

**CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS  
VAGOS NO DIREITO CONTRATUAL:  
IMPLICAÇÕES COM A UTILIZAÇÃO DE VALORES CONSTITUCIONAIS**

**STANDARDS AND VAGUE CONCEPTS  
IN CONTRACT LAW:  
IMPLICATIONS WITH THE USE OF CONSTITUTIONAL VALUES**

*Raquel de Moraes Laudanna\**

**RESUMO**

O presente trabalho tem como finalidade abordar a aplicação das cláusulas gerais e conceitos vagos, com especial atenção à sua utilização segundo o atual direito contratual, combinando-os com valores constitucionais. Para tanto, será abordada a noção de sistema aberto, por meio do qual o direito é adaptado ao dinamismo das relações jurídicas, mediante a inserção de princípios e valores, quando da aplicação das normas positivadas. Em seguida, diante de tal premissa, será abordado o conceito das cláusulas gerais, distinguindo-o e comparando-o com as noções de conceitos indeterminados e princípios. Depois, serão traçadas a importância e a função das cláusulas gerais para o ordenamento jurídico, ressaltando, também, os limites de sua aplicação. Posteriormente, o trabalho prossegue com a análise das cláusulas gerais inseridas, em especial, no Código Civil e com a importância das disposições constitucionais para sua aplicação. Por fim, nas últimas seções, será abordada a atuação do Poder Judiciário ao aplicar as cláusulas gerais, bem como a consequente ponderação a respeito da importância da interpretação, motivação e argumentação do seu pronunciamento, de modo a garantir, ainda, a previsibilidade e a segurança jurídica.

**Palavras-chave:** Sistema jurídico aberto; Mobilidade; Técnica legislativa; Cláusulas gerais; Conceitos vagos; Conceitos indeterminados; Princípios; Valores; Interpretação; Motivação; Argumentação; Segurança jurídica.

\* Advogada em São Paulo. Mestre em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC). Endereço: Rua Haddock Lobo, 1.327, 2º e 7º andares, CEP 01414-003, São Paulo/SP, e-mail: quel\_l@hotmail.com.

#### ABSTRACT

This work intends to approach the application of the “standards” and vague concepts, with a special attention to its utilization in current contract law, combined with constitutional values. For this purpose, the notion of an open system will be boarded, through which the law is adapted to dynamism of the legal relationships, by inserting principles and values as the positive law is apply. Then, with these premise, the concept of “standard” will be studied, considering the distinction and comparison with the notion of rules that withstand a high valuable burden and principles. After that, the importance and function of “standard” to the Law will be traced, noting, too, the limits of its application. Later, the work will continue with the examination of “standard” in new Brazilian Civil Code and the importance of constitutional provisions to its application. Finally, in the last chapters, it will be studied the action of the Judiciary to apply “standards” and the resulting weighting about the importance of interpretation, motivation and argumentation about his decision, to also protect the predictability and certainty.

**Keywords:** Open law system; Mobility; Legislative technic; “Standards”; Vague concepts; Rules that withstand a high valuable burden; Principles; Values; Interpretation; Motivation; Argumentation; Law certainty.

46

#### INTRODUÇÃO

A concepção de Direito passou por patente mudança de paradigma, especialmente após o envelhecimento das codificações e as velozes transformações sociais, com destaque para o período posterior à Revolução Industrial.

Com efeito, a noção normativista do Direito, fundada na positivação como componente de um ordenamento jurídico fechado, sistematicamente organizado e capaz de fornecer respostas a todas as questões que são colocadas à apreciação – a qual, então, havia ganhado relevo após a Revolução Francesa –, passou a não mais atender às necessidades da realidade social, dada a mutabilidade patente dos dias de hoje.

De fato, considerando que as normas de estrutura tradicional não foram mais capazes, sozinhas, de disciplinar a totalidade da vida social, o legislador passou a lançar mão de novas técnicas, sendo uma delas a inserção de cláusulas gerais, as quais se coadunam com a complexidade das sociedades contemporâneas.

