

## Significados e limites da autonomia privada: entre princípios e cláusulas gerais

Francesco Paolo PATTI\*\*

(trad. Eduardo SOUZA\*\* e Thiago RODOVALHO\*\*\*)

SUMÁRIO: 1. O controle judicial da autonomia privada, hoje; – 2. O recurso aos princípios e às cláusulas gerais; – 3. A concepção da autonomia privada “antiindividualista”. 4. A solidariedade: um apelo necessário? – 5. O papel da boa-fé; – 6. Intervenções modificativas do juiz e “mérito” do interesse; – 7. A figura do juiz e a evolução do direito; – 8. Conclusões.

### 1. O controle judicial da autonomia privada, hoje

Em tempos recentes, as investigações sobre o significado e os limites da autonomia privada frequentemente tomaram em exame decisões jurisprudenciais que fizeram recurso aos princípios e às cláusulas gerais.<sup>1</sup> Um elemento comum nos pronunciamentos dos juízes atém-se ao referimento às normas constitucionais<sup>2</sup> e à cláusula geral da boa-fé. Por exemplo, em dois casos muito discutidos, a Corte Constitucional sustentou a aplicabilidade em via direta do princípio da solidariedade e da cláusula geral da boa-fé para afirmar a nulidade de uma cláusula contratual,<sup>3</sup> elaborando um controle substancial que não encontra expressa previsão nas normas do Código Civil.

---

\*\* Professor Associado de Direito Privado da Università Bocconi de Milão.

\*\* Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Atualmente é Juiz Federal na Seção Judiciária do Estado do Espírito Santo.

\*\*\* Professor Titular da PUC-Campinas (Graduação e Mestrado). Membro do Corpo Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD). Doutor e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, com estágio pós-doutoral no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht.

<sup>1</sup> Para uma visão de conjunto, v. C. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *Jus civile*, 2018, p. 396 ss. Nos comentários da doutrina, não por acaso, surgiu a preocupação de que a interferência dos juízes seja excessiva e idônea a limitar indevidamente a autonomia privada das partes. P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 231; assim como, recentemente, A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 747 ss.; C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 87 ss.

<sup>2</sup> F. MACARIO, *L'autonomia contrattuale come fonte del diritto privato nella dimensione costituzionale*, in *Biblioteca fondaz. it. notariato*, 2018, p. 167 ss.; A.M. BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale come valore da proteggere - Costituzione, solidarietà, libertà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 827 ss.

<sup>3</sup> Cf. Corte cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248, in *Contratti*, 2014, p. 927 ss.; Corte cost., ord. 2 aprile 2014, n. 77, *ibid.*, p. 854 ss., segundo qual, sob o perfil da relevância, o tribunal não teve em conta «algumas possíveis margens de intervenção reconhecíveis ao juiz de frente a uma cláusula negocial que reflita [...] um regulamento de interesses não equitativo e gravemente desequilibrado danoso a uma parte. E tal em razão da cognoscibilidade, *ex officio*, da nulidade (total ou parcial), *ex vi* do artigo 1418 Cod. Civ., da cláusula mesma, por contrariedade com o preceito do art. 2º da Constituição (pelo perfil de adimplemento dos deveres inderrogáveis de solidariedade) que entra diretamente no contrato, em contexto combinado com o cânone da boa-fé, o qual atribui força normativa, “funcionalizado assim o vínculo obrigatório também à tutela dos interesses do parceiro negocial na medida em que não colida com o próprio interesse do obrigado”». V. A propósito F.P. Patti, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 685 ss.

Os novos caminhos jurisprudenciais induzem a se interrogar sobre a técnica de controle da autonomia privada baseada em normas constitucionais e na cláusula geral da boa-fé. Nesta perspectiva, parece particularmente produtivo um confronto com o pensamento de Emilio Betti, o qual na sua obra lançou as bases para uma questão de caráter geral: em qual medida as exigências sociais são idôneas para limitar a autonomia dos privados? A presente contribuição partindo da abordagem bettiana, em parte mudada no tempo, tem o escopo de indagar a existência de linhas de continuidade entre as concepções dominante no período no qual o Código Civil de 1942 entrou em vigor e as atuais técnicas de intervenções judiciais fundadas sobre princípios e sobre cláusulas gerais. Nos últimos anos, normas imperativas, em prevalência de cunho europeu, incidiram de modo significativo sobre a extensão da autonomia privada.<sup>4</sup> O problema principal advertido pela doutrina parece, no entanto, referir-se a casos nos quais o juiz, exercitando um poder discricionário e tornando-se intérprete de instâncias sociais, determina limitações à autonomia privada.

## 2. O recurso aos princípios e às cláusulas gerais

As cláusulas e princípios gerais permitem, em alguns casos, corrigir os resultados alcançados com a aplicação de uma regra específica.<sup>5</sup> Nesse sentido, os juízes exercem um poder mais amplo do que aquele que decorre da interpretação usual da lei, visto que o ordenamento jurídico não identifica as condições de aplicação, como é o caso das normas específicas. Este poder corresponde a uma maior dificuldade de decisão, uma vez que o juiz é claramente chamado a equilibrar interesses opostos. Este aspecto preocupa a literatura jurídica, uma vez que a utilização de princípios e cláusulas gerais pode resultar na transformação do sistema jurídico baseado na lei escrita em um ordenamento de direito judicial.<sup>6</sup>

A referência ao dever de solidariedade e à boa-fé contida em decisões recentes suscita várias questões que se refletem na questão da relação entre a autonomia privada e a intervenção do juiz. Nota-se que – como acontece com a boa-fé – no caso do princípio a

<sup>4</sup> Cf. S. PATTI, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, in *Contratto e impr.*, 2013, p. 633 ss.; P. SIRENA-Y. ADAR, *La dialettica di principi e regole nel diritto europeo dei contratti: dai PECL al CESL, e oltre*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2013, p. 203 ss.; na língua alemã, v. spec. G. WAGNER, *Zwingendes Vertragsrecht*, in H. EIDENMÜLLER-F. FAUST-H-C. GRIGOLEIT-N. JANSEN-R. ZIMMERMAN, *Revision des Verbraucher-acquis*, Tübingen, 2011, p. 1 ss.

<sup>5</sup> Cf. S. PATTI, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, in Id., *Ragionevolezza e clausole generali*, 2ª ed., Milano, 2016, p. 107, no qual recorda o caso *Renault* (Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro. it.*, 2010, I, c. 85 ss.).

<sup>6</sup> Assim G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 445 s. No mesmo sentido, Francesco BENATTI, *Contratto e poteri del giudice: il problema*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, I, p. 703 s. Ma v. N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 32 ss. Com específica referência à cláusula geral de boa-fé, v. também A.M. GAROFALO, *Il problema della clausola generale di buona fede nell'equilibrio tra formanti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 575 ss.

