

ELEMENTOS PARA A TEORIA DAS CLÁUSULAS GERAIS NO DIREITO CIVIL

ALEXANDRE G. N. LIQUIDATO

Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. DISTINÇÕES INICIAIS: NORMAS E PRINCÍPIOS; SISTEMA INTERNO E SISTEMA EXTERNO; 2. OS CONCEITOS LEGAIS INDETERMINADOS E OS DETERMINADOS PELA FUNÇÃO; 3. AS CLÁUSULAS GERAIS: IDÉIAS FUNDAMENTAIS; 4. DISTINÇÃO ENTRE AS CLÁUSULAS GERAIS E OS CONCEITOS LEGAIS INDETERMINADOS. FUNÇÃO E PRINCIPAIS APLICAÇÕES NO DIREITO DOS CONTRATOS; 5. CONCLUSÕES.

INTRODUÇÃO

Variadas são as matizes que coloriram o Código Civil brasileiro, cuja promulgação tardia, hoje conta mais de oito anos¹. Pondo à parte as respectivas origens históricas – situadas entre o final da década de 1960 e a primeira metade dos anos setenta –, porquanto correspondentes a um cenário que não existe mais, quer pela superação do modelo político de Estado então vigente, quer pela construção de uma economia de mercado distinta dos paradigmas de então, quer, ainda, pela edificação de uma sociedade de bases tecnológicas radicalmente mais avançadas –, é de se ver a tentativa do legislador, de superar modelos consagrados pelo Código Civil de 1916, porém já inadequados ao mundo que sucedeu à Segunda Grande Guerra.

¹ Monografia apresentada no segundo semestre de 2009, como requisito parcial para aprovação na disciplina (DCV-5917-2/3) **O Novo Código Civil: Proposta de Emendas e Revisões II**, no programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professores Titulares regentes: Rui Geraldo Camargo Viana e Carlos Alberto Dabus Maluf.

Assim, uma das cores mais fortes, com a qual tal tentativa foi “pintada”, corresponde à busca de certa elasticidade de algumas normas legais. Estas, articulavam conceitos de grande vagueza e alto grau de indeterminação, para o fim de que a nova codificação, não apenas fosse longeva, como aquela que se prestara a revogar, mas também permanecesse atualizada, pela maior quantidade de tempo possível, de modo que se seguisse a técnica legislativa alemã, aplicada ao BGB.

Note-se que a vagueza da linguagem e a indeterminação do conteúdo de tais conceitos acabaram projetando consequências para além dos enunciados das normas legais, chegando mesmo a abrir lacunas normativas. Estes claros haveriam de ser preenchidos pelos juízes, que valorariam as normas legais e dariam consequências à infringência delas.

Ora, isso, tendencialmente, ampliou os poderes dos magistrados, porquanto eles, no exercício da função judicante, tenham assumido a posição de colmatadores de tais vazios, numa atividade criadora do direito.

Esse é o contexto em que se inserem as cláusulas gerais, cuja teoria não se ousa esgotar ou aprofundar neste singelo trabalho. Em verdade, este estudo se presta apenas a fixar alguns pontos não elimináveis da teoria da cláusulas gerais, que orientariam futuros trabalhos, com maior grau de cientificidade.

Isso importa, no enfrentamento, ainda que superficial, do sistema de direito civil, que paralela e simultaneamente, articula normas, princípios, conceitos legais indeterminados, conceitos legais determinados pela função e cláusulas gerais, diferenciando-os, uns dos outros e investigando o papel e aplicações da última. Essa é a proposta deste trabalho.

1. DISTINÇÕES INICIAIS: NORMAS E PRINCÍPIOS; SISTEMA INTERNO E SISTEMA EXTERNO

Normas legais e princípios jurídicos não se confundem. De acordo com Karl Larenz², os princípios jurídicos são os pensamentos que dirigem uma regulação jurídica existente ou possível. Estes não são normas aplicáveis, mas podem vir a se transformar em

² LARENZ, Karl. **Derecho justo**: Fundamentos de ética jurídica. Trad. do alemão para o espanhol de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 2001, p. 32-33.

regras. Fundamentalmente, o papel dos princípios é indicar a direção em que a regra (a ser identificada e aplicada) se situa, norteando, preliminarmente, o operador do direito para as etapas seguintes.

