

As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico

JUDITH MARTINS-COSTA

Professora de "Instituições do Direito" na Universidade Federal do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *O perfil da cláusula geral.* 2.1. — *Cláusulas gerais e princípios gerais de direito.* 2.2. — *Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.* 3. *A ideia do Código como "eixo central" do sistema jurídico.* 3.1. — *A flexibilização do Código através do emprego das cláusulas gerais.* 4. *Conclusão.* 5. *Bibliografia.*

1. *Introdução*

A proposição ora apresentada diz respeito ao exame das cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico do tipo codificado, tais como se apresentam os sistemas integrantes do que RENÉ DAVID chamou de "família romano-germânica de direito"¹.

Por isto mesmo, ao abordar a problemática das cláusulas gerais é preciso, desde logo, ter presente a noção de *sistema jurídico*, e, bem assim, a trajetória desta noção, pelo menos em seus traços mais largos.

Trata-se de versão, para o idioma português, de conferência apresentada em 12-4-91 no Seminário Internacional "Crítica de los paradigmas de la teoría del derecho" realizado em Valência, Espanha.

1 In *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, trad. port. de Hermínio A. Carvalho, Lisboa, 2ª ed.

Uma questão preliminar se impõe: como é sabido, a noção de sistema não é, nem mesmo no interior da ciência jurídica, uma noção unívoca², derivando sua polissemia não só da ótica particular do estudioso³, mas, principalmente, das particularidades de cada um dos períodos históricos da formação do ordenamento que se tem em vista examinar. Por isso, a idéia que aqui se toma de “sistema” é, antes de mais nada, aquela deduzida do método comparativista, de “grupos de ordenamentos jurídicos”, vale dizer, sistema enquanto estrutura particularizada pelo emprego de determinado vocabulário correspondente a certos conceitos, pelo *agrupamento de regras* em certas categorias, pela utilização de determinadas *técnicas de interpretação*, e por específicas concepções da ordem social que determinam o modo de aplicação e a própria função do ordenamento jurídico⁴.

2 Por sistema, em geral, tem-se “la distribución de las diferentes partes de una arte o de una ciencia, en lo que se sustentan todas mutuamente y en la cual las últimas se explican por las primeras”, cf. CONDILLAC, *Traité des Systèmes*, cit. por A. Lalande, *Vocabulário Técnico y Crítico de la Filosofía*, Buenos Aires, 1966, pp. 957 e 33, ou “orden de conocimientos sobre un punto de vista unitario”, cf. COING H., “Zur Geschichte des Privatrechtsystems” *apud* FRADERA, Vera M. *O Direito Privado como uma Geschlossenheit; o Direito Privado como um Sistema Aberto*, Porto Alegre, 1988, p. 8. Veja-se também BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*, que examina a questão específica do sistema normativo em sua relação com o direito, seu sentido, condições e limites, analisando as várias acepções do término, em especial o que se tem por “sistema dedutivo ou lógico”, “classificação” — de onde surge a idéia de “relação jurídica” — e enquanto “validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas”, examinando pois a questão das antinomias, da coerência e da totalidade do ordenamento (pp. 175 a 207).

3 Evidentemente não se quer, com esta expressão, recair em uma espécie de voluntarismo ultrapassado. “A ótica particular do estudioso” significa tão-só a concepção de “sistema” que ele mesmo adotou para seu estudo: pode ser, pois, ou a noção de sistema do direito comparado, ou a comparação geral do Direito, ou, ainda, a diferenciação estrutural e funcional de um único sistema, daí derivando as noções de sistema aberto e de sistema fechado.

4 Veja-se RENÉ DAVID, *op. cit.* §§ 15 a 26. Nesta perspectiva também se mostra impossível a separação entre as idéias de “sistema jurídico” e “sistema cultural”, intercambiáveis nos aspectos de sua organicidade, possibilidade e atualidade, que vão se refletir no conjunto de valores sociais em jogo: “la relazione necessaria con una società data fa della cultura positiva un insieme strutturato organicamente; la relazione egualmente necessaria con il tipo di vista sociale fa dell'insieme organico della cultura positiva un sistema di valori”, afirmou ANGELO FALZEA, assinalando que, o que “forma una comunità giuridica è il commune tipo di vita”, pois “è precisamente un sistema unitario di interessi cloche fa di una pluralità di uomini una comunità giuridica”. Assim, a idéia de direito como sistema de interesses — interesses comuns, reais e realizáveis, que agregam o conjunto de indivíduos como um grupo orgânico, caracterizado por seu tipo específico de existência — configura-se dado que há “una funzione metodologica imprescindibile per la scienza del diritto, e quindi un ufficio no più scientifico-formale e scientifico-ideale, ma scientifico-sostanziale e scientifico-reale”, na medida em que a ciência jurídica é uma ciência principalmente hermenêutica que, em sua atuação,

(Continua)

Assim, frente ao sistema ou “família” jurídica que mais de perto nos diz respeito — o sistema romano-germânico — caracterizado, entre outros aspectos, por sua metodologia fundada na lei escrita, na separação entre o Direito Público e o Direito Privado, entre o direito material e o direito processual, e, no plano político, pela observância à tripartição dos Poderes do Estado, têm evidente cabimento as inúmeras discussões travadas há longo tempo pela doutrina acerca do seu caráter estrutural, se *fechado* ou se *aberto*, isto é, se constitui uma totalidade expressa em um conjunto de conceitos e proposições entre si logicamente concatenadas, “unidade imanente, perfeita e acabada”⁵ que se auto-referencia de modo absoluto e cujo modo de expressão privilegiado é o Código, ou se, ao contrário, nesse sistema, o Direito pode ser pensado, aplicado e interpretado como ordem de referência apenas *relativa*, sensível à interpenetração de fatos e valores externos, consubstanciando “permanente discussão de problemas concretos”⁶, para cuja resolução se mostra adequado não o pensamento lógico, mas o problemático, onde a base do raciocínio está centrada na compreensão axiológica ou teleológica dos princípios gerais do Direito⁷.

Nesse sentido é possível afirmar que no início de sua formação, por volta dos séculos XII e XIII, com a redescoberta, nas universidades então nascentes, do *Corpus Juris* justiniano, o sistema jurídico romano-germânico se apresenta como um “sistema aberto”, porquanto sensível à interpenetração de inúmeros outros estatutos (ou, como diríamos hoje, microsistemas) e de valores (que em linguagem atual chamaríamos de metajurídicos) justamente porque se assenta, como bem observou FRANZ WIEACKER, em um triplice fundamento: o *imperium*, a Igreja Romana e a tradição escolar da Antigüidade tardia, “restos que os novos povos e tribos assentes no antigo corpo do império e no centro da Europa receberam e acabaram por se apropriar”⁸.

O sistema assim inicialmente formado, onde teve relevantíssimo papel a interpretação das regras do *Corpus Juris* a cargo dos *doctores* — e operada em especial através da dialética entre os binômios *mens-verba*, *verba-*

(Continuação da nota 4)

opera necessariamente com “l’idea di sistema giuridico e in concreto presuppone sempre un’esperienza, sia pure intuitiva e sintetica, della totalità del sistema”. Mas é preciso não esquecer que esse sistema “comme ogni sistema culturale, ha una struttura complessa”, afastando-se, em consequência, por sua inserção no universo do sistema cultural, a idéia de “plenitude lógica”, antinômica e a de complexidade (Ver FALZEA, op. cit., pp. 14 a 26).

