

A TÉCNICA LEGISLATIVA DAS CLÁUSULAS GERAIS E O NOVO PAPEL DOS JUÍZES

Antonio César Bochenek¹

Vinicius Dalazoana²

Resumo: A técnica legislativa das cláusulas gerais é caracterizada pela imprecisão de significado tanto na hipótese legal quanto na consequência jurídica. Difere, assim, do método legislativo da casuística, que visa determinar todos os elementos constitutivos da hipótese da norma. Apesar da inexistência de uma definição pacífica desta técnica, é possível verificar os seus mais importantes aspectos. Um dos principais consiste no papel criativo que as cláusulas gerais atribuem aos juízes, o que se verificou ao longo do desenvolvimento histórico do mais paradigmático exemplo de cláusula geral, o § 242 do BGB. O presente artigo explora as possibilidades desta atuação criativa a partir de uma perspectiva pós-positivista, tendo por pano de fundo o novo papel reconhecido aos juízes na sociedade atual. **Palavras-Chave:** Cláusulas Gerais. Juízes. Criatividade Judicial. Justiça Social.

THE LEGISLATIVE TECHNIQUE OF THE GENERAL CLAUSES AND THE NEW ROLE OF THE JUDGES

¹ Doutor em Direito, Justiça e Cidadania no século XXI pela Universidade de Coimbra. Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Presidente da Associação Paranaense dos Juízes Federais (APAJUFE). Professor da Escola da Magistratura Federal do Paraná. Professor e Coordenador do Grupo de Pesquisas em Direito do CESCAGE.

² Pós-graduando em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas – Escola de São Paulo. Pesquisador vinculado à Academia Brasileira de Direito Constitucional, no projeto “Teoria Constitucional Contemporânea: Aspectos Controvertidos”. Advogado. E-mail: viniciusdalazoana@yahoo.com.br.

Abstract: The general clauses legislative technique is characterized by the meaning imprecision in the legal hypothesis and also in the juridical consequence. Thus, it differs from the casuistry legislative method, which aims to determine all the norm hypothesis constitutive elements. Regardless the inexistence of one pacific definition about this technique, it is possible to verify their most important aspects. One of the principals consists of the creative role that general clauses attribute to the judges, what was verified along the historical development of the general clause most paradigmatic example, the §242 of the BGB. This paper explores the possibilities of this creative performance leaving from a post-positivist perspective, and it has the new judges' role in the present society as a background.

Keywords: General Clauses. Judges. Judicial Creativity. Social Justice.

1 INTRODUÇÃO



há há algumas décadas que as cláusulas gerais consistem num tema recorrente diante de processos codificatórios (MARTINS-COSTA, 1999). Também o Código Civil brasileiro de 2002 experimentou esta tendência, inspirando-se o legislador, no que respeita à técnica legislativa utilizada em muitos dispositivos, diretamente na Constituição da República, cujo articulado é permeado por diversas cláusulas gerais de reenvio a outros sistemas normativos, como é exemplo o §2º do artigo 5º (MARTINS-COSTA, 1998).

Contudo, ainda existem não poucos aspectos importantes das cláusulas gerais a carecer de maior esclarecimento e aprofundamento, sobremaneira aqueles mais intimamente relacionados com a sua operação no concreto decidir judicial. Além disso, é de se destacar que, diante de uma cláusula de tal espé-

cie, o julgador é imbuído de grande poder decisório e criativo. Essa particularidade insere as cláusulas gerais no centro da discussão acerca do novo papel desempenhado pela jurisprudência. Por outro lado, por esse mesmo motivo, é latente o risco de se verificar, na prática jurisprudencial, a tentação da “fuga para as cláusulas gerais” (WIEACKER, 1993, p. 546), em termos semelhantes ao que se constata, não poucas vezes, acontecer com a desconsideração da personalidade jurídica (URÍA e MENÉDEZ, 1999).³

Dessarte, faz-se imperioso e urgente um estudo voltado para a apresentação dos aspectos principais das cláusulas gerais enquanto técnica legislativa, já que neste domínio é que se encontra o seu verdadeiro significado, devendo-se elucidar, do mesmo modo, mais claramente o papel necessariamente criativo que os tribunais desempenham diante destas normas (ENGISCH, 1968). Dessa tarefa não se pode desincumbir senão adotando como plano de fundo a nova concepção vigorante da função jurisdicional.

Assume-se, para tal intento, uma perspectiva metodologicamente pós-positivista⁴. Inicia-se pela explanação da dificuldade de se estabelecer uma definição unanimemente aceita de cláusula geral. Demonstra-se, na sequência, uma breve nota histórica que deixa transparecer a importância do labor jurisprudencial diante dessa espécie de norma. Bem vinculados estes

³ A comparação com o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, mais familiar à doutrina e aos tribunais brasileiros, parece oportuna porque, neste caso específico, a “fuga” para cujo perigo alerta Wieacker também se verifica, ao menos potencialmente, visto que desconsideração é tida, segundo Rodrigo Úria e Aurélio Menéndez, como uma “fórmula mágica”, com “auréola de progressismo”, criada pela jurisprudência e para a qual ela apela quando intuitivamente verifica que o resultado concreto do respeito à forma da personalidade será injusto.

⁴ No sentido genérico conferido por Muller, pós-positivista é uma concepção nova da teoria do direito conforme a qual a norma jurídica não está contida nos códigos legais, que fornecem somente formas prévias, os textos normativos, os quais se diferenciam da norma jurídica propriamente dita por que esta é produzida em cada processo individual de decisão jurídica (MULLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 128).

pontos, estabelece-se a contraposição entre a técnica das cláusulas gerais e a da casuística, a fim de que, com este esforço comparativo, sejam iluminados os atributos mais típicos da primeira. Sempre que se fizer necessário, tomar-se-á como paradigma a boa-fé objetiva, prescrita no artigo 422 do Código Civil, já que consiste no mais conhecido exemplo de cláusula geral e revela, ademais, com muita clareza os aspectos que se pretende trabalhar. Disso não decorre, aliás, como já afirmado, que somente no Direito Civil possam ser encontradas cláusulas gerais. Elas se espraiam por todo o sistema jurídico, e estão previstas de forma abundante inclusive no texto constitucional.

Depois, e com maior pormenorização, abeira-se do papel normativo-juridicamente constitutivo que à jurisprudência incumbe assumir quando se encontra perante uma cláusula geral, apontando-se, afinal, os profícuos resultados que podem ser obtidos com a contextualização das cláusulas gerais dentro do novo papel atribuído aos juízes.

2 A DIFÍCIL DEFINIÇÃO DE CLÁUSULA GERAL

Judith Martins-Costa lança mão de uma metáfora bastante esclarecedora sobre a dificuldade de conceituação das cláusulas gerais: relembrando o mito do combate entre Menelau e o deus marinho Proteu, cujo poder consistia na capacidade de assumir, em cada momento, uma figura distinta, afirma que as cláusulas gerais são “proteiformes”, no sentido de que assumem, também elas, uma diversa significação a cada diferente perspectiva de exame do estudioso (MARTINS-COSTA, 1999).

Nessa linha de intelecção, Karl Engisch referiu-se à cláusula geral como um “conceito multissignificativo” (1968, p. 228), e Canaris apontou a impossibilidade da “dogmatização” destas normas, porquanto “a concretização da valoração e a formação de proposições jurídicas só podem operar *perante o*

caso concreto ou em face de grupos de casos considerados como típicos” (1989, p. 44). Vito Velluzzi, por sua vez, tendo em vista a doutrina italiana contemporânea, compara o conjunto de tentativas de definição do sintagma “cláusula geral” a uma verdadeira “torre de babel” (2010, p. 60).

