

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

REGINA VERA VILLAS BOAS

JOÃO COSTA RIBEIRO NETO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: João Costa Ribeiro Neto; Regina Vera Villas Boas – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-422-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Civil. 3. Constituição. 4. Dano Moral.
XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

A presente obra exhibe os trabalhos selecionados e efetivamente apresentados no dia 20 de julho de 2017, no período compreendido entre as 14:00 e 18:00, nas dependências do Centro Internacional de Convenções do Brasil, em Brasília (DF), em parceria com a Universidade de Brasília, por meio do Curso de Pós-Graduação em Direito da UnB – Mestrado e Doutorado, que recepcionou o XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, e debateu o tema “Desigualdades e Desenvolvimento: o papel do direito nas políticas públicas”.

Os nove trabalhos que compõem o presente livro digital foram inicialmente selecionados e efetivamente apresentados no XXVI Congresso Nacional do CONPEDI.

As apresentações dos textos selecionados respeitaram um limite de tempo, previamente estabelecido, que girou em torno de dez a quinze minutos para cada exposição, abrindo-se dois intensos e frutíferos debates, que aconteceram após a quarta e a nona exposições, debates estes conduzidos pelos Coordenadores do GT “Direito Civil Constitucional”, Professores Doutores Regina Vera Villas Bôas (PUC/SP e UNISAL/Lorena) e João Costa Ribeiro Neto (UnB).

Participaram do GT pesquisadores de diferentes regiões do Brasil, o que proporcionou ao Grupo uma rica heterogeneidade de opiniões, notadamente, nos debates sobre a responsabilidade civil, o dano moral, a função social das cláusulas gerais e da boa-fé objetiva, além da análise sobre a liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Tudo isso, refletido à luz da temática principal do GT Direito Civil Constitucional I, que enfoca a contemporaneidade do Direito Civil, no contexto sistemático Constitucional.

As problemáticas jurídicas existentes em torno do tema “Desigualdades e Desenvolvimento: o papel do direito nas políticas públicas”, que foram trazidas à baila pelos artigos expostos, propiciaram discussões relevantes, introduzidas no GT de maneira bastante clara, interessante, atual e efusiva, propiciando debates de excelente qualidade, entre os quais se destacam o enfretamento das questões civis-constitucionais contemporâneas sobre a função exercida pelo instituto da responsabilidade civil e a efetividade das indenizações por dano moral.

A seguir, relaciona-se os títulos dos trabalhos expostos, os nomes dos respectivos autores, os nomes dos expositores e os breves resumos dos temas abordados:

Título 1 - A constitucionalização do direito civil e as consequências nos defeitos do negócio jurídico, erro ou ignorância, diante da aplicação da boa-fé objetiva

Autores: Alinson Ribeiro Rodrigues e Jonas Guedes de Lima

Expositor: Jonas Guedes de Lima

Breve resumo: O trabalho analisa os efeitos da constitucionalização do direito civil nos negócios jurídicos, apresenta os deveres impostos à parte pela boa-fé objetiva, quando da celebração do negócio jurídico. Questiona o cabimento da responsabilidade civil por abuso do direito do agente, relacionado aos atos que são praticados violando deveres de conduta, decorrentes da boa-fé objetiva, diante da ocorrência de vício da vontade – erro ou ignorância - nos negócios jurídicos. Destaca os efeitos da violação à boa-fé objetiva diante do erro, este entendido como causa de anulabilidade dos negócios jurídicos, diante da violação do princípio da confiança.

Título 2 - A eficácia social da posse

Autores: Marcos Claro da Silva, Bruna Migliaccio Setti

Expositor: Marcos Claro da Silva

Breve resumo: O artigo discorre sobre as teorias que ensejam a estruturação e explicação dos conceitos jurídicos da posse, seus fundamentos e sua natureza jurídica. Realiza análise investigativa detalhada sobre as teorias possessórias, comparando-as a partir de seleta doutrina. Indaga a respeito da função social da posse, objetivando desencadear raciocínio que enfrente a questão civil-constitucional sobre a sua legitimidade e sua eficácia social.

Título 3 - A função das cláusulas gerais no ordenamento jurídico brasileiro e a busca pela igualdade e pelo desenvolvimento nos julgamentos

Autoras: Gabriela Eulalio de Lima e Sinara Lacerda Andrade

Expositoras: Gabriela Eulalio de Lima e Sinara Lacerda Andrade

Breve resumo: O artigo discorre sobre a eficácia da aplicabilidade das cláusulas gerais, compreendidas como normas jurídicas orientadoras do sistema jurídico, oriundas do seu movimento de flexibilização, as quais inseridas no ordenamento brasileiro, se inter-relacionam com a Carta Magna e com os demais microssistemas, amparando a preocupação plural das relações de base. Revela que em um sistema aberto, o operador do direito tem maiores condições de garantir operabilidade à equidade e ao desenvolvimento dos julgamentos de conflitos contemporâneos.

Título 4 - Análise econômica do direito civil: implicações para o desenvolvimento humano e redução das desigualdades

Autoras: Edilene Lôbo e Suzana Oliveira Marques Brêtas

Expositora: Edilene Lôbo

Breve resumo: O artigo aprecia algumas implicações do desenvolvimento humano e da redução das desigualdades, a partir de análise econômica do direito civil. Recorda algumas tendências do direito de propriedade, as quais devem ser investigadas em conformidade com o texto constitucional e com a realidade social, afirmando que em situações de conflitos sociais, relacionados à matéria, oriundas da ausência de concretização de necessárias políticas públicas, o Poder Judiciário deve corrigir as distorções e desigualdades que lhes forem submetidas. No contexto da referida análise, perquire a respeito do acesso à moradia, examinando questões importantes sobre o mínimo existencial, direito social que assegura a dignidade da pessoa humana, em face do paradigma democrático contemporâneo, o que é feito a partir de análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial.

Título 5 - As cláusulas gerais e o aprimoramento da interpretação sistemática no direito civil brasileiro

Autores: Daniel Silva Fampa e Pastora do Socorro Teixeira Leal

Expositora: Edilene Lôbo

Breve resumo: Utilizando-se da hermenêutica normativa, a investigação se refere à constitucionalização do direito e suas implicações sociais, na seara dos institutos e categorias que compõem o Código Civil. No contexto, reflete sobre o papel desenvolvido pelas cláusulas gerais, aproximando-as do pensamento de Claus-Wilhelm Canaris a respeito dos sistemas, desenvolvido em obra de sua autoria, intitulado “Pensamento Sistemático e

Conceito de Sistema na Ciência do Direito”. Explora as cláusulas gerais como técnica legislativa apta à contribuição do fortalecimento da interpretação sistemática das normas jurídicas investigadas, objetivando à concretização de princípios e valores constitucionais, além da unidade sistemática.

