

RECEBIDO EM: 03/06/2020

APROVADO EM: 05/08/2021

CLÁUSULAS GERAIS: CONTEXTO HISTÓRICO E SEUS REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

***GENERAL CLAUSES: HISTORIC CONTEXT AND ITS
REFLECTION ON THE LEGAL SYSTEM***

Ana Maria Muniz dos Santos Rocha

*Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU).
Pós-Graduanda em Direito Civil: Doutrina e Jurisprudência pela Escola Paulista
de Direito (EPD). Bacharel em Direito pela Escola Superior de Administração
Marketing e Comunicação (ESAMC).*

Camila Brito Nery

*Pós-Graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela Única Educacional
LTDA. Bacharel em Direito pela Escola Superior de Administração Marketing e
Comunicação (ESAMC).*

Bruno Marques Ribeiro

*Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade
Federal de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito Civil pela Universidade
Católica Dom Bosco (UCDB)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Histórico e conceito de cláusulas gerais; 2 Relevância jurídica das cláusulas gerais; 3 Cláusulas gerais x Conceitos jurídicos indeterminados; 4 Efeitos e consequências das cláusulas gerais no ordenamento jurídico brasileiro; 5 Discricionariedade Judicial; 6 Segurança Jurídica e Precedentes; 7 Análise casuística – aplicação doutrinária e jurisprudencial; 8 Conclusão.

RESUMO: O trabalho objetiva trazer à baila o instituto das cláusulas gerais, demonstrar a sua relevância jurídica, seus efeitos e suas consequências para o ordenamento jurídico. Por corolário, também objetiva investigar se o magistrado, dotado de discricionariedade, é limitado quando do uso dessa técnica legislativa, e, em caso positivo, quais são esses limites. No tocante a metodologia trata-se de uma pesquisa dogmática, cujo método de procedimento é qualitativo, e as técnicas de pesquisas utilizadas são: a bibliográfica e a jurisprudencial. Realizou-se uma breve exposição histórica sobre o nascimento das cláusulas gerais, chegando-se ao seu atual reconhecimento jurídico, com a exposição de entendimentos doutrinários, críticas, indagações e respostas ao leitor. Assim sendo, com as pesquisas realizadas e a problemática respondida, o presente estudo será capaz de desenvolver um senso crítico, enriquecer e contribuir com a pesquisa jurídica, no intuito de levar o jurista à compreensão de que o ordenamento jurídico pátrio, imbuído do dever de acompanhar as transformações da sociedade, utiliza-se das cláusulas gerais para se adequar melhor às realidades sociais, e que isso permite atualizações instantâneas das interpretações jurídicas. Em caráter conclusivo, constatou-se que o instituto de normas abertas trouxe uma nova percepção para o sistema jurídico, possibilitando a atualização das interpretações para estreitar a relação entre o direito positivo e as novas realidades da sociedade. Importante salientar que o exercício dessa interpretação deve ser realizado dentro dos limites constitucionais almejando sempre a segurança jurídica que o ordenamento tanto busca.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil. Cláusulas Gerais. Normas Abertas. Aplicabilidade. Segurança Jurídica.

ABSTRACT: The work goal is to bring up the general clauses that demonstrate legal relevance, effects and consequences towards the legal system. As an outcome, it aims to investigate whether the magistrate, provided with discretion, is limited when using this legislative technique, and if so, what those limits are. The methodology, consists of dogmatic

qualitative research which are bibliographic and jurisprudential in nature. A brief overview was made on the birth of general clauses, and their current legal recognition. This presentation consisted of doctrinal understandings, criticisms, inquiries and responses to the reader. With research carried out and the problem addressed, the present study in a critical sense will be able to enrich and contribute to the legal research. This will allow the jurist to understand that the national legal system, instilled with the duty to monitor the changes in society, uses general clauses to adapt to social realities and allows instant updates of legal interpretation. In concluding, it was found that the establishment of open standards brought new understanding to the legal system. This makes it possible to update interpretations of the relationship between positive law and the new realities of society. It is important to note that the exercise of this interpretation must be carried out within the constitutional framework that the law requires.

KEYWORDS: Civil law. General Clauses. Open Standards. Applicability. Legal Security.

INTRODUÇÃO

A busca pelo saber jurídico deve ser constante, afinal o diferencial dos seres humanos em relação aos demais seres vivos do planeta é a capacidade racional que ele possui. No campo do Direito, o uso desse saber racional cumulado com uma boa pesquisa se faz imprescindível.

Uma pesquisa dessa magnitude é muito importante para o Direito enquanto sistema, pois visa contribuir para o aperfeiçoamento da ciência jurídica, e ainda resolve um problema constante no direito, qual seja: a banalização de importantes fenômenos jurídicos.

Estudar os institutos jurídicos, compreender o contexto em que eles foram criados, suas nuances, características, a dialética que eles têm com outros institutos é de suma importância para a boa aplicação do direito.

É o que se procura fazer no presente escrito: desenvolver um raciocínio que facilite o entendimento do surgimento das cláusulas gerais, o contexto histórico de sua criação, determinar o seu conceito e pontuais divergências existentes sobre sua conceituação, estabelecer as importantes diferenças entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, analisar quais efeitos este fenômeno irradia para todo o sistema jurídico, e, para facilitar o acesso ao conhecimento, busca-se didaticamente aliar os

pressupostos teóricos à prática a partir de uma análise casuística, e, por fim, as considerações resultantes desta produção científica.