De qualquer forma, não é difícil perceber a inexistência, no direito ocidental, de uma definição amplamente consentida sobre as cláusulas gerais (CHIASSONI, 2011, p. 95). A principal tarefa implicada pela tentativa de definição consiste na indicação dos aspectos evidenciados no processo de formulação do texto normativo e, especialmente, no processo de decisão judicial. Por isto é que, neste trabalho, elas são estudadas com vistas a esclarecer os aspectos pragmaticamente operativos, na medida em que são os que mais claramente relacionam-se com os problemas colocados ao juiz diante de um caso concreto.

Apesar disso, e com as ressalvas já referidas, impende oferecer um esboço de caracterização que permita, ao menos, a elaboração de uma ideia prévia sobre as cláusulas gerais. Assim, cai a lanço o contributo de Martins-Costa, segundo quem, com o sintagma “cláusula geral”, é possível designar quer “determinada *técnica legislativa* em si mesma não-homogênea”, quer também “certas *normas jurídicas*, devendo, nesta segunda acepção, ser entendidas pela expressão ‘cláusula geral’ as *normas que contêm uma cláusula geral*.” Com o mesmo sintagma é possível, ainda, aludir “às *normas produzidas por uma cláusula geral*.” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 286).

Nessa senda, Antonio Menezes Cordeiro apresenta algumas pistas que reduzem a imprecisão conceitual da figura. Primeiramente, indica que as cláusulas gerais são uma categoria formal, sendo absolutamente inviável compreendê-las com recurso a fatores materiais. Daí resulta sua natureza previsivo-estatutiva, ou seja, as cláusulas gerais têm por escopo regulamentar comportamentos humanos. Além disso, o autor português propugna a improficuidade de se relacionar diretamente

cláusulas gerais e conceito indeterminados, já que, a presença destes não implica a daquelas, nem o contrário é verdadeiro (CORDEIRO, 1984, p. 1183).

À toda evidência, entretanto, o perfil multifacetário das cláusulas gerais impede a doutrina de obter mais do que um elenco com as suas mais importantes características. Portanto, releva afastar, desde logo, a pretensão de formular um conceito preciso e terminado. Objetiva-se, na verdade, salientar os aspectos que comumente se lhe atribuem no que respeita ao seu papel de técnica legislativa, pois é precisamente no confronto com a *técnica da casuística* que se pode mais claramente se aproximar de seu perfil e se verificar o papel criativo que por elas é atribuído à jurisprudência.

2.1 A GÊNESE DAS CLÁUSULAS GERAIS E O PAPEL IMPULSIONADOR DA JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ

Embora típica da segunda metade do século XX, a cláusula geral encontra seu mais célebre e paradigmático exemplo no § 242 do Código Civil Alemão – o BGB – editado em 1896 (MARTINS-COSTA, 1999). É a partir desse diploma que se verifica uma verdadeira “virada de Copérnico” no tratamento das obrigações no direito alemão, a ponto que o referido dispositivo se torna paradigma de cláusula geral veiculadora da boa-fé objetiva. Isso se justifica por duas causas fundamentais.

De um lado, e paradoxalmente⁵, a inserção da boa-fé

⁵ Diz-se paradoxalmente porquanto a vontade foi dogmatizada neste Código. Enzo Roppo destaca, sobre o BGB, a complexa sistematização dos atos de circulação da riqueza, e sublinha, ainda, a grande novidade que consistiu na criação, como fruto dos estudos dos pandectistas, da figura do negócio jurídico, mais genérica e abstrata que a do contrato, e, assim, ideal para a afirmação da igualdade formal entre os sujeitos contratantes, já que facilitava a ocultação de suas classes sociais. Isto é, por ser uma figura mais genérica e abstrata, o negócio jurídico se afastava ainda mais das circunstâncias socioeconômicas dos contraentes, operando a máxima igualização formal entre eles, somando-se a isso, igualmente, o fato de que todos os sujeitos jurídicos eram igualmente capazes e livres para emitir declarações de vontade com

objetiva em um Código legal transformou a própria noção de sistema e revolucionou a teoria das fontes dos direitos subjetivos e das obrigações, na medida em que limitou significativamente a importância do elemento volitivo e dissolveu o rigor lógico dos sistemas assentados unicamente no raciocínio silogístico (SILVA, 2006).

Lado outro, inovadoramente, o BGB concebeu o princípio da boa-fé objetiva não apenas como corretivo e interpretativo do conteúdo obrigacional, mas como fundamento da própria obrigação, de tal modo que as demais prescrições de direito obrigacional são não mais que manifestações deste princípio. Mais do que simples esperança no renascimento de comandos morais no plano do direito positivo, esta postura exprime a pretensão de conferir ao juiz, sem embargo de sua vinculação à lei, a possibilidade de modificar ou mesmo derrogar qualquer outra norma de direito das obrigações, com fulcro no § 242 do BGB, já que o dispositivo passou, então, a constituir norma fundamental de direito obrigacional (WIEACKER, 1993).

Não foi esse, porém, o sentido primeiramente atribuído pelos autores do BGB (MARTINS-COSTA, 1991). Lembrando-se que o Código significa o coroamento do trabalho da pandectística, compreendem-se sem dificuldades as fortes críticas que lhe foram endereçadas, aquando de sua publicação, em virtude do caráter indeterminado de muitas de suas disposições e ao apelo, conseqüentemente, reiterado ao poder criador do juiz.⁶ Noutro falar, a técnica legislativa da cláusula geral não

efeitos jurídicos. Exatamente esta é outra grande marca deste Código: a vontade do sujeito de direito é elevada a dogma, e surgem, por isto mesmo, diversas regras atinentes aos vícios de vontade (ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, pgs. 47-52).

⁶ Em face destas características atribuídas pelos críticos ao BGB, a reação doutrinária não poderia ser outra naquele momento. Explica-se: um dos marcantes componentes do historicismo alemão é a construção sistemática do direito. O ramo da Escola histórica alemã que desenvolveu esta componente foi justamente a pandectística. Pois bem, esta doutrina assenta em três dogmas fundamentais. Primeiramente, a teoria da subsunção, “segundo a qual a realização da justiça nos casos concretos

era vista pelos autores do BGB como um instrumento destinado a conferir ao julgador poder criativo semelhante ao do pretor romano (MARTINS-COSTA, 1998).

Não obstante, é certo que as cláusulas gerais representaram a superação pelo legislador da antiga fobia que tinha em relação à interpretação (ROSELLI, 2003). Por isso, constituíram uma vanguardista concessão do positivismo jurídico ao senso de auto-responsabilidade dos juízes e a uma ética transpositiva, e, por meio delas, o legislador do BGB tornou seu trabalho mais maleável e, assim, mais duradouro (WIEACKER, 1993).

O trajeto percorrido pelo §242 até galgar a supramencionada relevância envolve, necessariamente, por duas ordens de fatores convergentes e complementares: o papel criativo dos juízes alemães e a própria técnica legislativa empregada na sua redação (MARTINS-COSTA, 1999).

seria assegurada subsumindo os ‘factos’ (sic) ao ‘direito’, nos termos de um raciocínio de tipo silogístico, em que a premissa maior era um princípio de direito e a premissa menor a situação de facto (*Tatbestand*) (sic) a resolver” (grifos do original). Esta teoria, que experimenta uma mais conhecida variante legalista, em que a premissa maior é a lei, reduz tendencialmente a atividade judicial a uma aplicação axiomática dos princípios jurídicos.

Ao lado da subsunção, o dogma da plenitude lógica do ordenamento jurídico determinava que, “ao juiz (que também não pode deixar de decidir com fundamento em que não existe direito aplicável) fica vedada, mesmo perante a existência de uma lacuna de lei, a avaliação do caso concreto segundo critérios autónomos (sic) de valoração. O que ele deve fazer, nesse caso, é estender, por dedução e combinação conceitual, o sistema normativo, de modo a cobrir o caso *sub judice*” (grifos do original).

