

Cláusulas gerais, um passado “marrom”?

(Parte 2)

20/12/2021

A apresentação aos leitores brasileiros do passado “marrom” das famosas cláusulas gerais do *BGB* teve início na última semana (clique [aqui](#) para ler), quando se explicou o inegável papel que estas desempenharam na “degeneração” do direito privado alemão naqueles anos de 1933 a 1945. Como visto, isso se deu sobretudo em razão do preenchimento da vagueza semântica, inerente ao tipo normativo das cláusulas gerais, com a ideologia nazifascista.



Essa perfeita identificação entre o conteúdo das cláusulas

gerais e a visão de mundo nacional-socialista, somada à ênfase antiformalista e antipositivista da doutrina nazista, serviu a uma efetiva destruição do modelo individualista-liberal de direito privado, construído pela pandectística ao longo do século XIX. Invocando novamente Schmitt: “assim que conceitos jurídicos como a boa-fé estejam associados não às relações individuais de troca da sociedade civil, mas aos interesses do povo como um todo (...) muda-se todo o direito sem precisar alterar uma única lei positiva”[1]. Conceitos fundamentais subjacentes ao *BGB* como os de direito subjetivo, dever, capacidade jurídica, propriedade e contrato foram tomados de assalto pelos postulados de povo, raça, comunidade étnica, lealdade e honra do “pensamento jurídico popular” [*völkischen Rechtsdenken*][2]. Tudo isso foi possibilitado, em alguma medida, pela “vitória” das cláusulas gerais, que, no período entre 1933 e 1945, abalou de tal forma a estrutura institucional da divisão de trabalhos entre a legislação, jurisprudência e doutrina que “decisões administrativas – ou seja, decisões políticas – ganha[ra]m a forma de decisões de tribunais civis comuns”[3].

Todavia, mesmo diante da experiência nazista, nada autoriza a simplesmente atribuir às cláusulas gerais, à moda do “mal de Hedemann”, a responsabilidade *de per se* pela “degeneração” do direito alemão. Além da constatação banal de que a boa-fé não tem qualquer ligação intrínseca com os valores do nazifascismo[4], deve-se ainda ter em conta que este uso *radicalizado* das cláusulas gerais nos tempos do nacional-socialismo, quando estas assumiram a

função de verdadeiras "normas de controle supraleais" [*übergesetzliche Kontrollnormen*], a serem utilizadas pelos juízes para o controle não-democrático da atividade legislativa, não guarda paralelo com o restante da experiência histórica alemã. Nesta linha, é emblemático que, mesmo na época do auge da crise inflacionária da República Weimar entre os anos de 1923 e 1924, no episódio que ficou conhecido como "jurisprudência da revalorização" [*Aufwertungsrechtsprechung*][5], o plenário do Tribunal Imperial rejeitou categoricamente a tese de que a boa-fé poderia assumir a referida função de controle da legislação[6]. Visando a reestabelecer a equivalência entre as prestações, as dramáticas decisões admitiram, com fundamento na boa-fé objetiva, a possibilidade jurídica da revalorização de créditos oriundos de contratos de mútuo, corroídos pela inflação galopante daqueles anos, em flagrante desrespeito ao princípio legal do nominalismo[7] (a ousada invocação da boa-fé nesses casos serviu de exemplo paradigmático para o delineamento de uma suposta função *contra legem*, a servir de "meio de quebras ético-jurídicas do direito legal", conforme descreveu a sistematização pioneira de Franz Wieacker[8]).

Nesses anos anteriores à ascensão do nazismo, isto é, na experiência da República de Weimar (1918-1933), as preocupações em se "materializar" a autonomia privada no contexto da democracia social nascente levaram ao interessante desenvolvimento das cláusulas gerais como ponto de partida para a criação de diversos institutos jurídicos-privados, a exemplo da teoria da base do negócio jurídico [*Geschäftsgrundlage*], do controle judicial das condições gerais dos contratos e da "descoberta" dos deveres anexos à prestação e dos deveres de proteção pré-contratuais, todos estes de inegável importância para a modernização do direito das obrigações ao longo do século XX[9]. Afinal, a operacionalidade da cláusula geral da boa-fé levou verdadeiramente a uma nova compreensão do próprio conceito de obrigação, rompendo-se com determinados paradigmas da noção clássica de *obligatio*[10].

Para o período do segundo pós-guerra, conforme afirma Hans-Peter Haferkamp, seria inocente acreditar que a ciência jurídica poderia simplesmente retroceder ao estágio weimariano[11]. A experiência nazista deixou, como não poderia ser diferente, marcas irreversíveis no pensamento jurídico alemão. E, assim, a compreensão das cláusulas gerais como "pontos de entrada" [*Einbruchstellen*] não foi abandonada, reorientando-se, no entanto, a irrupção para o texto constitucional – citando o trabalho pioneiro do constitucionalista Günter Dürig: as cláusulas gerais seriam "pontos de entrada dos direitos fundamentais no direito civil" [*Einbruchstellen der Grundrechte in das Zivilrecht*][12].

Sobre a base da identificação com os princípios e as instituições da constituição, a continuidade parcial do pensamento nazista levou, paradoxalmente, a um fortalecimento do Estado de direito. Com Reinhard Zimmermann, podemos concluir: "descobriu-se que a abertura e a flexibilidade das *Generalklauseln* era uma maldição sob o regime Nacional-Socialista e uma benção sob a Lei Fundamental de 1949"[13]. Ainda com relevância na atualidade, a bem-sucedida estratégia alemã de permitir a filtragem da norma constitucional através (principalmente, mas não exclusivamente) das cláusulas gerais sob o modelo da *eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas* teve o destacado mérito de preservar a autonomia epistemológica do direito privado, ao passo em que abriu porosidades no interior do sistema para a admissão de demandas sociais e a consequente adaptação aos novos tempos[14].

