim, que o fenômeno findava por ser muito mais exorcizado do que questionado.

Partindo-se da justa observação de que, ao menos na origem, o acento posto sobre as cláusulas gerais servia para romper o rígido esquema positivista, concluiu-se que, hoje, sendo outro o clima cultural, as cláusulas gerais não oferecem problemas diversos do que aqueles postos por qualquer outra norma em sede de interpretação: uma consideração que está, em linhas gerais, correta, mas que não pode ocultar o dado estrutural representado justamente pelo modo distinto de construção da hipótese fática. E, se se pode certamente dizer que a indeterminação é uma característica comum à generalidade dos conceitos jurídicos, é também verdade que se podem encontrar diversas “espécies de indeterminação”, que caracterizam a função exercida por cada categoria de conceitos.

³¹ Disso presta claro testemunho o mesmo contributo crítico de Bueckling, *Der Fluch der Generalklauseln*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1983, p. 190 ss., que, na verdade sem grande capacidade de penetração, discute um fenômeno que, no sumário do breve ensaio, encontra-se assim descrito: “*täglich werden in Legislative, Executive, Judikative, auch in der allgemeinen innen- und außenpolitischen Auseinandersetzung Generalklauseln gebraucht*”. [“Diariamente as cláusulas gerais se fazem necessárias no Legislativo, no Executivo, no Judiciário e também em discussões gerais de política interna e externa”]. Mais equilibrado é o panorama global delineado por T. Raiser, *Richterrecht heute*, ivi, 1985, p. 111 ss.

³² Remeto ao que escreve Alpa, *Breve nota bibliografica sulla letteratura francese recente in materia di contratti*, in “*Riv. dir. comm.*”, 1984, I, em particular p. 290 ss.

³³ Basta perscrutar o ensaio de Burton, *L'esecuzione*, cit.; uma ampliação dessa perspectiva é possível graças a Dawson, *The General Clauses, Viewed from a Distance*, in *Rebels Zeitschrift*, 1977, p. 441 ss.

Na direção oposta dessa tentativa de afogar as cláusulas gerais na normalidade interpretativa e estrutural do sistema, coloca-se a tentativa de negar a consolidação e a difusão delas. E esta última se faz pela multiplicação verbal dos referentes conceituais.

Reconhece-se, essencialmente, que crescem as noções de conteúdo variável, mas que estas seriam *outra coisa*, diversa das cláusulas gerais. A questão corre o risco de reduzir-se a uma pura controvérsia terminológica, sem consequências significativas sobre o plano operativo, de tal modo que poderíamos nos sentir tentados a tomar como adequadas e considerar inofensivas as novas tentativas de sistematização – se estas não denunciasses justamente o tradicional ponto de desconfiança e não constituíssem, assim, um obstáculo à plena compreensão cultural do fenômeno que temos à nossa frente e de algumas tendências globais do sistema.

Isso não quer dizer que distinções não sirvam para nada, mas apenas que devem ser refutadas aquelas especiosas ou inúteis. Assim, uma distinção entre cláusulas gerais e diretivas é possível, se se entende a diretiva como norma de orientação^{xxxvii} no âmbito de um programa prefixado, que deixa margens para uma adaptação justificada por uma objetiva situação de fato, mas nega ao destinatário o poder de proceder a uma avaliação autônoma, salvo no que tange a decidir, eventualmente, acerca da oportunidade de conferir ou não atuação à própria diretiva.^{xxxviii}

Mais difícil, ou ambígua, é a distinção entre cláusulas gerais e *standards*. Com frequência, na terminologia dos estudiosos que se dedicaram ao tema, trata-se de variantes lexicais para indicar a mesma noção: e isso nasce de hábitos culturais ou de usos típicos de um determinado ambiente.³⁴ Do contrário, o *standard* evoca, em vez disso, a ideia de normalidade, variável, mas de alguma forma ancorada em elementos objetivos, de modo a permitir a construção de parâmetros e de reunir precisamente uma elevada standardização das decisões e, assim, uma acentuada previsibilidade destas. Indica-se, assim, uma espécie de normalidade estatística, diversa de uma “normalidade valor” – cuja reconstrução requer, ao revés, uma valoração de dados sociais (*senso comum do pudor*)^{xxxix} e que, conseqüentemente, configura estruturas substancialmente análogas às indicadas como cláusulas gerais. Na realidade, a conexão com determinados valores por meio de uma ideia de normalidade expressa de formas variadas não configura uma estrutura normativa diversa daquela definível como cláusula geral, mas a propõe em formatos tais que incrementam a aceitação social das decisões que sobre elas se fundam.³⁵

³⁴ Veja-se, por exemplo, Rials, *Les standards, notions critiques du droit*, in *Les notions*, cit., p. 39 ss.

³⁵ Rials, *op. cit.*

Ainda menos persuasiva é a distinção entre conceitos indeterminados e cláusulas gerais, que não logra encontrar suficiente clareza nem nos escritos de quem, como Karl Engisch, prestou particular atenção ao tema. Parece-me eloquente o fato de que, depois de ter analisado justamente os conceitos indeterminados, Engisch substancialmente conclua no sentido de negar a possibilidade de uma diferenciação em face das cláusulas gerais com base em uma diversidade de estrutura normativa, limitando-se a evidenciar, como já se recordou, que a discussão sobre aqueles e estas diz respeito a planos diversos da investigação, a saber, o das estruturas normativas e o da técnica legislativa. O fato de que “as cláusulas gerais, de um ponto de vista metodológico, não possuem uma estrutura própria”^{36,xi} conduz, assim, a repropor a discussão acerca da indeterminação e dos problemas da valoração também na parte da investigação que se dedica às cláusulas gerais. E é bastante significativo que, na trama complexa de exemplos usados por Engisch, não apareça nem sequer uma menção ao mais “régio” dos “régios parágrafos” do BGB, precisamente o §242,^{xii} ao qual se associa parte tão grande da discussão sobre cláusulas gerais. Não é por acaso, nem se trata apenas de uma espécie de reflexo da formação originalmente penalista de Engisch.³⁷ A própria referência ao *Treu und Glauber*^{xiii} evidencia a impossibilidade de separar a discussão sobre a indeterminação daquela sobre as modalidades de construção da hipótese fática, tendo em vista que a escolha de uma via diversa da hipótese fática analítica ou casuística – e, assim, a adoção da técnica da cláusula geral – consiste, sem dúvida, em descrever “com grande generalidade uma série de casos” e entregá-los “à valoração jurídica”,³⁸ mas isso pode implicar justamente o recurso a noções de conteúdo variável ou indeterminadas.

É mais correto constatar, então, que “todo ato jurídico, tanto de produção quanto de pura execução, em que se aplica o Direito, é determinado em parte pelo próprio Direito e em parte deixado à indeterminação”.³⁹ Ora, a indeterminação no momento da produção pode ser involuntária: derivar da equivocidade da formulação da norma ou da inevitável imprecisão de conceitos normativos dos quais, contudo, dificilmente se pode prescindir.⁴⁰ As cláusulas gerais, em vez disso, caracterizam-se por uma “indeterminação intencional”, que as caracteriza e caracteriza o programa do legislador.

