

NEREU RAMOS FIGUEIREDO

SEGURANÇA JURÍDICA X JUSTIÇA SOCIAL  
OS LIMITES DO JUIZ NA INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS  
DO CÓDIGO CIVIL

Monografia apresentada como requisito parcial  
para a conclusão do curso de especialização em  
Direito Civil da Faculdade de Direito do Sul de  
Minas.

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS  
POUSO ALEGRE  
2005

Banca Examinadora

---

---

À memória de meu pai Messias Ismael e minha  
Vó Bernardina

Às mulheres de minha vida: Regina, Isabel,  
Raíssa, Isadora, Natasha e Gabriela, mãe, esposa e  
filhas.

## **AGRADECIMENTOS**

Meus sinceros agradecimentos à Professora Giselda Hironaka, coordenadora do curso, pela contribuição na elaboração do Projeto de Pesquisa e por acreditar no novo Juiz que emerge do Código. Agradeço também ao Professor José Reinaldo, pelas orientações nas aulas de metodologia e pelo estímulo à pesquisa científica, e ainda aos colegas de trabalho Keila Cibelli Vieira Lemes e Rogério Abrahão Pereira Machado, pela paciência da leitura e pelas sugestões que aperfeiçoaram o texto.

## SUMÁRIO

1. RESUMO.....	06
2. O CÓDIGO CIVIL DE 1916 .....	07
2.1 Síntese das raízes históricas e sociológicas.....	07
2.2 A necessidade de atualização .....	09
3. O NOVO CÓDIGO CIVIL .....	12
3.1 Eticidade .....	12
3.2 Socialidade .....	14
3.3 Operabilidade .....	14
4. AS CLÁUSULAS GERAIS .....	17
4.1 Razão .....	19
4.2 Características .....	22
4.3 Estrutura .....	24
4.4 Funções .....	25
5. INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DO DIREITO .....	29
5.1 Concretização do Direito.....	29
5.2 Direito posto e pressuposto .....	33
6. CLÁUSULAS GERAIS E PRINCÍPIOS .....	35
6.1 Antinomia entre regras e princípios .....	38
7. CONTROLE E FUNDAMENTAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS .....	41
8. CONCLUSÃO.....	46
9. BIBLIOGRAFIA .....	49

## 1. RESUMO

O presente trabalho se propõe ao estudo das cláusulas gerais e dos limites da discricionariedade judicial na sua interpretação. Não se pretende identificar ou examinar todas as cláusulas gerais, mas defender a sua adoção, tendo em vista a sua utilidade em ambientes sociais em constante mudança. O trabalho está estruturado em sete partes, iniciando com uma síntese das raízes históricas e sociológicas do Código Beviláqua e da necessidade de sua atualização. Após enfatiza a mudança de paradigma introduzida pelo Código Civil de 2002 e suas diretrizes. Busca-se conceituar e identificar qual a finalidade das cláusulas gerais, procurando destacar a importância dos princípios na sua interpretação, identificando-os como o limite da liberdade das decisões judiciais, nas quais deve preponderar agora, como maior peso, o dever de fundamentação. Na conclusão, destaca-se o problema central do estudo, que é a discricionariedade judicial na interpretação das cláusulas gerais, enfatizando-se a necessidade de um controle, de forma que a decisão defina o alcance da norma ao caso concreto, sem se afastar da segurança jurídica.

## 2. O CÓDIGO CIVIL DE 1916

### 2.1 Síntese das raízes históricas e sociológicas

A Constituição Imperial de 25 de março de 1824, art. 179, nº XVIII, determinou que se organizasse o Código Civil, fundado em sólidas bases de justiça e equidade. Sobreveio a República em 1889 sem que a tarefa se aperfeiçoasse, continuando a vigor as Ordenações até que em 1º de janeiro de 1917 entrou em vigor o Código Civil, que foi o marco da mudança da história jurídica de Brasil e Portugal, até então comum. Enquanto Portugal se deixava influenciar pelas idéias francesas, o Brasil permanecia fiel às tradições, devido à sua estrutura social, baseada na sociedade colonial amparada no trabalho escravo.

Orlando Gomes [2003:14] diz que o código incorporou certos princípios morais, emprestando-lhes conteúdo jurídico, particularmente no direito familiar. Muitos preceitos vem impregnados de sentimentalismo próprio do temperamento brasileiro, causa do abrandamento da dureza de certas disposições do Direito português. Predomina na elaboração do código aquele privatismo doméstico que tem marcada influência na organização social do Brasil. Um direito mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da nação, nas palavras de Pontes de Miranda.

O conservadorismo do Código se manifesta pela consagração da posição privilegiada do homem na sociedade conjugal, na proibição do divórcio, na adoção da comunhão universal de bens como regime legal, com a permanente preocupação com o fortalecimento do grupo familiar.

O Código Beviláqua sofreu intenso desajustamento interno entre os interesses da classe dominante. Se por um lado a pretensão era imprimir-lhe um cunho liberal e progressista, por outro encontrava-se forte resistência nos interesses dos fazendeiros.

Assinala Orlando Gomes [2003:30-31] que o Código Civil é obra de homens da classe média, que o elaboraram nesse estado de espírito, isto é, na preocupação de dar ao país um sistema de normas de Direito privado que correspondesse às aspirações de uma sociedade interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção.

Mas esse propósito encontra obstáculos na estrutura agrária do país e não recebia estímulos de uma organização industrial a que se somasse o ímpeto libertário da burguesia mercantil.

A classe média, que o preparou por seus juristas, embora forcejasse por lhe imprimir um cunho liberal e progressista, estava presa aos interesses dos fazendeiros, que, embora coincidentes imediatamente com os da burguesia, não toleravam certas ousadias. Numerosas e concludentes são as provas de que o pensamento dominante na elaboração do Código Civil sofreu a influência desse desajustamento interno entre os interesses da classe dominante.

Na conclusão de seu ensaio a respeito do Código Civil, escrito no ano de 1958, Orlando Gomes [2003:45] arremata:

O Código Civil colocou-se, em conjunto, acima da realidade brasileira, incorporando idéias e aspirações da camada mais ilustrada da população. Distanciando-se dessa realidade, o seu papel seria, em pouco tempo, de grande significação na evolução cultural do país. Primeiramente, porque exerceu notável função educativa. O idealismo da elite tem sido, entre nós, como foi na elaboração do Código Civil, de irrecusável utilidade para o próprio desenvolvimento do país. Transplantando para um país subdesenvolvido, que vivia exclusivamente na dependência da exportação da produção agrícola, instituições e doutrinas oriundas de povos mais desenvolvidos, os elaboradores do Código Civil concorreram para o aperfeiçoamento do nosso Direito privado, sem sacrificar a tradição pela novidade e sem cair no servilismo de outras codificações.

## 2.2 A necessidade de atualização do Código

O Código de Beviláqua perdurou por quase um século, regendo as relações privadas dos cidadãos, até que se sentiu a necessidade de atualizá-lo, em decorrência das profundas alterações vivenciadas pela sociedade.

Miguel Reale [1975:3] ao esclarecer sobre a necessidade da revisão do antigo Código, afirmou:

Não é menos verdade, porém, que o nosso tempo se mostra mais propício a vislumbrar as linhas do futuro do que o de CLÓVIS, quando ainda o planeta não fora sacudido pela tormenta de duas guerras universais e pelo impacto dos conflitos ideológicos. Muito embora sejamos partícipes de uma “sociedade em mudança”, já fizemos, no Brasil, a nossa opção pelo sistema e o estilo de vida mais condizentes com as nossas aspirações e os valores de nossa formação histórica. Se reconhecemos os imperativos de uma Democracia Social, repudiamos todas as formas de coletivismo ou estatalismo absorventes e totalitários. Essa firme diretriz não só nos oferece condições adequadas à colocação dos problemas básicos de nossa vida civil, como nos impõe o dever de assegurar, nesse sentido, a linha de nosso desenvolvimento.

Superado de vez o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do Código vigente, reconhecendo-se cada vez mais que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação, não pode ser julgada temerária, mas antes urgente e indispensável, a renovação dos códigos atuais, como uma das mais nobres e corajosas metas de governo.

Já naquela oportunidade, quando se questionava a opção pela codificação ou quando se emergia o fenômeno da descodificação, sustentava o Supervisor da Comissão revisora [1975:4], que:

Nem se diga que nossa época é pouco propícia à obra codificadora, tantas e tamanhas são as forças que atuam neste mundo em contínua transformação, pois, prevalecer tal entendimento, só restaria ao jurista o papel melancólico de acompanhar passivamente o processo histórico, limitando-se a interferir, intermitentemente, com leis exparsas e extravagantes. Ao contrário do que se assoalha, a codificação, como uma das expressões máximas da cultura de um povo, não constitui balanço ou arremate de batalhas vencidas, mas pode e deve ser instrumento de afirmação de valores nas épocas de crise. Mesmo porque, tal como a história no-lo comprova, há codificações, como a de Justiniano, elaboradas no crepúsculo de uma civilização, enquanto que outras, como o Código Civil de Napoleão, correspondem ao momento ascensional de um ciclo de cultura.

Após germinar no Congresso Nacional desde o ano de 1975, enfim entra em vigor o Novo Código Civil, com a pretensão de entre outras: manter a estrutura do Código revogado; preservar sempre que possível a sua redação; atualizá-lo para superar os pressupostos individualistas que o moveram, além de introduzir novos institutos jurídicos, exigidos pela sociedade.

