

1 Introdução

A compreensão das cláusulas gerais, textos normativos compostos por termos vagos no antecedente e no conseqüente normativos, é um problema que somente será superado no momento da concretização da norma. A interpretação dessas cláusulas, assim como de todo o Direito, não tem outra finalidade senão a de aplicá-las na vida, na realidade social, do modo mais eficaz para promover a paz social. A atividade dos aplicadores, nesse caso, torna-se impossível de se restringir a uma mera duplicação da linguagem prescritiva. Nesse contexto, a cláusula geral vem reforçar a idéia do papel criativo do juiz ao mesmo tempo em que atenta para a necessidade de uma argumentação jurídica baseada em elementos racionais para fundamentação da decisão.

2 Interpretação e cláusula geral

É certo que, em um primeiro momento, pode-se imaginar que o fenômeno jurídico restringe-se ao plano abstrato, lógico. Em verdade, a norma jurídica, enquanto comando da sociedade, possui uma abstração – a previsão da hipótese abstrata, mas direcionada para algo concreto – o fato, que ocorrendo, produzirá determinadas consequências previstas.

O Direito é feito para a realidade. Senão, vejamos: a norma jurídica funciona metaforicamente como se um olho fosse, assimilando a informação existente no ambiente, no mundo dos fatos (CASTRO, 2009, p. 103). O evento ocorre num momento pré-jurídico e será convertido em fato jurídico com o colorido jurídico dado pela incidência (FERRAZ Jr., 2010, p. 245). Conforme leciona Marcos Bernardes de Mello (2007, p. 15), “a perfeita realização do direito implica a subordinação dos fatos da vida à norma jurídica que os previu e regulou”.

A norma jurídica vincula as condutas. Se as pessoas não se comportam segundo seus comandos, há a sanção. O comportamento contrário à norma não constitui situação incomum, resultado do pleno exercício do livre-arbítrio do homem na escolha de sua conduta. Contudo, se essa discordância é caracterizada por uma hostilidade comunitária à norma, persistindo todo o grupo no comportamento contrário ao prescrito na norma, é evidente que essa norma não condiz com a realidade, não podendo prevalecer (MELLO, 2007, p. 16). “Embora do ponto-de-vista do dogmatismo esteja em vigor, de fato é uma norma sem vigência”, pois se desvinculou da realidade (MELLO, 2010. P. 367-401). Ou seja, como prescrevia Pontes de Miranda (1972, p. 68): “o direito deve viver de realidade, e não de abstrações”.

Lorenzetti (1998, p. 145) afirma que “o homem não pode ser o único e excludente

ponto de referência da lei, já que isso poderia conduzir a um individualismo exacerbado ou uma desconsideração prejudicial de outros bens”.

A cada elaboração da norma pelo ente competente pressupõe duas pessoas e, assim, verifica-se o sentido de uma relação dialógica circular necessária, qual seja: o órgão legislativo ordena, na primeira parte da norma, o que ele deseja do outro e aquele indivíduo, a quem algo foi imposto, deve algo, deve agir de tal modo. Marcelo Neves (2007, p. 5-25) denomina esse sinalagma normativo de “expectativas normativas”. Assim sendo, a criação de uma norma implica em diversas expectativas normativas, muitas vezes conflituosas, cabendo ao judiciário dirimir as incongruências dessas expectativas (NEVES, 2013, p. 15-45).

A interpretação do Direito não tem outra finalidade senão a de aplicá-lo na vida, na realidade social. Interpretação esta que não é um ato de descrição, mas um ato de decisão (ÁVILA, 2012, p. 31). E toda construção hermenêutica se trata da relação direta entre Direito e linguagem. A atividade dos aplicadores do Direito não se restringe a uma mera duplicação da linguagem prescritiva. Ao contrário, trata-se, em verdade, da busca e determinação do significado do que é que o direito diz (IVO, 2006, p. XXVII). A linguagem do Direito positivo é linguagem-objeto, prescritiva, enquanto a da ciência do Direito¹ é uma metalinguagem – uma linguagem sobre a linguagem, eminentemente descritiva.

O intérprete constrói a norma, visto que esta não se confunde com o texto normativo. A interpretação jurídica é prática e o direito é alográfico. Assim como a interpretação artística, no teatro ou na música, por exemplo, que só se torna completa com a junção dos papéis do autor e do intérprete, a interpretação jurídica não se basta com a literalidade do texto. O sentido extraído do texto pelo intérprete é algo novo, distinto do texto (GRAU, 2005. p. 78).

Os textos normativos ambíguos, imprecisos, generalizantes necessitam da interpretação para que lhes sejam dado sentido na aplicação do direito. Ao fazê-lo, o magistrado não realiza uma atividade restritamente interpretativo-normativa, mas sobretudo uma atividade de compreensão do texto e interpretação do fato.