5 FRADERA, Vera. *O Direito Privado como uma Geschlossenheit; o Direito Privado como Sistema Aberto*, Porto Alegre, 1988, p. 9.

6 VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudência*. Taurus, Madrid, 1964.

7 Neste sentido, Clovis do Couto e Silva, “O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão do Futuro”, cit. bibliog.

8 WIEACKER, Franz, “História do Direito Privado Moderno”, cit. bibliog. p. 15.

*voluntas e mens-aequitas*⁹ vai, todavia, progressivamente se fechando, porquanto, em razão da necessidade de maior certeza e segurança, se mostra conveniente privilegiar determinadas fontes de produção jurídica.

É que as imensas potencialidades operativas de tal interpretação acabam por conduzir a um “liberalismo jurídico”, isto é, nas palavras de MARIO REIS MARQUES, a “uma pluralidade de posições e de soluções para uma mesma questão”¹⁰. O recurso, já no séc. XIV, à “comum opinião dos doutores”¹¹ se mostra o meio hábil à fixação de um patamar de regras e princípios que visam alcançar a certeza e a segurança na aplicação do Direito, valendo o pensamento dos doutos, na ausência de lei, como uma verdadeira norma jurídica. Em contrapartida, tal recurso já importa em uma relativa rigidez do sistema¹².

Não se pensava ainda, na idéia de codificação, que só surgirá quatro séculos mais tarde com o apogeu da necessidade de certeza jurídica. Na base dos códigos está, como sabemos, o pensamento jusracionalista pelo qual o Direito é visto e formulado como um sistema fechado de verdades da razão¹³, derivando do conhecimento de verdades filosóficas, um sistema

9 Veja-se, em especial, Mario Reis Marques, op. cit., pp. 6 a 12. Assinala o autor a “ficção criada pela coexistência do direito romano, do direito canônico, dos costumes, da legislação geral dos diversos Estados e dos *iura propria* — verdadeiros microsistemas jurídicos sustentados por uma nova vida econômico-social de feição urbana — superada, em termos harmoniosos, pela atividade dos *doctores*”, pela qual busca-se “face a uma realidade em permanente movimento”, a “manutenção de uma relação constante (identidade de soluções) entre o direito e essa realidade”. Assim, “a dinamização do conteúdo tendencialmente estático dos preceitos é conseguida através de uma específica dialética em que ressalta a importância do binómio *mens-verba*”, de maneira que a correspondência dos *verba legis* à *voluntas* e da *mens* à *aequitas* retornando à norma menos rígida, ampliou seu âmbito de aplicação, “contribuindo para uma maior flexibilidade do ordenamento jurídico” (pp. 6 e 7, em especial nota 2).

10 Idem, p. 12. Como consequência das *opinionum quotidia mutandur* se originou, a partir do séc. XIV, o costume de apelar-se para a *communis opinio doctorum* através da qual a jurisprudência vai desenvolver como um todo e, como tal, fator de certeza e certificação do sistema.

11 Idem, ibidem.

12 Idem, p. 13, nota 14.

13 Veja-se KOSHACKER, Paul, *Europa y Derecho Romano*, cit., cap. XIV. WIEACKER, F., *História do Direito Privado Moderno*, cit., cap. IV. VILLEY, M. *Les Fondateurs de l'École du Droit Naturel Moderne au XVII Siècle*, A. D. P. 1961. THOMAN, M. *Histoire de l'Idéologie Juridique du XVII Siècle: ou le Droit Prisonnier des Mots*. APD, 1974, e *Un Modèle de Rationalité Idéologique: le 'rationalisme' des Lumières*, APD, 1978. MEREÁ, P. *Escolástica e Jusnaturalismo — o Problema da Origem do Poder Civil em Suarez e em Puffendorf* BFDUC, 1943, e *Direito Romano, Direito Comum e Boa Razão*, BFDUC, ano XVI.

de regras que são o resultado de uma rigorosa construção lógico-matemática, a qual parte de regras gerais, deduzidas pelo raciocínio¹⁴.

Tal pensamento se consubstancia, já no séc. XVIII e, em especial no sec. XIX, nas grandes codificações européias. E embora no seu substrato mais profundo o fenômeno da codificação guarde alguma similitude com o ocorrido no séc. XIV — pois o que se visa obter, seja através da sedimentação da *communis opinio*, seja através da consagração da lei em um *corpus* específico é, na verdade, um parâmetro de certeza e segurança jurídica — uma das grandes diferenças está que, no primeiro caso, o Direito é ainda *construído pelos juízes e juristas*, envolvendo-se, em conseqüência, intimamente com a prática, para no segundo ser elaborado pelos professores de modo que, só através da legislação, vale dizer, dos códigos, vai poder influenciar na prática¹⁵.

Os Códigos representam a manifestação máxima de um sistema do tipo fechado. Supõem, em especial na área do direito privado, uma sociedade unitária e formalmente igualitária¹⁶ para a regulação de cujos interesses seria suficiente a perspectiva de unidade, totalidade ou plenitude que, filosófica e metodologicamente adotam.

14 O exemplo precursor deste tipo de codificação está na legislação civil bávara do século XVIII do Príncipe Eleitor Max Joseph III. Na mesma região surge, em 1812, o Código Penal, "monumento do jusnaturalismo crítico pós-Kantiano", na opinião de Wieacker. Também diretamente conseqüente ao pensamento iluminista, o Código da Prússia de 1786, já de caráter eminentemente "sistemático" assim como o ABGB (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erblande*) de 1811. Nenhum deles, todavia, superou a grandiosidade do Código Napoleônico, que, além de substituir os particularismos feudais por um direito geral dos *citoyens* franceses, baseado na razão e na crença jusnaturalista na lei, teve, como seu maior mérito, seu "caráter revolucionário", característica que assegurou ao dito Código, nas palavras de WIEACKER, "uma missão histórica em todas as nações que começaram a modelar-se de acordo com a imagem da francesa, especialmente naquelas que viam aí uma emancipação em relação a formas de opressão interna ou externa" (pág. 391). Diferentemente o Código Civil Alemão (BGB) teve criação positivista na plenitude e no rigor da estrutura conceitual, afastando-se, pois, dos postulados jusracionalistas.

15 KOSCHAKER, *op. cit.*

16 A idéia de "sociedade formalmente igualitária" pode ser observada sob uma dupla perspectiva. É impossível a crítica a este tipo de ficção sem o exame das razões que conduziram à sua formulação. Na origem está, efetivamente, a preocupação dos pensadores dos séculos XVII e XVIII, com origem em HOBBS, passando por Montesquieu e Rousseau, em estabelecer na lei condição de igualdade, o valor "segurança", antes imprescindível como fator da limitação à vontade arbitrária do soberano. Portanto, veja-se, entre outros, BOBBIO, *Estado, Governo e Sociedade*, São Paulo, 1987, e SCARPELLI, "*Dalla Lege al Codice, dal Codice ai Principi*", cit. A segunda corrente, onde o eixo está na palavra "formalmente", é a que se refere mais às conseqüências, a partir do século XIX, dessa idéia. Veja-se, a propósito, também, RAYNAUD, Philippe, *La Loi et la Jurisprudence, des Lumières à la Révolution Française*, APD n° 30, p. 61 e PRIEUR, Jean, *Jurisprudence et Principe de Séparation des Pouvoirs*, APD n° 30, p. 117.