Finalmente, conforme o terceiro dogma – o da interpretação “objetivista”, o sentido da norma não decorreria das intenções do legislador, mas de sua referência ao sistema normativo por ela integrado. Assim, propõe-se o recurso a um “legislador razoável”, que continuamente integra as normas no seu contexto, de forma que o ordenamento não perde sua integridade e coerência como um sistema conceitual. O sentido da norma, destarte, decorre aqui de seu objetivo sistema.

(HESPANHA, Antonio Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. Lisboa: Publicações Europa-América, LDA, 1997, pp. 185-192).

Daí porque as fortes críticas não causam surpresa, e a própria técnica da cláusula geral não tinha reconhecida, seja pela doutrina, seja pelos autores do Código, a potencialidade que hoje se lhe atribui.

De um lado, a jurisprudência civilista da Alemanha mostrou-se madura para corresponder às exigências que as cláusulas gerais fazem aos juízes quando, a partir da primeira guerra mundial, passou a integrar os sentidos das cláusulas gerais com uma nova ética jurídico-social. Desse modo, estas normas adquiriram função inovadora no direito judicial do segundo pós-guerra (WIEACKER, 1993), precisamente porque, refutando a compreensão do preceito como puramente pleonástico ou mera norma de interpretação contratual, algumas Cortes de Justiça conferiram ao §242 do BGB o sentido de boa-fé objetiva (HESELINK, 2008).

Lado outro, quanto ao segundo dos fatores referenciados, o desenvolvimento experimentado pela disposição normativa se relaciona com a expansão de seu “campo previsivo-estatutivo”, é dizer, com a sua própria natureza de cláusula geral (MARTINS-COSTA, 1999, p. 299).

A partir do paradigmático caso alemão, o método de legislar com base em cláusulas gerais expandiu-se para outros sistemas jurídicos, europeus e latino-americanos, sobretudo na segunda metade do século passado, de modo que essa técnica legislativa é seguramente denominador comum entre os Códigos Civis mais recentes, especialmente em face do esgotamento do modelo oitocentista da plenitude dos sistemas legislados (MARTINS-COSTA, 1999).

3 A TÉCNICA LEGISLATIVA DA CLÁUSULA GERAL: A CONTRAPOSIÇÃO AO MÉTODO DA CASUÍSTICA

O confronto entre a técnica legislativa da casuística e o modelo legislativo assentado em cláusulas gerais foi apresentado por Karl Engisch, em sua clássica obra *Introdução ao Pensamento Jurídico*. O autor, nesta oportunidade, preconizou que se o conceito “multissignificativo” de “cláusula geral” tem um significado próprio, bem será feito se o olharmos como um

conceito contraposto à “elaboração casuística das hipóteses legais”, entendida aí como a “configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a esta-tuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria” (1968, p. 228).

Antes de mais, impende explicitar o que se entende com o conceito de “hipótese legal” da norma. De acordo com a teoria tradicional, “a regra de direito tem a forma de uma proposição, a ‘proposição jurídica’” (LARENZ, 1997, p. 350). Assim, se as proposições são todas estruturas linguísticas nas quais algo está conexas com outra coisa, a regra, como qualquer outra proposição, poderia ser decomposta em sujeito, predicado e imputação do predicado ao sujeito. Portanto, à situação de fato corresponderia o sujeito da proposição e à consequência jurídica o predicado (SILVA, 2006).

Isto porquanto, sendo a norma uma proposição jurídica⁷, a associação se dá entre a situação de fato prescrita de forma geral e uma consequência jurídica, também circunscrita em termos gerais, mas situada sempre no âmbito normativo. Neste sentido, verificada a situação de fato prevista na hipótese normativa, é deflagrada a consequência jurídica, desde que a regra jurídica seja válida, o mesmo é dizer, integrante de um ordenamento jurídico vigente. Noutra falar, é precisamente a conexão de um acontecimento fático, previsto como tal na hipótese normativa, a uma consequência jurídica situada na esfera do juridicamente vigente – que, por isto mesmo, “vigora” com a verificação do pressuposto fático – que especifica a proposição jurídica enquanto modo linguístico de expressão normativa

⁷ Larenz emprega a expressão “Rechtssatz” (proposição jurídica) com um sentido idêntico ao de “Rechtsnorm” (norma jurídica), precisamente porque a norma jurídica somente pode ser expressa enquanto proposição (ob. cit. p. 350). Kelsen, diferentemente, utiliza o termo “Rechtssatz” para designar apenas proposições da ciência do direito, sob o argumento de que estas, conquanto se refiram ao conteúdo e à vigência das normas, são apenas enunciativas, e, assim não podem ser consideradas normas de direito. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 73 e s.

(LARENZ, 1997).

É esta situação de fato – o sujeito da proposição normativa – que consiste justamente naquilo que Engisch designa “hipótese legal”. Pontes de Miranda, entre nós, formulou a expressão “suporte fático” a fim de traduzir o termo técnico germânico “*Tatbestand*”, e definiu-a como “aquele fato, ou grupo de fatos que o compõe (o dito “suporte”), e sobre o qual a regra jurídica incide” (grifos nossos) (MIRANDA, 1954-1969, p. 16). Os juristas italianos, por seu turno, costumam empregar o vocábulo “*fattispecie*” (BELLINI, 2003), que traduz uma conjugação da expressão medieval latina “*species facti*”. No falar forense não é incomum o uso do termo “espécie” para se referir ao caso, ao direito material discutido em juízo. “*Tatbestand*”, no entanto, enquanto expressão jurídica é mais abrangente e respeita a todo e qualquer fato prescrito na norma (SILVA, 2006).

Deste modo, consoante Engisch (1968), por cláusula geral há que se compreender a estipulação da hipótese legal marcada por uma grande generalidade, de modo a abranger todo um domínio de casos que passa, assim, a ser submetido a um regime jurídico. E é assim, na medida em que “graças à sua generalidade”, afirma o autor, “as cláusulas gerais tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica.” (ENGISCH, 1968, p. 233).

Por outro lado, quando se vale do método da casuística, também denominado “técnica da regulamentação por *fattispecie*” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 297), o legislador estabelece, com a maior completude possível, os critérios da aplicação de uma determinada qualificação jurídica aos fatos, o mesmo é dizer, busca-se uma perfeita determinação dos elementos constitutivos da *fattispecie* (MARTINS-COSTA, 1998).

Diferentemente do que faz Karl Engisch, todavia, Martins-Costa não vincula às cláusulas gerais o caráter da generali-

dade. Atribui-lhes, antes, como atributo primordialmente caracterizador a vagueza semântica, aí compreendida como “imprecisão de significado” (1999, p. 303). Consequentemente, caracteriza a técnica da casuística pela nota da *tipicidade* ou *determinação* (1999, p. 298).

Cláusulas gerais, portanto, constituem uma técnica legislativa pela qual o legislador não determina nem a hipótese normativa, nem a consequência jurídica. Ou seja, tanto o fato pressuposto pela norma para a sua incidência, quanto a consequência jurídica que incidirá uma vez verificado o fato pressuposto são previstos de modo semanticamente indeterminado, com alta carga de imprecisão em seus significados.

Justamente esta característica das *fattispecies* tem sido apontada pela doutrina como um dos principais, senão o principal motivo de rigidez – e consequentemente, de envelhecimento – dos códigos civis. É que o elenco de figuras prescrito pelo legislador subtrai ao juiz o necessário poder de configurar a norma ao caso,⁸ e, desta forma, como que induz-lo à subsunção do fato concreto à prescrição abstrata. Assim, o método legislativo da casuística tem uma inescapável marca de rigidez e de tendencial imutabilidade, subjacente à qual está a pretensão da completude reguladora, típica justamente das grandes codificações.⁹

Vê-se, portanto, que a tipificação prévia de condutas, le-

⁸ Assume-se, portanto, desde logo, a posição segundo a qual o caso é o *prius* e o *modus* metodológico, é dizer, o ponto de partida e o prisma pelo qual se deve perspectivar toda a atividade metódica do julgador colocado diante de um caso concreto. Assim, é a norma individual que deve se configurar ao caso, e não o caso que deve adaptar-se aos quadrantes conceituais abstratamente prescritos pelo legislador. Cf. NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp. 145-148).