Com a interpretação, não só se busca o sentido de cada vocábulo, mas, sobretudo, busca o sentido do conjunto de palavras que, quando conjuntas, muitas vezes apresentam um nexos de idéias próprios, formando um novo sentido (LARENZ, 1997, p. 285).

¹ Segundo João Maurício Adeodato (2009. p.154) : “A denominação direito também se abriga uma dimensão libertadora que se pretende revolucionária e se contrapõe á ideia de que o direito é um fenômeno que pode ser descrito em função do que aí está, daquilo que se mostra objetivamente à observação empírica; a esta perspectiva modificadora e otimizadora chama-se prescritiva”.

Interpretar um texto normativo significa escolher uma interpretação entre várias possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada (LARENZ, 1997, p. 283). É nesse contexto de inexistência de uma única decisão correta que está permeada a cláusula geral: um texto normativo de significado amplo e vago que dependerá da atividade interpretativa para que um sentido adequado lhe seja atribuído. O intérprete agora é coparticipante do processo de criação do Direito, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis e completando o trabalho do legislador (BARROSO, 2005, p.13-54).

Por ora, ultrapassamos o primeiro ponto que é a compreensão de que o texto não é dotado de sentido, mas de significado. E que a norma é o produto da interpretação do texto. Passemos a analisar o que vem a ser uma cláusula geral e o papel juiz na concretização desta.

3 Das Cláusulas gerais

As cláusulas gerais são normas, no entanto não prescrevem uma conduta determinada, mas parâmetros hermenêuticos. São pontos referenciais da interpretação, oferecendo ao intérprete elementos axiológicos característicos daquela norma, os quais serão os limites para a aplicação das demais disposições normativas (TEPEDINO, 2002. p. XIX.).

Tais elementos axiológicos seriam necessários para a solução de casos minimamente problemáticos, em que “a decisão não tem como ser tomada com base apenas nos meios da Lógica, a partir de normas e conceitos jurídicos pressupostos. Para tanto, são necessários valores adicionais e, como fundamento desses valores, conhecimentos empíricos” (ALEXY, 2008, p 48).

As cláusulas gerais precisam de preenchimento com valorações, as quais só podem operar diante o caso concreto ou perante grupo de casos considerados típicos. Dessa forma, tais normas são de dogmatização inviável (CANARIS, 1996, p.44).

As cláusulas gerais são frestas abertas no ordenamento codificado para permitir o ingresso de princípios valorativos e “arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada)” (COSTA, 2010, p. 1-2). Permitem, outrossim, a atenção às diferenças e peculiaridades de cada caso concreto (LORENZETTI, 2010, p. 55).

O benefício das cláusulas gerais, portanto, é a flexibilidade e a possibilidade de

evolução do seu sentido, uma vez que este estará sempre em construção². Esse mesmo benefício pode ser uma desvantagem que acarrete uma indeterminação acerca do conceito do instituto jurídico que determinada cláusula geral trate. O problema não pode ser resolvido pela exclusão dessas cláusulas do ordenamento, visto que seria um caminhar para trás, retornando ao Código de 1916. Por esta razão este trabalho defende que a fundamentação das decisões de acordo com argumentação jurídica consistente, baseada em mais de um elemento, é a técnica essencial para superação da indefinição semântica das cláusulas gerais.

3.1 Cláusulas gerais e a textura aberta da linguagem hartiana

Esgotado o modelo oitocentista da previsão legislativa casuística, em face da complexidade da tessitura das relações sociais, com todas as inovações de ordem técnica e científica, a dogmática tradicional é insuficiente para solucionar a gama de complexidade advinda das novas relações sociais (COSTA, 2010, p. 3).

A cláusula geral é um texto normativo, em que o antecedente é composto por termos vagos e o conseqüente é indeterminado. Logo, há uma dupla indeterminação legislativa na estrutura lógica normativa, que inviabiliza a sua aplicação por uma técnica restritivamente de subsunção, silogística (EHRHARDT JR, 2014, p. 61-62).

A norma em abstrato da cláusula geral não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com expressões como função social, ordem pública, interesse social e boa-fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e alcance da norma (BARROSO, 2005, p.13-54).

A cláusula geral possui uma linguagem de textura propositalmente aberta, a qual, segundo Judith Martins-Costa (1999 *apud* DIDIER Jr, 2010, p. 70-71) é caracterizada:

pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a sistematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.