Há significativa contribuição de Josef Esser³ para explicar essa aparente confusão entre normas e princípios. Segundo o autor, para os juristas de tradição europeia-continental, é comum a crença de que há princípios jurídicos em estado de latência sob as regras positivas. Esses, uma vez revelados e ativos, automaticamente, assumiriam uma posição igual a da lei.

Essa debilidade dos textos legais – derivada da insuficiência das velhas codificações (em razão da época e das situações políticas em que foram elaboradas) – ganharia corpo, visto que tais juristas seriam ideologicamente incapazes de fundamentar e delimitar a autoridade jurídica de suas criações.

O pensamento de Esser trazido acima é bastante sustentável ante a inigualável influência cultural do direito romano justinianeu e do direito comum intermédio que, em função da colonização portuguesa, acabou aportando no Brasil.

De qualquer modo, a idéia de princípio pode ser resumida, à luz do pensamento de Carlos Alberto da Mota Pinto⁴, como o esqueleto do direito, de maneira que este se apresenta com o “*valor de fundamentos impregnadores do sentido e da função das normas* que os acolhem e desenvolvem”.

Realmente, explicar a norma legal, deduzindo o comando que dela emerge é uma operação importantíssima, outra, bem diferente, é extrair os princípios jurídicos que a informam.

A primeira tarefa é explicativa, a segunda é exegética. Entretanto, a se examinar o conteúdo de ambas, é de se ver que não há, propriamente, um antagonismo entre elas, mas, apenas, a repetição de antigas lições em formatos distintos, com maior ou menor grau de originalidade, sem a preocupação de uma exegese que se aprofunde no sistema do direito civil. Daí a necessidade de se distinguir o sistema interno do externo.

³ ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboracion jurisprudencial del derecho privado**. Trad. do alemão para o espanhol de Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961, p. 04.

⁴ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, p. 81-82.

Segundo Menezes Cordeiro⁵, a conjugação do sistema interno ao externo ocorre da seguinte maneira: para esse civilista português⁶, dá-se o nome de sistema interno ao conjunto de normas jurídicas que previamente estabelecidas permitam a obtenção ou a previsão de soluções para os conflitos presentes ou futuros de modo regular, o que vale dizer, guardando lógica interna, de sorte que questões iguais sejam decididas igualmente, enquanto aquelas diferentes sejam cuidadas na medida da diferença. O sistema externo, como o próprio nome diz, corresponde à exteriorização do direito, tal como fenômeno cultural, de linguagem e de aprendizagem. É, portanto, um sistema de exposição do direito.

O civilista acima referido, afirma que embora sempre tenha havido um sistema interno do direito, o sistema externo foi uma conquista alcançada pelo desenvolvimento da Ciência do Direito. A conexão dos dois sistemas com o mundo ocidental pode ser explicada com apoio no *Corpus Iuris Civilis*, pois um exemplo concreto do conteúdo do sistema interno (compreendido no sentido acima) se verifica no Digesto, que muito embora não tivesse uma arrumação categorial das matérias, guardou as características gerais já indicadas.

Pois bem, nesse diapasão, sustenta tal autor que o direito privado continental europeu é o que resultou de três sucessivas recepções do Direito Romano, a saber: a primeira nas universidades (a começar por Bologna); a segunda (recepção humanista) centralizada na França e na terceira (recepção pandectista) na Alemanha. Esse fenômeno de difusão cultural está associado à aprendizagem dos juristas (com instrução formal universitária), de sorte que sob o falso equilíbrio estático dos textos justinianeus, modificava-se o Direito. Isto se dava pelas alterações introduzidas no sistema externo que assim foi se formando.

Estabelecidas essas idéias, sustenta ainda Menezes Cordeiro⁷, uma teoria evolutiva dos sistemas, que pretende explicar o que há de mais importante no que diz respeito aos avanços juscientíficos, por meio dos diferentes modelos de sistema externo, em

⁵ MENEZES CORDEIRO, António. **Teoria geral do direito civil**. 2.ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1988, p. 31-52. Vide também: MENEZES CORDEIRO, António. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. LXX-LXXXIV.

⁶ Com apoio no pensamento de Philipp Heck.

⁷ MENEZES CORDEIRO, Introdução à edição portuguesa..., p. LXXIII.

três etapas, a saber: a sistemática humanista (primeira sistemática), a sistemática jusracionalista (segunda sistemática) e a sistemática integrada (terceira sistemática). Por necessidade de sumarização cuide-se apenas da sistemática integrada, ou terceira sistemática que, de acordo com o autor, perdura até os dias de hoje.

