

# MECANICISMO, EQUIDADE E CLÁUSULAS GERAIS NO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES\*

José de Oliveira Ascensão

Sumário: 1. O mecanicismo na aplicação da lei; 2. O positivismo; 3. A equidade; 4. O Direito social e valorativo. As cláusulas gerais; 5. A reforma do *Livro das Obrigações* do BGB: a incorporação do Direito do Consumidor; 6. A visão social do novo Direito; 7. Os traços de um Direito das Obrigações mais humano.

## 1. O MECANICISMO NA APLICAÇÃO DA LEI



ão gostaria de repisar aspetos gerais da evolução do Direito e da metodologia jurídica. Mas é indispensável ter consciência dos antecedentes próximos para chegar à compreensão da realidade presente.

Simplificando, partimos logo do séc. XVIII: porque o séc. XVIII é um (re)começo inegável, para bem ou para mal.

No ponto de vista jurídico, dentro da linha que prevalentemente nos atingiu, temos a *separação de poderes*. Não é um mero fenómeno político. É uma orientação que se comunicou profundamente à vida jurídica. A reação contra situações passadas levou a excessos paradoxais, que foram não obstante aceites com grande ênfase e de maneira literal.

Se se pressupunha a separação dos poderes, o judiciário não poderia ter nenhuma parte na elaboração do Direito. A separação dos poderes é entendida de modo radical e mecanicis-

---

\* Publicado in *Direito das Obrigações – Reflexões no Direito Material e Processual* – obra em homenagem a Jones Figuerêdo Alves (coordenadores: Fernanda Pessoa Chuahy de Paula *et al.*), Ed. gen/Método (São Paulo), 2012, 327-338.

ta, com base num entendimento errado do que seria praticado nos sistemas de *common law*, mais diretamente no Reino Unido. É fundamental a fórmula de Montesquieu: o juiz é a boca que fala as palavras da lei. O povo cria as leis, o juiz aplica-as. Nada pode acrescentar por si. Aliás, mesmo a intervenção que se diria mínima do juiz é coartada ainda pela subordinação ao júri.

Assim sendo, o juiz tem a função de dizer o que está estabelecido na lei. No esquema mais puro, o júri daria os fatos e o juiz declarava o que a lei determinava perante essa faticidade. Por isso as leis deveriam ser taxativas, não dando espaço a construções ou valorações por parte do juiz. Para cada caso haveria na lei uma solução. O juiz diria que solução era essa, abstendo-se de valorações próprias.

Tínhamos então o que chamamos mecanicismo. E como tal, o paralelismo com as máquinas automáticas é justificado. Uma vez exarada a decisão do júri, o juiz automaticamente diria qual a solução jurídica correspondente.

O próprio Direito legislado se ajustava a este padrão. As leis que foram produzidas, nesse século e no séc. XIX, *maxime* os códigos, eram leis com soluções tendencialmente sem cambiantes. Ditava o Código Penal francês: “Celui qui tue, aura la tête tranchée”. No plano do Direito das Obrigações não se andava muito longe: se não havia cumprimento desencadeavam-se todas as consequências, sem preocupação de distinguir as inúmeras diversidades que podem surgir de caso para caso.

Poderá parecer estranho que isto se passe assim justamente num período que foi dominado pela doutrina do Direito Natural: daria a ideia que este seria um Direito valorativo. Na realidade, porém, semelhante “Direito Natural” foi um cúmplice desta situação.

O Direito Natural da época é o jusracionalismo: a escola racionalista do Direito Natural. Deduz um Direito altamente abstrato e idêntico para todos os tempos e lugares. As leis que

os “Estados ilustrados” aprovam têm o selo do Direito Natural: como tal participam da sacralização daquele. As soluções legais, sejam quais forem, são rígidas porque não poderiam, diz-se, ser outras: nas obrigações, nos contratos, na propriedade... Deste modo, um Direito intrinsecamente rígido só poderia ser rigidamente aplicado.

Os códigos civis do séc. XIX respiram em geral este ambiente, tendo como paradigma o Código Civil francês. Expandem-se por vários países, frequentemente por mera cópia. Presidem a uma sociedade pouco atenta à problemática social concreta e traduzem o predomínio da burguesia, que saiu vencedora da Revolução Francesa.

## 2. O POSITIVISMO

Uma grande corrente da 2.<sup>a</sup> metade do séc. XIX e que transbordou sobre o séc. XX foi o positivismo. Não nos interessa porém o positivismo como corrente geral, mas a sua projeção na metodologia jurídica.

