

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Wilian Benin

**A UTILIZAÇÃO DE CLÁUSULAS GERAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO E O
RACIOCÍNIO POR CONCREÇÃO**

Porto Alegre

2016

WILIAN BENIN

**A UTILIZAÇÃO DE CLÁUSULAS GERAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO E O
RACIOCÍNIO POR CONCREÇÃO**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Doutor Luis Renato Ferreira da Silva.

Porto Alegre

2016

WILIAN BENIN

**A UTILIZAÇÃO DE CLÁUSULAS GERAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO E O
RACIOCÍNIO POR CONCREÇÃO**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em ____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Luis Renato Ferreira da Silva, orientador

Professor Doutor Fabiano Menke

Professor Doutor Gerson Luiz Carlos Branco

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer a meus pais, por todo esforço e dedicação a fim de oferecer totais condições para que eu pudesse chegar até aqui.

Igualmente agradeço aos meus avós que, mesmo diante da grande distância física que nos separa, sempre foram modelos de conduta e retidão para mim.

Agradeço à minha querida irmã, por todo o carinho e ajuda de sempre, e, em especial, durante a realização deste trabalho.

Agradeço à Daniele, pelo companheirismo e amor habituais, os quais foram fundamentais para obter mais essa conquista.

Agradeço a todos os meus amigos, em especial, Felipe, Francis e Ricardo, pela compreensão nesse momento de dedicação quase que exclusiva aos estudos.

Agradeço ao Professor Luis Renato, meu orientador, pela atenção e interesse em meu trabalho, os quais foram de extrema valia para mim.

Por fim, gostaria de agradecer a Deus, pois sem Ele não teria concluído mais essa etapa.

“É muito melhor lançar-se em busca de conquistas grandiosas, mesmo expondo-se ao fracasso, do que alinhar-se com os pobres de espírito, que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem numa penumbra cinzenta, onde não conhecem nem vitória, nem derrota.”

(Theodore Roosevelt)

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo principal proceder a uma análise quanto ao instituto das cláusulas gerais, abordando, entre outros aspectos, suas funções, sua estrutura normativa particular e sua linguagem característica, bem como tratar das principais definições conferidas a este instituto. Ademais, buscou-se, através das pesquisas realizadas, demonstrar a sua função enriquecedora para a ciência do Direito ao propiciar a abertura dos ordenamentos e sistemas jurídicos que as empregam em seus corpos legislativos. Em um segundo momento, devido às características ímpares das cláusulas gerais, foram identificados os principais métodos de interpretação e aplicação das cláusulas gerais pelo Poder Judiciário, como a técnica dos grupos de casos e a possível vinculação às decisões precedentes em casos análogos. Complementando tal temática foi feita uma comparação, ainda que breve, entre os três principais modelos de aplicação de normas jurídicas, a subsunção, a tópica jurídica e a concreção, este último fundamentalmente utilizado no tocante às cláusulas gerais. Por fim, foram apreciadas algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, referentes à cláusula geral da boa-fé, prevista no ordenamento jurídico pátrio, a fim de identificar como ocorre a concretização da referida norma. A metodologia empregada no presente estudo foi de tipo dedutiva, utilizando-se fundamentalmente da doutrina, da legislação nacional e da jurisprudência sobre o tema.

Palavras-chave: Cláusula-geral. Ordenamento Jurídico. Sistema Jurídico. Grupo de Casos. Precedentes. Subsunção. Tópica Jurídica. Concreção.

ABSTRACT

The main purpose of this paper is to analyze the institute of general clauses, addressing, among other aspects, its functions, its particular normative structure and its characteristic language, as well as to deal with the main definitions given to this institute. In addition, it was sought, through the research carried out, to demonstrate its enriching function for the science of Law by providing the opening of legal systems and legal systems that employ them in their legislative bodies. Secondly, due to the unique characteristics of the general clauses, the main methods of interpretation and application of the general clauses by the Judiciary were identified, such as the technique of case groups and the possible linkage to previous decisions in similar cases. Complementing this theme was a comparison, albeit brief, between the three main models of application of legal norms, subsumption, legal topic and concretion, the latter fundamentally used in relation to the general clauses. Finally, some judgments of the Brazilian Superior Court of Justice regarding the general good faith clause established in the country's legal order were examined, in order to identify how the norm is achieved. The methodology used in the present study was of the deductive type, using fundamentally the doctrine, the national legislation and the jurisprudence on the subject.

Keywords: Keywords: General clause. Legal order. Juridical system. Case Group. Precedents. Subsumption. Topical Legal. Concretion.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – DEFINIÇÕES DE SISTEMA JURÍDICO E CLÁUSULA GERAL	11
1.1 A NOÇÃO DE SISTEMA JURÍDICO	11
1.1.1 Os conceitos de sistema e ordenamento jurídico	11
1.1.2 Sistema fechado e a era das codificações.....	17
1.1.3 O processo de abertura do sistema jurídico	22
1.1.4 O surgimento das cláusulas gerais e a consequente flexibilização dos Códigos.....	26
1.2 CONCEITO, FUNÇÕES E ESTRUTURA DAS CLÁUSULAS GERAIS	30
1.2.1 Definição de cláusulas gerais	30
1.2.2 A estrutura das cláusulas gerais.....	34
1.2.3 Funções desempenhadas pelas cláusulas gerais	37
1.2.4 A linguagem característica das cláusulas gerais	41
1.2.5 Distinção entre cláusulas gerais e conceitos indeterminados.....	45
1.2.6 Diferenciando princípios jurídicos e cláusulas gerais.....	50
1.2.7 Utilização de cláusulas gerais no direito nacional e internacional	54
CAPÍTULO 2 – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS E O PROCESSO DE CONCREÇÃO	58
2.1 FORMAS DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS	58
2.1.1 Os juízes e a aplicação das cláusulas gerais	58
2.1.2 As cláusulas gerais e a vinculação aos precedentes.....	61
2.1.3A técnica do grupo de casos.....	65
2.1.4 Riscos e vantagens na utilização das cláusulas gerais.	69
2.2 A COMBINAÇÃO DOS PENSAMENTOS TÓPICO E SISTEMÁTICO.....	74
2.2.1 A tópica jurídica segundo Theodor Viehweg.....	74
2.2.2 O método da subsunção aplicado às cláusulas gerais	78
2.2.3 O processo de concreção das cláusulas gerais.....	82
2.2.4 Exemplos de concreção da cláusula geral da boa-fé pelo STJ	87
CONCLUSÃO	94
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	96

INTRODUÇÃO

O estudo das cláusulas gerais é um tema que merece grande destaque em razão de sua importância, ainda que, no Brasil, sejam poucos os autores que tenham tratado deste assunto com grande aprofundamento. Após a entrada em vigor do Código Civil, ocorrida em 11/01/2003, as cláusulas gerais passaram a fazer parte, mais ativamente, da vida dos brasileiros e daí a necessidade de um estudo mais atento sobre este tipo normativo. Este trabalho, contudo, não objetiva efetuar uma análise apenas das cláusulas gerais no ordenamento jurídico brasileiro, mas sim, apresentar um panorama geral daquilo que se entende por cláusula geral para, num segundo momento, apresentar os meios de aplicação destas normas.

Quando se fala em cláusulas gerais, é impossível não fazer, em primeiro lugar, uma exposição, ainda que sucinta, sobre o meio no qual elas são inseridas, ou seja, o sistema e o ordenamento jurídico. Sem tal elucidação tornar-se-ia inviável compreender as funções desempenhadas por elas. Ao longo da história, os sistemas jurídicos deixaram de ser vistos como imóveis, de tipo fechado ou estanque, e passaram a uma concepção aberta, móvel e mutável, graças às possibilidades de dinamismo oferecidas pelas cláusulas gerais.

Nessa primeira parte do trabalho, buscou-se, então, abordar e identificar as definições mais aceitas daquilo que se entende como cláusula geral, para, a partir dessa conceituação, dar seguimento apresentando as demais características próprias das cláusulas gerais, como, por exemplo, a sua estrutura, sobre a qual divergem Karl Engisch, para quem não existe uma estrutura determinada, e Cláudio Luzzatti, para o qual há uma estrutura que se encontra em branco e precisa ser complementada pelo juiz; suas funções de abertura e mobilidade do Direito; sua linguagem caracterizada pela vagueza socialmente típica, como ensina Luzzatti; assim como, demonstrar as diferenças existentes entre cláusulas gerais, princípios jurídicos e conceitos indeterminados, os quais costumam ter seus conceitos confundidos na maior parte das vezes; e, para finalizar, uma pequena indicação de exemplos de adoção das cláusulas gerais em outros países, além, é claro, daquelas incluídas em nossos diplomas legais.

À medida que o estudo avança novas questões surgem e precisam ser respondidas. Uma delas deu origem à segunda parte deste trabalho. Como será visto, as cláusulas gerais são normas de tipo bastante particular, diferentes, de forma substancial, daquelas normas habituais que são elaboradas seguindo a estrutura de previsão legal, ou *fattispecie*, e a sua correspondente consequência. Ela, por sua vez, pode não apresentar uma dessas partes ou, até mesmo, as duas, e desse cenário, surgem os importantes papéis da jurisprudência e dos juízes em sua aplicação.

Foram elencados, ainda, os meios pelos quais os juízes poderiam basear suas decisões referentes a cláusulas gerais, como, por exemplo, a vinculação aos precedentes ou aos grupos de casos. Além disso, traçou-se uma comparação entre os diversos métodos de interpretação e aplicação utilizados na ciência do Direito, entre os quais, subsunção, concreção e tópica jurídica, para, ao fim, determinar aquele que oferecia a melhor resposta e a melhor solução aos casos em que havia a incidência da chamada norma em branco.

CAPÍTULO 1 – DEFINIÇÕES DE SISTEMA JURÍDICO E CLÁUSULA GERAL

1.1 A NOÇÃO DE SISTEMA JURÍDICO

1.1.1 Os conceitos de sistema e ordenamento jurídico

A definição, tanto do conceito de sistema jurídico, quanto àquela atribuída ao ordenamento jurídico, mostra-se indispensável para a boa compreensão da temática que envolve as cláusulas gerais. É a partir desta premissa que se chegará às conclusões que demonstram a importância da utilização de tal instituto na redação dos textos normativos.

Começaremos analisando mais detidamente a conceituação de sistema. O autor alemão, Claus Wilhelm Canaris¹, em sua obra *“Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito”* afirma que muitos são os significados atribuídos ao conceito de sistema. Para comprovar isso, cita as definições de outros importantes autores, entre os quais: Immanuel Kant, o qual em sua definição clássica, qualifica sistema como *“a unidade sob uma ideia de conhecimentos variados ou também como um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios”*; o jurista alemão Friedrich Carl Von Savigny, para quem o sistema é: *“a concatenação interior que liga todos os institutos e as regras de Direito numa grande unidade”*; já Hegler, por sua vez, refere que sistema nada mais é que: *“a representação de um âmbito do saber numa estrutura significativa que se apresenta a si própria como ordenação unitária e concatenada”*.

Diante de todas estas definições, o referido jurista alemão conclui que duas características estariam sempre presentes quando se fala em sistema, são elas: *“ordenação” e “unidade”*. A ordenação consistiria na expressão de um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, portanto, fundado na realidade. Já a unidade, por sua vez, resultaria da própria ordenação, *“pois não permitiria uma dispersão de uma multitude de singularidades desconexas”*².

¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, pág. 11.

² *Ibidem*, pág. 12.

Para Canaris, portanto, não há como supor um ordenamento jurídico sem considerá-lo como sistema. Isso porque tanto a ideia de unidade, quanto a de ordenação, seriam intrínsecas e decorrentes do próprio Direito. A “ordem” decorreria diretamente do postulado de justiça: *“tratar o igual de maneira igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida de sua diferença”*. Haveria, dessa forma, uma obrigatoriedade em agir com adequação, seja para os operadores do Direito, seja para o legislador, quando da elaboração dos textos legais. De outro lado a unidade acabaria por impor ao intérprete uma análise do sistema como um todo, oferecendo uma aplicação generalizadora do conceito de justiça.³ Logo, o sistema jurídico estruturado sob essa forma traria como características principais a adequação valorativa, decorrente da própria ordenação de seus elementos, e a unidade interior da ordem jurídica⁴.

É possível afirmar, assim, que o sistema configurar-se-ia como a tentativa de captar e traduzir a unidade e a ordenação de um determinado âmbito material através de meios racionais. O Direito consistiria, através de sua aplicação, em um processo racionalmente conduzido.⁵

Após essas considerações introdutórias, Claus Canaris acaba dando a sua própria definição de sistema jurídico, como *“uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de direito”*. Tal conceituação se mostra a mais adequada, segundo ele, pois os elementos constitutivos, que tornam perceptíveis a unidade interna e a adequação da ordem jurídica, são valores, porém, não de quaisquer tipos, mas sim aqueles valores fundamentais mais significativos, ou seja, os princípios gerais de uma ordem jurídica, por meio dos quais será possível alcançar a *“ratio iures”*.⁶

Levando em conta essa concepção de sistema jurídico, o autor alemão ressalta que ainda são necessários alguns esclarecimentos para a total compreensão da temática. Entre tais pontos, destaca as vantagens de se estabelecer a unidade do sistema com base em princípios gerais de Direito, em relação àqueles fundamentados em normas, conceitos, institutos jurídicos ou valores. Para justificar

³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, pág. 20.

⁴ APARÍCIO, Márcia de Oliveira Ferreira. **Sistema e Tópica na Interpretação do Ordenamento** / coordenador Renan Lotufo. Barueri/SP: Manole, 2006, pág. 08.

⁵ CANARIS, *op. cit.* págs. 69 e 71.

⁶ *Ibidem.* págs. 76-78.

tal entendimento, inicia argumentando que um *sistema de normas* seria pouco significativo, dado que se busca a conexão aglutinadora das normas, e esta não poderia consistir em uma norma. Já quanto ao sistema constituído a partir de *conceitos gerais de Direito*, este somente poder-se-ia basear em conceitos concretos e jamais abstratos, além do mais, ainda que fosse possível um *sistema de conceitos jurídicos*, talvez este não fosse o mais adequado, já que os conceitos apresentariam valorações fechadas, enquanto que os princípios se mostram abertos. O *sistema formado por institutos jurídicos* igualmente não seria relevante, pois a unidade da ordem jurídica seria expressa de forma fragmentada, bem como salienta que, como vários institutos seriam constituídos pelos mesmos princípios, haveria, na busca da unidade do Direito, um regresso aos princípios gerais do Direito. Por fim, o *sistema como ordem de valores* seria possível, mas não justificável, dado que o princípio ocuparia um ponto intermediário entre o valor e o conceito, uma vez que supera o valor, por possuir uma indicação especificamente jurídica, e ultrapassa o conceito, porque este não apresenta uma determinação suficientemente capaz de ocultar a valoração.⁷

Estabelecidas tais premissas, Claus Canaris⁸ ainda salienta existirem quatro tipos de funções realizadas pelos princípios gerais de Direito na formação do sistema. Primeiramente, ele destaca que *os princípios não valeriam sem exceção*, podendo coexistir, ainda que fossem contrários ou apresentassem contradições entre si. Como segunda função, *os princípios não apresentariam pretensão de exclusividade*, ou seja, uma mesma consequência jurídica poderia ser atribuída a mais de um princípio jurídico. Em terceiro lugar, aponta a combinação de complementação e de restrição recíprocas ostentadas pelos princípios. Por último, indica que os princípios necessitam de concretização, através de subprincípios e de valorações singulares com conteúdo material próprio, para que sejam realizados, isto é, diferentemente das regras, que possuem aplicação imediata, os princípios requerem, preliminarmente, a sua “*normativização*” para sua consequente aplicação.

Ainda que esta ideia de sistema seja bastante defendida atualmente, não se trata de uma definição única e consensual. Muitos autores divergem quanto aos

⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, págs. 80 a 87.

⁸ *Ibidem*. págs. 88 a 99.

elementos constitutivos do sistema jurídico. Juarez Freitas⁹, em sua obra intitulada, “*A Interpretação Sistemática do Direito*” entende por apropriado conceituar sistema jurídico como:

[u]ma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático.

Após essas elucidações, é possível afirmar que muitas podem ser as definições atribuídas ao conceito de sistema jurídico. No entanto, em todas elas, nota-se a presença dos chamados princípios jurídicos, os quais, sem dúvida, ofertam grandes possibilidades de construção à esfera do Direito e, em consequência, acabam sendo amplamente enaltecidos e empregados. Quanto a esse ponto, maiores elucidações e detalhamentos serão feitos posteriormente, quando serão abordadas as diferenças entre princípios e cláusulas gerais.

A partir desse momento, passaremos à análise e à conceituação de ordenamento jurídico, que muitas vezes acaba por ser confundido com sistema jurídico, mas que, de fato, não se tratam de sinônimos. Nesse sentido, manifesta-se Judith Martins Costa ao afirmar que

[o]rdenamento e sistema não são termos sinônimos. O ordenamento é o conjunto de normas que regula a vida jurídica em certo espaço territorial. O sistema exprime as ligações, nem sempre existentes, entre estas normas. O ordenamento seria, assim, uma espécie de ecossistema, que pode abranger uma ampla variedade de sistemas e subsistemas normativos.¹⁰

Na tarefa de tentar definir o conceito de sistema jurídico, basicamente usaremos as considerações feitas pelo jurista italiano, Norberto Bobbio, em sua obra “*Teoria do Ordenamento Jurídico*”. Segundo ele, o ordenamento jurídico deve ser considerado como um conjunto de normas, sendo que estas, em razão das relações particulares existentes entre si, não existiriam de forma isolada. Além disso, as normas jurídicas somente existiriam, pois pertencentes a um dado ordenamento

⁹ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pág. 56.

¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, págs. 40-41.

jurídico, e não o oposto, isto é, o ordenamento jurídico surgiria em razão da existência de dada norma jurídica.¹¹

Diante disso, supondo a conexão entre as normas contidas em certo ordenamento, surgem dois problemas significativos para o referido autor: como estabelecer a hierarquia entre elas, ou seja, a unidade do ordenamento; e a sua consequente elaboração como sistema.¹²

O referido jurista italiano cita duas características que estariam presentes em qualquer ordenamento jurídico, são elas: a unidade e a coerência, esta última, também conhecida por ordenação. Bobbio defende que, mesmo diante da complexidade do ordenamento, a unidade surge como elemento permanente, assim, como, tal fato decorreria da construção escalonada do ordenamento, teoria elaborada por Hans Kelsen. A forma escalonada do sistema jurídico, de tal forma, basear-se-ia na concepção de que as normas jamais estariam no mesmo plano, existindo normas superiores e inferiores, estas dependendo daquelas. Partindo das normas inferiores até as normas superiores, chegar-se-ia a uma norma suprema, também chamada de norma fundamental. É esta, a norma fundamental, que garantiria a unidade entre as normas e, por consequência, ao próprio ordenamento. Sem essa unidade garantida pela norma fundamental não haveria que se falar em ordenamento, mas sim em um acumulado de normas.¹³

Após determinar quais os elementos garantiriam a unidade ao ordenamento jurídico, Bobbio questiona sobre possibilidade de considerar o ordenamento como um sistema, ou seja, como uma *unidade sistemática*. Para ele, sistema pode ser entendido como uma totalidade ordenada, isto é, um conjunto de entes entre os quais existe uma ordem. Esta, por sua vez, deve ocorrer tanto entre as próprias normas, quanto frente ao conjunto de normas. Além disso, menciona haver três grandes definições de sistema: I – a primeira estabelece o sistema como dedutivo, ou seja, um ordenamento pode ser considerado como sistema, desde que as normas jurídicas a ele pertencentes sejam derivadas de princípios gerais, em nosso caso, de princípios gerais de direito; II – o segundo sentido atribuído ao sistema

¹¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico** – tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011, pág. 61-70.

¹² BOBBIO, Norberto. *loc. cit.*

¹³ BOBBIO, Norberto. *loc. cit.*

decorre da pandectística alemã, da passagem da jurisprudência exegética à jurisprudência sistemática, baseada em um procedimento indutivo, o qual parte de normas singulares com o intuito de alcançar conceitos gerais e; III – o último significado atribuído ao ordenamento, para que este se caracterize como sistema, é aquele que determina a impossibilidade de coexistência de normas incompatíveis entre si.¹⁴

Considerando as definições de sistema jurídico feitas por Bobbio e Canaris, pode-se afirmar que as duas, embora guardem semelhanças em determinados pontos, divergem substancialmente. Enquanto o jurista italiano defendia

[u]ma teoria geral do direito formal isenta de valorações e de considerações sociais, contra os jusnaturalistas e sociólogos do Direito, em nome da objetividade da ciência que visa antes conhecer a realidade do que valorá-la, e da ciência normativa que busca o estudo da esfera do dever ser e não do ser.¹⁵

Ou seja, um sistema fechado, do qual também era signatário Hans Kelsen, de outro lado, Claus Wilhelm Canaris pressupunha que a ordenação do sistema (chamada de coerência por Bobbio) decorria do postulado de justiça: *“tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, na medida de sua diferença”*. O legislador e o juiz deviam, assim, observar e considerar os valores, em toda a sua profundidade e consequência, agindo com adequação.¹⁶ Portanto, a divergência principal se dava quanto à admissibilidade na utilização, ou não, de valores dentro do sistema jurídico.

A distinção no pensamento destes dois autores sobre os elementos constituintes de um sistema jurídico, igualmente compartilhado por outros muitos estudiosos do Direito, é fator determinante para a consideração de um dado sistema jurídico como sendo de tipo aberto ou de tipo fechado. Tal diferença e consequente caracterização serão abordadas nos próximos dois pontos.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**: tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011, pág. 61-70.

¹⁵ APARÍCIO, Márcia de Oliveira Ferreira. **Sistema e Tópica na Interpretação do Ordenamento** / coordenador Renan Lotufo. Barueri/SP : Manole, 2006, pág. 07.

