

AS CLÁUSULAS GERAIS E A VAGUEZA NECESSÁRIA NA PERSPECTIVA DA BOA-FÉ OBJETIVA

Jussara Borges Ferreira¹

Maristela Aparecida Siqueira D'Aviz²

Resumo: O presente artigo tem por intento analisar a cláusula geral da boa-fé objetiva com enfoque na técnica legislativa utilizada para sua inserção no Código Civil, buscando demonstrar o papel da Tópica como método hermenêutico apropriado para sua concreção. A pesquisa doutrinária e jurisprudencial são a base do estudo, que assim demonstra a importância dessa técnica legislativa, com salutar papel na contemporânea crise de saúde pública e seus reflexos econômicos, sociais e jurídicos.

Palavras-Chave: Direito civil - Boa-fé objetiva - Cláusulas gerais – Interpretação - Tópica jurídica.

GENERAL CLAUSES AND THE NECESSARY VACANCY IN THE PERSPECTIVE OF OBJECTIVE GOOD FAITH

Abstract: The present article intends to analyze the general clause of objective good faith focusing on the legislative technique used for its insertion in the Civil Code, seeking to demonstrate the role of the Topic as an appropriate hermeneutic method for its concretization. Doctrinal and jurisprudential research are

¹ Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora Permanente do Programa de Mestrado em Direito e Cidadania da Universidade Paranaense (UNIPAR-PR) e do PPGD da Universidade de Marília (UNIMAR-SP). Advogada.

² Mestranda em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense (UNIPAR-PR). Juíza de Direito TJ-PR.

the basis of the study, which thus demonstrates the importance of this legislative technique, with a healthy role in the contemporary public health crisis and its economic, social and legal consequences.

Keywords: Civil law - Objective good Faith - General clauses – Interpretation - Legal topic.

Sumário: 1. Introdução. 2. Normas abertas. 2.1. Origem e seu vínculo com a boa-fé objetiva. 2.2. A boa-fé objetiva: *standard* de comportamento. 2.3. Estrutura – vagueza necessária. 3. Cláusulas gerais em sentido estrito. 3.1. Funções das cláusulas gerais. 4. A concreção. 4.1. A concreção e o papel da decisão judicial. 5. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO



superação do paradigma do positivismo, trouxe a lume a perspectiva de inserção no Código Civil de 2002 do instituto da boa-fé objetiva, por meio de técnica legislativa inerente à cláusula aberta. Notoriamente há grande espaço para análise pelo intérprete visando a sua aplicação no caso concreto. Desse modo, surge a necessidade de estudo sobre suporte ao menos doutrinário para direcionar esse aplicador a elaborar sua decisão, como resultado de um processo hermenêutico que objetive garantir à boa-fé seu papel primordial de repersonalização das relações privadas.

O presente estudo, desta maneira, visa abordar o tema das normas abertas, das quais as cláusulas gerais são espécie, objetivando aclarar o papel de relevo que um método hermenêutico apropriado à realidade social e à necessidade de justiça efetiva ao caso concreto, precisa conter. Logo, tentando conciliar a vagueza conceitual da boa-fé com a necessidade de

sistematização mínima, em amparo a doutrinadores exponenciais, a tópica passou a contribuir para esse mister.

A boa-fé objetiva, portanto, proporciona o reenvio do intérprete a outros elementos que estão fora do Ordenamento, como aspectos sociais, culturais, econômicos, contextualizados ao seu tempo. A assistematização do conceito nesse processo converte-se em processo intelectualivo voltado à concreção e, nessa cadeia, frente à reiteração da *ratio decidendi* pode-se chegar à ressistematização, com a formação de novos institutos jurídicos que da boa-fé emanaram, para se citar inicialmente os deveres anexos e as figuras parcelares.

Para esse movimento, o papel da doutrina e da jurisprudência devem ser destacados. Em primordial, diz o papel do juiz aplicador em momento que tanto se debate a necessidade de racionalidade nas fundamentações das decisões judiciais, a distância ao que se convencionou nominar de decisionismo – pelo livre convencimento motivado – e também pelo papel dos precedentes. Coerência e integridade, portanto, são pontos fulcrais e norte também na concreção da boa-fé objetiva, como direito fundamental à tutela apropriada mesmo quando tratando de cláusulas gerais.

As cláusulas gerais, assim, permitem por meio de sua vagueza, dita em questão de grau frente a outros enunciados considerados casuísticos, que abstratamente se possibilite a abertura do sistema à solução do caso concreto, por meio do exercício interpretativo. Parte-se do problema, no mundo do ser, para a concreção, no do dever ser.

Busca-se, portanto, o equilíbrio e somente a compreensão dos contornos das cláusulas gerais, a necessidade dessa vagueza no paradigma dito pós-moderno, conciliando com o papel de garantia de segurança jurídica que as decisões judiciais devem proporcionar por meio da concreção, a desembocar hoje ou amanhã na ressistematização.

Nessa conjuntura, claro se vê que, em períodos de crise,

a maleabilidade do texto legal, com a abertura do sistema, permite a adaptação aos reclamos urgentes que o momento social, econômico e jurídico requer dos operadores do direito. Logo, o estudo aprofundado da cláusula geral da boa-fé objetiva, fundamento ético, de operabilidade e socialidade das relações contratuais, é imprescindível para esse mister, propiciando um mínimo de segurança jurídica pela aplicação por meio de decisões judiciais, como se verá.

2. NORMAS ABERTAS

As normas jurídicas são diferenciadas pela técnica legislativa utilizada, de modo que podem possuir maior ou menor grau de rigidez ou tipicidade – elementos integrantes da hipótese de incidência de um fato.

É, nessa perspectiva, que as normas abertas são tidas como aquelas que possuem um grau legal mínimo de determinabilidade. Portanto, ao abordar linguagem normativa em normas abertas e sua compreensão, é imprescindível para verificação do ulterior método de sua aplicação.

A linguagem de textura aberta dessas normas está lastreada em valores e diretrizes sociais, os quais irrompem o pensamento positivista, que acreditava que a precisão poderia garantir segurança ao Direito.

Dentre os valores e diretrizes sociais, a boa-fé objetiva se destaca no Código Civil de 2002, pela incompletude de sua hipótese de incidência e consequências. A carga valorativa destinada ao seu aplicador é ampla, residindo ela na espécie cláusula geral, que integra, juntamente, com os princípios gerais do direito e os conceitos jurídicos indeterminados, as normas abertas ou vagas, que adiante serão abordadas.

2.1. ORIGEM E SEU VÍNCULO COM A BOA-FÉ OBJETIVA

O Código Civil de 2002 foi elaborado com base na técnica legislativa que lhe garantiu a inserção de cláusulas abertas, fugindo da concepção oitocentista do anterior, o Código Civil de 1916, tinha a pretensão de ser total, fechado e completo legislativamente em suas normas. Pretendeu-se, portanto, nova visão do Direito Privado notadamente pela influência da constitucionalização do direito civil e influências do direito comparado.

O abandono da técnica da casuística é decorrência da superação dos códigos civis do século XIX, lastreados no iluminismo e positivismo, cujo pressuposto era a lei como cânone fechado, abstrato e geral. Afasta-se, por essa medida, de disposições normativas que poderiam ter núcleo definido e estanque, prevendo as consequências de sua aplicação, sem possibilidade de mutabilidade, como se apenas os códigos pudessem afirmar e categorizar a evolução social, econômica, cultural e todo o tráfico jurídico das relações.

O engessamento da legislação não mais atendia aos anseios de abertura do sistema a sua leitura e filtro constitucional.