Ainda em defesa da codificação e respondendo as críticas de que o Código já nascia ultrapassado, Reale [1975:6] na exposição de motivos que encaminhou ao Ministro da Justiça, no tópico das Diretrizes Fundamentais diz que uma das intenções do Código era:

i) Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotadas de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a *legislação aditiva* a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mudanças sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da LEI à experiência social e econômica.

Os códigos oitocentistas e como tal o Código Civil de 1916, foram construídos como sistemas fechados, portanto, impermeáveis à intervenção da realidade da vida e do poder de criação da jurisprudência. Originários das concepções iluministas, era dominado pela pretensão de plenitude lógica e completude legislativa. Diz-se que expressam um sistema fechado justamente porque, empregando a técnica da casuística, centrada em modelos cerrados, com a perfeita definição da *fattispecie* e de suas conseqüências, sua linguagem dificilmente permite a comunicação com a realidade que está em seu entorno, notadamente com os chamados elementos metajurídicos, tais como valores éticos, dados econômicos, científicos, tecnológicos, elementos de ordem social etc. Por esta razão, para a regulação dos novos problemas, faz-se necessária a constante intervenção legislativa.

Portanto, para melhor compreensão e interpretação do novo Código, ainda porque mantido em sua maior parte o texto do Código Beviláqua, se faz necessário vê-lo com outros olhos, alçar novos vãos, afastado das Luzes do Estado Liberal, marca da codificação revogada, onde o centro de interesses e tutelas era o homem, como indivíduo e proprietário.

### 3. O NOVO CÓDIGO CIVIL

O Código Civil de 2002 encontra-se sedimentado em três princípios fundamentais, a eticidade, a socialidade e a operabilidade, paradigmas que irradiam suas luzes sobre todo corpo da codificação e devem ser observados quando de sua aplicação.

#### 3.1 Eticidade

O novo Código procurou superar o apego da legislação revogada, ao formalismo jurídico dos séculos 19 e 20, de influência do Direito tradicional português e da escola germânica dos pandectistas, notadamente dominada pelo tecnicismo originário do Direito Romano. Fazia-se necessário reconhecer a participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, ainda que preservada a técnica jurídica, que com aqueles deve se compatibilizar.

Com a opção pelas normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, pretende-se possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos pelos operadores do direito, para contínua atualização dos preceitos legais. Diante da escolha pela eticidade, com frequência o Código Civil faz referência à probidade e boa-fé, assim como à correção, de que são exemplos os artigos 113, 187 e 422<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 113: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Art. 187: Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Art. 422: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

A eticidade é considerada o espírito do novo Código, onde são reconhecidos critérios éticos-jurídicos que permitem a concreção jurídica, com maior autorização ao juiz para encontrar a solução mais justa ao caso concreto, ponderando Reale [1998:28]:

O novo Código, por conseguinte, confere ao Juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou injustável à especificidade do caso concreto.

A boa-fé objetiva, que passa a exigir dos contratantes uma efetiva conduta honesta, leal e transparente, transformou-se em dever jurídico, em cláusula geral, implícita em todos os contratos, substituindo o velho conceito de boa-fé subjetiva, que traduzia mera exortação ética, que pouco contribuía para garantir equações econômicas justas. Como se não bastasse, converteu-se a boa-fé em primeiro critério de hermenêutica dos negócios jurídicos, o que representará sua louvável e necessária purificação ética. E a nova técnica das cláusulas gerais, de princípios indefinidos, que aumenta, e muito a discricionariedade dos juízes, permitindo-lhes adotar, diante do caso concreto, as medidas necessárias para compor o litígio, será o mais poderoso mecanismo de efetiva realização e acesso à justiça.

Fácil é perceber que o juiz será, agora, o grande equilibrador ético e econômico das relações obrigacionais, cabendo-lhe velar pela preservação da equação financeira dos negócios jurídicos, restaurando a comutatividade inaugural. Do caráter individualista do código novecentista, passa-se à vinculação a função social do contrato, colocando-o a serviço não só das partes, mas também de toda a sociedade, passando a exigir dos contratantes uma efetiva conduta honesta.

### 3.2 A socialidade

É constante o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da legislação revogada, daí o predomínio do social sobre o individual, fruto de um tempo em que a maior parte da população brasileira vive no meio urbano. Marcas desta diretriz do código, se encontra: na exigência da função social que limita o direito dos contratantes, do reconhecimento da posse trabalho, da redução dos prazos de usucapião, do poder expropriatório do juiz, dentre tantos outros<sup>2</sup>.

O sentido social é uma das características mais marcantes da nova codificação, em contraste com o sentido individualista do Código Civil anterior. Se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da “socialidade”, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana<sup>3</sup>, assinala Miguel Reale [1998:23]. Em razão da socialidade, foram necessárias revisões no que se refere aos direitos dos cinco principais personagens do Direito Privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador. Exigiu-se em razão da emancipação plena da mulher, a modificação da denominação de “pátrio poder”, para “poder familiar” a ser exercido por ambos os cônjuges. O conceito de posse foi revisto e atualizado, em consonância com os fins sociais da propriedade, reconhecendo-se ainda a posse-trabalho ou *pro labore*.

### 3.3 A operabilidade

Muito importante foi a decisão tomada no sentido de estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do Direito. Prevaleceu o entendimento de que o Código é para ser operado, com o objetivo de dar maior efetividade às suas regras.

---

<sup>2</sup> A respeito confirmam-se os arts. 421, 422, 1228, 1238, 1239, 1240 e 1242 do Código Civil.

<sup>3</sup> Valor fonte, segundo Reale

Neste sentido, tomou-se o cuidado de eliminar as dúvidas que haviam persistido durante a aplicação do Código anterior, como por exemplo a distinção entre prescrição e decadência, confusão que trazia graves conseqüências no dia a dia dos operadores do direito. Para evitar esse inconveniente, resolveu-se enumerar, na Parte Geral, os casos de prescrição, sendo as hipóteses de decadência previstas em imediata conexão com a disposição normativa que a estabelece.

Com o mesmo objetivo de facilitar a sua aplicabilidade, procurou-se por fim a expressões que pudessem dar lugar a dúvidas, como por exemplo distinção entre associação e sociedade, destinando-se aquela para indicar as entidades de fins não econômicos, e esta para designar as de objetivos econômicos.

Não menos relevante é a resolução de lançar mão, sempre que necessário, de cláusulas gerais, como acontece nos casos em que se exige probidade, boa-fé ou correção por parte do titular do direito, ou quando é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica. Foram previstas hipóteses de indeterminação do preceito, permitindo-se ao juiz decidir à luz das circunstâncias concretas do caso<sup>4</sup>.

Miguel Reale [2002] afirma que somente assim se realiza o direito em sua *concretude*, sendo oportuno lembrar que a teoria do Direito concreto, e não puramente abstrato, encontra apoio de jurisconsultos do porte de Engisch, Betti, Larenz, Esser e muitos outros, implicando maior participação decisória conferida aos magistrados.

É preciso notar ainda que o Código, notadamente forjado e marcado por novos princípios, encontra-se impregnado pelo pensamento de seu coordenador, afirmando Gerson Branco [2003:2-3] que “ o Código, coordenado pelo jurista Miguel Reale, está impregnado pelo seu pensamento filosófico denominado culturalismo, que é uma corrente de pensamento que se utiliza da noção “cultura” como um paradigma central e decisivo nos domínios das ciências humanas”.

As marcas do culturalismo estariam: na opção metodológica de não refazer integralmente o Código Civil, modificando apenas o que fosse necessário para a sua

---

<sup>4</sup> Como exemplo o art. 575 e 720 do Código Civil

modernização, portanto, valorizando os bens culturais que são reconhecidos e aceitos pela comunidade; pela adoção do princípio da socialidade, que é a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais e ainda o princípio da eticidade, a exigir uma atividade valorativa do julgador na sua aplicação.

Gerson Branco [2003:79-80] aponta o Código como arrojado: por propiciar mudanças e permitir a adaptação às novas realidades por meio de modelos abertos introduzidos pelas cláusulas gerais. Mas também o entende como tímido, pela ausência de inovação de regras, apenas consolidando modelos jurídicos que a doutrina e jurisprudência já haviam recepcionado. Concluindo:

Isso revela um dos traços mais profundos do culturalismo, segundo o qual no mundo da cultura nada se inventa. Mesmo o pensamento como atividade abstrata faz parte da experiência humana e, portanto, da experiência cultural. E nada que não tenha sido objeto de alguma forma de experiência histórica e socialmente relevante merece ser inserido na *constituição do homem comum*.

O novo Código Civil é mais o alicerce do que o telhado. E, por isso, tanto o legislador quanto o jurista possuem a liberdade para atuar e definir exatamente o seu conteúdo, preservando a sistemática mas ao mesmo tempo abrindo caminho para a aplicação tópica do direito.

#### 4. AS CLÁUSULAS GERAIS

O novo Código ao afastar-se da ultrapassada técnica das situações tipo, do modelo fechado típico do século XIX adotou o modelo aberto, com a utilização das chamadas *cláusulas gerais*, técnica utilizada para dar maior mobilidade ao sistema, mais sensível à realidade de cada caso. Essa rotulação não nos dá perfeita idéia do conteúdo, pois a cláusula geral não é, na verdade, geral. O que primordialmente a caracteriza é o emprego de expressões ou termos vagos, cujo conteúdo é dirigido ao juiz, para que este tenha um sentido norteador no trabalho de hermenêutica, de interpretação. Trata-se, portanto, de uma norma mais propriamente dita genérica a apontar uma nova exegese.