Título 6 - Do dano moral ao extrapatrimonial: a necessidade de identificação dos direitos e interesses lesados

Autoras: Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral e Maiara Santana Zerbini

Expositora: Maiara Santana Zerbini

Breve resumo: O texto aprecia a figura jurídica do dano moral, considerada como subespécie de dano extrapatrimonial, objetivando apontar questões relevantes sobre o bem e/ou interesse juridicamente relevante a ser tutelado, no contexto dos estudos. Recorda que as análises doutrinária, legislativa e jurisprudencial são muito importantes para demonstrar a evolução do quadro jurídico relativo ao dano moral e respectivas indenizações, revelando a atual insuficiência dos apelos unicamente sentimentais relacionados à personalidade humana, permeando os conceitos de dano moral. Arrola o dano moral como uma espécie de dano extrapatrimonial relacionada à ofensa da esfera ética do indivíduo, explorando a distinção estabelecida entre os âmbitos extrapatrimonial e moral, a partir de reflexões sobre a finalidade ressarcitória do instituto da responsabilidade civil, enquanto dever ético-jurídico.

Título 7 - Liberdade de expressão versus direitos da personalidade: breve análise do posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 4.815

Autoras: Rafaela Barbosa de Brito e Juliana Cidrão Castelo Sales

Expositoras: Rafaela Barbosa de Brito e Juliana Cidrão Castelo Sales

Breve resumo: O artigo aprecia a matéria da colisão entre direitos fundamentais, relevante no atual contexto civil-constitucional, lembrando que, cotidianamente, são levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal, inúmeros casos concretos em que a colisão entre direitos fundamentais vem revelada. Exemplifica a matéria esquadrihada com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.815, a qual esmiúça a constitucionalidade dos artigos 20 e 21 do vigente Código Civil. Referida ADIN, julgada em 2015, confronta a liberdade de expressão com o direito de personalidade de biografados, reservando à primeira, no caso apreciado, tratamento preferencial. O contexto traz à baila, entre outras, discussões importantes sobre os

direitos civis e constitucionais relacionados à liberdade de expressão, aos direitos de personalidade de biografados e aos limites entre os referidos direitos e o princípio da proporcionalidade como critério adequado à resolução de referidos conflitos.

8 - Mutação jurisprudencial e responsabilidade civil das locadoras de veículos: a supera o da súmula 492 do Supremo Tribunal Federal

Autoras: Claudiane Aquino Roesel e Maria Flávia de Freitas Ferreira

Expositora: Maria Flávia de Freitas Ferreira

Breve resumo: A investiga o se refere aos precedentes que resultam a elabora o da Súmula 492 do Supremo Tribunal Federal, objetivando demonstrar a existência de incompatibilidade entre referida Súmula 492 e a atual ordem sócio-jurídica. Excogita o instituto da responsabilidade civil, trazendo   baila reflexões sobre a utiliza o da responsabilidade civil como base da constru o teórica da Súmula 492 do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, coloca a problemática social contemporânea da escolha jurídica da espécie de responsabilidade civil como base teórica de referida Súmula: responsabilidade civil subjetiva ou objetiva? As discussões em torno dos pressupostos do instituto da responsabilidade civil, notadamente sobre a culpa, o nexu causal e o dano conduzem o operador do direito a refletir sobre a sua capacidade de “reelabora o de uma experiência”. Conclui pela inadequa o da aplica o acrítica da Súmula 492 do STF, editada em um contexto histórico distinto do atual.

9 - O princípio da boa-fé em uma interpreta o alternativa

Autor: Filipe Augusto Sales Lima Bezerra

Expositora: Filipe Augusto Sales Lima Bezerra

Breve resumo: O artigo realiza reflexões sobre o princípio da boa-fé, trazendo discussões sobre valores nas hipóteses de confronto entre o princípio jurídico e o caso concreto. Aprecia referido contexto sob uma perspectiva alternativa, que examina os seus fundamentos históricos e  ticos, de maneira a propiciar um novo contexto interpretativo jurídico   compreensão dos negócios jurídicos firmados. Vasculha os instrumentos de abertura do sistema jurídico, refletindo sobre os eventuais prejuízos que o excesso desta abertura pode causar   aplica o do princípio da boa-fé. Traz   baila discussões sobre a visão distributiva do direito e a aplica o do princípio da boa-fé.

Brasília, 26 de julho de 2017.

Profa. Dra. Regina Vera Villas Bôas

Professora do Programa de Estudos Pós-Graduados da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e do Programa de Mestrado em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos do Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL-Lorena)

Prof. Dr. João Costa Ribeiro Neto

Professor do Programa de Estudos Pós-Graduados da Universidade de Brasília

**A FUNÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO E A BUSCA PELA IGUALDADE E PELO DESENVOLVIMENTO
NOS JULGAMENTOS**

**THE FUNCTION OF GENERAL CLAUSES IN BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE
AND THE SEARCH FOR EQUALITY AND DEVELOPMENT IN JUDGMENTS**

**Gabriela Eulalio de Lima
Sinara Lacerda Andrade**

Resumo

O trabalho dedicou-se ao estudo da aplicabilidade eficaz das cláusulas gerais como normas jurídicas orientadoras, originadas pelo movimento de flexibilização do sistema jurídico, que inseridas no ordenamento brasileiro atua com maior alcance na inter-relação necessária com a Carta da República e os demais microssistemas, amparando a preocupação plural – das relações de base. Demonstrou-se que num sistema aberto, o operador do Direito tem mais condições de garantir operabilidade à equidade e ao desenvolvimento dos julgamentos de conflitos contemporâneos, cunhando a importância funcional das cláusulas gerais. A pesquisa contou com o método dedutivo, tomando por base o levantamento documental multidisciplinar.

Palavras-chave: Cláusulas gerais, Julgamentos equitativos, Normas jurídicas orientadoras

Abstract/Resumen/Résumé

The work was dedicated to study of applicability effective of general clauses such, caused by the movement of the easing of system, inserted in spatial planning of the brazilian acts with greatest reach on the inter-relationship needed with the Charter of the Republic and of the microsystem, reflects concern plural. It has demonstrated that in an open system, the operator on the Right has more conditions to ensure operability of equity and to the development of the trials of contemporary conflicts, calling functional importance of general clauses. The research relied on the deductive method, based on survey document is multidisciplinary.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: General clauses, Fair trials, Legal rules of the road

INTRODUÇÃO

Antes da recepção das cláusulas gerais pelo sistema jurídico, predominava um preceito fechado, autorreferenciado de modo absoluto, que tecnicamente detinha leis claras, seguras, sistematicamente postas em códigos dominados pela pretensão da plenitude da lei. Tais códigos eram tidos como seguros com base em dois vetores fundamentais: o primeiro enraizado no dogma da identidade entre o direito e a lei; e o segundo entre a lei e a norma, que derivava da sistematicidade externa dos próprios textos legais codificados.

Entretanto, hoje de modo diverso, com a inserção das cláusulas gerais e a consequente abertura do sistema, defende-se a existência de um cenário de insegurança jurídica, justamente por despontar uma multiplicidade de textos legais que teriam por fim abalar a estrutura codificada, tornando-se impossível manter a integridade lógica do sistema.

Ocorre que com o passar dos anos, sociedade e Direito vêm se transformando e, a proteção daquela não permite mais um amparo exclusivo por um rol intrincado e absoluto de regras e normas inflexíveis e fechadas. Neste compasso, o trabalho em tela objetivará ilustrar e abalzar o real impacto das cláusulas gerais para o sistema jurídico, que apesar da sua essência complexa, tendo em vista seu caráter proteiforme, apresentam significações diversas, dispostas a constantes modificações, materializando-se o tipo ideal ajustável para as mudanças sociais, tanto que quando colocadas a exame num caso concreto, apresentam à teoria do direito e à dogmática jurídica, em virtude de sua própria natureza jurídica, a simplificação e o reducionismo no momento de sua análise, alargando o sistema.