⁹ Neste sentido, preconiza Norberto Bobbio que a “expressão macroscópica dessa vontade de completude foram as grandes codificações”, porque “a miragem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O Código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode afastar-se.” BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. Ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 121.

vada a cabo pelo legislador, combina precisamente com o paradigma interpretativo positivista, assentado no método axiomático-dedutivo de subsunção neutral dos fatos à norma. Esta forma de compreender a atividade exegético-jurídica lança raízes no “modo de pensar Euclidiano/Cartesiano”.

Não coincidentemente, é um tipo de raciocínio designado pelo nome de dois matemáticos, o grego do século terceiro antes de Cristo, Euclides, e o francês dos seiscentos, Descartes. Foram, ambos, matemáticos pioneiros que, mediante seus métodos geométricos, influenciaram fortemente a filosofia e o método científico de um modo geral, inclusivamente o pensamento econômico e o jurídico. O método parte do estabelecimento de axiomas básicos, verdadeiros por definição ou por uma suposta “auto-evidência”, e lança mão da lógica dedutiva para fazer derivar teoremas, estes não “auto-evidentes”. Não obstante, a definição de axiomas incontestáveis somente é possível na ciência matemática, por só a matemática consiste num sistema de definições que pode ser totalmente alcançado de forma independente da observação da realidade. O método axiomático apela para a estética, na medida em que proporciona a construção de um sistema lógico e completo, tal qual se intentou fazer com os grandes códigos oitocentistas, de modo especial o napoleônico (DOW, 1998).

Por isto é que ao positivismo jurídico, paradigma filosófico-metodológico que forte influência sofreu deste pensamento Euclidiano/Cartesiano, fazia-se, como ainda faz-se, oportuno que as normas tivessem hipóteses fáticas conceitualmente rígidas e idôneas a constituir “axiomas verdadeiros por definição e auto-evidência”. Desta inspiração surgiram os grandes códigos civis. Dela, igualmente, em grande medida decorreu o esquema interpretativo positivista, e a própria forma de se pensar o sistema jurídico, fechado, completo e coerente, aí também busca suas fontes. Como se deixou claro, porém, os axiomas incontestáveis só podem ter lugar na matemática. Isto é demonstrado

com muita clareza pela técnica das cláusulas gerais. Daí porque Clóvis do Couto e Silva sustentou que “os juristas da escola positivista não têm apreço pelas possibilidades criadoras decorrentes da admissão de ‘cláusulas gerais’” (SILVA, 2006, p. 69).

Além disso, se a técnica da casuística tendencialmente enrijece os códigos civis e os conduz ao envelhecimento precoce, às cláusulas gerais, por outro lado, “é assinalada a vantagem da *mobilidade* proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da *fattispecie* que contém”, de sorte que “o risco do imobilismo é afastado por esta técnica porque aqui é utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 298). Daí que o julgador goze de maior esfera de criatividade na determinação da hipótese da norma e da estatuição jurídico-normativo que se deve deflagrar, caso a norma seja vigente e seu pressuposto se verifique.

Deste modo, a amplitude semântica das cláusulas gerais faz ruir o dogma positivista da completude legislativa, e abre espaço para que, em seu lugar, desenvolva-se qualitativa e quantitativamente o papel criativo de uma jurisprudência que, por isto mesmo, deve ser cada vez mais madura e responsável no desempenho de suas funções¹⁰.

4 AS CLÁUSULAS GERAIS E A ATIVIDADE CRIATIVA EXIGIDA DOS JUÍZES

¹⁰ Acerca do papel criativo da jurisprudência, Attila Menyhard, Károly Mike e Akos Szalai destacam uma vantagem poucas vezes reconhecida pela literatura tradicional: quando o desenvolvimento judicial do direito é responsável e respeita seus próprios limites institucionais, proporciona a internalização dos custos do processo legislativo, atribuindo-o aos interessados e não aos contribuintes de modo geral (MENYHARD, Attila, MIKE, Károly and SZALAI, Akos. *Mandatory Rule in Contract Law. German Working Papers in Law and Economics*, Vol. 2007, No. 18. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1414110>). Embora não se concorde totalmente com a posição dos autores, uma vez que a função legislativa é a própria função típica do Poder Legislativo, e, por isto, não deve estar condicionada a uma análise meramente econômica, não se pode deixar de reconhecer a originalidade do pensamento encetado.

Se, diferentemente do que ocorre com a técnica da casuística, as cláusulas gerais consistem em uma técnica legislativa mediante a qual o legislador prescreve de forma semanticamente indeterminada tanto a hipótese normativa quanto a consequência jurídica, verifica-se, desde logo, uma diferença basilar relativamente à extensão do poder judicial: quando se tratar de normas com grau mínimo de vagueza, como as *fattispecies*, ao juiz incumbirá, unicamente, estabelecer o significado do enunciado normativo. Por outro lado, se as normas forem elaboradas mediante a técnica da cláusula geral, e, por isto, caracterizarem-se pela vagueza e incompletude, o poder do juiz será extraordinariamente amplificado, visto que sua tarefa consistirá em completar a hipótese normativa e definir ou dimensionar a estatuição, e, assim, importará, aliás como já aclarado algures, em verdadeira criação de direito novo (MARTINS-COSTA, 1999).

Tome-se, por exemplo, o artigo 422 do Código Civil brasileiro, que preceitua a obrigação dos contratantes a guardar, “assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” Diante de um caso judicial que convoque o referido dispositivo, o órgão julgador será reenviado ao comportamento que se coadune com a boa-fé objetiva, à prática social e aos padrões dominantes, competindo-lhe um duplo papel: especificar, no caso concreto, o que é um comportamento conforme a boa-fé objetiva, bem como determinar e dimensionar as consequências jurídicas que advirão de uma conduta que não observe tal regra de conduta.

Assim, a criatividade judicial, convocada para mitigar o vácuo aberto com a ruína do dogma da completude do sistema, consiste, na verdade, numa dimensão constitutiva da própria natureza das cláusulas gerais, que exigem a progressiva construção jurisprudencial das respostas aos problemas concretos.

Neste sentido, compreende-se porque Castanheira Neves

sublinha que “na problemático-concreta realização do direito concorrem momentos normativo-constitutivos” (NEVES, 1993, p. 17). Isto significa que a atividade judicativa é composta por uma inafastável dimensão criadora de direito novo, ou seja, por um momento reconstitutivo ou mesmo autonomamente constitutivo de normas jurídicas.

Esta ideia merece desenvolvimento mais detalhado. O decano da Escola de Metodologia do Direito de Coimbra, quando se refere a estes “momentos normativo-constitutivos”, está a propor a superação do paradigma positivista de aplicação lógico-dedutiva do direito, assentado, como se sabe, num esquema silogístico-subsuntivo (NEVES, 1995). É que este pensamento jurídico, ainda que porventura fosse “ciência” no conhecimento neutral das normas jurídicas, teria necessariamente de se reconhecer “jurisprudência” na decisão concreta, porquanto o momento jurisprudencial é inescapável em qualquer pensamento que se pretende metodologicamente jurídico. E este momento, precisamente, mostrava-se, enquanto jurisprudencial, também “normativamente constitutivo” em seu concreto decidir.