Em amparo à essa nova concepção, Martins Costa [1998:6] afirma que: a inspiração do Novo Código vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos. Diz que:

Sua linguagem, à diferença do que ocorrem com os códigos penais, não está cingida à rígida descrição de *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística. Um código não totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmos os extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais.

Karl Engisch assinala, segundo Alberto Gosson Jorge Júnior [2003-9] que as cláusulas gerais devem ser entendidas como aquelas que se contrapõem às normas casuísticas. Diz o autor:

Se o conceito multissignificativo de cláusula geral,... há de ter uma significação própria, então faremos bem em olhá-lo como conceito que se contrapõe a uma elaboração casuística das hipóteses legais. Casuística é aquela configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria.

E ainda:

Deste modo, havemos de entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos. As cláusulas gerais se definiriam por oposição às normas casuísticas.

Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:12] diz que “a generalidade do enunciado normativo pode ser descrita como uma característica das cláusulas gerais. Diz também que outra característica residiria num atributo que pode ser erigido à autêntica constante dos enunciados jurídicos, os conceitos indeterminados”. Na leitura de Engisch diz que: “por conceito indeterminado, deveria ser entendido como um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, afirmando ainda que conceitos absolutamente determinados são raros no Direito, citando como exemplo os valores numéricos, de medida e monetários”.

Conceitos indeterminados seriam aqueles que manifestam vagueza, abstração, que não são possíveis de determinar antecipadamente sua extensão<sup>5</sup>.

O problema da identificação e definição das cláusulas gerais são os vários aspectos em que ela se apresenta: ora pela generalidade, pela indeterminação de seus conceitos, ora pela técnica do reenvio. Entretanto, sua característica fundamental, o que a diferencia de outras normas, é a alta carga valorativa que ela permite na interpretação, visando a justiça do caso concreto.

---

<sup>5</sup> Eros Roberto Grau [2005:231-232] assegura com veemência que não existem conceitos indeterminados, mas sim termos indeterminados de conceitos. Diz o autor: “ Em inúmeros textos afirmei ser isso de todo insustentável, dado que – assim argumentava eu – a *indeterminação* apontada em relação a eles não dos conceitos ( idéias universais ), mas de suas expressões (termos). Daí minha insistência em aludir a *termos indeterminados de conceitos*, e não a *conceitos indeterminados*. E prossegue: “ Este ponto era e continua a ser, para mim, de importância extremada: não existem *conceitos indeterminados*. Se é indeterminado o *conceito*, não é *conceito*. O mínimo que se exige de uma suma de idéias, abtrata, para que seja um conceito é que seja determinada. Insisto: todo conceito é uma suma de idéias que, para ser conceito, tem de ser, *no mínimo*, determinada; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado. Se o conceito não for, em si, *uma suma determinada de idéias*, não chega a ser conceito.

#### 4.1 Razão das cláusulas gerais

Em um momento histórico em que o direito se vê impossibilitado em acompanhar a dinâmica dos fatos e da tecnologia reinante em nossos dias, da vertiginosa rapidez das mudanças de paradigmas sociais, o legislador fez a opção pela técnica das cláusulas gerais, tornando o sistema mais aberto, que visa a justiça do caso, ao contrário da opção pela casuística adotado pela codificação revogada<sup>6</sup>.

Nesse ambiente social onde a interdisciplinariedade parece ser o caminho das ciências sociais, onde o direito está em constante diálogo com outros ramos do conhecimento humano, a técnica das cláusulas gerais, busca apontar o caminho natural para a justiça do caso concreto, a exigir um maior empenho do juiz na tarefa de adaptação do direito às mudanças sociais.

Como exemplo desse viés das ciências sociais, destaca-se a necessidade do estreitamento das relações da ciência jurídica com a sociologia. A respeito, Bobbio<sup>7</sup> acentua que:

Não existe apenas uma ciência jurídica, mas tantas quantas sejam as imagens que o jurista tenha de si mesmo e da função que ocupa na sociedade. O jurista pode desempenhar o papel de quem *conserva* e transmite um determinado conjunto de regras do qual é depositário e guardião (intérprete do direito), ou, então, de *criador* desse sistema, transformando-o, integrando-o e inovando-o, num perfil de colaborador ativo e por vezes até crítico (pesquisador do direito).

E acrescenta ainda:

---

<sup>6</sup> Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka [2001] diz que “o paradigma da lei é estreito. E já se critica o paradigma do juiz, mesmo em sua evolução modernizada, isto é, mesmo sob esta sua nova postura e atuação, advindas de uma ampliação de seus poderes, pela autorização que lhe é concedida de decidir com base em noções vagas que são ilações de *conceitos jurídicos indeterminados*, como por exemplo, a função social, a boa-fé e as demais cláusulas gerais. Esse fenômeno que foi visto como o fenômeno da *fuga das leis para o juiz*, embora conveniente em certo momento, parece já não ter como se manter atuando, enquanto paradigma da pós-modernidade”. Conclui: “Se o percurso inicial foi o *império da lei*, e depois o percurso foi *da lei para o juiz*, bem pode ser agora, o percurso que busque a saída do juiz para o caso”.

<sup>7</sup> Conforme Alberto Gossom Jorge Júnior [2003:22-24]

Estas duas visões do papel do jurista na sociedade podem depender das seguintes situações: a) se o jurista trabalha num regime institucional *fechado* – onde prevalece um corpo rígido de normas com fontes do direito previamente determinadas e a interpretação se resume numa exegese; b) ou, ao contrário, se o sistema se caracteriza como *aberto* – onde a maior parte das regras encontram-se em estado fluído, propiciando o papel inovador do jurista que é chamado a colaborar com o legislador e o juiz – e onde as fontes formais e materiais não estão rigidamente demarcadas. Se a sociedade configura-se como *estável* – tendendo a perpetuar os próprios modelos culturais – ou em *transformação* - com a possibilidade de irromperem fatores de mudança que tornam inadequados os modelos culturais tradicionais.

Portanto, como a nossa sociedade encontra-se em constante transformação, como a necessidade da interdisciplinariedade é sentida a todo momento, como os sistemas fechados parecem não mais atender às demandas sociais, optou-se pela utilização das cláusulas gerais, caracterizadoras dos sistemas abertos, propícios ao enfrentamento dos problemas concretos da vida.

As cláusulas gerais funcionariam para Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:39-40] como *elementos de conexão* entre as regras presentes no interior do sistema jurídico e, para alguns autores se caracterizaria por uma função bem mais ampla, qual seja a de propiciar o ingresso de valores situados fora do sistema jurídico e que podem, através das cláusulas gerais, virem a ser nele introduzidos através da atividade jurisdicional.

Judith Martins-Costa conforme se apura das citações de Alberto Gosson Jorge Júnior, diz que:

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluída” 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 *ressistemização* destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico [2003:40].

As cláusulas gerais constituem 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 [2003:65].

Estas normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Em outros casos, verifica-se a ocorrência de normas cujo enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de novas normas: são as chamadas *cláusulas gerais* [2003:66].

O Código Civil na contemporaneidade, não pode mais estar adstrito à técnica da casuística, ao modelo fechado, com rígida descrição de *fattispecies*, tão caro aos iluministas, pois deve buscar sua inspiração nas normas constitucionais, farta em modelos jurídicos abertos e aos princípios. Nas palavras de Judith Martins Costa [1998:6-7]:

As cláusulas gerais, mais do que um "caso" da teoria do direito - pois revolucionam a tradicional teoria das fontes - constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e

políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.

#### 4.2 Características das Cláusulas Gerais

Ao contrário do sistema adotado no século passado, onde se pretendia a clareza e precisão da lei, quando se exigia o seu caráter abstrato e geral, ocorre em nosso tempo a total inversão desses paradigmas, assumindo a lei a característica de concreção e individualidade, de resposta a certos e determinados problemas da vida, pois afinal o direito deve servir para resolver questões concretas.

Nesse contexto, surge uma linguagem legislativa diferenciada, advinda da certeza de não se poder prever a todas as questões da vida, ainda mais em nossos dias, quando a velocidade das mudanças e dos avanços tecnológicos atingem a todos. Passa-se a adotar normas que indicam o resultado esperado em proveito do bem comum e da utilidade social.

Estes novos tipos de normas, segundo Judith Martins Costa [1998:7] buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”. Por vezes --- e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas --- o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os 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 princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.

Pela dimensão dessas normas se verifica a sua amplitude a inviabilizar o seu conceito e a doutrina nada mais obtém do que arrolar a diversidade de suas

características, notadamente marcadas pela sua oposição à técnica da casuística, da subsunção.

A contraposição entre ambas as técnicas legislativas foi divulgada por Karl English, em sua obra *Introdução ao Pensamento Jurídico* segundo notícia Judith Martins Costa [1998:7]

English afirma que 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. Em outra obra, o autor também assenta, ainda segundo Judith: 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.

A casuística ou "*técnica da regulamentação por fattispecie*" é a técnica utilizada nos textos normativos onde o legislador fixa, do modo o mais possível completo, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos por ela regulados, onde o intérprete pratica o processo mental da subsunção, não havendo abertura para a criação, ainda que em desprestígio da decisão justa. Este sistema também conhecido como fechado, onde predomina a tipicidade tem sido apontado como o fator de rigidez e envelhecimento dos códigos.