Assim, as cláusulas gerais e os conceitos vagos permitirão ao Direito uma aproximação da realidade e da diversidade de ocorrências, tudo por meio da adoção de valores que integram o sistema jurídico (agora na sua concepção aberta), proporcionando, em última instância, soluções mais apropriadas e que atendam aos reclamos do caso concreto.

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 45-80, jan./jun. 2012*

## Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

Dessa feita, o novo pensamento sistemático, por meio das cláusulas gerais e de conceitos vagos, operacionaliza a adequação do Direito à efetiva realidade, ao admitir que o julgador, ao apreciar determinada situação concreta, busque a constante interpretação para o seu desfecho, admitindo que os princípios jurídicos sejam verdadeiros elementos integrantes do sistema normativo.

Até porque, se assim não fosse, os diversos ordenamentos jurídicos não teriam como assegurar a sua própria lógica interna, pois ausente de coerência.

Destarte, em especial no atual direito contratual brasileiro, a inserção de cláusulas gerais e conceitos vagos no bojo do Código Civil de 2002 significa uma técnica legislativa que carrega uma carga valorativa e que suscita à doutrina e à jurisprudência a integrá-las em um sistema, de modo que se converta em um verdadeiro convite para uma atividade mais criadora e que traga concreção à situação posta em debate.

Valemo-nos, então, diante desse panorama, do estudo das cláusulas gerais e conceitos vagos, por meio do qual ventilaremos as suas principais características, bem como as suas implicações em atenção aos valores constitucionais chamados à baila na sua aplicação prática, especialmente pelo Poder Judiciário, em atenção à segurança e à previsibilidade dos julgados.

### A NOÇÃO DE SISTEMA JURÍDICO FECHADO E ABERTO

47

*Ab initio*, antes de nos debruçar sobre o exame das principais noções atinentes às cláusulas gerais e conceitos vagos (que serão mais bem esmiuçados adiante), bem como acerca da nova posição assumida por nosso ordenamento jurídico (e, no que mais nos interessa, pelo novo Código Civil) em neles se assentar, cumpre-nos tecer breves esclarecimentos referentes à concepção de sistema jurídico fechado e aberto, eis que possui íntima relação com a função desempenhada por ditas cláusulas gerais e conceitos vagos.

É que, consoante será tratado no bojo do presente estudo, a principal função desempenhada pelas cláusulas gerais e conceitos vagos diz respeito justamente a figurarem como verdadeiros mecanismos de mobilidade do sistema jurídico codificado.

Portanto, entender a concepção de sistema jurídico faz-se imprescindível para que, então, possamos efetivamente depreender a importância e os reflexos da adoção de cláusulas gerais e conceitos vagos na nova dogmática jurídica que se originou, bem como a atuação do Poder Judiciário diante desse quadro.

Pois bem. Muitos juristas se empenharam na conceituação de sistema jurídico, mas o fato é que cada qual destacou, a seu modo e conforme a sua concepção, determinados pontos específicos.

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 45-80, jan./jun. 2012*

Nesse sentido, pertinente compilação foi procedida por Claus-Wilhelm Canaris,<sup>1</sup> o qual ventilou que, para Kant, sistema é “a unidade, sob uma ideia, de conhecimentos variados” ou “um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios”.

Para Savigny, por sua vez, sistema é “a concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grande unidade”, ao passo que, para Hegler, seria “a representação de um âmbito do saber numa estrutura significativa que apresenta a si própria como ordenação unitária e concatenada”.