Hart (1994, p. 160-166) considerava que o ordenamento jurídico, composto por regras

²“Legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato.” (PERLINGIERI, 1999, p.27). Ver também: ENGLISH, 1983. p. 228; SAMPAIO, 2006, p.141-145; EHRHARDT JR, 2014, p.61.

primárias de conduta e secundárias de organização, confere ao magistrado uma margem de discricionariedade, nos limites da qual deve ser feita a escolha de uma das alternativas possíveis, o que se denomina textura aberta do direito.

A concepção de Hart de textura aberta do direito é similar à noção kelseniana de Direito como moldura, na qual há uma diversidade de possibilidade de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desta moldura (NEVES, 2013, p. XVI). Nas palavras de Kelsen (1998. p. 247):

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem.

Assim, a interpretação não levará ao sentido único da palavra, como querem os tradicionalistas, mas conduzirá a várias possibilidades igualmente válidas. Se uma sentença é fundada na lei, não significa que aquela é a norma individualizada, mas é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. A norma individual é tão-somente uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Pode-se adicionar o que Hart denomina de problema de penumbra, que seria o caso de que, em virtude da indeterminação semântica do texto, o intérprete não sabe se o fato pertence ou não àquela delimitação textual. É um problema da propriedade semântica da linguagem verificável na aplicação do direito (DINIZ, 2009, p. 282).

A cláusula geral cria a moldura no caso concreto. Ou seja, caberá ao aplicador da norma identificar o preenchimento do suporte fático e determinar qual a conseqüência jurídica que será extraída, atividade esta que só poderá ser exercitada no caso concreto, diante das peculiaridades de cada qual, balizada pelos limites impostos pelo ordenamento jurídico (DIDIER Jr., 2010, p. 71).

3.2 Distinção entre cláusulas gerais e princípios

A distinção entre cláusula geral e princípios é uma diferenciação entre significante e significado. Cláusula geral é um texto jurídico (significante), enquanto que princípio é norma (significado). São institutos que operam em níveis diferentes do fenômeno normativo. A norma jurídica é resultado da atividade interpretativa de um texto jurídico. Assim sendo,

tanto uma regra quanto um princípio podem ser extraídos de uma cláusula geral.³ Da cláusula geral do devido processo legal é possível extrair a regra de que a decisão judicial deve ser motivada, por exemplo (DIDIER Jr, 2010, p. 69-83).

Lorenzetti (2010, p.173) defende que não se trata de um princípio jurídico, ainda que muitas cláusulas gerais, como a boa-fé, sejam utilizadas também como princípios. É uma norma jurídica que estabelece um critério para uma multiplicidade de situações fáticas, ou seja, que não é concreta, mas abstrata, Outra diferenciação a ser considerada é que todas as cláusulas gerais deverão ser expressas, ao passo que os princípios poderão ser implícitos (MENKE, 2004, p. 14).

O que poderia aproximar a concepção de cláusulas gerais e princípios é a possibilidade que estes conferem de flexibilidade ao sistema jurídico. Os princípios estimulam e ampliam as possibilidades de argumentação, em razão do seu caráter poliédrico⁴.

Contudo, a solução dos casos depende da conjugação de regras e princípios. Marcelo Neves (2013, p. XXVIII), de modo certo, adverte que a decisão não pode ser fundamentada somente com princípios, sob o risco de fragilização e eliminação do caráter heterolimitador do direito. É certo que a falta de técnica jurídica de alguns magistrados contribui para o alastramento da aplicação viral de princípios, pois em casos rotineiros –ou fáceis, comuns– não há mistério de que a aplicação de regras não traz dificuldades, trata-se tão-somente de conjugação da delimitação semântica do sentido dos dispositivos e a subsunção do caso à regra.

Marcelo Neves (2013. p. XIX) levanta a questão de que, embora muitas vezes as regras sejam construídas a partir de princípios, aquelas são imprescindíveis para o fechamento do processo argumentativo.

A cláusula geral é o texto normativo do qual podem ser extraídos princípios e regras. A cláusula geral é o nascedouro, portanto, da norma principiológica ou da regra. Porém, o processo de aplicação da cláusula geral não pode se resumir a uma utilização pura e única de princípios. A interpretação sistemática e teleológica do dispositivo apresentará novas normas que poderão ser acopladas ao dispositivo da cláusula geral. Acrescenta-se que nada impede que do mesmo texto – ou da mesma cláusula geral, sejam extraídas mais de uma norma.

Segundo Marcelo Neves (2013, p. XIX,) a regra é imprescindível para a redução da

³ Aldemiro Rezende Dantas Júnior (2008,.P.98) compara as cláusulas gerais às células-tronco dos princípios, pois permite que estes no caso concreto se apresentem da forma mais adequada.