*fattispecie* é construída pelo juiz usando a argumentação.<sup>7</sup> A tarefa do juiz não se reduz à mera subsunção do fato em um caso pré-estabelecido pelo legislador<sup>8</sup> e isso tem levado a detectar uma “crise” de *fattispecie*<sup>9</sup> e a afirmar a existência de uma jurisprudência<sup>10</sup> que, operando em princípios, agora eleva-se a uma verdadeira fonte de direito.<sup>11</sup>

A questão não pode ser aprofundada; no entanto, deve-se notar que Betti distingue claramente entre princípios e normas<sup>12</sup>, afirmando que os primeiros inspiram a *ratio iuris* das normas sob o aspecto teleológico.<sup>13</sup> No contexto de uma escrita ideologicamente orientada, Betti questiona-se sobre os “Princípios gerais do novo ordenamento jurídico”.<sup>14</sup> Os princípios podem derivar do sistema jurídico existente ou ser indicados pelo legislador como um programa de política jurídica. Comparados às normas individuais presentes no sistema, os princípios seriam caracterizados “por um excesso de conteúdo deontológico”. Segundo o autor, eles, como se verá, desempenham um papel de fundamental importância na interpretação da lei. Segundo Betti, os princípios só poderiam ter natureza programática e é essa a natureza jurídica que o autor atribui aos princípios contidos na Constituição. Além disso, Betti acredita que, em qualquer caso, o trabalho do intérprete não se limita à mera subsunção de um fato em uma *fattispecie*.<sup>15</sup>

Para além dos princípios ou regras recordados pela jurisprudência, o problema fundamental é o de estabelecer a linha divisória entre o uso e o abuso da liberdade de

<sup>7</sup> V. F. ADDIS, *Sulla contrapposizione tra norme e principi*, in S. MAZZAMUTO-L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi*, Torino, 2016, p. 243; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, pp. 65–77. Em relação à argumentação, R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo, Mengoni e Schlesinger, Milano, 2011, p. 267 ss.

<sup>8</sup> Cf. P. PERLINGIERI, *Legal Principles and Values*, in 3 *Italian Law Journal* (2017), p. 133.

<sup>9</sup> Cf. N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.; o qual replica A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla «fattispecie»*, *ibid.*, p. 249.

<sup>10</sup> Nota dos Tradutores (NT): Atente-se o leitor brasileiro ao uso do termo *giurisprudenza*, que na Itália designa tanto a Ciência do Direito quanto o conjunto de decisões emanadas de um tribunal, devendo ambos os sentidos ser deduzidos conforme o contexto.

<sup>11</sup> V. sobretudo N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 15 ss.; G. DE NOVA, *La giurisprudenza fonte del diritto?*, in *Jus civile*, 2016, p. 412 ss.; G. VETTORI, *La giurisprudenza fonte del diritto privato*, in *Riv. trim.*, 2017, p. 869 ss.

<sup>12</sup> E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, II, Milano, 1955, p. 846: “princípio designa qualquer coisa que se contrapõem conceitualmente a cumprimento, a consequência que dele segue, e assim a forma completa e formulada: é a ideia germinal, o critério de valoração, de que a norma constitui a implementação, reduzida em formulação prescritiva específica”.

<sup>13</sup> Em sentido crítico, considerando que os princípios gerais são normas, v. N. BOBBIO, entrada/verbete *Principi generali di diritto*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 889 s.

<sup>14</sup> E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 217 ss. Em termos gerais, sobre o empenho político de Betti e suas ligações com o fascismo, v. M. BRUTTI, *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, in I. BIROCCHI-L. LOSCHIAVO (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime (1918–1925)*, Roma, 2015, p. 63 ss.

<sup>15</sup> NT: Segundo Torquato Castro, foi E. Betti quem criou o termo *fattispecie*, e que obteve apoio no consenso geral da doutrina italiana, que seria o fato jurídico, em face do qual a situação jurídica se confronta como resposta a ele dada pela ordem jurídica, como resultado de uma valoração de direito (cf. CASTRO, Torquato. *Teoria da Situação jurídica em direito privado nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 62).

negociação, útil para entender quando o conteúdo do contrato é um fato destinado a permanecer privado e quando, pelo contrário, a disparidade de posição das partes contratantes torna-se um acontecimento juridicamente relevante, na medida em que a injustiça da relação individual constitui um sério obstáculo à difusão dos valores da individualidade.<sup>16</sup>

### 3. A concepção da autonomia privada “antiindividualista”

Na “Teoria geral do negócio jurídico”<sup>17</sup>, Betti destaca a necessidade de o negócio jurídico cumprir a função econômico-social de satisfação de determinados interesses. Na visão do autor, o controle da autonomia privada deve ocorrer por meio da causa. Betti expressa um juízo negativo sobre o “dogma da vontade” e denuncia a “concepção individualista” que ainda permeia a dogmática. Seu objetivo era “trazer, especialmente no ambiente da sociedade moderna, um grau de sensibilidade social, de que o antigo individualismo dos juristas não tinha noção”.<sup>18</sup> Segundo Betti, os negócios nascem na vida de uma relação e a sanção do direito configura-se como algo acrescentado e logicamente posterior. O negócio permite que particulares “governem a própria casa”; no entanto, os objetivos subjacentes são avaliados por meio do filtro de relevância social. Sem dúvida, era uma forma de pensar “pouco liberal”,<sup>19</sup> pois se referia a um “interesse social” que devia ser “objetivo e socialmente controlável”. A autonomia contratual foi canalizada no espaço dos tipos negociais previstos pelo ordenamento jurídico.<sup>20</sup> Nas palavras de Betti, o direito “vai ao encontro” do exercício da autonomia negocial, já existente na realidade.<sup>21</sup> A questão em discussão foi descrita por Natalino Irti como a “recepção”, ou seja, o problema de como o direito “acolhe e recebe” o negócio em sua esfera.<sup>22</sup>

O discurso de Betti sobre a autonomia privada não parece incidir principalmente sobre a questão da intervenção dos juízes, se a “intervenção” for concebida como uma modificação das cláusulas contratuais ou como uma integração do contrato com base em deveres fundados na cláusula geral do boa-fé. Nestes casos, o ordenamento, a

<sup>16</sup> R. CALVO, *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 310, recuperando o pensamento de Ludwig Raiser *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, a cura di C.M. Mazzone, Milano, 1990.

<sup>17</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2ª ed., in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, XV, 2, Torino, 1952.

<sup>18</sup> E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 11.

<sup>19</sup> M.N. MILETTI, *Diritto privato e funzione economico-sociale: radici bettiane d'una formula*, in F. MACARIO-M.N. MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI*, cit., p. 13.

<sup>20</sup> Cf. M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino, 2013, p. 121: “A liberdade individual se reduz à escolha entre causas prefixadas”; M.N. MILETTI, *op. ult. cit.*, p. 14.

<sup>21</sup> Sobre o ponto, com referências ao pensamento de Betti, v. N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 556».

<sup>22</sup> N. IRTI, *Itinerari del negozio giuridico*, in *Id., Scuole e figure del diritto civile*, Milano, 1982, p. 72 ss., spec. p. 85 ss.

princípio, “reconhece” o negócio jurídico, mas o juiz intervém no sentido de modificá-lo, implementando um “equilíbrio” entre os interesses das partes.<sup>23</sup> Por outro lado, o discurso de Betti referido, apesar de ter o juiz como seu destinatário imaginário, diz respeito aos requisitos de eficácia do negócio jurídico. Em nossos dias, poderia ser útil para avaliar a jurisprudência relativa ao critério do “mérito dos interesses”.<sup>24</sup> Também neste caso as sentenças caracterizam-se pela utilização do princípio da solidariedade nos termos do art. 2º da Constituição e a cláusula geral da boa-fé. Nas obras de Betti, o empenho contra o individualismo e a favor da sociedade assume uma importância central, que está ligada ao conceito de solidariedade. As dúvidas às vezes expressas pela doutrina dizem respeito ao sentido de solidariedade, conceito adotado no contexto do corporativismo fascista, bem como à utilidade – e, mesmo, à correção do ponto de vista técnico-jurídico – da conexão da solidariedade com boa-fé. Segundo um observador atento como Massimo Brutti, a linguagem utilizada por Betti denota repetidamente entonações antiindividualistas, mas não nos permite afirmar que da obra fundamental “Teoria geral do negócio jurídico”, considerada em seu todo, surja “uma precisa linha político-jurídica quanto à regulação das relações de troca e a intervenção do Estado na economia”.<sup>25</sup>