De forma contrária, as cláusulas gerais são dotadas de linguagem aberta, intencionalmente imprecisa e vaga, com grau de tipicidade reduzido, sendo dirigida ao Juiz, que recebe uma autorização para a criação de novas normas, quando confrontá-las ao caso concreto.

A crítica que se faz a essa técnica legislativa é de que ela propicia a incerteza e insegurança, até a consolidação da jurisprudência sobre o seu exato conteúdo. No entanto, não obstante a generalidade e imprecisão dessa técnica legislativa, existem outros mecanismos no corpo codificado, dotados de casuismo nas matérias que constituem o núcleo básico do direito civil, o que equilibra todo o sistema. O atual

Código Civil, fiel à essa técnica, adotou a estrutura bipartida em Parte Geral e Especial, destinando-se a primeira justamente a fixar os parâmetros de todo o sistema, vindo marcada pelo propósito de máximo rigor conceitual, a dar suporte à interpretação dos conceitos vagos e abertos.

Assim acontece também, no vigente Código Civil Português, como bem lembra José Carlos Moreira Alves<sup>8</sup> que este encontra-se fixado numa posição “em que predomina o caráter científico, com o seu conceitualismo e o emprego de cláusulas gerais, sem abdicar, contudo, do casuísmo nas matérias que constituem o núcleo básico do direito civil, pela vantagem da certeza do direito”.

#### 4.3 A estrutura da Cláusula Geral

Judith Martins Costa [1998:9] sustenta que devido às suas características, as cláusulas gerais podem ser de três tipos, a saber: a) do tipo restritivo, que seriam aquelas que restringem e delimitam um conjunto de permissões de regra ou princípio jurídico; b) do tipo regulativo, que servem para regular, com base em um princípio, hipótese de fato que a casuística não previu; c) do tipo extensivo, que se destinariam a ampliar uma regulação, com a possibilidade de introdução de princípios e regras próprias de outros textos normativos.

Há os que entendem que a cláusula geral não possui estrutura própria do ponto de vista metodológico, diante do elevado grau de generalidade de seus termos, enquanto que outros a consideram como normas em branco, que exigem a complementação em regras extrajurídicas.

No primeiro caso, diz Judith Martins Costa [1998:9] que elas podem ser tidas como normas completas, quando não descreverem apenas um caso ou um único grupo de casos, mas possibilitam a tutela de vários casos definidos mediante determinada

---

<sup>8</sup> Conforme Judith Martins Costa [1998:8]

categoria, indicada através da referência a um padrão de conduta ( conforme aos usos do tráfego jurídico), ou um valor juridicamente aceito (boa-fé, bons costumes, função social do contrato). No segundo caso afirma a autora, seriam normas parcialmente em branco completadas pela atividade judicial, mediante o reenvio a modelos de comportamento e a pautas de valoração.

Portanto, as cláusulas gerais permitem, como fonte legislativa, a constante atualização do sistema, autorizando que se reconheça como norma, por meio da jurisprudência, um valor moral ou um determinado padrão de comportamento, sem necessidade de mudança legislativa.

#### 4.4 As funções das cláusulas gerais

Judith Martins Costa [1998:10] assegura que as cláusulas gerais teriam as seguintes funções: permitir a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz; atuar como elementos de conexão para utilização de precedentes; permitir à doutrina operar a integração intra e inter-sistemática entre as disposições contidas nas várias partes do Código Civil.

Assim entendido, a primeira função das cláusulas gerais seria autorizar o juiz a criar a norma do caso, definindo o seu alcance inclusive para além do caso, tendo em vista a reiteração e sua afirmação no tempo. Portanto, função individualizadora e generalizadora.

Atuariam também como elemento de conexão a ser utilizado na fundamentação das novas decisões, com importantíssimo papel de atuar como ponto de referência entre os diversos casos, permitindo a formação de catálogo de precedentes.

Teriam ainda as cláusulas gerais, função integradora, possibilitando a livre navegação dentro e fora do Código Civil, com a interligação e complementação de

conceitos e valores, propiciando um permanente diálogo entre todo o sistema normativo. Judith Martins Costa [1998:11] pondera que além da mobilidade interna<sup>9</sup>, permitem as cláusulas gerais o permanente e dialético fluir de princípios e conceitos entre o Código Civil, a Constituição e as leis especiais, evitando a utilização estanque de cada sistema, em detrimento de sua globalidade e ainda da decisão do legislador do dia, propiciando também o suprimento da inflação legislativa.

Nesta perspectiva, se a crítica hoje operada à codificação reside na inadequação dos códigos, por sua rigidez, para apreender as velocíssimas e surpreendentes mudanças da tipologia social, nada mais adequado que o Código Civil, na contemporaneidade, contemple este modo de legislar.

Tema recorrente no que se refere às cláusulas gerais, se refere à preocupação de parte da doutrina, de que alguns juízes, por comodismo ou desconhecimento da amplitude introduzida pelo novo instituto, evitem de aplicá-lo ou confirmem-lhe um conteúdo excessivamente tímido. Por outro lado, que se permita o arbítrio judicial inconseqüente.

Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:186] afirma que parece razoável pressupor que os Tribunais tenderão a conferir uma interpretação “formalista” às cláusulas gerais, no sentido de restringir a aplicação de seu conteúdo caso deparem com magistrados de primeiro grau que revelem pouca habilidade no manejo de tais dispositivos normativos, seja prolatando decisões que resvalam para o puro arbítrio, seja desconsiderando o consenso pautado pela sociedade e pelos precedentes jurisprudenciais. E pelo raciocínio inverso, presumimos que as instâncias superiores tenderão a acatar com maior desenvoltura as decisões monocráticas prolatadas por seus pares do primeiro grau caso vislumbrem maturidade na aplicação dos princípios e priorização dos valores abrigados nas cláusulas gerais; e não deverá ser de outra forma, cediço que é na primeira instância que o julgador se encontra frente à realidade dos fatos quando se defronta com os acontecimentos que lhe aparecem de maneira pulsante diante da proximidade com as partes, com as testemunhas, quando se é possível acompanhar o processo de obtenção das provas, avaliar a conduta das partes, etc.

---

<sup>9</sup> Que consiste nas palavras de Couto e Silva, na referência de Judith Martins Costa “na aplicação de outras disposições legais para a solução de certos casos, percorrendo às vezes a jurisprudência um caminho que vai da aplicação de um dispositivo legal para outro tendo em vista um mesmo fato”

Mesmo antes das cláusulas gerais, portanto, sob a égide do Código Civil de 1916, nota-se que a jurisprudência brasileira tem sido sensível a criação de direitos pela incorporação de valores sociais que clamavam por reconhecimento e que não contavam com a positivação legislativa. Como alguns exemplos podem ser citados: as indenizações reconhecidas à concubina por serviços prestados no período em que durou o relacionamento ou o direito à participação no patrimônio amealhado na constância da sociedade de fato consolidada entre os concubinos; a desconsideração da personalidade jurídica em casos de desvio de finalidade, abuso de poder e má-fé, dentre outros.

Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:187-188] diz que o professor Miguel Reale ao traçar o perfil da norma jurídica na perspectiva que denomina de *teoria tridimensional dialético-integrante do direito* enuncia dentre as características que atribui à norma a de *elasticidade* – “capaz de atender, em maior ou menor grau, as variações fático-axiológicas” , diz que “ a norma jurídica pode sofrer profundas alterações semânticas, não obstante a inalterabilidade formal de seu enunciado, ou a permanência intocável de sua roupagem verbal”.

Esclarece ainda o autor [2003:188] que: “sob este prisma de análise, as cláusulas gerais, estruturalmente em nada diferem das demais normas jurídicas. Comportam sim, uma elasticidade maior proporcionada pela abrangência de seu conteúdo e, principalmente, pela possibilidade de expandir a interpretação ou mesmo de “importar” valores para dentro do enunciado normativo, colocando, outrossim, o problema dos limites dessa atividade”.

Alípio Silveira no entendimento de Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:190] diz que:

Ao lado das normas legais super-rígidas, surgem outras menos rígidas. E aparecem ainda as elásticas, flexíveis ou maleáveis. Desde Platão, Hipódamos e Aristóteles, já se questionava entre os dois sistemas de administração da justiça: o da norma jurídica, preestabelecida e precisa, e o da livre discricção judicial, que Roscoe Pound prefere denominar “teoria da equidade”. A maioria dos juristas põe em destaque este duplo sistema, esta atitude. Observa aquele grande jurista-filósofo que quase todos os problemas da ciência do direito vêm a dar no problema fundamental da

norma jurídica e do poder discricionário. Este contraste é um verdadeiro *leit-motiv* dos jurisconsultos. Georges Renard contrapõe a regulamentação geral e a avaliação direta e concreta. Giorgio Del Vecchio põe em relevo as exigências, suscetíveis de oposição, da *certeza* (satisfeita pela norma legal mais ou menos rígida), e da justiça, que pede poder discricionário. E assim, muitos outros. A maioria das legislações modernas estabelece o domínio da lei precisa em grande número de matérias, e se inclina pelo uso das normas elásticas, flexíveis, de equidade, em certo número de outras.