⁴ O ilustre professor Paulo Lôbo (2005, p. 77-79) registra a inexistência de diferença na prática judiciária entre cláusula geral e princípio.

complexidade necessária para solução do caso. Não se pretende excluir a importância de princípios. O que se propõe é a utilização conjunta de regras e princípios. Por exemplo, nos casos difíceis, em que há alta complexidade, a solução somente por regras é impossível, caso contrário não seria um caso difícil, mas uma simples situação de subsunção. A utilização de princípios é necessária, em razão do seu caráter flexível.

Foge do objetivo deste trabalho esgotar todas as minúcias sobre a diferenciação entre princípios e regras. Em linhas gerais, segundo Humberto Ávila (2012, p. 62-65) “as regras são normas imediatamente descritivas”, referente diretamente a ações, ao passo que os princípios são normas “imediatamente finalísticas”. Enquanto as regras são aplicadas de modo excludente – tudo ou nada, os princípios possuiriam uma dimensão de peso (NEVES, 2013, p. 52). Alexy (2008, p.90) entende princípios como “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.

Há ainda os híbridos: a) regras que são como princípios e b) princípios que se comportam como regras, situação em que os princípios podem ser aplicados diretamente, a exemplo da liberdade de expressão (NEVES, 2013, p. 100). De todo o caso, relevante é a noção de que a qualificação de normas como princípios ou regras dependerá “da colaboração construtiva do intérprete”(ÁVILA, 2012,p. 35).

A dificuldade da cláusula geral é a indeterminação dos limites do seu alcance normativo e a vagueza em se identificar os fatos que se enquadram na respectiva norma. Portanto, somente a interpretação dos fatos e um processo argumentativo técnico no caso concreto são capazes de superar esse problema. Assim, a norma jurídica só é produzida no processo de solução do caso, tornando mais uma vez claro o papel criativo e ativo do magistrado.

3.3 As cláusulas gerais e a (in)existência de lacunas no sistema jurídico

Lacuna é a inexistência de norma em razão da deficiência do sistema (DINIZ, 2009, p. 20). A questão não é tão simples. É certo que se considerarmos o conceito tradicional de lacunas, como inexistência do texto normativo, referente a um possível vazio, vácuo, no ordenamento jurídico, não há de se confundir com o instituto das cláusulas gerais – em que, por óbvio, há texto, apesar de genérico. Contudo, a linha divisória se torna mais tênue se

observarmos as lacunas como a regulamentação negativa ou uma qualificação normativa indiferente de certos comportamentos. Nessa situação, indagar-se-ia: a conduta que não está expressamente prevista, está permitida? A indiferença normativa é uma qualificação deontica? A previsão de todas as condutas possíveis em um texto normativo é um ideal racional?

Primordialmente, deve-se considerar o Direito como um sistema. Sistema é um vocábulo que significa aquilo que é construído (*syn-istemi*), ou seja, a totalidade ordenada de partes. Um sistema jurídico coeso, harmônico, escalonado e gradativo de normas no sentido kelseniano, em que as normas jurídicas não são postas desordenadamente, mas, sim, umas em função das outras (em sentido ascensional, trata-se de derivação e em sentido descensional, de fundamentação) (KELSEN, 1998. p. 246).

A relação entre uma norma de escalão superior e outra inferior é de subordinação, vinculação. Naquela, estará disposta a forma de execução desta. No entanto, essa determinação nunca é completa, havendo uma margem de livre apreciação. Como uma moldura a ser preenchida. Destarte, todo ato jurídico possui uma parte indeterminada (KELSEN, 1998, p. 246).

A indeterminação pode ser intencional. Assim, a aplicação de uma norma geral resulta em uma norma individual, que é ato contínuo do processo de determinação, fundamento da série escalonada das normas. No entanto, a indeterminação pode não ser intencional e isso ocorre quando a palavra é plurissêmica (KELSEN, 1998. p. 246).

As normas que compõem o sistema trazem em si a possibilidade de solucionar todos os conflitos levados à apreciação do magistrado. O sistema é, em si mesmo, bastante. (DINIZ, 2009. P. 43). Além do mais, em um sistema em que há a vedação do *non liquet* e "onde o juiz está autorizado a julgar segundo a equidade, não tem nenhuma importância que o ordenamento seja preventivamente completo, porque é a cada momento completável" (BOBBIO, 1999. P. 119). É nesse sentido que Maria Helena Diniz (2009, p. 49) afirma que "o direito é sempre lacunoso, mas é também, ao mesmo tempo, sem lacunas".

A idéia de uma plenitude hermética do ordenamento jurídico em que todas as condutas possam ser tipificadas é uma utopia, mormente a complexidade das relações sociais contemporâneas. Se o ordenamento fosse causuístico, o poder legislativo não mais exerceria função relevante, visto que todas as situações estariam prescritas (DINIZ, 2009, p. 108-109).