#### 4. A solidariedade: um apelo necessário?

Referências à solidariedade aparecem em várias obras de Betti, que, em seu obscuro prefácio à Teoria Geral das Obrigações, adverte que

os limites, do berço ao túmulo, não estão tão distantes quanto sua presunção pode levar o indivíduo acreditar. E dentro desses limites, quantos são os riscos que tornam precária a sua existência, de quantas coisas ele precisa! Umas se as adquire com o seu trabalho, outros adquire-lhes com a diligente solidariedade de outros.<sup>26</sup>

No mesmo prefácio, Betti encontrou os picos mais altos da solidariedade na *caritas*, “como São Paulo a caracteriza na Epístola I (cap. 13) aos Coríntios”.

<sup>23</sup> Cf. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 341 ss.; E. SCODITTI, *Contratto, giudice e Costituzione*, in *Jus civile*, 2018, p. 425 s. Relativamente aos contratos de empresa, v. L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, 2012, p. 116 ss.

<sup>24</sup> Referimo-nos em particular aos problemas relativos à cláusula *claims made*: v. por último, a revisão das diversas cláusulas em vigor e das orientações jurisprudenciais de V. BACHELET, *Il fine giustifica i mezzi? Polizze claims made tra «primo», «secondo» e «terzo» contratto*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 525 ss.

<sup>25</sup> M. BRUTTI, entrada/verbete *Emilio Betti*, in *Dizionario Biografico degli Italiani Treccani*, XXXIV, Roma, 1988.

<sup>26</sup> E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, p. 5.

Trata-se de uma concepção de solidariedade que inspirou, pelo menos em parte, a nossa Constituição: os próprios constituintes originários<sup>27</sup> o reconheceram. No entanto, ao se referir várias vezes à solidariedade, Betti não considera o conteúdo da lei fundamental. No profundo exame dedicado à cláusula geral de boa-fé, contida na Teoria Geral das Obrigações, o autor não destaca a existência de vínculos entre o disposto no Código Civil e o art. 2º da Constituição.<sup>28</sup> O liame entre a boa-fé e a solidariedade de cariz corporativo, em vez disso, foi enfatizada várias vezes pelo autor<sup>29</sup> e encontrou expressão na formulação anterior do art. 1.175 do Código Civil, segundo o qual “o devedor e o credor devem se comportar de acordo com as regras da *boa-fé* [correttezza], em relação aos princípios da solidariedade corporativa”.<sup>30</sup>

A solidariedade de que fala cada vez mais o Tribunal Constitucional é difícil de definir. Recentemente, Natalino Irti afirmou que “estamos perante um desses conceitos, que nos vêm de uma longa história e inspiram doutrinas políticas e sociológicas (da solidariedade positivista da Terceira República Francesa à solidariedade dos filósofos católicos), e o que, hoje assumido em um texto normativo, exigiria precisão linguística e rigor de conceitos. Só assim podemos evitar o risco do subjetivismo mais arbitrário, e também proteger a confiança das partes no sentido das palavras”.<sup>31</sup>

As intervenções jurisprudenciais mencionadas no início levam a questionar se é oportuno recordar o princípio da solidariedade juntamente com a cláusula geral de boa-fé. Parece que através da referência à norma constitucional, os juízes se sentem no direito de ter um impacto mais penetrante na autonomia contratual, sancionando a nulidade do contrato ou cláusula que contraria o princípio da solidariedade.<sup>32</sup>

<sup>27</sup> V. *amplius* F.D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e “l’attesa della povera gente”, oggi*, in *Persona e mercato*, 2013, p. 106 s. A propósito, v. também F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 32 s.

<sup>28</sup> Em termos gerais, sobre as teorias de Betti e a perspectiva constitucional, v. P. RESCIGNO, *Conclusioni: il pensiero di Betti e la prospettiva costituzionale*, F. MACARIO-M.N. MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI*, cit., p. 209 ss., spec. p. 215, onde Betti é descrito como um jurista que raciocina em termos solidarístico e de cooperação.

<sup>29</sup> V., por exemplo, E. BETTI, *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale (fasi di elaborazione e mete da raggiungere)*, in *Ist. Lombardo di scienze e lettere, Rendiconti*, Milano, 1940-1941, p. 301 ss., spec. p. 334, onde se precisa que a boa-fé responde “ao acrescido senso de solidariedade civil” [do clima político atual].

<sup>30</sup> A última frase foi suprimida em 1944 com o expurgo das regras expressivas do sistema corporativo.

[NT: O art. 1.175, em sua literalidade, não se refere à boa-fé objetiva, e sim à “correttezza”. Ao longo do texto, o autor se refere à “correttezza” e à “buona fede”, designando realidades que no direito brasileiro são unificadas no conceito de boa-fé objetiva, pois na doutrina nacional não há termo equivalente ao termo “correttezza”, que em geral está relacionada à consideração dos interesses do parceiro contratual. Optou-se por não traduzir o termo “correttezza”].

<sup>31</sup> N. IRTI, *Per una concezione normativa dell’autonomia privata*, cit., p. 563.

<sup>32</sup> V. em particular G. PERLINGIERI, *L’inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 28.

O tema, como se sabe, foi tratado por Luigi Mengoni, que partiu da questão da existência de um fundamento constitucional para a autonomia privada.<sup>33</sup> Mengoni reconhece que os direitos fundamentais funcionam como critérios de interpretação/concretização das cláusulas regulatórias gerais da autonomia privada, mas encontra um limite nesta função no que diz respeito às cláusulas de *correttezza* e de boa-fé. Segundo Mengoni, “a referência aos princípios constitucionais como parâmetros interpretativos da cláusula de *correttezza* e boa-fé tem mais um valor retórico-persuasivo do que uma função argumentativa fundadora”.<sup>34</sup> A regra da arte. 1.175 do Código Civil Italiano expressaria “já em si”, como seu fundamento ético, um dever de solidariedade entre as partes na relação, no sentido específico de “dever de cada uma das partes de zelar pela utilidade da outra na medida em que esta não implique um sacrifício apreciável ao seu próprio interesse”.<sup>35</sup> O autor conclui afirmando que não há necessidade de integração com o dever social de solidariedade humana previsto na Constituição (artigos 2º e 41, parágrafo 2º, da Constituição) como critério de “responsabilização também dos particulares para a existência social e mesmo para o bem-estar dos outros”.<sup>36</sup> Hoje são famosas as expressões de Mengoni, segundo as quais “o conteúdo axiológico da cláusula de *correttezza* e boa-fé pode sempre, para quem a conhece (e deseja) lê-la, traduzir-se em julgamentos que devem ser adequados ao caso concreto, sem necessidade de muletas constitucionais”.<sup>37</sup>

Diversamente, afirmou-se que, na falta de referência ao princípio da solidariedade, a cláusula geral de boa-fé não teria o mesmo significado na ordem jurídica<sup>38</sup>. Nessa perspectiva, é necessário que as cláusulas gerais sejam atendidas pelas “muletas constitucionais”.<sup>39</sup> A constância com que a jurisprudência recorda o princípio da solidariedade na aplicação da boa-fé, permite-nos discutir uma regra de interpretação (sistemática) que passou a fazer parte da bagagem conceitual dos juízes.<sup>40</sup> A aplicação conjunta de princípio e cláusula geral representa uma peculiaridade do direito italiano, principalmente devido ao conhecido fenômeno da releitura do Código Civil por meio

<sup>33</sup> L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1997, p. 1 ss. Sobre o fundamento constitucional da autonomia privada, v. F. MACARIO, entrada/verbete *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, p. 61 ss.