O procedimento *per differentiam* pode parar por aqui, deixando espaço a uma consideração mais direta sobre o que é próprio das cláusulas gerais. A sua função

³⁶ Engisch, *Introduzione*, cit., p. 197.

³⁷ Cfr. Castronovo, *Problema*, cit., p. 105.

³⁸ Engisch, *Introduzione*, cit., p. 193.

³⁹ Assim Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, tr. it. de Losano, Torino, 1966, p. 382.

⁴⁰ Vejam-se os exemplos de Engisch, *Introduzione*, cit., p. 173 s.

já foi descrita e agora se pode dizer que ela não é mais sintetizável pelo termo “adaptação”, mas sim por “articulação” do ordenamento. Articulação que atine às competências normativas – distribuídas entre o legislador e o sujeito chamado a concretizar a disciplina –, à atenção para o pluralismo de valores, à salvaguarda da aptidão dinâmica do ordenamento.

A forma é a da hipótese fática aberta, indicando-se, com isso, seja a falta de elencos exaustivos, seja um trabalho de concretização realizado por intermédio de um reconhecimento de valores que as cláusulas gerais individualizam. Nem por isso se abre ao juiz um espaço descontrolado de escolhas livres. A possibilidade de controle, como hoje comumente já se admite, coliga-se com o refinamento de figuras sintomáticas.^{41_xliiii} Opinião que não é nova e sobre a qual se pode manifestar, certamente, a preocupação de que, por essa via, possa configurar-se uma propensão à mera racionalização das tendências em curso. Sobretudo se nos limitamos a registrar e organizar as orientações jurisprudenciais, o risco é o de debilitar a capacidade de controle das decisões judiciais.^{xliv}

Mas esse pode se tornar um risco concreto justamente se as figuras sintomáticas forem resolvidas apenas na casuística jurisprudencial, em vez de nelas se identificarem “tipos” de concretização coerentes com a função historicamente exercida ou exercitável pela cláusula geral específica levada em consideração. Nesse sentido, a casuística jurisprudencial constitui seguramente um ponto de referência importante, mas não exclusivo, uma vez que a reflexão se volta em primeiro lugar aos dados sociais e aos valores, bem como aos princípios fundamentais, aos quais as cláusulas gerais devem necessariamente se referir, a fim de se desenvolverem modelos operativos adequados.^{xlv}

4 Boa-fé e racionalidade da ação jurídica

A evocação dos perigos (em sentido lato, políticos) de um recurso amplo às cláusulas gerais se encontra não apenas entre aqueles que destacaram o risco de um “domínio do invencionismo dos juízes”,⁴² de um “decisionismo judicial” que comprometeria “a certeza das relações jurídicas”,⁴³ mas também entre aqueles que, em vez disso, mostram-se preocupados com o paternalismo de que elas se fariam mensageiras, com ingerências indevidas em âmbitos que deveriam ser integralmente deixados à livre determinação dos privados. A crítica não é, certamente,

⁴¹ Cfr. as minhas *Fonti di integrazione*, cit., p. 163 e ss.

⁴² Esser, *Par. 242 BGB und Privatautonomie*, in “Juristenzeitung”, 1956, p. 556.

⁴³ Sintetiza assim Di Majo, *Obbligazioni*, cit., p. 304.

nova, podendo ser essencialmente assemelhada àquela que, no final do século XVIII, é direcionada na Inglaterra ao Lord Mansfield, que pretendia aplicar o princípio de boa-fé em larga escala aos contratos.^{xvii} Foi justamente o nascente liberalismo econômico que bloqueou essa tentativa, julgando “fatal” para toda operação econômica o recurso ao princípio de boa-fé, justamente pelo seu paternalismo.⁴⁴

A constatação dessa vicissitude histórica, todavia, não autoriza nenhuma generalização. Se olharmos para as situações mais próximas de nós, percebemos que, mesmo em ambientes fortemente marcados pelo liberalismo, como os Estados Unidos, o largo recurso à cláusula de boa-fé se funda também sobre a convicção de que ela “melhora a eficiência econômica, reduzindo os custos da contratação. Os custos do comércio compreendem os de obter informações com as quais se escolhem os próprios *partners* contratuais, os de negociar e firmar contratos e os de assumir riscos perante o futuro. A doutrina da execução segundo a boa-fé reduz todos esses três tipos de custos, permitindo às partes confiar no Direito, em vez de terem de suportar cada um desses custos”.⁴⁵

Considerações como essas constituem a confirmação mais precisa do fato de que uma observação adequada aos tempos, não apegada às ideologias ou às idiossincrasias, impõe olhar para as cláusulas gerais muito mais como instrumentos de ordem do que de desordem do sistema jurídico. E o próprio tratamento preocupado com os riscos de discricionariedade aparece completamente invertido: “a boa-fé limita o exercício da discricionariedade *in executivis* conferida a uma parte do contrato”.⁴⁶ De instrumento de exaltação da discricionariedade, a cláusula de boa-fé pode tornar-se meio para o seu controle.

Nessa dimensão, em que as considerações de método e as preocupações de política do direito não estão apartadas da atenção à dinâmica efetiva das estruturas jurídicas, a cláusula geral de boa-fé tende a garantir, antes de tudo, a coerência entre o plano delineado pelas partes e a efetiva realização da operação econômica. Para isso, faz-se necessário um “governo da discricionariedade” das partes,⁴⁷ que desemboca em uma verdadeira e própria forma de controle do poder privado.⁴⁸ E esse “governo” requer, para o seu exercício, uma remissão a valores que podem não ter sido levados em conta pelos privados: não, porém, no sentido de que, por essa via, dá-se relevância ao “não expresso” pelas partes, mas sim

⁴⁴ Uma síntese se encontra em Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, 1979, p. 168.

⁴⁵ Burton, *L'esecuzione*, cit., p. 41 s.

⁴⁶ Burton, *op. cit.*, p. 18.

⁴⁷ Di Majo, *Obbligazioni*, cit., p. 295.

⁴⁸ Ponto de partida de notáveis desenvolvimentos jurisprudenciais é Cass. n. 5688, de 2 de novembro de 1979, com comentário de Di Majo, *Le forme di tutela contro i cosiddetti “poteri privati”*, in “Foro it.”, 1980, I, c. 440 ss.

no sentido diverso da interferência, sobre as valorações privadas, de valores que podem ser inferidos do próprio ordenamento (por intermédio dos princípios) ou que expressam tendências ou posições existentes na sociedade. O contrato vem a ser assim, eventualmente, ponto de incidência de diversas ordens de valoração, até mesmo contraditórias com aquelas levadas em conta pelas partes,⁴⁹ de tal modo que o critério de resolução dos eventuais conflitos pode ser construído com referência a considerações de oportunidade social.

Projetada dessa maneira a função geral da cláusula de boa-fé, assume peso menor a distinção entre boa-fé integrativa^{xvii} e boa-fé executiva. Não porque esta seja em si mesma de pouco relevo, mas pela razão diversa de que um excesso de contraposição entre o momento da integração e o da execução corre o risco de levar a excessos terminológicos que não ajudam a compreensão do fenômeno.