1 HISTÓRICO E CONCEITO DE CLÁUSULAS GERAIS

É sabido que o direito tem como escopo apresentar diretrizes para o convívio humano, a fim de proporcionar tranquilidade e paz social aos indivíduos. Contudo as relações humanas passam por transformações quase que diárias, que muitas vezes são rápidas e intensas, de modo que acompanhar as evoluções sociais representa um desafio para o legislador.

Tendo em vista essa premissa, torna-se fácil a compreensão das mudanças legislativas, que ocorrem a todo tempo, bem como explica a existência de normas em desuso ou defasadas, principalmente por se tratar de um país baseado no sistema do *civil law*, em que todo o Direito está positivado.

Para Sérgio Cavalieri (2019, p. 58) a nova ética jurídico-social que trazem sistemas jurídicos abertos é de extrema importância. De acordo com o doutrinador supra mencionado nesta moderna mobilidade social não é possível que o legislador consiga criar normas que possam acompanhar as mudanças no mesmo ritmo que elas acontecem.

No ramo do direito privado não foi diferente, vigorava o Código Civil de 1916, o qual fora feito sob os ideais do século XIX, cujo contexto histórico consistiu em, basicamente, poder estipular livremente sobre as vontades das partes e celebrar contratos que atendessem a seus interesses, para, posteriormente, ter a segurança de que os acordos celebrados seriam cumpridos na sua totalidade, famoso princípio do *pacta sunt servanda*.

O Código de 1916 era essencialmente um sistema cerrado, no qual possuía regras de grande densidade semântica, e não permitia que análises doutrinárias ou jurisprudenciais pudessem colaborar para sua boa aplicação. Assim, os aplicadores de tais regras ficaram conhecidos como “boca da lei”, uma vez que o Código não lhes permitia nenhuma discricionariedade para aplicação das leis aos casos concretos.

No entanto, o legislador pátrio percebeu que a codificação em vigor não era suficiente, haja vista as mudanças ocorridas ao longo dos anos. Assim sendo, foi criada uma comissão com juristas renomados, presidida por Miguel Reale, os quais visaram observar as alterações que a legislação vigente havia sofrido e as necessidades iminentes.

Ato contínuo, em 1975, chegou ao Congresso Nacional um anteprojeto para mudanças na legislação cível, no qual os membros da comissão do anteprojeto importaram um instituto denominado *General klauseln*, inaugurado no Código Civil Alemão (BGB - Bürgerliches Gesetzbuch), cuja estruturação normativa era vaga na hipótese.

De acordo com Judith Martins Costa (2015, p. 115) as “cláusulas gerais do BGB foram a ponte viabilizadora da ligação entre o Código e as novas realidades”, em razão da extensa abstração e generalidade das normas contidas em seu texto. O § 242, do BGB, por exemplo, dispõe que o devedor tem que levar a boa-fé no cumprimento das suas prestações.

As ondas iniciadas na Alemanha chegaram também à Itália e em muitos outros países da Europa. Na década de sessenta os italianos mudaram o método de elaboração das leis, no qual as regras, anteriormente, baseavam-se na criação e exaurimento das hipóteses e, em se concretizando tais hipóteses, aplicavam as possíveis sanções.

Ante o exposto, as cláusulas gerais trazem uma nova visão de codificação de sistemas abertos, baseados na “legislação por princípios” capaz de se amoldar às inúmeras situações e com isso iniciou-se as reformas dos códigos civis de muitos países europeus. E, obviamente, essas ondas chegaram ao Brasil podendo ser vislumbradas na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor, e no Código Civil.

O atual Código Civil – Lei 10.406, veio a integrar o sistema jurídico em 10 de janeiro de 2002, trazendo inovações e avanços jurídicos a toda a comunidade, viabilizando a construção e reconstrução do Direito Privado. Dentre os avanços, têm-se as chamadas cláusulas gerais, as quais são objeto do presente estudo.

Contudo, é importante mencionar que o *Codex* atual não inaugurou o instituto das cláusulas gerais, mas as rememorou, isso porque essas normas abertas já vigoravam no ordenamento pátrio, por meio do Código Comercial, quando disciplinou sobre a boa-fé objetiva.

Apesar de seu aparecimento no Código Comercial, não houve consolidação deste instituto, pois gravitava em torno dele uma insegurança quanto à sua aplicação, isso em razão dos operadores do direito temerem que ao usá-lo dariam muita liberdade ao juiz para que exercesse a hermenêutica.

O antigo Código, muito se preocupou com a autonomia da vontade e com as questões de natureza patrimonial, enquanto que as questões relacionadas à dignidade humana e os efeitos sociais dos institutos jurídicos só vieram a ser observados no atual Código, sob a influência do organicismo. De acordo com Daniel Sarmiento (2016, p.19) no organicismo “o indivíduo era considerado um funcionário social, devendo agir em prol da sociedade e não como um fim em si mesmo”. Assim sendo, em muitas situações, o coletivo é privilegiado em detrimento do individual.