Essa, fundada por Savigny, apresenta perspectivas histórico-culturais, valendo-se do direito romano para a eleição dos princípios jurídicos que vão compor o núcleo do sistema (negação da arbitrariedade e justificação pela história e pela cultura), enquanto sua periferia se fixa em função dos princípios gerais existentes no núcleo (negação do empirismo), de modo que todo o sistema tenha trânsito por caminhos de mão-dupla, ligando o centro à periferia, integrando-se, assim, a cultura e a racionalidade, ou o sistema interno e o externo, de sorte que segundo as perspectivas atuais, estes se mostrem indissociáveis. Isto se vê, por exemplo, no BGB.

A explicar a sistemática do BGB, Larenz⁸ se refere ao sistema externo da lei e ao sistema lógico de conceitos gerais e abstratos, sobre o qual esta se baseia e não ao sistema interno do Direito, retratado por ele como o “guardião” do sentido de seus princípios e idéias fundamentais.

Isto permite concluir, num esforço de síntese, que num contexto de Direito Civil codificado como é o brasileiro, filiado à tradição romano-germânico-canônica, o sistema externo corresponderia, basicamente, àquilo que há de mais facilmente visível, ou seja, os textos legais e aqueles em que se expõem e explicam o Direito, enquanto o sistema interno seria composto pelos princípios e normas jurídicas.

Malgrado o inegável valor do sistema externo, há de ser registrada a crítica feita por Canaris⁹ que o rejeita, por se reportar, basicamente, aos conceitos da lei, sendo desprovido de adequação valorativa e não guardar, autenticamente, a unidade interna do ordenamento jurídico.

À parte isso, justifica-se a adoção metodológica dessas idéias de sistema, que podem ser consideradas ultrapassadas à luz da revisão da bibliografia mais

⁸ LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Trad. do alemão para o espanhol de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 38.

⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. do alemão para o português de António Menezes Cordeiro. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 26.

autorizada¹⁰, por uma simples razão: as construções dogmáticas de direito civil (notadamente do direito das coisas) que se fizeram no Brasil a partir do Código de 1916, são eminentemente expositivas e ligadas à aprendizagem dos juristas, o que torna evidente o compromisso delas com o chamado sistema externo.

2. OS CONCEITOS LEGAIS INDETERMINADOS E OS DETERMINADOS PELA FUNÇÃO

Estabelecidas as distinções acima – tratadas em caráter apenas elementar –, de igual maneira, há de se cuidar dos chamados conceitos legais indeterminados e daqueles que se determinam pela função. De acordo com Karl Engisch¹¹, conceito indeterminado é aquele que, em grande medida, são incertos o conteúdo e a extensão.

Pois bem, feita essa estipulação, há, contudo, de se proceder a um esclarecimento terminológico: com amparo na doutrina alemã, os professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹², preferem a expressão “conceitos legais indeterminados”, em detrimento dos “conceitos jurídicos indeterminados”, porquanto a indeterminação se situe na norma legal e não no direito. Desse modo, os autores referidos entendem que

Conceitos legais indeterminados são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso. Sempre se relacionam com a *hipótese de fato* posta em causa. Cabe ao juiz, no momento de fazer a subsunção do fato à norma, preencher os claros e dizer se a norma atua ou não no caso concreto. preenchido o conceito legal indeterminado (*unbestimmte Gesetzbegriffe*), a solução já está preestabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar norma, sem exercer nenhuma outra função criadora. Distinguem-

¹⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. do alemão para o português de José Lamago. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 230-241.

¹¹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. do alemão para o português de João Batista Machado. 7.ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 208.

¹² NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código Civil comentado e legislação extravagante**. 4.ed. São Paulo: RT, 2006, p. 161.

se das cláusulas gerais pela *finalidade e eficácia*. A lei enuncia o conceito indeterminado e dá as conseqüências dele advindas¹³.