Não há dúvida, de fato, de que um dos problemas centrais está aqui representado pela necessária coerência entre o plano originalmente delineado pelos contraentes e a sua atuação na fase executiva. Ora, quem prefere conferir maior relevo ao perfil da integração é levado a sublinhar o fato, logicamente incontestável, de que os deveres relevantes na fase executiva não podem resultar senão de uma valoração (que pode justamente conduzir a uma integração) do conteúdo do regulamento contratual, reconstruído também para além do que as partes tenham explicitamente indicado.

Mas o jogo dialético não pode ser exasperado, sob pena de um excesso de formalismo que impede uma compreensão da própria realidade jurídica. É mais correto, então, realçar que a boa-fé tem se especificado cada vez mais claramente como instrumento de definição do *como* da obrigação e do quadro em que a obrigação se insere, com indubitáveis consequências sobre a fase executiva. Seguindo-se essa linha, a boa-fé pode operar como critério tendente a permitir a plena aderência do regulamento contratual, na sua efetividade, à operação definida pelas partes; e como critério que garante coerência entre operação privada e finalidades gerais buscadas pelo ordenamento.

Este último aspecto colhe-se mais nitidamente se se analisam alguns perfis funcionais da cláusula de boa-fé. Cada vez menos esta funciona como veículo de uma eticidade difusa, destinada a colorir o contrato com a tinta de um genérico sentimento comum, e cada vez mais (e cada vez mais laicamente) evidencia exigências precisas, que nascem de uma necessidade de controle do poder, de economicidade das operações jurídicas, de salvaguarda de equilíbrios sociais.

A cláusula geral de boa-fé revela-se, assim, como um instrumento voltado a assegurar a racionalidade global da contratação, seja no que tange ao plano

⁴⁹ Cfr. *Le fonti di integrazione*, cit., em particular p. 177 s.

relativo às valorações e aos interesses das partes, seja no que diz respeito à interferência deste sobre o plano das valorações próprias do ordenamento. Revelador, nesse sentido, é seguramente o emprego da boa-fé como instrumento de redução dos custos de transação, em particular dos custos de informação.⁵⁰ Emerge, aqui, um dos caracteres da contratação moderna: uma programação detalhada por meio do regulamento negocial requer uma quota frequentemente bastante elevada de informações, custosas sobretudo quando a operação econômica é particularmente complexa e a contraparte não é suficientemente conhecida (fato, este último, que as dimensões dos mercados tornam cada vez mais frequente). Tempos da negociação e custos das informações podem ser cortados se existe uma regra que coloca as partes ao abrigo dos riscos derivados precisamente de uma regulamentação menos analítica e do escasso conhecimento recíproco.

Mais precisamente, deve-se observar que confiar na cláusula de boa-fé não elimina os riscos antes mencionados, mas os torna administráveis de tal forma que se favorece a economia global da operação. Seria, todavia, errado buscar similitudes, ainda que apenas parciais, entre o que se acaba de dizer sobre os custos da informação e a teoria (e a figura sintomática) dos deveres de informar, uma vez que a informação globalmente necessária à conclusão do contrato se coloca, qualitativamente e quantitativamente, muito além das informações que, em relação à operação específica, considera-se que cada parte deva fornecer à outra.^{xlviii}

A cláusula da boa-fé tende hoje a desempenhar também essa função, apresentando-se propriamente como um instrumento de racionalização global das operações contratuais. Nesses casos, à indeterminação intencional do legislador, que está na origem da cláusula geral, soma-se uma indeterminação intencional das partes, relativa a aspectos do regulamento contratual. Os benefícios desse modo de proceder são evidentemente reputados superiores não apenas aos custos estimados em termos de tempo de elaboração do contrato, de necessário recurso a especialistas e de onerosidade das informações, mas também aos custos que derivam da incerteza de decisões futuras, que viriam eventualmente de sujeitos externos à operação contratual (juízes ou árbitros).

O conjunto dessas considerações, que refletem a concreta dinâmica do fenômeno contratual, permite apreender com clareza a função global da cláusula de boa-fé em um quadro no qual mudaram tanto o significado da lei quanto o do contrato. No mundo da microlegislação, essa cláusula, junto a outras, preserva um valor de generalidade que a multiplicidade das leis especiais tende a apagar. No mundo de uma negociação que cada vez mais expressa situações de diferença,

⁵⁰ Ainda Burton, *L'esecuzione*, cit.

ela exerce uma “função equilibradora”,⁵¹ que me parece encontrar feliz expressão em figuras sintomáticas como a “vedação de retomar oportunidades perdidas” e o controle dos poderes privados. Em um mundo complexo, a certeza, antes confiada à rigidez da regra, hoje requer procedimentos flexíveis, que atendam ao concurso de vários sujeitos, do legislador às partes no contrato e ao juiz.

Esse é, hoje, o valor “geral” da cláusula de boa-fé. Se se quiser retornar por um momento à velha definição de Durkheim do contrato como “trégua provisória entre as partes”,⁵² pode-se dizer então que a boa-fé é a regra das regras da trégua, isto é, aquela que define globalmente como essa trégua deve ser conduzida. Ela não se põe do lado de fora da regulamentação contratual, como limite a eventuais abusos dos poderes que confere; ao revés, é a medida dos poderes legitimamente exercitáveis.

Não há espaço, nesse quadro, para outras cláusulas de valores diretamente incidentes sobre o regulamento contratual. Confirma-se, assim, o caráter residual, no nosso ordenamento, do recurso à equidade.⁵³ Esta não é uma consideração externa, ou marginal, em relação à análise que ora se desenvolveu. Delimitar de modo claro o papel da equidade, de fato, significa excluir, de modo geral, que se possam reputar legítimas intervenções puramente discricionárias do juiz sobre o contrato;^{xlix} e, mais especificamente, contestar o uso que historicamente se fez do recurso à equidade no nosso sistema, considerando-a como puro veículo de valores do mercado.^l Uma visão unidimensional dos valores de referência é ainda menos admissível para a cláusula de boa-fé, destinada não apenas a desempenhar uma função de garantia no que tange a uma pluralidade de valores, mas sobretudo inserida em um sistema que subordina (ao menos nos seus princípios constitucionais) a lógica do mercado ao respeito de valores outros e prevalentes, que não é possível ignorar em sede de concretização daquela cláusula.

Referências citadas nas notas de tradução

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952.

⁵¹ Assim, Cass. n. 5688, de 2 de novembro de 1979, cit., c. 452.

⁵² Durkheim, *La divisione del lavoro sociale*, tr. it., Milano, 1962, p. 218 ss.

⁵³ Sobre este ponto insisti particularmente em *Le fonti di integrazione*, cit., p. 205 e ss.; e em *Quale equità?*, in “Pol. dir.”, 1974, p. 31 e ss.