¹⁶ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **A Modernização do Direito Civil e as Cláusulas Gerais**. Brasília. BDJur, 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/60506/modernizacao_direito_civil_clausulas.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

1.1.2 Sistema fechado e a era das codificações

O sistema jurídico, no qual se baseia todo o ordenamento jurídico brasileiro, é aquele conhecido como *família romano-germânica* ou *civil-law*. Entre suas características mais importantes podemos destacar a divisão entre Direito Público e Direito Privado, direito material e direito processual; já na esfera política, a tripartição entre os Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), e, em especial, sua concepção baseada na lei escrita.¹⁷ Durante muito tempo, longas discussões foram travadas na doutrina a fim de dar resposta acerca de seu caráter estrutural, se *fechado*, isto é, um conjunto de conceitos e proposições que estão interligados de maneira lógica e cuja forma de expressão é o Código; ou *aberto*, no qual o Direito é entendido como ordem de referência relativa, passível de se valer da interpretação de fatos e valores externos, na qual buscar-se-á, de forma permanente, a discussão de problemas concretos, cuja resolução será obtida através do pensamento problemático, o qual funda-se na compreensão axiológica e teleológica dos princípios gerais do Direito.¹⁸

A partir dessas considerações, pode-se afirmar que o sistema romano-germânico surge, por volta dos séculos XII e XIII, como um sistema aberto, já que não operava de modo absoluto, baseando-se apenas na lei, mas também respondia à interpretação de inúmeros estatutos e valores. Entretanto, com o passar do tempo, passou-se a buscar um grau maior de certeza e segurança, retirando-se das mãos dos juízes e demais operadores do direito o papel de protagonistas na “operação” do Direito. Com isso, tem início um gradual “fechamento” do sistema jurídico, diminuindo a importância dada à ferramenta da interpretação dos textos normativos, a qual conduziria, em tese, ao chamado “*liberalismo jurídico*”, que, segundo as palavras de Mário Reis Marques, seria uma “*pluralidade de posições e soluções para uma mesma questão*”¹⁹.

¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico**. Brasília: Biblioteca do Senado Federal, 1991. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175932/000463217.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 out. 2016. pág. 15

¹⁸ MARTINS-COSTA, *loc. cit.*

¹⁹ MARTINS-COSTA, *loc. cit.*

A Revolução Francesa surge da insatisfação da classe burguesa com o contexto social, durante o século XVIII, vindo a desempenhar um papel decisivo no processo de fechamento do sistema da *civil law*. A irresignação dos revoltosos franceses estava ligada, ainda que não exclusivamente, à interferência da nobreza e do clero nas decisões judiciais. Diante desta situação, a burguesia francesa buscou, após a vitória na Revolução, formas de garantir maior segurança e certeza às decisões judiciais proferidas. Para tanto, precisou estabelecer um sistema de direito, no qual não houvesse qualquer valoração por parte do aplicador do direito.²⁰ A partir disso, através dos ideais iluministas e, posteriormente, dos ideais do positivismo jurídico, concebe-se um sistema jurídico fechado, caracterizado pela fundamental importância atribuída à lei, elaborada pelos representantes do povo e, conseqüentemente, aos Códigos.²¹

Rene David²², em sua obra intitulada, “*Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*”, afirma que as soluções de justiça, impostas pelo Direito, poderiam ser mais bem obtidas pelos juristas, se estes buscassem apoio nas disposições da lei. Além disso, menciona que essa característica obteve interessante sucesso durante o século XIX, quando a maioria dos países que adotavam as ideias jurídicas da família romano-germânica editou seus Códigos.

Nesta mesma linha, Karl Engisch, em sua famosa e conceituada obra, “*Introdução ao Pensamento Jurídico*”, destaca que o Iluminismo buscava consolidar a ideia de que era possível garantir clareza e segurança jurídicas absolutas por intermédio de normas, desde que estas fossem elaboradas de maneira rigorosa. Além disso, haveria condições de evitar o avanço do liberalismo jurídico, assegurando unicidade nas decisões proferidas pelos magistrados, os quais estariam estritamente vinculados à lei. O referido autor, ao citar Bockelmann, confirma que tal vinculação ocorreria da seguinte forma: “*o Tribunal, ao aplicar o Direito, deve funcionar como um autômato, com a única particularidade de que o*

²⁰ SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. **Revista de Direito Privado**, n. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 11-12.

²¹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **A Modernização do Direito Civil e as Cláusulas Gerais**. Brasília. BDJur, 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/60506/modernizacao_direito_civil_clausulas.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

²² DAVID, Rene. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, tradução Hermínio A. Carvalho – 4ª ed. – São Paulo: Martins Fontes. 2002, pág. 93.

aparelho em função não é um mecanismo automático, mas um mecanismo lógico". Logo, a desconfiança com relação aos juízes naquele período, aliada aos pensamentos racionalistas que se consolidavam, tornou a estrita vinculação do juiz à lei, o seu postulado central.²³

A vinculação obrigatória do juiz à lei foi extremamente defendida pela Escola da Exegese, que, entre outros fatores, defendia abertamente a utilização da técnica da casuística na redação da lei e dos Códigos. Judith Martins-Costa, ao citar Karl Engish, explica o método casuístico como sendo a: *"configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria"*²⁴, ou como o próprio autor alemão refere:

[a] casuística não significa outra coisa senão a determinação por meio de uma concreção especificativa, isto é, regulação de uma matéria mediante a delimitação e determinação jurídica em seu caráter específico de um número amplo de casos bem descritos, evitando generalizações amplas como as que signifiquem as cláusulas gerais.²⁵

Assim, há que se afirmar que a técnica ou método da casuística são marcados pela especificação dos elementos que compõem a *fattispecie*, tendo como característica marcante o alto grau de detalhamento e exatidão na apresentação e descrição das hipóteses de fato. Em síntese, nas regras casuísticas ocorre uma tipificação de condutas no próprio texto legal, ou, em outras palavras, busca-se estabelecer no próprio corpo legal todos os elementos capazes de qualificar uma dada hipótese jurídica, bem como as consequências desta decorrente.²⁶ Restringe-se, desta forma, o papel interpretativo e ativo anteriormente concedido ao juiz. De modo que este estaria obrigado apenas a realizar uma operação lógica de subsunção do fato à norma, isto é, verificar a possibilidade de enquadramento da lei

²³ ENGLISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, Trad. Portuguesa de J. Baptista Machado – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pág. 206.

²⁴ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 128.

²⁵ ENGLISH, Karl. **La Idea de concrecion em el derecho y en la ciencia jurídica actuales**. Granada, Editorial Comares, 2004, pág. 180.

²⁶ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, pág. 129 a 130.

à situação fática.²⁷ Assim, o juiz, nas palavras de Montesquieu, seria apenas a “*a boca da lei – la bouche de la loi*”, isto é, aquele que simplesmente deve dizer a lei.²⁸

Tal concepção ressalta outra característica amplamente defendida pela Escola da Exegese, qual seja a de ausência de lacunas no ordenamento jurídico, ou também conhecida como o dogma da completude. Nesse sentido, Norberto Bobbio destaca que

[o] caráter peculiar da escola da exegese é a admiração incondicional pela obra realizada pelo legislador através da codificação, uma confiança cega na suficiência das leis, a crença definitiva de que o código, uma vez emanado, basta completamente a si mesmo; ou seja, não tenha lacunas[...].²⁹

O jurista italiano, por fim, demonstra a já referida ligação entre o pensamento da escola exegética e a codificação da seguinte maneira: “*a escola da exegese e a codificação são fenômenos estreitamente conexos e dificilmente separáveis um do outro*”³⁰.

Refere, ainda, que o desejo pela completude pode ser traduzido durante a fase das grandes codificações. O código seria, nas palavras deste, “*um prontuário para o juiz, que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode ser afastar*”. Tal pensamento, acerca da completude do ordenamento, é repetido e difundido expressivamente pela Escola da Exegese.³¹

A completude do ordenamento jurídico facultaria ao juiz encontrar soluções para todas as situações jurídicas existentes, isto é, todos os casos poderiam ser resolvidos com base exclusivamente nas normas encontradas dentro do próprio sistema. Segundo a visão de Bobbio, um sistema completo seria aquele no qual estão presentes tanto a norma que proíbe certa conduta, quanto aquela que permite o mesmo comportamento, daí se extrai a relação entre a completude e a coerência,

²⁷ WIEACKER, Fraz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. Portuguesa de Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pág. 494.

²⁸ SANTOS, Eduardo Sens dos. **O novo Código Civil e as cláusulas gerais**: exame da função social do contrato. Revista de Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, p. 12, 2002.

²⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**: tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011, pág. 121.

³⁰ BOBBIO, Norberto. *loc. cit.*

³¹ *Ibidem*. págs. 118-121.

características atribuídas a muitos ordenamentos. Assim, para que um sistema seja completo é necessária a presença dos dois tipos de norma (a que proíbe e a que permite), caso tenhamos apenas uma destas, o sistema seria considerado incompleto na visão deste jurista italiano.³²

Judith Martins-Costa³³, corroborando à ideia defendida por Bobbio, salienta que nos sistemas estritamente vinculados à lei são fundamentais a completude e a coerência. Restaria, assim, afastada a ausência de vagueza, lacunosidade e ambiguidade do sentido das regras jurídicas, de modo que não poderiam ser utilizados em suas formulações semânticas, conceitos vagos que exijam, em sua aplicação, formas de heterointegração, como por exemplo, as cláusulas gerais.

Bobbio salienta que a completude seria uma exigência dos ordenamentos que teriam em sua essência duas máximas: 1) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentam ao seu exame e; 2) o juiz é obrigado a julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema. Assim, para aqueles sistemas em que uma destas máximas não estiver presente, ou acabar perdendo sua exigibilidade, a completude deixaria de ser um requisito para o ordenamento. Pode-se afirmar que um exemplo seria o do ordenamento que permite ao julgador proferir uma decisão com base na equidade, ou seja, afasta-se da obrigatoriedade de decidir de acordo com a norma proposta pelo ordenamento.³⁴

Feitas tais considerações, conclui-se que o sistema jurídico de tipo fechado, em especial o representado pelo positivismo jurídico, apresenta de forma repetitiva certos aspectos, entre os quais, pode-se citar: a) o sistema é baseado em uma estrutura formal rígida; b) a existência de hierarquia entre as normas (a validade da norma é retirada da norma hierarquicamente superior e a norma geral e abstrata possui maior hierarquia do que a norma individual e concreta); c) o juiz participa apenas realizando um processo dedutivo, buscando enquadrar a lei ao caso

³² BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**: tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011. pág. 116.

³³ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 195.

³⁴ BOBBIO, Norberto. *op. cit.* pág. 117-118.

concreto (subsunção) e; d) a rigidez semântica utilizada na redação da lei e dos códigos.³⁵

No entanto, a defesa dos ideais propostos pela escola exegética foi perdendo força com o passar do tempo. As constantes e, cada vez mais, rápidas mudanças sociais mostraram que a concepção da completude do sistema e do ordenamento jurídicos era fadada ao fracasso, já que a produção legislativa não conseguia acompanhar, na mesma velocidade, as transformações sociais que vinham ocorrendo. Outros também foram os fatores que levaram a uma gradual e importante abertura do sistema, os quais serão abordados a partir de agora.

1.1.3 O processo de abertura do sistema jurídico

A concepção de ordenamento jurídico completo foi, aos poucos, perdendo espaço e importância entre os estudiosos do Direito. A Escola da Exegese e o dogma da completude por ela defendido foram intensamente “combatidos” pela chamada Escola de Direito Livre, a qual, entre outras ideias, defendia que o direito estatal, ou seja, aquele estabelecido nos códigos, apresentava inúmeras lacunas, que seriam preenchidas fundamentalmente pelo poder criativo do juiz.

Muitas foram as razões que fizeram nascer esse movimento contra a codificação e, em consequência, em face de um sistema completo e absoluto. Norberto Bobbio, por sua vez, atribuiu importância a duas razões em especial: a) o *envelhecimento dos códigos* – com o passar do tempo se descobriam inúmeras insuficiências no texto legal, pois em muitos casos não havia normas capazes de disciplinar fatos surgidos após a elaboração do código, os quais não foram previstos quando da “criação” do ordenamento jurídico e; b) *a rápida transformação da sociedade* – tal hipótese está intimamente ligada à primeira, tendo em vista que a evolução da sociedade daquela época, ocasionada em grande parte pela Revolução Industrial, acabou por acelerar a transformação das relações sociais existentes, que,

³⁵ CALABRÓ, Luiz Felipe Amaral. **A Real Amplitude das Lacunas nas Cláusulas Gerais** – Sistema e Tópica na Interpretação do Ordenamento / coordenador Renan Lotufo. Barueri/SP: Manole, 2006. pág. 48 a 49.

por sua vez, não encontravam previsão legal nos textos legislativos até então vigentes.³⁶

No tocante ao envelhecimento dos códigos, vale lembrar que este foi um dos fatores que acabou por gerar uma diminuição no ativismo legislativo positivista dominante até o século XIX. A partir disso, o pensamento jurídico se voltou à doutrina e à jurisprudência, reconhecendo o papel decisivo dessas duas figuras na constante e vital evolução da ciência do Direito. Corroborando ao predomínio dessa tendência, Rene David³⁷ adjectiva o direito romano-germânico como sendo um direito vivo, e que, em consequência, apresenta-se em constante transformação.

Essa diferença entre o direito posto e a realidade social, surgida ao final do século XIX, foi-se tornando cada vez mais acentuada, culminando em um momento em que as mudanças ocorriam de maneira mais veloz do que a capacidade de resposta do legislador, mostrando-se necessária uma nova concepção de redação de normas capaz de atender uma sociedade cada vez mais maleável e inovadora, restando superado, de tal forma, o dogma da completude defendido pela Escola Exegética. Além desses fatores, contribuiu para a derrocada da concepção de um sistema completo e absoluto em si mesmo, o desenvolvimento da filosofia social e das ciências sociais durante o século XX.³⁸

Cabe lembrar, ainda, a chamada crise da teoria das fontes, da qual resultaria, segundo Clóvis do Couto e Silva³⁹, *“a admissão de princípios tradicionalmente considerados metajurídicos no campo da ciência do Direito”*, pois a partir de um dado momento se passa a compreender que *“um código, por mais amplo que seja, não esgota o Corpus Juris vigente”*. A partir disso, aceita-se que o sistema jurídico seja formado não exclusivamente pela lei escrita, mas também por princípios, por máximas, por regras de experiência, usos e diretivas reveladoras da cultura⁴⁰.

³⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**: tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011, pág. 122.

³⁷ DAVID, Rene. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, tradução Hermínio A. Carvalho – 4ª ed. – São Paulo: Martins Fontes. 2002, págs. 55-56.

³⁸ BOBBIO, Norberto. *op. cit.* pág. 124 a 126.

³⁹ SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação como Processo** – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, pág. 65.

⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico**. Brasília: Biblioteca do Senado Federal, 1991. Disponível em:

Corroborou, ainda, para abertura dos sistemas jurídicos, a elaboração de leis especiais e extravagantes que tinham como objetivo central abranger novas situações que não encontravam previsão legal expressa.⁴¹

Judith Martins-Costa⁴² destaca que o sistema jurídico volta a ser considerado como um sistema aberto, haja vista que a *“sujeição ao ordenamento já não mais se revela como mera servidão à lei”* e complementa citando passagem da obra de Clóvis do Couto e Silva, a qual afirma

[q]ue o direito positivado é apenas parte do conjunto, a sua parcela mais visível, mas nele convivem os princípios gerais de Direito, os postulados do Direito Natural, o sentimento de justiça a exigência de equidade, vivenciados e sentidos pela sociedade na qual o juiz habita.

Nesse sentido, também se manifesta Claus Wilhelm Canaris⁴³, ao salientar que, mesmo quando o Direito positivo estiver baseado numa ordem jurídica calcada na codificação, ele será suscetível de aperfeiçoamento, isso porque novos princípios, diferentes daqueles pré-existentes à elaboração do código, podem ser utilizados na formação do sistema. Assim, conclui que o sistema apresentaria uma ordem jurídica dinâmica, e não estática, capaz de se modificar para atender as necessidades e aspirações de cada época.

Considerando-se os inúmeros fatores abordados acima, e diante das inúmeras vantagens ofertadas por um sistema jurídico aberto, frente àquelas oferecidas pelo sistema fechado/casuístico, buscou-se a elaboração de hipóteses legais abertas, cuja redação legislativa fosse marcada pela imprecisão e indeterminação, conferindo ao juiz o poder de “completar” tais normas de acordo com cada caso específico a que lhe compete decidir⁴⁴. Corrobora a essa concepção

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175932/000463217.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 out. 2016.

⁴¹ SANTOS, Eduardo Sens dos. **O novo Código Civil e as cláusulas gerais**: exame da função social do contrato. Revista de Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, p. 14-15, 2002.

⁴² MARTINS-COSTA, Judith. **As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico**. Brasília: Biblioteca do Senado Federal, 1991. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175932/000463217.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 out. 2016.

⁴³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa :CalousteGulbenkian, 2002. pág. 107 e 108.

⁴⁴ SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, p. 15, 2002.

a ideia defendida por Karl Engish, ao afirmar que o casuísmo está sempre exposto ao risco de, apenas fragmentária e provisoriamente, dominar a matéria jurídica. Este risco é evitado pela utilização das cláusulas gerais.⁴⁵

No entanto, essa possibilidade ofereceria um risco considerável de retorno da incerteza jurídica. O Direito, em suas constantes modificações, teve como uma de suas bases mais importantes a garantia de segurança nas relações jurídicas, outorgada fundamentalmente pelo princípio da certeza jurídica, de modo que esse retrocesso não poderia ser admitido pelos teóricos da ciência do Direito. Disso surge um impasse, como garantir um sistema que não seja fechado demais e que se torne obsoleto rapidamente, mas que também não seja configurado de maneira exageradamente aberta, e traga consigo novamente o arbítrio dos juízes e a temida insegurança jurídica?

Judith Martins-Costa⁴⁶ entende que a resposta para essa questão pode ser encontrada no estudo sobre as cláusulas gerais, as quais, segundo ela, “*têm se mostrado os meios hábeis à flexibilização dos sistemas que as adotaram*”. E segue ao afirmar que

[e]m todo ordenamento deve ocorrer uma composição entre textos caracterizados por alto grau de precisão semântica e outros construídos sobre a intencional imprecisão, já que útil e necessária à potencialidade da vagueza justamente a fim de ser conferida tutela aos casos limite.⁴⁷

É sobre o surgimento de tal instituto que passaremos a tratar agora.

⁴⁵ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. Portuguesa de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, págs. 233-234.

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico**. Brasília: Biblioteca do Senado Federal, 1991. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175932/000463217.pdf?sequence=1>>. Acessado em: 15/10/2016.

⁴⁷ *Idem*. **A boa-fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 312.

1.1.4 O surgimento das cláusulas gerais e a consequente flexibilização dos Códigos

Como referido anteriormente, a ideia de que seria possível criar códigos e hipóteses legais capazes de prever e regular todas as relações jurídicas existentes foi sendo gradualmente deixada de lado. A elaboração legislativa buscou alternativas que pudessem acompanhar o ritmo de transformação social, cada vez mais, veloz e dinâmico, fazendo com que os textos legais pudessem abranger um número cada vez maior de casos jurídicos que surgiam. Assim, valeu-se principalmente de duas “ferramentas”, entre as quais, a cláusula geral apareceria com destaque. Diante disso, surge a necessidade de entender onde e quando tal instituto surgiu e foi utilizado pela primeira vez.

A referida compreensão exige que retornemos aproximadamente ao final do século XX, mais especificamente à Alemanha. Nessa época, os alemães enfrentavam, após o término da I Guerra Mundial, o pior caos econômico de sua história. A hiperinflação destruía o poder de compra da moeda alemã, afetando diretamente a estabilidade social. Os contratos privados também passaram a sofrer as consequências da terrível desvalorização monetária. Diante desse cenário caótico, o Poder Judiciário passa a interferir, buscando soluções no sentido de equilibrar tais situações.⁴⁸

A jurisprudência alemã encontrou a resposta dentro de seu próprio código civil, o famoso BGB, mais precisamente nos parágrafos 138, 242 e 826, os quais se encontravam “esquecidos” até então. Eles, segundo as palavras do professor Fabiano Menke, *“tinham por característica central autorizar explicitamente o uso de ideias morais como a boa-fé e os bons costumes”*. Segundo o referido autor, John Dawson afirmava ser este o início da efetiva aplicação das cláusulas gerais no direito alemão, e, por assim dizer, o seu nascimento.⁴⁹

O surgimento das cláusulas gerais, especificamente em território alemão, é explicitado pelo professor Fabiano Menke, que muito bem refere o entendimento de

⁴⁸ MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A Subsunção e a Concreção dos Conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, Porto Alegre, Revista dos Tribunais | vol. 50/2004. pág. 9-35.

⁴⁹ MENKE, Fabiano. *loc. cit.*

John Dawson sobre o assunto. Fabiano Menke expõe que um dos fatores que contribuíram para a utilização e o emprego das cláusulas gerais pelos alemães, seria o de que o princípio da separação dos poderes não vigoraria na Alemanha em sua plenitude, já que o próprio legislador germânico reconheceria a incompletude dos códigos e a decorrente necessidade de integração, papel este que seria, preponderantemente, outorgado aos juízes.⁵⁰ Judith Martins-Costa, quanto ao ponto, destaca que “a prerrogativa dos juristas frente ao legislador já era exigida pela teoria do *Juristenrecht* posterior a 1814, na época da restauração do império alemão”⁵¹.

Outros elementos também são apontados como fundamentais para o surgimento das cláusulas gerais em território germânico. Nesse sentido, pode-se referir, por exemplo, a pequena influência das teorias econômicas individualistas que buscavam reduzir o papel do Estado. No entanto, sem sombra de dúvida, os constantes movimentos ocorridos no direito alemão, durante o século XIX, em especial o surgimento da escola de Direito Livre, a qual passou a reconhecer a existência de lacunas no direito positivo, concedendo aos juízes um papel de maior liberdade, posto que poderiam se utilizar, ao proferir suas decisões, de critérios tais como a sensibilidade de justiça e a razão prática, pode ser considerado como o mais relevante.⁵²

Diante do grande protagonismo ofertado aos magistrados através das cláusulas gerais, a jurisprudência alemã da época ganhou igualmente papel de destaque, principalmente no tocante à concretização das cláusulas gerais, em especial a da boa-fé, que, por sua vez, permitiu a construção ou o desenvolvimento, no campo do direito obrigacional, dos casos da *exceptio doli*, da inalegabilidade de nulidades formais, de culpa na formação dos contratos, de abuso da posição jurídica, de modificação das obrigações contratuais por alteração superveniente das circunstâncias. Logo, os tribunais buscavam conferir sentido e aplicabilidade às cláusulas gerais, ainda que precisassem confrontar a doutrina vigente à época. Assim, a criativa dogmática jurídica, oriunda em especial das cláusulas gerais, possibilitou a criação de uma ligação dinâmica entre as fontes de produção jurídica e

⁵⁰ MENKE, Fabiano. **A Interpretação das Cláusulas Gerais: A Subsunção e a Concreção dos Conceitos.** Revista de Direito do Consumidor, Porto Alegre, Revista dos Tribunais | vol. 50/2004. pág. 9-35.

⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional.** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 291.

⁵² MENKE, Fabiano. *op. cit.* pág. 9-35.

de solução dos casos concretos, percorrendo um percurso inacessível ao legislador, pois este é uma figura que se encontra antes do momento aplicativo e integrativo do direito, conforme as palavras de Franz Wieacker, citado por Judith Martins-Costa⁵³.