Como consequência desta perspectiva, também a atividade interpretativa se ressentiu, restando a jurisprudência remetida à estrita aplicação da lei, ou seja, à idéia de que ao juiz cabe apenas a tarefa de aplicar a lei dentro da legalidade mais estrita: “que la loi soit claire, uniforme et précise: l'interpréter, c'est presque toujours la corrompre”, afirmou VOLTAIRE¹⁷ expressando com vigor a idéia de plenitude do império da lei.

Como sabemos, tais concepções vão ser postas em causa já no final do século XIX, lembrando WINIFRIED HASSEMER, KARL LARENZ e JOSEPH ESSER, entre outros que, desde o início do século XX a Teoria do Direito, em especial na Alemanha, vem sendo compreendida como “o debate da polaridade da norma legal, de um lado, e da sentença judicial, de outro”¹⁸.

Este debate introduz o que se convencionou chamar de “a crise da teoria das fontes”, a qual resulta, basicamente, “da admissão de princípios tradicionalmente considerados metajurídicos no campo da ciência do Direito”¹⁹ porquanto se passa a compreender que “um código, por mais amplo que seja, não esgota o *Corpus Juris* vigente”²⁰.

Com efeito, na tarefa incessantemente exercida pela Ciência Jurídica desde pelo menos o século XII, de adaptar o Direito ao dinamismo das relações sociais, se leva em conta, agora, que o sistema jurídico deve considerar também, ao lado da norma de direito escrito, princípios, máximas, regras da experiência, usos, diretivas reveladoras da cultura.

O sistema jurídico, assim considerado, volta a ser tido como um “sistema aberto”, porquanto a sujeição ao ordenamento já não mais se revela como mera servidão à lei, formalmente caracterizada: “o direito positivado é apenas uma parte do conjunto, a sua parcela mais visível, mas nele convivem os princípios gerais do Direito, os postulados do Direito Natural, o sentimento de justiça, a exigência de equidade, vivenciados e sentidos pela sociedade na qual o juiz habita”²¹, afastando-se, por consequência, a idéia de que o Direito possa ser aplicado, interpretado e desenvolvido a partir de si mesmo — seja através das representações do legislador, seja por intermédio de um suposto “sentido imanente”²².

Por outro lado, é preciso atentar para o fato de que a extrema abertura do sistema não conduza à sua própria desapareição, porquanto tal

17 WIEACKER, *História...*, p. 528.

18 *Apud* M. Reis Marques, *op. cit.*

19 Cf. ENGLISH, *op. cit.* Ainda, HASSEMER, in *O Sistema do Direito e a Codificação: A Vinculação do Juiz à Lei*, cit., p. 189. Para a compreensão desse processo, veja-se, por todos, LARENZ, *Metodologia*, e ESSER, *Princípio y Norma*, ambos citados, bibliog.

20 COUTO E SILVA, Clovis, *A Obrigação como Processo*, cit., p. 74.

21 *Idem*, *ibidem*.

22 AGUIAR JÚNIOR, R. *Interpretação*, cit., p. 18.

caminho levaria a um estado de incerteza jurídica inconciliável com os próprios postulados da democracia: é preciso manter um determinado patamar de segurança nas relações jurídicas, seja na relação dos privados entre si, seja na relação entre estes e o Estado sob pena de ser instaurada a lei do mais forte, assentado que o princípio da certeza jurídica é essencial às funções de tutela e garantia às quais o Direito se opõe.

Quais serão, então, os *mecanismos* do que a ordem jurídica dispõe para que o sistema, devidamente flexibilizado, possa continuamente ajustar-se às novas realidades, às novas idéias, em busca da efetivação de um *direito justo*? Como atuar para que, frente à lei, não se permita o fetiche da lei? Quais serão os pontos de referência a permitir tal necessária plasticidade?

A resposta a tais indagações pode talvez ser obtida através do estudo das cláusulas gerais, que, em diferentes ordenamentos, têm se mostrado os meios hábeis à flexibilização dos sistemas que as adotaram. Para tanto, na primeira parte, se examinará, com o auxílio do método comparativista, sua utilização e seu alcance no domínio do direito civil. Será preciso, todavia, também examinar quais as soluções que têm sido encontradas em sistemas jurídicos que carecem de tais mecanismos, para a obtenção de uma função análoga.

2. O perfil da cláusula geral

No exame das normas, técnicas e institutos integrantes de determinado sistema jurídico, uma atitude metodologicamente adequada é a que se volta ao exame de sua estrutura, para assim alcançar o perfil particularizado do tema que se tem como objeto da pesquisa.

Integrando o corpo dos Códigos, as cláusulas gerais apresentam, como primeira particularidade, o fato de não possuírem qualquer estrutura própria que as diferenciem dos conceitos jurídicos indeterminados. Assim, parece imperioso verificar quais são as suas especificidades, apurando-se no que diferem das normas que traçam princípios gerais e daquelas que contêm os chamados conceitos indefinidos.

2.1. Cláusulas gerais e princípios gerais de direito

Princípios jurídicos são os pensamentos diretores de uma regulação jurídica *existente* ou *possível*, não constituindo, por si mesmos, regras suscetíveis de aplicação, embora possam transformar-se posteriormente em regras jurídicas, por via de interpretação²³.

Enquanto “pensamentos diretores” ou “fórmulas gerais”, os princípios podem se encontrar expressamente manifestados na lei, e em especial, no

23 LARENZ, *Metodologia*, cit., p. 166.

plano constitucional, nas normas que tutelam os direitos e garantias individuais, como são exemplos, no sistema brasileiro, o princípio da igualdade perante a lei (art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal), o da liberdade do exercício profissional (art. 5.º, XIII) e o da função social da propriedade (art. 5.º, XXIII). Muitos outros encontram-se dispersos pelo *corpus* constitucional — como é o caso do princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*), ou ainda, pelos diversos estatutos infraconstitucionais, af se alinhando, por exemplo, o princípio da liberdade de forma dos atos jurídicos de que trata o art. 129 do Código Civil.

No entanto, existem outros princípios que se situam no plano pré-positivo, vigindo “independentemente da existência de uma regra de direito nesse sentido”²⁴, porquanto pertencem à categoria dos princípios que se colocam no ordenamento jurídico antes mesmo, ou independentemente, de sua expressa adoção por uma regra de direito positivo.

É que se tem por assente, pelo menos desde a obra de JOSEPH ESSER (*Princípio e Norma na Elaboração Jurisprudencial do Direito*) que a aplicação desses princípios, eficazes, como se viu, independentemente do texto legal, encontra sua justificação na “natureza das coisas ou da instituição respectiva” uma vez constituírem “uma peça funcionalmente necessárias de toda a solução concreta”²⁵ que entre no círculo comum de problemas passíveis de serem enfrentados mediante o recurso àquele pensamento.