Na perspectiva de Martins-Costa “[e]ste caráter de determinação ou tipicidade que caracteriza a casuística vem sendo apontado como um dos principais, senão o principal fator de rigidez – e por consequência, de envelhecimento – dos códigos civis”.³

Nesse caminho, a abertura da técnica legislativa trouxe inserção de normas abertas, vagas ou enunciados elásticos, porosos ou dúcteis⁴, cujas espécies são os princípios gerais do direito, os conceitos indeterminados, as diretivas e as cláusulas gerais.

Como remissões de sua origem, a expressão cláusula geral seria derivada do direito alemão, sendo o mais célebre

³ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso de direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Atlas, 2008, p. 08.

⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 134.

exemplo o §242, do BGB (Bürgerliches Gesetzbuch), o Código Civil alemão de 1900, que previu a boa-fé objetiva, sendo sua previsão traduzida: “O devedor deve cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico jurídico”.⁵

Entretanto, o §242, do BGB, por mais que servisse para delimitação da boa-fé objetiva, a aplicação era condicionada às relações contratuais – sendo bem diferenciada da boa-fé subjetiva.

Muito bem pontua Menezes Cordeiro:

A essência da terceira sistemática, com uma sensibilidade especial a questões periféricas indedutíveis do sistema ou, até, estranhas a ele, permitiu, no entanto, que o desenvolvimento extra-científicos da boa fé comercial, na jurisprudência, não fosse em vão. A ideia da incapacidade do sistema para prever todas as necessidades, presentes e futuras, e a possibilidade de encontrar as soluções novas adequadas, com recurso à boa fé, filtrou-se, ainda que de modo subconsciente, no produto do trabalho dos codificadores. Estes acabaram assim, por adoptar um sistema aberto, capaz de, por desenvolvimentos internos ou externos, responder a problemas impensáveis a quando da codificação. A capacidade reprodutora do sistema devia ser assegurada por um instituto suficiente amplo para não entrar os desenvolvimentos necessários e imprevisíveis e, em simultâneo, dotado de um peso juscultural capaz de dar credibilidade às soluções encontradas. A boa fé tinha esse perfil.⁶

Coube, então, à jurisprudência alemã o papel de frutificar e preencher casuisticamente o conceito de boa-fé, como exigia a evolução social a sua época, marcada pelo início da produção em massa e expansão dos conflitos.

Não apenas na Alemanha, mas o Código Civil Italiano pelos meados do século XX, teve a incursão da técnica de

⁵ Bürgerliches Gesetzbuch. *Código Civil Alemão de 1900*. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>. Acesso em: 15 de jul. de 2020.

⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 331.

adoção de normas abertas.

Sendo assim, a literatura civilista tem se centrado na adoção conjunta de normas abertas, com a previsão de princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, em comum com disposições casuísticas, tendo por intento maior garantir a estabilidade das codificações para atender aos reclamos sociais de cada momento.

As disposições casuísticas diferem-se em essência das normas abertas.

No primeiro modelo, tem-se a previsão pontual de elementos essenciais e não essenciais para caracterização fática. É a delimitação pelo legislador de todos os aspectos de determinado comportamento para tipificar e categorizar a interpretação. A casuística específica e delimita com exatidão, por exemplo, os sujeitos, os liames da conduta, as suas consequências, para não dizer os atributos para garantir eficácia.

Dentre tantas, pode-se retirar do Código Civil brasileiro os artigos 394 e 395. Trata-se do que vem a configurar a mora. Seus elementos são não-pagamento pelo devedor ou não recebimento pelo credor, em tempo, lugar e modo ajustados ou previstos em lei, sendo sua consequência o adimplemento dos prejuízos, como juros, correção e mesmo honorários advocatícios.

Notório que a interpretação do instituto é dada pelo legislador e os comandos a seguir são por ele prefigurados; logo, ao intérprete caberá apenas o exercício de apreensão fática para subsunção literal.

Por certo, porém, que o sistema de normas não é completo, como delineia Ferraz Junior:

[...] o sistema não é completo, porque a ordem normativa é também um critério de avaliação deontica de comportamentos possíveis, sendo assim suscetível de transformações. Isto parece dar ao conjunto das normas uma certa consistência na medida em que, como o demonstra o teorema de Gödel, a completude só ocorre num sistema contraditório e o preço da consistência é a incompletude do sistema. Um sistema formal é incompleto quando a partir dos axiomas e das regras de inferência do

sistema é impossível demonstrar uma proposição passível de formulação no sistema, sendo igualmente impossível demonstrar a sua negação.⁷

Por outro lado, no método de normas abertas não há especificação de elementos, suas consequências; nenhuma prefiguração ou detalhamento do que vem a ser o instituto. Caberá ao intérprete a valoração sobre esses, pois a literatura legislativa é vaga, não vinculada a casuísmo ou descrição.

Exemplifica Martins-Costa, que a vagueza se vê “[...] nos arts. 187, 421, 422, 884, 949, todos do Código Civil: ali se indica, no art. 187, que haverá ilicitude no exercício de direitos se forem manifestamente desbordados, quando daquele exercício, a boa-fé, os bons costumes, o fim econômico e social do direito”. Para finalizar, que “[...]em todos esses casos, o texto normativo apresenta, ao invés de descrição na hipótese normativa (fato tipo, factispecies), termos e expressões carecidas de determinação (‘conceitos vagos’)”.⁸

A mesma doutrinadora assinala a necessidade de diferenciar-se essa vagueza de outras estruturas de enunciados, ao passo que não se confunde o conceito vago com conceitos genéricos, gerais, ambíguos⁹.

Os dispositivos dos arts. 113, 187 e 422, do Código Civil, são abertos, não estabelecendo hipótese de incidência – a factispecies – cuja ocorrência desencadearia sua consequência jurídica. Deste modo, a boa-fé é um *standard* que “exige um juízo de oportunidade balisado”¹⁰, justamente pela vagueza de que se reveste.

⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 221.

⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 145.

⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 146.

¹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 317.

2.2. A BOA-FÉ OBJETIVA: *STANDARD* DE COMPORTAMENTO

O legislador no Código Civil de 2002, nos arts. 113, 187 e 422, ao realizar a introdução no sistema do instituto da boa-fé objetiva, não trouxe definição para o conceito de boa-fé, não precisou o que seria conduta segundo a boa-fé, como seria ela estruturada, tampouco delimitou quais seriam os efeitos decorrentes.

Nos dispositivos citados, encontram-se as funções da boa-fé objetiva, destinada à interpretação, ao limite do exercício contraditório e como fonte de deveres anexos ou instrumentais e deveres de proteção.

Ressaltando que as funções da boa-fé mencionadas são as tidas como clássicas, já que traz a lume Marques, angariada na doutrina alemã contemporânea, que atualmente deve-se estudar as “funções potencializadas da boa-fé”, lastreada nos estudos de Jauernig, professor da Universidade de Heidelberg, que pontua que o instituto não pode ser visto apenas para medir ou guiar a conduta das partes, sendo também um instrumento de decisão, de valoração dos juízes, sobre as condutas e cláusulas do contrato em análise e outros já realizados. Logo, além dessas funções clássicas, acrescenta função de adaptação em caso de mudança das circunstâncias – exemplo: quebra da base objetiva do contrato por circunstâncias supervenientes – além, de função de “autorização para decisão por equidade (Ermächtigungsfunktion)”.¹¹

Apesar dessa importância, que constitui a mudança de fontes do direito material e ressignificação do modelo contratual, por conta da cooperação, há vagueza tanto em seu preceito, quanto em suas consequências, exigindo do aplicador a

¹¹ MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2002 v. 43, p. 215-257, jul-set/2002.

averiguação e preenchimento por meio de técnica e habilidade suficientes para apreensão frente ao caso concreto do que viria a ser o atuar conforme a boa-fé.