Essa projeção foi surpreendente, não propriamente no seu aspeto negativo, que é a rejeição de toda a metafísica, mas na metodologia que introduziu.

Dir-se-ia que o Direito, dada a atração das Ciências Naturais, se transformaria numa espécie de sociologismo. De fato, houve orientações sociológicas importantes, nomeadamente na Criminologia. Mas a aplicação judicial do Direito não mudou fundamentalmente a sua base. A lei continuou a ser o elemento intocável. O anátema que lançou sobre o Direito Natural deixa a lei sozinha em campo, como a única fonte válida para aplicação do Direito. Por isso o positivismo jurídico tem o sentido de tudo reduzir à lei, base exclusiva do trabalho dos juristas.

Mas já tinham assim procedido, na prática, os juristas saídos da Revolução Francesa. Onde está então a diferença?

A diferença está na construção duma Ciência do Direito,

que dá unidade às várias regras dispersas. Esta formula princípios que também pertenceriam ao corpo do Direito e assim conduzem diretamente a novas soluções.

Aqui o jurisconsulto sai da sua função subordinada, de exegeta das soluções legais, para desempenhar o papel ativo de desenhar um corpo unitário do Direito, agregado e coerente em todas as suas partes. O Direito passa a ser intrinsecamente científico: ele não é mero produto da lei, é-o também do labor da Ciência Jurídica. Surgem então as grandes construções, que se sobrepõem à lei, pretendendo revelar a vera efigie desta.

O positivismo teve sobretudo como cultores, na sua vertente afirmativa, os juristas germânicos. A figura mais conhecida foi a de um autor já tardio do séc. XX, Kelsen, que é simultaneamente o grande extremista neste domínio: dir-se-ia que leva o positivismo ao absurdo.

O positivismo teve alguma projeção legislativa, não grande todavia, porque o seu forte não era o Direito a constituir. O seu monumento é o BGB, o Código Civil alemão de 1900. É um código tecnicamente muito aperfeiçoado, que se torna modelo para muitos outros. Beneficia de um certo esgotamento do Código Civil francês, que por falta de renovação origina o surpreendente: o Direito francês, de legalista extremo, transforma-se em Direito jurisprudencial, porque o Código se torna insuficiente para dar as soluções. O BGB vem disputar-lhe a aura de gozava.

O positivismo, na sua redução à lei, embora “reconstruída”, viu-se envolvido em polémicas, particularmente no séc. XX, por força de um florescer de escolas filosóficas, nomeadamente a Filosofia dos Valores, que afirmavam a relevância de elementos substanciais no Direito. Teve grande dificuldade em conviver com novas preocupações sociais, de que falaremos depois. Carregou a acusação de se acomodar bem a regimes totalitários ou afins. Por isso teve também o seu declínio como corrente, embora já não tanto como prática individual.

De certo modo podemos referir o Código Civil brasileiro de 1916 ao positivismo, mas numa posição híbrida. Sofreu da circunstância de ter sido aprovado com atraso em relação à preparação. Não aproveitou a possibilidade de diálogo com o BGB, cujo projeto estava publicado quando terminou a sua elaboração. Apesar do seu mérito intrínseco, deixou uma certa insatisfação, que se arrastou ao longo do séc. XX.

### 3. A EQUIDADE

Aqui, começaremos por falar no empirismo.

Digamos que é uma não-corrente, mas que tem numerosos seguidores. Consiste em resolver o caso concreto pelo caso concreto, atendendo à impressão provocada pela situação. Desejavelmente seria acompanhado de uma ideia geral de procurar a Justiça na solução.

É possível que o frequente recurso que encontramos a soluções não-legais traduza um certo cansaço pelo debate das escolas metodológicas. Isso leva cada um a refugiar-se na toca do caso concreto, procurando o que resulta dele, em vez do que resultará da lei.

Mas no fundo, uma resolução do caso à luz da Justiça do caso concreto é a equidade. A equidade é, efetivamente, uma categoria legalmente admitida. Mas o recurso à equidade só é válido quando a lei o permitir. Por isso, temos de reconhecer que todas as vezes que há lei e se recorre não obstante à equidade, se pratica uma ilegalidade pura.