É o que ocorre no direito civil brasileiro com o princípio da *boa-fé*. Não temos, em nosso Código Civil, uma disposição que o adote expressamente, como ocorre no direito alemão com o parágrafo 242 do BGB, no direito francês com o art. 1.135, no direito espanhol com o art. 7.º I, no direito italiano com os arts. 1.337 e 1.366 ou ainda, no direito civil português, nos arts. 239 e 762, 2.º

Presente, todavia, sua indiscutível importância, conatural à própria idéia de “Direito”, a *boa-fé* é entre nós positivamente considerada, funcionando como *critério orientador* para a solução judicial de casos concretos²⁶, dele derivando muitos outros “deveres anexos” ou “secundários”, como o dever de informar com correção na publicidade comercial, por exemplo, ou

24 COUTO e SILVA, Clovis. *Principes Fondamentaux...*, cit. p. 29.

25 ESSER, *op. cit.*, p. 7.

26 Veja-se, em especial, CLOVIS DO COUTO E SILVA, in *O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português*, cit., de onde afirma-se que, não obstante não existir, no direito civil brasileiro, um dispositivo que o consagre, “seria absurdo concluir que o aludido princípio não integra o ordenamento jurídico, mormente quando se tem presente sua função limitadora do exercício abusivo dos direitos subjetivos”. Isto ocorre, mesmo se não há um dispositivo exposto, também pela razão de sua aplicação constituir “o resultado das necessidades éticas essenciais”. O autor reconhece, ainda, que, quando não existe uma disposição legislativa expressa, “a percepção ou captação de sua aplicação torna-se difícil, por não existir uma lei de referência a que possam os juizes nela relacionar sua decisão”.

o dever de atuar com lealdade no período anterior à efetiva contratação. Recentemente, assim se posicionou a 5.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, interpretando um contrato de compra e venda no qual a vendedora, após a entrega da loja e das mercadorias — objeto da avença — cancelou pedidos de mercadorias anteriormente feitos, ferindo a justa expectativa do comprador. Decidiu o Tribunal, por unanimidade, que “o princípio da boa-fé supõe deveres anexos, de acordo com a natureza do negócio e a finalidade pretendida pelas partes”, de modo que “entre eles, se encontra a obrigação da vendedora de pequena loja de vestuários não cancelar pedidos já feitos, com o que inviabilizaria o negócio e frustraria a justa expectativa do comprador”,²⁷ baseando-se pois a decisão no *venire contra factum proprium*, aplicável em razão do dever de lealdade que decorre da boa-fé.

Todos os princípios, positivados ou não, necessitam de concreção. As cláusulas gerais atuam instrumentalmente como meios para esta concreção porquanto são elas elaboradas através da formulação de hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos²⁸. Por esta via, idéias genéricas e alheadas de uma elaboração acabada e casuística — como as de boa-fé, bons costumes, uso abusivo de direito, usos do tráfico jurídico e outras similares, que só produzem frutos quando animadas por problemas reais, passam a funcionar como “pontos de partida para a formação concreta de normas jurídicas”²⁹.

Tais cláusulas, pelas peculiaridades de sua formulação legislativa, não apenas consubstanciam princípios, mas permitem a sua efetiva inserção nos casos concretos. Cláusula geral, portanto, não é princípio — é norma. Mas é norma especial à medida em que, por seu intermédio, um sistema jurídico fundado na tripartição dos poderes do Estado e no direito escrito permite ao juiz “a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificados, e com vinculação, controlada apenas pelos próprios tribunais, a critérios extralegais — mas em todo o caso convencionais — de base e de densidade empírica variáveis. Não são direito material posto pelo legislador, mas, simplesmente, *standing points* ou pontos de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto”³⁰.

A grande diferença entre princípio e cláusulas gerais, do ponto de vista da atividade judicial, está, pois, em que estas permitem a formação

27 D. Ap. Civ. nº 589073956, rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 19-12-89. Na fundamentação do voto o Des. Relator expressou que “o princípio da boa-fé, com alcance geral, vigora no Brasil, apesar de não constar no nosso Código Civil dispositivo semelhante ao § 242 do BGB” (grifamos).

28 ENGLISH, *op. cit.*, p. 188.

29 ESSER, *op. cit.*, p. 195.

30 *Idem*, pp. 193 e 194.

da norma não através da interpretação do princípio, mas pela criação, através da síntese judicial³¹, onde encontram como elemento de atuação fatos ou valores éticos, sociológicos, históricos, psicológicos, ou até mesmo soluções advindas da análise comparativista, atuando tais critérios tradicionalmente tidos como extralegais através das verdadeiras “janelas” consubstanciadas em tais cláusulas.

2.2. Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados

Bem mais complexo é o discrimine entre as cláusulas gerais e os chamados conceitos jurídicos indeterminados porquanto ambos, como bem assinalou KARL ENGLISH, pertencem ao plano dos conceitos de direito equitativo e não ao plano do direito estrito, contrapondo-se, pois, formal e metodologicamente, à casuística³².

Os conceitos indeterminados podem se reportar tanto a *realidades valorativas* quanto a *realidades fáticas*. Por sua vaguidade e ambigüidade são muitas vezes polissêmicos, daí permitindo razoável dose de liberdade por parte do aplicador da lei no momento de sua aplicação.

Ocorre que tais conceitos integram, sempre, a descrição do “fato” que a norma pretende abranger. Embora permitam, por sua fluidez, uma abertura às mudanças de valoração, a verdade é que, por integrarem a descrição do fato, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa. Assim, “uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência ou a não coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada”³³.

Poderíamos portanto afirmar que há uma diferença de grau no que tange à abstração e à generalidade, distinção que ficará mais clara se tomarmos, a título de comparação, as disposições do art. 395, inciso III, do Código Civil Brasileiro e a do parágrafo 826 do Código Civil Alemão. Ambas referem a expressão “bons costumes”, da seguinte forma:

“Art. 395. Perderá o pátrio poder o pai ou a mãe:

.....

III — que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes. (Código Civil Brasileiro.)

31 *Idem*, p. 195.

32 Casuística, segundo ENGLISH, “é a configuração da hipótese legal — tida enquanto somatório dos pressupostos que condicionam à estatuição — que circunscreve particulares grupos de casos na sua especialidade própria” (*op. cit.* p. 188). Assim, no Código Civil Brasileiro, os arts. 1.122 (contrato de compra e venda), 802 (extinção do penhor), 493 (extinção da posse), 1.572 (a “salsine”), 330 (parentesco), entre outros.

33 BARBOSA MOREIRA, J. C. *Regras de Experiência e Conceitos Jurídicamente Indeterminados*, *cit.*, p. 613.

§ 826. Aquele que objetivou prejudicar alguém por meio de atitudes contrárias aos bons costumes é obrigado a reparar o dano.” (Código Civil Alemão.)