Neste sentido, o direito judicativamente afirmado na decisão não se reduz a simples reprodução do direito aplicando, é dizer, das consequências abstratas pressupostas pela norma, mas revela-se reconstitutiva – ou mesmo autonomamente constitutiva – concretização e integração prático-normativa deste direito. Assim, “enquanto normativamente constitutiva, a jurisprudencial decisão concreta revelava-se também *criadora* de direito” (NEVES, 1993, p. 28-29).

Consequentemente, o processo de realização prática do direito desvela inegáveis limites normativo-jurídicos neste sistema de direito pressuposto pelo juiz, que exigem, forçosamente, da atividade judicial uma necessária e permanente convocação, seja de forma reconstitutiva, seja uma vez mais de forma autonomamente constitutiva, de critérios e fundamentos nor-

mativo-jurídicos que estão fora do sistema, sem a qual não se consegue adequadamente cumprir-se a tarefa judicativa (NEVES, 1993).

Este sistema normativo, portanto, muito em razão destes limites revelados pela atividade de realização judicativa do direito, é aberto e permanentemente “constituendo”. E assim é, porquanto, consoante propugna Fernando José Bronze, “é ele constituído por uma normatividade que se redensifica e realiza historicamente, por mediação dos problemas que vão emergindo” e que, conseqüentemente, “concorrem para determinar a excogitação de novos princípios e a sua também inovadora precipitação em critérios (legais, jurisdicionais, dogmáticos e praxísticos) que os assimilem”. Verdadeiramente, quem o diz é ainda o autor conimbricense, é isto o que ocorre relativamente a qualquer sistema cultural, pois que não se pode suprimir nem o advento dos problemas originais que materialmente o densificam, nem a “historicidade dos princípios que intencionalmente o singularizam (BRONZE, 2006, pp. 374-375).

A esta altura, já deve estar claro que as cláusulas gerais têm uma íntima conexão com a ruína do dogma da completude e com a crise da teoria das fontes. Isto porque esta crise, consoante o gênio de Clóvis do Couto e Silva já ensinava na década de 1960, “resulta da admissão de princípios tradicionalmente considerados metajurídicos no campo da ciência do direito, aluindo-se, assim, o rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo” (SILVA, 2006, p. 65).

Assim, se aquela “vontade de completude”, ínsita à técnica da casuística, é demonstrada irrealista e metodologicamente insustentável pela abertura semântica das cláusulas gerais – bem como pela dimensão normativamente constitutiva da atividade judicial – tem-se, por resultado, que precisamente a técnica de legislar por cláusulas gerais manifesta a crise das fontes jurídicas, porque esta radica justamente no entendimento de que um código, por mais exaustivo que seja, não esgota o direi-

to vigente, mas requer uma atuação normativamente constitutiva do corpo judicial.

Destarte, este caráter normativo-judicialmente constitutivo da atividade judicativa se torna ainda mais patente nas cláusulas gerais, que, tecnicamente, atuam como *metanormas*, porquanto, sem regulamentar matéria alguma de modo exaustivo, têm por escopo o envio do juiz a “critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, de usos e costumes.” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 299).

Não obstante, diferentemente do que entende Menezes Cordeiro, que enxerga nelas “um verdadeiro arbítrio balizado embora por certos parâmetros”, (CORDEIRO, 1984, p. 1191) as cláusulas gerais não são necessariamente cláusulas discricionárias, “antes pelo contrário: as cláusulas gerais não contêm qualquer delegação de discricionariedade, pois que remetem para valorações objectivamente (sic) válidas” (ENGISCH, 1968).

Consequentemente, este método legislativo possibilita a circunscrição, dentro de uma hipótese legal, de uma ampla gama de casos cujas características próprias serão forjadas no labor jurisprudencial, em contato direto com a experiência prático-judiciária e as vicissitudes dos casos concretos, e não por via da mediação legislativa. Casos outros haverão, por outro lado, nos quais a indeterminação dar-se-á no que respeita aos efeitos deflagrados pela aplicação do preceito, pelo que também estes poderão ser jurisprudencialmente formados (MARTINS-COSTA, 1999).

De todo modo, quer num caso como noutro, vê-se a porosidade desta textura normativa aos influxos dos próprios casos concretos, de tal modo que, na esteira de Friedrich Muller, pode-se sustentar que o âmbito normativo co-constitui a norma. É que se “o teor literal de uma prescrição juspositiva” – isto é, aquilo que tradicionalmente se compreende como sendo *a*

norma – constitui o programa normativo, ele é ao mesmo tempo “apenas a ‘ponta do *iceberg*’” (2010, p. 54). No mesmo nível hierárquico, co-constitui a norma o seu âmbito, ou seja, o recorte da realidade social que o programa da norma escolheu para si ou parcialmente criou para si como esfera de regulamentação (MULLER, 2010).

Nesta linha de intelecção, percebe-se que as cláusulas gerais, sob a perspectiva da técnica legislativa, caracterizam-se justamente por serem um dispositivo normativo composto por um enunciado de linguagem intencionalmente aberta, dotado, assim, de um campo semântico amplo, que confere ao juiz um mandato, de modo que, diante dos casos concretos, atue criativa e complementarmente na criação de normas jurídicas, por meio do reenvio para elementos extra-sistemáticos¹¹ – em nosso entender, de certo modo, aquilo que Castanheira Neves denomina “critérios e fundamentos normativo-jurídico transpositivos”. Estes elementos, entretanto, na medida em que constituem a *ratio decidendi*, serão, com a reiteração no tempo dos fundamentos decisórios, ressystematizados no interior do ordenamento e perderão, logo assim, o caráter da extra-sistematicidade (MARTINS-COSTA, 1999).

De certa forma, portanto, e assim como a desconsidera-

¹¹ Parece que esta referência aos elementos extra-sistemáticos, para os quais o juiz é reenviado por força das cláusulas gerais a fim de atuar criativamente, constitui um ponto de contato com o entendimento de Friedrich Muller acerca dos textos que, não sendo idênticos ao teor literal da norma – podendo mesmo transcendê-lo – orientam linguisticamente a normatividade que se manifesta nas decisões judicativas práticas. Com efeito, no escopo de fortalecer a tese da não-identidade entre texto da norma e norma, o autor apresenta dois argumentos relativamente interligados: por um lado, alude a um direito consuetudinário com total qualidade de norma que existe “*praeter constitutionem*”; lado outro, preconiza que a normatividade jurídica manifestada mediante as decisões práticas não é, mesmo no âmbito do direito positivamente vigente, orientado simplesmente pelo enunciado textual da norma concretizanda. Em contrário, a elaboração da decisão convoca o subsídio de materiais legais, de manuais didáticos, de comentários e estudos monográficos, de precedentes e de material do Direito Comparado, é dizer, “de numerosos textos que não são idênticos ao teor literal da norma, chegando mesmo a transcendê-lo.”

MULLER, Friedrich. Ob. cit., pp. 55-56.

ção da personalidade jurídica, a cláusula geral opera aos moldes de um “instituto de enquadramento”, com todas as vantagens científicas que daí decorrem. Esta espécie de instituto, aclara Menezes Cordeiro, ajunta sob uma mesma égide figuras que, caso contrário, ficariam espalhadas pelo sistema. Num primeiro momento, esta junção poderá padecer de rarefeito conteúdo dogmático. Todavia, este conteúdo aparece após a busca ordenação e sistematização jurisprudenciais. É que a partir da análise dos problemas ventilados e de suas respectivas soluções, que, justamente em razão do “instituto de enquadramento”, ocorrem num mesmo espaço específico, minoram-se contradições, integram-se lacunas e aparam-se arestas. O debate sobre a justeza das soluções nos casos concretos é assim aprofundado. No caso específico da boa-fé, por exemplo, a reunião de institutos de diversas origens, como a *culpa in contrahendo*, a alteração das circunstâncias, a complexidade intra-obrigacional e interpretação do contrato foram afeiçoados sob um mesmo sintagma, e, por ele, inseridos na complexidade do sistema (CORDEIRO, 2000, pp. 148-149).