Isto posto, cláusulas gerais são disposições de ordem pública que possibilitam ao aplicador do direito inserir aos conceitos previstos em lei, valores e princípios capazes de, por meio dos conceitos indeterminados, criarem um determinado comportamento a ser seguido por toda comunidade, um dever-ser.

Noutras palavras, são um meio concedido pelo legislador ao juiz, lhe permitindo interpretar institutos jurídicos, bem como valorá-los em cada caso, de modo que, se em algum momento a sociedade atribuir maior ou menor valor a um instituto, seja possível continuar aplicando as leis sem a obrigatoriedade de mudá-las.

Conceitualmente é inadmissível falar sobre cláusulas gerais sem trazer à baila as observações feitas pela professora Judith Martins-Costa, as quais se iniciam com a crítica de utilização da expressão cláusulas gerais como gênero do qual seriam espécies os princípios, os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais em sentido estrito.

Já por essa variedade de sentidos, parece obvio não se tratar de uma boa denominação, pois agrupa, indistintamente, várias espécies, uma delas estando nominalmente confundida com o gênero. Melhor seria, para indicar o gênero, falar em *normas abertas*, ou *vagas*, ou, ainda, enunciados elásticos, porosos ou dúcteis, assim apontado, como traço comum às espécies, à ausência, na hipótese legal, de uma prefiguração descritiva ou especificativa, bem como ao emprego de termos cuja tessitura é semanticamente aberta, dotados, normalmente, de cunho valorativo. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 84, grifo do autor)

Assim sendo, o fenômeno das cláusulas gerais tem para a professora Judith um corte, de modo que para ela não há essa dicotomia de cláusulas gerais em sentido amplo e em sentido estrito, haja vista que cláusulas gerais seriam espécies das normas abertas. E, em sendo uma espécie,

poderia ser definida como enunciados normativos “elásticos” carregados de valores e capazes de se adaptar a qualquer caso concreto, dada sua ausência de hipóteses.

Segundo a professora Judith as cláusulas gerais (também conhecida como cláusulas gerais em sentido estrito para outros doutrinadores) podem ser de três tipos:

a) de *tipo restritivo*, aí operando contra uma série de permissões singulares, delimitando-as, como nos casos da restrição à liberdade contratual; b) de *tipo regulativo*, regulando todo um domínio de casos, como ocorre com a regulação da responsabilidade por culpa ou com o direcionamento da conduta contratual; e c) de *tipo extensivo*, por forma de ampliar uma determinada regulação por meio da possibilidade, expressa no dispositivo, de chamar a atuação de princípios e regras dispersos em outros textos, como é o caso das disposições do Código do Consumidor e da Constituição Federal, que asseguram, aos seus destinatários, a tutela prevista em acordos e tratados internacionais e na legislação ordinária. (MARTINS-COSTA, p. 89, grifo do autor).

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 23), ao analisar os avanços trazidos pelo Código Civil de 2002, mais especificamente sobre o sistema de cláusulas gerais, diz que “São elas formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral”. Ainda, complementa que se trata:

As cláusulas gerais resultaram basicamente do convencimento do legislador de que as leis rígidas, definidoras de tudo e para todos os casos, são necessariamente insuficientes e levam seguidamente a situações de grave injustiça. (GONÇALVES, 2012, p. 23).

Não obstante, pela leitura da obra supramencionada, tem-se a corroboração de que o legislador trouxe o sistema de cláusulas gerais para amenizar a disparidade entre as leis vigentes, as quais eram rígidas, e as novas situações que surgiam ao longo do tempo.

Sérgio Cavalieri, em obra já referenciada neste escrito, apresenta um conceito muito didático do que é cláusula geral em sentido amplo, conforme se observa:

A imagem é bem adequada, *a cláusula geral é uma moldura jurídica dentro da qual caberá ao Juiz pintar o quadro* (grifo do autor). Contém implícita uma regra de direito judicial, dirigida ao julgador, que lhe impõe, ao examinar o caso, primeiramente fixar a norma de dever de acordo com a realidade do fato e o princípio a que a cláusula adere, para depois, num segundo momento, confrontar a conduta efetivamente realizada com aquela que as circunstâncias recomendam. (CAVALIERI FILHO. 2019, p. 59, grifo do autor)

O novo Código Civil, obedecendo à sua norma hipotética fundamental, foi construído em um viés garantista, preocupado com a pessoa humana, com a harmonia e observância aos princípios gerais de direito e os imperativos de justiça. Consequentemente, o papel dos juízes e dos operadores do direito ganhou novos contornos com a inserção das cláusulas gerais na área jurídica privada. Em suas palavras:

Em síntese, há na cláusula geral uma delegação, atribuindo ao juiz a tarefa de elaborar a regra para o caso concreto, respeitando os contornos da moldura jurídica. O interprete torna-se partícipe do processo de criação do direito, complementado o trabalho do legislador ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. A cláusula geral permite a aplicação de uma mesma regra a um indeterminado número de situações diferentes. A norma não contém solução restrita e única para as várias situações surgidas na sociedade. Ela possibilita uma aplicação segundo as peculiaridades e necessidades de cada caso concreto. Reiteradamente tem sido dito, e com absoluto acerto, que as cláusulas gerais permitem atualizar o direito se mudar a lei. Elas são uma realidade jurídica diversa das normas-regras, e seu conteúdo somente pode ser determinado na concretude do caso. (CAVALIERI FILHO. 2019, p. 59)

As cláusulas gerais são, principalmente, fruto da influência das ideias de Miguel Reale, as famosas subteorias do culturalismo jurídico e a teoria tridimensional do direito, sendo a primeira baseada na cultura, experiência e história; enquanto a segunda aduz que “o direito é fato, valor e norma”.