A despeito da referida compilação realizada, Canaris, por seu turno, entendeu por bem extrair dois elementos indissociáveis à noção interna de sistema, quais sejam: (i) a ordenação, por meio da qual seria possível se exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível; e (ii) a unidade, mediante o que não seria permitida uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais.<sup>2</sup>

Também tratando sobre o tema, Judith Martins-Costa aduz que a unidade, elementar ao sistema, garante a sua identidade interna, na medida em que diferencia seus respectivos elementos daqueles externos que não compõem o conjunto, razão pela qual o sistema pressupõe “a reunião de certos elementos de um conjunto organizado e ordenado e a unitariedade das fontes de sua produção”.<sup>3</sup> Nota-se, assim, que a autora acresce à noção de sistema, na sua concepção interna, a ideia de conjunto e coerência.

48

Contudo, no que é pertinente ao enfoque externo a ser dado ao sistema, Carin Prediger esclarece que o ponto de distinção se cinge à construção procedida pelo intérprete e pela doutrina jurídica, que a dogmatiza e impõe lógica ao Direito, o que difere da ideia interna de sistema, em que tal sistema seria imamente das próprias regras de Direito.<sup>4</sup>

Assim, combinando as diferenças entre a noção interna e a externa, ventiladas acima, Carin Prediger culmina a concluir que, tratando-se de sistema jurídico, “deve-se vislumbrar tanto a ordenação das realidades jurídicas intima-

<sup>1</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 10-11.

<sup>2</sup> CANARIS, op. cit., p. 12-13.

<sup>3</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000. p. 40.

<sup>4</sup> PREDIGER, Carin. *A noção de sistema no direito privado e o Código Civil como eixo central*. apud HENTZ, André Soares. *Ética nas relações contratuais à luz do Código Civil de 2002: as cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 32.

## Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

mente conectadas como as suas fórmulas de exteriorização, considerando-se o sistema enquanto síntese das facetas internas e externas”.<sup>5</sup>

E, nesse mesmo passo, Judith Martins-Costa, ao estudar as cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico – o que se pretende, ainda que de modo conciso, por meio do presente trabalho –, admite, como sistema, uma estrutura particularizada pelo emprego de determinado vocabulário correspondente a certos conceitos, pelo agrupamento de regras em certas categorias, pela utilização de determinadas técnicas de interpretação e por específicas concepções de ordem social que determinam o modo de aplicação e a própria função do ordenamento jurídico.<sup>6</sup>

Daí, então, surge a obrigatória ponderação se o sistema jurídico romano-germânico (que mais se coaduna com a nossa realidade), dado o seu caráter estrutural, seria fechado ou aberto, vale dizer, se constitui uma totalidade expressa em um conjunto de conceitos e proposições entre si logicamente concatenadas, como uma unidade imanente, perfeita e acabada, que se autorreferencia de modo absoluto e cujo modo de expressão privilegiado é o código; ou se, então, de modo contrário, o sistema pressupõe que o Direito possa ser pensado, aplicado e interpretado como ordem de referência apenas relativa, sensível à interpenetração de fatos e valores externos, consubstanciando permanente discussão de problemas concretos, para cuja resolução se mostra adequado não o pensamento lógico, mas o problemático, em que a base do raciocínio está centrada na compreensão axiológica ou teleológica dos princípios gerais do Direito.<sup>7</sup>

Com efeito, a respeito de tal questionamento, insta comentar que, aproximadamente nos séculos XII e XIII, com as regras do *Corpus Juris Justinianeu*, o sistema jurídico romano-germânico se apresentava como um sistema aberto, pois era, então, sensível à interpenetração de outros estatutos e valores, que ficava a cargo do importante papel da interpretação realizada pelos chamados *doctores*.

No entanto, dada a necessidade de maior certeza e segurança, o sistema romano-germânico foi progressivamente se fechando, de modo a privilegiar determinadas fontes de produção jurídica, eis que, até então, a interpretação realizada conduzia a um liberalismo jurídico, que culminava em uma pluralidade de posições e soluções para uma mesma questão.

<sup>5</sup> PREDIGER, Carin. A noção de sistema no direito privado e o Código Civil como eixo central. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002. p. 156.