Destarte, valendo-se da análise documental – doutrina e legislação – simplificará a real função das cláusulas gerais, que é propriamente esta: promover a abertura do sistema jurídico, condicionando a aplicação do Direito de forma mais ampla, atribuindo aos julgadores maior rigor de conhecimento técnico, vez que num caso concreto não será admitido apenas a sua subsunção à lei, exigindo uma compreensão cognitiva mais amplificada dos sistemas extrajurídicos, como *v.g.*, regras morais, éticas e costumes, além da ordem principiológica disponível no ordenamento jurídico, na intenção de valer-se de critérios valorativos e/ou diretivos extra-jurídicos na busca pela igualdade e pelo desenvolvimento nos julgamentos.

Ante a problemática instalada e os ranços que ainda perduram por parte da doutrina e dos operadores do direito mais conservadores, a pesquisa se desenvolverá com a finalidade precípua de despertar à comunidade jurídica os benefícios que podem originar o uso das cláusulas gerais, de forma a apresentá-las como um sistema mais amoldado a solução dos

conflitos da sociedade contemporânea, demonstrando-se que não mais é prudente admitir mais aquele modelo estático de positividade, fechado que vigorava no contexto social hegemonicamente centrado na figura do indivíduo se a intenção é a busca pela igualdade e pelo desenvolvimento das discussões contemporâneas; o modelo dominante nos dias de hoje é o da pluralidade, preocupado com as relações sociais de base. Eis a motivação pela qual, o Código Civil Brasileiro, optou pela adoção de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, primando por uma adaptação mais fácil às modificações sociais e exigências do caso concreto, confirmando a temática da constitucionalização do Diploma Civil.

Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo e dialético, baseada na pesquisa bibliográfica e documental, de repercussão nacional e internacional, que envolva e discuta o tema numa razão que fique mais simples e coletiva a satisfação equânime e desenvolvimentista dos julgamentos em prol das necessidades humanas.

1 AS CLÁUSULAS GERAIS COMO PONTO DE PARTIDA

Todo o ordenamento jurídico é estabelecido considerando o sistema econômico-político encoberto por detrás dele em determinada sociedade. Diante dessa premissa, não diferente, as cláusulas gerais surgiram em um cenário de caos econômico na Alemanha, que após ser derrotada na Primeira Guerra Mundial, veio a enfrentar os efeitos do Tratado de Versalhes. A economia alemã foi consumida pelo processo hiperinflacionário, originando uma instabilidade social com a desvalorização monetária, vindo a tolher os padrões mínimos de dignidade da pessoa. (CAVALCANTE FILHO, 2013)

No mesmo lastro, os contratos sofreram efeitos imediatos diante da crise. Os preços expressos nos instrumentos contratuais passaram a ter suas cláusulas praticamente impossíveis de serem cumpridas nos termos inicialmente pactuados. Entretanto, até então, não se previa nenhuma modalidade de atualização monetária.

Destarte, buscando uma solução para as controvérsias existentes entre os interesses sociais e os econômicos, incumbiu ao Poder Judiciário a função de tentar solucionar juridicamente a alteração destacada na comunidade alemã, buscando equilibrar os interesses sociais e afastar os casos de iniquidade sucedidos da crise nacional instalada, especialmente, no que se referia às cláusulas contratuais que regulavam os preços. (SICA, 2008)

O *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), código civil alemão, à época tinha apenas duas décadas de vigência, mas entre os seus dispositivos havia a luz jurídica imprescindível, que

apresentava a solução para a problemática, o § 242 daquele Diploma¹, identificado por Judith Martins-Costa, como o mais acentuado exemplo de cláusula geral presente na legislação, dada sua paradigmática, a assiduidade com que é citado e pela relevante função que tem cumprido. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 287)

Completando o raciocínio, Judith Martins-Costa afirma que o conceito disposto no § 242 do BGB, na contemporaneidade, constitui elemento fundamental para uma compreensão absolutamente nova da relação obrigacional, transformando o conceito de sistema e a própria teoria tradicional das fontes dos direitos subjetivos e dos deveres, isso por despontar uma limitação na importância da autonomia da vontade. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 288)

Embora não tendo sido o sentido original conferido pelos autores do BGB, a boa-fé foi aceita por possuir um valor autônomo, não relacionado com a vontade. Portanto, a extensão do conteúdo obrigacional não seria auferida com base somente nela, mas nas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo construir, de modo objetivo, o regramento do negócio jurídico com a admissão de um dinamismo que escapa até do controle das partes.

Eis que Vera Maria Jacob de Fradera citando Clóvis do Couto e Silva pondera que o princípio da boa-fé dedica-se, mormente, ao magistrado, estimulando na formação de conceitos para a satisfação de novos fatos, desempenhando uma autoridade corretiva do Direito estrito ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou ainda revelando um aspecto negativo em face do Direito postulado pela outra parte. A função peculiar é então apontar ao juiz a possibilidade do exercício de uma atividade similar a do pretor romano, criando o “direito do caso”. Destarte, o aspecto capital para o engenho judicial é o fato de a boa-fé deter um valor autônomo, diverso da vontade (COUTO e SILVA *apud* FRADERA, 1997, p. 42)

No pensamento dos redatores do BGB, as cláusulas gerais não se destinavam a atribuir aos juízes poderes de criação normativa similar ao do *praetor* romano, não tinha outro significado senão reforçar o seu § 157, que determinava a regra tradicional de interpretação dos negócios jurídicos segundo a boa-fé, é o seu teor: “Os contratos interpretam-se como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego²”.

No que refere à aplicação do § 242, algumas Cortes de Justiça aplicaram-no no sentido de boa-fé objetiva, mas que visualizando o direito obrigacional, foi ficando

¹ § 242: ‘O devedor deve [está adstrito a] cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego jurídico.

² Texto original: “*Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*”

ultrapassado em razão da capacidade dos juízes alemães em ousarem no seu ofício e na técnica redigida nas suas decisões. Ratificando que a lei não seria por si só um limite, mas o ponto de partida para a criação e o desenvolvimento do Direito, que a partir das cláusulas gerais, autorizou os juízes alemães o uso da boa-fé e dos bons costumes como fundamentos razoados para as decisões concretas.

Diante disso, após a utilização satisfatória da cláusula geral da boa-fé na jurisprudência alemã no pós-guerra, a inserção das cláusulas gerais estendeu-se a outros países com acentuado vigor.

Na Itália, são denominadas *clausole generali*, termo originado do alemão *Generalkalusen*, trata-se de dado ineliminável da realidade civilística daquele país. Entretanto, os juízes italianos teriam empreendido uma fuga das cláusulas gerais, ao inverso da magistratura germânica que teria optado por uma fuga nas cláusulas gerais. Em Portugal, diz-se que há limitações impostas pelo legislador, que nem sempre têm condições de prever todas as hipóteses capazes de atenderem à variabilidade das circunstâncias que podem surgir no caso concreto. Já na França, o Código Civil de 1804, dentre os códigos jusracionalistas, merece um lugar de destaque. A influência traumática do *ancién régime*, expressão que se refere originalmente ao sistema sociopolítico aristocrático estabelecido na França sob as dinastias de Valois e Bourbon, entre os séculos de XVI e XVIII, regime este centralizado e absolutista, cujo poder concentra-se nas mãos do rei, com seu caráter de indelegabilidade do poder legiferante, limitou o julgador a mero aplicador da lei. Assim, a confiança está inscrita na lei e a desconfiança depositada no julgador. Por outro lado, no Direito francês, as cláusulas gerais podem ser encontradas no interesse do menor, no comportamento médio do consumidor, no dano previsível e também na boa-fé. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 290)

No Brasil, como será adiante melhor abordado, as cláusulas gerais foram inseridas desde o Código Civil de 1916, sendo presente no atual Diploma Civil de 2002.