Maria Helena Diniz (2009, p. 280-281) levanta ainda a possibilidade de se analisar a lacuna no aspecto semântico de cada vocábulo, assim sendo, a lei não teria uma única lacuna, mas tantas lacunas quantas forem as palavras que a constitui, pois nenhum vocábulo é conhecido plenamente.

Considerando esse mesma linha de intelecção, as cláusulas gerais não configurariam um vazio normativo, ao contrário, o texto normativo, em conjunto com o ordenamento jurídico, estabelece uma moldura normativa cujo conteúdo será conferido no caso concreto pelo juiz. Assim sendo, o problema das cláusulas gerais é pragmático, colocado ao nível da decisão.

3.4 Cláusulas gerais e precedentes judiciais

A ligação entre cláusulas gerais e o precedente judicial é mais próxima do que se imagina. Jaldemiro Ataíde (1995, p. 39) advertiu que a utilização da técnica de precedentes judiciais gerais no novo CPC aproximará o sistema do *civil law* do sistema do *common law*. Judith Martins Costa (2010, p.2) assevera, outrossim, que há outro elemento comum entre esses dois tipos de sistema: a cláusula geral.

A cláusula geral confirma o papel da jurisprudência na criação de normas gerais: a aplicação reiterada de uma mesma *ratio decidendi* proporciona a especificidade, a concretude do conteúdo normativo de uma cláusula geral. Soma-se ainda a importante função de elemento comum, de conexão, que permitirá ao magistrado fundamentar a decisão em casos já julgados. Vejamos uma exemplificação a diante.

Imaginemos um sistema em que inexistem cláusulas gerais em uma determinada matéria, vamos supor, no inadimplemento contratual. Diversas ações são julgadas no reconhecimento de inadimplemento contratual em uma situação não abarcada pela lei. O juiz I fundamenta sua decisão nos princípios gerais de direito; o juiz II fundamenta sua decisão na vedação de comportamento abusivo; O juiz III fundamenta sua decisão em outros princípios não previstos na legislação. Todas as decisões estão impecavelmente fundamentadas, mas não se há de duvidar que a falta de unicidade dos fundamentos prejudicará a pesquisa dos precedentes – exceto se ao juiz da causa fosse facultado consultar toda a matéria que serviu para prolação do precedente (COSTA, 2010, P.1-2).

A falta de unicidade prejudica também a evolução do Direito, pela dificuldade de reiteração da inovação. E justamente nessa situação, a cláusula geral atuaria como enzima catalisadora e unitária, como um ponto de conexão entre a diversidade de casos possíveis,

permitindo a formação de catálogo de precedentes⁵.

A longo prazo, contudo, a utilização de cláusulas gerais e precedentes poderá oferecer o perigo de um engessamento das inovações jurídicas, em razão da dificuldade de identidade entre o precedente e o caso atual, considerando a peculiaridade intrínseca em cada caso na delicadeza do ambiente das cláusulas gerais, que dificilmente poderá ser generalizado, sob pena de se suprimir a especificidade do caso concreto.

3.5 Cláusulas gerais e casos difíceis

Nem toda cláusula geral é um caso difícil, assim como nem todo caso difícil é uma cláusula geral. Casos difíceis, segundo Ricardo Lorenzetti (2010, p.163), podem ocorrer em dois tipos de situações: a) quando não se pode deduzir a solução de modo simples da lei, porque há dificuldades na determinação da norma aplicável ou na sua interpretação; b) quando é necessário afastar-se da lei porque ela é inconstitucional.

Como Marcelo Neves assevera, em casos rotineiros envolvendo cláusulas gerais, em que já há uma jurisprudência assente, não se consubstancia um caso difícil. Logo, nem toda cláusula geral envolve necessariamente um caso difícil. Contudo, haverá situações em que não é possível a dedução simples da lei. (NEVES, 2013, p. XIX).

Em tais casos, a decisão dá causa a uma discricionariedade. A linguagem normativa muitas vezes é ambígua e mostra zonas de penumbra na interpretação, o que faz com que o interprete não só deva deduzir, mas também deva optar entre as diversas alternativas de interpretação.