<sup>6</sup> MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, ano 81, v. 680, p. 47-58, jun. 1992, p. 47.

<sup>7</sup> MARTINS-COSTA, 1992, p. 48.

Assim, já no século XIV, passou-se a lançar mão da chamada “comum opinião dos doutores”, com o fito de, com isso, fixar-se um patamar de regras e princípios que visam alcançar a certeza e a segurança na aplicação do Direito, valendo a opinião dos doutos, na ausência de lei, como uma verdadeira norma jurídica, trazendo, portanto, maior rigidez ao sistema.

Tal rigidez era justificada pela ideia de codificação, diante da patente necessidade, à época, de certeza jurídica, na medida em que o Direito passa a ser visto como um sistema fechado de verdades da razão, formado por regras que seriam decorrentes de uma construção lógico-matemática, que parte de regras gerais, deduzidas pelo raciocínio.

O apogeu da concepção fechada do sistema efetivamente se deu com as codificações europeias, ocorridas, em especial, nos séculos XVIII e XIX, quando, mediante a sedimentação da referida “opinião comum” (sendo o Direito construído pelos juízes e juristas que se envolviam intimamente com a prática) ou por meio de *corpus* específico (em que só pelos códigos é que se podia influenciar na prática), buscava-se, a todo custo, um parâmetro de certeza e segurança jurídica. Dessa feita, conseqüentemente, a atividade interpretativa igualmente quedou-se ressentida, de modo que a jurisprudência se cingia a apenas e tão somente aplicar estritamente a lei, ou seja, ao juiz restou a tarefa de aplicar a lei dentro da legalidade em sua concepção mais estrita.

50

Ocorre que, já aproximadamente no século XX, tal paradigma voltou a ser alterado, quando da ocorrência da chamada “crise da teoria das fontes”, em que se trouxe à baila a admissão dos princípios tradicionalmente considerados metajurídicos no campo da ciência do Direito.

Diante dessa nova concepção, a ciência jurídica passa a se debruçar na constante tentativa de adaptar o Direito ao dinamismo das relações sociais, levando-se em consideração que o sistema jurídico deve considerar, também, ao lado da norma codificada, os princípios, máximas, regras de experiência, usos, diretivas reveladoras da cultura.<sup>8</sup>

Destarte, o sistema jurídico volta a ser considerado como um sistema aberto, assim bem identificado por Aguiar Júnior ao ponderar que o direito positivado é apenas uma parte do conjunto, a sua parcela mais visível, mas nele convivem princípios gerais do Direito, os postulados do Direito Natural, o sentimento de justiça, a exigência de equidade, vivenciados e sentidos pela sociedade na qual o juiz habita.<sup>9</sup>

E é justamente nesta concepção de sistema aberto, ventilado alhures, que se insere o estudo das cláusulas gerais e conceitos vagos, pois, consoante já referido,

<sup>8</sup> MARTINS-COSTA, 1992, passim.

<sup>9</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. *Ajuris*, 45/7, p. 18.

## Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

cuida-se de verdadeiros mecanismos dispostos por nosso ordenamento, com o fito de trazer maior flexibilização da ordem jurídica e ajuste às novas realidades.

### CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS VAGOS

Como foi dito oportunamente, e será mais bem esmiuçado adiante, as cláusulas gerais e conceitos vagos são técnica legislativa, e por meio deles se possibilita, por conseguinte, a comunicação, no âmbito do sistema jurídico (cuja nova concepção já tratamos, em apertada síntese), entre o Código Civil, outros microssistemas jurídicos e a Constituição Federal.

Mas, não só isso (e principalmente), as cláusulas gerais e conceitos vagos possibilitam a recepção de valores sociais para o bojo do ordenamento, propiciando, como veremos, uma adequação às mudanças da sociedade contemporânea, “oxigenando” o sistema e, em última instância, trazendo maior alargamento de sua aplicabilidade nos casos concretos.