Logo, a cultura da sociedade tende a mudar, pois não se apegará tanto às questões positivadas e sim em uma questão moral, em um dever ser, em máximas como: “não fazer com o outro aquilo que não gostaria que fizesse com você”, ter-se-á mais empatia.

2 RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS CLÁUSULAS GERAIS

A priori, tal instituto tornou-se pertinente ao Direito brasileiro por se tratar de conceitos abertos que definem os valores para aplicação das normas, bem como os critérios e os limites para interpretações dos operadores do direito.

Apesar de certa nuvem de desconfiança pairar sobre as cabeças da comunidade jurídica, muitos acreditam que as cláusulas gerais, as quais não foram mais bem aproveitadas em outro momento, serão agora.

Nessa senda, necessário se faz perguntar: porque as cláusulas gerais não tiveram sucesso quando de sua vigência no Código Comercial? Segundo Nalin (2019) elas não conquistaram o mundo jurídico por falta de fundamento de validade, ou seja, a lei maior não lhes assegurava tanta eficácia como se tem hoje. Nesse mesmo diapasão, Hans Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, ensina que:

Se se pergunta pelo fundamento de validade de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir na recondução à norma fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: a afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental. (KELSEN, 1999, p. 139.)

Posto isso, o contexto histórico em que o Código Comercial fora promulgado, plena ditadura militar, cujo período se vigorava o regime antidemocrático, favoreceu a sua ignorância, uma vez que não havia na norma fundamental base que sustentasse o seu uso.

Sobre o tema Paulo Nalin (2019) assegura que “[...] na ausência de uma legítima Constituição em vigor, faltava ao operador o necessário substrato axiológico para construir o sistema jurídico, uma vez que tais dispositivos de lei são destituídos de conteúdo descritivo e de valor”.

Destarte, diferentemente do Código Comercial, o Código Civil vigente foi promulgado em situação antagonista, numa condição muito favorável, nos primórdios de uma democracia, pois, já tinham 14 anos de vigência da CRFB/88, a qual possibilitou a sua percepção e, conseqüentemente, a sua utilização pelos operadores de direito.

A verdade é que durante o período ditatorial muitos juristas não reconheciam a Constituição vigente à época, uma vez que era resultante de um golpe militar.

Nesse diapasão, as cláusulas gerais possuem sustentação forte e consistente na carta maior, e tem como objetivo apresentar ao aplicador do direito diretrizes e critérios, mostrar a direção que tais regras devem ser aplicadas e, os limites que devem ser obedecidos.

3 CLÁUSULAS GERAIS X CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Em que pese a definição conceitual das cláusulas gerais estar abordada no tópico 2 do presente estudo, há que lembrar que normas abertas e cláusulas gerais em sentido amplo são o mesmo fenômeno jurídico. Os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais em sentido estrito não são a mesma coisa, apesar de gozarem de interdependência, não se pode confundi-los.

Os conceitos indeterminados são espécie de cláusulas gerais onde as hipóteses foram previstas em conceitos vagos que o juiz deverá definir dentro do caso concreto. Em outras palavras, basta que o jurista e/ou aplicador do direito determine o conceito e aplique a consequência predefinida pelo legislador.

Sergio Cavalieri é didático, sucinto e direto sobre essa questão:

Distinguem-se também conceito jurídico indeterminado e cláusula geral. No primeiro, o juiz apenas estabelece o significado do enunciado normativo, por exemplo, o que é hipossuficiência, vulnerabilidade etc. A liberdade do aplicador se exaure aí, na fixação da premissa. Uma vez que estabelecida, in concreto, a coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a consequência será aquela que já está estabelecida na norma. Na cláusula geral, compete ao juiz um poder mais amplo pois cabe-lhe completar a *fattispcie* e determinar as suas consequências. (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 60, grifo do autor).

As distinções entre as duas espécies legislativas são que as cláusulas gerais em sentido amplo não admitem seu preenchimento baseado nas regras comuns de experiência, enquanto que os conceitos indeterminados podem ser preenchidos pelo intérprete por meio da experiência comum, dentro de um limite pré-estabelecido pela própria legislação, em que irá determinar a hipótese e a consequência aplicável ao caso concreto. Por outro lado, as cláusulas gerais não contêm nenhuma previsão hipotética e por óbvio também não há consequência.