1.1 DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE CLÁUSULAS GERAIS

Gustavo Tepedino apresenta a definição de cláusulas gerais:

Normas que não prescrevem uma certa conduta, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação de demais disposições normativas (TEPEDINO, 2002, p. XIX)

Ainda no seu discurso, o autor destaca: “[...] exige cuidado especial do intérprete, posto que por si só, não significam transformação qualitativa do ordenamento” (TEPEDINO, 2002, p. XVIII).

A propósito, ainda, da conceituação das cláusulas gerais, Judith Martins-Costa para a correta sistematização, assim as define:

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se 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 ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico (MARTINS-COSTA, 2000, p. 287)

As cláusulas gerais configuram-se assim, na vantagem da mobilidade ajustada pela intencional imprecisão dos termos de cada caso, utilizando em grau razoável e não mais absoluto, o princípio da tipicidade. Não busca dar respostas prévias a todos os problemas, ficando a cargo da jurisprudência o papel de construí-las de modo progressivo. Operam tecnicamente como metanormas, objetivando enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis, espaços diversos do sistema ou ainda, à variáveis tipologias sociais dos usos e costumes.

1.2 AS CLÁUSULAS GERAIS ENQUANTO TÉCNICA LEGISLATIVA

O corpo civilista quando da confecção do Diploma Civil Brasileiro vigente, preocupado com uma atividade jurisdicional mais criativa, trouxe no seu rol, a técnica legislativa das cláusulas gerais, servindo como um dos métodos a serem alcançáveis pelo operador do Direito, a fim de se posicionarem com mais equidade e dinamismo diante dos casos práticos.

Todavia, antes que se discuta a função das cláusulas gerais enquanto técnica legislativa importa trazer a concepção de Judith Martins-Costa, para os tipos de cláusulas gerais:

[...] tipo restritivo, aí operando contra uma série de permissões singulares, delimitando-as, como nos casos da restrição à liberdade contratual, inclusive a liberdade de se retirar injustificadamente da fase das tratativas negociais; de tipo regulativo, regulando através de um princípio, todo um vasto domínio de casos, como ocorre com a regulação da responsabilidade por culpa; e de tipo extensivo, por forma a ampliar uma determinada regulação através da possibilidade, expressa, de aí serem introduzidos princípios e regras dispersos em outros textos, como é o caso das disposições do Código do Consumidor e da Constituição Federal, que asseguram, aos seus destinatários, a tutela prevista em acordos e tratados internacionais e na legislação ordinária (MARTINS-COSTA, 2000, p. 295)

Percebe-se que as cláusulas gerais se expressam por meio da adoção de premissas genéricas, de forma oposta ao da casuística, que se configura da hipótese legal, ou seja, quando determinada matéria é regulada mediante a delimitação jurídica em seu caráter específico.

No contexto das cláusulas gerais, não há que se falar em critério de discricionariedade, pois a função é remeter o juiz à critérios de valorização objetivamente válida no meio social, isto proporciona a estatuição de uma variedade de casos, com atributos específicos, formados pela via jurisprudencial e não legal.

Alberto Gosson Jorge Júnior ponderou sobre a conformação do sistema jurídico a partir das cláusulas gerais como instrumento, avaliando como instrumento de conformação do sistema jurídico, findas para a suplementação das lacunas presentes no ordenamento. (JORGE JÚNIOR, 2004, p. 62)

A respeito das lacunas no que refere à reparação de atos danosos, Judith Martins-Costa citando Clóvis do Couto Silva, destaca a importância da diferença de um sistema que consagra as cláusulas gerais de reparação de todos os atos danosos, de forma que a questão fundamental é saber qual o alcance da hipótese legal, posto que sem esta precisão, corre-se o risco de tomar o lugar de numerosos institutos jurídicos:

A comparação, em certo setor, de ambas as técnicas pode auxiliar a esclarecer esse ponto. Clóvis do Couto e Silva exemplifica com a diferença entre um sistema que consagra uma cláusula geral de reparação de todos os atos danosos (indicando o art. 1.382 do Code Napoléon) e um sistema no qual todas as fattispecies delituais devem estar previstas na norma (aludindo aos §§ 823, I e II e 825 do Código Civil alemão). [...] Já pela falta de uma cláusula geral não há, no sistema alemão, “um desenvolvimento livre dos deveres de conduta, de forma que na sua violação possa ser considerada como delitual”, marcando-se “o desenvolvimento das hipóteses delituais [...] nos limites prefixados pela lei. [...] à semelhança do francês, adotaram uma cláusula geral com previsão para a responsabilidade civil pelos prejuízos causados a outrem, ser suscitado o problema “no que concerne aos limites”. Dito de outra forma, “a questão fundamental é a de saber qual o alcance da

hipótese legal, posto que, sem esta precisão, se corre o risco de tomar o lugar de numerosos, institutos jurídicos” (COUTO SILVA *apud* MARTINS-COSTA, 2000, p. 299/301)

No Brasil, o revogado Código Civil de 1916, apresentava praticamente apenas uma única cláusula geral que regulava a responsabilidade civil subjetiva, então transcrita no artigo 159³. Atualmente, o Código Civil de 2002 destacou em seu texto o artigo 186, que também aponta a cláusula geral de responsabilidade subjetiva, mas inovou consagrando uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, prevista no seu artigo 927, parágrafo único.

Ainda exemplificando, Judith Costa-Martins ao citar José Carlos Moreira Alves, apontou como exemplo o Código Civil Português, sistema que faz predominar os dois caracteres científicos, tanto o das cláusulas gerais quanto o da casuística, estando fixado numa posição em que predomina o caráter científico, com o seu conceitualismo e o emprego de cláusulas gerais não se abdica, constituindo, contudo, no casuísmo das matérias um núcleo básico do direito civil, pela vantagem da certeza do direito” (ALVES *apud* MARTINS-COSTA, 2000, p. 302)

Com este debate é possível concluir que o sistema jurídico ideal é aquele que emprega as duas técnicas, das cláusulas gerais e da casuística, pois se estruturado, exclusivamente, nas cláusulas gerais, causaria uma sensação perene de insegurança. Por outro lado, o sistema formado apenas nas regras da casuística tornaria o sistema sobremaneira rígido e fechado, nada adequado à complexidade da vida contemporânea que exige a harmonização dos enunciados normativos de ambas as espécies.