Ora, no primeiro caso, está referenciada a hipótese de perda do pátrio poder do pai ou da mãe, por ato judicial. No caso concreto o juiz deverá valorar o que a sociedade onde vive tem para si como “imoralidade” ou “maus costumes”. Esta valoração será sua premissa. Uma vez configurada, o caso é simplesmente de aplicar a norma, havendo como consequência jurídica a perda do pátrio poder. A solução ao caso, pois, não é “criada” pelo juiz, já estando preconfigurada na lei. O que ocorrerá será apenas um preenchimento do conceito pelo julgador, que, concretamente, o determinará.

No segundo exemplo, o Código Civil Alemão, ao referir que, aos que objetivam causar prejuízo a outrem, “por comportamentos contrários aos bons costumes”, cabe o dever de reparar o dano, consigna, para além de um conceito indeterminado, verdadeira cláusula geral de reparação de danos. A regra posta no referido dispositivo menciona apenas as condições necessárias ao nascimento do dever reparatório, sem definir com exatidão, a noção de prejuízo. Evidentemente, se tem aí todo um *domínio de casos* compreendidos pela cláusula, e não apenas uma única hipótese, como ocorre no citado art. 395, III, do Código Civil Brasileiro. Por outro lado, ao lado de valores, o juiz deverá, tendo em vista as soluções anteriormente conferidas pela jurisprudência e/ou aquelas apontadas doutrinariamente, criar a norma aplicável no caso concreto.

Em ambos — conceitos indeterminados e cláusulas gerais — haverá, por parte do juiz, uma atitude valorativa; em ambos, é certo, o legislador afastou a enumeração casuística dos “atos contrários aos bons costumes”. No primeiro, todavia, o grau de generalidade e abrangência é bem menor do que no segundo; neste, a atitude de subsunção à hipótese legal, que ainda subsiste naquele, é substituída pela atividade de criação judicial, por meio da síntese, de forma a constituir processo de verdadeira concreção.

3. A idéia do Código como “eixo central” do sistema jurídico

A “idade da descodificação”³⁴ se apresenta há algum tempo como uma fascinante tentação aos juristas. No entanto, é possível pensar na possibilidade da convivência harmônica — e, por suposto, dialética — entre a permanência dos códigos e um sistema jurídico “aberto”. Tal linha de raciocínio leva em conta o alerta da doutrina e mesmo os reclamos da experiência prática, para o “efeito perverso” que consistiria, caso afas-

³⁴ A expressão é de NATALINO IRTI, em “Età della Decodificazione”, in *Diritto e Società*, 1978, pp. 623 e seguintes

tados os códigos, na própria perda da noção de sistema enquanto manifestação de uma linha de continuidade histórica definida, no Direito, também em seu nível interno.

3.1. A flexibilização do Código através do emprego das cláusulas gerais

Como se sabe, num sistema jurídico do tipo fechado a atividade judicial não é complexa. Na gênese do espírito codificador está o *mos geometricus*, a pretensão da plenitude, a estrutura piramidal, coerente e completa das leis, segundo ordem de escalonamento hierárquico onde os princípios pré-positivados de nada contam, relegados que estão ao universo escuro do "não-Direito".

Por muito tempo se acreditou na ilusão codificadora, mas neste século, tal ilusão caiu por terra. Sob o influxo das experiências vividas em outros sistemas jurídicos, em especial o da *common law*, a questão da rígida fidelidade à lei e aos vínculos conceituais típicos ao modelo de interpretação axiomática, é afastada, permitindo-se hoje a admissão, também nos sistemas jurídicos integrantes da "família" romano-germânica, da possibilidade da aplicação judicial do Direito por via da concreção³⁵.

É assente que, nos ordenamentos do sistema romano-germânico, não é função primária do juiz converter-se em fonte do direito. Todavia, bem alertou HELMUT COING para a circunstância de que, inobstante "não entre primariamente na missão do juiz converter-se em fonte do direito, esta é uma coisa que em todos os tempos acaba acontecendo"³⁶.

Tal modelo de aplicação judicial do Direito, nos mostra a experiência de outros países, não é, por si só, antagônico à idéia de codificação. Mais do que isto, permite a visualização de uma *nova noção de sistema jurídico*. Se conseguirmos afastar de nosso raciocínio as armadilhas da ilusão codificadora e admitirmos a possibilidade da convivência entre o código, as variadas leis especiais e um modelo de interpretação judicial que não dispense a utilização do raciocínio problemático de que tratou VIEWEG em sua *Tópica*, poderão os códigos sobreviver como "eixos centrais" de cada sistema e subsistema individualmente considerados, entendidos estes, por óbvio, não mais à base da concepção típica às ciências exatas, mas de um modo aberto.

³⁵ Tais concepções surgem da aceitação, no sistema codificado, da idéia de "legislação judicial" exposta por W. HOLMES na obra *The Common Law* (1938), que foi aceita, principalmente, na Alemanha. Veja-se, a propósito, JOLOWICZ, John Anthony, *La Jurisprudence en Droit Anglais: Aperçu sur la Règle du Précédent*, APD n° 30, p. 105.

³⁶ In *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1949, § 254, apud ESSER, *op. cit.*, p. 30.

Neste sentido, o código, tido como “centro” do sistema, se apresentará como um modelo amplo e abrangente de valores metajurídicos, flexível e sensível à dinâmica social, em razão, basicamente, de sua linguagem compreensiva das “cláusulas gerais”. Estas têm, na verdade, papel decisivo a desempenhar, sendo notável, neste sentido, a experiência alemã, de contínua leitura do texto expresso no parágrafo 242 do Código Civil, notadamente no que diz respeito à construção de um “direito justo em matéria contratual”³⁷.

A questão que se propõe é agora a de saber como a viabilização da ética contratual, ou do “direito justo” dos contratos se tornou possível nos sistemas de tipo codificado, construídos sobre o dogma supremo da autonomia da vontade.

Como se sabe, o estudo das cláusulas gerais nos ordenamentos integrantes da família romano-germânica se deve, basicamente, à existência dos parágrafos 138, 242 e 826 do Código Civil Alemão, acentuando neste sentido JOHN DAWSON que, em consequência dos citados textos, é a Alemanha o país que, entre todos aqueles em que a lei reside em um código compacto, o que teve a mais completa experiência com o sistema de normas produzidas pelos juízes.

A história dos trabalhos preparatórios do BGB demonstra não ter estado na *mens legis* de seus redatores conferir ao Poder Judiciário tais mandatos abertos de tantas e tão profundas potencialidades operativas. O fato é que, existentes, tais cláusulas se colocaram, no direito privado alemão,

37 A idéia de “direito justo” é tratada desde Aristóteles que, na *Ética de Nicômaco* escreveu páginas todavia atuais em nossos dias. Em Platão, igualmente, o tema dos conteúdos da justiça ou ordenação “justa” da convivência humana é também uma questão central da *Ética*. Modernamente, na ultrapassagem do positivismo legalista, o tema foi retomado com vigor — é matéria recorrente dos estudos de MICHEL VILLEY, na França, assinalando, na Alemanha, KARL LARENZ que “conciérne a los juristas, porque, si bien es cierto que los juristas pueden limitarse a cumplir las normas de un concreto Derecho positivo, o las decisiones judiciales que en ese derecho positivo sean vinculantes, no pueden evitar que se les coloque incesantemente ante el problema de saber si lo que hacen es o no ‘justo’, sobre todo cuando las relaciones vitales cambian y los casos no se plantean ya de un modo igual” (in *Derecho Justo — Fundamentos de Ética Jurídica*, cit., Proêmio, p. 19). Essa noção não está restrita à civilística. No direito administrativo a boa-fé — princípio fundamental no tema de “direito justo” — tem relevantíssimas consequências, em especial no que concerne aos efeitos da nulidade de certos atos. O “direito justo”, no direito constitucional, conduzirá às idéias de igualdade, proporcionalidade, razoabilidade e controle; no direito processual, levará às noções de imparcialidade do juiz, refletindo, ainda, no amplo espaço reservado à tutela do contraditório; em matéria penal conduzirá à percepção de que a pena deve ser recebida como justa no caso concreto, iluminando, pois, o antigo debate acerca da proporcionalidade das penas. Veja-se, ainda, REHBINDER, M. “Il Senso del Giusto”, cit.

como "faróis errantes alimentados por luzes que podem penetrar em qualquer lei privada"³⁸.