Esse atuar referido é o padrão de comportamento lastreado em exigências razoáveis e médias frente ao contexto social e econômico em que inseridas as partes contratantes, mas também ambienta-se frente a práxis, ou seja, usos daquele ramo, daquela localidade, ao seu tempo, às condições de acesso à informação de cada envolvido. Socorrer-se-á à doutrina, para verificar qual o direcionamento é dado; amparar-se-á na jurisprudência para perquirir sobre casos semelhantes como a *ratio decidendi* tem operado.

Portanto, frente às cláusulas contratuais, poder-se-á verificar o que se equivale à boa-fé, como deveria ter sido exercida e quais as consequências advindas, acaso não tenha sido respeitada, culminando em múltiplas eficácias, como a indenização, a proibição de um comportamento contraditório (*venire contra factum proprium, tu quoque, nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), eficácia paralisatória (*supressio* ou *surrectio*), na criação de um dever anexo.

Cite-se que, dispõe o enunciado nº 412, aprovado na V Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que: “As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio, tu quoque, surrectio e venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva”.¹²

Somente o caso concreto poderá preencher essa vagueza do conceito, por meio da concreção, e a valoração do intérprete é de suma importância.

Couto e Silva¹³ destaca que a aplicação do princípio da boa-fé teria uma função harmonizadora, pois ao passo que se

¹² AGUIAR, Ruy Rosado de. *V Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2012.

¹³ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 38.

deve reagir contra as ideias do sistema positivista, não se pode chegar a extremos, advertindo quanto ao papel da teoria da base do negócio jurídico, ao atritar com a regra fundamental de que *pacta sunt servanda*. Nesse cerne, ele destaca, baseado em Es-ser, que a boa-fé teria o condão de abrir *janelas para o ético*, possibilitando conciliar o rigorismo lógico-dedutivo com as exigências da vida, flexibilizando esses outros princípios havidos como absolutos quando confrontarem com a regra ética.

2.3. ESTRUTURA – VAGUEZA NECESSÁRIA

Os conceitos gerais caracterizam-se pelos enunciados que servem como arcabouço a toda uma classe de objetos ou domínio de casos. Mesmo as cláusulas gerais podem dar tratamento geral a determinadas classes ou institutos, ao exemplo da cláusula da boa-fé objetiva que é base para toda uma gama de institutos obrigacionais. Não deixam os arts. 187 e 422, do Código Civil (2015), de serem normas abertas, mas são enunciados gerais nesse contexto. De modo que se vê que o não detalhamento casuístico da linguagem empregada pelo legislador não retira do instituto a característica de poder ser geral.

Também observando como se comporta frente a determinada classe ou domínio de casos, os conceitos podem ser genéricos, tal como quando o legislador se utiliza de um instituto para diversos casos.

A ambiguidade, por sua vez, se remete a hipóteses legislativas em que há dubiedade na intenção do instituto, que somente será ceifada por sua aplicação casuística. Os termos utilizados, nessa perspectiva, se referem à gama de possibilidades, cujo contexto solucionará ao que se remete o texto legal ou expressão. A qualificação jurídica será construída, neste caso, para determinar-lhe a intenção conotativa.¹⁴

¹⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 316.

Ao que se denota, não é próprio das normas abertas ora tratadas “serem necessariamente nem gerais, nem genéricas, nem ambíguas. A sua linguagem é, contudo, particularmente vaga ou ‘porosa’”.¹⁵

Por certo que a vagueza semântica traz imbricada a imprecisão do significado, há uma incerteza no conceito linguístico utilizado que está atrelada ao liame entre situações reais antagônicas. Nesse caminho, é necessário para aclarar a aplicação do termo visualizar em que contexto o conceito deve ser utilizado, como se o termo vago fosse dependente dos demais elementos estruturantes do texto; a saber, o contexto preenche a vagueza.

Essa vagueza, no âmbito das técnicas de elaboração legislativa, pode ser intencional ou programática, de modo que vise a abarcar ilimitadamente a concreta gama de situações fáticas a advir – sejam elas passíveis de verificação na atualidade da elaboração do texto ou mesmo conforme a evolução social e cultural.

O texto normativo, nem por isso, deixa de ser dotado de coercibilidade e obrigatoriedade, pois a todos é imposto, não havendo escusa ao seu descumprimento.

Martins-Costa assinala que:

Há uma polaridade dialética que permeia todo o Direito e que se constitui entre a necessidade de certeza e precisão, de um lado, e a necessidade de alguma imprecisão, de outro, pois é esta que possibilitará o amoldamento da *fattispecie* normativa às situações novas, sequer possíveis de terem sido previstas quando posto o texto pelo legislador. Ocorre, por isso, em todo o Ordenamento, uma composição entre textos caracterizados por alto grau de precisão semântica e outros construídos sobre a intencional imprecisão, já que é útil e necessária a potencialidade (semântica) da vagueza justamente a fim de ser conferida tutela aos casos-limite.¹⁶

¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 148.

¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 152.

Para Costa-Martins¹⁷, inspirada no direito italiano, ainda, a vagueza pode ser cingida entre vagueza comum e vagueza socialmente típica.

A vagueza comum vincula-se à elaboração de complemento do texto por meio de regras de experiência e, por isso, não dependem de valorações pessoais exclusivas do intérprete, equivalendo ao contido no art. 335, do Código de Processo Civil, ao tratar das regras de experiências comuns que, inclusive, podem ser as adotadas por técnico especialista auxiliar ao intérprete. São seus exemplos os termos “parecia em perigo de vida” do art. 1541, inciso II, ou “ébrios habituais e os viciados em tóxico” do art. 4º, inciso II, ambos do Código Civil (2015).

Por sua vez, a vagueza socialmente típica depende de valoração metajurídica do intérprete, hipóteses em que o legislador teria abdicado de preestabelecer o sentido do conceito, pois verificável segundo as condições culturais do tempo, da sociedade, do meio e da cultura; há nitidamente a necessidade de um trabalho hermenêutico. Dentre tantos, o art. 187, do Código Civil, é típico exemplo por conta das fórmulas “fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Nesse condão, o Código Civil adotou modelo misto de técnica legislativa, cuja utilização do modelo casuístico é associado ao modelo de cláusulas abertas, possibilitando, como se disse, evolução, mutabilidade e constante aprimoramento das áreas que envolvem as relações civis. As cláusulas abertas possibilitam essa constante adaptabilidade, embora não possam se afastar do temor pelo risco contra a segurança jurídica, pela utilização, pelo intérprete para o fim de apenas justificar um padrão de interpretação isolado. Voltando-se ao modelo de cláusulas abertas, é preciso distinguir suas espécies.

3. CLÁUSULAS GERAIS EM SENTIDO ESTRITO

¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 154.

As normas abertas são gênero, caracterizado pela presença de técnica legislativa de abertura dos enunciados, com a presença de termos vagos - não gerais ou genéricos, mas num grau de concretude ou casuísmo mínimo. Sendo assim, podem ser distinguidas em cláusulas gerais em sentido estrito, conceitos jurídicos indeterminados e princípios normativos ou gerais do direito. A primeira categoria é tratada neste trabalho, por envolver o exame da cláusula geral da boa-fé objetiva. Contudo, é preciso distinguir e anotar os conceitos das demais normas abertas para possibilitar melhor compreensão da abordagem.