- DINIZ, Armando Souza (Trad.). *Código Civil alemão traduzido*. Rio de Janeiro: Record, 1960.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001 [ed. alemã 1983].
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 56, out./dez. 2013.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Fily (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.
- OST, François. *Le temps du droit*. Paris: Odile Jacob, 1999.
- PARESCHE, Enrico. Presentazione. In: PUGLIATTI, Salvatore. *Grammatica e Diritto*. Milano: Giuffrè, 1978.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PUGLIATTI, Salvatore. Spunti metodologici. In: PUGLIATTI, Salvatore. *Grammatica e diritto*. Milano: Giuffrè, 1978.
- RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. Tradução de Carlos Nelson Konder. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 17, jul./set. 2018.
- RODOTÀ, Stefano. *Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.
- RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1969.
- RODOTÀ, Stefano. Modelli e funzioni della responsabilità civile. *Rivista Critica del Diritto Privato*, ano 2, v. 3, 1984.
- SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.
- SILVA, Rodrigo da Guia. Um novo olhar sobre o princípio do equilíbrio contratual: o problema das vicissitudes supervenientes em perspectiva civil-constitucional. *Civilistica.com*, ano 10, n. 3, 2021.
- SILVA, Rodrigo da Guia; TEPEDINO, Gustavo. Dever de informar e ônus de se informar: a boa-fé objetiva como via de mão dupla. *Migalhas*, 9 jun. 2020.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*, ano 8, n. 2, 2019.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexos causal: culpa, imputação e causalidade na responsabilidade civil brasileira. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil*. São Paulo: Almedina, 2018.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Ensino jurídico e inteligência artificial: primeiro esboço de uma abordagem civil-constitucional. *Pensar*, Fortaleza, v. 28, n. 2, abr./jun. 2023.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Índices da aderência do intérprete à metodologia do direito civil-constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 41, 2022.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Lei da Liberdade Econômica e seu desprestígio à autonomia privada no direito contratual brasileiro. *Migalhas*, 16 abr. 2020.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação dos efeitos de atos nulos e anuláveis. *Civílistica.com*, ano 6, n. 1, 2017.

STRECK, Lenio. Qual é o ‘é da coisa’ chamada ‘precedente’ e a tese da liberdade de imprensa. *Conjur*, 7 dez. 2023.

TEPEDINO, Gustavo. A MP da Liberdade Econômica e o direito civil. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 20, abr./jun. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e práxis. In: TOLEDO, Cláudia (Org.). *Atual Judiciário: ativismo ou atitude*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

TEPEDINO, Gustavo. Direitos de liberdade econômica e o direito civil. *OAB-RJ*, 19 ago. 2019. Disponível em: www.oabrf.org.br.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RODOTÀ, Stefano. O tempo das cláusulas gerais. Tradução de Eduardo Nunes de Souza. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 33, n. 3, p. 175-204, jul./set. 2024. DOI: 10.33242/rbdc.2024.03.008.

Recebido em: 24.01.2024

Approved em: 26.01.2024

ⁱ N. do T.: Veículos privilegiados dos valores vigentes no ordenamento em dado momento histórico (cf., por todos, PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 237 e ss.), as cláusulas gerais acabam por sofrer o impacto das disputas, eminentemente político-ideológicas, em torno desses valores. Isso ajuda a compreender, por exemplo, o retorno da desconfiança em torno dessa técnica (*rectius*, dos valores por ela informados) no Brasil, por parte de certo setor doutrinário e parlamentar, ao final dos anos 2010 e início da década de 2020.

ⁱⁱ N. do T.: Os termos “laicização” e “laicidade”, que se tornariam cada vez mais predominantes no pensamento de Rodotà nos anos seguintes, normalmente são empregados pelo autor para designar a progressiva redução de intervenções heterônomas (jurídicas ou mesmo morais) sobre as escolhas da pessoa (cf., ilustrativamente: RODOTÀ, Stefano. Autodeterminação e laicidade. Tradução de Carlos Nelson Konder. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 17, jul./set. 2018. p. 139). No presente texto, o termo se refere, especificamente, ao tratamento das cláusulas gerais sem um juízo de valor prévio, isto é, sem uma condenação em abstrato dessa técnica como suposta fonte de insegurança ou ocioso referencial moral; a valoração do intérprete volta-se, ao revés, à operatividade de cláusulas específicas.

- iii N. do T.: Com essa exata perspectiva, a respeito da cláusula geral do dano injusto no direito italiano, cf., do autor, RODOTÀ, Stefano. Modelli e funzioni della responsabilità civile. *Rivista Critica del Diritto Privato*, ano 2, v. 3, 1984., especialmente item 5.
- iv N. do T.: Como restará claro ao leitor, todas as ocorrências do termo “boa-fé” neste texto referem-se à boa-fé em sentido objetivo.
- v N. do T.: O termo, encontradão na doutrina italiana, descreve leis voltadas à regulação de setores ou grupos extremamente específicos, com mínima relevância coletiva, aduzindo-se até que chegam a invadir o campo de atuação de provimentos administrativos. A respeito, cf. a crítica de Norberto Bobbio: “Uma das chagas do nosso parlamentarismo, tantas vezes denunciada e tão pouco medicada, é a proliferação das assim chamadas ‘pequenas leis’ (*leggine*), que são precisamente o efeito da predominância de interesses particulares, de grupo, de categoria, no pior sentido da palavra, corporativos” (*O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 49).
- vi N. do T.: No original, “*delegificazione*”. Segundo a *Enciclopedia Treccani*, trata-se do “afastamento da disciplina de uma determinada matéria do nível legislativo para o nível regulamentar”, isto é, do Parlamento para o Poder Executivo (Disponível em: www.treccani.it).
- vii N. do T.: No direito brasileiro, vale lembrar como a responsabilidade civil de provedores de aplicações por danos decorrentes de conteúdos veiculados por usuários retrocedeu com o art. 19 do Marco Civil da Internet – que, em lógica francamente microsystemática e fazendo uso de técnica regulamentar para prever requisitos para a reparação, restringiu drasticamente a tutela da vítima em comparação à tendência que até então se esboçava, com base principiológica, na jurisprudência do STJ. Risco parelho à unidade do sistema foi identificado nas propostas de normatização setorial dos danos associados à inteligência artificial (permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Ensino jurídico e inteligência artificial: primeiro esboço de uma abordagem civil-constitucional. *Pensar*, Fortaleza, v. 28, n. 2, abr./jun. 2023).
- viii N. do T.: No original, “*legislazione dell'emergenza*”. Diz-se das leis editadas em contextos sociopolíticos supostamente indicadores de um “momento crítico que requer intervenções solícitas e anticonjunturais”, nas quais, na verdade, “falta a conformidade ao desenho do constituinte e vai-se adiante entre fluxos e refluxos, ligados ao contingente, em uma sociedade sem a energia histórica para restabelecer a unidade das relações sociais”. Tais leis produzem, não raro, “estatutos privilegiados (direitos singulares) para a parte nem sempre mais merecedora, mas abstratamente mais vulnerável e mais bem representada”, de modo que “multiplica-se a microconflituosidade e assiste-se a uma nova forma de incerteza: leis experimentais, leis de duração temporária, leis com aparente função interpretativa, incentivos e imediatos desestímulos para a mesma atividade [...]” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 28-29).
- ix N. do T.: Órgão jurisdicional da Comunidade Econômica Europeia que corresponde ao atual Tribunal de Justiça da União Europeia.
- x N. do T.: Na experiência brasileira recente, pense-se nas diversas remissões feitas pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) à regulamentação a ser editada pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), não apenas em matéria procedimental ou eminentemente técnica (como padrões e técnicas utilizados em processos de anonimização de dados – art. 12, §3º – ou o trâmite para a portabilidade de dados – art. 18, V), mas também em temas de índole essencialmente político-jurídica (entre outros, no que diz respeito às hipóteses em que se autoriza ou veda o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores com objetivo de obter vantagem econômica – art. 11, §3º).
- xi N. do T.: Exemplo deste último caso colhe-se da nossa Lei do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de direito privado no período da pandemia da Covid-19 (Lei nº 14.010/2020).
- xii N. do T.: No caso brasileiro, esse período de experimentação de novas normas por vezes é proporcionado, em parte, pelo recurso (notório pela prodigalidade) às medidas provisórias – embora, é claro, muitos outros fatores confluem para essa tendência, a começar pelo próprio desenho político-institucional do país. Apenas em matéria de direito civil, nos últimos anos, tomem-se como exemplos a MP nº 881/2019, que seria convertida para a autodenominada Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), e a MP nº 1.040/2021, que resultaria na assim chamada Lei do Ambiente de Negócios (Lei nº 14.195/2021). Em ambas, à normativa primitiva prevista pelo Executivo, vigente por curto período de tempo, seguiu-se a conversão em leis com disposições em muitos pontos substancialmente distintas das originais.