Karl Engisch, todavia, alerta para a relativização que muitas vezes ocorre quanto a esta distinção entre as duas técnicas legislativas, a depender do teor com que são formuladas, e sublinha que elas não são necessária e reciprocamente excludentes, podendo, ao contrário, completar-se mutuamente. Há casos, com efeito, em que a utilização conjunta destes métodos é particularmente aconselhável (ENGISHC, 1968). Ademais, a maior ou menor intensidade do uso destas duas técnicas dependerá da esfera de relações sociais que se pretende regular. Assim, por vezes a legislação deverá se limitar a estabelecer, elasticamente, um marco geral de atuação do Estado, como, por exemplo, em matéria de direito econômico¹². Noutros casos,

¹² Assim, por exemplo, a “concorrência desleal” que há de repousar “sempre numa cláusula geral, que permite reagir contra um ‘acto (sic) de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de actividade’ (sic) (art. 260º, Código de Propriedade Industrial português)” (grifos do original). ASCENÇÃO, José de Oli-

são as próprias características próprias do direito vigente que determinam esta escolha legislativa, o que se dá com o direito penal, o qual, por tradicionalmente se entender que inadmite a analogia, é tendencialmente mais casuístico (WÓJCIK, 1990).

Por outro lado, a análise das cláusulas gerais enquanto método legislativo deixa transparecer a imperfeição da regulamentação de tipo casuístico em diversas hipóteses, seja pela complexidade da matéria a disciplinar, seja por se tratar de relações sociais rapidamente mutáveis, seja ainda por se tratar de relações nas quais o contato intersubjetivo envolve dimensões mais profundas das pessoas de ambas as partes (MACHADO, 1999).

Ademais, à técnica da casuística é ínsito o risco da omissão legislativa, que pode ser de duas espécies. Em primeiro lugar, o legislador pode arriscar-se a não inserir nas hipóteses legais todas as situações fáticas que merecem semelhante tratamento jurídico: teremos as lacunas de regulamentação. Em segundo lugar, pode o legislador abranger, erroneamente, nas hipóteses casuísticas casos que, por sua própria natureza, demandam um tratamento especial ou excepcional: teremos, então, as chamadas “lacunas de exceção”. A estes inconvenientes legislativos, entretanto, poder-se-á obviar com o estabelecimento, ao lado de uma enumeração casuística meramente exemplificativa, de uma cláusula geral que circunscreva todas as hipóteses faltantes (MACHADO, 1999).

Neste sentido, tendo em vista a dificuldade inerente ao dimensionamento preciso dos contornos das cláusulas gerais, do que resulta a redução do grau de certeza jurídica, justifica-se que os códigos acolham a solução da combinação entre os métodos legislativos, especialmente em matéria do direito das obrigações, já que em torno destas regras desenvolve-se toda a

veira. A aplicação do art.º 8º da Convenção da União de Paris nos países que sujeitam a registo o nome comercial. *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, Ano 56, p. 439-475, 1996, p. 473.

disciplina jurídica (MARTINS-COSTA, 1998).

5 AS FUNÇÕES¹³ DOS JUÍZES NA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA CONTEMPORÂNEA

A proposta desse trabalho, qual seja, analisar as cláusulas gerais enquanto instrumento capaz de conferir ao julgador um mandato – não discricionário – para que, em vista do caso concreto, atue criativamente densificando tanto a hipótese normativa quanto a consequência jurídica, e, assim, crie jurisprudencialmente direito novo, somente pode ser levada a efeito se inserida no plano de fundo da nova concepção da atividade e da função judicial.

As funções judiciais apresentam configurações diversificadas de acordo com os países e as épocas em que se situam e as características das sociedades e dos Estados (FRIEDMAN e PERDOMO, 2003). Nesse sentido, o atual contexto democrático é um dos fatores mais relevantes na reinterpretação das velhas funções dos tribunais, assim como do surgimento e afirmação de novas (BERGOGLIO, 2003).

As funções do judiciário, ao longo do século XIX, estiveram orientadas no sentido de legitimar a atuação do legislador. No paradigma liberal, adotado pelos países de origem do direito romano-germânico, o isolamento político-social do judiciário reduziu a legitimidade de suas decisões a um momento que antecedia a própria atividade jurisdicional, ou seja, cabia ao judiciário aplicar as normas já previamente dotadas de uma legitimidade advinda do processo legislativo (PISKE, 2010).

A partir do final do século XIX, em face das transformações do Estado moderno e da própria compreensão da metodologia jurídica e da teoria das normas jurídicas, restou alterado o

¹³ A expressão “funções dos juizes” utilizada aqui engloba as funções relacionadas aos juizes e órgão jurisdicionais integrantes dos sistemas judiciais, sem maiores digressões terminológicas. Assim, trata-se de um conceito amplo em que as funções dos tribunais representam as funções do poder judiciário como um todo.

significado sócio-político das funções dos tribunais, consolidado no período que sucedeu o final da segunda guerra mundial, e variável de país para país, de acordo com as demais condições sociais, econômicas, políticas e culturais (SANTOS, *et al.*, 1996).

Interessa aqui ressaltar duas tendências importantes (PASCUAL, 1997): a primeira, uma alteração das áreas de intervenção típicas da jurisdição, adentrando a seara do legislativo e executivo principalmente enquanto palco de debate e decisão política, sobretudo pela massificação e judicialização da vida social; de outro lado, um incremento quantitativo de atuações judiciais em razão da explosão jurídica (engloba a explosão de litígios e direitos) ou o aumento da carga de trabalho dos órgãos jurisdicionais, potencializadas pela multiplicação de opções de acesso à justiça, como respostas às causas, propiciando com amplitude um reconhecimento generalizado e uma elevada satisfação na população (GARCÍA, 2006).

A democracia, nessa senda, é uma dimensão fundamental no processo de transformação das funções dos tribunais. “É com a própria transformação da democracia que é preciso interligar a transformação do papel do juiz”, como referiu Paul Ricouer, ao prefaciá-la obra “O guardador de promessas: justiça e democracia” (GARAPON, 1998, p. 9). A afirmação dos direitos econômicos, sociais e políticos estimulou a democratização da sociedade. Intensificam-se, assim, as demandas em busca de justiça e os tribunais são utilizados com mais frequência para a reivindicação dos direitos.

Essas transformações sociais, políticas, teóricas e metodológicas – no seio das quais se coloca com destaque a técnica das cláusulas gerais – afetaram o modo de atuação e as funções do judiciário, principalmente, consoante se já referiu, pelo desapego às teorias positivistas do direito e pelo abandono do rigorismo de um ordenamento jurídico hermético, sem lacunas e de estrutura piramidal, que se valia da subsunção lógica de

forma mecânica. A função do judiciário de apenas garantir os direitos dos cidadãos, de acordo com os princípios das democracias constitucionais, não é mais suficiente, ou seja, não basta ao judiciário empreender a tarefa de defender os direitos dos indivíduos e das minorias dos potenciais abusos das instituições políticas representativas e das maiorias que as controlam (GUARNIERI e PEDERZOLI, 1997). A nova função judicial tem a missão de elevar os direitos fundamentais à categoria de condição materialmente realizada, aposta agora em exigências de efetivação real dos direitos e não apenas em “ideologias” abstratas que se bastam com a afirmação daqueles.

A transformação das funções do juiz corresponde, portanto, à transformação da própria democracia (GARAPON, 1998). Aduz o autor (1998, p. 43) que as transformações da democracia contemporânea “não se devem tanto ao desenvolvimento do papel efetivo do juiz, mas antes à importância do espaço simbólico que este tem vindo a ocupar”, ou seja, à possibilidade de intervenção e de fomentar a construção de uma nova ordem de efetividade dos direitos fundamentais, ainda mais quando a responsabilidade é entregue aos tribunais, como no caso brasileiro. Nessa linha de intelecção, Santiso (2003, p. 162), sustenta que o judiciário tradicionalmente preenche duas principais funções em qualquer democracia: a função política, relacionada com o sistema político de freios e contrapesos em relação ao legislativo e executivo, e a função de resolução dos conflitos.