Ainda que as cláusulas gerais gozem de grande prestígio, especialmente na Alemanha, o emprego destas nunca foi marcado pela unanimidade. Para ilustrar essa reticência quanto à referida técnica legislativa, Fabiano Menke cita os entendimentos de Justus Hedemann, o qual fazia referência às potenciais ameaças oriundas da utilização de cláusulas gerais, e de Lutz Mager que afirmava que

[e]mbora as cláusulas gerais sirvam atualmente como a porta de entrada de valores constitucionais, na época do nacional-socialismo, elas foram utilizadas como janela de abertura para a concepção valorativa do momento, especialmente para as teorias raciais.⁵⁴

Além disso, conforme relata Judith Martins-Costa, citando Franz Wieacker, a aprovação do BGB, em 1896, ocorreu diante de muitas críticas, estas feitas em razão do “caráter elástico” de algumas disposições e ao apelo reiteradamente frequente ao poder discricionário do juiz⁵⁵. O referido autor alemão, declarando a problemática das cláusulas gerais assim dispõe: “*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*” e continua ao afirmar que: “*enquanto a teoria do direito e a tradição judicial não desenvolverem uma técnica refletida do uso correto da cláusula geral, ela constitui um perigo crescente para as nossas ordens jurídicas*”.⁵⁶

Contudo, independentemente das ameaças e perigos decorrentes da utilização das cláusulas gerais e de sua estrutura, estas continuaram e continuam

⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 291.

⁵⁴ MENKE, Fabiano. **A Interpretação das Cláusulas Gerais: A Subsunção e a Concreção dos Conceitos**. Revista de Direito do Consumidor, Porto Alegre, Revista dos Tribunais. vol. 50/2004. pág. 9-35.

⁵⁵ MARTINS-COSTA, *op. cit.* pág. 288.

⁵⁶ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Trad. Portuguesa de Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, págs. 545 e 546.

sendo caracterizadas como fontes de criação judicial, à medida que permitem o ingresso de novos valores junto aos sistemas legislativos.⁵⁷

Portanto, ainda que as cláusulas gerais possam oferecer certos riscos decorrentes de sua utilização, o esgotado modelo oitocentista, baseado na totalidade/plenitude de previsões legislativas, não tem mais condições de ser aplicado exclusivamente, haja vista a complexidade das relações sociais e as inúmeras inovações de ordem técnica e científica.⁵⁸ Dessa forma, surgem os novos modelos de códigos, os quais permitem a adoção e a incorporação de valores, muitas vezes, tidos por metajurídicos, caracterizando a abertura dos sistemas legais, propiciada, fundamentalmente, pelo uso das cláusulas gerais.

⁵⁷ MENKE, Fabiano. **A Interpretação das Cláusulas Gerais: A Subsunção e a Concreção dos Conceitos.** Revista de Direito do Consumidor, Porto Alegre, Revista dos Tribunais. vol. 50/2004. pág. 9-35.

⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 294.

1.2 CONCEITO, FUNÇÕES E ESTRUTURA DAS CLÁUSULAS GERAIS

1.2.1 Definição de cláusulas gerais

Talvez este seja o ponto sobre a problemática das cláusulas gerais que mais inspire cuidado e atenção. Como bem assinala Judith Martins-Costa⁵⁹, pode-se argumentar no sentido que as cláusulas gerais seriam *proteiformes*, isto é, mudam de forma frequente, já que assumem significações diversas de acordo com a forma com que são analisadas. Corroborando a essa ideia, a referida autora salienta que mediante o termo cláusula geral, tem-se o hábito de designar, tanto certa forma de técnica legislativa, quanto certas normas jurídicas em sentido estrito. A expressão “*in comento*” poderia indicar uma espécie normativa caracterizada por sua estrutura incompleta.⁶⁰

Diante dessa infinidade de conceituações atribuídas ao termo “cláusulas gerais”, torna-se necessário encontrar sua origem, e, por intermédio desta, extrair o “significado” mais apropriado para nossa análise. Segundo Judith Martins-Costa, a expressão cláusula geral vem do alemão *Generalklauseln*, que indicaria “*uma estrutura normativa cuja prescrição é vaga na hipótese, ou seja, cujo conteúdo não está previamente descrito*”. Assinala, ainda, que a *Generalklauseln* seria gênero, do qual seriam espécies os princípios, os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais em sentido estrito. No entanto, salienta a autora, que o uso indiscriminado desse termo não seria salutar, pois agruparia indistintamente várias espécies que não poderiam ser confundidas com o gênero.⁶¹ A distinção entre cláusulas gerais, princípios e conceitos jurídicos indeterminados será melhor abordada posteriormente.

Outro ponto que merece nova abordagem aqui é o da diferença entre a espécie prescritiva das cláusulas gerais e da casuística, já que através dessa

⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 274.

⁶⁰ *Idem*. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 120.

⁶¹ *Ibidem*. pág. 120.

distinção poderá ser mais bem abordada uma das características fundamentais das cláusulas gerais, qual seja, a da vagueza.

Karl Engisch em sua famosa obra *“Introdução ao pensamento jurídico”* afirma que *“a técnica de legislar mediante cláusulas gerais opõe-se à casuística, uma vez que esta pode ser entendida como a configuração legal que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria”*⁶². O mesmo autor complementa a concepção sobre a casuística da seguinte maneira:

[a] casuística não significa outra coisa senão a determinação por meio de uma concreção especificativa, isto é, regulação de uma matéria mediante a delimitação e determinação jurídica em seu caráter específico de um número amplo de caso bem descritos, evitando generalizações amplas como as que significam as cláusulas gerais.⁶³

Pode-se, ainda, utilizar da definição dada por Judith Martins-Costa⁶⁴, a qual denomina a técnica da casuística como sendo *“a regulamentação por fattispecie, na qual o legislador fixa de modo o mais completo possível, os critérios para aplicar certa qualificação aos fatos”*.

De outro lado, as cláusulas gerais seriam marcadas notadamente por sua grande abertura semântica, ou seja, a tipicidade seria utilizada em grau mínimo. Através delas não se estaria buscando respostas prévias para todos os problemas jurídicos que pudessem surgir, pois elas funcionariam, nas palavras de Judith Martins-Costa, como *metanormas*, *“cuja função seria enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes”*. De tal forma, o emprego das cláusulas gerais possibilitaria englobar, em uma determinada hipótese legal, um número muito grande de casos, cujas características específicas seriam determinadas pela via jurisprudencial, e não legal, fato, este, que é muito criticado por aqueles que não

⁶² ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. Portuguesa de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pág. 228.

⁶³ *Idem*. **La Idea de concrecion em el derecho y en la ciencia jurídica actuales**. Granada, Editorial Comares, 2004, págs 180.

⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 297.

entendem ser segura tal concessão de liberdade interpretativa e criativa aos aplicadores do direito.⁶⁵

Assim, afirma-se, sem medo de errar, que nas cláusulas gerais a hipótese legal carece de uma pré-figuração descritiva ou especificativa. Isso decorreria, notadamente, em razão dos termos empregados que, muitas vezes, têm cunho valorativo e, além disso, possuem tessitura semanticamente aberta, conforme anteriormente referido. Dessa forma, embora a prescrição geralmente seja vaga na hipótese legal, quando há remissão a um *standard* e/ou realidades valorativas, também pode haver indeterminação quanto à consequência incidente no caso concreto. Logo, nas chamadas cláusulas gerais, poderia haver um duplo grau de indeterminação.

Complementando o entendimento acima destacado, pode-se utilizar as palavras de Judith Martins-Costa, quando esta refere que

[e]stes novos tipos de normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos tem significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’. O seu enunciado, ao invés de tratar punctualmente a hipótese e suas consequências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes, a constante formulação de novas normas.⁶⁶

A partir das referidas elucidações, podemos passar a uma definição mais concreta do termo cláusula geral. Para Karl Englich, deve-se entender cláusula geral, como “*a formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a um tratamento jurídico todo um domínio de casos*”⁶⁷.

Ao seu turno, Judith Martins-Costa também define as cláusulas gerais como

⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 299.

⁶⁶ *Idem*. **O direito privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no Projeto de Código Civil Brasileiro. Brasília: Biblioteca do Senado Federal, 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁶⁷ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. Portuguesa de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pág. 229.

[...] o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de standarts, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo.⁶⁸

Ou ainda, como uma

[t]écnica legislativa que constitui 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 dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema.⁶⁹

Considerada a definição de cláusula geral, surge outro ponto que merece ser abordado, qual seja o da utilização do referido termo. Como assinala Eduardo Sens dos Santos⁷⁰, muitos estudiosos do Direito costumam se referir à cláusula geral como técnica legislativa, que se utiliza de termos vagos em sua redação, ou quando ela se refere propriamente a um princípio ou valor que acaba sendo positivado pela cláusula geral. Esse esclarecimento também é compartilhado por Judith Martins-Costa, quando refere que através do termo “cláusula geral”, costuma-se indicar determinada técnica legislativa, certas normas jurídicas, ou, ainda, normas produzidas através de uma cláusula geral específica⁷¹.

Alberto Gosson Jorge Junior, em sua obra *“Cláusulas gerais no Novo Código Civil”*, também se manifesta sobre esta temática, referindo que o problema da identificação e da definição das cláusulas gerais encontra guarida fundamentalmente no fato da diversa caracterização desse tipo de norma, já que em alguns momentos

⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 290.

⁶⁹ *Ibidem*. pág. 303.

⁷⁰ SANTOS, Eduardo Sens dos. **O novo Código Civil e as cláusulas gerais**: exame da função social do contrato. Revista de Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, pág. 16, 2002.

⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* pág. 286.

são definidas pela indeterminação de seus conceitos, em outros pela generalidade e, em algumas ocasiões, pela remissão do intérprete para valores.⁷²

Nesse sentido, manifesta-se Karl English, ao estabelecer que

[o] verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças a sua generalidade elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo a ilacunar e com possibilidade de ajustamento a uma consequência jurídica.⁷³

Por fim, Alberto Gosson Jorge Junior⁷⁴, destaca outras expressões comumente utilizadas para a designação de cláusula gerais, entre elas: “conceitos elásticos”, “conceitos válvula”, “conceitos com sentido em branco”, “noções de conteúdo variável” e “hipóteses típicas abertas”.

Dessa possível problemática surge a necessidade, portanto, de diferenciar as cláusulas gerais dos próprios princípios jurídicos, bem como dos conceitos jurídicos indeterminados, distinção essa que será mais bem abordada nos tópicos 1.2.5 e 1.2.6. Antes, analisaremos estrutura das cláusulas gerais.

1.2.2 A estrutura das cláusulas gerais

Quanto à estrutura das cláusulas gerais, faz-se necessário proceder a um exame atento de duas importantes correntes. A primeira delas, que tem como defensor Karl English, enxerga nas cláusulas gerais uma total ausência de estrutura própria, que acarretaria na conclusão de que tal instituto não existiria por si próprio, caracterizando-se, portanto, em normas ou preceitos jurídicos cujos termos teriam alto grau de imprecisão, ou, melhor dizendo, de generalidade. Do outro lado, surgem aqueles que, como o autor italiano Claudio Luzzatti, defendem as cláusulas gerais

⁷² JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004 (Coleção professor Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotufo), pág. 09.

⁷³ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. Portuguesa de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, pág. 233.

⁷⁴ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *op. cit.* pág. 22.

como normas parcialmente em branco, que precisariam ser completadas pelos juízes, os quais se valeriam, para tanto, de regras não jurídicas.⁷⁵

Conceituando de uma maneira mais adequada, poder-se-ia afirmar que na primeira hipótese, as cláusulas gerais seriam consideradas normas jurídicas completas, já que constituídas por uma previsão normativa e uma estatuição. A sua diferença para com as demais normas jurídicas estaria calcada no fato de que ela não descreveria um caso ou grupo deles, possibilitando, assim, a cobertura de uma vasta gama de casos, estes sendo definidos por meio de certas categorias indicadas através de referência a um padrão objetivo de conduta ou a um valor juridicamente aceito.⁷⁶

Já, na segunda concepção sobre o tema, as cláusulas gerais são vistas como normas em branco, ainda que parcialmente, as quais necessitariam ser completadas. Esse processo de concretização ocorreria por intermédio do juiz, que seria enviado a modelos de comportamento e pautas de valoração que não estão dispostos na cláusula geral e, em muitas oportunidades, sequer no próprio ordenamento jurídico. A cláusula geral, dessa forma, introduziria na esfera normativa um critério fundamental de relevância jurídica, à vista do qual o juiz escolheria certos fatos ou comportamentos para confrontá-los com um determinado parâmetro e buscar, desse embate, consequências jurídicas que não estariam previamente estabelecidas.⁷⁷

A partir disso, é possível concluir que nas normas que possuem um grau menor de vagueza, o juiz somente teria o poder de fixar o significado do enunciado normativo, enquanto que nas normas redigidas através das cláusulas gerais, o operador do direito ganharia um poder de atuação muito mais significativo e amplo, posto que não apenas determinará o significado, mas igualmente exercerá função de criador do direito ao preencher a *fattispecie* e ao estabelecer/dimensionar as consequências da norma que se apresenta.⁷⁸

⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 329.

⁷⁶ *Ibidem*. pág. 329.

⁷⁷ *Ibidem*. pág. 330.

⁷⁸ *Ibidem*. pág. 331.

Logo, o juiz teria o dever e a responsabilidade de formular, a cada caso, a estatuição, buscando em outras normas do sistema, ou em valores e padrões extra-sistemáticos, os elementos capazes de preencher as “lacunas” oriundas da cláusula geral. Tais componentes não são necessariamente jurídicos, podendo ser buscados nas esferas social, econômica ou moral. O preenchimento, assim, ocorreria através do chamado processo de concreção, calcado, fundamentalmente, no ativismo jurisprudencial.⁷⁹ O papel do juiz e a concreção das cláusulas gerais serão melhor abordados no capítulo II do presente trabalho.

Judith Martins-Costa, por sua vez, além de atribuir as qualidades de multifacetárias e multifuncionais às cláusulas gerais, faz uma distinção entre os tipos de cláusulas gerais que merece ser aqui destacada. Para a referida autora, existiriam três grandes grupos de cláusulas gerais, os quais seriam distintos entre si. São eles: *a) de tipo restritivo*: são aquelas que delimitam ou restringem, em determinadas ocasiões, o âmbito de um grupo de permissões singulares advindas de uma regra ou um princípio. Ela cita como exemplo dessa categoria, a restrição imposta pela cláusula geral da função social do contrato às regras, sejam elas contratuais ou legais, que encontram sua fonte no princípio da liberdade contratual; *b) de tipo regulativo*: são aquelas utilizadas com a finalidade de regular, com base em um princípio, hipóteses de fato que não foram estabelecidas casuisticamente na própria lei, podendo-se citar como exemplos as formas de responsabilidade civil por culpa ou o direcionamento da conduta contratual e; por fim, *c) de tipo extensivo*: utiliza-se esta modalidade de cláusula geral, quando a finalidade seria a de ampliação de uma determinada relação jurídica, através da possibilidade expressa de introdução de princípios e regras que se encontrem disciplinados em outros textos normativos, cita-se, nesse caso, a título de exemplificação, as disposições preconizadas no Código de Defesa do Consumidor e na Constituição Federal, as quais assegurariam a tutela prevista em tratados e acordos internacionais, bem como na legislação ordinária.⁸⁰

⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **O direito privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no Projeto de Código Civil Brasileiro. Brasília: Biblioteca do Senado Federal, 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 10 out. 2016. pág. 4

⁸⁰ *Ibidem*. pág. 3

Igualmente, sobre a questão da estrutura das cláusulas gerais em contraposição a das normas formuladas casuisticamente, Judith Martins-Costa tece algumas considerações sobre a temática. Em primeiro lugar, define que a norma jurídica teria em sua composição duas partes: a estatuição e a consequência ou proposição. Em um segundo momento, afirma não existir, pelo menos sob o prisma ontológico, quaisquer diferenças entre as normas criadas através da casuística, pela concreção de princípios ou de conceitos indeterminados, ou aquelas formuladas utilizando-se de cláusulas gerais. Salienta, no entanto, a diferença de grau existente entre as normas elaboradas casuisticamente e as extraíveis de cláusulas gerais, no tocante ao modo de definir a hipótese legal e a sua correspondente consequência, distinção essa que implicará diretamente no modo de raciocínio utilizado em sua aplicação. E, por fim, a existência de funções distintas para normas compreendidas nas cláusulas gerais e as que se determinam por força dos conceitos jurídicos indeterminados.⁸¹ É justamente sobre a questão relativa às funções desempenhadas pelas cláusulas gerais que se passa a falar no próximo item.

1.2.3 Funções desempenhadas pelas cláusulas gerais

Como já referido anteriormente, na primeira parte deste capítulo, a concepção de um sistema jurídico fechado, redigido através da técnica da casuística, vem gradativamente perdendo espaço nos ordenamentos jurídicos pelo mundo, inclusive naqueles pertencentes à chamada família romano-germânica, que durante muito tempo defendeu a plenitude da lei escrita e a completude dos códigos. Ou seja, a ilusão codificadora caiu por terra. Questões como a rígida fidelidade à lei e aos vínculos conceituais típicos do modelo de interpretação axiomática, são afastadas, admitindo-se a possibilidade de aplicação do Direito por diversos outros institutos, como a concreção e o emprego de cláusulas gerais.⁸²

⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 340.

⁸² *Idem*. **As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico**. Brasília: Biblioteca do Senado Federal, 1991. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175932/000463217.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 out. 2016.

Assim, uma das funções que poderia ser atribuída às cláusulas gerais é a de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico. Esse processo de flexibilização seria duplo, já que permitiria, tanto a mobilidade externa, a qual é representada pela inserção de elementos que não são considerados pertencentes ao “mundo” jurídico, quanto à mobilidade interna, que nada mais é do que o retorno para outras disposições que já se encontram dentro do próprio sistema jurídico.⁸³

No tocante à mobilidade interna do sistema jurídico, propiciada pelas cláusulas gerais, haveria dois processos de integração muito consideráveis, a integração intra-sistemática e a inter-sistemática. Na primeira, as cláusulas gerais buscariam o preenchimento de sua estrutura com base em disposições estabelecidas em partes do próprio Código Civil, enquanto que na segunda, valores e conceitos previstos na Constituição seriam incorporados pelo Código Civil ou leis especiais, por força da previsão estabelecida pelas cláusulas gerais.⁸⁴

Ao escrever sobre o tema, Judith Martins-Costa cita uma passagem da obra “*Da boa-fé no Direito Civil*” de autoria de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro que muito esclarece a principal função desempenhada pelas cláusulas gerais:

[é] salvaguardar uma margem mínima para integrar no sistema ocorrências impossíveis de prefigurar nos meios legislativos clássicos, tendo em vista que o Direito (...) está sujeito às modificações sociais; ainda quando a lei não reaja, a ordem jurídica deve fazê-lo.⁸⁵

Dessa forma, a referida autora conclui que as cláusulas gerais seriam os instrumentos legislativos para a sugerida reação, pois confeririam legitimidade ao juiz, para que este criasse normas que valeriam para mais casos, além daquele em que será proferida a decisão.⁸⁶

⁸³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 341.

⁸⁴ *Idem*. **O direito privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no Projeto de Código Civil Brasileiro. Brasília: Biblioteca do Senado Federal, 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>>. Acessado em: 10 out. 2016. pág. 4.

⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* pág. 341.

⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* pág. 341.

A forma pela qual estas normas são criadas, ou seja, a partir de uma cláusula geral, pode ser definida como um processo lento e complexo, pois envolveria um trabalho de síntese judicial dos casos passados, os quais são utilizados como pontos de apoio ou de partida para a adequação valorativa ao novo contexto em que estão inseridas.⁸⁷

A mobilidade sistemática dada pelas cláusulas gerais garante uma visão de conjunto ao ordenamento jurídico, já que, em determinadas vezes, poderá completá-lo e, em outras oportunidades, restringi-lo. No entanto, Judith Martins-Costa alerta sobre um equívoco comumente visto, quando se trata do presente assunto, que é o de considerar a cláusula geral como uma espécie aplicável a todo o ordenamento, quando na verdade ela sempre estará ligada a uma parte específica do todo, podendo ser utilizada, dessa forma, somente em um domínio de casos específicos, pois, do contrário, não haveria utilidade prática e serviriam como forma de assistematização do direito.⁸⁸

Ainda, a referida autora cita como exemplo desse papel exercido pelas cláusulas gerais a cláusula geral da boa-fé amplamente utilizada no direito obrigacional. Surge aqui uma importante dúvida, por que a utilização da referida cláusula é mais vantajosa do que a simples aplicação do princípio da boa-fé, por si só, sem a previsão legislativa através da cláusula geral? Judith e Clóvis do Couto e Silva buscam responder a presente questão.

A autora começa argumentando no sentido de que a ausência de uma cláusula geral que sirva como elemento de conexão, torna a análise do caso concreto mais difícil. Clóvis, por sua vez, salienta que

[a]o juiz que fundamente a sua decisão em um princípio inexpresso, ou aquele considerado como “princípio geral” de um determinado ordenamento, a percepção ou captação de sua aplicação torna-se muito difícil, por não existir uma lei de referência a que possam os juízes relacionar a sua decisão.⁸⁹

⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 342.

⁸⁸ *Ibidem*. pág. 342.

⁸⁹ SILVA, Clóvis do Couto e. **O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português**. Primeira Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil. Porto Alegre, 1980, São Paulo: RT, 1980.

Logo, no caso de ser ausente a cláusula geral que opere como ponto de referência e de conexão entre os demais casos levados à apreciação do Poder Judiciário, o exame dos casos precedentes seria considerado absolutamente impossível, a não ser que fosse facultado ao juiz do caso atual analisar toda a matéria que foi utilizada pelo juiz do caso precedente para formular sua decisão.⁹⁰

Clóvis do Couto e Silva assinala que tal problema poderia, ainda, ser potencializado, pois nas situações em que o julgador aplicasse o princípio não previsto através da cláusula geral, mas sim originalmente disperso ou constante no ordenamento jurídico, faria com que, na decisão, o mesmo não fosse expressamente referenciado ou, então, fosse encontrado com outra denominação.⁹¹

Esse quadro, assim visto, tornaria muito mais complicada a pesquisa jurisprudencial, a sistematização das decisões e a ressystematização de determinados valores. Portanto, a função das cláusulas gerais não se limitaria tão somente à abertura do sistema jurídico e às constantes mudanças de valorações, mas também incluiria a permissão à sistematização de novos casos.⁹²

Portanto, chegamos à conclusão de que seriam três as principais funções realizadas pelas cláusulas gerais, são elas: i) a criação, dentro de um sistema jurídico fundado no direito escrito, de normas com alcance geral pelo juiz. Isto é, essa norma seria estendida para além do caso concreto onde foi aplicada pela primeira vez. A reiteração e reafirmação da *ratio decidendi* nos casos futuros serviria para determinar a exata dimensão da normatividade daquela cláusula geral; ii) permitir a mobilidade externa do sistema, pois as cláusulas gerais promoveriam o reenvio do aplicador do direito a determinadas pautas de valoração do caso concreto. Estas, por sua vez, poderiam vir indicadas em outras disposições normativas constantes no próprio sistema (processo chamado de reenvio) ou encontram-se vigentes na esfera social em que o juiz atua (evento conhecido por direcionamento). Nesse último caso, a cláusula geral indicaria uma medida de comportamento que deveria ser concretizada pelo aplicador do direito, de maneira

⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 344.