Seria possível duvidar que o BGB, assentado em seus postulados filosóficos, no caráter dominante dos interesses da sociedade burguesa, no liberalismo à *outrance*, na renúncia à ética material no que concerne aos contratos, pudesse atuar como base à regulação dos interesses de uma sociedade tão profundamente alterada, em seus dados infra-estruturais, como foi, e é a sociedade alemã do pós-guerra até nossos dias? Isto foi possível, no entanto, graças à concomitante presença de suas cláusulas gerais e à percepção da jurisprudência civilista. Esta, particularmente, revelou-se, no dizer de WIEACKER, "suficientemente adulta para satisfazer às exigências que as cláusulas gerais adiram à 'obediência inteligente' do juiz", de modo a preenchê-las, em face das modificações estruturais, "com uma nova ética jurídica e social", adaptando-se a ordem jurídica aos novos tempos, em especial no que concerne às hipóteses da *culpa in contrahendo*, à aplicação do princípio *venire contra factum proprium*, à teoria da base objetiva do negócio jurídico e à teoria do "adimplemento substancial" ou "substancial performance"³⁹.

38 "The General Clauses', viewed from a distance". No original: "Of all countries whose law resides in comprehensive codes surely Germany has had the fullest experiences with law manufactured by Judges under the auspices of general clauses. No outsider, especially one trained in American Law, could hope to say anything that would be new a German reader concerning the great overlay of pure case law that has been superimposed on the codes". Veja-se, ainda, WIEACKER, F., "História do Direito Privado Moderno", cit. p. 549. Acerca da história dos trabalhos preparatórios ao Código, veja-se o estudo introdutório de RAOUL DE LA GRASSERIE à tradução francesa do BGB, onde estão relatadas as críticas sofridas pelo projeto, no Parlamento Alemão em 1926, em razão mesmo da elasticidade de algumas de suas disposições.

39 Se, como afirmara HUGO GROTIUS, a "*fides* é a forma de pensar na qual são possíveis contratos", se alcança o imenso valor da "descoberta" de Ihering que ao formular o conceito da *culpa in contrahendo* ("Culpa in Contrahendo oder Schadensentats bei nichtigen Oder Nicht zur Perfektion Gelangten Vertragen", 1861), hipótese que no direito francês é tratada sob o nome de *responsabilité precontractuelle*. Veja-se JOANA SCHMIDT, *La Sanction de la Faute Precontractuelle*, cit. Através dessa noção é admitido que "o comportamento de uma das partes na fase das tratativas, induzindo a confiança da outra parte possa decidir com relação ao negócio jurídico a ser realizado, ou ainda deixando de mencionar circunstâncias que acabariam forçosamente por produzir a invalidade do contrato, dá ensejo ao dever de indenizar". Veja-se COUTO E SILVA, Almiro, in "Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos Resultantes do Planejamento", RDP, v. 65, pp. 29 e ss. Os deveres que se violam não são os deveres principais, mas os "secundários", que se concretizam em deveres de proteção, informação e lealdade, os quais, ultrapassando os valores em jogo na contratação em si mesma considerada, resultam do "imperativo de agir com boa-fé". Veja-se COUTO E SILVA, Clovis, "A Cia. Siderúrgica Mannesmann — Parecer", in RCGE 5 (13), pp. 207 e ss. O mesmo imperativo está refletido na máxima *venire contra factum proprium* pela qual se concretiza a inadmissibilidade de contradição com a própria conduta prévia, fundada "na mesma exigência de *fides*,

(Continua)

Inseridas em outros códigos, a exemplo do que se verifica no art. 7.º da Lei Civil Espanhola, após a reforma de 1973, cujo preâmbulo alude ao “expresso reconhecimento de alguns princípios gerais”, como a boa-fé, a proibição do abuso de direito e a sanção da fraude à lei⁴⁰, no Código Civil Italiano que consigna, no art. 1.337, a boa-fé como regra de comportamento contratual⁴¹ e mais recentemente, no art. 1.198 do Código Civil da República da Argentina⁴², entre outros Códigos, as cláusulas gerais, além de permitir a manutenção da linha de continuidade histórica de cada um dos sistemas jurídicos acabam por expressá-la, à medida em que a história do processo de formação dos códigos — desde o Código Napoleônico — têm demonstrado hoje, com a iluminação proporcionada por um distanciamento crítico de quase duzentos anos, menos gestos de ruptura radical do que a sedimentação, renovada, rejuvenescida, atualizada, dos inúmeros valores culturais de cada sociedade⁴³.

É certo, aliás, que, se se ausentasse da ciência jurídica este “senso de história”, os diversos ordenamentos não teriam como assegurar a sua própria lógica interna. Ausente a coerência — ainda que entendida esta palavra sem a rigidez que lhe procurou emprestar o positivismo —, estaria aberta a perigosa via da casuística, das leis de ocasião, da interpretação subjetivista, do arrivismo intelectual.

O desafio, portanto — já enfrentado pelos citados ordenamentos, mas premente e atual no direito contratual brasileiro, onde inexistem “cláusulas gerais” —, está, portanto, em “dotar a sociedade de uma técnica legislativa e jurídica que possua uma unidade valorativa e conceitual, ao mesmo tempo em que infunda nas leis especiais essas virtudes, permitindo à doutrina poder integrá-las num sistema, entendida, entretanto, essa noção, de um

(Continuação da nota 39)

que, fundamentalmente, impõe aos contratantes a manutenção da palavra dada”. (Veja-se WIEACKER, *El Principio General de la Buena Fe*, cit. p. 60). Outra hipótese em que as cláusulas gerais têm permitido a concretização do “direito justo” é a que configura a *equivalencia objetiva* das prestações contratuais, permitindo-se, no caso da desapareição da base do negócio, a revisão judicial do contrato. (Veja-se LARENZ, Karl, *Base del Negocio Jurídico*, cit., bibliográfica, e CLOVIS DO Couto e SILVA, “A Base do Negócio Jurídico”, RT, vol. 653, cit., bibliográfica.)

40 WIEACKER, *História...*, cit., p. 546.

41 Art. 1.337: “Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.”

42 “Los contratos debens celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosimilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.” Red. ant.: “Los contratos obligan no sólo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos.”