O Código Civil é pródigo ao oferecer exemplos de conceitos legais indeterminados. Vejam-se alguns casos¹⁴: a) a primeira parte do art. 122 estabelece que “são lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes”; então, *a contrario sensu*, a ordem pública e os bons costumes – igual e propositalmente indeterminados pela norma legal –, são decisivos para qualificar a condição como ilícita; b) ainda no campo da ilicitude, o inciso II ao art. 188, elege como excludente, a remoção de perigo iminente, sem que se determine de que se trata; c) também é indeterminado o conceito de caso urgente, na inexecução das obrigações de não fazer, tal como se vê do parágrafo único do art. 251; d) ocorre o mesmo com a necessidade imprevista e urgente, para a suspensão dos efeitos do contrato de comodato, nos termos do art. 581; e) indeterminado, por sua vez, é o conceito de atividade que implique risco, para a imposição de responsabilidade civil objetiva, a teor do art. 927, parágrafo único; f) assim como são indeterminados os conceitos de coisa necessária à economia doméstica do art. 1643, I e de divisão cômoda do art. 2019.

Note-se que em todos esses casos, as normas legais preceituam com grande nitidez quais as conseqüências jurídicas das hipóteses de fato correspondentes aos conceitos indeterminados, competindo ao juiz de direito, colmatar a indeterminação, de acordo com valores contemporâneos atribuídos à norma. Isso haveria de se dar, evidentemente, em caráter funcional. Daí falar-se em conceitos determinados pela função.

A determinação de algo pelo papel que desempenha não é novidade na ciência do direito. Particularmente quanto aos conceitos legais determinados pela função, basta se pensar que estes correspondem a uma operação de concretização da previsão hipotética da norma, a qual, tendencialmente, haveria de ser aplicada ao caso pelo juiz.

¹³ NERY JUNIOR-ANDRADE NERY, **Código Civil comentado...**, p. 161. Ademais, para os autores referidos, as origens dos conceitos legais indeterminados estariam no direito administrativo, porquanto “Para o direito administrativo não bastam as cláusulas gerais (que permitem ao juiz *liberdade* no preenchimento dos conceitos), porque o princípio da legalidade (CF 37 *caput*) só permite que seja realizado o que a norma expressamente autorizar” (NERY JUNIOR-ANDRADE NERY, **Código Civil comentado...**, p. 161).

¹⁴ NERY JUNIOR-ANDRADE NERY, **Código Civil comentado...**, p. 161-162.

Coloque-se isso de modo mais técnico: quanto mais abstrato, ou mais indeterminado for um conceito legal, haverá de ser, proporcionalmente, mais ausente o seu conteúdo, o que implicaria em pouca efetividade, porquanto menos nítida seria “a relação de sentido subjacente a uma regulação, com base num princípio determinante, é expressa em tal medida que, mesmo que necessariamente abreviada, continua a ser identificável¹⁵”. Justamente essa seria a marca identificadora dos conceitos determinados pela função. Quanto a isso, acrescenta Karl Larenz¹⁶:

Os conceitos determinados pela função servem, além disso, para garantir adentro de um complexo de regulação determinado, a aplicação equitativa daquelas normas jurídicas em cujo conteúdo estão implícitos como elemento da previsão ou também da consequência jurídica. Trata-se aqui de conceitos como “ilicitude”, “negligência”, “boa” ou “má-fé”. Tais conceitos *puramente normativos* hão-de determinar-se de acordo com a sua função em cada complexo de regulação.

Paralelamente aos conceitos legais indeterminados e aos determinados pela função, surgem, no vasto e por vezes inexplorado território do sistema interno, as cláusulas gerais, cuja concepção transcende o direito dos contratos. Contudo, foi nesta sede que se deu maior projeção à espécie no Código Civil de 2002.

3. AS CLÁUSULAS GERAIS: IDÉIAS FUNDAMENTAIS

A escrever sobre a história do Código Civil alemão, Franz Wieacker¹⁷ apontava para tormentosa escolha do legislador entre as abstrações empobrecedoras e a casuística acanhada. Precisamente nesse contexto, o autor¹⁸ definia as cláusulas gerais, como sendo:

linhas de orientação, que, dirigidas ao juiz, o vinculam e, ao mesmo tempo, lhe dão liberdade. As cláusulas gerais constituíram uma notável e muitas vezes elogiada concessão do positivismo à auto-responsabilidade

¹⁵ LARENZ, *Metodologia da ciência do direito...*, p. 686.

¹⁶ LARENZ, *Metodologia da ciência do direito...*, p. 687.

¹⁷ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. do alemão para o português de Antonio Manuel Botelho Hespanha. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 545.

¹⁸ O excerto transcrito foi extraído da obra acima referida na mesma página.

dos juízes e a uma ética social transpositiva, cujo padrão propulsor para o legislador foi constituído pela organização dada pelo *praetor* romano ao *judex* para determinar o conteúdo da decisão de acordo com a *bona fides*.