<sup>34</sup> L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 9. V. também G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, p. 66, o qual discorre sobre «um apelo [aquele operado pela jurisprudência] privado de método e análise, destinado a cristalizar em termos meramente nominalíssimo o vínculo entre solidariedade social e boa-fé, bem como F. PIRAINO, *La buona fede*, cit., p. 147 ss.

<sup>35</sup> L. MENGONI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>36</sup> Mengoni retoma (e traduz) uma proposição de F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. ed., Göttingen, 1967, p. 621.

<sup>37</sup> L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 10.

<sup>38</sup> P. PERLINGIERI, *Legal Principles and Values*, cit., p. 141.

<sup>39</sup> G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità*, cit., p. 28, segundo o qual cada obra de concretização privada de referência a Constituição resultaria lesiva “a hierarquia de fontes e dos valores”.

<sup>40</sup> Em termos críticos, v. E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 651 ss.

das disposições da Constituição.<sup>41</sup> Em algumas obras de Betti, a solidariedade assumiu um significado diferente em virtude da referência à ordem corporativa, mas não parece que – tendo em conta as posições de autoridade em doutrina – o comportamento exigido do privado, geralmente vinculado ao dever de solidariedade,<sup>42</sup> para não prejudicar o interesse alheio fora dos limites da legítima proteção do próprio interesse, é substancialmente diferente da obrigação fundada na cláusula geral de boa-fé. Solidariedade e boa-fé<sup>43</sup> representam “janelas abertas para a sociedade, para acompanhar o ritmo sem a necessidade de uma atualização ininterrupta, cansativa, quase sempre tardia por meio de novas normas”.<sup>44</sup>

## 5. O papel da boa-fé

Tendo em conta as diversas considerações que a doutrina dirige ao conceito de solidariedade, no exame das obras de Betti, muitas vezes parece difícil separar o pensamento político do autor de suas convicções científicas.<sup>45</sup> Um problema parcialmente semelhante surge com relação à cláusula geral de boa-fé e *correttezza*, que desempenha um papel de importância primária na concepção de autonomia privada de Betti. No entanto, os estudos sobre a boa-fé – e, como se verá, os sobre a interpretação da lei – permitem uma comparação com as doutrinas alemãs, que lançam uma luz diferente sobre as teses de Betti. Na verdade, ao expor suas reconstruções dogmáticas, o autor se posiciona sobre as doutrinas estabelecidas no ambiente alemão. Esse constante “diálogo” com estudiosos da área germânica teve um desenvolvimento particular no período da propaganda do fascismo no exterior. Em particular, de 20 a 28 de maio de 1943, Betti realizou um ciclo de seis relatórios em Hamburgo para ilustrar as novidades da legislação italiana no domínio do direito civil e do direito processual civil. Os relatórios não foram publicados,<sup>46</sup> mas – como o próprio autor recordou – à luz do interesse despertado entre os professores e juízes de Hamburgo, nos anos seguintes Betti publicou alguns escritos em língua alemã dedicados a temas individuais.<sup>47</sup> Entre estes, parece útil citar um estudo sobre a cláusula geral de boa-fé

<sup>41</sup> Cf. P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1991, p. 56 ss.; E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quad. fiorentini*, 43, 2014, p. 601 ss.;

<sup>42</sup> S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, p. 40.

<sup>43</sup> C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, em *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205, spec. p. 209, que discorre de uma obrigação de salvaguarda que “remete à ideia básica de solidariedade”.

<sup>44</sup> Così S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 42.

<sup>45</sup> Così S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, p. 42.

<sup>46</sup> V. le approfondite trattazioni di M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti*, cit., p. 101 ss.; Id., *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, cit., p. 63 ss.

<sup>47</sup> Um breve relato dos seis relatórios, intitulado *Ciclo di lezioni sul nuovo codice di procedura civile italiano, tenuto in lingua tedesca nell'Università di Hamburg nel maggio 1943*, foi publicado em *Atti dell'Istituto lombardo di Scienze e Lettere*, 1942-43, fasc. 2.

<sup>47</sup> V. o relato da experiência em E. BETTI, *Zur Erinnerung gegenseitige Anregungen der Deutsch-Italienischen Zivilistik*, in *Festschrift für H.C. Nipperdey zum 70. Geburtstag*, München-Berlin, 1965, p.

em uma perspectiva histórica e comparada,<sup>48</sup> que também foi objeto de uma aula ministrada por Betti na Universidade de Marburg em um semestre de verão na primeira metade da década de 1950.

O autor considerou a recepção do “Treu-und-Glaubens-Gedankens” um dos aspectos mais positivos da influência do pensamento jurídico alemão sobre o italiano no contexto das obras que levaram à reforma do Código Civil de 1942.<sup>49</sup> No entanto, ele especificou que não foi uma recepção passiva das instituições e fórmulas usadas no Código Civil alemão. O BGB foi impregnado de uma marca liberalista que levou a uma oposição entre indivíduos e comunidades da qual, como consequência lógica, emergiu o dogma da vontade.<sup>50</sup> Betti observa que o Código Civil italiano rejeitou este conceito, promovendo o valor da pessoa na comunidade.<sup>51</sup> No entanto, o autor se pronunciou positivamente sobre o BGB, cujas “fragilidades” representavam apenas um sinal de evolução social e não afetavam de forma significativa o quadro geral, à luz das fecundas ideias e indicações atribuíveis ao ambiente alemão.<sup>52</sup>

A contribuição sobre o tema da boa-fé representa, a meu ver, um estudo paradigmático sobre o papel da cláusula geral no pensamento de Betti. Não há referências à Constituição, mas em comparação com o sistema alemão, o significado da boa-fé é reconstruído por uma marcada conotação publicista. Betti afirma desde o início que é necessário “iluminar” o juízo de valor ético (*das ethische Werturteil*) em que se baseia o parâmetro objetivo da boa-fé.<sup>53</sup> Em cada comunidade deve haver uma aspiração de

---

180 s., assim como em Id., *Ricordando la diffusione all'estero del nostro pensiero scientifico*, em *Studi in onore di A. Segni*, I, Milano, 1967, p. 153: “As seis palestras interessaram profundamente a todos os professores da Faculdade de Direito de Hamburgo, alguns dos quais, como o prof. Leo Raape. Eles também foram considerados interessantes por altos magistrados, como o presidente do Oberlandesgericht de Hamburgo”.

<sup>48</sup> E. BETTI, *Der Grundsatz von Treu und Glauben in Rechtsgeschichtlicher und -vergleichender Betrachtung*, in *Studien zum kausalen Rechtsdenken. Eine Festgabe zum 80. Geburtstag von Rudolf Müller-Erzbach*, München-Pasing, 1954, p. 7 ss. O assunto é recuperado, em língua francesa e no confronto do direito francês e egípcio, em Id., *Cours de droit civil comparé des obligations (1957-1858)*, Milano, 1958, pp. 79-89.