⁹¹ SILVA, Clóvis do Couto e. **O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português**. Primeira Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil. Porto Alegre, 1980, São Paulo, RT, 1980.

⁹² MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* pág. 344.

mais geral possível e; iii) servem também como elemento de conexão ou lei de referência, ofertando aos juízes fundamentar suas decisões, relacionando-as com casos precedentes. Essa função teria como finalidade precípua facilitar a pesquisa jurisprudencial, pois a cláusula geral serviria como um ponto de referência entre os diversos casos que chegam até o Poder Judiciário, possibilitando a formação, assim, de um catálogo de precedentes.⁹³

1.2.4 A linguagem característica das cláusulas gerais

Embora conste em sua denominação a palavra geral, as cláusulas gerais não podem ser consideradas gerais, muito menos genéricas, ambíguas ou obscuras. As noções de generalidade, genericidade, ambiguidade e vagueza, assim, não são as mesmas, embora muito comumente se correlacione tais sentidos, por força da sinonímia.⁹⁴

Judith Martins-Costa, ao citar Cláudio Luzzatti, define que um enunciado pode ser considerado geral, quando *“diz algo que vale, ao mesmo tempo, para todos os objetos que pertencem a uma determinada classe, sem nenhuma exceção”*⁹⁵. Portanto, a cláusula geral somente poderia ser considerada geral, caso se estivesse entendendo que tal técnica possibilita, em função de suas características de previsibilidade e estatuição, a previsibilidade geral de conduta, ao modo de ensejar o tratamento em conjunto de um vasto domínio de casos.⁹⁶

De outro lado, considera-se determinada expressão como genérica, quando não houver presença de especificação, ou seja, ela acaba se referindo de forma indiferente a uma variedade de situações distintas entre si. Logo, para que determinada proposição seja considerada genérica, basta que ela possa ser

⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. **O direito privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no Projeto de Código Civil Brasileiro. Brasília: Biblioteca do Senado Federal, 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>>. Acessado em: 10 out. 2016.

⁹⁴ *Idem*. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 131.

⁹⁵ LUZZATTI, 1990 apud MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 131.

⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 304.

utilizada para qualquer caso da classe que está sendo considerada. Dessa forma, quanto maior o número de fatos que “realizem” a hipótese prevista na regra, mais genérica será a expressão empregada.⁹⁷

A ambiguidade, por sua vez, seria visualizada quando um termo, em razão de homonímia ou de polissemia, possa assumir vários significados, sem que o contexto em que está empregado permita esclarecer o seu real significado. Deve-se ressaltar, contudo, que a mera constatação de polissemia ou homonímia não geraria automaticamente a noção de ambiguidade. Para que ela fique caracterizada, é necessário que não seja possível determinar a acepção do termo empregado através do contexto em que está inserido. Embora algumas cláusulas gerais possam apresentar certo grau de ambiguidade, elas geralmente estão associadas a um contexto normativo, o qual permite a identificação de seu correto significado.⁹⁸

A partir dessas definições é possível afirmar que as cláusulas gerais não são nem gerais, nem genéricas e, muito menos, ambíguas. A sua característica, enquanto técnica legislativa, resume-se, fundamentalmente, ao emprego de expressões ou termos vagos no delineamento da *fattispecie* ou conferência de um mandato – cujo significado pode ser semanticamente impreciso – ao juiz para que, a partir dele, sejam concretizadas as consequências normativas pretendidas.⁹⁹

A linguagem das cláusulas gerais, portanto, é considerada vaga ou porosa. No entanto, essa forma de redação não é exclusividade destas espécies normativas, já que pode ser encontrada em quaisquer tipos de expressões, principalmente nas jurídicas. Ao citar novamente Claudio Luzzatti, Judith Martins-Costa afirma que a vagueza é uma marca característica das expressões, a única diferença estaria no grau de indeterminação de cada enunciado, ou seja, não seria uma questão de existência ou não, mas sim de graduação, em maior ou menor intensidade¹⁰⁰.

Tal processo de graduação ocorreria quando, no emprego de quaisquer termos ou expressões, a correspondente qualificação não deixasse certeza sobre a

⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 305.

⁹⁸ *Ibidem*. pág. 306.

⁹⁹ *Ibidem*. pág. 306.

¹⁰⁰ LUZZATTI, 1990 apud **A boa-fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 307.

realização, ou não, do modelo prescrito no enunciado normativo. Essa fase de transição também é conhecida por “casos-limite”, “zona de penumbra” ou “*borderline*”. Assim, a vagueza semântica surgiria quando da existência dessas zonas de penumbra, onde se torna difícil estabelecer o real significado utilizado.¹⁰¹ Além disso, é preciso esclarecer que a vagueza semântica, considerada em si mesma, não se trata de uma imprecisão qualquer, mas sim ligada às noções do termo significado como bem destaca Cláudio Luzzatti.¹⁰²

Mesmo que sejam várias as acepções outorgadas ao termo significado, a linguagem jurídica é claramente do tipo prescritiva/conotativa, isto é, suas expressões e enunciados variam de significado de acordo com o contexto em que forem empregados. Considera-se que um termo, em seu significado conotativo, será vago, quando a amplitude de sua “zona de penumbra”, ou seja, seu grau de vagueza, variar de acordo com a situação em que está sendo utilizado. Dessa forma, um determinado termo poderia ser considerado, ao mesmo tempo, muito vago ou muito preciso, bastando para tanto, que se restrinja ou amplie o âmbito dos objetos e situações em que recaiam esses casos-limites.¹⁰³

Nesse sentido também se posiciona Humberto Ávila ao ensinar que

[o] significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentido dos termos no tempo e no espaço e a controvérsia doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal¹⁰⁴.

Em muitos casos, a mera indicação do contexto em que o termo está inserido não será suficiente para reduzir a vagueza estabelecida pela linguagem. Tal situação ocorre com grande frequência, principalmente na linguagem jurídica, dada a extensa gama de termos valorativos. Nessas hipóteses, a vagueza será

¹⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 307.

¹⁰² LUZZATTI, 1990 apud MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 133.

¹⁰³ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* pág. 310.

¹⁰⁴ ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pág. 34.

intencional ou programática, já que é empregada com o intuito de alcançar determinados objetivos. Logo, a vagueza não seria um defeito de linguagem, podendo constituir antes disso, uma vantagem, principalmente para elaboração de textos normativos.¹⁰⁵

É por intermédio dos textos legais que a linguagem jurídica se expressa. Quando se fala em norma, faz-se referência, na verdade, ao resultado da interpretação feita sobre determinado enunciado normativo, uma vez que toda norma nada mais é do que a construção resultante da interpretação feita a partir de textos. Dessa forma, quando se diz que a norma é vaga, o que na verdade é vago é o seu texto normativo.¹⁰⁶

Após a percepção de que a escola exegética e a redação de textos normativos por meio da técnica da casuística estavam ficando ultrapassadas, não conseguindo oferecer uma resposta adequada aos novos problemas jurídicos que surgiam, o Direito, como ciência, passou a se deparar com uma polaridade dialética que se constitui entre a necessidade de certeza e precisão, de um lado, e a necessidade de alguma imprecisão, de outro, já que é por intermédio desta última que se torna possível proceder com uma adaptação da *fattispecie* normativa às novas situações, que sequer poderiam ter sido previstas quando da elaboração do texto pelo legislador.¹⁰⁷

O simples fato de conter em sua redação expressões ou termos vagos, não retira da norma jurídica determinadas qualidades que são essenciais a toda e qualquer norma, como a coercibilidade e a obrigatoriedade. No entanto, para que isso ocorra de fato, é necessário encontrar critérios de aplicação para essa norma.¹⁰⁸

Judith Martins-Costa, quanto ao ponto, utiliza-se das definições dadas por Cláudio Luzzatti, em sua obra *“La Vaghezza delle Norme”*. O autor italiano faz distinção entre dois grandes grupos de vagueza, a comum e a socialmente típica. A primeira ficaria caracterizada quando as expressões linguísticas podem ser

¹⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 311.

¹⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *loc. cit.*

¹⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *loc. cit.*

¹⁰⁸ *Ibidem*. pág. 312.

compreendidas e aplicadas pela experiência, sem que seja necessário qualquer reenvio a parâmetros valorativos, enquanto que a segunda ocorreria nos casos de emprego legislativo de expressões programaticamente vagas, cuja interpretação exprime um conceito valorativo e que terá como critério para aplicação, obrigatoriamente, a referência a variáveis e padrões de juízo e às mutáveis tipologias da moral social dos costumes.¹⁰⁹

Para a aplicação das normas marcadas pela vagueza socialmente típica, deverá o operador do direito se utilizar, não das regras de experiência, mas do uso de valorações tipicizantes das regras sociais. Dessa forma, o intérprete é reenviado a valores objetivamente assentados pela tipologia social, como os bons costumes ou a boa-fé, por exemplo. Isso ocorreria, pois o legislador deixou em aberto os critérios para a qualificação dos fatos, tornando implícito ou explícito o reenvio a parâmetros variáveis no espaço e principalmente no tempo.¹¹⁰

Por fim, é indispensável ressaltar que o atributo da vagueza programática é extremamente utilizado nas cláusulas gerais em sentido estrito, mas não de forma exclusiva, posto que os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios normativos igualmente se valem dessa particularidade. Com isso, mostra-se fundamental realizar a distinção entre eles.¹¹¹

1.2.5 Distinção entre cláusulas gerais e conceitos indeterminados

A diferenciação entre cláusula geral em sentido estrito e conceitos indeterminados é de notável e vital importância, pois não se tratam de institutos de mesma espécie, sendo empregados de forma bastante particular. Em um primeiro momento trataremos de apontar as diferenças existentes entre cláusula geral e conceitos indeterminados, para, em seguida, fazer a comparação entre princípios jurídicos e cláusula geral.

¹⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 313.

¹¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *loc. cit.*

¹¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* pág. 315.

Antes, é necessário definir aquilo que se entende por conceito indeterminado e por cláusula geral. Na definição do primeiro, utilizaremos a concepção adotada por Antonio Menezes Cordeiro, no sentido de que

[é] um conceito que não permite comunicações claras quanto ao seu conteúdo, por polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento: polissemia quando tenha vários sentidos, vaguidade quando permita uma informação de extensão larga e compreensão escassa, ambigüidade quando possa reportar-se a mais de um dos elementos integrados na proposição onde o conceito se insira, porosidade quando ocorra uma evolução semântica com todo um percurso onde o sentido do termo se deva encontrar e esvaziamento quando falte qualquer sentido útil.¹¹²

Para determinar o conceito de cláusulas gerais, adotaremos a concepção de Judith Martins-Costa, anteriormente já referida como

[u]ma 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 dos casos concretos, 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.¹¹³

Segundo a referida autora, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados apresentam dupla distinção, tanto no aspecto estrutural, quanto no aspecto analítico, tratando-se, portanto, de espécies normativas completamente diferentes entre si.¹¹⁴

Dando início a uma análise mais detalhada, poder-se-ia afirmar que um primeiro elemento diferenciador entre os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais é o de que os primeiros podem ser divididos em dois tipos: a) aqueles que fazem menção a realidades valorativas, ou seja, valem-se da vagueza socialmente típica e; b) aqueles aludem realidades fáticas, isto é, que se utilizam da vagueza

¹¹² CORDEIRO, A. Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, v. 2, 1984. p. 1.177.

¹¹³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 303.

¹¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 141.

comum. Dessa forma, os conceitos indeterminados podem empregar, tanto a vagueza socialmente típica, quanto à vagueza comum, enquanto que as cláusulas gerais jamais se reportam a esta última, mas, única e exclusivamente, à vagueza socialmente típica ou programática.¹¹⁵

O Código Civil Brasileiro, por exemplo, emprega uma infinidade de conceitos indeterminados que se referem a realidades fáticas, tais como, aquele previsto no art. 335, inciso III, “lugar de acesso perigoso ou difícil”, ou no art. 4º, inciso II, “discernimento reduzido”. Nesse tipo de conceito indeterminado, caberá ao intérprete unicamente fixar a hipótese legal com base nas regras de experiência e aplicar a consequência, que já se encontra expressa na própria estrutura normativa.¹¹⁶

De outro lado, o mesmo diploma legal apresenta diversos conceitos que aludem a realidades valorativas, ou seja, de conteúdo axiológico. É em relação a este tipo específico de conceito indeterminado, sobre o qual é realizada a distinção para com as cláusulas gerais, pois estas também realizam o reenvio a realidades valorativas, enviando o intérprete às mutáveis tipologias sociais. Segundo Judith Martins-Costa, a diferenciação entre enunciados normativos, que contém expressões indeterminadas, e as cláusulas gerais não ficaria restrita apenas ao plano analítico, mas, fundamentalmente, aos aspectos funcional e estrutural.¹¹⁷

Do ponto de vista estrutural, é notável que os enunciados que utilizam conceitos indeterminados permitem, por sua vagueza semântica, grande abertura às constantes mudanças de valores da sociedade. Assim, deverá o aplicador do Direito averiguar quais são as conotações adequadas e as concepções sociais e éticas vigentes, determinado, no caso concreto, qual o real significado do enunciado normativo. No entanto, como tais conceitos estão inseridos na descrição do fato, a tarefa hermenêutica se encerra na determinação da premissa. Logo, havendo, ou não, a coincidência entre o fato e a norma, a solução já estará predeterminada¹¹⁸.

¹¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 142.

¹¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *loc. cit.*

¹¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *loc. cit.*

¹¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *op. cit.* pág. 143.

As cláusulas gerais, ao seu turno, constituem-se em estruturas normativas parcialmente em branco, sendo preenchidas por meio da referência a regras constantes fora do sistema jurídico ou que estão alocadas em outras partes do próprio sistema normativo. A concretização das cláusulas gerais exigiria que o julgador fosse reenviado a modelos de comportamento e a pautas de valoração que não se encontram fixadas na própria cláusula geral. Logo, ao atribuir uma dada consequência jurídica à cláusula geral deverá formar normas de decisão vinculadas à concretização do valor, diretiva ou do padrão social utilizado.¹¹⁹

Em síntese, a real diferença entre cláusula geral e conceitos indeterminados não reside na linguagem, mas sim, na estrutura. Estes últimos podem estar inseridos em estruturas normativas completas, nas quais há hipótese legal e consequência pré-estabelecida, enquanto que nas primeiras a estrutura deverá ser completada pelo intérprete, pela determinação da consequência faltante. Portanto, não há que se falar em uma possível coincidência entre conceitos indeterminados e cláusula geral, posto que nos primeiros o juiz se limita a indicar ao fato o elemento já estabelecido na *fattispecie*, enquanto que, nas cláusulas gerais, a operação intelectual do juiz é mais complexa, pois, além de averiguar a possibilidade de subsunção de uma série de casos-limites na *fattispecie*, analisa as constantes mudanças das valorações sociais e, ao fim, determina os efeitos incidentes no caso concreto.¹²⁰

Como exemplo dessa divisão entre tais institutos, pode-se citar as disposições contidas no art. 51, IV do Código de Defesa do Consumidor e do art. 422 do Código Civil. A primeira estabelece que:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

¹¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 143.

¹²⁰ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *op. cit.* pág. 143 a 144.

Já o art. 422 do CC dispõe que “*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”.¹²¹

Ambos dispositivos mencionam a expressão boa-fé, mas existe diferença estrutural entre tais enunciados. No CDC, não há definição do que é a “boa-fé”, não há descrição do comportamento devido para agir conforme a boa-fé. Assim, deverá o aplicador da lei, no caso concreto, determinar o que a sociedade entende por boa-fé. Estabelecida tal premissa, caberá, na sequência, a mera aplicação da consequência já prevista, qual seja, declarar a nulidade da cláusula. Não há, dessa forma, “criação judicial” por parte do juiz.¹²²

A análise do art. 422 do CC, por sua vez, ocorre de maneira distinta. Tal dispositivo legal, como o art. 51 do CDC, não traz a definição do que se entende por boa-fé, não determina quais as condições para entender que um contrato obedeceu à boa-fé. Todavia, não estabelece quais as consequências cabíveis em caso de os contratantes não observarem a boa-fé no cumprimento do contrato. Portanto, o juiz, nesse caso, além de buscar a “definição” daquilo que se entende por boa-fé, no momento de proferir sua decisão, deverá, utilizando-se dos instrumentos fornecidos pelo próprio sistema, encontrar as soluções anteriormente conferidas pela jurisprudência e/ou aquelas apontadas pela doutrina em casos semelhantes, e aplicá-las a título de consequência daquele caso em concreto.¹²³

Por fim, ainda que existam divergências na doutrina, é imperiosa a diferença entre cláusulas gerais e os conceitos indeterminados, posto que a atividade desenvolvida pelo magistrado nas primeiras é criadora de direito, fonte de direito e de obrigações, enquanto que, nos últimos, a solução para o caso já está determinada na própria norma.¹²⁴

¹²¹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 143 a 144.

¹²² *Ibidem*. pág. 144.

¹²³ *Ibidem*. pág. 144-145.

¹²⁴ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **A Modernização do Direito Civil e as Cláusulas Gerais**. Brasília. BDJur, 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/60506/modernizacao_direito_civil_clausulas.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

Passaremos agora à análise e, conseqüente, diferenciação entre princípios jurídicos e cláusulas gerais.

1.2.6 Diferenciando princípios jurídicos e cláusulas gerais

Antes de diferenciar princípios jurídicos de cláusulas gerais, no entanto, deve-se determinar qual o conceito de princípio jurídico mais adotado atualmente, bem como proceder à análise das diferenças entre princípios e regras. Para tanto, utilizaremos fundamentalmente as considerações feitas por Humberto Ávila em sua obra *“Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos”*.

Inicialmente, o referido autor traz as definições dadas por outros grandes estudiosos do Direito. Nesse sentido, expõe que, segundo Josef Esser,

[o]s princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado, e o seu critério distintivo em relação às regras seria a função de fundamento normativo para a tomada de decisão.¹²⁵

Karl Larenz, por sua vez, define os princípios como

[n]ormas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito. No entanto, não seriam regras suscetíveis de aplicação, posto que lhes falta o caráter formal de proposições jurídicas, ou seja, a conexão entre a hipótese de incidência e a correspondente consequência jurídica.¹²⁶

Destaca-se, igualmente, o conceito elaborado por Dworkin, o qual afirma que *“os princípios, diferentemente das regras, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contém fundamentos os quais devem ser conjugados com outros*

¹²⁵ ESSER, Joseph. **Princípio y Norma em la Elaboracion Jurisprudencial del Derecho**. Madrid, 1956.

¹²⁶ LARENZ, 1991 apud ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pág. 38-39.

*fundamentos provenientes de outros princípios*¹²⁷. Transcreve, ainda, a posição de Robert Alexy, o qual entende que os princípios jurídicos consistem “*apenas em uma espécie de norma jurídica por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundos as possibilidades normativas e fáticas*”¹²⁸. Por fim, ele próprio, Humberto Ávila, dá a sua definição de princípios como

[n]ormas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.¹²⁹

Por vezes, equipara-se os termos princípios e regra, já, em outras oportunidades, mostra-se como distintos entre si. Como referido anteriormente, contudo, vários autores defendem não se tratar da mesma espécie normativa, embora pertencentes ao gênero norma. Conforme refere Humberto Ávila¹³⁰, poder-se-ia dissociar princípios de regras pelos seguintes critérios: a) o critério da natureza do comportamento prescritivo ou da descrição normativa; b) o critério da natureza da justificação exigida e; c) o critério da medida da contribuição para a decisão.

Segundo este autor, o elemento diferenciador de um princípio em relação a uma regra não seria a linguagem, nem a alta carga axiológica, mas sim o fato de não determinarem imediatamente o comportamento devido, sendo, portanto, dotados de pretensão de complementaridade e parcialidade, logo, imediatamente finalistas. As regras, ao seu turno, são mediamente finalistas, pois estabelecem fins apenas de forma indireta, mas ao mesmo tempo determinam com maior grau de exatidão o comportamento devido para a concretização do fim proposto.¹³¹

Embora não desempenhem a mesma função e não tenham as mesmas características, as cláusulas gerais e os princípios jurídicos apresentam certas semelhanças, entre elas podemos enumerar: a) princípios e cláusulas gerais são

¹²⁷DWORKIN apud ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pág. 38-39.

¹²⁸ALEXY, 2008 apud ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pág. 38-39.

¹²⁹ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, págs. 40-41 e 85.

¹³⁰*Ibidem*. pág. 102.

¹³¹*Ibidem*. pág. 96.

imediatamente finalistas e não-descritivos. Ao passo que os princípios visam a prescrever determinados fins, sem descrever, diretamente, qual o comportamento devido para tal, igualmente nas cláusulas gerais não existe o elemento descritivo. Logo, ambos proporcionam critérios ao juiz para que este tome uma posição diante de situações que são a priori indeterminadas, mas adquirem um significado operativo no momento de aplicação a um caso determinado e; b) tanto um, quanto outro buscam um estado ideal de coisas. No entanto, aqui já surge a primeira diferença. Enquanto os princípios são normas que reenviam diretamente a realidades valorativas, as cláusulas gerais promoveriam o reenvio do intérprete, tanto para outros espaços do ordenamento, mesmo que não configurem realidade valorativas, ou a *standards* valorativos.¹³²

Quando o destino do reenvio operado por uma cláusula geral for um valor, haverá a superposição ou coincidência entre princípio jurídico e cláusula geral em sentido estrito. Esse seria o caso do art. 422 do atual Código Civil Brasileiro, ou seja, concomitantemente, há expressão de um *standard* comportamental e uma cláusula geral.¹³³ A partir disso, é possível concluir que as cláusulas gerais não são princípios, ainda que, na maior parte dos casos, prevejam-no sem seus enunciados ou possibilitem a sua formulação.¹³⁴ Ainda nesse sentido, Josef Esser¹³⁵, em sua obra *“Princípio y Norma em la Elaboracion Jurisprudencial del Derecho”*, afirma que a cláusula geral não é princípio, mas norma, e uma norma especial, pois permite ao juiz *“a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificados, e com vinculação controlada apenas pelos próprios tribunais, a critérios extralegais de base e de densidade empírica variáveis”*.