Segundo Judith Martins-Costa¹⁸ os conceitos indeterminados dizem respeito à categoria de normas abertas que possuem, dentre elas, a maior precisão de elementos estruturais, tais como suas hipóteses de incidência e seus efeitos. Eles se referem a realidades fáticas e realidades valorativas, na mesma medida que as cláusulas gerais – as fáticas referindo-se à concreção por meio de regras de experiência, enquanto as valorativas por conceitos mutáveis conforme as valorações sociais. O juiz, nesse caso, se limitaria a realizar a subsunção dos fatos, cujas consequências são previstas no texto legislativo.

A contraponto, Ferraz Junior¹⁹ distingue os conceitos indeterminados pela expressão, justamente, de vaguidade, não sendo possível precisar a extensão denotativa.

Sobre os princípios jurídicos, há similaridade entre os conceitos, somente se afastando as cláusulas gerais quando se está à frente de princípios inexpressos, aqueles que decorrem do ordenamento, mas não possuem previsão em norma legal. Não há equivalência, nesse caso, pois se sabe que as cláusulas gerais são técnicas legislativas, nascem da discricionariedade

¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 157.

¹⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 316.

legislativa dando base para o intérprete atuar; quando inexistir essa base, esse conceito vago, não há que se falar em cláusula geral, consequentemente.

Salutar, ressaltar, todavia, que uma cláusula geral pode conter um princípio, cumulando ambas as funções.

Ao desfecho, as cláusulas gerais, em sentido estrito, são hipóteses de técnica legislativa que possui vagueza semântica, dispensando o legislador ao intérprete a possibilidade de concreção do enunciado, segundo as valorações sociais, do meio, da cultura, da economia, do seu tempo, para também verificar as consequências jurídicas de aplicação desse enunciado. Em suma, há um enunciado vago, cuja concreção será realizada *a posteriori* pelo intérprete ao elaborar a norma, daí retirando as consequências aplicáveis.

3.1. FUNÇÕES DAS CLÁUSULAS GERAIS

Essas características das cláusulas gerais, em sentido estrito – vagueza semântica no enunciado e consequências jurídicas – garantem a presença de funções primordiais a essa técnica, por permitirem a abertura, a mobilidade e a ressystematização do sistema jurídico.

A abertura do sistema jurídico é a função mais difundida e também a principal. A isso, bem sintetiza Cordeiro:

O Direito, no que surge já como lugar-comum, está sujeito às modificações sociais, ainda quando a lei não reaja, a ordem jurídica deve fazê-lo. A diversidade de situações, carecidas de regulação, não pode, por outro lado, ser dogmatizada com recurso simples às reduções normais, sob pena de torções; deve salvaguardar-se uma margem mínima para integrar, no sistema, ocorrências impossíveis de prefigurar nos meios legislativos clássicos, com a linguagem disponível.²⁰

O intérprete, ao realizar a elaboração dos conceitos

²⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 46.

casuísticos, promove a inserção no sistema de significado às cláusulas gerais, garantindo, por isso, a mobilidade do sistema. Não se trata de movimento rápido, o processo de mobilidade e apreensão dos conceitos é lento, caminha conforme o direito jurisprudencial, forma-se pela repetição de situações análogas; culminando na estabilidade de como esses conceitos são abordados, geralmente abstraídos da *ratio decidendi* dos precedentes.

Essa mobilidade desemboca, portanto, na ressystematização, na criação de novos institutos, decorrente da interpretação perene, estável, de sucessivas conclusões sobre enunciados vagos. Note-se a presença de movimento dialético, culminando em estabilização e segurança jurídica ao fim. Assim, “nas cláusulas gerais, função de progresso e função de estabilização andam, pois, de mãos dadas”.²¹

A cláusula geral da boa-fé objetiva, prevista nos arts. 113, 187 e 422, do Código Civil (2015), bem reforça esse movimento. Dela se extrai a vagueza semântica sobre a noção de boa-fé, que o juiz deverá aferir, segundo a experiência jurídica, como se proceder ao atuar, levando em consideração os fins econômico-contratuais, os valores morais do meio social e cultural em que os contratantes estão inseridos, os efeitos e a eficácia que esse contrato desperta intra e extrapartes, qual a expectativa normal, padrão, da conduta negocial em tela.

Estabelecido o significado do enunciado normativo, caminha-se para verificar as suas consequências, assimilar conceitos de novos institutos, como ocorreu com as figuras parcelares, decorrentes de sua função corretora de exercício jurídico, a saber: como *venire contra factum proprium*, *supressio e surrectio*, *tu quoque*, *duty to mitigate the loss*.

Percebe-se, ao ponto, claramente que a boa-fé objetiva caminha para a ressystematização do sistema jurídico, com a criação de novos institutos, tidos como dirigentes da conduta

²¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 183.

contratual das partes e de todos que pelo contrato possam estar envolvidos. A cláusula geral da boa-fé objetiva se torna a base legislativa para o nascedouro de institutos e modelos jurídicos.

Há grande importância no modelo aberto de texto legislativo, ao possibilitar norte para o intérprete realizar seu juízo de concretude segundo as novas realidades sociais que encontra, cujo modelo casuísta não seria suficiente a atender, por conta de sua rigidez, pelas previsões estanques, que propiciam apenas a subsunção e não concreção.

Não se deve, porém, se abster de pontuar que ambas as técnicas possuem vantagens e desvantagens.

Se por um lado tem-se maior segurança na determinação legislativa e prévia das normas casuísticas, elas se tornam obsoletas em campos jurídicos que necessitam acompanhar o transmutar das relações sociais que ocorre de forma muito rápida; logo, não atendem a amplitude de anseios dos indivíduos e se incorreria na necessidade de atuar do intérprete/aplicador, até mesmo, pela temida equidade. Ora, o mal que se buscaria cautelar viria a ocorrer. Não que não seja necessário esse modelo; é muito. Porém, deve ser reservado para campos com maior perenidade, segundo a própria discricionariedade legislativa.

As cláusulas gerais têm em si a desvantagem da incerteza sobre a valoração e seu momento de concretização pelo intérprete, contudo operam em vantagem pela flexibilidade do sistema e mutabilidade dos conceitos jurídicos frente aos anseios sociais que não podem aguardar todo o trâmite legislativo para serem abstraídos e categorizados.

4. A CONCREÇÃO

O cume da problemática envolvendo as cláusulas gerais reside no processo de sua interpretação e aplicação.

O raciocínio sobre o preenchimento da vagueza se dará com a valoração de critérios assistemáticos, retirando-se de

outros campos que não o jurídico – econômicos, sociais, culturais – o conceito de aplicabilidade no caso concreto e daí retirando-se a norma jurídica, como resultado da produção intelectual.

A subsunção é a técnica que advém do emprego do silogismo premissa maior – premissa menor – conclusão. Caracteriza-se a premissa maior pelo texto legal, ao qual se amoldariam os fatos, chegando-se à consequência para aquela hipótese fáctica. É um processo de “encaixe entre conceitos”, como sintetiza Menke.²²

Notoriamente que o método subsuntivo tem por aplicação propícia os tipos legais segundo o modelo da casuística, os quais encerram tipicidade fechada, englobando na premissa menor todos os aspectos da qualificação trazida na premissa maior.

Veja-se o exemplo da aplicabilidade da regra de imputação do pagamento prevista no art. 354, do Código Civil (2015), pela qual “Havendo capital e juros, o pagamento imputar-se-á primeiro nos juros vencidos, e depois no capital [...]”.