Hart (1994, p. 166) já sustentava que não há uma única resposta correta nos casos difíceis. Considerava que o ordenamento jurídico, composto por regras primárias de conduta e secundárias de organização, confere ao magistrado uma margem de discricionariedade, nos limites da qual deve ser feita a escolha de uma das alternativas possíveis, o que se denomina textura aberta do direito. Os limites dessa atividade são parâmetros da razoabilidade, guiando-

⁵ Trazendo uma visão inovadora, Pedro Nogueira (2013, p.50-55) entende que o enquadramento da sentença como um ato-fato jurídico traz vantagens com a eficácia dos precedentes. Todo precedente é composto de duas partes: a) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; b) tese ou princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório. A *ratio decidendi* pode ser compreendida como os fundamentos que sustentam a decisão e que servirão para fundamentar as decisões dos casos sucessivos. Segundo o mesmo autor, é possível tratar a *ratio decidendi* como um fato jurídico que gera efeitos em relação aos julgamentos futuros. Ela não é individualizada pelo juiz que profere a decisão, mas funciona como uma escolha hermenêutica dos juízes que posteriormente irão examiná-la como um precedente, extraindo a proposição que poderá ou não incidir na situação correta.

se pelos princípios e aplicação do juízo de ponderação, justificando a decisão (LORENZETTI, 2010.p.172).

4 A fundamentação das decisões como técnica essencial para superação da indefinição semântica das cláusulas gerais

Visando à redução da subjetividade excessiva do intérprete e os riscos de arbitrariedade, a fundamentação da decisão, sobretudo nos casos que envolvam textos normativos tão abertos, como cláusulas gerais, deve ser a mais técnica possível. Quanto mais aparatos forem utilizados para o alcance do sentido, menor será a subjetividade, uma vez que o domínio próprio das cláusulas gerais e seu conteúdo real são definidos através da fundamentação racional da regra jurídica (ASCENSÃO, 2006. P.90) .

A seguir serão dispostas o que poderá ser feito para tornar o processo argumentativo mais técnico e menos subjetivo na concretização das cláusulas gerais.

4.1 Argumentação jurídica na concretização de cláusulas gerais

Da interpretação de um texto normativo surgem várias possibilidades hermenêuticas. A escolha da adequada possibilidade hermenêutica é um ato volitivo e cognoscivo (KELSEN, 1998. P. 249). No entanto, tal ato de vontade deverá respeitar os limites da moldura normativa e do ordenamento jurídico. As cláusulas gerais são um bom exemplo de como o intérprete é coparticipante do processo de criação do Direito.

Considerando que quem constrói a norma individual é o juiz, Benjamin Cardozo (2004, p. 87) afirma que o verdadeiro legislador é o juiz. Essa atividade criativa do juiz não pode ser um sinônimo de ampla discricionariedade para permitir que subjetivismos ocultos sejam fundamentos da decisão (LORENZETTI, 2010, p.129).

João Maurício Adeodato (2010, p. 199) levanta a crítica de que o juiz decidirá nos limites de um texto cujo sentido ele próprio que irá dizer. Nessa situação, “o resultado de interpretação torna-se conteúdo da norma em formação”. Ou seja, levanta-se a discussão do problema de que um dos limites da atividade do magistrado é a própria norma cujo sentido foi por ele mesmo construído. Ele cria e aplica.

É certa a impossibilidade de investigação dos elementos subjetivos contidos no pensamento do magistrado. O que é controlável é o comunicado, a decisão, a qual deverá conter uma fundamentação suficientemente clara para permitir que críticas e revisão sobre ela

sejam traçadas (NEVES, 2013, p. 179).

Mais que conformidade com aspectos formais, a decisão que aplica cláusulas gerais poderá ser revista na hipótese de aplicação irrazoável ou inadequada (DIDIER Jr., 2010, p. 77). Mas o que seria uma interpretação das cláusulas gerais irrazoável?

Deve-se escolher a possibilidade hermenêutica que exteriorize o sentido mais razoável e produza efeito mais benéfico (CAVALCANTI, 2003, p.74). Humberto Ávila (2012, p. 154) explana a razoabilidade como um postulado que estrutura a aplicação de outras normas:

Relativamente à razoabilidade, dentre tantas acepções, três se destacam. Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.

Ou seja, de todo modo, a razoabilidade só poderá ser analisada no caso concreto. O essencial é que o intérprete escolha o sentido mais racional, que se coadune com todo o sistema jurídico e tenha o efeito mais benéfico.

Se não há apenas uma resposta correta, o problema não é mais de cognição, mas de decisão, que, por significar apenas um caminho dos vários possíveis, deverá ser devidamente fundamentada. “Os intérpretes envolvidos sabem que, no fundo, também poderiam ter tomado outra decisão, com base em outras razões, as quais não seriam menos convincentes do que as efetivamente utilizadas” (KRELL, 2013. p. 63).

Como seria então essa fundamentação jurídica? Uma fundamentação técnica a ser adotado pelo magistrado para justificar que a ação X viola ou não a boa fé objetiva, por exemplo, se o próprio conceito de boa fé objetiva não é delimitado pela norma?