2 A LINGUAGEM E AS FUNÇÕES DAS CLÁUSULAS GERAIS

A respeito da linguagem das cláusulas gerais, destaca-se que estas não são gerais, genéricas, ambíguas, nem obscuras. Pois bem, para melhor compreender as distinções, Judith Martins-Costa é didática em apresentá-las como geral quando em sintonia diz algo que vale para todos os objetos que incumbem a uma determinada classe, sem nenhuma exceção. Podendo um enunciado ser, simultaneamente, extremamente geral e preciso; contudo, só pode-se admitir o adjetivo “geral” às cláusulas gerais se for compreendida a técnica que permite em razão da extensão do seu campo previsivo-estatutivo, uma “previsibilidade geral” de condutas (MARTINS-COSTA, 2000, p. 304).

³ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

No que diz respeito ao enunciado genérico, a autora defende que não se refere a ausência de especificação, bastando que possa ser usado para qualquer caso da classe considerada. Assim, quanto maior for o número de fatos, que caso se constatassem, alcançariam hipóteses previstas na regra, tanto mais será genérico. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 305)

O termo ambíguo, por sua vez, é defendido por ela pautado na homonímia ou na polissemia, de forma que possa ostentar mais de um significado, sem que o contexto em que foi empregado consinta em clarificar tal ou qual o significado que está sendo empregado, admitindo explicar o significado que está sendo empregado (MARTINS-COSTA, 2000, p. 305)

Nota-se que, as cláusulas gerais são apenas vagas e o que de fato as distingue enquanto técnica é o emprego de termos vagos ou de expressões ou ainda, a concessão de liberdade ao juiz, para que este concretize o direito e atinja as consequências normativas a seu dispor. Utilizar então normas vagas permite que o Direito se concretize dentro de um caso prático com certo grau indefinição, podendo ser modulado de acordo com as regras sociais.

2.1 A VAGUEZA SEMÂNTICA E NORMATIVA

Embora embutidas de caráter vago, a vagueza não é um traço característico apenas das cláusulas gerais, pois pode ser identificada em termos e expressões de toda linguagem e, sobretudo, na linguagem jurídica. A vagueza semântica indica um fenômeno semântico e pragmático, não constitui uma imprecisão qualquer, uma imprecisão genericamente considerada. Cuida-se de uma imprecisão de significado, que faz surgir a regra, segundo a qual a noção de diversos significados, necessariamente, correspondem a noções diversas de vagueza, de modo que o conceito de vagueza é relativo às acepções do termo “significado”, um dos mais ambíguos e complexos da teoria da linguagem, que por sua vez, no campo jurídico, expressa-se por meio de normas, constituindo preceitos.

É, portanto, considerada vaga toda norma ou preceito cujo enunciado se apresente ou possa apresentar casos-limite, ou seja, casos concretos, intrinsecamente incertos, que estão ali para serem solucionados. Contudo, nem sempre a solução está prevista na norma e isso gera um grau de incerteza própria, pois não há elementos suficientes para que se promova uma prova plena dos fatos sobre os quais assenta a controvérsia, um conhecimento profundo do Direito e ainda, uma perfeita padronização da linguagem jurídica.

Entretanto, importante considerar também que nem todos os textos legislativos semanticamente vagos caracterizam-se cláusulas gerais, a maioria indica conceitos jurídicos indeterminados ou ainda princípios jurídicos.

2.2 DISTINÇÕES ENTRE AS CLÁUSULAS GERAIS E OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Ainda que exista entendimento doutrinário divergente, no sentido de não haver distinção entre cláusula geral e princípio jurídico, a equiparação entre princípios jurídicos e cláusulas gerais decorre das variadas significações que circundam o vocábulo “princípios”. Essas inúmeras classificações doutrinárias refletem a plurivocidade que o caracteriza. Para estabelecer uma distinção entre princípios e cláusulas gerais, entende-se ser necessário arrolar todas as diferentes acepções que doutrinariamente são dadas ao termo. Nestes termos, Judith Martins-Costa referenciando Genaro Carrió, aclara o debate:

[...] o conceito de princípio jurídico está vinculado a pelo menos sete significações, quais sejam: “núcleo básico”; “característica central”; “regra guia, orientação ou indicação”; “origem”; “causa geradora”; “finalidade, objetivo, propósito ou meta”; “premissa”; “axioma”; ou “verdade teórica postulada como evidente”; “verdade ética inquestionável” e por fim, “máxima, aforisma, provérbio, ou peça de sabedoria prática que nos vem do passado e que traz consigo o valor da experiência acumulada e o prestígio da tradição. Os focos de significação elencados por Carrió, prestam a ampliar o número de usos do termo, a fim de se utilizar de maneira adequada, ao caso em que o termo for empregado (CARRIÓ *apud* MARTINS-COSTA, 2000, p. 274)

A diversidade de significados que cerca o termo “princípios” também deve ser atribuída ao direito comparado, haja vista que na doutrina estrangeira, distinguem-se os termos “princípios”, “norma” e “regra”. Na França, como *v.g.*, distingue-se princípio, norma, regra e lei da seguinte forma: a regra seria um princípio em si mesmo e a lei seria a sua forma, ou o que o contém, de tal modo que lei seria continente, regra e princípio são conteúdos da lei; no que tange à regra e à norma, a primeira seria um princípio de alcance geral e abstrato, enquanto que a norma teria alcance individual e concreto.

Logo, a regra seria sempre princípio, enquanto que a norma poderia ser decisão. Assim, a lei contém regras que são princípios; essas regras ou princípios se denominariam também normas; as regras seriam fundadas para afirmar a retirada da sua validade de uma norma dita fundamental, firmando-se ao mesmo tempo, um conceito hierarquicamente

superior a das normas; deste modo, quanto mais geral for a regra, mais ela será hierarquicamente inferior.

Há de se notar quão complexo e conflituoso é o tema no que concerne às distinções, complexidade esta que tende a se acentuar, levando-se em consideração as orientações e aceções adotadas pelos autores norte-americanos Hart e Dworkin, que deram grande contribuição ao tema, bem como à teoria do Direito contemporâneo.

Sobre este debate, Ronald Dworkin defende que:

[...] há distinção lógica entre as regras e os princípios, simplesmente porque eles obedecem a diferentes dimensões, dispõe o autor que: Ambos os conjuntos de standards apontam as decisões particulares referentes à obrigação jurídica em determinadas circunstâncias, diferindo, contudo, no caráter da orientação que dão. As regras são aplicáveis à maneira das disjuntivas (separado); enquanto os princípios, nem sequer os que mais se assemelham as regras, estabelecem consequências jurídicas que se seguem automaticamente, quando satisfeitas as condições previstas (DWORKIN, 2002, p. 39/40)

Seguindo suas razões, o autor afirma os princípios operam diversamente às regras, denotando que o intérprete ao sobrepor a norma que assinala um princípio, deve considerar o seu peso, considerando que um mesmo princípio, pode ser ou não aplicado, num dado caso, sem perder sua força no sistema. (DWORKIN, 2002, p. 42/43)

A legitimidade do sistema é atribuída também aos princípios implícitos, ou seja, os que não expressos, que seriam retirados das normas particulares expressas, formando duas espécies de princípios: aqueles que vêm expressos por linguagem legislativa e os que estão inexpressos ou tácitos, sendo recolhidos, retirados ou formulados por linguagem judicial.