Portanto, as *Generalklauseln* seriam diretrizes norteadoras da atividade interpretativa do juiz¹⁹, que haveria de valorar o conteúdo da norma, que, em princípio, estaria em branco, atribuindo-lhe consequências eficaciais. Esse fenômeno foi precisamente descrito por Karl Larenz²⁰, com as seguintes palavras:

A necessidade de um pensamento “orientado a valores” surge com a máxima intensidade quando a lei recorre a uma pauta de valoração que carece de preenchimento valorativo, para delimitar uma hipótese legal ou também uma consequência jurídica. Tais pautas são, por exemplo, a “boa-fé”, uma “justa causa”, uma “relação adequada” (de prestação ou contraprestação), um “prazo razoável” ou “prudente arbítrio”. Tais pautas não são, por assim dizer, pura e simplesmente destituídas de conteúdo; não são “fórmulas vazias pseudonormativas” que seriam compatíveis com todas ou quase todas as formas concretas de comportamento e regras de comportamento. Ao invés, contêm sempre uma idéia jurídica específica que decerto se subtraía toda a definição conceptual, mas que pode ser clarificada por meio de exemplos geralmente aceites. Estas pautas alcançam o seu preenchimento de conteúdo mediante a consciência jurídica geral dos membros da comunidade jurídica, que não só é cunhada pela tradição, mas que é compreendida como estando em permanente reconstituição.

O autor que se acabou de referir vai mais longe ao considerar os tribunais como caixas de ressonância da consciência jurídica geral. Assim, eles acabariam norteados o conjunto das decisões relativas a cláusulas gerais, por precedentes tidos como inquestionáveis, ou escudados por fartíssima jurisprudência, de maneira que

a idéia jurídica levada em consideração na pauta de regulação é posta em relação com um caso determinado e, deste modo, injectada de um conteúdo adicional, “concretizada” para este caso – o que significa, porém, para todos os casos similares. Toda a concretização alcançada

¹⁹ NERY JUNIOR-ANDRADE NERY, *Código Civil comentado...*, p. 162.

²⁰ LARENZ, *Metodologia da ciência do direito...*, p. 310-311.

contribui, servindo de exemplo, para uma nova concretização da pauta de regulação, sem que jamais este processo “chegue a seu termo”²¹.

Isto, por sua vez, levou Larenz²² a concluir que o juiz de direito, quando confrontado por uma cláusula geral, tenderia a aplicar boa medida de raciocínio tipológico, particularmente no que diz respeito à formação de grupos de casos e ao tratamento dos elementos que lhes são comuns, de sorte que haja espaço para liberdade de apreciação do magistrado.

Tal operação, num primeiro momento, reduz a aplicação da cláusula geral à sua concretização, o que valeria dizer: na fixação posterior de seu conteúdo, que apontaria para a aplicação da mesma pauta em situações futuras análogas, servindo tanto como medida de comparação e como ponto de partida, para futuras concretizações, de sorte que a cláusula geral fosse enriquecida e desenvolvida.

Isso, a exemplo do que afirma Engisch²³, não importa em casuísmo, mas na sua contraposição, vez que para tal autor esse é a configuração da hipótese prevista na lei enquanto resultado dos pressupostos condicionantes do que foi estatuído, que conteria determinados grupos de casos, circunscritos às suas próprias especificidades, enquanto a cláusula geral é uma formula hipotética que, com grande generalidade, abrangeria e subordinaria a um tratamento jurídico o mesmo conjunto de casos.

Se, por um lado, as cláusulas gerais mitigam a rigidez de algumas regras, dando mobilidade ao sistema²⁴, à medida que concretizam princípios e conceitos²⁵, de modo a que se atenuem os efeitos de uma redação genérica e abstrata²⁶, é de se ver que sua absoluta instrumentalidade²⁷, nas mãos erradas, pode ser danosa.

É inegável a existência de um sério perigo no emprego inadequado das cláusulas gerais, que poderia consistir na degeneração da técnica acima descrita, para

²¹ LARENZ, *Metodologia da ciência do direito...*, p. 311.

²² LARENZ, *Metodologia da ciência do direito...*, p. 311-312.

²³ ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico...*, p. 228.

²⁴ CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito...*, p. 141-148.