Aliás, esse raciocínio é próprio do positivismo jurídico, em que o juiz seria apenas *La bouche de la loi*, como afirmado por Montesquieu, ao enredo da Revolução Francesa. Não há espaço para interpretação, senão para lógica dedutiva, cujo sistema de normas é fechado. As normas fechadas se bastam pela subsunção pois têm robustez legiferante *a priori*.

Considerando que o sistema brasileiro é misto, prevendo normas abertas e fechadas, a subsunção pura, pela aplicação direta do texto legal, como acima já se pontuou, tem espaço significativo, mas não único.

No que é pertinente às cláusulas gerais, o método de subsunção é deficiente, eis que necessário ir além perante a vagueza delas, não bastando raciocínio raso, sem ou quase nenhuma

²² MENKE, Fabiano. A interpretação das Cláusulas Gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 50, abr-jun. p. 07.

interpretação. É delas própria a necessidade de serem valoradas pelo intérprete para terem aplicação *a posteriori*, com a criação da norma jurídica frente ao caso individualizado.

Retira-se, então, da doutrina alemã, pelos ensaios Walther Schönfeld - *Die logische Struktur der Rechtsordnung* - 1927 (A estrutura lógica do ordenamento jurídico) e *Der Traum des positiven Rechts* - 1931 (O sonho do direito positivo) – a perspectiva de concreção. Incumbiu, depois, a Karl Engisch publicar monografia sobre o tema *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 1953 (A ideia da concretização no direito e na ciência do direito de nosso tempo).²³

A concreção estabelece dialética entre a indução e a dedução, eis que se analisam os fatos para, por meio deles, se chegar à norma jurídica. Para compreensão da norma jurídica é imprescindível que se analisem todos os fatos envolvidos.

Essa análise culmina na verificação de que não há uma só resposta possível ou a solução pelo processo dedutivo não culmina adequado e justo, ou, existem variadas possibilidades de cumprimento ou otimização da norma. Bem assim, destaca Ferraz Junior²⁴ que a realiza o decididor um juízo de discricionariedade, implicando a boa-fé num *standard* que exige um juízo de oportunidade balizado. Logo, a atividade judicial é de grande importância, não podendo a aplicação ser subjetiva, mas limitada a demais princípios gerais²⁵.

Como destaca Martins-Costa²⁶, na interpretação das cláusulas gerais ou os enunciados não apofânticos, é inviável a

²³ MENKE, Fabiano. A interpretação das Cláusulas Gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 50, abr-jun. p. 07.

²⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 317.

²⁵ SILVA, Clóvis do Couto. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 35-39.

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 204.

utilização de relações de identidade dentro do sistema, ou seja, a individualização por meio do texto, implicando atividade sistemático-dedutivo. Nesse caso, somente é possível estabelecimento de relações de correspondência.

A cláusula geral do art. 422, do Código Civil (2015), pode ser aplicada em diversas searas obrigacionais, seja nos contratos, seja em relações empresariais; por exemplo, o intérprete terá que fazer relações dentre os campos quais os elementos que lhe dão identidade, ao que seria considerada conduta segundo a boa-fé.

Nesse caminho, o raciocínio se desenvolve para que o intérprete julgador averigue nos casos semelhantes, procurando a *ratio decidendi* nos precedentes. Em seguida, filtrando a semelhança verificará se conduz ou não à expectativa trazida pela cláusula como valor ou *standard* de comportamento, de modo que retorna ao texto.

Veja-se que extirpa arbitrariedades do raciocínio, pois é necessário encontrar a correspondência dentro do sistema; essa é a relação de correspondência.

Martins-Costa demonstra, portanto, que:

A resposta será, pois, alcançada topicamente, atuando a boa-fé como o topos que possibilita a solução do problema. Ao mesmo tempo, a resposta, finalmente dada, passará a integrar, então, a experiência jurídica, por forma a alargar os contornos do sistema. É nesse sentido que se afirma mais uma vez, terem as cláusulas gerais função ressystematizadora.²⁷

Quando se refere a *topos* não se pode deixar de adentrar ao tema da tópica e é sobre a conciliação dela e do raciocínio sistemático-dedutivo que se pretende demonstrar a adequação e liames da interpretação sobre as cláusulas gerais, em especial, a da boa-fé objetiva.

Os dois raciocínios ou métodos interpretativos se complementam, no caso, não se excluindo totalmente na abordagem

²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 207.

frente às cláusulas gerais. Como se pontuou, há necessidade de um elo no sistema jurídico, mesmo que pela previsão legal com vagueza, porque tem-se, em especial, no Código Civil (2015) segundo Aguiar Junior, um:

[...] sistema aberto, de auto-referência relativa. Deixa-se para trás o dogma da identidade do Direito-Lei, adequado ao sistema fechado, para um regime em que é preciso buscar, para cada caso, uma solução que lhe seja adequada, e para isso muitas vezes o operador não se satisfaz com o que está tipificado na lei.²⁸

Essa solução adequada para cada caso, partindo do problema, é noção trazida pelo método hermenêutico da Tópica, que, segundo Bittar e Almeida²⁹, teve expoente mais recente e guarda vínculo com a obra de Theodor Vieweg, nominada Tópica e Jurisprudência (*Topik und Jurisprudenz*). Tem esse trabalho marco temporal em 1953, ao cabo do final da Segunda Guerra Mundial (1945), sendo apresentada à Universidade de Munique para obtenção do título de livre docente. A Tópica desenvolvida por Vieweg tem primeira referência, na verdade, em Aristóteles (Tópica, *in Organon*).

No contexto histórico necessário, na idade moderna, a Tópica foi preservada por Vico, pensador italiano, ao fim de “contra a onda de cartesianismo e a manifesta preferência dada aos métodos matemáticos ou científico-naturais, tão em voga no século XVII e durante a primeira metade do século XVIII”.³⁰

Ainda que tenha sucumbido na época, o retorno do estudo da Tópica por Viehweg tem grande importância em face do pensamento positivista e racionalista que marcava ainda o pós-guerra. Nessa reformulação do pensamento jurídico, tem-se que

²⁸ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS* 18, 2000/221-228, p. 225.

²⁹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 457.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 500.

“caracterizou Viehweg a tópica como uma ‘técnica de pensar o problema’, ou seja, aquela ‘técnica mental que se orienta para o problema’”.³¹

Ressalte-se que a Tópica é sintetizada como técnica de pensamento, trabalhando a dialética, num diálogo crítico, sobre os argumentos fáticos trazidos. Analisando-se os argumentos trazidos, a partir do problema e sendo esse também utilizado como ponto de partida no raciocínio.

Esse ponto de partida a direcionar a solução do problema forma a noção de *topos*, *topoi* ou *locus*.

Para Viehweg, como afirma Martins-Costa³² cada disciplina jurídica especificaria os seus pontos de vista relevantes de um modo quase completo, admitindo a existência, no seu âmbito, de uma determinada quantidade de tópicos. Estes não seriam, porém, imutáveis, mas progressivamente elaborados. Dessa maneira, sintetiza que “a cada momento histórico, será possível constatar a relevância de uns e o descenso, ou a pouca importância, de outros”.

A Tópica implica que determinados institutos devem ser analisados conforme os ditames de sua época, ou seja, um contraponto ao pensamento puramente axiomático, sistemático, em que prevalece o ditame de um sistema fechado, cuja racionalidade formal é pressuposto. Não havia margens para interpretações ou valorações, pois o sistema normativo já previra a solução para todo enredo posterior de situações jurídicas, sem admissão de lacunas ou contradições. E, por isso, é ela marco importante de transformação.