O discurso jurídico exige uma argumentação jurídica baseada em uma série de considerações limitadoras, entre as quais se deve mencionar especialmente “a sujeição à lei, a consideração obrigatória dos precedentes, seu enquadramento na dogmática elaborada pela Ciência do Direito organizada institucionalmente, assim como as limitações das regras do ordenamento processual” (ALEXY, 2005, p. 46).

Num sentido similar, Humberto Ávila registra cinco elementos que devem ser

utilizados na concretização da norma, quais sejam: a finalidade concreta da norma; a pré-compreensão; a valoração judicial dos resultados da decisão; o consenso como fundamento parcial da decisão e o precedente judicial. (ÁVILA, 1997, p. 429). Sem o uso da racionalidade na fundamentação da decisão jurídica, as cláusulas gerais tornam-se instrumentos para a parcialidade do magistrado, razão pela qual Wieacker (2004, p. 547) alerta que “o uso inadequado, hoje cada vez mais frequente, das cláusulas gerais pelo legislador atribui ao juiz uma responsabilidade social que não é a do seu ofício”.

Lorenzetti (2010, p.159-163) sugere a elaboração de um processo argumentativo composto por três momentos, quais sejam: 1) olhar para trás (elementos de consistência): este passo demonstra a necessidade de olhar para trás, aos precedentes judiciais que estabeleceram regras jurídicas para os casos com elementos de fato similares; 2) olhar para cima (elemento de coerência): a solução deduzida deve ser coerente com o resto do sistema jurídico; 3) Olhar para a frente (elementos consequencialista): focado na análise das consequências jurídicas e econômico-sociais da decisão no futuro.

O conhecimento da tópica de Viehweg também pode enriquecer a fundamentação jurídica. Partindo da utilização dos tópicos, que são argumentos extraídos dos princípios gerais, de decisões que expressam certo consenso, a tópica de Viehweg enfoca na solução do problema e em todas as linhas de raciocínio, argumentos e valorações voltadas para o problema, impossibilitando o intérprete de se perder em divagações que não envolvam a questão principal (LORENZETTI, 2010.p.176).

Viehweg considera que não há verdade e falso, apenas há o aceitável e o inaceitável, visto que inexiste uma interpretação única. Há a possibilidade de se chegar a resultados diversos – na interpretação de cada magistrado, mas que tenham a mesma validade lógica (DINIZ, 2009, p. 124-125).

Considerando essas informações, este trabalho organizará alguns elementos que podem ser utilizados na fundamentação com o escopo de tornar mais técnica a argumentação jurídica, reduzindo assim a possibilidade de arbitrariedade nas aplicações das cláusulas gerais.

Inicialmente, deve-se saturar os cânones tradicionais. É enganoso pensar que a interpretação tradicional é ultrapassada. Ao contrário, questões jurídicas ainda podem ser resolvidas por ela e as que não podem, certamente terão um maior esclarecimento da solução por meio da interpretação⁶. O magistrado deve considerar o resultado hermenêutico em

⁶ Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 115-143) entende, inclusive, que os outros métodos de interpretação -da chamada nova interpretação constitucional – são uma espécie de releitura dos cânones tradicionais.

conjunto com os demais argumentos. Essa etapa deve ser realizada antes da utilização imediata de princípios, sob pena de fragilizar a fundamentação da decisão judicial.

Deve-se buscar argumentos precedentes. É certo que a técnica de precedentes com força vinculante não é utilizada no Brasil, exceto no caso das súmulas vinculantes ou decisões vinculantes da Suprema Corte, porém, é de suma relevância a pesquisa acerca da prática jurisprudencial do caso.

Deve-se, ainda, buscar argumentos doutrinários e considerar os efeitos sociais, econômicos e políticos da decisão. E finalmente, deve-se utilizar a ponderação de valores e interesses. A escolha de um sentido sem a explicitação de seus motivos, elimina o valor técnico e racional da decisão. A definição do conteúdo de uma cláusula geral, depois de ter ultrapassado todas essas etapas, confere uma maior tecnicidade à fundamentação, já que foram somados diversos outros argumentos na justificação da decisão (doutrina, precedentes, interpretação tradicional etc).

Principalmente quando se envolve casos difíceis, nos quais há possibilidade de mais de uma solução razoável, há uma potencialização da atividade criativa do juiz, reforçando a necessidade da fundamentação.

Estes elementos que foram listados também podem amenizar o problema da utilização exagerada de princípios na fundamentação das decisões judiciais, o que, segundo Marcelo Neves (2012, p. 4), tem ocasionado “uma metamorfose perigosa para o Estado constitucional: ao abusarem dos princípios, que podem atuar como remédios contra a insuficiência das regras em casos jurídicos e constitucionais controvertidos, transformam-nos em venenos”.