<sup>49</sup> Cf. E. BETTI, *Wechselwirkungen zwischen deutschem und italienischem Zivilrecht*, in *Festgabe für Carl Schmitt*, I, Berlin, 1968, p. 77.

<sup>50</sup> E. BETTI, *Wechselwirkungen zwischen deutschem und italienischem Zivilrecht*, cit., p. 77 s. Com referências aos propósitos de reforma do direito das obrigações na Alemanha e na Itália, v. H.C. NIPPERDEY, *Die Vereinheitlichung des Rechts der Schuldverhältnisse in Italien und Deutschland*, in *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1938, p. 721 ss., spec. P. 724, onde traços comuns da concepção do direito contratual dos dois ordenamentos jurídicos são descritos com palavras muitos similares àquelas utilizadas por Betti (embora o autor alemão faça referência ao projeto ítalo-francês de 1927).

<sup>51</sup> E. BETTI, *op. loc. ult. cit.*: «die dem deutschen BGB bei der Abfassung des Gesetzestextes zugrunde liegende Wirtschaftsauffassung des Liberalismus ... wurde bei der Reform des italienischen Zivilgesetzbuchs *abgelehnt* im Bestreben, den Wert der Persönlichkeit in der Gemeinschaft zu verankern». [NT: tradução livre: a concepção econômica do liberalismo subjacente ao Código Civil alemão, ao esboçar o texto legal ... foi rejeitada durante a reforma do Código Civil italiano em um esforço para ancorar o valor da personalidade na comunidade].

<sup>52</sup> E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 78.

<sup>53</sup> E. BETTI, *Der Grundsatz von Treu und Glauben*, cit., p. 8.

justiça, que se consubstancia na atenção mútua das necessidades dos outros até o dever de cooperação, que surge da necessidade e constitui um “problema social”.<sup>54</sup> A principal fonte de inspiração, o “pressuposto axiológico” de que parte o autor, é o imperativo categórico Kantiano “agir apenas segundo aquela máxima de que, ao mesmo tempo, pode querer que se transforme em lei universal”.<sup>55</sup> Da fórmula, Betti tira indicações práticas, tanto no sentido negativo quanto no positivo. Por um lado, os “associados” individuais devem respeitar e preservar os interesses dos outros, por outro, devem colaborar e, no relacionamento particular, ajudar a satisfazer as aspirações dos outros. Esta distinção na Alemanha levou alguns estudiosos alemães a separar o “Leistungspflichten” do “Schutzpflichten”.

Betti enfatiza o significado positivo da boa-fé, a necessidade de agir para ajudar os outros, em parte sacrificando os próprios interesses, para perseguir um objetivo comum. O autor critica orientações doutrinárias (como a de Siebert) que, na experiência alemã, partindo da formulação vaga do § 242 do BGB, definem a boa-fé apenas como um preceito que visa a respeitar os interesses da outra parte contratante. Quanto mais o negócio jurídico se baseia na cooperação pessoal – como no contrato de empresa, no contrato de trabalho e nas relações de trabalho e familiares – maior deve ser a disponibilidade para intervir com base na obrigação de confiança.

A boa-fé tem um efeito normativo. Betti rejeita a teoria alemã do fundamento negocial (pressuposição), entendida como o resultado que as partes teriam desejado se tivessem considerado um problema específico no contexto de sua própria relação negocial. Segundo Betti, orientações desse tipo, desenvolvidas entre outras pelo próprio Siebert,<sup>56</sup> representavam apenas legados insatisfatórios da concepção voluntária do negócio jurídico. A parte restante do ensaio trata das diferentes “fases” do negócio jurídico em que se considera a boa-fé, retomando em grande parte o conteúdo da Teoria Geral das Obrigações. Os aspectos mais significativos para o tema aqui tratado dizem respeito às etapas relativas à aplicação do art. 1.375 do Código Civil, em que Betti afirma que, para responder aos interesses da outra parte, o contratante é obrigado a empenhar-se para ir além do sentido literal do contrato. Conforme esclarecido no título

<sup>54</sup> E. BETTI, *o.l.u.c.* O problema social das obrigações é ilustrado em Id., *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 9 ss.

<sup>55</sup> E. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, in *Scritti morali*, trad. it. di P. Chioldi, Torino, 1995, p. 79. V. também E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 67 nt. 63, onde a máxima é recuperada na língua alemão pela obra de Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*.

<sup>56</sup> E. BETTI, *Der Grundsatz von Treu und Glauben*, cit., p. 20 s. o qual adere por outro lado à posição de Larenz relativa a «objektive Geschäftsgrundlage». Em nossa doutrina, v. sobretudo V. COLESANTI, *Poteri del giudice e cosiddetto «fondamento del negozio»*, in *Jus*, 1958, p. 392 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 94 ss. Sobre os motivos que levaram a doutrina alemã a indagar maiormente o tema da pressuposição em comparação com a doutrina italiana, v. A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 238 ss.

do capítulo da Teoria Geral das Obrigações dedicado à boa-fé, ela assume a forma de um “compromisso de cooperação devida no interesse dos outros”,<sup>57</sup> O autor especifica que o conceito se baseia em um critério de avaliação não “moldado pela lei, mas que a lei assume e recebe da consciência social, da consciência ética da sociedade, para a qual se pretende valer”.<sup>58</sup> Há também um contato solidário, quando Betti fala da necessidade da moral cristã, pois “na base do amor ao próximo está essa necessidade de considerar a dignidade humana nos outros, como um fim, nunca como um meio. Tudo isso, porém, compatível com as necessidades de convivência e solidariedade social”.<sup>59</sup>

## 6. Intervenções modificativas do juiz e “mérito” do interesse

A partir do teor das proposições usadas por Betti, fica claro como ele atribui um papel generalizado à boa-fé. O conceito é considerado pelo autor como um ponto cardeal no contexto da relação obrigacional e no contexto de qualquer relação civil.<sup>60</sup> Apesar da indubitável relevância da boa-fé nas discussões bettianas, não parece que o autor venha a sustentar a existência de um poder do juiz para modificar o contrato com base na cláusula geral de boa-fé. Ao ilustrar os três principais aspectos da boa-fé no contexto do Direito Civil alemão, Betti observa que “também leva a atenuar as obrigações assumidas com o contrato e transformar o conteúdo das relações contratuais, convertendo-as ou possivelmente rescindindo-as de acordo com a necessidade de adaptação às circunstâncias supervenientes”.<sup>61</sup> O autor especifica que o Código Civil italiano não exige esse recurso à boa-fé, uma vez que contém “regras específicas, que estabelecem a solução a ser dada no caso de circunstâncias supervenientes tornarem muito parecida a avaliação comparativa entre custo e prestação do serviço, diferente do que normalmente resultaria da celebração do contrato”.<sup>62</sup> Betti reconduz essas normas específicas de volta à *ratio iuris* de boa-fé. A atitude, portanto, não é clara para uma intervenção modificadora do juiz, uma vez que Betti se limita a argumentar que no ordenamento jurídico italiano não há necessidade de uma intervenção modificadora na presença de normas específicas, mas não nega em termos gerais a possibilidade de o contrato ser modificado em virtude da cláusula geral de boa-fé.

Na verdade, as teses relativas à boa-fé e a posterior participação nos trabalhos preparatórios do livro IV do Código Civil, em que Betti defendeu a introdução de uma

<sup>57</sup> E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit. p. 65 ss.