Com efeito, num primeiro momento, o pensamento tópico se contrapõe ao pensamento sistemático, ao passo que surge da análise do caso concreto para norma, configurando “um pensamento *a posteriori* e não *a priori*. Já o pensamento sistemático

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 502.

³² MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 198.

visa, ao menos em tese, ser um pensamento dedutivo que deduz do apriorístico sistema de normas jurídicas a aplicação do direito ao concreto”.³³

Bonavides, citando Canaris, pontua que a tópica não é um método a ser afastado por completo, pois é útil para o preenchimento de lacunas ou para dimensão dos casos de equidade, quando ausentes valorações no direito positivo. Além disso, Canaris também esclarecia que a tópica não estabelece distinção entre os papéis da legislação e da jurisprudência, já que esta teria por função precípua compreender valorações já determinadas por aquela e não a escolha de premissas. Ao cabo, menciona que “o raciocínio tópico corre sempre o perigo de menosprezar o mandamento da congruência e da unidade intrínseca da ordem jurídica por voltar-se com demasiada intensidade para a compreensão do problema isolado de maneira mais estrita possível”.³⁴

Nessa medida, adequando o pensamento tópico à realidade do sistema normativo tal como posto, deve-se ater o intérprete a que não é ele completo por conta da lei, lhe é intrínseca a necessidade de aperfeiçoamento e completude *a posteriori*, pois as fontes do direito se baseiam para além das normas jurídicas como um todo, na doutrina e na jurisprudência em concomitância. Para além da subsunção e abstração do conceito normativo, o pensamento tópico e sua concreção permitem que o problema seja considerado concretamente, permitindo a valoração.

Assim, se denota que tarefa da Tópica é própria da Nova Hermenêutica no paradigma ou idade do pós-positivismo, propiciando que não apenas a dogmática vigore como forma de argumentação. Supera-se, pois, os métodos tradicionais de interpretação elaborados por Savigny, arredados ao texto que se bastava em si e era o ponto de partida indiscutível em si. Com a

³³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 461.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 505.

abertura do texto normativo, ou seja, pela utilização de cláusulas gerais, seu conteúdo somente se pode formar com a análise do caso concreto – a concreção.

O pensamento tópico permite a discussão e a compreensão frente ao caso concreto e, na verdade, com sua aplicação às cláusulas gerais, propicia-se o desenvolver de uma dogmática mesmo acerca das próprias cláusulas gerais. A formulação de um juízo valorativo, portanto, deve levar em conta que o sistema legal tem sua incompletude; assim operando, frente à vagueza das cláusulas gerais, imiscuindo-se no problema concreto, o intérprete é enviado à análise da presença de um *topoi*, *topos*, que consiste no pinçamento da base jurídica na qual instalado; destacado, o intérprete passa ao raciocínio que remete o *topos* a um dispositivo legal.

A conclusão, *a posteriori*, servirá como parâmetro para outros casos semelhantes, formando novos institutos ou até mesmo novos princípios.

Como ocorre na cláusula geral da boa-fé objetiva, o movimento fora de sistematização – não havia sua previsão no ordenamento civil brasileiro – tendo caminhado para a sistematização – pelo art. 113, 187 e 422, todos do Código Civil (2015) – o qual tem ganhado contornos e aplicação para novos institutos, promovendo a ressystematização. Nesse sistema de reenvio, incumbe à doutrina e à jurisprudência o papel de delimitação do conteúdo dela, tomando em conta em qual seara se encontra, as circunstâncias do caso, qual o interesse perseguido, qual o padrão normal, dentre outros elementos intra ou extrassistemáticos/valorativos.

Portanto, o pensamento tópico vem a se conciliar com o pensamento sistemático, propiciando equilíbrio no uso do modelo de técnicas de cláusulas abertas conciliadas com a imprescindibilidade de rigidez do Ordenamento Jurídico; cuida-se de adequação, visando à solução de problemas que a rigidez da norma poderia alcançar.

Pontua Silva:

A coexistência, porém, do raciocínio dedutivo com o casuístico não é nova na história do pensamento ocidental. Essa concomitância manifesta-se em quase todas as épocas. Nos últimos dois séculos, apenas, ele se fez menos presente na filosofia e conseqüentemente em todas as ciências que com ela vivem em mútua relação, como o direito. Em suma, a sistemática atual é predominantemente dedutiva, mas dá larga margem para que se possa pensar casuisticamente, do que pode resultar a descoberta de novos princípios e a formação de novos institutos.³⁵

A formação da norma jurídica, da qual se destacará a generalização ou *ratio decidendi*, é um dos contornos da ressiematização a garantir segurança jurídica frente ao conteúdo das cláusulas gerais, como se vê ocorrer com a boa-fé objetiva e a formação de deveres anexos ou instrumentais (atualmente previstos, em suma, no Código de Defesa do Consumidor) e em figuras parcelares, institutos hábeis para o controle do modo de exercício jurídico, tendo em vista afastar o abuso do direito e a contrariedade desleal.

Aí também está o papel primordial da doutrina e da jurisprudência como fonte do direito.

4.1. A CONCREÇÃO E O PAPEL DA DECISÃO JUDICIAL

Na tarefa voltada à concreção, a doutrina de Ferraz Junior³⁶ afirma que a concreção dos conteúdos normativos, não é arbitrária, encontrando no sistema suas limitações, retirando dos princípios gerais do direito o balizamento da aplicação. Refere-se, porquanto, ao princípio da proibição de decisão *contra legem*, da discricionariedade e da aplicação corretiva (art. 5º, da LINDB) como critérios orientadores para a concreção.

A concreção também foi abordada por Ávila, para quem

³⁵ SILVA, Clóvis do Couto. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 61.

³⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 317.

a atividade de aplicação das normas ao caso concreto seria um ato de razão e de vontade, haveria valoração. Explicita:

O julgador vai ao fato e, depois de apreendido o seu valor, vai confrontá-lo com as normas já selecionadas. O aplicador do Direito, em verdade, não entende, primeiro, a norma e, depois, analisa o caso para verificar se há, ou não, o encaixe do conceito da norma no conceito do fato. Antes, o aplicador realiza uma mescla de indução e dedução (método empírico-dialético), analisando as circunstâncias do caso, o conteúdo da norma, os precedentes judiciais etc. A escolha das normas que irão regular o caso depende, obviamente, de uma análise preliminar do caso.³⁷

Sintetizou que a concreção é guiada pelos seguintes elementos externos: finalidade concreta da norma; pré-compreensão; valoração judicial dos resultados da decisão; consenso como fundamento parcial da decisão; precedente judicial.³⁸

Trazendo à baila novas funções da boa-fé objetiva, elaboradas por doutrinadores alemães, Marques, ao discorrer sobre a função de complementação ou concretização da relação (*Ermächtigungsfunktion*), acrescenta que

[a] expressão alemã é de valorar-se e destacar-se, pois bem especifica a função ativa do juiz, uma vez que se trata do *Richterrecht* (Direito dos juízes), isto é, há uma atividade mais completa e complexa do que a simples interpretação pelo juiz, há, sim, concreção de cláusula geral.³⁹

Logo, quanto ao papel da jurisprudência como fonte,

³⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). *O ensino jurídico no limiar do novo milênio*. Porto Alegre: Edipuc-RS, 1997, p. 429.

³⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). *O ensino jurídico no limiar do novo milênio*. Porto Alegre: Edipuc-RS, 1997, p. 439-446.

³⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2002. v. 43, p. 215-257, jul-set/2002.

