

Área de concentração: **Direito Civil**

Subárea: **Direito Civil**

ESPELHO DE CORREÇÃO

Padrão de Resposta:

1. No período do nazismo, as cláusulas gerais operaram como mecanismos de enfraquecimento do Código Civil como fonte primária de deveres jurídicos pelos particulares, na medida em que permitiram aos órgãos judiciais um nível de intervenção nas relações privadas sem controles epistemológicos, morais ou normativos concretizadores. Os conceitos de negócio jurídico e de direito subjetivo foram as principais vítimas dessa ideologia jurídica do nazismo.

Em linhas gerais, há duas consequências do abuso das cláusulas gerais no Direito sob o império do nazismo:

(i) “Os princípios do nacional-socialismo compõem o imediato e exclusivo critério para aplicação e utilização das cláusulas gerais (*Generalklauseln*) pelo juiz, pelo advogado, pelo operador e pelo docente do direito” (Carl Schmitt, 1933)¹;

(ii) “As cláusulas gerais serviram ao nacional-socialismo, em particular, para: (1) conformar o sistema jurídico alemão às necessidades do novo regime, mantendo a antiga estrutura regulatória quase inteiramente intacta (principalmente, o BGB); (2) instaurar um sistema regido pela ‘incerteza jurídica’ e, portanto, provocar uma sensação constante de insegurança e medo (primeiro, entre os juízes e, depois, entre os cidadãos), funcional para o desenho de um domínio ilimitado sobre os homens e a sociedade” (Rottleuthner, 1983)².

Em regimes democráticos contemporâneos, os principais desafios para a utilização das cláusulas gerais estão radicados nos seguintes tópicos: (a) manutenção da dignidade da legislação e da autonomia do Direito Privado; (b) controle do nível de incerteza jurídica, de discricionariedade judicial e de arbítrio decisório, quitando custos argumentativos e ignorando constrangimentos epistemológicos; (c) desconsideração da aplicação primária do direito legislado concretizado em regras jurídicas e admitindo a incidência direta dos valores contidos nas cláusulas gerais. Nas democracias modernas, não há mais o risco de um poder autoritário do Executivo, mas da manipulação do Direito por órgãos judiciários que se comportariam como “microconstituintes permanentes”.

2. O modelo de eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, em sua versão forte, nasceu com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, no caso Lüth (1958), baseado nas ideias de Günter Dürig. Esse modelo é marcado pelas seguintes linhas gerais: (a) aplicação primária do Direito Privado para a solução de casos; (b) a Constituição contém uma “ordem objetiva de valores” que se irradia pelo Direito Privado por intermédio das cláusulas gerais, especialmente a cláusula dos bons costumes; (c) essa mediação das cláusulas gerais permite que a eficácia dos direitos fundamentais dê-se na via *indireta*, preservando valores, visões de mundo, métodos e estruturas normativas do Direito Privado, o que impede uma “sobreconstitucionalização” desse setor jurídico.

Nesse sentido, as cláusulas gerais teriam uma função de otimização do Direito Privado, como “portas de entrada” dos direitos fundamentais para seus domínios. Mas, tudo isso ocorrerá sem prejuízo do estatuto epistemológico do Direito Privado, que continuaria a ser útil e operacional com seus institutos, suas figuras jurídicas e conceitos próprios.

¹ LA TORRE, Massimo; Traduzido por: Ferreira, Patrícia Cândido Alves. Uma crítica radical à noção de direito subjetivo. Karl Larenz e a doutrina jurídica nacional-socialista. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 30. ano 9. p. 289-346. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2022. p.298.

² LA TORRE, Massimo; Traduzido por: Ferreira, Patrícia Cândido Alves. Uma crítica radical à noção de direito subjetivo. Karl Larenz e a doutrina jurídica nacional-socialista. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 30. ano 9. p. 289-346. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2022. p.330.

Bibliografia necessária para a questão:

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

LA TORRE, Massimo. Uma crítica radical à noção de direito subjetivo: Karl Larenz e a doutrina jurídica nacional-socialista. Tradução de Patrícia Cândido Alves Ferreira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 9, n. 30, p. 289-346, jan./mar. 2022.