²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, out.-dez. 1991, n. 112, p. 21. NERY JUNIOR-ANDRADE NERY, *Código Civil Comentado...*, p. 162.

²⁶ LARENZ, *Derecho civil...*, p. 87.

²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais..., p. 21.

detestável discricionariedade, porquanto a valoração do conteúdo das cláusulas gerais não significa uma atitude personalíssima (ou despótica) do órgão jurisdicional²⁸. Neste sentido, já advertia Franz Wieacker que²⁹

O reverso das cláusulas gerais foi de há muito notado. Se a disciplina dogmática do juiz se torna mais rigorosa, dá-se uma tentativa de “fuga para as cláusulas gerais” (Hedemann), para uma jurisprudência voltada exclusivamente para a justiça e liberta da obediência aos princípios; em épocas de predomínio da injustiça elas favorecem as pressões políticas e ideológicas sobre a jurisprudência e oportunismo político. Mesmo abstraindo destas épocas de degenerescência, elas possibilitam ao juiz fazer valer a parcialidade, as valorações pessoais, o arrebatamento jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo género, contra a letra e contra o espírito da ordem jurídica. Por outro lado, 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.

Esse perigo torna-se mais gritante, a se pensar no alcance de algumas cláusulas gerais – fora do âmbito do direito dos contratos – tais como: a) a função social da propriedade (prevista nos arts. 5º, XXIII e 170, III da Constituição de 1988, bem como no art. 1228, § 1.º do Código Civil de 2002) e da empresa (cuidada no parágrafo único do art. 116 e no *caput* do art. 154, da Lei de Sociedades por Ações), que guardam correlação à ordem pública, por exemplo, a teor do art. 2035 do Código Civil³⁰.

4. DISTINÇÃO ENTRE AS CLÁUSULAS GERAIS E OS CONCEITOS LEGAIS INDETERMINADOS. FUNÇÃO E PRINCIPAIS APLICAÇÕES NO DIREITO DOS CONTRATOS

A teor do que foi possível examinar até este passo, cláusulas gerais tem muito em comum com os conceitos indeterminados. Isto se vê pelo vazio valorativo verificável em ambas as espécies, assim como pelas características extrema vagueza e generalidade já afirmadas.

²⁸ ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico...*, p. 236.

²⁹ WIEACKER, *História do direito privado moderno...* p. 546.

³⁰ Esta exemplificação não é exaustiva. Para maiores aprofundamentos, vide: NERY JUNIOR-ANDRADE NERY, *Código Civil comentado...*, p. 162.

Nesse sentido, com razão afirma Judith Martins-Costa³¹ que não há nas cláusulas gerais, ou nos conceitos legais indeterminados, qualquer estrutura própria apta a diferenciá-los.

Então, se tanto as cláusulas gerais, como os conceitos legais indeterminados correspondem a proposições, contidas no texto da lei, que dependem de valoração por parte do juiz e, partindo-se da premissa de que ele haverá de concretizá-las, pelo preenchimento de seus conteúdos³², é de se destacar que a distinção central entre as espécies reside, justamente, no conteúdo eficaz da decisão.

Uma vez ultrapassada a tarefa de concretização, se o juiz estiver vinculado a uma consequência previamente estabelecida por lei, tem-se um conceito legal indeterminado; enquanto, se houver a possibilidade para uma solução criativa, ou seja, se o preceito da norma estiver em branco e se isto implicar em liberdade para que a autoridade judicante construa a solução - compatível com o ordenamento - que entenda mais justa (= adequada) ao caso, ter-se-á uma cláusula geral.

Tem-se, portanto, no centro da distinção entre as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados, o preceito da norma, também conhecido como disposição, correspondente à porção estrutural da norma jurídica em que se prescrevem os efeitos que se dão a um determinado fato jurídico³³. Na belíssima síntese de Marcos Bernardes de Mello³⁴, “Representa, assim, a disposição normativa sobre a eficácia jurídica”.

O papel a ser desempenhado pelas cláusulas gerais, como já foi dito, é instrumentalização e para, além disso, de flexibilização, atualização e criação do direito, como foi proposto por Estevan Lo Ré Pousada³⁵. As cláusulas gerais não apenas são janelas

³¹ MARTINS-COSTA, As cláusulas gerais..., p. 19.

³² NERY JUNIOR-ANDRADE NERY, **Código Civil comentado**..., p. 163.

³³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 66.

³⁴ MELLO, **Teoria do fato jurídico**: plano da existência..., p. 66.