- xiii N. do T.: Trata-se da *loi du 17 janvier 1975*, dita *loi Veil* (em alusão a Simone Veil, então Ministra da Saúde da França), que foi promulgada com prazo de vigência de cinco anos, a título experimental. A lei foi posteriormente prorrogada por tempo indeterminado em 31.12.1979.
- xiv N. do T.: Cuida-se da Lei nº 63/1981 sobre o Registro Sistemático de Dados Pessoais, de 25.5.1981, que entrou em vigor em 1º.1.1982 com prazo de vigência até 31.12.1985.
- xv N. do T.: Exemplo eloquente na recente experiência brasileira se deu com a autoproclamada “Lei da Liberdade Econômica” (Lei nº 13.874/2019) e a nova redação que conferiu ao art. 113 do Código Civil, em aparente tentativa de fuga da técnica das cláusulas gerais e na direção de pretensões disposições analíticas. As críticas ao diploma em geral, inclusive quanto à inconcebível tentativa de impedir a incidência dos princípios constitucionais por meio de lei ordinária, são bastante conhecidas (algumas delas foram reunidas em: SOUZA, Eduardo Nunes de. Lei da Liberdade Econômica e seu desprestígio à autonomia privada no direito contratual brasileiro. *Migalhas*, 16 abr. 2020). Quanto ao art. 113, critica Gustavo Tepedino que a sua reforma, “preocupada em dar concretude ao dever de boa-fé objetiva, mostra-se verdadeiramente inquietante”, pois doutrina e jurisprudência já haviam demarcado os padrões de comportamento representativos da boa-fé, com “razoável segurança jurídica construída pela argumentação, persuasão e fundamentação de decisões elaboradas ao longo do tempo, na densificação daquela cláusula geral” (Direitos de liberdade econômica e o direito civil. *OAB-RJ*, 19 ago. 2019. Disponível em: www.oabRJ.org.br). Essa lamentável tendência, que busca “esmiuçar” por via legislativa o conteúdo de cláusulas gerais como inócua tentativa de conter seu alcance, sobretudo em matéria empresarial (setor em que se tem disseminado, na nossa experiência recente, o mesmo ataque infundado às cláusulas gerais criticado por Rodotà), há de ser evitada: o seu efeito prático, diverso do pretendido, é a criação de normas que, em um malfadado “meio do caminho” entre a cláusula geral e a disposição analítica, apenas introduzem no direito positivo disposições confusas e termos muito mais indeterminados (para não dizer incompreensíveis), criando, elas sim, insegurança jurídica, e produzindo incoerências graves no interior de um Código Civil que se notabilizou justamente por suas cláusulas gerais.
- xvi N. do T.: Retomando-se o exemplo da malfadada Lei da Liberdade Econômica, critica Gustavo Tepedino: “Não se imagine, contudo, que o Código Civil possa ser o responsável pelas mazelas do empreendedorismo brasileiro, pela falta de empregos ou pela desigualdade social. Do ponto de vista do direito privado, dificilmente se poderá assegurar a liberdade econômica mediante imposição legislativa. Só o genuíno respeito à liberdade com solidariedade e igualdade para todos promoverá a verdadeira liberdade” (Direitos de liberdade econômica e o direito civil. *OAB-RJ*, 19 ago. 2019. Disponível em: www.oabRJ.org.br). Arremata o autor em outra sede: “Que a pauta econômica não se limite à bravata legislativa, transformando-se em medidas concretas do Poder Executivo” (A MP da Liberdade Econômica e o direito civil. Revista Brasileira de Direito Civil, Belo Horizonte, v. 20, abr./jun. 2019. p. 13).
- xvii N. do T.: Combate-se aqui a lógica tradicional segundo a qual a construção do “sistema” decorria de um conceitualismo formalista, que priorizava as generalizações abstratas em detrimento de toda consideração à realidade concreta. Como critica Perlingieri: “Apresenta-se como possível o afastamento do direito vivente e, ao mesmo tempo, a atribuição e a realização do programa jusnaturalístico de uma sistematização unitária do direito privado; a sistemática tende a se tornar um fim em si mesma, e não já instrumento para o progresso e a melhor aplicação do direito” (*O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 96).
- xviii N. do T.: Em francês no original, “tempo atemporal da dogmática jurídica”.
- xix N. do T.: Em francês no original, “presente onitemporal”. O termo, colhido da Gramática por Ost, designa “um fato permanente ou habitual, que o espírito, a qualquer momento do período em que se coloca, pode encarar como presente: ‘a terra gira’. As tautologias fundadoras do tipo ‘*dura lex sed lex*’ encontram seu elemento nesse eterno presente da evidência: a lei é (foi, continua sendo) a lei. Como se a usura mesma do passado ou a fragilidade do ainda não advindo não devessem em nada afetar a força lógica dessas verdades fundadoras” (OST, François. *Le temps du droit*. Paris: Odile Jacob, 1999. p. 77. Tradução livre).
- xx N. do T.: No original, “*per fluttuazione*”. A “ordem por flutuação”, proposta na obra citada de Ilya Prigogine para a Físico-Química, mas estendida a diversos campos das Humanidades por várias correntes teóricas, propõe, a partir de uma “nova racionalidade científica”, que, em sistemas físicos longe do equilíbrio, as flutuações do meio são geradoras de ordem, pois, a partir de pontos críticos da instabilidade entrópica (“bifurcações”), surgem novas organizações dotadas de um comportamento determinável.