O que faz alguns juristas duvidarem da distinção entre os institutos é o fato da cláusula geral, em sentido estrito, do tipo regulativo, levar o

intérprete a valorar as constantes mutações sociais que são características de conceitos indeterminados. E, o que sana esta incerteza, conforme as lições de Judith (MARTINS-COSTA, 2018, p. 100) é uma profunda análise, não só analítica, mas dos “planos funcional e estrutural, importando atentar para o modo de aplicação de uns e de outros”. Em seus dizeres:

A efetiva distinção não está, portanto, na linguagem, *mas na estrutura normativa*. Os chamados conceitos indeterminados podem estar presentes em estruturas normativas completas, em que há hipótese legal (ainda que formulada de modo semanticamente vago) e consequência predeterminada. Diferentemente, nas cláusulas gerais em sentido próprio, *a estrutura deverá ser completada pelo intérprete*, pela adição da consequência devida. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 100, grifo do autor)

Outrossim, em que pese os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais serem construções jurídicas diferentes, Flávio Tartuce (2018) disciplina que o aplicador do direito ao definir um conceito indeterminado também estará constituindo uma cláusula geral, bem como que muitas cláusulas gerais podem ser princípios. Contudo, isso não é uma premissa absoluta, de modo que poderá ter cláusulas gerais que não são princípios, e que estejam implícitas no ordenamento jurídico.

E, para pôr fim nesta hesitação doutrinária, não há melhor doutrina do que a da professora Judith Martins-Costa:

Assim, inobstante o texto da cláusula geral habitualmente ser composto por termos indeterminados, a coincidência entre os fenômenos indicados por essas duas expressões – conceitos indeterminados e cláusulas gerais – não é perfeita, pois a cláusula geral exige que o intérprete-aplicador concorra de um modo diverso para complementar o enunciado normativo. Enquanto nos conceitos indeterminados o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (semanticamente vago) indicado na *fattispecie* (devendo, pois, individuar os confins da hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente), na cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa. (MARTINS-COSTA, 2018, p. 100 e 101, grifo do autor)

Logo, não restam dúvidas de que, apesar de muito parecidos, há sim diferenças localizadas nas estruturas e funções dos fenômenos abordados

4 EFEITOS E CONSEQUÊNCIAS DAS CLÁUSULAS GERAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Bem vinculados todos os pontos explicitados no corpo do presente estudo, há que ressaltar, para uma melhor compreensão deste capítulo, sobre a casuística, a qual, consoante disciplina Martins-Costa (1998, p. 134) é caracterizada pela tipicidade ou determinação, trazendo consigo a rigidez dos códigos civis, e, conseqüentemente, o seu envelhecimento.

Na obra Introdução ao Pensamento Jurídico Karl Engish (1964 apud MARTINS-COSTA, 1998, p. 133) faz a seguinte afirmativa:

A casuística constitui “a configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria”. Esta noção é completada em outra obra na qual assenta: “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 significam as cláusulas gerais.” (ENGLISH apud MARTINS-COSTA, 1998, p. 133, grifo do autor)

Isso porque, segundo Martins-Costa (1998), “o legislador cria um repertório de figuras e disciplinas típicas (...) a qual o juiz pouco ou nada pode aduzir para o disciplinamento do fato concreto”.

No entanto, segundo Martins-Costa (1998), essa rigidez mencionada não é um fator característico da atual legislação cível, porquanto, a vantagem da mobilidade fora proporcionada com o advento das cláusulas gerais, dotadas de grande abertura semântica, caracterizada pela linguagem aberta, exatamente pela imprecisão trazida pela casuística, melhor dizendo, dos termos da *fattispecie*, afastando, felizmente, o imobilismo do sistema jurídico, e contribuindo para uma observância mínima do princípio da tipicidade.

Outrossim, o Codex Civil vigente, nos dizeres de seu relator, ex-senador Josaphat Marinho, foi elaborado “com espírito isento de dogmatismo, antes aberto a imprimir *clareza, segurança e flexibilidade ao sistema em construção*, e, portanto, adequado a *recolher e regular mudanças e criações supervenientes*”. (MARTINS-COSTA, 1998, p. 129, grifo do autor).

Por consequência, de acordo com Judith (1998, p. 135) as cláusulas gerais, além de assegurarem o controle racional da sentença, por meio da criação, complementação e/ou desenvolvimento de normas jurídicas construídas pelo juiz, na análise do caso concreto, também, mediante o reenvio do aplicador de direito para elementos dos quais podem estar fora do sistema, promovem, com reiterados fundamentos idênticos, a ressystematização do direito.

Oportuno lembrar que referido instituto concretiza a Teoria do Diálogo das Fontes desenvolvida pelo alemão Erik Jayme, mas trazida e trabalhada no direito brasileiro pela professora Cláudia Lima Marques. Referida teoria inter-relaciona o Código Civil e demais microssistemas legislativos com a CRFB de 1988, no fito de atingir a solução mais justa e eficiente ao caso concreto. Segundo Lima Marques:

Erik Jayme, ensinava que, em face do atual “pluralismo pós-moderno” de um Direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo. (JAYME, 1995, apud MARQUES, 2018, p. 01).

Nessa senda, permitir a criação de normas jurídicas pelo magistrado e proporcionar a mobilidade externa do sistema com a função de uma tipologia social, são as funções das cláusulas gerais, as quais, com certeza segundo Martins-Costa (1998, p. 140) “não se exaurem na indicação de um fim a perseguir”.