<sup>58</sup> E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 66.

<sup>59</sup> E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 67.

<sup>60</sup> E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 5: “Se no campo do direito civil há um setor, no qual se exige do jurista uma maior sensibilidade social e uma familiaridade mais íntima com o que gostaríamos de chamar de ética do direito, é justamente o das obrigações. Em outros poucos campos como neste, sente-se que a inteligência da estrutura jurídica postula uma avaliação comparativa dos interesses tidos em consideração pela lei”.

<sup>61</sup> E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 90.

<sup>62</sup> E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 91.

fórmula indeterminada e flexível como a do “mérito do interesse” para submeter os contratos atípicos ao controle judicial, testemunham um amplo reconhecimento de poderes à autoridade judiciária, que na opinião do autor tinha a tarefa de transpor os estados de espírito da consciência social. Nesse sentido, não se pode omitir uma referência à ideologia do regime que atribuiu ao juiz uma determinada posição perante a lei. Arrigo Solmi, antecessor de Dino Grandi no Ministério da Justiça no período do fascismo, fala de um aumento do poder discricionário, “que obriga e autoriza uma investigação mais aprofundada da lei a ser aplicada e uma maior elasticidade da lei, para efeitos de uma justiça mais em conformidade com o espírito da nova legislação”.<sup>63</sup> Tendo em vista os estudos de Betti sobre interpretação, parece, entretanto, que o pensamento do autor sobre o papel do juiz pode ser desvinculado das ideologias do regime.

## 7. A figura do juiz e a evolução do direito

Apesar de ser especialista em direito processual, atento ao momento de aplicação da lei, Betti não se concentrou em particular na figura do juiz. As observações sobre o papel da jurisprudência derivam das teorias da interpretação, que constituem parte fundamental da sua produção científica,<sup>64</sup> e cujos destinatários são, entre outros, os juízes, chamados a interpretar (e integrar) o direito.

Na *Teoria generale dell'interpretazione*, um problema de grande interesse no contexto do tema em consideração diz respeito à “competência para identificar os princípios gerais de direito”.<sup>65</sup> Na discussão, a questão é abordada no contexto da interpretação da lei. As preocupações de Betti dizem respeito aos perigos decorrentes da “vontade subjetiva” e da “aspiração pessoal dos indivíduos”. O autor não tem dúvidas sobre o fato de que a ciência do direito, teórica e prática, tem a tarefa de identificar os princípios como um “órgão da consciência social”.<sup>66</sup> Em toda sociedade organizada existe um “vínculo espiritual” entre consciência social e ciência do direito: “É, evidentemente, uma representação moral e não legal, compatível com a altura e a permanência da missão confiada aos juristas”.<sup>67</sup> A atribuição de competência à ciência

<sup>63</sup> A. SOLMI, *L'idea fascista nel nuovo codice civile*, Roma, 1940, p. 50 s.: “A posição do juiz não pode mais ser aquela da rígida e simples aplicação da lei ou aquela da absoluta neutralidade frente à lei, mas uma posição mais ativa e diligente na pesquisa da norma e na aplicação da lei”.

<sup>64</sup> Em 1970 se observava que a *Teoria generale dell'interpretazione* de Betti constituía uma obra «se citada, contudo pouco lida e escassamente estudada»: assim G. CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, in *Quad. fiorentini*, 7, 1978, p. 195 ss., o qual enfatiza ao invés a ampla consideração que a obra bettiana teve no ambiente alemão (sobre esse perfil, v. também R. MALTER, *Die Rezeption der Hermeneutik Emilio Bettis in der Deutschsprachigen Philosophie*, *ibid.*, p. 143 ss.).

<sup>65</sup> E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, II, cit., p. 853 ss.

<sup>66</sup> E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 858 ss.

<sup>67</sup> E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 859. Sobre esse último aspecto do pensamento do autor, v. sobretudo G. CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, cit., p. 282 ss.

do direito, tanto teórica quanto prática, permite, segundo Betti, vencer o perigo do subjetivismo, por meio de um processo perene de discussão entre juristas, que por um lado é adequado “para garantir contra uma intrusão indevida de subjetividade, tanto contra a cristalização de opiniões incontestáveis, quanto contra a persistência de diretrizes unilaterais por meio de um conformismo indolente; por outro lado, vale a pena testar e por à prova os critérios de decisão de acordo com sua conformidade com as necessidades sociais, dando razão a um justo equilíbrio assim às tendências conservadoras como àquelas evolutivas”.<sup>68</sup>

No que se refere ao papel da jurisprudência, destacam-se dois ensaios de Betti, publicados respectivamente em 1948 e 1959. As ideias básicas expressadas pelo autor se situam na mesma linha, mas os interlocutores variam porque no primeiro ensaio, em alemão, Betti se detém no problema da *ergänzende Rechtsfortbildung*,<sup>69</sup> dirigindo-se, sobretudo, ao leitor alemão, enquanto no segundo, sobre a eficácia evolutiva da interpretação da lei,<sup>70</sup> Betti fala principalmente com autores italianos. Em ambos os ensaios surge a aversão a uma concepção “estática” da interpretação, uma vez que o autor considera legítimo “proceder a uma adaptação e transposição do texto jurídico na realidade viva, equilibrando segundo a justiça o interesse estático na estabilidade, na conservação e certeza das relações, com a necessidade dinâmica de renovação rumo à evolução social”.<sup>71</sup>

Na primeira contribuição, Betti critica a teoria da divisão de poderes de Montesquieu, segundo a qual os juízes “ne sont que la bouche qui pronuncia les paroles de la lois: des êtres inanimés qui n`en peuvent modérer ni la force ni la riguer”.<sup>72</sup> A tarefa da jurisprudência é mais complexa e, ao descrevê-la, sem aceitar todas as implicações, Betti expõe com admiração alguns trechos das teses de Ernst Zitelmann sobre as lacunas jurídicas<sup>73</sup> e de Philipp Heck sobre a interpretação do direito. Este último, no conhecido ensaio de 1914,<sup>74</sup> suscitando não poucas perplexidades,<sup>75</sup> havia elaborado

<sup>68</sup> E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 859 s.

<sup>69</sup> E. BETTI, *Ergänzende Rechtsfortbildung als Aufgabe der richterlichen Gesetzesauslegung*, in *Festschrift für L. Raape*, 1948, pp. 379-399.

<sup>70</sup> E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in *Jus*, 1959, pp. 197-215.

<sup>71</sup> E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, cit., p. 199 s., o qual pontifica ainda que “o ordenamento jurídico é um organismo em perene movimento, em contínua transformação, que segue e respeita de perto o movimento das transformações da vida social”.

<sup>72</sup> E. BETTI, *Ergänzende Rechtsfortbildung*, cit., p. 380.

<sup>73</sup> E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, Leipzig, 1903.

<sup>74</sup> Ph. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in *AcP*, 112, 1914, p. 223 ss.

<sup>75</sup> Cf. E. ALLORIO, *La vita del diritto in Italia*, in *Jus*, 1950, p. 59 ss., o qual descreve a *Interessenjurisprudenz* como uma involução do método apresentado pelos seus seguidores como um progresso da ciência jurídica. Na experiência francesa, v. F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd., Paris, 1919, p. 263 s., o qual afirma que o método proposto por Heck permite «não somente negligenciar a intenção do legislador, mas torturar o texto e violentar, se necessário, para dele extrair todas outras coisas que o legislador quis nele inserir e nele ainda encontrar, quando falte, o que as exigências da vida lhe parecem requerer».

uma espécie de manifesto da *Interessenjurisprudenz*, propondo uma interpretação dinâmica do direito adequada para levar em conta o contexto social. Betti, sem dúvida, sente-se atraído pela nova perspectiva, mas lembra que o juiz ainda está sujeito ao ordenamento jurídico, em sua totalidade.<sup>76</sup> Isso requer que o intérprete extraia a norma do contexto sistemático global no qual o autor também coloca o nível de valores.