No entanto, é certo que as funções do judiciário não mais se encaixam nos conceitos clássicos, típicos de momentos de expressão de uma democracia fraca e de positivismo forte. Nas sociedades contemporâneas, e diante da crise da teoria das fontes do Direito e da abertura promovida no sistema por técnicas como as cláusulas gerais, as funções judiciais são plurais e, na essência, contribuem para o reposicionamento das forças dos poderes estatais, e também daqueles poderes não estatais, na

formação da vontade política. A aquisição progressiva por parte dos juízes da capacidade de ativar novas formas de comunicação entre o Estado e a sociedade é um fenômeno que indica uma mudança no tradicional papel passivo dos magistrados frente às dinâmicas sociais. Nesse sentido, a função política dos tribunais se destaca entre as demais, principalmente em face da expansão, centralidade e protagonismo dos tribunais nas últimas décadas. À medida que os conflitos recebiam tratamento diferenciado no âmbito judicial, contribuía também para o aumento de visibilidade política do sistema judiciário e das expectativas sociais de garantia dos direitos. Como referiu Paul Ricouer, ao prefaciar a obra, “O guardador de promessas: justiça e democracia”, um “‘novo acto (sic) de julgar’ requer uma contextualização de natureza política, ou seja, a progressão da democracia associativa e participativa” (GARAPON, 1998, p. 18).

Atualmente, é forte a consciência do papel criativo e construtivo do juiz na prolação da decisão judicial e da função criadora e esclarecedora do direito no caso concreto. O juiz é chamado a reconstruir o ordenamento e a desempenhar um papel ainda mais estabilizador do que exercia no passado. A perspectiva do caso concreto sofreu modificações substanciais: novos casos, velhos casos com novas roupagens, inclusão e exclusão se confundem e são colocadas à mesa judicial para debate. No contexto atual, os juízes não se furtam mais a opinar e decidir sobre essas questões (RANGEL, 2007). O juiz tem de saber enquadrar a complexidade dos tempos, formar critérios, interagir com princípios essenciais por meio da adequação, complementação e interpretação da legislação (GASPAR, 2007).

Pascual (1997) aponta que a superação do positivismo e do formalismo legal abriu espaços para a função criativa do direito, transcendendo a natureza meramente declarativa das atividades dos magistrados, o que implica na relevância políti-

ca da função judicial. O autor faz referência ao “movimento de liberação dos juízes”, que parecem querer (e poder) sair de seu tradicional isolamento apoiando-se em visões do direito de caráter totalizante, isto é, em interconexão e interdependência com os demais fatores sociais, políticos e econômicos. As expressões “ideologia judicial”, “atividade política dos juízes”, ou “criação judicial do direito”, representam sinais das mudanças e têm perdido parte de sua carga subversiva tanto no âmbito da doutrina como no judicial. A “perda de inocência política” (PASCUAL, 1997, p. 157), por parte dos juízes, tem gerado situações de atitude dos juízes mais comprometidas com a vontade da sociedade e com os fins e fundamentos da democracia. Contudo, não se pode negar que, em outras situações, conforme se destacou a respeito do perigo da “fuga para as cláusulas gerais”, essa nova atuação tem constituído a plataforma sobre a qual a justiça age com certa arbitrariedade amparada no ativismo judicial.

Nesse sentido, para além da tradicional interpretação jurídica, cuja perspectiva geralmente se volta para o passado (para um texto antigo, a história, a tradição, os precedentes), há exemplos recentes de decisões dos tribunais que tentam anteciper tendências da opinião pública e da realidade social, em vez de tomar as lições do passado, acomodar as maiorias ou contemplar as elites. Trata-se da modernização da missão de revisão judicial, como denominado por Strauss (2009).

Cabe ao juiz, assim, exercer a atividade recriadora do direito pelo processo hermenêutico, bem como adaptar as regras jurídicas às novas realidades sociais com responsabilidade, com soluções justas aos conflitos e na busca da paz social. A politização do juiz deriva do fato de que ele soluciona litígios aplicando normas, que são condutas de valores e expressões de um poder político. Ao reconhecer ao juiz uma margem mais ampla de criatividade, está a se reconhecer um papel político. É relevante, todavia, sublinhar que o papel político do juiz não se

confunde com o exercício de política partidária.

Dessa forma, as funções dos tribunais e juízes exigem novas interpretações dos velhos conceitos e institutos para se adequarem à realidade das sociedades contemporâneas, as mesmas sociedades que realçam novas funções com tendências fortes e emergentes para além de resolver disputas ou litígios. A ampliação dos meios alternativos de resolução de conflitos, o fortalecimento dos tribunais internacionais e do pluralismo jurídico transnacional, a abertura do sistema jurídico aos influxos do corpo socioeconômico e do mundo axiológico em que está inserido, a moderna metodologia do Direito e, especificamente para os fins desse trabalho, a técnica de legislar a partir de cláusulas gerais são variáveis que influenciam grandemente nas novas e mais alargadas funções desenvolvidas pelos julgadores.

Na experiência brasileira, após a redemocratização e a Constituição de 1988, a reorganização das funções estatais e a nova arquitetura institucional, por um lado, e o espraiamento no sistema de normas como as cláusulas gerais, por outro, ampliaram o espaço de atuação dos magistrados e dos tribunais. Assim, conseqüentemente aumentam as responsabilidades no desempenho profissional, na orientação ética e no cumprimento de seu papel constitucional de guardião dos direitos fundamentais. De certo modo, incumbe ao Judiciário brasileiro um papel semelhante ao desempenhado pela jurisprudência alemã no segundo pós-guerra, no contexto da qual se desenvolveu o §242 do BGB e a própria noção de boa-fé objetiva.

Com a expansão da democracia, o tradicional conservadorismo dos meios judiciais, ligado ao fosso social brasileiro, tem sido gradualmente substituído por uma disposição criativa socialmente sensível, manifestada por diferentes linhas de decisão. Nessa esteira, em razão também da alta carga de imprecisão semântica do texto constitucional, recheado de cláusulas gerais cuja densificação somente se pode dar em vista do caso

concreto, o Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente se manifestado sobre temas relevantes da sociedade, como a liberalização da chamada “marcha da maconha” (ADPF 187), células-tronco (ADI 3.150-0), reconhecimento dos direitos civis derivados das uniões homoafetivas (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ), fidelidade partidária (MS 26.603/DF), constitucionalidade da lei de crimes hediondos (Reclamação 4.335-5/Acre).

No julgamento da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ, o Ministro Celso de Mello defendeu um papel institucional proativo do STF¹⁴, embora não arbitrário, ao reconhecer os efeitos jurídicos das relações estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Nesse caso, houve uma típica atuação positiva da Suprema Corte, com a criação judicial do direito, nos limites semânticos da Constituição. O Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais (greve dos servidores, fidelidade partidária, aposentadoria especial para servidores públicos federais), adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, e atribuir sentido normativo mais denso às disposições constitucionais rarefeitas de conteúdo semântico, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Constituição.

6 CONCLUSÕES

¹⁴ “Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos”. “Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.”

Sem olvidar do extenso rol de problemas nucleares da teoria do direito ou da dogmática jurídica que, de algum modo, tangenciam o tema das cláusulas gerais e que não foram diretamente elucidados, tem-se, contudo, por cumpridos os objetivos a que se propôs este estudo. Inicialmente, ficou assentado que a essência do sentido das cláusulas gerais vem à tona quando elas são confrontadas com a regulamentação casuística, porque, precisamente neste cotejo comparativo, verificam-se com maior clareza a sua vagueza semântica e a extensão do seu campo previsivo-estatutivo. E é, em grande medida, justamente em razão destes mesmos aspectos que as cláusulas gerais conferem – *rectius*, exigem – ao julgador um maior poder criativo.