Muito frequentemente, essa ilegalidade é qualificada. Constitui mesmo uma arbitrariedade. É a via, não para obter a Justiça do caso concreto, mas para obter a injustiça. O que, obviamente, é gravíssimo. Chegamos ao pólo oposto ao do ponto de partida, o do juiz autômato. Agora temos o juiz auto-crático, que faz o que quer, com lei ou contra ela.

Mas isto é vicioso. Não haverá qualquer progresso na

aplicação do Direito enquanto este vício não for genericamente condenado. Porque assim se sabota um valor precioso, que é a segurança jurídica. Quando alguém pensa recorrer a juízo, pondera objetivamente as perspectivas de ganho da causa. Mas se o juiz decide empiricamente, invocando explícita ou implicitamente uma equidade que a lei não lhe permite, que cálculo jurídico resta à parte? Tenderá a decidir-se por razões não jurídicas, que representam um perigo para ele próprio, para aqueles com quem litiga e para a própria dignidade e credibilidade da Justiça.

Mesmo não havendo arbitrariedade, o empirismo nas decisões é um perigo para a Justiça. A equidade é preciosa, sim, mas quando a lei a admite – por exemplo, quando se trata de estabelecer quantidades, que nenhuma lógica pode precisamente fixar. Fora disso, a equidade surge como tentação. É uma fuga à interpretação e aplicação rigorosas da lei. Um Direito coerente e seguro deve rejeitá-la.

#### 4. O DIREITO SOCIAL E VALORATIVO. AS CLÁUSULAS GERAIS

Pelo virar do séc. XIX para o séc. XX, a prática manifestava inquietação perante a rigidez do Direito legislado.

Surgiram em vários países tentativas de recorrer àquilo a que se chamou as “cláusulas gerais”. Não são, evidentemente, cláusulas de contratos. São previsões valorativas da ordem jurídica objetiva, que interferem na aplicação de regras ou princípios<sup>1</sup> para assegurar um resultado valioso, à luz de critérios éticos.

A própria doutrina elaborou cláusulas dessa ordem. Seja o caso do “abuso do direito” em França, no dobrar do séc. XIX para o séc. XX. Seja em si correto ou não, representava em qualquer caso uma tentativa de vencer incongruências valorati-

---

<sup>1</sup> Sem entrar no debate de elas próprias serem ou não princípios.

vas da lei através de uma fórmula maleável que orientasse a aplicação no caso concreto.

O grande passo dá-se porém quando é a própria lei a albergar com transparência semelhantes cláusulas.

Não pode deixar de ser aqui referida a Constituição alemã de Weimar, surgida após a guerra de 1914-1918. É fundamental a máxima que introduz: “A propriedade obriga”. Em vez do direito absoluto e sagrado da Revolução Francesa surge agora uma propriedade intrinsecamente caracterizada pelo desempenho de uma função social.

Mas as cláusulas gerais multiplicam-se, da boa fé à proporcionalidade. Revitalizam-se cláusulas antigas, como a ordem pública e os bons costumes. E os códigos civis do séc. XX respiram este novo ambiente, como o código suíço, o italiano, o português e o holandês.

Isto nos permite afirmar que estamos na senda de um novo equilíbrio. Este está a igual distância do mecanicismo e do empirismo. Pressupõe uma estruturação do Direito à luz de princípios, mas esses princípios não são meramente formais, são repassados de conteúdo substancial.

A esse conteúdo substancial pertence indelevelmente a marca social do Direito. O séc. XIX foi o séc. do individualismo: no séc. XX despertou, no meio das suas convulsões, a idade do social. O Direito recebe agora essa mensagem e vai-a interiorizando sucessivamente nos seus vários setores. É necessário que os seus institutos reflitam um ambiente mais solidário que o dos códigos anteriores.

O Código Civil brasileiro, como código deste século, teve o defeito de sair atrasado, por corresponder a um Projeto do início dos anos 70. No entanto, contém elementos de muita relevância que vão sendo sucessivamente trazidos à plena luz pela doutrina. Aponto particularmente a *função social do contrato*, que as outras leis não referem. Nos termos do art. 421, “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites

da função social do contrato”. Esta orientação geral é muito rica particularmente para a matéria das obrigações, que representa em especial o tema deste livro.