³⁵ POUSADA, Estevan Lo Ré. Por um triunfo do direito científico de F. K. Von Savigny: cláusulas gerais, uniformização da jurisprudência e súmula vinculante (acerca de um eventual paralelo relativo ao *judge-made law* do sistema de origem anglo-americana. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (coord.); JABUR, Gilberto Haddad (coord.). **Direito dos contratos II**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 185.

que se prestam a arejar o sistema, mas para lhe dar novas feições, mesmo que com a prolação de sentenças determinativas³⁶.

No Brasil, após o advento do Código civil de 2002, as aplicações mais importantes da teoria das cláusulas gerais, têm sede no direito dos contratos. Fala-se, então, nas cláusulas contratuais gerais.

Reza o art. 421 do Código Civil, que a “liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. O dispositivo de lei seguinte afirma que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Tanto num, como noutro artigo de lei vê-se a preocupação do legislador em estabelecer um norte para a conduta das partes, sem, contudo, fazer o mesmo quanto à atividade valorativa do juiz.

Isto importa indagar: quais são as consequências atribuíveis à condutas infringentes dessas normas? Em outras palavras, a pergunta que não quer calar, diz respeito às repercussões disso nos três planos do mundo jurídico. Trata-se de um problema do plano da existência, da validade ou da eficácia?

Embora a técnica atual possa apontar para soluções ligadas a qualquer um dos planos, somente o órgão judicial poderá fazê-lo, quando da prolação da sentença, na qual se preencherá o vazio valorativo da norma legal, concretizando, assim, a cláusula geral.

5. CONCLUSÕES

É inegável que um código não é a sede de experimentos. Todo e qualquer Código Civil é um projeto político de sociedade, voltado para reger as relações jurídicas da vida civil.

A questão é saber se a sociedade projetada pelo legislador e, vislumbrada na lei, está suficientemente madura para transcender as pequenas desgraças cotidianas que

³⁶ O estudo das sentenças determinativas comportaria uma monografia própria e transcende aos objetivos deste estudo. Acerca disto, vide por todos: TOMASETTI JUNIOR, Alcides. **Execução do contrato preliminar**. São Paulo: USP, 1982, p. 269.

redundam na aplicação do direito, tal como foi tradicionalmente concebido e ensinado e, partir para um modelo de criação do direito a partir da atividade jurisdicional.

Estará o Poder Judiciário suficientemente habilitado e aparelhado para superar o desafio que lhe foi imposto pelo legislador de 2002? Será realmente saudável para a sociedade brasileira, neste passo de sua evolução histórica, criar difusamente o direito, sem um debate mais aprofundado? Não há como se responder a isso.

Assim, encerra-se este trabalho, com um convite à meditação, consistente em sopesar as proféticas palavras de Franz Wieacker³⁷: “Enquanto a teoria do direito e a tradição judicial não desenvolverem uma técnica reflectida do uso correto da cláusula geral, ela constitui um perigo crescente para as nossas ordens jurídicas”.

REFERÊNCIAS

1. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. do alemão para o português de António Menezes Cordeiro. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
2. ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. do alemão para o português de João Batista Machado. 7.ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
3. ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboracion jurisprudencial del derecho privado**. Trad. do alemão para o espanhol de Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.
4. LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**. Trad. do alemão para o espanhol de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 2001.
5. LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Trad. do alemão para o espanhol de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

³⁷ WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*,... p. 547.

6. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. do alemão para o português de José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
7. MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, out.-dez. 1991, n. 112, p. 13-32.
8. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
9. MENEZES CORDEIRO, António. **Teoria geral do direito civil**. 2.ed. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1988.
10. MENEZES CORDEIRO, António. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
11. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.
12. NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código Civil comentado e legislação extravagante**. 4.ed. São Paulo: RT, 2006.
13. POUSADA, Estevan Lo Ré. Por um triunfo do direito científico de F. K. Von Savigny: cláusulas gerais, uniformização da jurisprudência e súmula vinculante (acerca de um eventual paralelo relativo ao *judge-made law* do sistema de origem anglo-americana. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (coord.); JABUR, Gilberto Haddad (coord.). **Direito dos contratos II**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
14. TOMASETTI JUNIOR, Alcides. **Execução do contrato preliminar**. São Paulo: USP, 1982.

15. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. do alemão para o português de Antonio Manuel Botelho Hespanha. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.