Isso é, as cláusulas gerais, enquanto técnica legislativa que prevê de modo semanticamente indeterminado quer a hipótese legal, quer a consequência jurídica, atribuem ao juiz um mandato para que, à luz do caso concreto, estabeleça o sentido da hipótese de incidência da norma, ao mesmo tempo em que deve especificar, graduar e dimensionar os efeitos de referida incidência.

Por isso, essa técnica exige, por sua própria natureza, um papel ativo, criativo e responsável dos juízes. Há um enorme potencial de desenvolvimento do conteúdo normativo prescrito em disposições redigidas com base em cláusulas gerais. Foi isso o que se verificou na jurisprudência da Alemanha, no segundo pós-guerra, que erigiu toda uma doutrina de boa-fé objetiva a partir do §242 do BGB. É isso o que se tem constatado, atualmente, no Direito brasileiro, especialmente no âmbito da jurisdição constitucional. Evidentemente, existem diversos outros fatores envolvidos, a contribuir para o fenômeno do aumento da importância do Judiciário, de modo especial do Supremo Tribunal Federal. Ignorar ou pretender negar isso seria incorrer em erro crasso. Não é essa a conclusão desse trabalho, portanto.

O que se pretende demonstrar, em jeito de síntese conclusiva, é que as cláusulas gerais, dentro do atual contexto das funções judicativas, podem se constituir em um instrumento altamente poderoso de concretização de direitos fundamentais e de atuação de um Judiciário criativo e responsável.

Nesse sentido, Martijn Hesselink (2008) sublinha o papel central desempenhado pelas cláusulas gerais na promoção da justiça social nos Estados membros da União Europeia, durante o século XX, uma vez que, por meio de uma atuação socialmente inspirada de uma jurisprudência que soube lançar mão do poder criativo que lhe é delegado neste método legislativo, os códigos civilistas de matriz oitocentista viam a integração e a modificação de seu conteúdo por uma perspectiva socializante.

Evidentemente, estes mesmos atributos que transformam a cláusula geral em um catalisador de realização da justiça social apresentam uma dimensão perigosamente sombria, que foi perspicazmente notada por Franz Wieacker. Para além da tentação da “fuga para as cláusulas gerais”, ou seja, para uma jurisprudência que em nome da justiça esboroa a segurança jurídica, é latente o risco, sobretudo em épocas de predomínio das injustiças, de pressões políticas e ideológicas sobre a jurisprudência e do oportunismo político. Por outro lado, ainda que se abstraia destes períodos episódicos – se é que o são – claro está que o manejo irresponsável deste tipo de norma oportuniza a “parcialidade, as valorações pessoais, o arrebatamento jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo gênero, contra a letra e o espírito da ordem jurídica” (WIEACKER, 1993, p. 546).



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASCENÇÃO, José de Oliveira. *A aplicação do art.º 8º da Convenção da União de Paris nos países que sujeitam a registo o nome comercial*. Separata da Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa, Ano 56, p. 439-475, 1996.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- BELLINI, Piero. Normatività per valori, normatività per fattispecie. *Diritto Romano Attuale: storia, metodo, cultura nella scienza giuridica*. N. 9, 2003, p. 179-192.
- BERGOGLIO, María Inés. Argentina: los efectos de la institucionalización democrática. In FIX-FIERRO, Héctor; FRIEDMAN, Lawrence M.; PERDOMO, Rogelio Pérez (Eds.). *Culturas Jurídicas latinas de Europa y América en Tiempos de Globalización*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 27-116.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. Ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BRONZE, José Fernando. *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CHIASSONI, Pierluigi. Las Cláusulas Generales, Entre Teoría Analítica Y Dogmática Jurídica. *Revista de Derecho Privado*, No. 21, julio-diciembre, 2011, pp. 89-106.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984.
- CORDEIRO, Antonio Menezes. *O Levantamento da Personalidade Colectiva: no direito civil e comercial*. Coimbra: Almedina, 2000.

- DOW, Sheila Christine. *The Methodology of Macroeconomic Thought: A Conceptual Analysis of Schools of Thoughts in Economics*. Cheltenham, Edward Elgar, 1998.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968.
- FRIEDMAN, Lawrence M.; PERDOMO, Rogelio Pérez. Introducción. Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempo de globalización. In FEX-FIERRO, Héctor; FRIEDMAN, Lawrence M.; PERDOMO, Rogelio Pérez (Eds.). *Culturas Jurídicas latinas de Europa y América en Tiempos de Globalización*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 1-26.
- GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- GARCÍA, Germán Silva. *La administración de justicia: ¿Escenario para la protección de los grupos sociales vulnerables?* Revista Colombiana de Sociología, 26, 2006, pp. 105-123.
- GASPAR, Antônio Henriques. A justiça nas incertezas da sociedade contemporânea. *Julgar*, 1, 2007, pp. 19-29.
- GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *La democrazia Giudiziaria*. Bologna: Il Mulino, 1997.
- HESPANHA, Antonio Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. Lisboa: Publicações Europa-América, LDA, 1997.
- HESSELINK, Martijn W., CFR & Social Justice: A Short Study for the European Parliament on the Values Underlying the Draft Common Frame of Reference for European Private Law - What Roles for Fairness and Social Justice?. *Centre for the Study of European Contract Law – Working Paper Series No. 2008/08*. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1270575>, acesso em 30 nov. 2012.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. Ed. São Paulo:

- Martins Fontes, 1998.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. 11. Reimp. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*; São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 112, p. 13-32, 1991.
- MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998.
- MENYHARD, Attila, MIKE, Károly and SZALAI, Akos. Mandatory Rule in Contract Law. *German Working Papers in Law and Economics*, Vol. 2007, No. 18. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1414110>, acesso em 28 dez. 2012.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954-1969, v. I.
- MULLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- NEVES, A. Castanheira. Método jurídico. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. Vol. II.
- RANGEL, Paulo Castro. Estado fraco, tribunais fortes: de novo as questões de legitimidade e função. *Julgar*, n. 03, 2007, pp. 87-95.

- PASCUAL, Cristina García. *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*. Valencia: Edicions Alfons el Magànim, 1997.
- PISKE, Oriana. A função social da magistratura na contemporaneidade. *Revista Centro de Estudos Judiciários – CEJ*, n. 49, 2010, pp. 42-50.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.
- ROSELLI, Federico. Le clausole generali, oggi. *Diritto Romano Attuale: storia, metodo, cultura nella scienza giuridica*. N. 10, 2003, p. 37-60.
- SANTISO, Carlos. Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability. In: GLIPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (Eds.). *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. Frank Cass, London, 2003, pp. 161-180.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes (Orgs.). *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: O Caso Português*. Porto: Afrontamento, 1996.
- SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- STRAUSS, David A. The Modernizing Mission of Judicial Review. *University of Chicago, Public Law (Working Paper n. 271, 2009)*. [Versão eletrônica], Social Science Research Network, pp. 1-56. Em: <http://ssrn.com/abstract=1452877>, acesso 08 out. 2012.
- URÍA, Rodrigo; MENÉNDEZ, Aurelio. *Curso de Derecho Mercantil*. Madrid: Civitas, 1999.
- VELLUZZI, Vito. Le clausole generali. Semantica e politica del diritto. *Quaderni di Filosofia analítica del diritto*, 12, Giuffrè, Milano, 2010.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- WÓJCIK, Krystyna. Las Clausulas generales: concepciones e

funciones. *Revista Vasca de Administracion Pública*. N. 27, maio/agosto 1990, p. 117-124.