- ^{xxi} N. do T.: O trecho parece remeter à “polêmica dos conceitos” que marcou a doutrina italiana em meados do século XX, partindo de indagações filosóficas sobre a natureza dos conceitos científicos e problematizando a interação entre os conceitos jurídicos e a experiência (isto é, a práxis) da aplicação da norma – em um momento no qual crescia o movimento de reação ao tradicional racionalismo formalista, mas se constatava, por outro lado, a relevância do conceito de sistema. Exponente maior da “polêmica”, Salvatore Pugliatti passaria de uma postura mais formalista nos anos 30 para a admissão de uma dimensão histórica e sociológica (uma concreitude fenomenológica) do direito nos anos 50 – sem, porém, eliminar o dualismo entre historicidade e sistematicidade científica, presente em sua obra na alusão a dicotomias como contínuo e descontínuo, sincrônico e diacrônico ou unidade e multiplicidade. Sobre o ponto, cf. PARESCÉ, Enrico. Apresentação. In: PUGLIATTI, Salvatore. *Grammatica e Diritto*. Milano: Giuffrè, 1978.
- ^{xxii} N. do T.: Na linha da nota anterior, a tensão entre cientificidade e historicidade no direito é enfrentada por Pugliatti a partir das perspectivas sincrônica e diacrônica: “pode-se dizer que a ciência do Direito seja, vista sincronicamente, em um dado momento histórico, um sistema de resoluções, que, no entanto, na necessária perspectiva diacrônica, própria da experiência jurídica, que é história, isto é, vida e práxis humana, aparece como complexo de problemas sempre postos e sempre resolvidos” (PUGLIATTI, Salvatore. Spunti metodologici. In: PUGLIATTI, Salvatore. *Grammatica e diritto*. Milano: Giuffrè, 1978 p. 227. Tradução livre). Assim, no momento sincrônico, o sistema conceitual e normativo se apresenta como corpo pronto e acabado de soluções, abstraídas do tempo e das circunstâncias particulares de sua formação, harmonizadas racionalmente; não se ignora, porém, a dimensão diacrônica, dinâmica, em que o direito é a todo tempo recriado e reaplicado, em perene desafio àquela sistematicidade.
- ^{xxiii} N. do T.: Na linha das notas anteriores, o autor evidencia como a técnica das cláusulas gerais atende a descontinuidades distintas: não apenas aquelas percebidas no momento aplicativo (descompasso entre a normativa abstrata e as características do caso concreto) ou em um juízo político sobre a norma já vigente (progressiva desatualização do sistema à luz de uma realidade social e técnica mutante), mas também aquela que é própria da estratégia adotada pelo legislador no momento da produção normativa (dificuldade da técnica de hipóteses fáticas analíticas de acomodar um cada vez mais necessário pluralismo de valores e ideias). Como o autor concluirá ao final deste item, as cláusulas gerais não apenas “adaptam” a normativa (aos tempos e ao caso concreto), mas verdadeiramente “articulam” o sistema e os sujeitos que o operam.
- ^{xxiv} N. do T.: Segundo leciona Stefano Rodotà, “por uma longa fase histórica, o beneficiário da plenitude da subjetividade foi apenas o burguês homem, maior de idade, alfabetizado, proprietário” (*Dal soggetto alla persona*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007. p. 15. Tradução livre).
- ^{xxv} N. do T.: A frase merece destaque, por estabelecer uma distinção essencial à compreensão precisa dos parágrafos seguintes: o objeto da análise do autor neste momento é a intencionalidade da técnica legislativa (no sentido de abrir maior ou menor margem ao intérprete para o preenchimento do conteúdo da norma com uma valoração autônoma do caso concreto) e não a metodologia hermenêutica. Como o autor concluirá mais à frente, a rigor, do ponto de vista interpretativo, as cláusulas gerais colocam os mesmos problemas de qualquer norma jurídica (vale dizer: também diante de normas de hipótese fática analítica caberá ao intérprete uma apreciação global dos valores do ordenamento e das peculiaridades do caso concreto, não se podendo reduzir esses casos a uma inconcebível aplicação puramente mecânica da lei).
- ^{xxvi} N. do T.: No original, “*leggì quadro*”. No direito italiano, segundo o *Vocabolario Treccani*, trata-se da “lei do Estado que, para cada matéria de competência das Regiões, dita os princípios que as leis regionais não podem derogar, e na falta da qual a Região não poderia legislar; em sentido mais amplo, lei que indica os princípios diretivos aos quais deve inspirar-se, em uma determinada matéria, a legislação futura, de resto sem qualquer vínculo que a torne obrigatória senão o político” (Disponível em: www.treccani.it).
- ^{xxvii} N. do T.: Expressão colhida da Filosofia, dita também, em grego, *epoché*. Peculiar aos céticos antigos, a suspensão do juízo “consiste em não aceitar nem refutar, em não afirmar nem negar. O contrário dessa atitude é o dogmatismo, em que se dá assentimento a alguma coisa obscura, que constitui objeto de pesquisa científica” (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 339). No contexto do trecho em epígrafe, a expressão indica que, nesses casos, o legislador efetivamente se abstém de realizar o juízo valorativo completo (e, conseqüentemente, de prescrever o regime jurídico) da *fattispecie*, delegando ao juiz ou ao administrador não apenas uma análise da adequação da norma ao caso concreto, mas também o efetivo preenchimento final do seu conteúdo.

- xxviii N. do T.: No direito brasileiro, sobre a cláusula geral da boa-fé objetiva como instrumento de concretização dos princípios da igualdade substancial e da solidariedade, com referência inclusive ao pensamento de Rodotà, cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, *passim* e, particularmente, item 4.
- xxix N. do T.: No original, “*norma di scopo*”. De acordo com a lição de Vezio Crisafulli (cuja obra sobre a vinculatividade das chamadas normas programáticas exerceria grande influência tanto sobre a doutrina italiana quanto sobre o direito constitucional brasileiro), trata-se daquelas normas que, conquanto prescrevam um fim a ser alcançado, não determinam exatamente por quais meios ou com quais condutas isso deve ocorrer (*La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 62).
- xxx N. do T.: Em *Le fonti di integrazione del contratto* (Milano: Giuffrè, 1969), o autor caracteriza as cláusulas gerais da correção (*correttezza*) e boa-fé como “especificações do princípio da solidariedade” que “têm uma área comum de incidência, representada pela matéria das obrigações e contratos” (p. 150) e permitem a individuação de deveres para as partes no interior dessa área de incidência. Segundo o autor, o conteúdo dessas cláusulas gerais deve ser definido não com um recurso à consciência social, mas sim com a remissão a índices efetivamente normativos, contidos em primeiro lugar nos princípios contratuais e, em segundo lugar, nos desenvolvimentos que o princípio da solidariedade lograra obter até aquele momento no ordenamento italiano (*Ibid.*, p. 151).
- xxxi N. do T.: Embora o autor não forneça exemplos desse grupo de casos (talvez propositalmente, de modo a não exasperar a enumeração, que se presta apenas a estabelecer um contraste com as cláusulas gerais), suas notas características parecem claras: a norma emprega uma expressão sintética que remete o intérprete a um conjunto de hipóteses facilmente cognoscíveis em abstrato. O uso dessa técnica em lugar de uma enumeração propriamente dita permite uma progressiva atualização das hipóteses, seja por obra técnica ou política (de parte do agente ou do ente responsável por compilar e atualizar periodicamente a casuística), seja apenas no campo semântico (pelo próprio intérprete, à luz da evolução social e tecnológica), sem, porém, abrir para o julgador uma particular e deliberada discricionariedade para valorar por conta própria o caso concreto e, conseqüentemente, definir a sua disciplina. Trata-se, portanto, de casos nos quais a normativa (vale dizer, a eficácia a ser produzida pela norma) já foi completamente definida pela lei.
- xxxii N. do T.: Vale dizer, aqui o conteúdo da norma se preenche necessariamente à luz do caso concreto, área de atuação, por excelência, do juiz. Como ficará claro na sequência, porém, isso não autoriza uma hipotética aplicação da norma alheia às particularidades do caso concreto, nem, por outro lado, afasta a cognoscibilidade, em abstrato, do conteúdo de uma norma de *fattispecie* aberta. Em perspectiva civil-constitucional, impende concluir que a influência do caso concreto no preenchimento do conteúdo de normas de hipótese fática aberta difere apenas quantitativa, não qualitativamente, dessa mesma influência na interpretação e aplicação de normas de hipótese fática analítica. Sobre o tema, com ampla referência bibliográfica, permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Índices da aderência do intérprete à metodologia do direito civil-constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 41, 2022, *passim* e, especialmente, item 2.
- xxxiii N. do T.: Lembre-se que, para o autor, as cláusulas gerais consistem, antes de tudo, em especificações de princípios constitucionais e de outros princípios do ordenamento, destinando-se a operar em áreas de incidência específicas no sentido por estes determinado (RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1969. p. 150).
- xxxiv N. do T.: Ao que parece, o autor faz referência, aqui, às normas dos arts. 1.325 e 1.343 do *Codice Civile*, que preveem a licitude da causa como requisito de validade do contrato, cujo âmbito de incidência submete-se logicamente, em alguma medida, às normas que delineiam o próprio conceito de contrato.
- xxxv N. do T.: Para uma interessante derivação dessa perspectiva no direito brasileiro, cf. SILVA, Rodrigo da Guia. *Enriquecimento sem causa: as obrigações restitutórias no direito civil*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. p. 136 e ss., que analisa as interações entre a cláusula geral de restituição do enriquecimento injusto (art. 884 do Código Civil) e normas específicas, de *fattispecie* analítica, criadoras do mesmo dever.
- xxxvi N. do T.: Aqui entendida como o equilíbrio ou programa contratual (na acepção proposta por SILVA, Rodrigo da Guia. Um novo olhar sobre o princípio do equilíbrio contratual: o problema das vicissitudes supervenientes em perspectiva civil-constitucional. *Civilistica.com*, ano 10, n. 3, 2021. p. 21 e ss.), ou, ainda, como a causa do contrato (no sentido bastante abrangente proposto em SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*, ano 8, n. 2, 2019. p. 17 e ss.).