5 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

A ausência de liberdade para aplicação das leis aos casos concretos afetava diretamente a hermenêutica do juiz, haja vista que como aplicador do direito, lhe era vedado distanciar-se da norma para aproximar-se da realidade fática apresentada.

Esse afastamento dos fatos, consequentemente, o tornava ignorante aos problemas diários enfrentados pelas partes. Felizmente, essa não é mais a realidade do Poder Judiciário pátrio, do qual o juiz teve uma grande evolução enquanto aplicador do direito.

Diante da ascensão da função do juiz, Nalin (2004, p. 93 e p. 96) relembra o termo “direito judicial”, nascido na Alemanha em decorrência da evolução da atuação e participação do magistrado na criação do direito, influenciando a construção do Direito Constitucional Alemão, expressando

que “cabe ao magistrado “[...] concorrer ativamente para a formulação da norma”.

De acordo com Paulo Nalin:

Portanto, é preciso desfrutar do ambiente constitucional brasileiro para confirmar que a segurança jurídica contemporânea (se é que existe algum conceito uno de segurança jurídica) transitou da figura *da segurança na lei para a segurança no juiz*, o que se apresenta, em meu entendimento, mais honesto, sob o aspecto da aplicação ideológica da lei (não neutra), e mais coerente com os anseios de uma sociedade que não é geral e, muito menos, abstrata (características essenciais da lei), mas sim concreta e localizada, como de fato são concretos os sujeitos e localizados os problemas da vida. (NALIN, 2004, p. 97)

Já no Brasil, a CRFB/88 preceitua o equilíbrio constitucional harmônico e de igualdade entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o que destoa de outras constituições europeias. Assim, é com base no ordenamento jurídico pátrio que se pode confirmar que “a segurança jurídica contemporânea “[...] transitou da figura da segurança na lei para a segurança no juiz” conforme nos ensinou Paulo Nalin.

As cláusulas gerais, quando utilizadas pelo magistrado, são decisivas para o alinhamento do sistema jurídico junto à realidade social, bem como para a observância da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, conforme leciona a professora Judith (1998, p. 141) “evitando não só a danosa construção de paredes internas no sistema, considerado em sua globalidade, quanto a *necessidade de a eficácia da Constituição no Direito Privado depender da decisão do legislador do dia*” (grifo nosso).

Ressalva-se que, sem a observância ao caso concreto, as decisões judiciais podem não solucionar de fato o problema e, ainda, causar certa desconfiança na justiça, uma vez que decisões proferidas sem análise das particularidades de cada caso podem ser decisões injustas e ineficazes, acarretando descontentamentos sociais e/ou insegurança jurídica a toda comunidade.

Destarte, a despeito da fundamentação do ato decisório do juiz, não basta à mera indicação de dispositivo legal que tenha em seu enunciado

uma cláusula geral. Para se ter segurança jurídica, é imprescindível que seja localizada no ordenamento jurídico, seja na CRFB/88, Código Civil, Estatutos, dentre outros institutos jurídicos, as matizes sociais que levaram o juiz ao entendimento de que o caso em análise está em acordo e/ou desacordo com alguma cláusula geral.

Nesse diapasão, entende-se por discricionariedade abusiva do magistrado quando, se tratando de cláusula geral, houver ausência de fundamentação e/ou aplicação de subsunção da norma, sem a construção do conteúdo normativo para o caso em análise. Isso porque, essa técnica legislativa não renuncia o garantismo da fundamentação das decisões judiciais, conforme disciplina a Constituição Federal, em seu art. 93, IX.

Do exposto, observa-se que há uma considerada evolução da atuação do magistrado, o qual não pode ser encarado com desconfiança, haja vista o papel social e constitucional que desempenha.

6 SEGURANÇA JURÍDICA E PRECEDENTES

A problemática trazida pelas cláusulas gerais é exatamente quanto ao estabelecimento dos seus limites, isso, pois, em que pese proporcionarem aberturas no direito legislado para as variações da realidade social, por outro lado, tem a desvantagem de causar incerteza jurídica, até que seja consolidada a jurisprudência quanto à efetiva proporção de sua aplicação.

As cláusulas gerais não regulamentam de modo exaustivo e completo, mas sim operam como metanormas, cuja técnica segundo Martins-Costa (1998, p. 134) “permite capturar, em uma mesma hipótese, uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal”.

Nesse mesmo sentido, Gonçalves (2012, p. 40) disciplina que as cláusulas gerais “são janelas abertas deixadas pelo legislador, para que a doutrina e a jurisprudência definam o seu alcance, formulando o julgador a própria regra concreta do caso.”

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem responder a todos os problemas da realidade, haja vista que tal fenômeno será construído pela jurisprudência, no intuito de, conforme salienta MARTINS (1998, p. 134), “enviar o juiz para critérios aplicativos

determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social”.

É certo que as cláusulas gerais desempenham importante missão, na qual possibilitam ao magistrado uma fundamentação atrelada aos casos precedentes. Trata-se de uma função imperiosa, isso porque, hipoteticamente, considerando um sistema em que não exista essa técnica legislativa, e haja o julgamento de uma variedade de demandas que compreendam a mesma matéria, as sentenças de cada processo poderiam ser prolatadas sob diversos fundamentos, seja pela equidade, vedação ao abuso de direito, princípios gerais do direito, entre outros.