Os intérpretes vão por todo o lado adaptando-se ao manuseio de cláusulas gerais. Não é fácil, particularmente quando se defronta ainda um ranço de empirismo ou arbitrariedade. Pode-se com facilidade ver na cláusula os próprios desejos, afirmar por exemplo uma *razoabilidade* que a lei não consagra, em vez de fazer a interpretação do conteúdo e sentido próprio de cada cláusula geral. Mas é indispensável fazê-lo, porque doutra maneira estaremos ainda na equidade (ou numa pseudo-equidade) sob o disfarce duma cláusula geral.

É com esta base que ocorre abordar o instrumento legislativo mais significativo desta natureza, surgido já no século XXI – a reforma do Livro das Obrigações do BGB.

## 5. A REFORMA DO LIVRO DAS OBRIGAÇÕES DO BGB: A INCORPORAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Em 2001 foi aprovada a reforma do Livro do Direito das Obrigações do BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch* alemão. Foi uma grande tarefa, em que se empenharam os grandes juristas alemães contemporâneos. As divergências foram sendo vencidas, tendo-se chegado ao fim com um texto equilibrado e exemplar, mais uma vez.

Não nos é possível deixar consignadas as muitas alterações que se fizeram. Vamos limitar-nos a alguns pontos marcantes, com incidência na nova imagem do Direito das Obrigações.

A colocação do Direito do Consumidor na enciclopédia jurídica é em todo o mundo uma questão em aberto. Por razões contingentes mas justificadas, o Brasil aprovou um Código de Defesa do Consumidor em 1990, que representa a nosso conhecimento o primeiro Código do Consumidor do mundo. Ou-



tros países seguiram orientação diversa ou contentaram-se com um feixe de leis autônomas. Frequentemente demasiadas leis autônomas até. Assim acontece na União Europeia com a pluralidade de diretrizes fragmentárias que a União emitiu.

A Alemanha procedeu diversamente. Prevaleceu a orientação de integrar esta matéria no Código Civil. Um ano antes desta reforma geral, em 2000, fora já incluída no § 13 do BGB a definição de consumidor. Com a reforma de 2001 aproveitou-se a necessidade de transpor uma diretriz comunitária sobre proteção do consumidor para integrar o Direito do Consumidor no BGB.

A integração é seletiva. Não se passa toda a legislação extravagante para o Livro do Direito das Obrigações. Continuará a haver leis extravagantes de defesa do consumidor. Mas os princípios fundamentais deste passam a ser integrados no Código Civil.

Toda a matéria das *cláusulas negociais gerais*<sup>2</sup> é integrada<sup>3</sup>. É justificado, porque é matéria fundamental do Direito Civil, que só se compreende em diálogo com todas as outras disposições deste. As cláusulas negociais gerais também surgem fora da relação de consumo. Aqui como em vários outros casos, a relação com o consumidor antecipa o que é depois generalizado ao Direito Civil.

A integração do Direito do Consumidor no Livro das Obrigações deu igualmente azo a serem integradas matérias que na própria legislação comunitária não vinham apresentadas como sendo de Direito do Consumidor. Assim aconteceu com a Diretriz n.º 2000/35/CE, de 29 de junho, sobre atrasos nos pagamentos de transações comerciais, que foi transposta e generalizada com a reforma do Código Civil porque se entendeu que constituía matéria geral.

De resto, foram integradas várias outras matérias, que

---

<sup>2</sup> Expressão que preferimos a cláusulas contratuais gerais.

<sup>3</sup> §§ 305 e seguintes.

não nos podemos permitir examinar individualmente. Temos por exemplo as vendas a domicílio e no lugar do trabalho, os contratos a distância, a venda de bens de consumo e garantias, os contratos de habitação periódica ou multipropriedade imobiliária, o empréstimo e o financiamento a consumidores...

Apesar da extensão das matérias compreendidas, o BGB não se quer exaustivo. Continuarão a vigorar leis setoriais especializadas, mesmo nas matérias integradas no seu núcleo no BGB, porque um código não se pretende apetrechado a reger todos os pormenores: basta-lhe dar o fundamental dos regimes jurídicos.

Com isto, o BGB pôde absorver o essencial do Direito do Consumidor incluindo-o numa cinquentena de artigos. Deve-se porém também reconhecer que, ao gosto alemão, alguns desses artigos são gigantescos.

Que apreciação cabe fazer, desta integração do Direito do Consumidor no Código Civil?

As receitas não são universais. O que é bom para a Alemanha pode não ser bom para o Brasil. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro teve uma função histórica, de integração na ordem privada do espírito da Constituição de 1988, que não pode ser ignorada.