Os princípios expressos são aqueles, de modo explícito, determinados constitucional ou legislativamente, são os princípios positivados, tendo como exemplos: o princípio da separação e harmonia dos poderes do Estado, artigo 1º da Constituição da República; da irretroatividade da lei penal, artigo 2º do Código Penal; da ação, artigo 2º do Novo Código de Processo Civil; e o princípio da vulnerabilidade do consumidor, artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, dentre outros.

São princípios inexpressos ou implícitos aqueles que embora não formulados em determinada disposição legislativa, são à vista da racionalidade do sistema da natureza de certa instituição ou do conjunto normativo aplicável a certo campo, elaborados, construídos, “recolhidos” ou formulados pelo intérprete. Citando-se como *v.g.*, o princípio da prevalência do interesse público sobre o privado e o princípio da boa-fé objetiva no direito obrigacional.

O doutrinador italiano Riccardo Guastini citado por Judith Martins-Costa, dispõe que: “[...] os intérpretes, ao formularem um princípio inexpresso, não submetem ao legislador, mas assumem que tal princípio esteja implícito no discurso das fontes [...]” (GUASTINI *apud* MARTINS-COSTA, 2000, p. 320)

Parte da doutrina entende que a natureza normativa dos princípios, no que tange o seu caráter estruturante, seria um dos seus principais traços individualizadores, pois os princípios são as normas que a serem consideradas pelo legislador, pela doutrina e pela jurisprudência, como fundamento de um conjunto de outras disposições para solução do caso prático. Tendo-se como exemplo os princípios programáticos, considerados como sendo normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais.

Em síntese, os princípios são considerados como critérios de distinção de um determinado ramo ou disciplina jurídica. Em outro aspecto, os princípios vêm adjetivados, os consagrados fundamentais, os quais podem ser como dispõe a própria Constituição da República no Título I, estruturantes de um ordenamento jurídico inteiro.

A confusão entre princípio jurídico e cláusula geral decorre também do fato de poder uma norma, que configure cláusula geral, conter um princípio exclusivamente, neste caso pode-se dizer que determinada norma é ao mesmo tempo princípio e cláusula geral. Contudo, não se admite pensar na possibilidade de haver cláusula geral não expressa, não há que se falar em implicitude. As cláusulas são propositalmente vagas e abertas no que se refere a semântica, por isso, exige-se que estejam positivadas em lei. Por conseguinte, o setor que divide a classificação dos princípios em princípios inexpressos e expressos afasta inteiramente a possibilidade de equipará-los às cláusulas gerais.

Considerando a esfera dos princípios expressos, também não se justifica a equiparação, já que não se pode pensar em cláusula geral que não promova reenvio, seja a outros espaços do próprio ordenamento seja a *standards* jurídicos e extrajurídicos. Por fim, no que tange aos princípios expressos, diz-se os que referenciam valores que se traduzem em linguagem dotada de alto grau de vagueza semântica, como “boa-fé”, “moralidade pública” e “razoabilidade”, nem mesmo aqui há equiparação entre os princípios e as cláusulas gerais. O que se pode afirmar é que se trata de uma cláusula geral, que contém um princípio apenas reenviando a outros estatutos, como é o caso do artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor.

Conclui-se, portanto, que não se pode afirmar que há equiparação entre as cláusulas gerais e os princípios, que embora ambos sejam dotados de vagueza semântica, as cláusulas gerais têm uma linguagem intencionalmente aberta que permite que sejam observadas em

qualquer termo ou expressão, constituindo, assim, muito mais uma questão de grau, de dimensão do que de característica, com a missão de reenvio dos operadores do Direito a outros espaços do próprio ordenamento.

2.3 CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Tanto as cláusulas gerais como os conceitos jurídicos indeterminados, percebe-se um alto grau de vagueza e abertura semântica, além do reenvio a *standards* valorativos extra-semânticos, contudo, é de extrema relevância analisar e abordar a distinção entre as cláusulas gerais e os chamados conceitos jurídicos indeterminados, que engloba duas espécies na categoria das normas vagas socialmente típicas. Veja-se:

A primeira classificação que se dá no universo dos conceitos indeterminados é a que os subdivide entre aqueles que aludem a valores e os que referenciam realidades fáticas. Exemplificando este quadro, Judith Martins-Costa faz uma leitura com base no revogado Diploma Civil de 1916, abordando que o revogado Diploma Civil considerava uma imensa variedade de conceitos compostos por termos ou expressões indeterminadas, que se referem a realidades fáticas, citando exemplos: “animais bravios” de que tratava o artigo 593, I; “dinheiro necessário” as “despesas ordinárias” com o sustento do menor que pode ser conservado em poder do tutor (art. 432); a “loucura furiosa” causa incapacitante, nos termos do revogado artigo 199, II ou o “lugar de acesso perigoso ou difícil”, do qual tratava o artigo 973, III (MARTINS-COSTA, 2000, p. 325)

Todas essas expressões têm significados precisos, com base nas regras de experiência, às quais deve o juiz recorrer inclusive por força de mandamento legal, podendo ou não valer do auxílio de *expert*, dependendo do caso concreto. Nesse caso, não há reenvio das metas extrajurídicas que caracterizam as cláusulas gerais às instâncias valorativas.

Buscando discernir melhor a conceituação, Judith Martins-Costa abordando os ensinamentos de Andrea Belvedere revela que se com a expressão “cláusula geral” indica-se a noção que é utilizada pela norma e, portanto, no enunciado normativo do termo correspondente, haverá sinonímia entre ambos. Assim, se indicada pela expressão cláusula geral a noção de “boa-fé” constante do §242 do BGB, tanto poderá afirmar que essa noção caracteriza tanto uma cláusula geral, quanto um conceito indeterminado. Portanto, seria mais indicado utilizar quando se pretende atingir o primeiro significado, referir a expressão norma que contém uma cláusula geral, ao invés de aludir à cláusula geral *tout court* (BELVEDERE, *apud* MARTINS-COSTA, 2000, p. 325/326)

A verdade é que por integrar à descrição do fato, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa, assim uma vez estabelecida no caso concreto a coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará por assim dizer, predeterminada. O caso é de subsunção, não haverá, portanto, “criação do direito” por parte do juiz, mas apenas interpretação ampla e o mais próxima da equidade possível.

Contudo, a coincidência nunca é perfeita, pois a cláusula geral exige que o juiz concorra ativamente para a formulação do resultado da decisão. Enquanto que nos conceitos indeterminados, o juiz se limita a reportar ao fato concreto com o elemento vago indicado no caso, devendo individualizar os limites da hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados pela legislação.

Na cláusula geral, a operação intelectual do juiz é mais complexa, que além de averiguar a possibilidade de subsunção de uma série de casos-limites na jurisprudência, precisa verificar também a exata individualização das regras sociais às quais o envia a metanorma jurídica. Por fim, é preciso determinar também quais são os efeitos incidentes ao caso concreto ou, se estes já vierem indicados, qual a graduação que merece ser conferida na situação em análise, tendo em vista as possíveis soluções existentes no sistema.

Almejando analisar com mais clareza o debate deste tópico, três enunciados legislativos podem ser usados como exemplos para traduzir a referência da vagueza semântica: artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, artigo 1.375 do Código Civil italiano e artigo 422 do Código Civil brasileiro, todos apresentam a expressão “boa-fé”.