- xxxvii N. do T.: No original, “*norma di indirizzo*”, expressão que geralmente designa normas não vinculantes ou de vincularidade mitigada, mas que servem como diretrizes gerais para outras normas.
- xxxviii N. do T.: A categoria, na acepção específica ora proposta, é de escassíssima menção no direito brasileiro. Entende-se, porém, que o autor se refere àquele tipo de norma que tem sua aplicação atraída ou afastada a partir de critérios definidos com certa discricionariedade pelo intérprete à luz de certo caso concreto; concluindo-se, porém, pela aplicabilidade da norma, a definição do regime jurídico, isto é, dos direitos e deveres daí decorrentes já foi feita analiticamente pelo legislador, que não pretendeu, aqui, conferir ao julgador particular liberdade de valoração do caso concreto. No espectro de abertura das normas delineado pelo autor, portanto, trata-se de um ponto intermédio entre a técnica analítica pura e simples e a técnica das cláusulas gerais. Nada disso, é claro, afasta o imperativo de que o intérprete, ao aplicar a norma, realize um juízo global, que considere a integralidade dos valores do sistema e as características do caso concreto (inclusive para, eventualmente, modular o regime jurídico previsto em lei, como se sustentou, por exemplo, em: SOUZA, Eduardo Nunes de. Uma releitura funcional das invalidades do negócio jurídico: proposta de modulação dos efeitos de atos nulos e anuláveis. *Civiltistica.com*, ano 6, n. 1, 2017, *passim*); esse imperativo, porém, não decorre da própria “diretiva”, e sim de cláusulas gerais e outras normas do sistema.
- xxxix N. do T.: No original, “*comune senso del pudore*”, fórmula corrente que alude à moralidade social.
- xi N. do T.: Para Engisch, as cláusulas gerais correspondem a um critério de classificação distinto daquele a que se referem os conceitos jurídicos indeterminados; aquelas se contraporiam ao método casuístico e estes, aos conceitos determinados. Por isso, é possível que cláusulas gerais constituam um “setor” dos conceitos jurídicos indeterminados, da mesma forma como, ao menos em tese, seria possível cogitar de “uma cláusula geral, que em certa medida [...] seja determinada”. Isso significa que a nota distintiva das cláusulas gerais, para o autor, não é a determinação de seu conteúdo: “Elas não exigem processos de pensamento diferentes daqueles que são pedidos pelos conceitos indeterminados, os normativos e os discricionários. De todo o modo, as cláusulas gerais aumentam a distância que separa aqueles outros conceitos dos conceitos que lhes são correlativos: os conceitos determinados, etc. Mas isto seria apenas uma diferença de grau, não de espécie ou natureza. O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001 [ed. alemã 1983]. p. 232-233).
- xii N. do T.: Prevê o BGB: “§242. O devedor está obrigado a executar a prestação como a boa-fé, em atenção aos usos e costumes, o exige” (DINIZ, Armando Souza (trad.). *Código Civil alemão traduzido*. Rio de Janeiro: Record, 1960. p. 56).
- xiii N. do T.: Em alemão no original, expressão constante do §242 do BGB (cf. nota de tradução anterior), universalmente traduzida como “boa-fé” em língua portuguesa.
- xiiii N. do T.: A utilidade dessas “figuras sintomáticas” é abordada pelo autor na obra *Le fonti di integrazione del contratto* (Milano: Giuffrè, 1969. p. 191 e ss.), que as caracteriza como “formas de controle racional das modalidades de aplicação de normas cujo conteúdo não pode ser previamente reconduzido a uma série de elementos determinados”, especialmente sensível ao filtro das normas constitucionais, que esclarecem as “condições” em que é correto o recurso à cláusula geral e às modalidades desse recurso. São exemplos: a imposição legal ou convencional a uma das partes de um dever de contratar, como na prorrogação compulsória de um contrato; a intervenção do juiz para integrar uma pactuação a respeito de um acordo posterior entre as partes que nunca chegou a ocorrer porque uma delas procedeu contra a boa-fé; a avaliação do comportamento de uma das partes que subtrai da outra a possibilidade de extrair do contrato as utilidades que razoavelmente poderiam lhe ser atribuídas; a atribuição às partes do dever de informar quanto a fatos que podem modificar substancialmente as posições delas ou comprometer a realização da inteira operação econômica do contrato.
- xlv N. do T.: Um risco particularmente presente na doutrina brasileira atual, como pondera, por exemplo, Lenio Streck: “Na verdade, parte da doutrina parece se interessar mais em meramente compilar descrições daquilo que foi dito ou decidido pelos tribunais. Com isso, morre aos poucos a função da doutrina: a de *doutrinar*” (Qual é o “é da coisa” chamada “precedente” e a tese da liberdade de imprensa. *Corjur*, 7 dez. 2023. Grifos no original). Como visto no item 2, *supra*, o servilismo da classe dos juristas não decorre necessariamente do recurso às cláusulas gerais – mas forma, com estas, uma combinação perigosa.