Martins-Costa⁴⁰ e Menke⁴¹ chamam a atenção para o método de grupo de casos. Referida técnica presente no direito alemão que implica na reunião de decisões judiciais, nas quais haveria conjugação de elementos fáticos e normativos.

Nessa perspectiva, segundo Martins-Costa:

uma vez reconduzidas à cláusula geral, as soluções são passíveis de generalização, servindo para resolver outros casos em que se verificam circunstâncias idênticas ou similares. Há, pois, um tríplice movimento, da concreção à abstração e desta novamente à concreção.⁴²

As perspectivas trazidas pelos doutrinadores acima em favor e contra o método alemão mencionado são atualmente muito semelhantes àquelas hoje trazidas pela doutrina nacional sobre o instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, atualmente previsto no art. 976, do Código de Processo Civil (apenas ressaltando, que o IRDR tem função de unificação de posicionamentos sobre precedentes vinculados à matéria apenas de direito).

Em desfavor, verifica-se que o método poderia culminar no engessamento do papel do juiz, que, vinculado ao conteúdo generalizado formado pelo grupo de casos, implicaria retorno à subsunção, sem possibilidade de formação de novos valores sobre o caso. Com a abstração e retorno à subsunção, além de se afastar a primordial função das cláusulas gerais, como fator de concretização do caso individual, estaria a jurisprudência assumindo um papel que não lhe foi conferido, formando norma abstrata, função estatal outorgada primordialmente ao Poder Legislativo.

⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 188.

⁴¹ MENKE, Fabiano. A interpretação das Cláusulas Gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 50, abr-jun. p. 10.

⁴² MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 188.

A ressystematização, nesse método de grupo de casos, equivale-se à noção de abstração, quando:

Haveria uma espécie de acomodação do aplicador da norma, que não mais examinaria a fundo o caso concreto, mas ficaria preocupado apenas em enquadrá-lo e compará-lo aos casos individuais dos grupos de casos, o que refletiria uma tendência de ambicionar a segurança jurídica. Ocorre que, quanto mais se vai desenvolvendo o grupo de casos, maior vai ficando a abstração dos conceitos e cada vez mais distante se fica dos primeiros casos. Quanto mais a espiral da abstração cresce, mais o grupo de casos se aproxima de um tipo legal.⁴³

No entanto, a contribuição da técnica do método de grupo de casos teria esse papel de ressystematização primordial, permitindo identificar a evolução da consciência jurídica sobre determinados *topos*, como é a boa-fé objetiva.

Tal como se pretende com o instituto brasileiro tão controvertido do IRDR, obter-se-ia uniformidade na jurisprudência, dando sentido prático ao princípio da isonomia e à necessidade de previsibilidade, culminando em segurança jurídica, em coerência e integridade.

Ainda que não se tenha a previsão de instituto equivalente ao método de grupo de casos, a redução dos temores que a concreção da cláusula geral proporciona pode ser controlada por decisões judiciais que se preocupem com a racionalidade da argumentação jurídica utilizada.

Essa racionalidade argumentativa propicia a própria concreção da boa-fé objetiva. Nesse viés, pela identificação de *topois*, foi realizada no estudo de Fernandes Junior⁴⁴, no qual retirou das decisões do Superior Tribunal de Justiça, nos 10 (dez) primeiros anos de vigência do Código Civil de 2002. Segundo o autor, de 253 (duzentos e cinquenta e três) acórdãos que versam

⁴³ MENKE, Fabiano. A interpretação das Cláusulas Gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 50, abr-jun. p. 10.

⁴⁴ FERNANDES JUNIOR, João Gilberto Belvel. *O Significado do “Abuso do Direito” na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. 99, p. 49-70, maio-jun / 2019.

sobre o tema do abuso do direito – uma das vertentes da função da boa-fé objetiva, consistente em regular o exercício de posições jurídicas – da *ratio decidendi* de 57,1% deles, distinguiram-se três *topois*, tratando sobre o exercício desmotivado de direito, exercício adulterado de direito, exercício contraditório de direito.

A concreção, fora dos limites temporais acima, foi expressamente abordada e desempenhada pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no Recurso Especial n. 1346428/GO, julgado em 9/4/2013.⁴⁵ Em raciocínio entre o problema (ausência de baixa de protesto regular – emissão de carta de anuência) e o dispositivo legal em análise (art. 19, da Lei 9.492/97), veio a concluir que a concreção da boa-fé objetiva impunha que as partes atuassem de forma cooperativa, com o que não se coadunaria a inércia do credor que recebe o valor do título e as despesas do protesto, mas não emite a carta de anuência de sua baixa ou deixa de restituir o título protestado. Há de deixar claro que inexistente previsão legal sobre a questão, sendo chamada a concreção do princípio da boa-fé objetiva, em sua função integrativa, voltada à criação de novas normas de condutas, para a solução do caso.

Em tempos de caos, ademais, como o ora vivido pela população mundial, nesse contexto do ano de 2020, frente o

⁴⁵RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. JULGAMENTO 'EXTRA PETITA'. NÃO OCORRÊNCIA. PROTESTO LEGÍTIMO. SUPERVENIÊNCIA DE PAGAMENTO. ENTREGA DA CARTA DE ANUÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. INÉRCIA DO CREDOR. CONDUTA INCOMPATÍVEL COM A BOA-FÉ OBJETIVA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CABIMENTO. 1. Inocorrência de julgamento 'extra petita'. 2. Constitui ônus do próprio devedor a baixa do protesto de título representativo de dívida legítima. Precedentes desta Corte. 3. Dever do credor, porém, após receber diretamente o valor da dívida, de fornecer ao devedor os documentos necessários para a baixa do protesto. 4. Desnecessidade de requerimento formal do devedor. 5. Concreção do princípio da boa-fé objetiva. Doutrina sobre o tema. 6. Inércia do credor que configurou, no caso, ato ilícito, reconhecido pelas instâncias ordinárias, gerando obrigação de indenizar. 7. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula 7/STJ). 8. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 1346428/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 16/04/2013)

isolamento e distanciamento social imposto para diminuição da proliferação da doença COVID-19 - causada pelo coronavírus denominado SARS-CoV-2 – a abertura legislativa da cláusula geral da boa-fé objetiva, em qualquer de suas funções (art. 113, 187 ou 422, todos do Código Civil) (2015) é chamada a atuar e apresenta destaque para atender às exigências de comportamento probo, cooperativo e respeitoso dos contratantes para reduzir os efeitos e prejuízos sentidos em todas as frentes da sociedade.

A decisão judicial, portanto, precisa ser contemporânea e ágil aos reclamos dos fatos concretos, o que a legislação de tessitura fechada não proporciona e, acaso não existisse a vagueza ora abordada, proporcionando equilíbrio das relações negociais nesse momento de crise, a abarcar atenção especial ao contexto social, econômico e jurídico, o direito seria falho.

Chamando ao destaque a boa-fé objetiva, bem adverte Schreiber:

A propósito, convém registrar que, mesmo no âmbito daqueles contratos cujas prestações sejam economicamente afetadas pelas restrições a todos impostas neste momento, antes de qualquer pleito revisional deve-se recorrer à boa-fé objetiva e ao dever de renegociar. Soluções alternativas podem e devem ser encontradas pelos próprios contratantes para preservar o cumprimento de seus contratos, tanto mais na situação que estamos vivendo, em que o Poder Judiciário, em funcionamento restrito, deve ser acionado apenas para situações realmente urgentes. Extinção de vínculos contratuais e revisão judicial de contratos são remédios extremos que as partes têm o dever de evitar sempre que possível, diante do imperativo de mútua cooperação e lealdade que deriva do artigo 422 do Código Civil brasileiro e do princípio constitucional da solidariedade social (art. 3º, I).⁴⁶

⁴⁶ SCHREIBER, Anderson. *Devagar com o andar: coronavírus e contratos - Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor--coronavirus-e-contratos---importancia-da-boa-fe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional>>. Acesso em: 02.10.2020.