Como já alertado, todos referenciam o vocábulo “boa-fé”, expressão dotada de alto grau de vagueza semântica. Contudo, contextualmente, há de se observar que o legislador referiu-se à boa-fé objetiva, logo, é preciso delinear algumas diferenças entre os exemplos citados.

No Código de Defesa do Consumidor, o artigo 51 traz que ao juiz a noção de que ele deverá agir em prol da sociedade os casos que houver “incompatibilidade com a boa-fé”, tarefa tão somente hermenêutica. Essa valoração gera uma premissa, assim o caso será simplesmente de aplicar a norma, desempenho tão somente de subsunção, havendo como consequência jurídica a nulidade da disposição contratual contrária a boa-fé. Desse modo, percebe-se que a solução não é criada pelo juiz, pois está previamente configurada na lei, demandando apenas a análise e empenho no preenchimento do significado do conceito de boa-fé de cada caso.

No Código Civil italiano, ao determinar que o contrato deva ser executado de boa-fé, determina na verdade cláusula de execução contratual. Trata-se de cláusula geral, posto que

não esteja disposto na norma nenhum dos inúmeros efeitos decorrentes do contrato que não for executado em boa-fé. Assim, o conceito de boa-fé será criado, determinado, desenvolvido, mensurado e delimitado pelo juiz, sempre à vista do caso concreto. A regra por si só, não define a noção de boa-fé, qual a extensão deste dever, nem tampouco as consequências de sua infração. Assim, deverá o juiz, tendo em vista o instrumental que o próprio sistema lhe oferece, pesquisar as situações anteriormente conferidas pela jurisprudência ou mencionadas na doutrina, para se criar o regramento aplicável ao caso concreto toda vez que um contrato estiver em desacordo com a boa-fé.

O Código Civil brasileiro, em suma, assemelha-se ao italiano, pois ambos possibilitam ao intérprete do Direito uma atitude valorativa, contudo há entre as disposições normativas transcritas uma desigualdade de poder concedido ao juiz, haja vista que o artigo 1375 do Código Civil Italiano possui abertura e imprecisão semântica intencionalmente maior do que a disposta no artigo 422 pelo legislador brasileiro e, portanto, destaca-se uma diferença de função entre uma e outra. Afinal, uma exigirá maior atitude valorativa no reenvio do operador do Direito aos outros sistemas na busca pela concretização.

2.4 A FUNÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS

Ante a discussão instaurada até o presente, destaca-se que a função primordial das cláusulas gerais é permitir a abertura e a flexibilidade do sistema jurídico, tal mobilidade, para tanto, possui dois aspectos; o primeiro teria a finalidade de propiciar o movimento externo do sistema, isto é, abre o sistema jurídico para a inserção de elementos extrajurídicos, tais como: éticos, morais e sociais, viabilizando a adequação valorativa ideal ao caso concreto. Já a mobilidade interna tem como escopo promover o retorno ou chamado reenvio do operador do Direito para outras disposições dentro do próprio sistema jurídico.

Assim, as cláusulas gerais podem ser mais bem esclarecidas e acolhidas como o instrumento legislativo hábil e permissivo para a flexibilização do sistema jurídico, na medida em que legitimam o operador do Direito a “criar” normas que valerão tanto para o caso específico em análise, como poderá servir também de fundamento/respaldo para outras decisões.

No âmbito do direito obrigacional, o exemplo mais nítido dessa mobilidade é dado pela cláusula geral da boa-fé, pois sua abertura normativa permite a inserção do conteúdo que promova a real efetividade dos negócios jurídicos no que tange a valores, usos e padrões de

conduta enraizados na sociedade, isso considerando que a boa-fé gera deveres que ultrapassam os termos dos contratos, sendo fundados na própria função dos instrumentos.

Um dos grandes equívocos no concerne da função das cláusulas gerais, é o que a considera como sendo uma espécie de “princípio geral”, que seria aplicável à totalidade do ordenamento. Como já discutido, as cláusulas gerais atuam sempre em determinada esfera, num determinado setor de domínio de casos, que não se pode dizer que sejam idênticos, mas que apresentam fatos e fundamentos análogos.

Nota-se assim, que a cláusula geral, quando endereçada ao juiz e por ele adequadamente aplicada, tem função primariamente de apartar e/ou segregar determinado caso, individualizando e promovendo o direito ao caso concreto. E em segundo plano, a aplicação ideal da cláusula geral, permite exercer um controle saneador ou corretivo do direito existente e adstrito àquele caso, baseando-se em uma cláusula geral que sirva de conexão ao caso.

Todavia, pode haver determinados casos em que não haja uma cláusula que faça a conexão entre os casos, nessas hipóteses, o juiz poderá fundamentar sua decisão num princípio implícito ou num princípio geral disponível no ordenamento. Há de se esclarecer, no entanto, que nesses casos a percepção do julgador torna a aplicação do direito muito mais difícil e complexa, justamente por não existir nenhuma lei que sirva de parâmetro, para relacionar à sua decisão. Esta lei de referência, que funciona como ponto de conexão, detém máxima relevância, pois na prática é tão somente a situação fática que se modifica.

Nesse sentido, citado por Judith Martins-Costa, dispõe o ilustre doutrinador Clóvis Couto e Silva: “[...] nas situações mais evidentes [seja] possível que o juiz julgue aplicando o princípio [inexpressão, ou geral] de boa-fé [...]”. (COUTO e SILVA *apud* MARTINS-COSTA, 2000, p. 344)

Imediatamente à luz das considerações de Clóvis Couto e Silva, a autora segue ponderando que:

[...] o fato de o mesmo não estar situado numa cláusula geral, mas se encontrar disperso ou diluído em determinado ordenamento, faz com que na decisão não seja o mesmo expressamente referenciado, ou, então, seja referenciado com outra denominação, “afirmando [o juiz] que se trata, por exemplo, de construção jurisprudencial a partir de uma interpretação integradora da vontade das partes, quem sabe, com a aplicação do art. 85 do Código Civil, forte na conclusão de que se deve interpretar a verdadeira intenção das partes contra a superfície verbal da denominação”. Tudo isto não apenas dificulta a pesquisa jurisprudencial quanto a sistematização destas decisões e a ressistematização dos valores levados em conta. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 344)

Deste modo, percebe-se que a função primordial das cláusulas gerais, abrir o sistema jurídico a outros sistemas, concretizando a chamada mobilidade externa, não se limita tão somente a isso. Ao permitirem a sistematização dos novos casos, as cláusulas gerais fornecem também ao operador do Direito a característica de mobilidade interna, reenviando-o a outras disposições dentro do mesmo sistema, ou seja, viabilizando a aplicação de outras disposições legais para a solução dos conflitos da sociedade, percorrendo a jurisprudência um caminho que vai da aplicação de um dispositivo legal para outro que seja averiguado a analogia. O que se deve observar e que fica a encargo do operador do Direito, é fazer bom uso da vasta jurisprudência à sua disposição, elucidando que o reenvio deve sempre respeitar situações fáticas equivalentes, entre o caso a ser julgado e o caso paradigmático, analisando-se as peculiaridades de cada um deles, a fim de se evitar que em determinado espaço de tempo, se “legalize” a jurisprudência.