- xiv N. do T.: Esta é uma das mais relevantes respostas que a reflexão de Rodotà pode oferecer à descon-fiança atual em torno da técnica das cláusulas gerais no direito brasileiro e às acusações de abertura em direção à arbitrariedade jurisdicional e à insegurança jurídica. Não se ignora que o papel da jurisprudência no cenário hodierno encontra-se hipertrofiado e em posição de expor a risco efetivo a unidade do sistema. Isso, porém, não parece ocorrer por força do uso legislativo da *fattispecie* aberta, nem pela crescente valorização do caso concreto (premissa essencial ao pensamento civil-constitucional mesmo nos casos em que a técnica legislativa é analítica), mas por outros fatores, a começar pelas acidentadas tentativas de aproximação com modelos da *common law*, as quais veem, na prática, a fonte jurisprudencial como fonte primária do Direito. Como se extrai da lição do autor em outra sede, a casuística jurisprudencial, embora represente elemento importante para se aquilatar a dinâmica das cláusulas gerais, não é o critério exclu-sivo, nem preponderante, para esse fim, sendo certo que não cabe ao intérprete converter a solução de um caso concreto em regra geral e abstrata ser aplicada mecanicamente a novos casos (esvaziando de todo a utilidade da técnica de cláusulas gerais e convertendo-as indevidamente em normas analíticas). O risco no recurso às “figuras sintomáticas”, assim, está nas posições que o veem “como procedimento ‘dog-mático’, com referências explícitas ao raciocínio ‘more geometrico’” (*Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1969. p. 192, nota 169). Cabe, ao revés, à doutrina identificar modelos operativos das cláusulas gerais que auxiliem o intérprete no propósito de densificar o conteúdo da norma, sem, porém, convertê-los em enunciados inflexíveis e vinculantes, que apenas engessam a aplicação da cláusula geral e impedem sua adaptação a cada caso concreto e atualização periódica.
- xvii N. do T.: William Murray, Conde de Mansfield (1705-1793), célebre jurista inglês que chegou a ocupar o posto de *Lord Chief Justice*, foi responsável por relevantes reformas no sistema jurídico inglês, que buscaram modernizá-lo e compatibilizá-lo com padrões da Europa continental da época. Entre outros julgamentos, Lord Mansfield ficou conhecido por sua decisão no caso *Carter v. Boehm*, em 1746, em que afirmou a incidência entre comerciantes do dever de boa-fé, figura que era estranha à tradição do direito inglês. Como pondera Rodotà em outra sede, nos sistemas da *common law*, em que se considera impossível a construção de um princípio propriamente dito de boa-fé no sentido continental, a solução é o recurso ao estudo de *fattispecie* analíticas de aplicação (*Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1969. p. 192, nota 169).
- xviii N. do T.: O adjetivo “integrativa”, aqui, demarca ao menos duas distinções relevantes. Diz-se “inte-grativa” a valência da boa-fé no momento originário e estático de definição do conteúdo do contrato, por oposição à operatividade dinâmica da cláusula geral no controle da execução do acordo (boa-fé “executiva”). Esse primeiro contraste, como se verá, é de menor interesse para o autor, que busca, ao contrário, realçar a inter-relação entre os dois momentos. A segunda distinção relaciona-se com uma evolução do próprio termo “integração”, como explica o autor em outra sede, usando como exemplo a cláusula geral de *correttezza*: “A opinião corrente, corroborada também pelo valor semântico do termo adotado (*integração*), pretende que o recurso à normativa de correção se dê unicamente sob o perfil da adição de novas obrigações àquelas já previstas pelas partes, do enriquecimento ou da inflação do conteúdo obrigatório. Já se pôde observar, porém, que essa é uma opinião fortemente condicionada por um modo de entender a integração como função exclusiva de preenchimento das eventuais lacunas do regulamento contratual: ao passo que a consideração sob o perfil do concurso de fontes permite ver a integração também na diversa perspectiva da modificação do conteúdo do contrato [...]. Parece possível, então, admitir em via de princípio que a normativa de correção possa mesmo impor ao devedor que não cumpre certas obrigações, quando isso se volte à tutela do interesse do credor no quadro geral da cor-respondência entre regulamento predisposto e resultado previsto” (*Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1969. p. 202, em tradução livre).
- xix N. do T.: A advertência ressoa com o tema, crescente na doutrina brasileira recente, da atuação da boa-fé objetiva tanto na criação do “dever de informar” quanto na imposição de um “ônus de se informar” às partes. Sobre o ponto, cf., por todos, o comentário de SILVA, Rodrigo da Guia; TEPEDINO, Gustavo. Dever de informar e ônus de se informar: a boa-fé objetiva como via de mão dupla. *Migalhas*, 9 jun. 2020.
- xx N. do T.: Esse papel limitador há de ser sublinhado no cenário brasileiro atual, em que as cláusulas gerais são vistas por alguns como um descabido convite à arbitrariedade do juiz. Para uma aplicação, no direito pátrio, dessa perspectiva de Rodotà a outras cláusulas gerais (nomeadamente, as normas do art. 927, *caput* e parágrafo único do Código Civil, majoritariamente consideradas pela doutrina brasileira como cláusulas gerais de responsabilidade civil), permita-se remeter a SOUZA, Eduardo Nunes de. Em defesa do nexa causal: culpa, imputação e causalidade na responsabilidade civil brasileira. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (Coord.). *Controvérsias atuais em responsabilidade civil*. São Paulo: Almedina, 2018.

¹ N. do T.: No direito italiano, a discussão se pauta pela norma do art. 1.374 do *Codice Civile*, que prevê a integração dos contratos pela lei e, na sua falta, pelos usos e pela equidade. Para Rodotà, a equidade, por sua natureza individualizante, “se concretiza na atribuição ao juiz do poder de considerar sob o perfil do regulamento as circunstâncias do contrato que, no seu juízo discricionário, parecem as mais adequadas ao escopo” (*Le fonti di integrazione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1969. p. 225). O autor aduz que a equidade não é um princípio normativo autônomo e não se contrapõe às demais fontes do direito, pois “não apenas cumpre uma função diversa, como também atua sobre o plano diverso da concretude das circunstâncias, assim evitando qualquer confusão com os critérios que, como a boa-fé integrativa, são também reconduzidos à intervenção do juiz, mas que, pela sua natureza de cláusula geral, implicam ao revés a referência a parâmetros objetivos, mesmo que variáveis; isto é, parâmetros que o juiz certamente contribui para elaborar, mas não em função exclusiva de uma hipótese fática concreta” (*Ibid.*, p. 246). Segundo o autor, portanto, os juízos equitativos, pela própria natureza, simplesmente não admitem qualquer generalização reveladora de princípios de direito (*Ibid.*, p. 220-221). Embora autorizada doutrina sustente, diversamente, que seria sim possível extrair critérios gerais de valoração a partir de juízos de equidade motivados (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 228), o interesse central dessa posição parece ser menos o de diferenciar equidade e cláusulas gerais e mais o de enfatizar que também o juízo de equidade se sujeita à legalidade constitucional (*Ibid.*, p. 229) – preocupação, como se verá, presente também ao final deste texto.