Em última análise, esta breve “crônica” das cláusulas gerais parece confirmar a observação posta nos lábios de Adrian Leverkühn por Thomas Mann em “*Doutor Fausto*”, obra literária que retrata (não surpreendentemente) a Alemanha em meio às duas grandes guerras e ao regime nazista, de que “os fenômenos mais interessantes da vida (...) têm provavelmente esse aspecto duplo do passado e do futuro; talvez sejam sempre progressivos e regressivos ao mesmo tempo. Revelam a ambiguidade da própria vida”[15].

* Esta coluna é produzida pelos membros e convidados da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP, Humboldt-Berlim, Coimbra, Lisboa, Porto, Roma II-Tor Vergata, Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC, UFMT, UFBA, UFRJ e UFAM).

[1] SCHMITT, Carl. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1934, p. 59 (tradução livre).

[2] Cf. HAFERKAMP, Hans-Peter. Zur Methodengeschichte unter dem BGB in fünf Systemen. *Archiv für die civilistische Praxis – AcP*, v. 214, p. 73, 2014. Otavio Luiz Rodrigues Jr. destaca a “luta contra o direito subjetivo”, a transfiguração do conceito de dever jurídico e, acima de tudo, a negação do direito privado como um sistema autônomo e independente das demais áreas do direito, v. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 133.

[3] NEUMANN, Franz. A mudança da função da lei no direito da sociedade burguesa. Tradução de Bianca Tavorari. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 109, p. 66, jul./dez. 2014.

[4] Nesse sentido, Marietta Auer nos lembra que as cláusulas gerais também foram utilizadas, por vezes, para se defender os interesses das vítimas do regime em face de uma aplicação estrita de uma lei nazista, cf. AUER, Marietta. *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit* : Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 121.

[5] Para Menezes Cordeiro, “[a jurisprudência da revalorização] traduz, por excelência, a sobreposição da boa fé à normal legal estrita e documenta a actuação dos tribunais quando, desamparados pelo legislador, tenham de decidir perante situações de ruptura”. v. CORDEIRO MENEZES, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 1022.

[6] Cf. HAFERKAMP, Hans-Peter. Zur Methodengeschichte unter dem BGB in fünf Systemen... p. 79; e AUER, Marietta. Selbstreflexion der Privatrechtswissenschaft: Formation, Herausforderungen, Perspektiven. In: HILGENDORF, Eric; SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*. 2. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2021, p. 312-314.

[7] Pelo princípio do nominalismo, o valor nominal das coisas deve ser preservado, independentemente da corrosão inflacionária. “É o nominalismo um princípio que defere ao devedor o direito de se libertar da obrigação pagando a mesma quantidade de moeda recebida, correspondente ao valor nominal no lugar do cumprimento da obrigação”, v. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006, p. 229-230.

[8] WIEACKER, Franz. *Zur rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1956, com edição em espanhol: WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1977.

[9] Nas palavras de Menezes Cordeiro, “a boa-fé originou uma série de novos institutos jurídicos: provavelmente, as mais estimulantes e avançadas criações jurídicas dos últimos dois séculos” In: CORDEIRO, António Menezes. A boa fé nos finais do Século XX. *Revista da Ordem dos Advogados Portugueses*, v. III, p. 901, 1996.

[10] A “descoberta” dos deveres anexos à prestação e dos deveres de proteção pré-contratuais abriu caminho para a compreensão do que Karl Larenz denominaria mais tarde de “complexidade obrigacional”, v. LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Erster Band: Allgemeiner Teil. 14. ed. München: Beck, 1987, com edição em espanhol: LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. No Brasil, a recepção das cláusulas gerais como conceito operacional tem por marco a obra de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva e sua noção de “obrigação como processo”, v. SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

[11] HAFERKAMP, Hans-Peter. Zur Methodengeschichte unter dem BGB in fünf Systemen, p. 73.

[12] DÜRIG, Günter. Grundrechte und Zivilrechtsprechung. In: MAUNZ, Theodor (Ed.). *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung*: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiaksky. München: Isar, 1956, p. 177. Esse é o capítulo inicial da complicada história da constitucionalização do direito privado, que, no Brasil, foi objeto de toda sorte de imprecisões, v. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo...* p. 171-210.

[13] ZIMMERMANN, Reinhard. O Código Civil alemão e o desenvolvimento do Direito Privado na Alemanha. Tradução, revisão e notas: Arthur Maximus Monteiro, João Carlos Mettlach, Otavio Luiz Rodrigues Jr. e Jan Peter Schmidt. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 12, ano 4, p. 342, jul./set. 2017.



[14] Na descrição de Otavio Luiz Rodrigues Jr., “são precisamente essas portas de entrada dos direitos fundamentais que permitem a *constitucionalização-transformação* do Direito Civil (...) A vinculação da autonomia privada aos direitos fundamentais não pode implicar sacrifício do caráter autônomo do Direito Civil”, v. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito civil contemporâneo* ... p. 348-349.

[15] MANN, Thomas. *Doutor Fausto: A vida do compositor alemão Adrian Leverkühn narrada por um amigo*. Tradução de Hebert Caro. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 227.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-dez-20/direito-civil-atual-clausulas-gerais-passado-marrom-parte-2/>