43 Assim o demonstra, no direito francês, ANDRÉ-JEAN ARNAUD, em sua magnífica tese *Les Origines doctrinales du Code Civil Français*, Paris, 1969. No mesmo sentido a observação de J. L. DE LOS MOZOS, in *Derecho Civil — Metodos, Sistemas y Categorías Jurídicas*, Madrid, 1988, p. 34.

modo aberto”⁴⁴, técnica esta que expressa preferencialmente através das cláusulas gerais, constitui verdadeiro “convite para uma atividade judicial mais criadora”⁴⁵ e, todavia, sujeita a controles adequados.

4. Conclusão

O Direito Brasileiro, em especial o direito civil, tributário de uma longa tradição cujo início, em termos de sistema específico, é demarcado pelas Ordenações Afonsinas de 1446 ou 1447, peculiarizou-se, na comparação com outros ordenamentos jurídicos da Europa Continental e da América Latina, por um notável centralismo jurídico, uma vez que as “Ordenações do Reino” de Portugal — onde está a sua base histórica — consagraram, muito antes de colocar-se a idéia da codificação, a noção de uma legislação “unitária e centralizada”⁴⁶ que acolheu ao longo de quatro séculos — sem sistematização, é verdade — os principais modelos que se mantiveram até nossos dias⁴⁷.

Inferno, em certa medida, aos fatores políticos que conduziram ao acolhimento em Portugal, em 1867, da influência do Código Napoleônico, o direito civil brasileiro aplicou até 1916 — data da entrada em vigor do ainda vigente Código Civil — o direito posto nas Ordenações. Este código, ainda que influenciado em inúmeros aspectos pelo direito comum alemão — o que é uma peculiaridade no que se relaciona aos demais países da América Latina, mais próximos, em sua legislação civil, do modelo francês — manteve, em certa medida, a linha de continuidade histórica, sem uma ruptura radical, traço que, agora, mais uma vez se manifesta com o atual Projeto de Reforma, em tramitação na Câmara dos Deputados⁴⁸.

O grande valor do Projeto está na adoção de determinadas cláusulas gerais, principalmente em matéria contratual e no que diz respeito a responsabilidade civil. Foi pensamento expresso dos juristas que o elaboraram transformá-lo em código central, revigorando, assim, processo tradicional do ordenamento de linhagem portuguesa, qual seja, o de adotar determinado *corpus* como ponto de referência indispensável à preservação da unidade do direito, “exigência constante, no desenvolvimento do nosso direito, desde o período do descobrimento até nossos dias”⁴⁹.

Ao mesmo tempo, a introdução das cláusulas gerais no citado Projeto conduz à constatação do movimento pendular onde oscilam, em diferentes

44 CLOVIS DO COUTO E SILVA, *O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão do Futuro*, pp. 148 e 149. O mesmo trabalho foi publicado in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico*, vol. 13.

45 *Idem*, p. 149.

46 *Idem*, p. 129.

47 *Idem*, p. 131.

48 Trata-se do “Projeto de Lei n.º 554-B”.

49 CLOVIS DO COUTO E SILVA, *op. cit.*

medidas, os diversos sistemas com raiz romano-germânica, entre polaridades sempre presentes — de um lado, a necessidade de certeza jurídica, de outro, a busca de soluções afinadas à mutabilidade do tempo e das circunstâncias.

Já no século XII a atividade jurídica buscou, na *interpretatio*, a função hoje atribuída às cláusulas gerais. Como bem observou MÁRIO REIS MARQUES, os juristas daquela época, baseados “na compreensão da *aequitas* enquanto elemento atuante do *jus*”, longe de ficarem restritos à “compreensão de uma vontade através da sua expressão” — como ainda ocorre atualmente — entendiam que a sua própria atividade era um “conhecer para agir”, e, por isto, “ao invés de ficarem hipnotizados pela vontade do legislador, desenvolveram-na e a adaptaram, introduzindo no sistema jurídico novas idéias e novos conceitos”⁵⁰.

O que se quer, nos nossos dias, são soluções de plasticidade similar: o Código central deve permitir a integração do que está em suas margens, disperso em leis extravagantes ou “microsistemas”, o que é possível através das cláusulas gerais. Na perspectiva de um sistema aberto, a própria noção de Código muda — uma vez que não mais se quer abarcar, em seu *corpus*, a totalidade do direito — atuando aí as cláusulas gerais como elemento ao mesmo tempo unificador e vivificador dos ordenamentos.

50 MÁRIO REIS MARQUES, *op. cit.*, p. 8.

5. *Bibliografia*

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Contrato: novas perspectivas*. Porto Alegre, 1987, datilog.

———. “Interpretação”. *Rev. AJURIS*, v. 45, p. 7.

ARNAUD, André-Jean. *Les Origines Doctrinales du Code Civil Français*. Paris.

BARBOSA MOREIRA, J. C. “Regras de Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados”. In *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Orlando Gomes*. São Paulo, 1979, p. 605.

BIANCA, Massimo. “La Nozioni di Buona Fede Quale Regola di Comportamento Contrattuale”. *Riv. Dir. Civ.* n° 3, 1983, 206.

BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do Direito, Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Trad. de Eneas Mangano, Rio de Janeiro, 1966.

BRUTTI, Massimo. “Antiformalismo e Storia del Diritto — Appunti in memoria di Ricardo Orestano”. In *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico*, v. 18 (1989), pp. 675 a 728.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa, 1989.

CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit*. Paris, 1983.

CASTANHEIRA NEVES, A. *O Papel do Jurista no nosso Tempo*. BDUC, vol. LXIV, 1968, p. 83.

- CHAVES BARCELLOS, Maria Angélica C. *A Boa-Fé*. Porto Alegre, 1987, datilog.
- CLAVERO, Bartolomé. "Codificación y Constitución: Paradigmas de um Binómio". In *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico*, vol. 18 (1989), pp. 79 a 145.
- COUTO E SILVA, Almiro. "Princípios da legalidade da Administração e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo". RDP, v. 84, p. 46.
- . "Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos Decorrentes do Planejamento". RDP, v. 63, p. 68.
- COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. *O Princípio da Boa-Fé e as Condições Gerais dos Negócios*. Porto Alegre, 1988, datilog.
- . "A Companhia Siderúrgica Mannesmann". Parecer in RCGE, v. 13, Porto Alegre, 1975, p. 207.
- . "A Base do Negócio Jurídico". In RT, vol., Porto Alegre, 1990.
- . "O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português, In *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, São Paulo, 1980.
- . *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé*. Reprod. Datilográfica do texto preparado ao Curso da Faculdade de Direito e Ciências Políticas de St. Maur (Paris XII) 1988.
- . Miguel Reale, Civilista. Inédito.
- . *A Obrigação como Processo*. São Paulo, 1976.
- CORNU, Gérard. *Clause Résolutive Expresse et Obligation de Bonne Foi*. RTD Civ., 1977, v. 2, p. 340.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. Trad. de Hermínio A. Carvalho, Lisboa, 2ª ed.
- . *Les Caracteres Originaux de la Pensée Juridique Anglaise et Américaine*. APD, nº 15, p. 1.
- DAWSON, John. *The General Clauses, Viewed from a Distance*. In *Rebels Zeitschrift für ausl. u. Intern. Privatrecht*, Heft 3.
- DE LOS MOZOS, Jose Luis. *Derecho Civil: Método, Sistemas y Categorías Jurídicas*. Madrid, 1988.
- DURAND, Paul. *La Connaissance du Phénomene Juridique et les Tâches de la Doctrine Moderne du Droit Privé*. Dalloz, 1956, Chron p. 73.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. de J. Batista Machado, Lisboa, 3ª ed.
- ESSER, J. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho*. Madrid, 1956.
- FALZEA, Angelo. "Sistema Culturale e Sistema Giuridico". *Rev. Dir. Civ.*, 1988, Parte Prima.
- FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O Direito Privado como uma Geschos-senheit: o Direito Privado como Sistema Aberto*. Porto Alegre, 1988, datilog.
- . *Dever de Informar do Fabricante*. Porto Alegre, 1989, datilog.
- . "A Quebra Positiva do Contrato". *Revista AJURIS* vol. 44, p.