A questão é porém menos de divisão de leis do que de divisão de matérias. Há que perguntar: o Direito do Consumidor é por sua natureza Direito Civil ou representa um ramo diferente?

Aqui, a nossa resposta vai claramente no sentido da pertença ao Direito Civil. É o que resulta da nossa indagação sobre o Direito Civil.

A essência do Direito Civil está quanto a nós expressa pela fórmula: é o *Direito Comum do Homem Comum*<sup>4</sup>. É aquele de que todos os membros de uma comunidade participam,

---

<sup>4</sup> Cfr. o nosso *O Direito Civil como Direito Comum do Homem Comum*, in *Jornal Carta Forense*, 2 de Dezembro de 2010, pág. A8.

pelo simples fato de serem pessoas. Não pressupõe divisões ou especialidades particulares, profissionais ou outras, que cabem a ramos do Direito especiais.

Não há nada mais comum a todo o homem que a qualidade de consumidor. Por isso, o Direito do Consumidor é necessariamente um Direito de todos. É assim, consequentemente, Direito Civil.

A recondução do Direito do Consumidor ao Direito Civil, operada pela reforma do Livro do Direitos das Obrigações do BGB, marca a resoluta opção por um caminho no qual todos temos muito a nos inspirarmos.

## 6. A VISÃO SOCIAL DO NOVO DIREITO

O individualismo estreito e opaco do séc. XIX está ultrapassado. Todos se reclamam do social. O termo deixou também de estar castigado pela confusão com o socialismo que caracterizou o séc. XIX, dada a falência dos sistemas que historicamente o afirmaram ter incorporado: fica por isso mais disponível para uma conotação isenta. Mas em compensação, se todos se reclamam de pensamento social, a unanimidade faz desconfiar que a palavra substitui o conteúdo, pois passa a servir para tudo. Há que proceder como que a uma redescoberta.

Também no Direito o pensamento social foi avançando, penosamente, ao longo do séc. XX. Mas serviu muito mais para satisfazer egoísmos individuais ou de classe que para construir uma ordem social “livre, justa e solidária”, como aquela de que se reclama o art. 3/I da Constituição.

De todo o modo, há um claro progresso neste século na índole dos sistemas jurídicos em geral. É o caminho das correntes reformistas e do Direito do Trabalho, o da doutrina social da Igreja, o da Constituição de Weimar, o dos movimentos do pós-guerra mundial... É, no meio de combates e desvios, uma corrente em marcha.

Mas interessa-nos o Direito, e particularmente o Direito das Obrigações. Porque também um pensamento de socialidade ou solidariedade caracteriza o novo Direito das Obrigações, embora ainda em busca do seu próprio caminho.

Se olharmos muito para trás, encontraríamos em Roma a repartição física do devedor inadimplente pelos vários credores. Praticasse-se literalmente assim ou não, marca o ponto de partida. Depois temos a venda como escravo e após o tratamento desapiedado pelos credores – o que é já realidade histórica.

Talvez os próprios juriconsultos se tenham deixado impressionar demasiado pela descrição da relação jurídica como “a solução pacífica de um conflito de interesses”: porque, desejando-se ou não, ficava em primeiro plano a categoria do conflito. Mas no Direito não há só conflito. Há também cooperação. E muitos institutos representam o selo jurídico da cooperação, estruturada permanentemente para a obtenção de finalidades e vantagens recíprocas das partes, assentes nessa cooperação.

Quando as figuras não são assim caracterizadas, por a relação ser episódica, por exemplo, mesmo então o laço entre credor e devedor (em geral, mutuamente credor e devedor um do outro) tem sempre um elemento de cooperação. Por isso se foram sucessivamente desenvolvendo os deveres acessórios ou auxiliares de conduta, cuja lesão valeria como violação da obrigação. Antes de mais, pelo que respeita ao dever nuclear e principal da boa fé. Mas além dele, ou como figuras autônomas ou como aspetos da boa fé que o labor dos juristas vai individualizando ou autonomizando, como a informação ou os deveres de proteção da pessoa do contraente, temos uma vasta teia de deveres que dão hoje o ambiente em que a cooperação credor / devedor se desenrola.

Assim, a doutrina foi identificando um dever de mitigar os danos da outra parte. Por exemplo, se a mercadoria recebida tinha defeitos que justificavam a sua rejeição, a parte poderia

deixá-la abandonada, sujeita a degradar-se, porque não era nada com ela? A maior sensibilidade hodierna já não aceita este egoísmo. Cada parte deve fazer o que é de esperar de um contraente leal e de boa fé na mitigação dos danos da outra.