Entretanto, esse critério, por si só, não é suficiente para demonstrar a diferença entre princípio e cláusula geral. Insta referir que, tanto os princípios, quanto as cláusulas gerais, têm forte carga valorativa e caráter fundante. No

¹³² MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 150-151.

¹³³ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *loc. cit.*

¹³⁴ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *op. cit.* pág. 146.

¹³⁵ ESSER, Joseph. **Princípio y Norma em la Elaboracion Jurisprudencial del Derecho**. Madrid, 1956. págs.193 e 194.

entanto, os primeiros fazem referência direta a um determinado valor, ao passo que as segundas podem fazer menção direta ou indireta aos valores.¹³⁶

A partir dessas considerações, Judith Martins-Costa conclui que a distinção entre princípios normativos e cláusulas gerais não se dá pela linguagem, nem pela estrutura, e sequer pela finalidade ou modo de raciocínio. A distinção, entre outros elementos, depende do tipo de cláusula geral, já que nela nem sempre há o reenvio a valores. Não existiria, ainda, diferença entre os princípios normativos e a cláusula geral de tipo regulativo, que reenvia a realidades valorativas. Além disso, destaca-se a dessemelhança, no aspecto formal, entre os princípios que não estão expressamente positivados e as cláusulas gerais. Estas últimas devem estar obrigatoriamente formuladas na lei, pois do contrário não se configuram como técnica legislativa.¹³⁷

Por fim, afirma-se que, na aplicação das cláusulas gerais, assim como na aplicação de princípios normativos, o julgador deve, em sua argumentação, traçar uma relação que é de correspondência fundamentada, de forma dupla: em um primeiro momento ele deverá estabelecer a correlação *in abstracto* entre os deveres previstos de modo vago no enunciado, buscando junto à tipologia social a descrição dos deveres que seriam exigíveis em vista da situação concreta, para, assim, no caso concreto, determinar o comportamento esperado. Já, em uma segunda etapa, deverá determinar a correspondência entre o fato concreto e os já especificados deveres, bem como a consequência jurídica.¹³⁸

Dessa forma, nas cláusulas gerais, a concretização da valoração e a constituição da estatuição somente poderão ocorrer perante o caso concreto ou em face de grupos de casos considerados como típicos através desse processo de passagem entre o abstrato e o geral, o concreto e o geral, o abstrato especificado e, novamente, o concreto.¹³⁹ Portanto, a grande diferença entre tais institutos, do ponto de vista da atividade judicial, está, pois, no fato de que as cláusulas gerais permitem a formação da norma, não através da interpretação dos princípios, mas pela criação

¹³⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. pág. 154.

¹³⁷ *Ibidem*. pág. 155.

¹³⁸ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *op. cit.* pág. 155-156.

¹³⁹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *op. cit.* pág. 156

através da síntese judicial, na qual encontram como elemento de atuação fatos ou valores éticos, sociológicos históricos, psicológicos ou, até mesmo, soluções advindas da análise comparativista.¹⁴⁰

Sobre o ponto da concretização das cláusulas gerais, cuidaremos como mais especificidade no capítulo II do presente trabalho. Agora, faremos uma breve análise dos principais ordenamentos jurídicos e a possível adoção pela técnica legislativa das cláusulas gerais.

1.2.7 Utilização de cláusulas gerais no direito nacional e internacional

Como referido no tópico 1.1.4 do presente trabalho, a utilização da técnica legislativa das cláusulas gerais teve início na Alemanha, principalmente após a aprovação BGB em 1896, ainda que o emprego efetivo só tenha ocorrido algum tempo depois, em razão da grande crise econômica que assolou os alemães ao término da Primeira Guerra Mundial. No entanto, aos poucos, a disseminação das cláusulas gerais foi tomando proporções continentais, em função do esgotamento do modelo exegético que tinha como ideal a plenitude das previsões legislativas. Assim, teve início uma época de reformas dos Códigos Civis de muitos países Europeus.¹⁴¹

Na Alemanha, as cláusulas gerais, por força do influxo positivista legalista dominante no início do século XX, permaneceram como letra morta durante um longo período de tempo. Somente com o advento da Jurisprudência dos Interesses de Philip Heck e com o surgimento da escola de “Direito Livre” é que se passou a utilizar as cláusulas gerais como meios instrumentais de conformação do sistema jurídico, com o objetivo do preenchimento das lacunas existentes no ordenamento, já que o dogma da completude não era mais visualizado na vida real.¹⁴²

¹⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico**. Brasília: Biblioteca do Senado Federal, 1991. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175932/000463217.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 out. 2016.

¹⁴¹ *Idem*. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 126.

¹⁴² JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo, Saraiva, 2004 (Coleção professor Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotufo), pág. 62

No cenário jurídico alemão, muitas são as cláusulas gerais presentes nos mais diversos diplomas legais, como aquelas estabelecidas nos parágrafos 138 e 157. Entretanto, aquela que ocupa lugar de maior destaque, sem dúvida, é a estabelecida no § 242 do BGB, a qual dispõe que: “*o devedor está obrigado a executar a prestação como a boa-fé, em atenção aos usos e costumes, o exige*”. A doutrina considera esta a cláusula geral por excelência, ao passo que irradia seus efeitos, não só para o direito das obrigações, mas também para todo o direito privado, de uma maneira geral.¹⁴³

A aceitação das cláusulas gerais no Direito Italiano, por sua vez, não se deu de maneira tão pacífica quanto à vislumbrada no Direito Germânico. Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência italiana, não eram muito adeptas às cláusulas gerais. Tal conclusão se extrai da assertiva de Pietro Rescigno transcrita por Alberto Gosson Jorge Junior no sentido de que “*os juízes italianos teriam empreendido uma fuga das cláusulas gerais, ao inverso da magistratura germânica, que teria optado por uma fuga nas cláusulas gerais*”¹⁴⁴.

Embora existisse tal resistência por parte dos estudiosos e aplicadores do direito na Itália, o direito civil daquele país não deixou de utilizar as cláusulas gerais na elaboração de seus textos normativos. O Código Civil italiano é repleto delas. Entre elas podemos mencionar o art. 2.043, que estabelece a regra geral de reparação civil decorrente de todo ato doloso ou culposos que tenha ocasionado dano injusto; o art. 1.375, o qual determina que o contrato deve ser executado de acordo com a boa-fé, ou, ainda, o art. 1.337 que dispõe que as partes devem comportar-se segundo a boa-fé nas tratativas e na formação do contrato.¹⁴⁵

A experiência na utilização das cláusulas gerais também pode ser vista no Direito Português. A elaboração de textos normativos empregando a referida técnica legislativa se deve muito ao fato de que o Código Civil de Portugal é tido como recente no continente europeu, visto que foi aprovado no ano de 1966, por força do Decreto-Lei nº 47.344. Antonio Menezes Cordeiro assinala a presença de cláusulas

¹⁴³ RESCIGNO apud JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo, Saraiva, 2004 (Coleção professor Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotufo), pág. 62.

¹⁴⁴ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004 (Coleção professor Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotufo). pág. 67.

¹⁴⁵ *Ibidem*. pág. 68.

gerais no ordenamento jurídico português, indicando como exemplos os arts. 1.778¹⁴⁶ e 483º/1^{147, 148}.

Além disso, podemos citar outros exemplos de cláusulas gerais que foram positivadas no Código Civil português, quais sejam: a) art. 239 que trata da integração dos negócios jurídicos da seguinte forma:

[n]a falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditames da boa-fé, quando outra seja a solução por eles imposta.

E, ainda, b) art. 280, § 2º que determina a nulidade do negócio que for contrário à ordem pública, ou ofensivo aos bons costumes.¹⁴⁹

Na França, a adoção das cláusulas gerais se deu por um processo mais demorado e conservador. Calha recordar aqui o Código Civil de 1804, também conhecido por Código de Napoleão, que nasceu da insatisfação da classe burguesa para com os mandos e desmandos dos juízes franceses, estes influenciados diretamente pela nobreza daquela época. Buscou-se, com o referido diploma legal, retirar o poder da mão dos magistrados, vinculando-os diretamente e estritamente àquilo que se encontrava previsto no Código. Ideais que permearam a elaboração do diploma legal em questão, como a racionalidade e a igualdade, foram extraídos diretamente da Revolução Francesa ocorrida em 1789.¹⁵⁰

Contudo, a superação do modelo oitocentista de elaboração legal e a percepção de engessamento outorgada por tal ideologia, fizeram com que os franceses, ainda que tardiamente, também empregassem cláusulas gerais em seu ordenamento jurídico. Citamos como exemplos o § 2º do art. 1.152 da Lei 85-1097, o

¹⁴⁶ “ARTIGO 1778º. (Sentença) A sentença que decreta o divórcio por mútuo consentimento homologará os acordos referidos no nº 2 do artigo 1775º; se, porém, esses acordos não acautelarem suficientemente os interesses de um dos cônjuges ou dos filhos, a homologação deve ser recusada e o pedido de divórcio indeferido”.

¹⁴⁷ “ARTIGO 483º. (Princípio geral) 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”.

¹⁴⁸ CORDEIRO, A. Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, v. 2, 1984, págs. 1183-1184.

¹⁴⁹ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004 (Coleção professor Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotufo), pág. 73.

¹⁵⁰ *Ibidem*. pág. 74.

qual concede autorização ao juiz para que, mesmo de ofício, reduza ou aumente a cláusula penal, desde que entenda que ela tenha sido estipulada pelas partes, em quantia manifestamente excessiva ou irrisória; ou ainda o § 3º do art. 1.134, que determina que os contratos devem ser concluídos e executados de acordo com a boa-fé.¹⁵¹

Por fim, e talvez mais importante, faz-se referência à utilização de cláusulas gerais no ordenamento jurídico brasileiro. Somente após a elaboração do Código Civil de 2002 é que temos um avanço mais significativo na adoção das cláusulas gerais. Entre os principais exemplos, encontramos a cláusula geral da boa-fé prevista no artigo 422 do CC, que assim estabelece: “*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé*”. Podemos referir, igualmente, o art. 187 do CC que trata do abuso de direito da seguinte forma: “*também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”. E, ainda, aquela extraída do art. 421 do CC, que trata da função social do contrato, assim redigida: “*a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”.¹⁵²

Cumprе salientar que não buscamos, no presente tópico, fazer uma abordagem exaustiva das cláusulas gerais existentes tanto no sistema legal brasileiro quanto nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, mas apenas dar destaque à adoção das cláusulas gerais e, principalmente, enumerar algumas delas a fim de dar maior visibilidade à sua utilização.

¹⁵¹JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004 (Coleção professor Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotufo). pág. 75.

¹⁵²*Ibidem*. págs. 82-90.

CAPÍTULO 2 – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS E O PROCESSO DE CONCREÇÃO

2.1 FORMAS DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS

2.1.1 Os juízes e a aplicação das cláusulas gerais

Com o advento da utilização, cada vez mais comum, das cláusulas gerais pelos sistemas jurídicos, torna-se relevante o processo de interpretação desses institutos. Esse papel é realizado fundamentalmente pelo juiz, no momento em que profere sua decisão no caso concreto. É por meio desse ato, ainda, que surge com destaque a função dos grupos de caso, do precedente e da jurisprudência no processo decisório que envolve as cláusulas gerais.¹⁵³ Trataremos do precedente e de outras formas de aplicação das “normas em branco” nos próximos tópicos do presente trabalho, agora analisaremos, em especial, as formas pelas quais o juiz deve atuar quando se depara com uma cláusula geral.

A lei foi, durante muito tempo, a principal fonte do Direito, reflexo dos ideais defendidos pela Escola da Exegese que influenciou de maneira bastante decisiva o Código Civil Francês. Nessa época, o juiz apenas aplicava o que estava no código, não havendo a possibilidade de decidir contrariamente àquilo que estava disciplinado no ordenamento jurídico. O surgimento das cláusulas gerais garantiu uma maior liberdade ao juiz para proferir sua decisão, posto que em muitos casos ele precisaria completar o enunciado que se encontrava em branco, seja por meio da concreção de princípios aplicáveis a situação analisada, seja pela incorporação de valores que não estão colocados dentro do sistema normativo.¹⁵⁴

O papel interpretativo desenvolvido pelos juízes, principalmente após a superação do modelo exegético e da vinculação estrita à lei, foi fundamental para o adequado desenvolvimento do Direito, posto que em certos casos, as possibilidades oferecidas aos operadores do direito não eram suficientes para a resolução do caso,

¹⁵³ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo, Saraiva, 2004 (Coleção professor Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotufo), pág. 53.

¹⁵⁴ *Ibidem*. págs. 53-54.

sendo necessário libertar-se das prescrições ditadas pelo legislador, as quais já se encontravam descoladas da nova realidade social.¹⁵⁵

Winfried Hassemer também adota tal entendimento, ao referir que

[a] conclusão mais cautelosa que se pode retirar deste reconhecimento, de que a lei codificada não pode determinar completamente a sentença judicial do ponto de vista fático, é a de que a codificação ainda desempenha um papel dominante em relação à sentença do Juiz. Concede-se que o texto expresso da lei nem sempre fornece instruções claras; concede-se ainda que a lei, a codificação, às vezes necessita de preenchimento ou enchimento valorativo, que a lei no seu texto é “vaga” ou “porosa”.¹⁵⁶

Dois métodos surgiram, em especial, para tornar a função interpretativa do juiz mais consistente. O primeiro deles consistiria em separar os textos da lei do seu contexto histórico. Assim, as leis vigentes em um país, para que constituam um sistema coerente, precisariam ser interpretadas dentro de um mesmo espírito, ou seja, aquele do momento em que serão aplicadas, não se atendo às circunstâncias nas quais, em períodos diferentes, foram promulgadas. O segundo método consistiria em apelar para prescrições de alcance mais geral, em detrimento de disposições particulares contidas na lei.¹⁵⁷

Dessa forma, conforme refere Rene David:

A lei não deve ser considerada unicamente no seu texto, independentemente dos processos, frequentemente muito extensivos, usados para a sua interpretação e nos quais se revela o poder criador da jurisprudência e da doutrina. [...] os códigos apenas representam, para os juristas um ponto de partida, não um resultado.¹⁵⁸

John P. Dawson, em seu artigo “*The general clauses, viewed from a distance*”, fazendo referência às três grandes cláusulas gerais previstas no Código Civil Alemão (§ 138, § 242 e § 826), afirma que a característica central de todas elas é a autorização de usos de ideias morais como a boa-fé e a boa moral, mesmo que elas

¹⁵⁵ DAVID, Rene. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**, tradução Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2002, pág. 103.

¹⁵⁶ HASSEMER, Winfried. **O Sistema do Direito e a Codificação**: a vinculação do juiz à lei. Coleção Direito Comparado. Estudos de Direito Brasileiro-Alemão, Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 1985. pág. 192.

¹⁵⁷ DAVID, Rene. *op. cit.* pág. 104.

¹⁵⁸ DAVID, Rene. *op. cit.* pág. 110.

não tenham um “corpo” definido. Ele ainda esclarece que seria evidente, desde o início, que caberia aos juízes desempenhar o papel principal na gestão deste “equipamento”, posto que através da resolução do caso concreto é que o conteúdo vago das cláusulas gerais seria apresentado.¹⁵⁹

Nesse sentido, conforme destaca Stefano Rodotà, citado por Alberto Gosson, as cláusulas gerais precisariam ser compreendidas obedecendo a um duplo sentido de direito/realidade, ou seja, na impossibilidade de se reduzir toda a realidade a esquemas rígidos e predeterminados. Logo, as cláusulas gerais permitiriam uma adequação automática do sistema jurídico às mutações da realidade histórica, ficando dispensado o legislador de realizar tal função.¹⁶⁰

Assim, quando o juiz se depara com uma cláusula geral, ele partirá de uma norma em branco, para encontrar a norma aplicável àquele caso específico que deve ser resolvido. Com o passar do tempo, os órgãos jurisdicionais foram sedimentando os conhecidos “grupos de casos”, os quais dizem respeito a hipóteses concretas semelhantes. Estes grupos acabam preenchendo as expressões formuladas abertamente, e, em consequência, conferem-lhes concretude de significado, além de proporcionar um controle na aplicação daquele determinado enunciando normativo em branco, dentro do sistema normativo.¹⁶¹

Diante disso, mostra-se inegável o papel de destaque assumido pela jurisprudência nas decisões que aplicam uma determinada cláusula geral. Tendo em vista a indeterminação congênita desses dispositivos, a concretização do enunciado será garantida através de sentenças e arestos, que serão distintos a cada caso específico, resultando em interpretações que poderão ser diferentes entre si, já que visam garantir uma análise adequada dos valores e princípios atrelados à cláusula geral.¹⁶²

Sobre a importância da jurisprudência também se manifesta Karl Larenz, ao destacar que

¹⁵⁹ DAWSON, John P. **The General Clauses**, Viewed from a Distance. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, pág. 411-456. (tradução nossa).

¹⁶⁰ RODOTÀ apud JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo, Saraiva, 2004 (Coleção professor Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotufo), pág. 54.

¹⁶¹ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *op. cit.* pág. 56.

¹⁶² JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *op. cit.* pág. 59.

[a] jurisprudência dos tribunais, esclarecendo mediante exemplos ilustrativos estas ideias jurídicas e princípios e, de seguida, por via da comparação com outros casos julgados em conformidade com eles, bem como diante a elaboração de ideias jurídicas novas e mais especiais, com base na análise jurídica dos casos em que elas se manifestam, consegue enriquecer cada vez mais o conteúdo da pauta relativamente indeterminada, concretizá-la em relação a certos casos e grupos de casos e, deste modo, criar finalmente um entrelaçado de modelos de resolução em que possam ser arrumados, na sua maioria, os novos casos a julgar.¹⁶³

É desse contexto que surge a figura do precedente jurisprudencial, a qual assume papel de grande notoriedade e importância no tratamento das cláusulas gerais, posto que servirá de base para os operadores de direito, em especial para os magistrados. Assim, é possível afirmar que a jurisprudência revela de forma objetiva os princípios e valores que estarão sendo aplicados, indicando parâmetros efetivos para a interpretação no caso específico, bem como auxiliando no processo de equilíbrio entre a flexibilidade e a rigidez, necessários para o atendimento dos valores sociais da certeza e da segurança.¹⁶⁴ É sobre a figura dos precedentes que passaremos a tratar agora.

2.1.2 As cláusulas gerais e a vinculação aos precedentes

Antes de iniciar a análise propriamente dita quanto ao uso dos precedentes como forma de concretização e aplicação das cláusulas gerais, insta referir as considerações iniciais feitas por Judith Martins-Costa. Para a autora¹⁶⁵, a série de casos ou fatos que são passíveis de ser disciplinados pelas cláusulas gerais sempre se dão em referência a um conjunto que ora é completado, ora é restringido e ora é estendido.

Além disso, destaca ser um equívoco imaginar que uma dada cláusula geral poderia ser considerada uma espécie de princípio geral aplicável indistintamente sobre a totalidade do ordenamento jurídico. As cláusulas gerais, na verdade, sempre

¹⁶³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**, Trad. Portuguesa de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, pág. 411.

¹⁶⁴ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo, Saraiva, 2004 (Coleção professor Agostinho Alvim / coordenação Renan Lotufo), pág. 60.

¹⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 168.

estariam dispostas em setores específicos de determinados domínios de casos, pois do contrário elas não ofereceriam qualquer utilidade prática ao ordenamento, resultando na impossibilidade de sistematização do Direito. Dessa forma, quando ausente uma cláusula geral com capacidade de servir de ponto de referência, com função de ligação entre os novos casos e aqueles precedentes, tornar-se-ia muito difícil a ressystematização do Direito, isto é, a acomodação dentro do sistema das novas soluções, tornando possível que os precedentes sejam reportados à cláusula geral, e, assim, gradativamente, sejam organizados e acumulados em torno de um grupo de casos típicos.¹⁶⁶

Primeiramente, cabe mencionar aqui uma breve definição daquilo que se entende por precedente. Utilizando as palavras de Luiz Guilherme Marinoni, cabe afirmar, em um primeiro momento, que nem toda decisão judicial é um precedente, mesmo que tal analogia pudesse ser sustentada. Na verdade, ambos não se confundem, posto que todo precedente é retirado de uma decisão, mas nem toda decisão constitui um precedente. Cumpre salientar, ainda, que o precedente constitui decisão sobre matéria de direito e não relativa à matéria de fato, enquanto que as decisões, na maioria dos casos, limitam-se às questões fáticas. Ademais, para a constituição de um precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma, é preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta pelo caso concreto. Além disso, a “elaboração” de um precedente pode surgir da análise de vários casos. Em síntese, Marinoni afirma que *“o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”*¹⁶⁷.

Karl Larenz, por sua vez, define precedente em sua obra *“Metodologia da ciência do Direito”*, como a *“resolução em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que se decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal noutro caso”*. E complementa ao afirmar que

[V]ale como precedente, não a resolução do caso concreto que adquiriu força jurídica, mas só a resposta dada pelo tribunal, no quadro da

¹⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo : Marcial Pons, 2015, pág. 168.

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, págs. 215-216.

fundamentação da sentença, a uma questão jurídica que põe da mesma maneira no caso a resolver agora”. [...] tais precedentes desempenham na prática dos tribunais e, portanto, sobretudo no desenvolvimento do Direito, um papel que dificilmente será sobreavaliado.¹⁶⁸

Deve-se ressaltar, contudo, que não se busca no presente trabalho realizar uma exegese completa sobre os precedentes, mas apenas apresentar uma noção geral para, então, proceder à análise sobre as formas que eles podem surgir como soluções na aplicação das cláusulas gerais.

Cumprido ressaltar, ainda, que a noção de precedente judicial não deve ser igualada à noção comum de que precedente seja qualquer caso julgado anteriormente. Na esfera jurídica, o precedente é formado por um grupo de casos que revelam a jurisprudência como fonte normativa propriamente dita, o que exige um mínimo de consolidação ou estabilização do entendimento. Tal exigência se faz necessária, pois a partir do momento que se reconhece uma dada decisão judicial como precedente, com sua capacidade de orientar e determinar decisões posteriores em casos idênticos, ocorre a sua transformação em norma jurídica.¹⁶⁹

Na concepção de Humberto Ávila, os precedentes possuiriam valor variável, sendo ora interpretativo, quando funcionam como modelos de interpretação, ora autoritativo, quando em razão de sua vinculação formal, funcionam como normas a serem seguidas, e ora argumentativo, quando servem de suporte para a argumentação.¹⁷⁰ Segundo Judith Martins-Costa, a conexão entre novos casos e os precedentes é fundamental para o objetivo de se permitir um desenvolvimento do Direito com níveis mínimos de controlabilidade, previsibilidade e segurança. Dessa forma, os precedentes poderiam ser considerados como pontos de partida ao raciocínio do intérprete. Ademais, considerando-se os princípios do Estado de Direito e da segurança jurídica, as decisões judiciais são marcadas pela estabilidade. Assim, para que um precedente seja afastado, devem haver razões

¹⁶⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**, Trad. Portuguesa de José Lamego – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, pág. 611.