- FREITAS, Oswaldo. "Linhas Gerais do Novo Código Civil Português". In RFDU, vol. 2, n. 2, 1972.
- GARRIDO, Roque e ANDORNO, Luis. *Reformas al Código Civil*. Buenos Aires, 2ª ed., 1971.
- GILISSEN, John. *Introdução à História do Direito*. Trad. portuguesa de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, Lisboa, 1986.
- GIORDANI, Michele. "La Morte del Codice Ottocentesco". *Rev. Dir. Civ.*, 1980, 1, p. 52.
- GOMES, Orlando. "Raízes Históricas e Sociológicas do CCB". *Revista AJURIS*, vol. 9, p. 5.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito, Concetto e Normas Jurídicas*. São Paulo, 1988.
- DRIDEL, Jean Pierre. *Remarques de Principe sur l'Article 35 de la Loi nº 78-23 du 10 janvier 1978 Relatif à la Prohibition des Clauses Abusives*. Dalloz, 1984, Chron XXV, p. 153.
- GUERREIRO, José Alexandre T. "A Boa-Fé nas Negociações Preliminares". In *Rev. Dir. Civ.*, vol. 16, p. 48.
- HASSEMER, Winfried. "O Sistema do Direito e a Codificação; a Vinculação do Juiz à Lei". In *Estudos de Direito Alemão*, Porto Alegre, 1985.
- KOSCHACKER, Paul. *Europa y el Derecho Romano*. Madrid, 1955.
- LARENZ, Karl. *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*. Tradução de Luiz Díez Picazo, Madrid, 1985.
- . *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. de Souza e Brito e Veloso, Lisboa, 1969.
- . *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*. Trad. de Carlos F. Rodrigues, Madrid, 1956.
- . *Derecho de Obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz, Madrid, 1959, 2ª ed.
- LOSANO, Mario G. *I Grandi Sistemi Giuridici. Introduzioni ai diritti europei ed extraeuropei*. Torino, 1978.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. II, trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro, 1985.
- MARQUES, Mário Reis. *O Liberalismo e a Codificação do Direito Civil em Portugal*. BFDUC, Sept. XXIX, 1987, pp. 1 a 25b.
- MASPETIOL, Roland. *Garantie du Droit et Dynamisme Social*. APD n.º 1-2, p. 200.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio e ROCHA, Manoel André da. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra, 1984, 2 vols.
- MICKLITH, Hans. "La Loi Allemande Relative au Régime Juridique des Conditions Générales des Contrats du 9 Décembre 1976: Bilan de Onze Années d'Application". In *RIDC* n.º 1, 1989, p. 101.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte Geral do Projeto do Código Civil Brasileiro*. São Paulo, 1986.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra, 1988.
- PEREIRA DA SILVA, Alzira. "A Função da Parte Geral do Código Civil". In *Rev. Dir. Civ.*, v. 16, 1988.
- REALÉ, Miguel. *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. São Paulo, 1978.
- RÉCASSENS-SICHES, Luiz. *Panorama del Pensamiento Jurídico en Siglo XX*. México, 1963.

- REHBINDER, Manfred. "Il Senso del Giusto". *Riv. Dir. Civ.*, 1983, Parte Prima, p. 1.
- REZZÓNICO, Juan C. "La Calificación e Integración del Contrato". In *Contratos*, Buenos Aires, 1989, p. 57.
- SACCO, Rodolfo. "Codificare: Modo Superato di Legiferare? In *Riv. Dir. Civ.*, Anno XXIX, 1983, Parte Prima.
- SALDANHA, Nelson. "Teoria Constitucional e Pensamento Jurídico-Privado Contemporâneo. RDP, v. 59/60, p. 99.
- . "L'Historicité du Droit et les Valeurs Juridiques". In *Filosofia Oggi*, 1985, 4, p. 652.
- . "Ciência do Direito e Conhecimento Histórico". In *Velha e Nova Ciência do Direito*. Recife, 1974, p. 31.
- SALVADOR, Manuel. *Tercetos e os Efeitos dos Atos dos Contratos; a Boa-Fé nos Contratos*. Lisboa, 1962.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. "Note Conclusive: il Codice e il Mantenimento di Valori Essenziali". *Riv. Dir. Civ.*, 1980, 1, p. 85.
- SCARPELLI, Umberto. *Dalla Lege al Codice, dal Codice ai Principi*. RF11, vol. LXXVII nº 1, p. 3.
- SCHMIDT, Joana. *La Sanction de la Faute Précontractuelle*. RT D. Civ., 1966, nº 50, p. 72.
- SCHLESINGER, Piero. "Il Tramonto del Codice Civile". *Riv. Dir. Civ.*, 1980, 1, p. 80.
- SCHWAB, Dieter. "Liberdade Contratual e Formação de Contratos *ex vi legis*". Rev. *AJURIS*, v. 39, p. 16.
- . "Validade e Controle das Condições de Negócios". Rev. *AJURIS*, v. 41, p. 7.
- SIDOU, Othon. "A Reformulação do Código Civil Brasileiro". In *RFDU*, v. 15, n. 112, 1986.
- SOURIOUX, Jean Louis. "Source du Droit en Droit Privé". In *APD*, Tome 27, Paris, 1982.
- STIGLITZ, Ruben. "Contenido del Contrato". In *Contratos*, Buenos Aires, 1989, p. 149.
- TANCELIN, Maurice. *La Justice Contractuelle: Expériences et Perspectives au Québec*. RIDC, 1978, p. 1009.
- THOMANN, Marcel. *Histoire de l'Idéologie Juridique du XVIII Siècle: ou le Droit Pristonnier des Mots*. APD, 1974.
- . *Un Modèle de Rationalité Idéologique: le "Rationalisme" des Lumières*. APD, 1978.
- VALADÃO, Haroldo. "O Código Civil Brasileiro e sua Reforma, Estrutura e Sistemática; Códigos Multiplicados, Especiais e Autônomos. In *RFDU*, v. 7. n. 1, 1978.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia*. Ed. Taurus, Madrid, 1964.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. de A. M. Botelho Hespanha, Lisboa, 1980.
- . *El Principio General de la Buena Fé*. Trad. de José Luis Carro. Madrid, 1982.