No mesmo sentido o autor [2003:191], refere-se a Clóvis V. do Couto e Silva que afirmou:

Daí porque os juristas da escola positivista não têm apreço pelas possibilidades criadoras decorrentes da admissão de “cláusulas gerais”. De tal atitude resulta que as soluções jurídicas ganham, inegavelmente, em certeza, com prejuízo, no entanto, do aspecto propriamente ético. Com a superação, em nossos dias, do conceito de sistema como algo fechado, surgem contribuições de sociologia e as experiências da jurisprudência. A questão fundamental endereça-se agora ao sentido e ao valor do sistema e torna-se claro que a lógica-formal, fundada no princípio de não contradição, possui valor bem menor do que supunha a ciência do Direito do século precedente”[XIX].

## 5. A INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DO DIREITO

Para melhor compreender e aplicar as cláusulas gerais, se faz necessário uma breve explanação sobre o que seja interpretar o direito, que deve ser entendido por atividade construtiva e não meramente declaratória.

A necessidade de interpretar o direito é originária da falta de clareza dos textos normativos e ao fato de que a interpretação e aplicação do direito são uma só operação. Interpretamos para aplicar. O juiz como intérprete autêntico produz o direito porque completa o trabalho do legislador. Sua criação é uma consequência do próprio processo de interpretação, afirmando Eros Roberto Grau [2005:61] que “o intérprete autêntico (o juiz), produz o direito (isto é a norma), porque a norma, não é apenas o texto normativo, mas o conúbio entre o texto e os fatos (a realidade)”.

### 5.1 A concretização do Direito

A norma jurídica é construída pelo intérprete no processo de concretização do direito, pois o texto é matéria que precisa ser trabalhada.

Para Eros Roberto Grau [2005:25] a concretização implica um caminhar do texto da norma para a norma concreta (a norma jurídica), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado; a concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é definida a norma de decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto. Por isso sustento que interpretação e concretização se superpõem. Inexiste hoje, interpretação do direito sem concretização; esta é a derradeira etapa daquela.

A norma é produzida no caso do processo de concretização, não a partir exclusivamente dos elementos do texto, mas também dos dados da realidade à qual ela

deve ser aplicada. Portanto a norma é composta pela história, pela cultura e pelas características da sociedade no âmbito da qual se aplica em um determinado momento.

Eros Roberto Grau [2005:78] diz que a interpretação jurídica é uma interpretação prática e o direito é alográfico, tal como a interpretação musical e teatral, em que a obra somente se completa com o concurso do autor e do intérprete. Não se contenta com o texto, mas com o sentido por ele expressado. É produzido como nova forma de expressão pelo intérprete. “O sentido expressado pelo texto, já é algo novo, distinto do texto, é a norma”.

A norma é a moldura e o conteúdo quem outorga é o intérprete, que desvencilha a norma de seu invólucro (o texto), produzindo-a, não no sentido de criá-la, mas sim de reproduzi-la. A interpretação do direito opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo, que nada mais é de que um sinal lingüístico e a sua aplicação particular, sua inserção na vida.

Isso significa, como pondera Eros Roberto Grau [2005:93] que a *norma* é produzida, pelo intérprete, na apenas a partir dos elementos colhidos do *texto normativo* (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada – isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser).

A linguagem jurídica, por ser ambígua e imprecisa, reclama interpretação para a aplicação do direito. Ao fazê-lo, o juiz não se limita a interpretar, portanto, compreender os textos normativos, mas também compreender e interpretar os fatos.

No processo de interpretação deve ser afastada a interpretação literal, como exigida no passado, pois as palavras, como as notas musicais são símbolos convencionais, cujo significado encontra-se sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas.

Não é demais recordar, que não se interpreta somente os textos de direito, mas também os fatos, em um determinado momento histórico. No que se refere à

interpretação dos fatos, há que se concluir que o verdadeiro não existe, sendo inútil buscar a sua verdade. O que interessa para a construção da norma são aqueles recebidos e percebidos pelo intérprete autêntico, que munido da recepção e percepção dos fatos produzirá a norma.

Eros Roberto Grau [2005:95] ensina que além de não descrevermos a realidade, porém o nosso modo de ver a realidade, (2<sup>a</sup>) essa mesma realidade determina o nosso pensamento e (2b) ao descrevermos a realidade, nossa descrição da realidade será determinada (i) pela nossa pré-compreensão dela (= da realidade) e (ii) pelo lugar que ocupamos ao descrever a realidade (=nosso lugar no mundo e lugar desde o qual pensamos).

O autor ainda esclarece [2005:96:97] que existem duas espécies de discurso e de ideologia: do direito e jurídica. O discurso do direito é prescritivo, sendo utilizado pelos juízes e tribunais, sendo o discurso jurídico utilizado pelos advogados, professores de direito. A ideologia do direito é produzida: pelo intérprete autêntico e pelos textos e enunciados. A jurídica é aquela produzida por quem usa ou fala do direito.

A interpretação do direito é uma prudência e a norma não é objeto de demonstração, mas de justificação, pois no direito há apenas o aceitável e a única resposta correta não existe.

Diz Eros Roberto Grau [2005:101] que o intérprete, então, atua segundo a *lógica da preferência*, e não conforme a *lógica da consequência* [Comparato 1979:127]: a *lógica jurídica* é a da escolha entre as várias possibilidades *corretas*. Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada [Larenz 1983:86]. A norma não é objeto de *demonstração*, mas de *justificação*. Por isso, a alternativa *verdadeiro/falso* é estranha ao direito; no direito há apenas o *aceitável* (justificável). O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução [Heller 1977:241].

A metodologia tradicional (dos métodos) deve ser afastada da interpretação, pois não se sabe qual o método deve ser usado em determinado caso, qual deve ser

escolhido. “A interpretação é uma compreensão, que por sua vez é uma aproximação do sujeito que compreende e o objeto a ser compreendido, até um encontro mútuo, produzindo uma transformação entre ambos (recíproca)” segundo Hassemer na leitura de Eros Roberto Grau [2005:110].

A norma decisional não é dada previamente, mas construída, considerando-se o direito como um todo e não apenas um determinado texto normativo. Ocorre no contexto histórico presente e não no contexto da redação do texto.

Eros Roberto Grau [2005:125] diz que o direito há que estar sempre atualizado e voltado para a realidade social, pois “ a realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento”, sendo portanto o direito um dinamismo. “A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade de seus conflitos”. Entende ainda que deve ser afastada a chamada vontade do legislador, porque extraída de um momento histórico e ideológico do legislativo, talvez não adequado ao momento de interpretação do texto. Deve ser adotada ideologia dinâmica da interpretação jurídica, afastando-se a ideologia estática de interpretação jurídica.

Não é demais repetir, que a jurisdição é uma prudência. O juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo, considerando o direito todo, e não apenas um determinado texto normativo. O direito é contemporâneo à realidade.

Por outro lado, a interpretação dos textos de direito, tem na pré-compreensão seu momento inicial e quem deseja compreender um texto realiza sempre um projetar.

Na visão de Eros Roberto Grau [2005:111] o procedimento do intérprete do direito encontra na *pré-compreensão* o seu momento inicial. E a *pré-compreensão* – representação antecipada do resultado da tarefa de interpretação – parametra o empreendimento dessa tarefa. Ela constitui o pressuposto decisivo da escolha do *cânone hermenêutico* a adotar para a interpretação [Zacaria 1990:22]. Neste momento o

intérprete opera *juízos de valor*, seus – inexistem, como vimos, regras postas sobre a interpretação do direito.

Por isso, diz com razão Nilo Bairros de Brum, na citação de Eros Roberto Grau [2005:111] que o intérprete, como o julgador, “é condicionado por sua cultura jurídica, suas crenças políticas, filosóficas e religiosas, sua inserção sócio-econômica e todos os demais fatores que forjaram e integram a sua personalidade”. O intérprete efetua a pré-compreensão do texto, o que caracteriza o seu preconceito ideológico que deve ser confrontado com a ideologia da norma.

Eros Roberto Grau enfatiza [2005:113] que a decisão judicial implica necessariamente elementos emotivos e volitivos, dado que o juiz decide sempre dentro de uma situação histórica determinada, participando da consciência social de seu tempo. A interpretação se dá no contexto histórico presente e não no contexto de redação do texto.

### 5.3 Direito posto e pressuposto

O direito já se encontra no interior da estrutura social anteriormente à sua expressão como direito produzido pelo Estado.

Eros Roberto Grau sustenta que o direito, enquanto nível do todo social – dado que consubstancia um discurso ou uma linguagem dele -, é elemento constitutivo do modo de produção social. Assim, ele já se encontra no interior da estrutura social anteriormente à sua expressão como *direito moderno*, vale dizer, produzido pelo Estado. O que sustento, resumidamente, é o seguinte: a forma jurídica é imanente à infraestrutura, como *pressuposto* interior à sociedade civil, mas transcende enquanto *posta* pelo Estado, como direito positivo.

O Estado põe o direito – direito que dele emana – que até então era uma relação jurídica interior à sociedade civil. Mas essa relação jurídica que preexistia, como *direito*

*pressuposto*, quando o Estado põe a lei torna-se *direito posto* (*direito positivo*) [2005:142].

O direito pressuposto nasce como elemento da cultura e condiciona a elaboração do direito positivo, portanto dá suporte à atividade legislativa, mas este modifica o direito pressuposto, em um constante movimento de recriação, próprio da evolução humana.