¹⁶⁹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo : Marcial Pons, 2015, pág. 170.

¹⁷⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Sistema Constitucional Tributário**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010, pág. 10.

suficientemente fortes, devendo o julgador apresentar os fundamentos que o levaram a decidir pelo afastamento do precedente.¹⁷¹

Na Alemanha, por sua vez, Ralph Weber, destaca que o método do grupo de casos, próximo item abordado no presente trabalho, encontraria limitação na ausência de vinculação absoluta aos precedentes. Para ele, seria interessante atribuir certo valor aos precedentes, quando se opera com cláusulas gerais, a fim de promover a garantia de valores como da segurança jurídica e do tratamento igualitário.¹⁷²

No tocante às cláusulas gerais, os precedentes desempenhariam uma função muito importante, qual seja, fixar, ainda que não de maneira rígida, as *pautas de concreção*, tornando possível, dessa forma, a estabilidade do entendimento jurisprudencial assegurado fundamentalmente por uma tradição de julgamento, embora esta seja preterida, em nosso país, pela grande força do princípio do livre convencimento racional do juiz. Mostra-se, portanto, perigoso, o descuido com a tradição de julgamento e o descaso com os elementos fáticos em nome do livre convencimento do magistrado.¹⁷³

Por fim, insta destacar aqui, as ideias de Luiz Guilherme Marinoni sobre a utilização dos precedentes, quando o juiz se depara com regras abertas, como as cláusulas gerais. Nesse sentido menciona o autor:

[o] que realmente importa neste momento é constatar que o juiz que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas está muito longe daquele concebido para unicamente aplicar a lei. [...] nas decisões acerca de matéria constitucional, assim como nas que envolvem a aplicação de cláusulas gerais, em que é frequente a necessidade de dar concretude ao significado de conceitos jurídicos, não há sequer como admitir a distinção, por alguns realizada, entre precedentes interpretativos e precedentes de solução.¹⁷⁴

E, ainda, completa:

¹⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 169.

¹⁷² WEBER apud MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A Subsunção e a Concreção dos Conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 50/2004. pág. 9-35.

¹⁷³ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *op. cit.* pág. 169-170.

¹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 88.

[...] o sistema de precedentes, desnecessário quando o juiz apenas aplica a lei, é indispensável na jurisdição contemporânea, pois fundamental para outorgar segurança à parte e permitir ao advogado ter consciência de como os juízes estão preenchendo o conceito indeterminado e definindo a técnica processual adequada a certa situação concreta.¹⁷⁵

2.1.3 A técnica do grupo de casos

O método do grupo de casos, utilizado como ferramenta de interpretação das cláusulas gerais, é, segundo as palavras do professor Fabiano Menke, a forma pela qual se compara o caso a ser decidido com os casos isolados que integram um grupo de casos já julgados de acordo com determinada norma. Assim, caso se verifique identidade fático-normativa entre os casos, seria possível acrescentar o novo caso ao grupo já consolidado. Já, no tocante à sua fundamentação, bastaria a indicação de que pertence a esse determinado grupo, de maneira que ocorre um verdadeiro reaproveitamento das razões já apontadas nas hipóteses assemelhadas.¹⁷⁶

Judith Martins-Costa, ao seu turno, destaca que o método do grupo de casos permite que as decisões sejam reunidas em “catálogos” ou “grupos”, conforme casos nos quais foi similar a *ratio decidendi*, podendo os “catálogos” serem expressos, inclusive, por meio de súmulas ou enunciados jurisprudenciais. As soluções encontradas e que forem utilizadas pelas cláusulas gerais, serão passíveis de generalização, contribuindo para resolução de casos nos quais se verifique circunstâncias idênticas ou similares. Dessa forma, ocorreria um tríplice movimento, qual seja, da concreção à abstração e desta para a concreção novamente. Isso, por sua vez, possibilitaria, de forma progressiva, a regulação geral dos casos, tornando desnecessário definir na lei, de forma expressa, todas as hipóteses e suas consequências, sendo possível a constante incorporação ao sistema normativo de novos casos¹⁷⁷.

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *loc. cit.*

¹⁷⁶ MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A Subsunção e a Concreção dos Conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 50/2004. pág. 9-35.

¹⁷⁷ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 171.

Prosseguindo na análise da questão sobre o aproveitamento dos grupos de casos para a aplicação das cláusulas gerais, Fabiano Menke cita o entendimento do autor e jurista alemão, Sudabeh Kamanabrou, para o qual poderia haver, tanto uma expansão, quanto redução do grupo de casos, no momento em que é feita a comparação entre o caso a ser decidido e aqueles integrantes de um determinado grupo de casos, tendo em vista que o caso em análise pode conter novos aspectos que até aquele momento não tinham sido enfrentados, caracterizando-se pelo seu poder de influenciar o grupo de casos.¹⁷⁸

Outro ponto de destaque suscitado pelo referido autor alemão, é o de como o aplicador de certa cláusula geral deve proceder, quando a referida “norma em branco” ainda não tem um grupo de casos específico. Para ele, nessa hipótese, deve-se utilizar da interpretação sistemática, além de “*observar os preâmbulos e as disposições de motivos das leis, se disponíveis, e, a partir deles encontrar os valores que compõem o sistema normativo*”. Todavia, o julgador jamais poderia se basear única e exclusivamente em sua opinião pessoal, evitando, assim, o voluntarismo puro.¹⁷⁹

Ressalta, também, que algumas cláusulas gerais não poderiam ser interpretadas e aplicadas segundo o grupo de casos. Tal incompatibilidade ocorreria nas hipóteses em que haveria uma forte relação entre a norma e o caso individual posto em análise. Disso decorreria a necessidade de uma investigação de todas as circunstâncias fáticas que dizem respeito aos fatos, tornando proibida, em tese, a referência a casos similares.¹⁸⁰

A técnica do grupo de casos surgiu na Alemanha, e foi onde ganhou maior notoriedade, bem como foi amplamente teorizada e discutida pela doutrina alemã. Dois autores desenvolveram, durante algum tempo, a mais intensa discussão

¹⁷⁸ KAMANABROU, 2002 apud MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A Subsunção e a Concreção dos Conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 50/2004. pág. 9-35.

¹⁷⁹ MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A Subsunção e a Concreção dos Conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 50/2004. pág. 9-35.

¹⁸⁰ MENKE, Fabiano. *loc. cit.*

doutrinária sobre o assunto, são eles, Ralph Weber, da Universidade de Heidelberg e Axel Beater, da Universidade de Göttingen.¹⁸¹

Para o primeiro, as cláusulas gerais deveriam ser utilizadas de maneira subsidiária na tarefa de interpretação, como figuras auxiliares, e não como ferramenta principal. Considera que a aplicação da cláusula geral é um acontecimento único, por se tratar da criação de lei apenas e tão-somente para o caso concreto com objetivo de oportunizar uma decisão materialmente justa. Assim, para ele, o aplicador da lei, que tiver como intenção derivar da cláusula geral uma norma para o caso futuro, estaria excedendo seus poderes. Além disso, no momento de aplicação de uma dada norma em branco, deve-se justificar o motivo pelo qual não se está aplicando outras hipóteses legais tradicionais, já que do contrário o resultado não seria desejável.¹⁸²

Sobre o método do grupo de casos, Weber salienta que este acabaria sendo um obstáculo à livre criação do juiz, caracterizando-o como uma volta do modelo interpretativo da subsunção. Alega que o uso irrestrito da técnica em questão tornaria as cláusulas gerais, que em sua origem foram projetadas para atender o caso individual, em uma ferramenta generalizante, consistindo em uma nova roupagem do juiz autômato. O aplicador da norma não examinaria a fundo o caso concreto, mas tentaria apenas enquadrá-lo aos casos individuais pertencentes ao grupo de casos. Com isso, quanto maior o desenvolvimento do grupo de caso, maior a abstração dos conceitos e quanto maior a abstração dos conceitos, mais o grupo de casos se aproximaria do tipo legal, tornando-se, portanto, enrijecido.¹⁸³

Nesse sentido, também se manifesta Judith Martins-Costa, ao afirmar que

[e]mbora o método do grupo de casos seja útil e necessário no preenchimento das cláusulas gerais, não é, todavia, suficiente para assegurar a correta apreciação da matéria. O intérprete deve estar atento para não descuidar da singularidade do caso, substituindo-a por uma aplicação automatizada da solução previamente fixada no grupo de casos.¹⁸⁴

¹⁸¹ MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A Subsunção e a Concreção dos Conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 50/2004. pág. 9-35.

¹⁸² MENKE, Fabiano. *loc. cit.*

¹⁸³ MENKE, Fabiano. *loc. cit.*

¹⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 171.

Weber argumenta, ainda, que a formulação de tipos abstratos, como as cláusulas gerais, e a correspondente utilização do método do grupo de casos, geraria outro problema, no caso, o de violação ao princípio da separação dos poderes, posto que o juiz, ao decidir o caso concreto, estaria criando uma norma abstrata - atribuição do legislador - e, além disso, estar-se-ia eximindo de aplicar o direito ou fazer justiça, essas, sim, funções primeiras dos magistrados. Por fim, sua crítica mais ferrenha seria no tocante à forma de consideração do grupo de casos, não como mero conjunto de casos individuais, mas como expressão de um pensamento jurídico efetivo e generalizado, uma vez que, assim, passaria a generalizar o caso individual, fazendo com que as especificidades deste último fossem perdidas. Com isso, a vagueza, característica ontológica da cláusula geral, seria desprezada.¹⁸⁵

Axel Beater elaborou uma resposta ao texto de Ralph Weber, na qual contrapôs diversos argumentos sustentados por este último autor. Para Beater, as cláusulas gerais não podem ter sua função ou objetivos limitados, já que contribuem substancialmente para o desenvolvimento e aperfeiçoamento das ciências jurídicas e isso seria obtido por meio dos grupos de casos. Ele salienta que a interpretação das cláusulas gerais utilizando tal ferramenta garantiu o desenvolver de um movimento de cooperação entre juízes e o legislador. Isso contribuiria para uma efetiva divisão de funções entre ambos, resultando em um aperfeiçoamento das leis. Tal melhora, deve-se ao fato de que não seria necessário que o legislador editasse leis com regras exaustivas, cabendo para si apenas a função de elaborar padrões mínimos. O conseqüente desenvolvimento destes ocorreria, posteriormente, pelos magistrados, já que estes enfrentam com maior habitualidade as mudanças de valores do meio social.¹⁸⁶

Ao concluir a análise da questão, Fabiano Menke se posiciona no sentido de entender como aceitáveis algumas das críticas formuladas por Ralph Weber,

¹⁸⁵ MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A Subsunção e a Concreção dos Conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais. vol. 50/2004. pág. 9-35.

¹⁸⁶BEATER apud MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A Subsunção e a Concreção dos Conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 50/2004. pág. 9-35.

principalmente no que tange à questão de que o super desenvolvimento jurisprudencial poderia fazer com que o grupo de casos acabasse tirando a liberdade da cláusula geral original e sua função de abertura, concebendo em seu lugar uma nova espécie de subsunção, na qual a premissa maior passaria a ser integrada não mais pelo tipo legal, mas sim pelo tipo judicial, caracterizado pelo conjunto de precedentes.¹⁸⁷

2.1.4 Riscos e vantagens na utilização das cláusulas gerais

Ainda que as cláusulas gerais surjam como ferramenta muito útil e proveitosa, para a finalidade de solucionar os novos casos que se apresentam, assim como possibilitar a ressystematização das soluções já existentes, não é possível deixar de lado os riscos existentes na adoção destas por um dado ordenamento jurídico. Contrapondo as regras casuísticas, que garantem maior segurança e rigidez às disposições legais, as cláusulas gerais trazem consigo maior insegurança, principalmente na fase de sua aplicação, mas ao mesmo tempo, permitem uma maior flexibilidade adaptativa, que nos tempos atuais, mostra-se de extrema utilidade. Disso, denota-se que ambas espécies normativas apresentam vantagens e desvantagens em sua adoção.¹⁸⁸

Quanto à questão, vale trazer à tona as ideias de Judith Martins-Costa e Fabiano Menke. A autora inicia destacando que a determinação ou tipicidade, características próprias da casuística, trazem como resultado um forte nível de segurança nas disposições legais, e isso decorreria, fundamentalmente, da determinação de uma consequência já previamente estabelecida para a conduta descrita no tipo legal. Tal fato, em tese, asseguraria a uniformidade das decisões judiciais, já que se pode prever, com certo grau de certeza, quais os resultados que determinadas condutas ensejarão.¹⁸⁹

¹⁸⁷ MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A Subsunção e a Concreção dos Conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 50/2004. pág. 9-35.

¹⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 173.

¹⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.pág. 174.

Ao mesmo tempo que garantem a segurança, tais elementos são apontados também como grandes vilões, principalmente, por tornarem o sistema jurídico rígido e, por conseguinte, obsoleto, na medida em que o tempo passa e as relações sociais e jurídicas avançam. Segundo Natalino Irti, citado por Judith, a razão disso estaria no fato de que mediante a casuística: “*o legislador cria um repertório de figuras e disciplinas típicas (...) ao qual o juiz pouco ou nada pode aduzir para o acertamento do fato concreto à letra legal*”¹⁹⁰. De tal forma, caberia ao intérprete unicamente realizar uma subsunção quase que automática do fato sob a norma. Assim, ainda que permita maior certeza sobre as decisões judiciais, tal técnica impede que o aplicador do direito possa se desvencilhar daquilo que se encontra expresso no enunciado normativo, embora fosse necessário, diante do enfrentamento de problemas que até então não eram conhecidos.¹⁹¹

De outro lado, a cláusula geral permite ao seu aplicador, que não está preso ao texto legal rigidamente elaborado, adequar a decisão aos fatos supervenientes e às novas valorações, criando relações antes inexistentes entre os elementos pertencentes ao sistema. Todavia, a ausência de especificação prévia por parte da cláusula geral, seja dos elementos pertencentes à *fattispecie* ou as correspondentes consequências às hipóteses já indicadas, pode ocasionar o surgimento de decisões contraditórias, antinômicas ou distintas sobre uma mesma situação fática. Assim, o perigo no emprego das cláusulas gerais surge do inadequado preenchimento do *standard* ou concretização do valor, resultando em insegurança jurídica e na problemática do arbítrio judicial.¹⁹²

A concretização indevida das cláusulas gerais, segundo Judith Martins-Costa, faria passar para o campo dos sentimentos, aquilo que deveria estar na esfera da racionalidade própria do ordenamento jurídico. Entretanto, o erro na concretização das cláusulas gerais não estaria ligado apenas e exclusivamente à imperícia daquele que realiza tal processo, podendo se originar de um desvio ideológico. A supramencionada autora menciona as palavras de Hattenhauer, para o qual,

¹⁹⁰ IRTI, 1989 apud MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo : Marcial Pons, 2015, pág. 174.

¹⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo : Marcial Pons, 2015, pág. 174.

¹⁹² MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *loc. cit.*

[o] emprego desviado das cláusulas gerais na Alemanha nazista permitiu perseguições cruéis aos não-arianos; o enfraquecimento de valores individuais, que foram substituídos pela exaltação aos valores da comunidade; e à destruição do princípio da igualdade formal¹⁹³.

Quanto aos possíveis desvios ideológicos apontados acima, igualmente se posiciona Justus Hedemann, citado por Fabiano Menke, ao referir a possibilidade da fuga para as cláusulas gerais, em épocas de autoritarismos, destacando, inclusive, a chance de que o mesmo aconteça durante períodos em que a democracia pareça estar consolidada e estável.¹⁹⁴

Outra ferramenta muito importante para a correta e adequada aplicação das cláusulas gerais é a doutrina. Esta detém papel fundamental de esclarecer os significados dos modelos jurídicos, sejam eles legais, jurisprudenciais, costumeiros ou negociais, que se encontrem em vigor, de modo a suprir as insuficiências da interpretação jurisprudencial. Isso ocorreria, tendo em vista as mudanças ocorridas após a promulgação, oportunizando a elaboração progressiva de novos conteúdos significativos, bem como requerendo a sua revogação, por não mais corresponderem à realidade da vida que caberia ao Direito ordenar.¹⁹⁵

Cumprida a doutrina, ainda, a função de ofertar modelos hermenêuticos constituídos a partir da elaboração racional, isto é, sobre a construção originada por elementos constantes do próprio sistema. Isso ocorreria através muitas formas, entre elas: a ordenação das soluções judiciais que, muitas vezes, encontram-se desordenadas, colaborando para a estabilidade e a certeza jurídica; a fundamentação, por meio da elaboração teórica da solução encontrada através do processo da tópica; pela crítica, quando pertinente, à decisão que se mostra estranha ao sistema ou não demonstra a necessária ligação entre os elementos de

¹⁹³ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 175.

¹⁹⁴ HEDEMMAN, 1933 apud MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A Subsunção e a Concreção dos Conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais. vol. 50/2004. pág. 9-35.

¹⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *op. cit.* pág. 172.

fato e os demais pontos normativos incidentes no caso, e o reenvio determinado pela cláusula geral.¹⁹⁶

Além disso, a dogmática apresentaria uma finalidade de resguardo de uma relação complementar à interpretação, promovendo a busca da universalidade ao julgar. Caberia ao jurista, dessa forma, o dever de traduzir, com correção, o enunciado dogmático, não apenas através da razão prática a cada situação concreta que possa ser submetida à apreciação judicial, mas, precipuamente, ao possibilitar que toda tradução de enunciados doutrinários imponha uma pretensão de correção frente ao caso concreto que se analisa.¹⁹⁷

Deve-se esclarecer, ainda, que não é possível confundir o uso de precedentes com o exercício da dogmática. Tal distinção ocorreria pelo fato de que a doutrina se preocupa com a universalidade, enquanto que os precedentes, por força da construção jurisprudencial, buscam se estruturar sob a forma especial do decidir, buscando, fundamentalmente, a construção do caso concreto.¹⁹⁸

Em resumo, a determinação do conteúdo que será efetivamente atribuído ao dispositivo legal, que caracteriza uma cláusula geral, exige ponderações e valorizações, tanto da jurisprudência, quanto da doutrina, que se reportam a um âmbito de referência que é composto por várias escalas, entre elas podemos encontrar: os casos precedentes; o criterioso agrupamento por hipóteses em que fora similar a *ratio decidendi*; a história institucional, assim como as opiniões, consolidadas por força da doutrina, de autores que detêm reconhecida autoridade opinativa; os usos e costumes do tráfico jurídico e, por fim; as soluções advindas do Direito Comparado, quando elas forem compatíveis com o ordenamento jurídico onde serão aplicadas.¹⁹⁹

No entanto, os fatores enumerados acima, fundamentais para o preenchimento das cláusulas gerais e o correto desenvolver de suas funções, acabam, muitas vezes, não sendo observados na prática, acarretando diversos

¹⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 172.

¹⁹⁷ *Ibidem*. pág. 172-173.

¹⁹⁸ *Ibidem*. pág. 173.

¹⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *loc. cit.*

riscos potenciais causados diante da má-aplicação das cláusulas gerais pelos magistrados.²⁰⁰

Dessa forma, a doutrina assume papel importante, e de destaque, na tarefa do efetivo controle das decisões judiciais, onde o julgador precisa preencher valorativamente o conteúdo de uma determinada cláusula geral.²⁰¹

Portanto, resta cristalino, para a ciência do Direito, a existência de vantagens e desvantagens em ambas técnicas legislativas, seja da casuística, seja das cláusulas gerais. Assim, a melhor alternativa encontrada pelos estudiosos do direito é a combinação prudente e cautelosa entre ambas formas de elaboração normativa, cabendo às cláusulas gerais a função precípua de válvula de abertura do sistema normativo. Ademais, resta consolidado o entendimento de que um código elaborado majoritariamente ou exclusivamente de cláusulas gerais frustraria a própria finalidade original dos códigos, qual seja a de garantir certeza e segurança sobre as regras do tráfico jurídico.²⁰²

²⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 173.

²⁰¹ MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A Subsunção e a Concreção dos Conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 50/2004. pág. 13.

²⁰² MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *op. cit.* pág. 178.

2.2 A COMBINAÇÃO DOS PENSAMENTOS TÓPICO E SISTEMÁTICO

2.2.1 A tópica jurídica segundo Theodor Viehweg

Segundo Judith Martins-Costa, o julgador, no momento em que realizará a aplicação das normas, sejam elas abertas ou fechadas, deve agir de modo equilibrado e prudente, assim como é esperado do legislador no momento atinente à elaboração dos textos normativos. Para tanto, há uma combinação entre sistema e tópica, entre os processos de indução e dedução. Tal conjugação, mostra-se necessária, pois se o método lógico-dedutivo for usado exclusivamente, estariam as cláusulas gerais condenadas a permanecer no ostracismo, num eterno e inútil limbo. Já, sob outra perspectiva, na hipótese do julgador se afastar do sistema, baseando-se apenas em um raciocínio tópico, ele acabaria proferindo decisões imprevisíveis, por vezes, até mesmo, voluntaristas, baseadas em sentimentos ou posicionamentos pessoais. Nesse caso, não apenas o princípio da certeza jurídica seria ferido, mas, principalmente, a garantia fundamental da igualdade perante a lei tornar-se-ia letra morta. Assim, torna-se vital analisar os tipos de raciocínio existentes e definir aquele que melhor pode acrescentar e potencializar os efeitos da norma.²⁰³

Em um dado momento da história da ciência jurídica, passou-se a reconhecer que o direito teria como finalidade a resolução de problemas concretos. A partir desse entendimento, Theodor Viehweg, escreveu sua mais conhecida obra, “*Tópica e Jurisprudencia*”, na qual estabeleceu algumas questões que, segundo ele, precisavam ser, de forma obrigatória, analisadas quando o sistema fosse de tipo aberto.²⁰⁴

As tópicas aristotélica e ciceroniana foram fundamentais para a elaboração da obra de Viehweg, assim como o foi a obra de Gian Battista Vico. A crítica se dava frente ao modelo sistemático-dedutivo predominante em sua época, ou seja, aquele adotado nos anos de 1708. Segundo ele, o método novo, ou lógico-dedutivo, tinha como ponto de partida um *primum verum*, que não podia ser eliminado nem mesmo

²⁰³ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 179.

²⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *loc. cit.*

pela dúvida, desenvolvendo-se, posteriormente, de modo geométrico, através de longas cadeias dedutivas. Tal modelo, conforme ensina, apenas seria vantajoso se o *primum verum* fosse um *verum*, do contrário haveria obstáculos intransponíveis, uma vez que o método seria considerado frágil e inconsistente.²⁰⁵

Já o chamado método antigo, no caso a tópica aristotélica, teria como ponto de partida o *sensus communis*, que manipularia o verossímil e não trabalharia com certezas absolutas e imutáveis. Além disso, faria a contraposição de pontos de vista de acordo com os cânones da tópica retórica, bem como se utilizaria de uma rede de silogismos.²⁰⁶ As vantagens deste modelo, frente ao método de interpretação sistemático, seriam significativas, visto que a tópica possibilitaria realizar um exame de um estado de coisas a partir de ângulos diferentes, encontrando uma rede de pontos de vista. Assim, para Vico, deveria ocorrer a convivência entre os dois modelos, intercalando o velho modo de pensar topicamente, com o novo pensamento sistemático, pois sem o primeiro não seria possível atingir uma verdadeira efetividade.²⁰⁷

Para Viehweg, o pensamento tópico não poderia ser visto como um método, mas sim como uma técnica ou estilo de pensamento, caracterizado por se orientar em direção a problemas. É por força de tal característica preponderante, que essa técnica não permite a busca de soluções sem que os problemas sejam levados em consideração, ou que, ao menos, sirvam como ponto de partida para o raciocínio.²⁰⁸

O autor alemão define tópico como sendo “*um ponto de vista considerado relevante e consensualmente aceito*”. A título exemplificativo, poder-se-ia falar da função social quanto ao direito de propriedade, da finalidade em matéria de adimplemento contratual, entre outros. O referido autor complementa afirmando que, ao considerar que cada disciplina jurídica estabelece os seus pontos de vista, relevantes de uma forma quase que total, em consequência, seria admissível a

²⁰⁵ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1979, pág. 20.

²⁰⁶ VIEHWEG, Theodor. *loc. cit.*

²⁰⁷ VICO apud MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 180.

²⁰⁸ VIEHWEG apud MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 180.

existência, na esfera de cada uma dessas disciplinas, de um número determinado de tópicos.²⁰⁹

Além disso, os referidos tópicos não são imutáveis, já que são progressivamente elaborados, proporcionando que, a cada momento histórico, seja possível determinar a relevância de alguns e o declínio, ou perda de importância, de outros. Inclusive, estes últimos, contudo, podem voltar a ganhar importância, em maior ou menor grau, durante o curso de situações que possuem alto nível de variação no tempo e no espaço social. Nessa hipótese, a entrada desse tópico no ordenamento jurídico seria facilitada, seja através da legislação, seja por via da interpretação. Tal processo ocorreria, ainda, de maneira contínua, segundo o autor, posto que ensejaria uma constante reedificação e ampliação do direito, garantindo a manutenção de sua rigidez, sem perda da flexibilidade do núcleo essencial do Direito.²¹⁰

Complementando essa ideia, Judith Martins-Costa cita o próprio Viehweg, no sentido de que a jurisprudência somente poderia atingir seu objetivo, ou seja, determinar o que é justo no caso concreto, se ela utilizasse a tópica e não técnica sistemático-dedutiva. Disso, é possível concluir, portanto, que o Direito teria uma estrutura sistemática apenas aparente, por meio da qual seria possível deduzir suas proposições ou proceder deduções de certos axiomas bases. No entanto, quando o julgador precisar resolver um determinado problema, o seu raciocínio acabará sendo estruturado a partir do problema e não dos axiomas estruturantes do sistema. Em síntese, a busca da solução do problema não é encontrada a partir do sistema, mas sim no próprio caso em si considerado.²¹¹

Os tópicos, como já mencionado anteriormente, são pontos de vista considerados relevantes para a solução do problema. No entanto, eles não se encontram previamente fixados e ordenados, o que acaba gerando uma forma de escolha, basicamente, arbitrária por parte de seu intérprete. Essa possível arbitrariedade na escolha dos tópicos, os quais farão parte do processo de

²⁰⁹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1979, pág. 126.

²¹⁰ *Ibidem*, pág. 127.

²¹¹ VIEHWEG apud MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 181-182.

compreensão e resolução dos problemas, não seria considerada absoluta, já que condicionada à função de discussão de problemas. Ademais, a escolha dos tópicos não é rígida e imutável, haja vista que, uma vez modificadas as circunstâncias do problema, o caráter assumido pelo tópico também será alterado.²¹²

O tipo de formação dos tópicos, atrelado à dimensão do peso e do valor relativo ao caso concreto, bem como pelo dinamismo, evitaria a imobilização daqueles. Eles seriam considerados adequados, ou não, para resolver determinado problema. Esse caráter, contudo, depende do consenso, assim como do peso que tendem a ganhar ou perder no tempo e no espaço.²¹³

Conforme menciona Judith Martins-Costa, a rejeição ao pensamento sistemático defendido por Theodor Viehweg deve ser interpretada com temperamento, já que quando de seu posicionamento, em meados do século XX, a noção de sistema lógico formal ou axiomático-dedutivo era como sendo pleno, totalmente acabado, sem lacunas ou contradições.²¹⁴

Por fim, a referida autora conclui que o risco do pensamento sistemático fechado, é o de antepor a coerência do sistema jurídico, que é ideologicamente pressuposta, à avaliação pontual das situações particulares. Isso aconteceria quando se acredita que todas as respostas já estejam previstas, podendo ser alcançadas por meio da subsunção. De outro lado, a tópica reintroduziria na metodologia jurídica questões de avaliação, na medida em que a vinculação de conceitos e enunciados jurídicos ao problema não permitiria a formação de processos dedutivos que deixem de lado a situação concreta, isto é, o problema concreto. Outrossim, a constante relação com o problema impede a formação de um pensamento linear, restrito às operações de dedução e redução, como ocorre com a atividade da subsunção.²¹⁵

²¹² MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 182.

²¹³ *Ibidem*. pág. 183.

²¹⁴ *Ibidem*. pág. 183.

²¹⁵ *Ibidem*. pág. 183-184.

2.2.2 O método da subsunção aplicado às cláusulas gerais

Como já referido anteriormente no presente trabalho, a composição do ordenamento jurídico é diversificada, sendo composto de normas que se distinguem pela medida de sua rigidez ou grau de tipicidade da *fattispecie*. Algumas dessas normas apresentam linguagem mais rígida e fornecem elementos suficientes para a determinação do sentido para o qual a conduta humana é dirigida. De outro lado, aparecem as normas que são redigidas em linguagem aberta, não sendo possível determinar-lhes o conteúdo de sentido apenas pela análise das circunstâncias fáticas.²¹⁶

Estes dois tipos de normas são aplicados pelos operadores do direito, em especial pelos juízes, de maneiras distintas. Enquanto as prescrições normativas com formação rígida ou tipificação máxima são aplicadas através da subsunção, nas hipóteses normativas abertas ou vagas, nas quais a tipicidade é mínima, vide as cláusulas gerais, a forma de aplicação consiste na atividade conhecida por concreção.²¹⁷ Nessa primeira abordagem nos deteremos ao processo de subsunção, para no próximo tópico tratar da concreção.

Segundo Humberto Ávila, a subsunção pode ser entendida como

[o] ato de colocar em correspondência o conceito do fato com o conceito da norma, enquadrando fatos particulares em uma dada classe normativa” ou como “o encaixe perfeito do conceito do fato no conceito abstrato contido na norma.²¹⁸

Judith Martins-Costa, por sua vez, esclarece que a subsunção funciona da seguinte forma: “*uma disposição normativa, sendo geral (no sentido de genérica, isto é, a que não foi pensada para valer num só caso singular), tem a forma verbal de*

²¹⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e Concreção na aplicação do Direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito: O Ensino Jurídico no limiar do novo século**, vol. I. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, pág 413.

²¹⁷ *Ibidem*. pág 413 e 415.

²¹⁸ *Ibidem*. pág 413.

*uma proposição, à qual, se encaixada em certo fato, resulta em certa consequência jurídica*²¹⁹.

Parte da doutrina entende que a subsunção seria a operação de encaixe entre conceitos. Para tanto, a identidade conceitual seria um requisito, sem o qual não seria possível realizar a subsunção. Logo, os fatos deveriam ser convertidos ao plano da juridicidade. Portanto, existiriam duas hipóteses em que tal processo de interpretação não poderia ser realizado, são elas: 1) quando for inexistente a identidade conceitual ou; 2) se o conceito não for dado. De outro lado, alguns autores admitem que a subsunção faz parte do processo de aplicação do Direito, caracterizando-se pela apreciação jurídica de situações reais, e não apenas de relações lógicas entre conceitos.²²⁰

Diante disso, e como já referido anteriormente, a subsunção seria aplicada apenas àquelas normas que são marcadas pela clareza ou pela unanimidade de tratamento, ao contrário das normas que possuem textura aberta, as quais exigem do aplicador uma maior atividade, com a finalidade de determinação de seu conteúdo. Ou seja, o sentido da norma seria suficientemente claro para o aplicador, de modo que ele não precisaria se utilizar de outros instrumentos, além das próprias palavras dispostas na lei. Como nas palavras de Carnelutti transcritas por Humberto Ávila: *“a interpretação que seria a busca no texto do que lá não está, não seria necessária”*²²¹.

Ensina Karl Larenz, em sua obra intitulada *“Metodologia da ciência do Direito”*, que uma proposição jurídica completa, em seu sentido lógico, diz que: *“sempre que a previsão P está realizada numa situação de fato concreta S, vale para S a consequência jurídica C”*. O referido autor continua:

[p]ara saber que consequência jurídica vigora para uma situação de fato, cuja procedência me é sempre dada, tenho, portanto, que examinar se esta

²¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 185.

²²⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e Concreção na aplicação do Direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito**: O Ensino Jurídico no limiar do novo século, vol. I. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, pág 421.

²²¹ CARNELUTTI apud ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e Concreção na aplicação do Direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito**: O Ensino Jurídico no limiar do novo século, vol. I. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, pág 421-422.

situação de fato é de subordinar, como caso, a uma determinada previsão legal. Se assim for, a consequência jurídica resulta de um silogismo.²²²

O silogismo destacado por Larenz ocorreria da seguinte maneira: “*se P se realiza numa situação de fato, vigora para essa situação de fato a consequência jurídica C*”. Essa seria a chamada premissa maior. “*Essa determinada situação de fato S realiza P, quer dizer, é um caso de P*”. Essa seria a premissa menor. “*Para S vigora C*”. Essa, portanto, a conclusão.

O silogismo consistiria, então, em identificar a premissa maior, que é constituída por uma proposição jurídica completa, e a premissa menor, caracterizada pela subordinação de uma situação de fato concreta à previsão da proposição jurídica. A conclusão, por sua vez, definiria que, para determinada situação de fato, vale a consequência jurídica que fora mencionada na proposição jurídica.²²³

Para que o silogismo apontado acima seja formado, faz-se necessário que a situação de fato seja previamente ofertada ao julgador. Considera-se assim, uma situação de fato dada, quando o aplicador do direito possui uma representação clara e completa de todos os estados, processos e relações que, conjuntamente, constituem a situação de fato. No entanto, na apreciação e solução de determinada questão de fato é igualmente necessário que já se encontrem definidas a previsão normativa e as suas correlatas consequências.²²⁴

Como ressalta Humberto Ávila, no entanto, para que se possa utilizar da subsunção é necessário que “*se possa, de fato, estabelecer as relações de identidade, tendo em vista que a possibilidade lógica da sua existência é, justamente, a identidade entre a hipótese jurídica abstrata e a sua objetivação jurídica*”²²⁵.

Caso se confirme nos dispositivos jurídicos os atributos típicos da lei, entre os quais, generalidade e abstração, bastará que a prescrição normativa seja completa

²²² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**, Trad. Portuguesa de José Lamego – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, pág. 380.

²²³ *Ibidem*. pág. 381.

²²⁴ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 185.

²²⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e Concreção na aplicação do Direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito**: O Ensino Jurídico no limiar do novo século, vol. I. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, págs. 413-456.

na indicação dos elementos do suporte fático e da consequência jurídica a eles indicada. Tal operação, como afirma Judith Martins-Costa, seria facilitada fundamentalmente quando o enunciado normativo é de tipo descritivo, e, assim, acaba por indicar apenas uma única medida de cumprimento. Nesse caso, a solução deve ser alcançada obrigatoriamente por força da atividade lógico-substantiva, não podendo, o julgador, abrir mão dela. Esse método, assim considerado, é uma operação mental lógica marcada pela segurança e fácil compreensão.²²⁶

Portanto, conclui-se que o pensamento sistemático-axiomático é orientado por um sistema logicamente fechado, cabendo ao aplicador do direito uma atividade meramente dedutiva, isto é, partindo da norma, deverá determinar se o caso concreto se encaixa, ou não, à hipótese normativa. Dessa forma, o Direito é aplicado, unicamente, por meio da lógica. Esse pensamento prega o sistema como sendo do tipo fechado e imóvel, pois não permite a aplicação de outras disposições legais que não se utilizem da subsunção. Disso, resulta o afastamento dos problemas que no sistema acabam não encontrando solução. No entanto, a imobilidade e o fechamento do sistema, existentes em séculos passados, não permitiam o ajuste do Direito à evolução social, de modo que o pensamento jurídico se direciona no sentido de proceder à abertura da ciência jurídica a valores extrajurídicos, em um primeiro momento, para, posteriormente englobar, também, critérios pragmáticos da justiça material, atacando diretamente o problema.²²⁷

Essa evolução do pensamento jurídico, agora voltado para a análise dos problemas, torna exigível que o sistema seja aberto e móvel, posto que, ao contrário do pensamento axiomático, permite a referência a novos elementos, não previstos no ordenamento jurídico, sendo direcionado às exigências do fato e do problema que precisam ser resolvidos.²²⁸

O processo de subsunção estaria baseado no pressuposto de que o ordenamento jurídico seria completo, cabendo ao aplicador do Direito apenas encontrar a norma abstrata e operar a subsunção. Esse entendimento, todavia, não

²²⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pág. 186.

²²⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e Concreção na aplicação do Direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito**: O Ensino Jurídico no limiar do novo século, vol. I. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. pág. 423.

²²⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. *loc. cit.*

leva em conta a existência de lacunas no ordenamento, as quais, não seriam consideradas falhas, mas sim meios para propiciar a abertura do sistema às constantes evoluções sociais. Assim, a aplicação do direito, segundo Humberto Ávila, seria mais que ato lógico, seria ato de vontade, não servindo a subsunção para explicar o processo intuitivo que antecede a própria subsunção e que envolveria elementos extralógicos, bem como não elucidaria a falta de identidade entre as questões de fato e de direito, exigível para operar a subsunção.²²⁹

Diante disso, conclui Ávila que o processo de aplicação do direito não pode ficar restrito à subsunção, isto, porque outros fatores, não puramente lógicos, que integram o processo de aplicação, tornam a base lógica da subsunção contraditória entre seus elementos, já que de tipos metodológicos incompatíveis. São os elementos que não são puramente lógicos que se fazem decisivos ao processo de aplicação do Direito.²³⁰

Assim, o problema que deve ser resolvido pelo aplicador do direito precisa ser visto como um ponto de partida, para que depois sejam analisadas as circunstâncias de fato, e, por fim, a finalidade da norma seja estabelecida. Logo, existe uma coordenação entre o pensamento axiomático e o problemático, não sendo possível admitir a utilização isolada de um método interpretativo ou da preponderância de um deles. Por fim, deve-se destacar que as circunstâncias do fato devem ser captadas em sua integralidade²³¹, mostrando-se necessário, por isso, analisar o processo de concreção.

2.2.3 O processo de concreção das cláusulas gerais

Como bem refere Fabiano Menke, no momento em que o legislador passa a utilizar a técnica legislativa das cláusulas gerais no ordenamento jurídico, surge o questionamento da necessidade de mudança do raciocínio por parte dos aplicadores

²²⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e Concreção na aplicação do Direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito: O Ensino Jurídico no limiar do novo século**, vol. I. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. pág. 423.

²³⁰ *Ibidem*.pág. 428.

²³¹ *Ibidem*.pág. 429.

das normas, já que diferentemente das normas elaboradas através da casuística, as cláusulas gerais precisam ser complementadas.²³²

Surge, por força das características das cláusulas gerais, a necessidade de adaptação dos processos intelectivos dos julgadores. Essa modificação no modo de tratamento e interpretação das cláusulas gerais ocorre da passagem do método da subsunção para o da concreção de conceitos. É inegável, ainda, que por força das cláusulas gerais e o seu método de concreção, exige-se uma maior e mais qualificada participação do juiz, principalmente no tocante à fundamentação de suas decisões.²³³

O método da concreção ou concretização foi introduzido no meio jurídico, segundo Fabiano Menke²³⁴, pela doutrina alemã. Segundo o referido autor, Karl Larenz teria afirmado que foi seu compatriota, Walther Schônfeld, que se utilizou dessa expressão pela primeira vez, mais precisamente no ano de 1927. Depois de algumas décadas foi Karl Englich que analisou o tema em sua obra *“A ideia da concretização no direito e na ciência jurídica atuais”* em tradução livre.

Segundo Humberto Ávila, quando o juiz aplica o direito por meio da concreção, ele analisa o caso concreto posto em todas as suas possibilidades. Ou seja, não procura apenas verificar se os fatos se encaixam na norma, ocorrendo uma mistura de indução e dedução, na qual serão analisadas todas as circunstâncias do caso, entre elas: o conteúdo da norma, os precedentes judiciais e quaisquer outros elementos que possam ser considerados relevantes.²³⁵ Ou seja, perante a necessidade de complementação valorativa, o aplicador da norma em branco precisa encontrar em outros espaços do sistema, ou inclusive fora dele, os meios que lhe darão condições de decidir e fundamentar o seu ato decisório.²³⁶

²³² MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A Subsunção e a Concreção dos Conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 50/2004. pág. 9-35.

²³³ MENKE, Fabiano. *loc. cit.*

²³⁴ MENKE, Fabiano. *loc. cit.*

²³⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e Concreção na aplicação do Direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito: O Ensino Jurídico no limiar do novo século**, vol. I. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, pág. 429-430.

²³⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *loc. cit.*

Já, segundo Karl Larenz, o processo de concreção se daria no sentido de que *“na apreciação do caso concreto, o juiz não tem apenas de generalizar o caso; tem também de individualizar até certo ponto o critério, e, precisamente por isso, a sua atividade não se esgota na subsunção”*²³⁷. Ou seja, é por meio da concreção que o julgador procede a individualização do caso concreto, de maneira a propiciar a efetiva criação judicial para a hipótese fática que precisa ser decidida.²³⁸

Humberto Ávila²³⁹ afirma serem cinco os elementos que integram a aplicação do direito através do método da concreção: a) a finalidade concreta da norma; b) a pré-compreensão; c) valoração judicial dos resultados da decisão; d) consenso como fundamento parcial da decisão e; e) precedente judicial.

Quando se fala em finalidade da norma, busca-se o sentido, o fim visado pela lei. Cada norma possuiria uma razão de ser particular, resultante dos termos nela estabelecidos, sendo estes interpretados segundo o contexto normativo e os princípios de direito. Portanto, o caminho trilhado pelo aplicador do Direito passa, obrigatoriamente, pela finalidade da norma. A atividade de interpretação que, em tese pareceria apenas lógica, é, na verdade, um processo criativo de integração entre interesse e valores concretos, ainda que, ocorra de maneira limitada.²⁴⁰

A pré-compreensão, por sua vez, seria o procedimento prévio, pelo qual o aplicador delimita o significado norma, facilitando, dessa forma, a correta posição da premissa maior e da seleção normativa. O aplicador não decide com liberdade, já que existem limitações dadas pelo texto, pelo contexto normativo, pelos princípios de direito, pelos precedentes e pelo consenso. No entanto, o aplicador, quando analisa as circunstâncias de fato e as hipóteses normativas, opera seletivamente, e, nesse processo, existem componentes que não se encontram pré-qualificados

²³⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**, Trad. Portuguesa de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, pág. 150.

²³⁸ MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A Subsunção e a Concreção dos Conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais. vol. 50/2004. pág. 9-35.

²³⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e Concreção na aplicação do Direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito: O Ensino Jurídico no limiar do novo século**, vol. I. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, pág. 429-430.

²⁴⁰ *Ibidem*. pág. 439.

sistematicamente, mas que são limitados pelo próprio aplicador.²⁴¹ Cabe, dessa forma, ao aplicador, reger/pilotar o processo de concreção, sendo esta sua função, através da qualificação dos fatos e das normas colocadas em questão.²⁴² Assim, pode ser dito que a pré-compreensão influencia o aplicador no sentido de reconhecer certo sentido às normas, dentre as diversas possibilidades de conteúdo e dentre as várias hipóteses de combinações entre essas normas.²⁴³

A valoração judicial dos resultados da decisão é outro fator de grande importância para aquele que realiza a concreção dos conceitos. Fabiano Menke define a valoração como o

[e]xercício intelectual onde é feita uma projeção de interpretações possíveis com relação aos efeitos que provavelmente serão obtidos”. [...] na concreção das cláusulas gerais, a sensibilidade do magistrado é elemento de especial relevância, e nesta etapa ela se torna ainda mais fundamental, haja vista que os efeitos da decisão poderão ser variados; assim, a decisão será tanto mais razoável quanto for a capacidade do julgador de encontrar os caminhos mais adequados para a solução do problema prático.²⁴⁴

O consenso serviria, ao seu turno, apenas como um fundamento parcial da decisão, haja vista à dificuldade de encontrar pontos consensuais numa sociedade pós-moderna, marcada pelo pluralismo de concepções em todas as áreas.²⁴⁵ Além, desse limitador, Humberto Ávila destaca que o consenso, visto como forma de legitimação parcial da decisão, estaria sempre delimitado pela própria norma e pela lide em que será aplicado. Corroborando tal pensamento, cita o entendimento de Joseph Esser, para o qual, *“inexiste uma verdade universal, não podendo a justiça ser determinada a priori, mas a posteriori, mediante sua adequação ao consenso social”*. Finaliza, destacando que concepção de justiça, ainda que distante de ser um valor universal, aproxima-se da ideia de consenso social, de modo que a decisão

²⁴¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e Concreção na aplicação do Direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito: O Ensino Jurídico no limiar do novo século**, vol. I. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, pág. 429-430.

²⁴² MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A Subsunção e a Concreção dos Conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Revista dos Tribunais. vol. 50/2004. pág. 7.

²⁴³ ÁVILA, Humberto Bergmann. *op. cit.* pág. 440.

²⁴⁴ MENKE, Fabiano. *op. cit.* pág. 9-35.

²⁴⁵ MENKE, Fabiano. *loc. cit.*

seria considerada justa, quando tiver uma melhor adaptação aos valores integrantes do meio social.²⁴⁶

Outras considerações sobre o processo de concreção devem ser aqui elencadas, elas foram realizadas pelo ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, e demonstram a importância do juiz para a correta concretização das cláusulas gerais. Ele destaca que nas hipóteses de aplicação de uma cláusula geral *“a lei remete ao juiz a elaboração da norma de dever para o caso, e do confronto dessa norma – que é judicial – criada concretamente para aquela hipótese (...)”*²⁴⁷.