Embora Betti atribua grande importância ao trabalho da jurisprudência prática e teórica na promoção da evolução do sistema jurídico por meio da interpretação da lei, ao contrário do que é sustentado atualmente por diversos civilistas,<sup>77</sup> ele não acredita que os julgamentos dos juízes constituam uma fonte da lei. Referindo-se às visões de Tullio Ascarelli<sup>78</sup> e Joseph Esser,<sup>79</sup> Betti fala de um erro de perspectiva, na medida em que o juiz não deriva “normas” do ordenamento jurídico, mas “máximas de decisão”, “cuja eficácia vinculativa, como critérios de conduta se esgota no caso decidido e cuja adoção os futuros juízes não estejam de forma alguma vinculados”.<sup>80</sup>

Nesse contexto, de acordo com Gadamer, Betti comete ingenuidade ao negar qualquer conotação subjetiva à interpretação.<sup>81</sup> Na opinião deste último, o intérprete “permanece sempre, como tal, vinculado a uma objetividade preexistente, vinculado a uma subordinação estrita no que diz respeito às avaliações imanentes e latentes na ordem jurídica, que por sua vez se insere no ambiente histórico e sociológico em que vive”.<sup>82</sup>

<sup>76</sup> E. BETTI, *Ergänzende Rechtsfortbildung*, cit., p. 395; Id., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949, p. 174.

<sup>77</sup> V. *supra*, par. 2.

<sup>78</sup> E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, cit., p. 201. O escrito sobre o qual Betti toma posição é T. ASCARELLI, *In tema di interpretazione ed applicazione della legge (lettera al prof. Carnelutti)*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, pp. 14-22. Sobre o pensamento de Ascarelli v. ora, no confronto com a modalidade em que opera a doutrina italiana na época atual, M. GRONDONA, *I moti del diritto e le metodologie dell'interpretazione (in margine ad alcune pagine di Tullio Ascarelli)*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2016, p. 115 ss.; Id., *Storia, comparazione e comprensione del diritto: Tullio Ascarelli, "Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica". Un esercizio di lettura*, in M. BRUTTI-A. SOMMA (eds.), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication, Frankfurt am Main, 2018, <<http://dx.doi.org/10.12946/gplh11>>, spec. p. 239 ss. (onde há inclusive uma referência ao pensamento de Betti).

<sup>79</sup> E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 202 nt. 8, o qual critica a tese exposta em J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956, pp. 132-137.

<sup>80</sup> E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 202. Em senso de concordância, atualmente M. LUCIANI, *verbete Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, p. 405.

<sup>81</sup> A questão da exclusão de qualquer aporte subjetivo do intérprete é objeto de discussão com Hans Georg Gadamer, o qual se referindo a Betti discorre de um «naive Objektivismus», mediante o qual este último procurava caracterizar as próprias doutrinas sobre a interpretação negando existência do momento da compreensão: Cf. H.G. GADAMER, *Emilio Betti und das idealistische Erbe*, in *Quad. fiorentini*, 7, 1978, p. 7. Um dos principais campos de confronto é constituído pela teoria da pré-compreensão: v. sobre o ponto, L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, *ibid.*, p. 133 ss., o qual propende significativamente pela posição de Gadamer (v. também Id., *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 26). Ulteriores aprofundamentos são oferecidos por G. WRIGHT, *On a General Theory of Interpretation: The Betti-Gadamer Dispute in Legal Hermeneutics*, 32 *Am. J. Juris.* (1987), p. 191 ss. e A. ARGIROFFI, *Valori, prassi, ermeneutica. Emilio Betti a confronto con Nicolai Hartmann e Hans Georg Gadamer*, Torino, 1994. Sobre elementos objetivos e subjetivos da interpretação, v. J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it. di S. Patti-G. Zaccaria, Napoli, 1983, p. 124 ss.

<sup>82</sup> E. BETTI, *op. ult. cit.*, p. 212.

Este aspecto da tese de Betti não afeta a modernidade de sua abordagem metodológica, que exige que os juristas avaliem constantemente o ordenamento jurídico à luz do contexto social e do cumprimento de um papel dinâmico voltado para a descoberta dos princípios subjacentes à área do direito investigado.

Nos casos em que a decisão do juiz parece incorreta, a doutrina tem a tarefa de reagir e dar continuidade à discussão a que Betti se refere nas páginas da *Teoria geral da interpretação*. Deve-se notar também que – obviamente – o estudioso não considerava os juízes infalíveis.<sup>83</sup> Parece um fato normal que a jurisprudência pode estar errada ao aplicar regras e se referir a princípios.<sup>84</sup> Com esta consciência e na tentativa de iniciar um diálogo frutífero, é necessário examinar e posicionar-se sobre as linhas de orientação em que a contribuição interpretativa da *jurisprudência* é mais perceptível.

## 8. Conclusões

A análise realizada leva a uma questão final. Como devemos reagir perante as semelhanças entre a técnica de intervenção concebida pela jurisprudência, que foi considerada no início, e as indicações de Betti relativas à autonomia privada e ao papel da boa-fé e da solidariedade.

A semelhança entre as proposições utilizadas pelos juízes e as de Betti poderia aumentar a preocupação, já sentida pela doutrina, de uma degeneração das funções protetivas dos órgãos públicos. As teses de Betti, lidas sob esse ângulo, remontam a concepções estatistas e dirigistas que não pertencem mais ao nosso tempo.<sup>85</sup> Nesse sentido, as perplexidades expressadas por Pietro Rescigno em relação ao conceito de solidariedade representam uma preciosa advertência quanto ao perigo de recordar fórmulas com um sentido não unívoco e comparável a conceitos políticos definitivamente ultrapassados.<sup>86</sup>

Em comparação com as recentes orientações jurisprudenciais e as “reações” da doutrina, as páginas de Betti parecem, no entanto, conter dois ensinamentos fundamentais.

<sup>83</sup> Cf. E. BETTI, *Sui profili costituzionali della ricusazione*, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, c. 644.

<sup>84</sup> Sobre o ponto, v. em particular L. KÄHLER, *Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung*, 2. Aufl., Baden-Baden, 2011, p. 405 ss., o qual distingue entre decisões erradas e decisões que, unicamente baseadas em argumentações sustentáveis, não determinam resultados plenamente convincentes.

<sup>85</sup> Neste sentido, v. E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale*, cit., p. 595, o qual releva que a teoria bettiana «vem combatida enquanto considerada – também pelo contexto histórico no qual foi formulada – paradigma de uma visão dirigista da economia».

<sup>86</sup> Sobre o ponto, v. P. RESCIGNO, *Solidarietà e diritto*, Napoli, 2006, p. 21 s., o qual recorda como a noção de solidariedade corporativa foi expurgada do art. 1175 c.c., afirmando que «[a]quilo que não impede a muitos intérpretes de recolocar o substantivo “solidariedade”, sem a velha adjetivação, no discurso sobre a correção e a leitura de muitos institutos típicos de direito privado». Todavia, na opinião do autor, “este uso é exposto a riscos de vagueza, de excessiva ênfase, e desperta perplexidade sobre o plano técnico».