Enfim, tipos fechados não se coadunam com a necessidade de maleabilidade do sistema aos reclames sociais contemporâneos, são marcados pela rigidez, mas notoriamente a controlabilidade da decisão é mais proeminente, marcada pela subsunção, a gerar estabilidade e uniformidade de decisões.

Ocorre, contudo, que hipóteses legislativas assentadas em normas abertas possuem reclames sociais que não se logram pela qualificação jurídica *a priori*; por isso, por conta dessa delegação democrática de talha para complemento *a posteriori* pelo intérprete julgador, é que ele deve se preocupar para que não existam decisões afastadas dos valores da segurança jurídica, justiça social e legalidade.

Nesse enfoque, chama a atenção Morais:

No afã de combater os atuais e drásticos efeitos [previsíveis – e imprevisíveis] da pandemia de Covid-19 muitas normas são e serão aprovadas a todo momento no Brasil, bem-vindas e não tão bem-vindas, que contribuem para a nossa já conhecida bagunça legislativa, muitas delas passageiras, com prazo de validade definido. Mas ainda bem que temos dois códigos (CC (LGL\2002\400) e CDC (LGL\1990\40)) e uma Constituição Federal repletos de cláusulas abertas. É necessário refletir sobre a *recodificação*.⁴⁷

Contraponto, fora realizado por Azevedo para quem, na verdade, a boa-fé objetiva prevista como o foi no Código Civil de 2002 serviria apenas para a retórica, por não ter conteúdo e ser vazia do ponto de vista axiológico, estaria de acordo com um paradigma do Estado inchado não compatível com os anseios na pós-modernidade:

[...] o mundo atual não se conforma mais com esses conceitos vazios. O paradigma, que antes era o da lei, passou a ser o do Juiz e, agora, é o da solução rápida do caso concreto. Hoje, estamos fugindo do Juiz. Essa fuga não é um problema do Judiciário; ele deve decidir o que é da sua missão, da sua vocação, que é o conflito real, o ‘caso difícil’, que exige ponderação. Mas o Juiz é um julgador e, quando não há necessidade desse

⁴⁷ MORAIS, Ezequiel. *Os Deveres de Consideração e a Pandemia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, v. 1016, jun, p. 377 - 387.

jugador, não é preciso o Juiz. Nesse sentido, há uma fuga do Juiz.⁴⁸

O dissenso realmente chama à reflexão, ainda que não possa ser acatado integralmente, pois se viu a imprescindibilidade da vagueza e como há técnica de interpretação cabível para sua aplicação.

Enfim, a concretização não deve ser margem para decisionismo, utilização de critérios pessoais, particularizantes, dotados de uma verdade subjetiva; para não dizer que esse raciocínio interpretativo, orientado pela concretização e culminou no convencimento, deve ser externalizado em decisões judiciais que expressem semanticamente, por meios argumentativos que gerem racionalidade.

A decisão judicial, portanto, virá a ser o desembocar de um movimento entre a abertura de um texto legal, a valoração do problema por critérios assistemáticos, a concretização; e, para compreender esse movimento, somente uma decisão dotada de controle racional.

Como apregoa Aguiar Junior “a cláusula geral impõe ao julgador o uso de uma técnica judicial especial de julgar, estando o seu exercício limitado pelo ordenamento constitucional; o desempenho arbitrário ou omissivo gera a responsabilidade social do juiz”.⁴⁹ Eis o elo entre as cláusulas abertas, em especial a da boa-fé objetiva e seus *standards*, com a preocupação acerca da argumentação, fundamentação, racionalidade, abordadas pela teoria da decisão racional.

5. CONCLUSÃO

⁴⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 775, p. 15 – 16, maio/2000.

⁴⁹ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS* 18, 2000/221-228, p. 228.

Verifica-se que a boa-fé objetiva, por sua natureza de técnica legislativa como cláusula geral, não pode ser apontada como fator de insegurança jurídica em si. O seu uso desenfreado e impróprio, certamente o é. Efetivamente, a preocupação deve residir em estudo de como essa insegurança e o uso impróprio podem ser superados, conciliando a interpretação e a concreção dos direitos tutelados.

Por meio da cláusula geral, a abstração formará a concreção ao desenvolver processo interpretativo, intelectual, apropriado, que se baseia na estipulação do seu conceito em dinâmica prospectiva, atenta à evolução social, como também aos casos paradigmas encontrados nos precedentes e no crítico papel da doutrina. Para isso, salutar a contribuição do Pensamento Tópico, não encontrando os métodos clássicos, solução apropriada aos anseios do pós-positivismo.

Tarefa salutar será a realizada pelo intérprete, portanto, que deve conciliar dogmática e interpretação, sistema e vagueza, propiciando que sua decisão encontre o consenso, por meio do discurso jurídico racional.

Conclui-se que sua utilização legislativa, prevista por meio de cláusula geral, propicia ao intérprete aplicador operacionalizar e garantir aos jurisdicionados a concreção por meio da análise do caso concreto para a formulação da norma jurídica, de modo que nesse exercício os valores sociais, econômicos e culturais inerentes ao contexto, inclusive temporal, são fundantes para a verificação de uma relação obrigacional cooperativa, interessada na satisfação da prestação, mas também com foco no bem comum. É, assim, que a utilização da cláusula geral se desponta como fator de legitimação do direito em momentos de crise, como o enfrentado na contemporaneidade.

Sedimenta-se, assim, que a boa-fé objetiva, como fruto de anseios pela cooperação, confiança e lealdade, é instituto permeado de tradição, mas sempre destinado ao novo, logo subsistente em si para demonstrar que a abertura do sistema deu cotejo

à efetivação de tutela protetiva entre os contratantes e todos que se sujeitam ao vínculo obrigacional.



REFERÊNCIAS

- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS* 18, 2000/221-228.
- AGUIAR JR., Ruy Rosado de (Org.). *V Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2012.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). *O ensino jurídico no limiar do novo milênio*. Porto Alegre: Edipuc-RS, 1997, p. 413-465.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 775, p. 11 – 17, maio/2000.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 de jul. 2020.
- BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 17

de jul. de 2020.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (1916). *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm.

Acesso em: 17 de jul. de 2020.

Bürgerliches Gesetzbuch. *Código Civil Alemão de 1900*. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>. Acesso em: 15 de jul. de 2020.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2015.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

FERNANDES JUNIOR, João Gilberto Belvel. *O Significado do “Abuso do Direito” na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. 99, p. 49-70, maio-jun / 2019.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo de Direito: técnica, decisão, dominação*. 2.Ed. São Paulo: Atlas, 1994.

MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2002, v. 43, p. 215-257, jul-set/2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. Os Avatares do Abuso de Direito e o Rumo Indicado pela Boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Direito Civil Contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro, 2008. Rio

de Janeiro: Atlas, 2008, p. 57-95.

MENKE, Fabiano. A interpretação das Cláusulas Gerais: a sub-sunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 50, abr-jun.

MORAIS, Ezequiel. *Os Deveres de Consideração e a Pandemia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, v. 1016, jun, p. 377 - 387.

SCHREIBER, Anderson. *Devagar com o andor: coronavírus e contratos - Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional*. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor--coronavirus-e-contratos---importancia-da-boa-fe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional>>. Acesso em: 02.10.2020.