Salienta o autor, no entanto, que tal condição gera insegurança, já que as partes não conseguem prever aquilo que o juiz poderá interpretar como sendo a conduta esperada, não estando tal interpretação prevista na lei. Diante disso, observa o autor que

sobressai a responsabilidade do juiz de agir com extremo cuidado ao estabelecer tal norma de dever, que ele usará como parâmetro para resolver o caso. Deverá ter atenção para os valores da comunidade, saber quais são as condutas normalmente adotadas naquele lugar e naquelas circunstâncias e verificar de que modo poderia a parte cumprir com tais expectativas.²⁴⁸

A importância ainda mais destacada da fundamentação judicial também é objeto da análise de Ruy Rosado, ao afirmar que, mais do que em outras ocasiões, deve o juiz fundamentar suas decisões, já que é através dela que elucidará às partes e à comunidade jurídica como um todo, por que e quais condutas foram consideradas na solução daquele caso específico. Além disso, conclui que a aplicação pela concreção é muito mais complexa do que a da simples subsunção, pois, nesta última, o juiz, ao definir o fato e escolher uma das normas que se encontra positivada, precisa apenas explicar as razões dessas duas proposições para que se entenda a conclusão, enquanto que na concreção é preciso, em

²⁴⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e Concreção na aplicação do Direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito: O Ensino Jurídico no limiar do novo século**, vol. I. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, pág. 440

²⁴⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. O Poder Judiciário e a Concretização das Cláusulas Gerais: Limites e Responsabilidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Vol. 18. Porto Alegre: UFRGS. 2000. pág. 226-227.

²⁴⁸ *Ibidem*. pág. 227.

primeiro lugar, definir a norma de conduta, cujo conteúdo deve ser encontrado para o caso, e somente depois disso é que se realizará a subsunção da conduta efetivada à norma construída.²⁴⁹

Por fim, estabelece que os limites do trabalho de criação operado pelo juiz não estão no sistema legislado, já que ele pode se socorrer a dados e a elementos metajurídicos, embora o autor acredite que, no Brasil, dificilmente certa situação concreta não será resolvida levando em conta os princípios constitucionais extraíveis da Constituição Federal de 1988.²⁵⁰

2.2.4 Exemplos de concreção da cláusula geral da boa-fé pelo STJ

Como destacado no tópico anterior, o método de concreção surge como principal forma de aplicação das cláusulas gerais, uma vez que faculta ao operador do Direito, mais especificamente ao juiz, analisar o caso concreto sobre todos os seus aspectos, não apenas aplicando a norma automaticamente à hipótese que se apresenta. Diante disso, o papel desempenhado pelos magistrados se torna de grande importância e responsabilidade para a correta solução do problema posto.

Assim, como ensina Judith Martins-Costa, para que uma cláusula geral seja aplicada *“é preciso que o aplicador do direito a) determine o seu campo e grau de extensão, o que significará concretizar o standard ou o valor ao qual ela reenvia; e b) defina, punctualmente, as suas consequências”*. A autora complementa, ainda, ao afirmar que,

[e]m razão da vagueza semântica da expressão boa-fé, o intérprete tem relativa liberdade para estabelecer a hipótese completa de incidência, a qual não está perfeitamente definida no enunciado normativo. Deve averiguar, portanto, os casos semelhantes, procurando, nos precedentes detectar qual foi a ratio decidendi, da qual retirará os traços de semelhança, que conduzirão, ou não, à aplicação do princípio, valor ou standard ao qual reenvia aquela cláusula geral.²⁵¹

²⁴⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. O Poder Judiciário e a Concretização das Cláusulas Gerais: Limites e Responsabilidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Vol. 18. Porto Alegre: UFRGS. 2000. pág. 227

²⁵⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *loc. cit.*

²⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.pág. 185.

Levando em consideração a importância das cláusulas gerais em nosso sistema jurídico, surge a necessidade de analisar como os tribunais e juízes, em nosso país, vêm aplicando tais normas em branco. No entanto, tornar-se-ia impossível fazer tal verificação sobre todas as cláusulas gerais existentes em nosso ordenamento jurídico, bem como utilizar-se de decisões de diferentes juízes ou tribunais. Logo, optou-se por escolher a cláusula geral da boa-fé, talvez a mais conhecida e exaltada, e a interpretação conferida a esta pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ademais, não temos pretensão de exaurir, aqui, todas as hipóteses de aplicação de tal instituto, mas apenas apresentar uma noção breve de como esse Tribunal vem “concretizando” tal cláusula.

Serão analisadas três decisões, buscando, a partir disso, determinar quais os possíveis entendimentos adotados pelo STJ na concretização da cláusula geral da boa-fé.

No primeiro dos casos temos um recurso especial em que a recorrente alegou divergência jurisprudencial e violação aos arts. 186, 421, 422 e 927 do Código Civil e ao art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. Sustentou, ainda, que a demora excessiva no reparo de veículo em oficina indicada por seguradora gera dano moral. Em seu voto, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva começa destacando que a recorrente teria sido privada da utilização de seu veículo pelo período de 08 meses, em razão da demora injustificada da oficina credenciada pela seguradora de realizar os reparos necessários. A decisão do Ministro restou assim ementada:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. CONTRATO DE SEGURO DE AUTOMÓVEL. SINISTRO. REPARAÇÃO DE VEÍCULO. DEMORA ANORMAL E INJUSTIFICADA. CIRCUNSTÂNCIA INCONTROVERSA. DANO MORAL. RECONHECIMENTO. SEGURADO. EXPECTATIVA LEGÍTIMA. FRUSTRAÇÃO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. VIOLAÇÃO. EXISTÊNCIA.

(...)

A ponderação entre a cláusula geral da boa-fé, especialmente o dever de probidade - compreendido como a honestidade de proceder-, e a legítima expectativa do consumidor que contrata seguro de automóvel, revela como razoável o prazo geral de 30 (trinta) dias para a reparação de veículos sinistrados, contados da data de entrega dos documentos exigidos do segurador, nos termos do art. 33 da Circular Susep nº 256, de 16 de junho de 2004, incluídos na esfera do simples inadimplemento contratual e do

mero aborrecimento apenas os pequenos atrasos decorrentes de circunstâncias excepcionais e imprevisíveis no momento da contratação.²⁵²
(...)

Após explanar as justificativas de porquê entendia cabível a indenização por dano moral ao caso, o julgador fez a seguinte consideração:

[a]o ponderar a cláusula geral da boa-fé, especialmente o dever de probidade – compreendido como a honestidade de proceder – com a legítima expectativa do consumidor que contrata seguro de automóvel, é razoável o prazo legal de 30 (trinta) dias estabelecido pela SUSEP para a reparação de veículos sinistrados, contados da data de entrega dos documentos exigidos do segurado, incluídos apenas pequenos atrasos decorrentes de circunstâncias excepcionais e imprevisíveis, no momento da contratação, na esfera do simples inadimplemento contratual e do mero aborrecimento.

Deste pequeno trecho é possível destacar alguns pontos importantes. O primeiro é a aplicação da cláusula geral da boa-fé prevista no art. 422 do Código Civil Brasileiro, em razão de se tratar de uma relação contratual, haja vista que a recorrente e a seguradora estabeleceram, entre si, o contrato de seguro de veículo automotor. Em segundo lugar cabe destacar a forma de concretização utilizada pelo Ministro, destacando que o dever de probidade deveria ser entendido “*como a honestidade de proceder*”, definindo, ainda, que a legítima expectativa do consumidor que contrata o seguro para a reparação de veículos sinistrados é de 30 dias, “*conforme estabelecido pela SUSEP*”. Ou seja, para aplicação da referida cláusula geral, recorreu a um *standard* comportamental, qual seja, agir com honestidade, bem como se utilizou de outras normas do sistema para fixar o prazo geralmente admitido para o mesmo fato.

Assim, é possível destacar que, ao aplicar a cláusula geral da boa-fé ao presente caso, o julgador entendeu que a seguradora não teria agido conforme o dever de probidade, ou seja, com honestidade de proceder, tendo em vista que a expectativa legítima do segurado era receber o seu automóvel no prazo máximo de 30 dias, o que não ocorreu, posto que já ter-se-iam passado 08 meses sem a reparação do veículo. Além disso, fixou como “consequência” para o

²⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.604.052/PR (2015/0222239-7). Recorrente: Dinorah Brandao Araujo Gino. Recorrido: Mapfre Seguros Gerais S/A. Relator: Ministro Ricardo Villas BôasCueva. Brasília, 16 ago. 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502222397&dt_publicacao=26/08/2016. Acesso em: 28 nov. 2016

descumprimento do dever de probidade a condenação da seguradora ao pagamento de danos morais à recorrente. Logo, o papel do magistrado na construção da referida cláusula geral, aplicável especificamente a esse caso, ocorreu de maneira bastante satisfatória, cumprindo os requisitos do método de concreção habitualmente empregados.

A segunda decisão a ser analisada diz respeito a recurso especial fruto de ação originária de reintegração de posse, em razão do inadimplemento de contrato de arrendamento mercantil. A empresa BBV Leasing Brasil S/A, após ter a ação e seu recurso de apelação julgados improcedentes, interpôs o recurso especial alegando violação ao art. 51 do CDC, e aos arts. 394, 422 e 475, todos do Código Civil, já que o devedor se encontrava em mora e a reintegração de posse do bem objeto do *leasing* era a medida que se impunha. O acórdão do presente julgamento restou assim ementado:

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO (*LEASING*). PAGAMENTO DE TRINTA E UMA DAS TRINTA E SEIS PARCELAS DEVIDAS. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCABIMENTO. MEDIDAS DESPROPORCIONAIS DIANTE DO DÉBITO REMANESCENTE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL.

(...)

É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual "[a] parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos".

Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.²⁵³

(...)

Para resolver o caso, o Ministro Luis Felipe Salomão iniciou destacando que o contrato deixou de ser a expressão máxima da autonomia da vontade, transformando-se em prática social de especial importância, não sendo permitido que o Estado relegue tal prática apenas à esfera das deliberações de particulares. Assim, o contrato passou a exigir do julgador a aplicação, nos casos concretos, das

²⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.051.270/RS (2008/0089345-5). Recorrente: BBV Leasing Brasil S/A Arrendamento Mercantil. Recorrido: Mauro Eduardo de Almeida Silva. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 04 ago. 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800893455&dt_publicacao=05/09/2011>. Acesso em: 28 nov. 2016.

conhecidas cláusulas abertas, entre as quais se destacam a boa-fé objetiva e a função social. Conclui, o julgador, que o contrato não serviria mais apenas à circulação de riquezas, mas, fundamentalmente, à adequação e à realização da dignidade da pessoa humana, já que possibilitaria o acesso a bens e serviços garantidores de dignidade.

Ademais, destacou o julgador que o art. 475 do CC, segundo o qual “*a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos*” deveria ser analisado sob a ótica das cláusulas gerais, principalmente a da boa-fé e a da função social. Dessa forma, citando Athos Gusmão Carneiro, conclui que

[n]um sistema de resolução judiciária dos contratos, a apreciação valorativa do inadimplemento contratual é alicerçada na análise global do contrato inexecutado, inclusive de sua natureza, e na consideração do comportamento total dos contraentes, desde o início da avença.

Por fim, salienta que o juiz deve, diante da ponderação entre o adimplemento e o inadimplemento do contrato, determinar o cabimento, ou não, da resolução do contrato, sendo exigível, contudo, realizar os princípios da função social e da boa-fé objetiva. Dessa maneira, mesmo diante da insuficiência obrigacional, esta poderia ser relativizada com a finalidade de preservar a relevância social do contrato e da boa-fé, desde que a resolução do contrato não responda satisfatoriamente a esses princípios. Essa é a também conhecida teoria do adimplemento substancial do contrato.

Diante disso, é possível afirmar que o aplicador do direito, no presente caso, valeu-se da teoria do adimplemento substancial para concretizar a aplicação da cláusula geral da boa-fé e da função social, uma vez que entendeu ser desproporcional a reintegração de posse, tendo em consideração que grande parte do contrato de *leasing* já havia sido adimplido. Assim, atendendo aos princípios constantes em tais cláusulas gerais aplicáveis ao caso, optou por manter o contrato firmado anteriormente.

O último julgado analisado no presente trabalho diz respeito, igualmente, a recurso especial. O objeto do referido recurso se dá no tocante à violação dos art. 1.057 do Código Civil de 1916 e dos art. 392 do Código Civil e art. 53, § 2º do Código de Defesa do Consumidor. O recorrente destaca que a demora no ajuizamento da ação de reintegração de posse jamais poderia acarretar penalidade para o vendedor, ademais, salienta que o promitente-comprador deixou de cumprir com sua parte avença, devendo quitar a totalidade das parcelas de fruição. Refere, ainda, que nos contratos bilaterais as partes responderão por culpa, em caso de inexecução das obrigações, cabendo, dessa forma, a indenização pela totalidade do período entre a data de ocupação do imóvel até o cumprimento da medida de reintegração de posse. Por fim, afirma ter agido de boa-fé, posto que intentou a ação dentro do prazo prescricional. A decisão proferida no recurso especial restou assim ementada:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

(...)

Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.

Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.²⁵⁴

(...)

Ao destacar os motivos pelos quais a decisão recorrida merece ser mantida, o Ministro Vasco Della Giustina, aponta que o princípio da boa-fé objetiva se contrapõe ao ideário patrimonialista e individualista vigente na ordem civil de 1916, já que tal princípio constitui a efetivação da proteção da dignidade da pessoa

²⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 758.518/PR (2005/0096775-4). Recorrente: Muretama Edificações e Empreendimentos. Recorrido: Sérgio Meca de Lima. Relator Ministro Vasco Della Giustina. Brasília, 17 jun. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500967754&dt_publicacao=01/07/2010>. Acesso em: 28 nov. 2016.

humana nas relações obrigacionais, pois circunscreve limites éticos das relações patrimoniais estabelecidas entre os contratantes.

Dessa forma, entende que a boa-fé objetiva se afigura como *standard* ético-jurídico que precisa ser observado pelos contratantes em todas as fases contratuais. A conduta das partes seria pautada, assim, pela probidade, pela cooperação e pela lealdade. Configura-se, ainda, como fonte de obrigação que permeia a conduta das partes a influir na maneira em que exercitam os seus direitos. A relação obrigacional deveria, portanto, ser desenvolvida com o escopo de preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins avençados, sem que, contudo, a atuação das partes infrinja os preceitos éticos presentes no ordenamento jurídico.

Feitas tais considerações e aplicando-as ao caso concreto, entendeu o Ministro que para a parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano, pois a sua inércia resulta em gravame desnecessário e evitável ao patrimônio da outra, circunstância que infringe os deveres de cooperação e lealdade. De tal forma, perante às circunstâncias do caso, o julgador definiu que a recorrente se descuidou de seu dever de mitigar o prejuízo sofrido, pois teria deixado o devedor na posse do imóvel por quase 07 anos, sem que este cumprisse seu dever contratual, restando evidente a ausência de zelo para com seu patrimônio e conseqüente agravamento significativo das perdas.

Podemos ver aqui uma clara concretização da cláusula geral da boa-fé prevista no art. 422 do Código Civil, ainda que nos pedidos não se alegasse violação ao referido dispositivo legal. O Ministro relator do voto determinou que a boa-fé objetiva precisava ser vista como *standard* ético-jurídico, ou seja, a conduta orientada pela boa-fé exige do agente cooperação, lealdade e probidade. Assim, diante da ausência desses elementos no modo de agir da recorrente, no caso analisado, restaria violado o princípio da boa-fé e, em consequência, restaria caracterizado o inadimplemento contratual, justificando a indenização fixada pelo Tribunal de origem.

CONCLUSÃO

Apresentadas as principais características das cláusulas gerais, é possível conceituá-las sob diversas formas, sendo a que mais parece pertinente aquela que entende cláusula geral como a técnica legislativa que produz disposições normativas com linguagem de tessitura aberta, fluida ou vaga, dirigida ao juiz, o qual deve, diante do caso concreto, complementar ou criar normas jurídicas mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema.

Essa concepção permite fechar o círculo de informações e ligar todos os pontos ou elementos considerados atributos das cláusulas gerais. Essa redação através de uma linguagem especial, aberta ou vaga, permite que casos supervenientes à elaboração legal possam ser regidos de igual forma pela cláusula geral. Isso afastaria um dos mais temidos receios dos operadores do Direito e dos próprios legisladores, qual seja, o envelhecimento dos códigos. Enquanto houve preponderância do dogma da completude e a redação casuística das hipóteses legais, de tempos em tempos, era necessário reformar os códigos e ordenamentos jurídicos, pois estes já se encontravam ultrapassados frente às novas exigências sociais. Hoje, em uma sociedade globalizada, na qual os avanços ocorrem de maneira veloz e dinâmica, é impossível negar o papel relevante operado pelas cláusulas gerais.

Assim, a função das cláusulas gerais, no sentido de ressystematização do Direito como um todo é uma das mais importantes e destacadas. Além disso, a abertura do sistema jurídico a elementos extrajurídicos, como valores, *standards* comportamentais e princípios, deve ser considerada como vital para a adequação dos sistemas jurídicos às novas realidades sociais. Os meios que possibilitam tal condição estão diretamente ligados à estrutura e ao tipo de linguagem empregados em tais espécies normativas. Quanto à estrutura, ainda existe discussão sobre a existência, ou não, embora se admita que o entendimento mais adequado, no presente momento, é o de que há uma estrutura que, no entanto, encontra-se em branco e precisa ser complementada pelo magistrado. Ademais, a própria linguagem marcada pela vagueza socialmente típica contribui para um maior ativismo judicial.

Essa condição de um magistrado protagonista na aplicação das cláusulas gerais conflita o ideário iluminista advindo da Revolução Francesa, no qual o juiz apenas deveria dizer a lei. Resta superada, portanto, nos dias atuais, a condição de mero “boca da lei” por parte do juiz, passando este a ser uma figura de grande importância à ciência do Direito. Diferentemente daquilo que ocorre no processo de subsunção, no qual o juiz apenas verifica a incidência da norma sobre o fato e aplica a já estabelecida consequência jurídica, no processo de concreção o magistrado precisará estabelecer a hipótese legal, verificar a sua incidência, ou não, e determinar a consequência que julgar adequada ao caso.

Assim, como as cláusulas gerais muitas vezes exigem o reenvio a elementos constantes fora do sistema jurídico, o juiz deverá ter um cuidado maior para a correta aplicação da cláusula geral e a estipulação da consequência. Existem, contudo, algumas formas de controle ou de orientação ao juiz em sua tarefa, como, por exemplo, os grupos de casos ou a vinculação aos precedentes, nos quais será buscada a razão de decidir em casos circunstancialmente parecidos, para, então, adequar a decisão ao caso concreto.

Feitas todas essas considerações, é forçoso concluir que as cláusulas gerais se constituem como importante ferramenta para o desenvolvimento e aperfeiçoamento da ciência jurídica. No entanto, o emprego de tais normas exige grande cuidado, em primeiro lugar do legislador, já que não pode utilizá-las em matérias nas quais é necessária a previsão detalhada de cada hipótese e consequência, e, em um segundo momento, pelo aplicador do direito, já que não poderá deixar suas considerações pessoais se sobreponem aos entendimentos consolidados dentro da sociedade. Logo, o cuidado na aplicação das cláusulas gerais se torna importante para o correto aproveitamento desse instituto, sob pena de se instaurar um grave quadro de insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. O Poder Judiciário e a Concretização das Cláusulas Gerais: Limites e Responsabilidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Vol. 18. Porto Alegre: UFRGS, 2000.

APARÍCIO, Márcia de Oliveira Ferreira. **Sistema e Tópica na Interpretação do Ordenamento**. Coord. Renan Lotufo. Barueri/SP: Manole, 2006.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e Concreção na aplicação do Direito. In: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz de (Org.). **Faculdade de Direito: O Ensino Jurídico no limiar do novo século**, vol. I. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Sistema Constitucional Tributário**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 20out. 2016.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20out. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.051.270/RS (2008/0089345-5). Recorrente: BBV Leasing Brasil S/A Arrendamento Mercantil. Recorrido: Mauro Eduardo de Almeida Silva. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 04 ago. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200800893455&dt_publicacao=05/09/2011>. Acesso em: 28 nov. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.604.052/PR (2015/0222239-7). Recorrente: Dinorah Brandao Araujo Gino. Recorrido: Mapfre Seguros Gerais S/A. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 16 ago. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502222397&dt_publicacao=26/08/2016>. Acesso em: 28 nov. 2016

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 758.518/PR (2005/0096775-4). Recorrente: Muretama Edificações e Empreendimentos. Recorrido: Sérgio Meca de Lima. Relator Ministro Vasco Della Giustina. Brasília, 17 jun. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200500967754&dt_publicacao=01/07/2010>. Acesso em: 28 nov. 2016

CALABRÓ, Luiz Felipe Amaral. **A real amplitude das lacunas nas cláusulas gerais**. Sistema e Tópica na Interpretação do Ordenamento. Coord. Renan Lotufo. Barueri/SP: Manole, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CORDEIRO, A. Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, v. 2, 1984.

DAVID, Rene. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. trad. Hermínio A. Carvalho – 4ª ed. – São Paulo: Martins Fontes. 2002.

DAWSON, John P. **The general clauses, viewed from a distance**. *RabelsZeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. Portuguesa de J. Baptista Machado – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

_____. **La Idea de concrecion en el derecho y en la ciencia jurídica actuales**. Granada: Editorial Comares, 2004.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HASSEMER, Winfried. **O sistema do direito e a codificação**: a vinculação do juiz à lei. Coleção Direito Comparado I. Estudos de Direito Brasileiro-Alemão, Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 1985.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004 (Coleção professor Agostinho Alvim/coordenação Renan Lotufo).

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**, Trad. Portuguesa de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. **A boa-fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico**. Brasília: Biblioteca do Senado Federal, 1991. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175932/000463217.pdf?sequencia=1>>. Acessado em: 15 out. 2016.

_____. **O direito privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no Projeto de Código Civil Brasileiro. Brasília: Biblioteca do Senado Federal, 1998. Disponível em: <

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 10 out. 2016.

MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A Subsunção e a Concreção dos Conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 50/2004.

PORTUGAL. DECRETO-LEI nº 47.344, de **25 de novembro de 1966**. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/portugal_codigocivil.pdf> Acesso em 05 nov. 2016.

SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, 2002.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

_____. **O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português**. Primeira Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil. Porto Alegre, 1980. São Paulo: RT, 1980.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WIEACKER, Fraz. **História do direito privado moderno**. Trad. Portuguesa de Antonio Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **A modernização do direito civil e as cláusulas gerais**. Brasília: BDJur, 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/60506/modernizacao_direito_civil_clausulas.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.