Ocorre que, a variedade dos fundamentos das decisões dificultaria a pesquisa dos precedentes, mesmo porque seria impossível encontrar a razão da decisão, ou seja, a *ratio decidendi*. Tal fato, não apenas atrapalharia a procura jurisprudencial, como também, impediria a sistematização da solução inovadora, contribuindo negativamente para o progresso do Direito. Desse modo, as cláusulas gerais atuam como uma ponte de ligação entre as diferentes demandas levadas a julgamento as quais possibilitam a formação de precedentes. Nas palavras da professora Judith são “ponto de referência entre os diversos casos” que:

Mas é preciso convir que a diversidade dos fundamentos elencados não só problematiza a pesquisa jurisprudencial, como, por igual, o progresso do Direito – pela dificuldade na reiteração da hipótese nova –, impedindo a sistematização da solução inovadora. Por isto à cláusula geral cabe o importantíssimo papel de atuar como o *ponto de referência entre os diversos casos* levados à apreciação judicial, permitindo a formação de catálogo de precedentes. (MARTINS-COSTA, 1998, p. 140/141, grifo do autor)

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 40) ainda faz uma ressalva, de que existe sim um temor, uma insegurança sobre o convívio da liberdade do julgador com o sistema jurídico, mas tal desconfiança poderá ser suprida, uma vez que os limites das cláusulas gerais estão centrados na obrigatoriedade de obediência aos princípios constitucionais.

Nas palavras de Nalin (2004, p. 91) “para além de outros papéis na ordem do sistema, desempenha a atual Constituição brasileira a função de arcabouço axiológico necessário e indispensável para a (justa) operação das cláusulas gerais”.

Assim, a inflexão dos princípios constitucionais no ordenamento privado dá-se por meio das cláusulas gerais, as quais poderão ser uma mudança pertinente no direito privado pátrio. Nas palavras de Tepedino (2002, apud NALIN, 2004, p. 94) “desde que lidas e aplicadas segundo a lógica da solidariedade constitucional e da técnica interpretativa contemporânea”.

A título de exemplo, se a CRFB/88 não elencasse o valor da solidariedade, no artigo 3º, inciso I, como fundamento da República Federativa do Brasil, tornaria dificultosa a aplicação do artigo 421 do Código Civil, o qual remete à função social do contrato, bem como, seria insustentável representar a conduta ética engajada na cláusula geral da boa-fé, art. 422 do CC, sem observar a ética social ressaltada na Carta Constitucional.

Nesta senda, ao mesmo tempo em que as cláusulas gerais dão ao juiz o livre arbítrio de definir os conceitos de uma cláusula geral, uma vez que há uma lacuna axiológica a ser preenchida, considerando as particularidades de cada caso, ela o contrapõe no sentido de vinculá-lo aos valores determinados pelo sistema.

Logo, o juiz terá discricionariedade para criar os conceitos das cláusulas gerais dentro dos limites constitucionais e das valorações pré-estabelecidas pelo sistema, ou seja, trata-se de uma criação mitigada, condicionada a definições gerais preexistentes.

7 ANÁLISE CASUÍSTICA – APLICAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Nesta esteira de exposições, Martins-Costa (1998, p. 138) ensina que, em suma, as normas postas em cláusulas gerais, por não possuírem uma *fattispecie* autônoma, haja vista às suas incompletudes, necessitam serem formadas pela jurisprudência, do contrário, tais normas restarão inúteis e emudecidas.

Assim sendo, de acordo com as lições de Judith (1998) é preciso considerar que o Codex Civil vigente tem um extenso campo de matérias, especialmente no que concerne aos institutos da personalidade e à funcionalização de determinados direitos subjetivos, com o fim de evitar que a cada novo problema da sociedade seja necessária a criação de uma nova figura legislativa, o que contribuiria para uma inflação legislativa, é basilar a concreção das cláusulas gerais constantes do Código Civil com base na jurisprudência constitucional.

A propósito, sobre a aplicação das cláusulas gerais, já se pronunciaram alguns tribunais superiores, senão veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. DÉBITO INCONTROVERSO. IMPOSIÇÃO DE PARCELAMENTO À CONCESSIONÁRIA. CABIMENTO. Impossibilidade de adimplemento pela usuária e de escolha do prestador do serviço em face da concessão. Incidência da *cláusula geral da função social do contrato que permite ao aplicador da norma estabelecer a construção específica de diretriz legislativa* (grifo nosso). Mitigação do princípio da autonomia de contratar ante a presença da essencialidade do serviço e o interesse superior de atendimento à dignidade da pessoa humana, consistente na manutenção daquele serviço através do pagamento diferido do débito. Recurso provido. (TJ-RJ - APL: 00157535620148190210 RIO DE JANEIRO LEOPOLDINA REGIONAL 2 VARA CIVEL, Relator: CARLOS EDUARDO DA ROSA DA FONSECA PASSOS, Data de Julgamento: 04/07/2018, DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 05/07/2018).