Não há de se esquecer que as cláusulas gerais não são janelas para arbitrariedades. Não são normas totalmente abertas que serão preenchidas pela vontade absoluta do magistrado. Ao contrário. O próprio ordenamento ao abraçar as finalidades sociais das normas e a exigência do bem comum traçados na Constituição, vincula a atividade interpretativa do juiz aos valores primordiais do ordenamento jurídico (MORAES, 1991, p. 59-73). E isso não impõe um enfraquecimento do direito civil. Ao contrário, significa um novo momento civilista-constitucional, reforçando a força normativa da Constituição e a unidade hermenêutica (LÔBO, 2005. P.2).

Canotilho (2004, p. 95) reforça a unidade da ordem jurídica na perspectiva de que é necessária a interação entre o direito privado e a Constituição. Superando-se, assim, a antiga incomunicabilidade entre aqueles.

Desta forma, não é o direito civil que passou a ser constitucional. Trata-se do resultado da unidade do ordenamento jurídico, em que toda a legislação infraconstitucional busca a

Constituição como fundamento de validade. Por este motivo, Maria Celina Bodin (1991, p. 59-73) entende necessário o conhecimento da lógica oferecida pelos valores constitucionais por todos os operadores do direito, visto que qualquer norma ordinária deverá ser aplicada sempre em consonância com as normas constitucionais:

5 Conclusão

O código civil estruturado em cláusulas gerais está em conformidade com a reformulação hermenêutica do direito civil para o chamado direito civil constitucional. Neste sentido, o direito constitucional servirá de limite ao direito civil, uma vez que a unidade do ordenamento jurídico e da primazia da Constituição exigem que a legislação infraconstitucional seja interpretada em consonância com os ditames constitucionais.

Isto significa que as cláusulas gerais não são janelas para arbitrariedades, visto que a decisão deve estar em consonância com os ditames constitucionais. Visando a amenização de inseguranças jurídicas, o trabalho reforça a necessidade de um processo argumentativo composto por vários elementos técnicos na fundamentação da decisão judicial que envolva cláusulas gerais.

6 Referências

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. **RTDC: revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro. v.7. n.28. p.77-92. out./dez. 2006.

ATAÍDE JR., Jaldemiro de. **Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto do novo CPC**. São Paulo: Ícone, 1995.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (org.). **Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. P. 413-465.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Interesse Público**, Porto Alegre, RS, ano 7, n.33, p.13-54, set-out. 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. P. 117.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2ed; Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

CARDOZO, Benjamin.N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CASTRO Jr., Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses, 2009.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/513>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

CAVALCANTI, Arthur José Faveret. **A estrutura lógica do Direito**. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos atos próprios no princípio da Boa-fé**. Curitiba: Juruá, 2008.

DIDIER Jr., Fredie . Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, v. 187, p. 69-83, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no Direito**. 9ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 282.

EHRHARDT Jr, Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Batista Machado. 6ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação**. 6ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 3ª Edição. 2005.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. 2ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

IVO, Gabriel. **Norma jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoría General de las Normas (Allgemeine Theorie Der Normen)**. Tradução Hugo Carlos Delory Jacobs. Mexico DF: Trillas, 1994. P. 12-37..

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 247..

KRELL, Andreas J. **Discrecionariiedade administrativa e conceitos legais indeterminados. Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2ed. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2013. P. 63.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 3ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LORENZETTI, Ricardo. **Fundamento do direito privado**. Tradução de Vera Maria Jacob Fradera. São Paulo: RT, 1998.

LORENZETTI, Ricardo. **Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito**. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Da ação como objeto litigioso no processo civil**. Salvador: Juspodvim, 2010. P. 367-401

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo. v.13. n.50. p.9-35. abr./jun. 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes. **O problema fundamental do conhecimento**. 2ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. P. 68.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro. v. 1, p. 59-73, 1991.

NEVES, Marcelo. **Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>. Acesso em: 20 ago. 2013.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Elayne Leal de. A tópica de Viehweg e a nova retórica de Perelman: contribuição à ciência do Direito e aplicação jurisprudencial. **Revista do programa de pós graduação em Direito da UFBA.** Salvador, UFBA, n.14, 2007. P. 207-236.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil.** Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. P.141-145; P.61.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Virgílio Afonso da Silva. (Org.). **Interpretação constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005, v. , p. 115-143).

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. *In: A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. XIX.

TOBEÑAS, José Castan. **Los Derechos de la Personalidad.** Madri : Reus. 1952. P.6.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência.** Tradução de Tércio Ferraz Sampaio Jr. Brasília: DIN, 1979. P. 40.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória.** São Paulo: RT, 2009.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. 3ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2004.