Também aqui, a Reforma do Livro do Direito das Obrigações do BGB dá um passo significativo em frente.

Deixa de ser uma previsão específica, relativa a um dever de proteção de bens, essencialmente, para ser dito com toda a sua generalidade: cada parte deve zelar pelos interesses da outra. O § 241/2, logo na abertura do Livro do Direito das Obrigações, que a relação creditícia, consoante o seu conteúdo e a sua natureza, pode obrigar cada parte a ter em atenção os interesses da outra. Mais ainda: com esta base, a relação creditícia pode ser limitada.

Todos ouvimos contar as histórias de pessoas muito habilidosas que conseguiam fazer passar bens sem préstimo a outras, arrecadando vantagens reais. O Direito está, pelo menos na visão legal, cada vez mais longe desse mundo dos enganos. O Direito impõe uma solidariedade mínima e quem a não prestar, mesmo que tenha cumprido tal qual a prestação principal, não pode pretender ser alheio aos problemas da outra parte, sobretudo quando resultarem da sua conduta.

Isto tem hoje um forte apoio na *função social* que o Código Civil brasileiro em boa hora atribui ao contrato. Há pois espaço para avançar e esclarecer esta linha na ordem jurídica brasileira. Até porque o farol continua a ser a sociedade livre, justa e solidária que nos aponta a Constituição.

## 7. OS TRAÇOS DE UM DIREITO DAS OBRIGAÇÕES MAIS HUMANO

Mas na realidade, podemos falar igualmente na criação de uma sociedade mais humana. Porque só uma sociedade solidária nos faz sair da selva para estabelecer relações verdadei-

ramente à medida do espírito humano.

Não teríamos, ainda que o pretendêssemos, possibilidade de levar muito longe este exame dos traços da moderna evolução do Direito das Obrigações, na medida em que estes se refletem ou podem refletir no ordenamento brasileiro. Aspetos como a profunda reforma no BGB do instituto da prescrição, ou a introdução do comércio eletrônico, têm de ser passados inteiramente em silêncio.

Dissemos que nos dirigimos para um Direito de cláusulas gerais. Um Direito valorativo, que nos dá critério de avaliação para chegar à solução do caso concreto, permitindo-nos prescindir da ilusória segurança de encontrar a solução pronta e acabada na lei.

O trabalho sobre cláusulas gerais é mais difícil: mas é o único que pode levar a soluções corretas, que afastem simultaneamente, quer o mecanicismo, quer a pseudo-equidade que esconde o arbítrio de quem é preguiçoso.

Insistimos particularmente na *proporcionalidade*. Está muito próxima da razoabilidade e ambas da boa fé, mas cada tem o seu núcleo específico. Por isso se reclama do jurista que capte o contributo específico de cada cláusula, para não desperdiçar a riqueza que uma por uma proporcionam.

A proporcionalidade tem o grande contributo de conter um elemento de *justa medida*, que nenhuma outra cláusula pode dar. Mas tem a dificuldade de estar manifestada sobretudo em disposições de Direito Constitucional, o que prejudicou durante muito tempo o seu aproveitamento no Direito Privado.

Não pode ser assim. Impõe-se de novo a consideração da unidade da ordem jurídica; e particularmente, da participação de todos os ramos do Direito dos grandes marcos do Direito Constitucional. Por isso o intérprete deverá ser capaz de desvelar o autêntico sentido de cada cláusula geral, sem se refugiar na desculpa fácil e falsa de que é tudo muito subjetivo.

Não são só as cláusulas gerais, porém, que são renovadas

pela nova maneira de abordar o Direito. Muitas soluções que pareciam consagradas estão sendo afinal revisitadas, por já não serem compatíveis com o Direito valorativo de hoje.

A Reforma do Livro do Direito das Obrigações do BGB assentou muito fortemente no incumprimento ou inadimplemento da obrigação.

Quando se pode dizer que uma obrigação é incumprida? Em vez de recorrer a noções muito genéricas, que se limitam a justapor o dever de prestar e a possibilidade (ou não impossibilidade) da prestação, a disciplina do BGB passa a girar em torno da contraposição da violação dum dever por parte do devedor a situações de anomalia ou perturbação da prestação, que vão sendo sucessiva e valorativamente analisadas.