Afirma Eros Roberto Grau [2005:144-145] que o “direito pressuposto é a sede dos princípios que não são resgatados do ordenamento jurídico, porém descobertos no seu interior e se existem estão positivados. A jurisprudência não os cria, limita-se a declará-los após o descobrirem no direito pressuposto da sociedade a que corresponde”.

O enunciado de um princípio implícito é a manifestação do espírito de uma legislação. Embora não expressamente enunciado no direito posto/positivo, existem em estado de latência, sob o ordenamento positivo, no direito pressuposto. São descobertos no interior de determinado ordenamento, onde já se encontravam.

## 6. CLÁUSULAS GERAIS E PRINCÍPIOS

Como um sistema ou ordenamento jurídico não é integrado exclusivamente por regras, mas também é composto por princípios, ressalta a importância destes na interpretação das cláusulas gerais, diante da técnica de reenvio de que são dotadas. Os princípios constituem normas e são tão importantes na interpretação, que foram inseridos no texto da Constituição. A norma é o limite, sendo o princípio o limite e conteúdo.

Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:52] diz que “os valores consolidam-se em princípios que acabam por adquirir uma importância maior ou menor de acordo com o peso do elemento axiológico que lhes serve de fundamento”.

Utilizando o pensamento de Josef Esser, na citação de Karl Larenz, ensina: “Os princípios formam-se, primeiro, inconscientemente, num <longo processo subterrâneo..., até que por fim a descoberta, a *inventio* de uma idéia até então desprovida de forma encontra de súbito uma formulação convincente e que não mais se confunde com a mera interpretação e construção do que já existe no Direito positivo>. Não são concebidos nem como <proposições jurídicas> (normas), ainda que entendidas de maneira muito ampla, nem <proposições> na acepção da lógica (proposições axiomáticas de que pudessem ser inferidas, por dedução racional, concretas proposições de dever). O princípio jurídico, no sentido que Esser lhe atribui, é descoberto originariamente no caso concreto; só depois se constitui numa <fórmula que sintetiza uma série de pontos de vista que, nos casos típicos, se revelam adequados. Mais adiante: -Por outro lado, mesmo depois de descoberto o princípio, o seu desenvolvimento posterior na jurisprudência não é simples <aplicação>, mas um processo de permanente <conformação>” [2003:59].

Larenz segundo Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:59-60] esclarece que os princípios jurídicos não são senão pautas gerais de valoração ou preferências valorativas em relação à idéia do Direito, que todavia não chegaram a condensar-se em regras jurídicas imediatamente aplicáveis, mas que permitem apresentar <fundamentos justificativos> delas. Estes princípios subtraem-se, como todas as pautas <carecidas de

concretização>, a uma definição conceptual; o seu conteúdo de sentido pode esclarecer-se com exemplos”

Na concepção de Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:65] as cláusulas gerais advém da necessidade do diálogo entre os princípios representativos de valores aceitos e amadurecidos na sociedade e as regras contidas no ordenamento jurídico. Pondera que:

Configurado um possível impasse entre o *princípio* que representa um valor socialmente amadurecido e que está a pedir, não só o reconhecimento, mas a efetivação na ordem social e um ordenamento jurídico dotado de normas *pontuais*, que na sua estruturação sob o prisma rígido da reserva legal não contempla a possibilidade de aplicação destes valores-princípios, soltos nos anseios da sociedade, surgiriam as *cláusulas gerais*, elementos de conexão entre os valores reclamados e o sistema codificado, propondo-se a efetuar o elo de abertura para a introdução desses valores no ordenamento, sem ruptura da ordem positivada, sem quebra do sistema.

Diz ainda o autor [2003:67] que “num comparativo entre princípios e cláusulas gerais constatamos que os princípios irradiam uma identidade própria no sistema jurídico o que já não se passa com as cláusulas gerais que necessitam trazer consigo, ou a remeter a princípios, que acabam por se fundir com a sua própria razão de ser [das cláusulas gerais]”.

Eros Roberto Grau [2002:209] esclarece que todo interprete estará sempre vinculado pelos textos de direito, em especial pelos que veiculam *princípios* que interprete. Afirma que:

A abertura dos *textos de direito*, embora suficiente para permitir permaneça o direito a serviço da realidade não é absoluta. Qualquer intérprete estará, sempre, permanentemente por eles atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete resultará a subversão do *texto*. Além disso, outra razão me impele a repudiar o entendimento de que o juiz atua no campo de uma certa *discricionariedade*. Essa razão repousa sobre a circunstância de ao intérprete autêntico não estar atribuída a formulação

de *juízos de oportunidade* - porém, exclusivamente, de *juízos de legalidade*. Ainda que não seja o juiz, meramente, *a boca que pronuncia as palavras da lei*, sua *função – dever-poder* – está contida nos lindes da *legalidade* ( e da constitucionalidade ).

A interpretação das cláusulas gerais evidencia a função do juiz ao proferir a decisão no caso concreto e põe em relevo o papel do precedente, da jurisprudência, que confere a resposta da atividade jurisdicional a cada um e a todos os casos que são postos para apreciação dos Tribunais.

Importa para a interpretação das cláusulas gerais, as quais são capazes de absorver valores e substituí-los quando exigidos pela sociedade, o que ensina Miguel Reale na compreensão de Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:83-84] sobre o processo vital das normas jurídicas:

Poderíamos dizer, em suma, que os modelos jurídicos, integrativos de fatos e valores, uma vez postos em vigor, atuam sobre o meio social, suscitando novos processos axiológicos ou assumindo dimensões axiológicas diversas, pela intercorrência de fatos imprevisíveis. No decurso do tempo, o modelo vive em um processo dialético, que possui eficácia nos limites da elasticidade de sua vigência: quando o índice máximo de adaptação é atingido, põe-se, com urgência, o problema de sua revogação formal, ou seja, da estruturação de outros modelos. Nem faltam exemplos de soluções obtidas graças a modelos jurídicos elaborados pela doutrina e pela jurisprudência, antecipando-se criadoramente à ação insuficiente ou tardia dos legisladores, contornando-se os empecilhos das normas legais esclerosadas através do instrumento tão sutil quão prudente da *fictio juris*, em cujo emprego se distinguiram os jurisconsultos romanos”

Ao que Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:84] acrescenta:

A amplitude das cláusulas gerais propiciaria uma perenização deste modelo jurídico diante da sua capacidade de absorver valores e processar a substituição destes

por outros valores mais adequados às necessidades sociais de um dado momento histórico, operação esta que se realiza dentro do mesmo arcabouço normativo, evitando-se o processo de revogação formal da norma com a substituição por outra que nada mais é do que se faz num quadro usual de normativismo rígido.

### 6.1 Antinomia entre regras e princípios

Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:178] diz que “o manejo com as cláusulas gerais insere a problemática de como resolver as antinomias entre regras e princípios e os conflitos entre princípios”. Acrescenta com Maria Helena Diniz que a solução para o conflito de normas deve ser analisada juntamente com a concepção que se tenha do sistema jurídico, dizendo que: “O sistema jurídico é a ferramenta metodológica que ocupa um lugar central no exame desse problema, permitindo solucioná-lo satisfatoriamente”.

Diz ainda a professora, na leitura de Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:179]:

Deveras, ante a dinamicidade do direito, será possível redimensionar novos valores, pois a norma não é um modelo abstrato oposto à realidade concreta, mas um modelo que expressa uma temporalidade própria, que se caracteriza por um renovar-se e refazer-se das soluções normativas, tendo, portanto, um caráter prospectivo, o que obrigará o aplicador a *ler* a norma sob a luz dos valores, numa oscilação contínua que vai da descoberta do discurso original à experiência valorativa e ideológica do momento atual.

Em outro ponto enfatiza a mesma autora, nas palavras de Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:179-180], referindo-se à Recasens Siches e à Alípio Silveira:

Como a antinomia é uma situação anormal, uma realidade que impõe a determinação da estrutura da incompatibilidade normativa e uma tomada de posição conveniente à solução do conflito, dever-se-á preferir a decisão razoável à racional. Sugere-se a razoabilidade em oposição à racionalidade. ... A lógica do razoável ajusta-se

à solução das antinomias, ante o disposto no art. 5º da nossa Lei de Introdução ao Código Civil, que prescreve que, na aplicação da lei, deverá atender-se aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum.

E de forma taxativa declara: Assim, se produzir efeitos contraditórios às valorações e fins conforme os quais se modela a ordem jurídica, a norma, então, não deverá ser aplicada aquele caso.

Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:180] diz que esta interpretação das normas tendo em vista os valores que inspiraram sua concepção aproxima-se da “jurisprudência de valores” preconizada por Karl Larenz e provavelmente serviu de fonte de inspiração para a defesa da *interpretação corretivo-equitativa* onde se erige a *equidade* em autêntico *standard* jurídico, que com fundamento nos arts. 4º e 5º da LICC sugerem familiaridade com a função desempenhada pelas cláusulas gerais naquela característica de remissão aos *valores* que se harmonizam ao sistema jurídico e que conferem a melhor opção, para adaptação da norma, ao caso concreto.

Pondera o mesmo autor [2003:182] que “no que se refere à colisão de princípios a solução tende para o *balanceamento de valores* com o objetivo de se chegar a uma diretiva que conduza à decisão judicial”.

Com Karl Larenz destaca [2003:183] que em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que ceder até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si. A jurisprudência dos tribunais consegue isto mediante uma <ponderação> dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o <peso> que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação. Mas <ponderar> e <sopesar> é apenas uma imagem; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações que – nisso reside a maior dificuldade – não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso.