“EMENTA: SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS EM GRUPO – AÇÃO DECLARATÓRIA - RECUSA DA SEGURADORA À RENOVAÇÃO DO CONTRATO - DISPOSIÇÃO CONTRATUAL QUE AUTORIZA A DENÚNCIA IMOTIVADA - NULIDADE - VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA *BOA-FÉ OBJETIVA E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO* (grifo nosso) - É nula de pleno direito a cláusula que admite a rescisão unilateral, pela seguri adora, de contrato de seguro de vida, com fulcro em simples manifestação de vontade no sentido de não pretender a renovação da apólice. Permitir tal rescisão, após sucessivas renovações automáticas, por diversos anos, e no momento em que a idade do segurado o torna mais suscetível à ocorrência do sinistro, importa em violação à *boa-fé objetiva e função social dos contratos* (grifo nosso) e coloca o consumidor hipossuficiente em desvantagem excessiva, o que não se pode admitir - Apelos improvidos.” (Ap. 1.070.646-0/4, 35ª Cam. D. Priv., TJSP, rel. Des. José Malerbi, j. 23-11-2009, v.u.)

Conforme os julgados colacionados, os magistrados fundamentaram as suas decisões por meio das cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato, as quais, respectivamente, determinam a aplicação da transparência do contrato desde a sua oferta, a construção do dever de informação e cooperação entre as partes, a vedação ao abuso contratual,

e que o contrato é um instrumento que não surte efeitos somente aos contratantes, mas toda à coletividade.

Do exposto, tem-se que as cláusulas gerais são importantes para solucionar inúmeras questões. No entanto, embora assim sejam, não fará de imediato, vez que seus conceitos abertos serão construídos ao longo dos julgamentos proferidos pelos tribunais.

8 CONCLUSÃO

O estudo possibilitou compreender que, diante das constantes transformações sociais e da intensa globalização, foi necessário o ordenamento jurídico pátrio acompanhar as novas realidades da sociedade, o que resultou na utilização das cláusulas gerais como meio para a captura e solução dos problemas da vida cotidiana.

Outrossim, foi trazida à baila, a suposta insegurança jurídica que as normas abertas, em tese, causam no sistema pátrio, haja vista a discricionariedade do magistrado para a sua aplicação. Acerca disso, foi constatado que o instituto de normas abertas trouxe uma nova percepção para o sistema jurídico, no qual não se admite que o juiz faça uma aplicação mecânica e/ou automática das leis.

E mais, que o aplicador do direito está limitado quanto ao uso das cláusulas gerais, isso porque as decisões não poderão, por óbvio, estar em desconformidade com os preceitos da CRFB/88, o que dá às partes litigantes a segurança de que os seus direitos estarão assegurados.

Isso posto, conclui-se que o juiz, em sua missão constitucional da magistratura, merece a confiança da sociedade e, principalmente, dos operadores do direito, sendo-lhe, também necessário, compreender que o seu papel, munido de responsabilidade social, não é, tão somente um aplicador da lei, mas construtor do ordenamento jurídico pátrio e contribuinte para as transformações sociais.

Destarte, as cláusulas gerais não pretendem solucionar todos os problemas sociais, uma vez que as respostas serão edificadas pela jurisprudência. No entanto, após o seu advento, pôde-se verificar, felizmente, que a sua aplicabilidade vem gradativamente aumentando.

Tal fato é motivo de felicidade porque resta claro que as cláusulas gerais constituem grande benesse ao aplicador do direito, as quais, quando

utilizadas, possibilitarão aproximá-lo das questões fáticas, dos valores abarcados pelas leis, da norma jurídica extraída dos diplomas legais, proporcionando a incorporação de princípios, diretrizes, máximas de condutas, bem como a flexibilidade e, conseqüentemente, a segurança jurídica que o sistema jurídico busca.

REFERÊNCIAS

- ÂMBITO JURÍDICO. *Aplicação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos interempresariais pelo Tribunal de Justiça de São Paulo: fundamento da decisão versus argumentação retórica – análise jurisprudencial de 2009*. Disponível em: encurtador.com.br/pvy67. Acesso em: 24 de junho de 2019.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação 00157535620148190210*. 18º Câmara Cível. Relator: Carlos Eduardo Da Rosa Da Fonseca Passos. Data de Julgamento: 04/07/2018. Data de Publicação: 05/07/2018.
- CAVALIERI FILHO, S. *Programa de direito do consumidor*. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- GONÇALVES, C. R. *Direito Civil Brasileiro*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MARQUES, C. L. *Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo código civil – do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas*. Revista de Direito do Consumidor. vol. 45, 2003.
- MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MARTINS-COSTA, J. *O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito UFRGS, Porto Alegre, v. 15, 1998. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70391/39899>. Acesso em: 11 de junho de 2019.
- NALIN, P. *Cláusula geral e segurança jurídica no código civil*. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 41. 2004. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/issue/view/215>. Acesso em: 02 de junho de 2019.
- REALE, M. *Filosofia de direito*. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE, M. *Visão Geral do Projeto de Código Civil*. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>. Acesso em: 21 de junho de 2019.

RODRIGUES, L. C. V. *O código civil de 2002: princípios básicos e cláusulas gerais*. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 1. 2013. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/seriemagistrado13.html>. Acesso em: 26 de maio de 2019.

Sarmiento, D. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TARTUCE, F. *Manual de Direito Civil*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Método, V. Único. 2018.