3 AS CLÁUSULAS GERAIS NO CÓDIGO CIVIL

O objetivo do Projeto do Código Civil, segundo Miguel Reale, em sua *Exposição de Motivos* era apresentar o Código Civil como lei básica, não pretendendo regular nada além do que já não estivesse consolidado, pois determinados institutos já eram dotados de força e estabilidade bastante eficazes. (REALE, 1975)

Assim, o Código comportaria modelos abertos que seriam as cláusulas gerais, para o fim de permitir a evolução da interpretação, propiciando ao operador do Direito uma atividade judicial mais criativa, recorrendo à jurisprudência, para complementar os princípios e normas vigentes. O Código Civil de 2002 cumpriu com a finalidade a que se destinava seu Projeto, pois se trata de um código mais amplo que os códigos civis tradicionais, possuindo mais de dois mil artigos, sua linguagem é aberta e clara, o que se confirma por meio da disposição das “cláusulas gerais” em alguns dos dispositivos, propondo a abertura do sistema jurídico e uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar a lei vigente com novos princípios, normas e jurisprudência. Porém, para que a flexibilização do sistema permaneça, é necessário que a doutrina e a jurisprudência se solidifiquem e demonstrem suas potencialidades para não tornar as cláusulas gerais enunciados isolados, vagos ou preceitos destituídos de valor vinculante e de convicção.

Nota-se que as cláusulas gerais não estão dispersas no Código, pois o direito civil contém alguns aspectos que exigem mais flexibilidade do que outros códigos. A Parte Geral, por exemplo, é reconhecida pelo máximo de rigor conceitual possível, mas em contrapartida,

acolhe considerável número de normas abertas ou de evidente vagueza semântica, inclusive fazendo menção a princípios ou direcionando o juiz à pesquisa de elementos econômicos e sociais reenviando-o a sistemas intra e extrajurídicos.

A maior parte das cláusulas gerais, para tanto, estão dispostas nos Livros dos direitos das obrigações e direito de família, destacando-se as que dispõem sobre o procedimento contratual: cláusulas gerais da função social do contrato, artigo 421 do CC; proibidade e boa-fé objetiva, artigo 422; dentre outras. A norma do artigo 421 dispõe sobre liberdade de contratar, enunciando que será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, uma vez que o instrumento contratual tem a função de instrumentalizar a aquisição da propriedade; por fim, há de se notar que a função social do contrato é uma tentativa de buscar um novo parâmetro de equilíbrio entre os interesses dos particulares e as necessidades da coletividade.

Portanto, o direito subjetivo de contratar e a forma de seu exercício também são afetados por sua funcionalização, indicando a atribuição de um poder que se desdobra como dever, posto que concedido para a satisfação de interesses, não meramente próprios ou individuais, pode atingir também a esfera de interesses comuns/de terceiros.

Por conseguinte, a função primordial do contrato é instrumentalizar a circulação e transferência de riqueza de um patrimônio para outro. Como dispõe a máxima de Enzo Roppo de que o contrato deve ser compreendido como a veste jurídica das intervenções econômicas (ROPPO, 1988, p. 10), a economia de uma sociedade não é matéria de interesse individual ou particular, mas reflete e interessa a todos. Sendo assim, o contrato tem inegavelmente função social.

O Código Civil brasileiro é reconhecido pela sua diretriz da socialidade, isto é, pela colocação das regras jurídicas num plano de vivência social, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais sem perder o valor essencial da pessoa humana, consagrado no Texto Constitucional em seu artigo 1º, inciso III, como princípio fundamental da República.

Na conjuntura garantista surge a função social como condição primordial para a efetivação do princípio da liberdade contratual. O termo “condição” indica limitação de liberdade contratual. Portanto, na concreção, terá o juiz, avaliadas e sopesadas as circunstâncias do evento conflituoso, maiores condições de pautar suas razões para decidir pautado num juízo mais equilibrado e justo, apto a socorrer os interesses da sociedade.

A função social tem um peso específico, há de se entender que a restrição à liberdade contratual não é mais uma exceção a um direito absoluto, mas sim a expressão de uma função metaindividual que integra aquele direito. Consequentemente, a função social atua como um

valor regulador da disciplina contratual que deve ser observado na concretização das normas contratuais.

Assim, compreendendo que o direito dos contratos vem no Código Civil estruturado pelos princípios da probidade e da boa-fé, cláusulas gerais dispostas no artigo 422 do Diploma Civil, nota-se, portanto, que a função das cláusulas gerais, partindo da necessária conexão entre o pensamento sistemático e o pensamento tópico, serve para abrir o sistema em busca da equidade nos julgamentos.

CONCLUSÃO

O estudo proposto teve como intuito analisar a abrangência dos resultados da adoção das cláusulas gerais pelo ordenamento jurídico brasileiro, apresentando-se contrário ao sistema fechado, baseado em leis e normas claras, absolutas e postas de modo sistemático, em códigos dominados por uma suposta “perfeição legislativa”, até então considerados juridicamente, seguros.

O atual panorama social, diferente do contexto hegemonicamente centrado na figura do indivíduo que era regido por aquele sistema estático de positividade/fechado, é marcado pela característica da pluralidade e, portanto, preocupado com as relações sociais de base, não se limita em destinar respostas únicas, de satisfação singular. Neste sentido, a abertura do sistema, com a aplicação da técnica legislativa das cláusulas gerais, oferece ao operador do Direito a aptidão de revelar segurança jurídica aos litigantes num caso concreto a partir de uma decisão mais equilibrada, apresentando-se ainda como parâmetro para a decisão de casos análogos futuros.

Deste modo, viu-se que a adoção das cláusulas gerais no ordenamento jurídico, especialmente no atual Código Civil, serviu para flexibilizar o rigor formal excessivo do sistema fechado, que tinha como intuito positivar as mais variadas situações que a experiência pudesse trazer, engessando-as nos preceitos normativos, limitando o julgador a tarefa mecânica de analisar o caso e adequá-lo necessariamente a um dos artigos já existentes. As cláusulas gerais permitem ao intérprete maiores possibilidades de adaptar a norma à situação concreta em exame, sem esquecer que auxilia na aproximação e comunicação das normas gerais com a essência garantista da Constituição da República.

Aos operadores do Direito incumbe o papel de efetivar a guarida social por meio das decisões baseadas na técnica aberta do sistema, capaz de ampliar as estratégias para que os julgamentos estejam cada vez menos mecanizados e mais próximos da equidade e justiça de

cada realidade e momento, observando-se o bem-estar coletivo como uma maneira de buscar o respeito e a satisfação da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 jan. 16.

_____. **Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916**: código civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 19 jan. 16.

_____. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**: código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em 20 jan. 16.

_____. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**: dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l110406.htm>. Acesso em: 19 jan. 16.

_____. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: institui o código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l110406.htm>. Acesso em: 19 jan. 16.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**.

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em 02 dez. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FRADERA, Vera Maria Jacob de Org. **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ITÁLIA. **Il Codice Civile Italiano**. Disponível em:

<http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm>. Acesso em 20 jan. 16.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**: para um conceito de cláusula geral. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REALE, Miguel. Exposição de motivos. **Novo Código Civil**: exposição de motivos e texto sancionado. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

_____. **Visão geral do projeto de código civil**. v. 752. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Obrigações empresariais no Novo Código Civil. **Revista de direito GV**. v. 4, n. 1, São Paulo Jan./June 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000100006>. Acesso em 02 dez. 2016.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

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.