Na doutrina de Edilson Farias [2003:184] assegura que “ a colisão será submetida ao *processus de ponderação ou proporcionalidade strictu sensu* (Alexy) dos *princípios concorrentes* (Gianformaggio), em que se investigará a *importância ou peso específico* (Dworkin) dos mesmos com o escopo de descobrir qual deles terá a preferência nas circunstâncias do caso concreto”.

Por conseqüência diz Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:184] que: “no caso de conflito entre valores albergados em diferentes cláusulas gerais deverá prevalecer o método do *balanceamento axiológico* ou *princípio da proporcionalidade*<sup>10</sup> para que se possa eleger qual aquele que deverá preponderar num dado litígio”.

Por outro lado, Eros Roberto Grau [2005:48] diz que a tensão entre os princípios é própria do sistema jurídico e que a contradição de dois princípios “é resolvida somente quando se confronta o caso concreto, ou seja, deve o juiz apurar qual dos dois princípios assume importância mais significativa, em relação aos dados da realidade”.

Nega o autor a antinomia jurídica entre princípios e regras, afirmando que estas operam a concreção, a aplicação daqueles. Afirma que não existe regra no sistema para a escolha de um princípio, e somente se pode saber no contexto de um caso, portanto, no conflito.

Logo, *não se manifesta jamais a antinomia jurídica entre princípios e regras jurídicas*. Estas operam a concreção daqueles. Em conseqüência, quando em confronto dois princípios, um prevalecendo sobre o outro, as regras que dão concreção ao que foi desprezado são *afastadas*: não se dá a sua aplicação a determinada hipótese, ainda que permaneçam integradas, validamente (isto é, dotadas de *validade*), no ordenamento jurídico.

Aquelas regras que dão concreção ao princípio desprezado, embora permaneçam plenas de *validade*, perdem *eficácia* – isto é, *efetividade* – em relação à situação diante da qual o conflito entre princípios manifestou-se. [2005:192-193]

---

<sup>10</sup> Eros Roberto Grau [2005:42] opõe severa crítica ao que chamou de banalização dos princípios. Diz que toma-se a nuvem por Juno, come-se gato por lebre e tudo passa a ser “principlizado” – se é que o termo já foi cunhado. Pautas normativas – como a da proporcionalidade e a da razoabilidade – são tidos como princípios e para imprecisão absoluta quanto ao que se possa ou deva ter como *princípios de direito*, coisa distinta dos *princípios gerais do direito*.

## 7. CONTROLE E FUNDAMENTAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS

A maior crítica que se tem feito às cláusulas gerais, conforme já enfatizado neste trabalho, é que conferem muito poder ao juiz, o qual utilizando de discricionariedade exagerada, poderia dar causa a incerteza e insegurança jurídica.

Gustavo Tepedino na leitura de Flávio Tartuce [2004] critica o sistema de cláusulas gerais adotado pelo Código Civil, afirmando que ele já não deu certo entre nós em outras oportunidades. Lembra que a cláusula de boa-fé objetiva constava do Código Comercial de 1850 e sequer foi utilizada e que “não foi muito diversa a experiência italiana, onde as cláusulas gerais que, no Código Civil de 1942, eram inspiradas em clara ideologia produtivista e autárquica assumira um significado inteiramente diverso por obra doutrinária, sobretudo depois do advento da Constituição de 1948”.

Aponta ainda em sua crítica, que o sistema de cláusulas gerais gera *desconfiança, insegurança e incerteza*, tornando árduo o trabalho da jurisprudência. Em codificações anteriores, exemplos do Direito Comparado, tendo em vista o alto grau de discricionariedade atribuído ao aplicador da norma, muitas vezes, as cláusulas gerais tornaram-se letra morta ou dependiam de uma construção doutrinária capaz de lhe atribuir um conteúdo mais objetivo.

Entretanto, o árduo trabalho da jurisprudência, não pode ser motivo para a não aplicação das cláusulas gerais, que foram uma opção legislativa que o intérprete não está autorizado a dispensar. Em relação à *desconfiança, insegurança e incerteza* que se imputa a liberdade concedida ao juiz pela nova sistemática, também a preocupação deve ser afastada, porque a discricionariedade judicial não existe, o juiz não produz normas livremente, e como intérprete autêntico está atado, retido pelo texto normativo e pelos fatos.

Não obstante a abertura dos textos contida nas cláusulas gerais, o juiz não atua livremente, pois está adstrito a todo o sistema jurídico, aos princípios e notadamente à Constituição Federal. O desafio do intérprete será a compatibilização entre segurança e a flexibilização introduzida no sistema.

Alberto Gosson Jorge Júnior [2003:89-93] destaca que uma forma de controle da fundamentação das cláusulas gerais poderia ser encontrada em sua adequação aos *princípios constitucionais*. Situados no plano hierarquicamente superior, os princípios constitucionais serviriam de parâmetros, de guias para o controle da aplicação das cláusulas gerais.

Desde as decisões monocráticas de primeiro grau até os arestos emanados das mais altas Cortes do País, a jurisprudência revelará objetivamente os princípios e os valores que estarão sendo aplicados, sinalizando com parâmetros efetivos para a interpretação em tais casos, mediando flexibilidade e rigidez, necessárias para o atendimento dos valores sociais de *certeza e segurança*<sup>11</sup>.

Com apoio em Edilson Pereira de Faria o mesmo autor [2003:172] enfatiza que:

Os princípios cumprem ainda a função de limitação da interpretação ao restringir a discricionariedade judicial. A referência obrigatória aos mesmos nos casos difíceis e duvidosos torna o processo de interpretação-aplicação do direito mais controlável e racional, porquanto evita que o operador jurídico invoque valores subjetivos são amparados de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico. Segundo L Gianformaggio, “a referência aos princípios é a única forma de vincular o interprete-aplicador do direito, fechando aqueles espaços que inevitavelmente toda tentativa de formulação de todo direito em regras taxativas deixaria aberta à sua discricionariedade.

---

<sup>11</sup> Para Tércio Sampaio Ferraz Jr., certeza e segurança “são considerados no direito contemporâneo, dois valores imprescindíveis. A certeza diz respeito à coerente e delineada apreensão das situações de fato, de modo a evitar ao máximo as ambigüidades e vaguidade de sentido. .. Já a segurança tem a ver com os destinatários das normas. É preciso encontrar critérios para uma decidibilidade uniforme para todos os sujeitos”.

Eros Roberto Grau [2005:207] afirma que a “abertura” dos textos de direito (técnica das cláusulas gerais) embora seja suficiente para permitir que o direito permaneça a serviço da realidade, não é absoluta, pois o intérprete estará sempre por eles atado, retido, sob pena de subversão do texto. E acrescenta:

Todo intérprete, embora jamais esteja submetido ao “espírito da lei” ou à “vontade do legislador”, estará sempre vinculado pelos textos normativos, em especial – mas não exclusivamente – pelos que veiculam princípios (e faço alusão aqui, também, ao “texto” do direito pressuposto). Ademais, os textos que veiculam normas-objetivo reduzem a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam absolutamente adequadas a essas normas objetivo.

Negando por completo a discricionariedade judicial Eros Roberto Grau [2005:208-209] é enfático ao argumentar que o juiz não “formula juízos de oportunidade, porém, exclusivamente, juízos de legalidade”. Pondera que:

Além disso, outra razão impele-me a repudiar o entendimento de que o intérprete autêntico atua no campo de uma certa “discricionariedade”. Essa razão repousa sobre a circunstância de ao intérprete autêntico não estar atribuída a formulação de juízos de oportunidade – porém, exclusivamente, de juízos de legalidade. Ainda que não seja o juiz meramente a “boca que pronuncia as palavras da lei”, sua função – dever-poder – está contida nos lindes da legalidade ( e da constitucionalidade ). *Interpretar o direito* é formular juízos de legalidade. A discricionariedade é exercitada no campo onde se formulam juízos de oportunidade (= escolha entre indiferentes jurídicos ), exclusivamente, porém, quando uma norma jurídica tenha atribuído à autoridade pública a sua formulação.

E acrescenta:

Ainda quando o intérprete autêntico cogite dos *princípios*, ao atribuir peso maior a um deles – e não a outro – ainda então não exercita discricionariedade. O momento dessa atribuição é extremamente rico – porque nele, quando se esteja a

perseguir a definição de uma das soluções corretas, no elenco das possíveis soluções corretas a que a interpretação do direito pode conduzir – pondera-se *o direito*, todo ele (e a Constituição inteira), como totalidade. Variáveis múltiplas, de fato – as circunstâncias peculiares do caso – e jurídicas – lingüísticas, sistêmicas e funcionais, são descortinadas. E, paradoxalmente, é precisamente o fato de o intérprete estar vinculado, retido, pelos princípios que torna mais criativa a *prudência* que pratica.

No mesmo sentido é a advertência de Judith Martins Costa [2002:119]:

A voz do juiz não é, todavia, arbitrária, mas vinculada. Como já se viu, as cláusulas gerais promovem o reenvio do intérprete/aplicador do direito a certas pautas de valoração do caso concreto. Estas estão, ou já indicadas em outras disposições normativas integrantes do sistema (caso tradicional de reenvio), ou são objetivamente vigentes no ambiente social em que o juiz opera (caso de direcionamento). A distinção deriva da circunstância de, em paralelo ao primeiro e tradicional papel, estar sendo hoje em dia sublinhado o fato de as cláusulas gerais também configurarem normas de diretiva, assim concebidas aquelas que não se exaurem na indicação de um fim a perseguir, indicando certa medida de comportamento que o juiz deve concretizar em forma generalizante, isto é, com a função de uma tipologia social. Aí está posta, pois, a segunda grande função das cláusulas gerais, que é a de permitir a mobilidade externa do sistema.