Independentemente da conotação política e ideológica, Betti acreditava na possibilidade do direito de orientar e moldar a iniciativa dos particulares. No que se refere à questão da autonomia privada e da intervenção do juiz, através da sua participação ativa na elaboração do Livro IV do Código Civil, demonstrando sensibilidade para o contexto social, Betti contribuiu para definir as regras do jogo. Os depoimentos da época mostram que as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados presentes na disciplina dedicada às obrigações e aos contratos faziam parte de um desenho específico de política legislativa que visava a favorecer o controle da autonomia privada pelos magistrados. As mesmas regras do Código, expurgadas de referências à ordem corporativa/fascista, passaram a ser utilizadas para permitir o controle judicial com base nos valores da Carta Constitucional.<sup>87</sup> A modernidade da perspectiva Bettiana reside no fato de que ela concebeu uma estrutura normativa e conceitual que permite orientar a autonomia privada para fins socialmente úteis.<sup>88</sup> Desse ponto de vista, o juiz, chamado a aplicar as regras, tem a tarefa de ler e reconhecer as mudanças sociais. Uma vez que uma concepção puramente liberal de autonomia contratual foi abandonada, em favor de sua “materialização”<sup>89</sup> ou em qualquer caso de sua “regulamentação” para fins econômicos,<sup>90</sup> não deveria ser surpresa então que a boa-fé e a solidariedade sejam agora utilizadas pela *jurisprudência* para fins diferentes do que Betti havia teorizado e deveria se afirmar a consciência de que as duas referências são neutras no que diz respeito à mudança de eventos históricos e políticos.

Desenvolvimentos não muito diferentes ocorreram no sistema jurídico alemão. Se é verdade que no período do Nacional-Socialismo as cláusulas gerais forneceram uma ferramenta útil para perseguir objetivos aberrantes, também é verdade que no geral a evolução do direito operado na experiência alemã representa um modelo virtuoso implementado através de um diálogo constante entre doutrina e jurisprudência.<sup>91</sup>

Precisamente na interação entre doutrina e jurisprudência podemos apreender o ensino ulterior de Betti, que em suas obras descreve um método de interpretação do

---

<sup>87</sup> Discorre sobre uma “verdadeira interpretação histórico-evolutiva”, implementada desde os anos 60, E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale*, cit., p. 602.

<sup>88</sup> V. *amplius* G. CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, cit., p. 194 s., o qual destaca que a ideia bettiana de cooperação entre associados surgiu em uma idade jovem, bem antes do advento do regime, e que é provável que persista “além de institucionalizações ideológicas transitórias, como as corporativas/fascistas”.

<sup>89</sup> Cf. C.-W. CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner, Materialisierung*, in *AcP*, 200, 2000, p. 273 ss.

<sup>90</sup> Cf. S. GRUNDMANN-F. MÖSLEIN-K. RIESENHUBER (eds.), *Contract governance. Dimensions in Law & Interdisciplinary Research*, Oxford, 2015.

<sup>91</sup> Cf. S. PATTI, *L'interpretazione delle clause generali*, in Id., *Ragionevolezza e clause generali*, cit., pp. 57-61 e ali as referências doutrinárias.

direito dinâmico, em que o intérprete tem a tarefa de resolver conflitos de interesse tendo em mente os princípios e a circunstância de que “nestes princípios existe uma virtualidade e uma força de expansão, mas não de natureza lógica e dogmática, mas de natureza avaliativa e axiológica: uma força não de ‘verdade’ e de razão teórica, mas de valores éticos e suas avaliações, que vão amadurecendo e se afirmando a partir de situações históricas contingentes”.<sup>92</sup> Os protagonistas dessa interpretação evolucionária são a jurisprudência e a doutrina,<sup>93</sup> que – “dialogando”, no sentido descrito por Betti – devem orientar o direito privado para a satisfação das necessidades da sociedade.<sup>94</sup> Mais de 200 anos após a promulgação do Código Civil, a advertência de Portalis ainda é relevante, lembrada por Betti,<sup>95</sup> segundo a qual “Um código, por mais completo que pareça, não é mais completo até que mil perguntas inesperadas surjam ao magistrado. Porque as leis, uma vez escritas, permanecem como foram escritas. Os homens, ao contrário, nunca descansam, sempre agem, e esse movimento, que não pára, e cujos efeitos são modificados de várias maneiras pelas circunstâncias, produz a cada momento alguma nova combinação, algum fato novo, algum resultado novo”.<sup>96</sup>

Se por muito tempo, após a entrada em vigor do Código Civil, a doutrina não se preocupou em estudar e considerar os julgamentos dos juízes, agora é a jurisprudência que se considera “autorreferencial”,<sup>97</sup> tenderia a se tornar doutrina<sup>98</sup> e a renunciar ao diálogo com a “verdadeira” doutrina. Por outro lado, a tarefa dos estudiosos permanece inalterada e por meio de comentários sobre julgamentos e contribuições de diversas naturezas é sempre possível indicar claramente, aos juízes e legisladores, o caminho a seguir, com a consciência de ter de cumprir uma função construtiva, orientado para a solução de problemas substantivos e metodológicos.<sup>99</sup> Isso permitiria recuperar, na memória dos valiosos escritos de Betti, que “ênfaticam o papel do jurista”,<sup>100</sup> tendo a

<sup>92</sup> E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, II, cit., p. 850.

<sup>93</sup> No mesmo sentido, v. N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim.*, 2016, p. 1153 ss.

<sup>94</sup> De resto v. S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 99: “A obra do jurista está na constante reflexão sobre a grande massa dos fatos que a realidade social, as diversas técnicas e as escolhas políticas fazem emergir, e na sua orientação segundo um constante desenho, evidenciado na síntese que a escolha de cada instrumento manifesta”.

<sup>95</sup> E. BETTI, *Ergänzende Rechtsfortbildung*, cit., p. 398.

<sup>96</sup> J.-È-M. PORTALIS, *Discours préliminaire au projet du Code civil*, ora in J.-È-M. PORTALIS, *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*, a cura di R. Calvo, Napoli, 2013. Sobre a “atualidade” do discurso de Portalis v. G. PERLINGIERI, *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli, 2018, p. 11 ss.; na perspectiva do direito privado europeu, P. SIRENA, *Il Discorso di Portalis e il futuro del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 652 ss.

<sup>97</sup> P. PERLINGIERI, *Legal Principles and Values*, cit. p. 135.

<sup>98</sup> F.D. BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1519 ss. V. anche C. GRANELLI, *Dottrina dei dottori e dottrina delle corti*, in *Jus civile*, 2017, p. 703 ss.

<sup>99</sup> A proposito, entre os principais contestadores de Emilio Betti, v. V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 942. Mas v. também P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, *ivi*, 1969, I, p. 455 ss.

<sup>100</sup> Assim, em relação aos contributos de Betti, P. COSTA, *Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia*, in *Quad. fiorentini*, 7, 1978, p. 339.

tarefa de alcançar o equilíbrio social e perceber os valores de uma sociedade cada vez mais pluralista.

**Como citar:** PATTI, Francesco Paolo. Significados e limites da autonomia privada: entre princípios e cláusulas gerais. Trad. Eduardo Souza e Thiago Rodovalho. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 1, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/significados-e-limites-da-autonomia/>>. Data de acesso.