A reforma da impossibilidade da prestação é fundamental. Poderia anteriormente bastar a impossibilidade física absoluta. Mas o abandono de semelhante orientação é agora categórico: a parte não é obrigada a satisfazer a sua prestação se isso exigir dela um esforço desproporcionado.

Tão-pouco pode uma parte recusar a contraprestação ou resolver o contrato se a parte não cumprida pela outra, no equilíbrio contratual, tiver escassa importância (art. 320/(1) 2 BGB). Isto implica que a parte não cumprida continua tal, mas não permite à outra parte pôr em causa o nexo de corresponsabilidade das prestações.

Isto é muito significativo da noção reforçada de equilíbrio ou proporcionalidade que anima a nova versão da lei,

É também importante o que respeita à alteração das circunstâncias ou à base do negócio. Esta matéria não estava codificada: fora uma descoberta doutrinária posterior ao BGB. Os novos §§ 313 e 314 chamam-na para o interior do Código.

Estamos na realidade muito próximos do modo com o Código Civil português, por influência germânica naturalmente, regula a matéria: o art. 252/2 prevê o erro sobre a base do negócio e o art. 437 a modificação ou resolução do contrato por

onerosidade excessiva derivada de alteração das circunstâncias. A lei alemã prevê os efeitos da variação de circunstâncias que foram tidas como a base do negócio no § 313/(1) 1. No § 314 dá a possibilidade de denúncia dos contratos duradouros por razões importantes, sem dependência de prazo. Equipara ainda à alteração de circunstâncias a falsa representação de circunstâncias que foram a base do negócio (§ 313/(1) 2).

E no Direito brasileiro? O Código Civil prevê no art. 478 a resolução por onerosidade excessiva. O erro sobre a base do negócio não foi autonomizado.

Esta matéria dá-nos base para um bom exercício de ajustamento de Código Civil e Código de Defesa do Consumidor.

O CDC prevê no art. 6.V como direito básico do consumidor a revisão de cláusulas contratuais em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

E no art. 51.IV determina a nulidade de cláusulas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada. A regra é estendida pelo art. 29 às pessoas “expostas às práticas” previstas nesse preceito.

Não há pois um recurso a uma disciplina geral fundada no erro sobre a base no negócio; mas há a cominação de nulidade para as cláusulas desproporcionais em relação ao consumidor.

Esta disciplina poderá ser estendida aos contratos em geral?

O CDC prevê a revisão do contrato; o CC não prevê que a parte tome a iniciativa da revisão, mas admite que a outra parte suscite em resposta a revisão equitativa do contrato.

I – Perguntamos primeiro: será também possível, nos contratos do CC, pedir a revisão do contrato por onerosidade excessiva superveniente em vez da resolução deste?

Quanto à primeira questão, vemos que o art. 479 CC admite que a contraparte se ofereça para modificar equitativamente as cláusulas contratuais, para evitar a resolução.



Ora, atendendo à função social, não há que considerar definitivo a lei ter referido apenas a resolução em benefício da parte gravada. Se a revisão das cláusulas contratuais é bastante, este caminho deve ser o preferido, porque mais vale que o contrato subsista do que pereça. A parte pode pois pedir imediatamente a modificação do contrato. Há também neste sentido um argumento de proporcionalidade, porque se a revisão do contrato é suficiente para eliminar a desvantagem exagerada não é necessário chegar ao extremo da resolução.

II – No que respeita à segunda questão, pergunta-se agora se nos contratos do CC a parte pode pedir a nulidade de cláusulas correspondentes àquelas para que o art. 51.IV comina a nulidade de pleno direito.

Aqui a resposta parece-nos dever ser negativa. A diferença entre os dois códigos parece-nos ser racionalmente justificada.

A imposição da nulidade da cláusula tem uma função protetora do consumidor e de pessoas em situação análoga. Já não parece que o mesmo se justifique perante outras pessoas.

Estas têm, pelos princípios gerais, de ser defendidas das onerosidades excessivas. Mas não se presume já uma posição de inferioridade delas. Logo, pode ser deixado a cada interessado determinar se reage ou não, e como reage. Por isso, basta dar-lhe a possibilidade de resolver o contrato, como faz o art. 478 CC.

Vemos assim que o jogo racional do CC e do CDC, não só afasta os choques de técnica e formulação entre ambos, como deve ser valorizado como um elemento para alcançar, de modo racionalmente fundado, um ulterior progresso na ordem jurídica brasileira.