Não se quer dizer com isso, que se deva abandonar por completo o ordenamento jurídico, ou seja, o direito positivo, ao pretexto de alcançar o ideal da justiça, pois isso somente levaria a um mal maior, que é a total insegurança dos cidadãos. A vida da comunidade humana exige uma regulação ordenada e justa, o que constitui o motor e a finalidade do Direito.

Plauto Faraco de Azevedo [1996:122] ao oferecer crítica contra o que denomina de esvaziamento do processo hermenêutico, quando se impede a interpretação criativa do juiz ao argumento da insegurança que pode causar, destaca:

Pretende-se, com este paradigma, favorecer a segurança jurídica. A consecução deste objetivo é, no entanto, duvidosa, na medida em que, preconizando deva o juiz prescindir de questionar o significado da mensagem legal, tolhe o seu trabalho de adequação da lei aos fatos, bem como a discriminação dos diferentes resultados possíveis dele resultantes, de modo a poder optar por aquele que melhor concilie as exigências do ordenamento jurídico com a necessidade de realização da justiça do caso concreto.

Mesmo antes do Código Civil atual, Carlos Maximiliano [1994:12] defendia a necessidade da interpretação do Direito, asseverando:

O intérprete é o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do Direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita. Esta é estática, e a função interpretativa, a dinâmica do Direito.

Assim, a crítica se devanece, quando se sabe que a existência do ordenamento jurídico, por si só, não garante o fim do Direito, que é a justiça. A interpretação ganha especial relevo com a adoção da técnica de cláusulas gerais, a exigir um constante diálogo entre o intérprete e todo o sistema, posto que a realidade humana não pode ser tratada como número ou fórmulas, e não há possibilidade da previsão de toda a extensão dos fatos da vida e do comportamento humano.

O que se espera do Juiz é que esteja preparado, jurídica e culturalmente para que possa realmente interpretar a regra jurídica e aplicá-la de acordo com os anseios da sociedade moderna. Para tanto, o magistrado deverá procurar soluções nos quadros cultural, político, econômico, social e jurídico, afastando-se da letra fria e conservadora da lei, procurando sempre alcançar soluções mais próximas possíveis do que se chama justiça. Sua interpretação deverá ter como bússola e norte permanente a causa do homem, que vive em sociedade e que aspira ao bem comum.

## 8. CONCLUSÃO

Ao término do trabalho chega-se à conclusão de que para interpretar o novo Código e notadamente de suas cláusulas gerais, se faz necessária a mudança de concepção e de paradigmas. Exige-se que o intérprete esteja aberto aos princípios que nortearam a codificação, que compreenda que o ideal ético é o vetor das relações humanas. Há de se considerar ainda, que não se pode mais enxergar o homem individualmente, mas sim no contexto em que vive, em suas relações com seus semelhantes, pois é na convivência social o ambiente que propicia a valorização do ser humano.

Pode-se ainda verificar as dificuldades de identificação e definição do que sejam cláusulas gerais, tantas as oportunidades e variedade com que são utilizadas pelo Código Civil, mas buscou-se identificar sua finalidade principal, que seria funcionar como elementos de conexão no interior dos sistemas jurídicos, entre as normas rígidas e os valores aceitos por uma sociedade em constante transformação, em um determinado momento histórico.

Com a opção pela técnica das cláusulas gerais, iluminado pelo pensamento de Miguel Reale, o legislador conferiu um mandato ou uma competência ao juiz, para a criação da norma do caso concreto, sem autorizá-lo, no entanto, a subverter o seu texto. Deverá o intérprete encontrar uma resposta, ainda que não seja a única correta, mas a que se lhe apresenta a melhor dentro do sistema, frente as peculiaridades da situação que deva enfrentar, em busca da decisão justa e eqüanime.

Constata-se ainda que a peculiaridade interpretativa das cláusulas gerais realça a abrangência do conteúdo da norma e a flexibilidade na valoração, mas se reconhece que a discricionariedade judicial não existe, por estar o juiz adstrito aos textos do direito e aos fatos, pois não emite juízos de discricionariedade, mas sim juízos de legalidade.

É preciso também reconhecer a normatividade dos princípios, que encontrados no interior do ordenamento jurídico, portanto, no direito pressuposto, podem tanto

preencher a finalidade de elementos conformadores, de mandados de otimização, como podem revestir a característica de normas cogentes se assim expressos e direcionados no sistema jurídico.

Não fosse a obrigação constitucional de fundamentação das decisões<sup>12</sup>, o dever imposto ao juiz sobreleva com a adoção das cláusulas gerais.

Na concreção das cláusulas gerais enfatiza Judith Martins Costa [2002:120], cresce extraordinariamente o dever de fundamentar a decisão, devendo o juiz deixar claro não só a concreta razão de fato ensejadora da invocação ao princípio, máxima de conduta ou diretriz contidos na cláusula geral, como da conexão entre ambos, a razão de fato e a razão jurídico-valorativa. Por isso é imenso, nessa operação intelectual, o peso dos precedentes judiciais, que expressam uma espécie de “razão comum” de decidir para os casos análogos ou similares.

Conclui-se então, que a interpretação das cláusulas gerais exigirá abundante fundamentação, com ampla explicitação fática e jurídica, com atenção redobrada aos valores da comunidade, de forma a se conhecer as condutas normalmente adotadas naquele lugar e naquelas circunstâncias e que foram levadas em consideração para a decisão do caso concreto examinado. Só assim as cláusulas gerais terão atendido o seu objetivo de arejar o sistema, dando respostas adequadas e justas, para determinados problemas da vida, em determinado momento histórico, reconhecendo novos valores da comunidade, sem necessidade de modificação da legislação.

Conforme Aguiar Júnior [2000:227] nesse trabalho criador, o juiz deve, mais do que em outras ocasiões, fundamentar suas decisões, porque ele deve explicar às partes e à comunidade jurídica como e porque tais condutas foram consideradas as devidas na situação do processo, pois foi nessa norma de dever (criada por ele para o caso) que alicerçou a solução da causa.

Acrescenta o autor que não havendo responsabilização pessoal do Juiz quanto aos atos jurisdicionais, exceto em casos muito restritos, a utilização inadequada,

---

<sup>12</sup> Confira-se o art. 93, IX da Constituição de 1988, que dispõe sobre a obrigatoriedade da fundamentação das decisões dos órgãos do Poder Judiciário.

deixando de fazer o devido uso das cláusulas gerais gera responsabilização social, com julgamento pela sociedade organizada.

Não havendo sanção jurídica prevista em lei, aplicável ao juiz que deixa de fazer o devido uso da cláusula geral, estamos diante de um caso de responsabilidade social. Nesta, a relação se estabelece diretamente entre o juiz e a sociedade, que se manifestará através dos diversos modos e meios de controle difuso. Para isso é preciso em primeiro lugar garantir a publicidade e a divulgação das decisões; em segundo, contar com uma sociedade organizada, da área técnica ou não, que tenha condições de avaliar a decisão e dar a resposta. Nesse particular, exercem importante papel a imprensa, os meios eletrônicos de comunicação, os livros especializados e os periódicos, que divulgam, analisam e criticam as decisões [2000:228].

Portanto, é com o novo espírito do Código Civil que este trabalho foi produzido, com a pretensão de oferecer alguma contribuição para melhor compreender e aplicar as suas cláusulas gerais, reconhecendo as suas potencialidades, tudo em benefício dos destinatários da norma, que são os cidadãos, que diante das intensas desigualdades sociais vivenciadas em nosso tempo, estão ávidos por justiça.

## 9. BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *O Poder Judiciário e a Concretização das Cláusulas Gerais: Limites e Responsabilidade*, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, No. 18, 2000.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

COSTA, Judith Martins. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro* / Judith Martins-Costa e Gerson Branco. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, número 139, jul/set 1998. Disponível em <http://www.senado.gov.br>, acesso em 25 maio 2005.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A visão contemporânea, a transição legislativa e as tendências para o século XXI*, Palestra de abertura do ciclo de palestras sobre o novo código civil, Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 03 outubro 2001. Disponível em: <http://www.juris.br>. Acesso em 02 junho 2005.

JORGE JUNIOR, Aberto Gosson. *Subsídios para uma interpretação das "Cláusulas Gerais" no Novo Código Civil*, dissertação (Mestrado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Biblioteca Nadir Gouvêa Kfourri, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 1994

REALE, Miguel. *Novo Código Civil, Exposição de Motivos*, disponível em <http://www.senado.gov.br>, acesso em 13 agosto 2005.

\_\_\_\_\_ *Visão Geral do Projeto de Código Civil*, São Paulo: RT, v. 752, jun. 1998.

\_\_\_\_\_ *Visão geral do novo Código Civil* . Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n.54, fev. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br>, acesso em: 15 agosto 2004

TARTUCE, Flávio. *Tendências do Novo Código Civil: Uma codificação para o terceiro milênio*, 2004. Disponível em: <http://www.inteligenciajurídica.com.br>, acesso em 15 junho 2005