Vejamos, então, as principais características das ditas cláusulas gerais e conceitos vagos, para que, feito isso, debruçemo-nos sobre as suas aplicabilidades práticas, as funções que desempenham, bem como a importância e o âmbito de atuação do Poder Judiciário nesse aspecto.

### Conceito de cláusulas gerais e sua estrutura fundamental

51

Não obstante a busca constante da doutrina em firmar um conceito de cláusulas gerais, o fato é que, como bem indica Judith Martins-Costa, por se tratar de um instituto multifacetado, a sua definição, ao invés, deve levar em consideração a análise de sua estrutura fundamental. Nesse sentido, aduz a autora:<sup>10</sup>

já por estas indicações, percebe-se o quão multifacetário é o perfil das cláusulas gerais, razão pela qual, na busca de seu conceito, a doutrina nada mais obtém do que arrolar a diversidade de suas características. Por isto, desde logo rejeitada a pretensão de indicar um conceito perfeito e acabado, entendo pertinente, ao revés, assinalar os traços que lhe vêm sendo relacionados no que diz com o seu papel enquanto técnica legislativa, pois é aí, na contraposição à técnica da casuística, que o seu perfil poderá ser traçado.

Dessa feita, deve-se admitir se tratar de normas jurídicas especiais, na medida em que lhes falta o preenchimento de conteúdo determinado, o qual somente é alcançado por meio de valorações, referências a critérios ponderados e sopesa-

<sup>10</sup> MARTINS-COSTA, 2000, p. 28.

dos pelo Magistrado quando da formação de sua convicção em determinado caso concreto.

É o que admite André Osório Gondinho, para quem, com efeito, as cláusulas gerais são normas especiais, justamente por não fornecer os critérios necessários para a sua concreção, podendo estes, fundamentalmente, ser determinados apenas com a consideração do caso concreto. E, ao final, conclui o jurista que a cláusula geral não seria meramente direito material, mas *standing points* ou pontos de apoio para a formação judicial da norma no bojo de determinada demanda.<sup>11</sup>

Para tanto, as cláusulas gerais se utilizam, em sua formação, de linguagem intencionalmente aberta, fluida ou vaga, ou seja, possuem expressões linguísticas (signos) cujo referencial semântico não é tão nítido, carecendo, pois, de contornos claros, razão pela qual seus conceitos não dizem respeito a objetos fácil, imediata e prontamente identificáveis no mundo dos fatos.<sup>12</sup>

Por isso, admitindo essa característica das cláusulas gerais, Karl Engisch entende que seus traços delineadores devem ser firmados segundo uma noção negativa, de modo a se contrapor ao modelo de técnica de legislar por meio da casuística.

52

Vale dizer, as características das cláusulas gerais são definidas porque des- toam do modelo de legislar da casuística, em que se especificam todos os elementos de incidência e, portanto, limita-se o trabalho do intérprete à subsunção do caso concreto em que se depara, pois restam fixados os critérios de sua aplicação, deixando a ele pouco espaço para que determine o sentido e o alcance da norma.<sup>13</sup>

Contudo, a mencionada vagueza ou abertura, ínsita à noção da cláusula geral, não significa (é bom que se esclareça) que haja um defeito de linguagem ou alguma obscuridade, como pode parecer, num primeiro momento.

Ao contrário, tal vagueza é considerada como socialmente típica, intencional, de programática, justamente para possibilitar o amoldamento da *fattispecie* normativa a novas situações, as quais, no mais das vezes, sequer podem ser previstas quando da criação daquele texto normativo pelo legislador.

Aliás, Pietro Rescigno designa-as como disposições de conteúdo elástico, para sublinhar o caráter de adaptabilidade dessas normas a situações que o juiz

<sup>11</sup> GONDINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, jan./mar. 2000. p. 5.

<sup>12</sup> ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Uma reflexão sobre as cláusulas gerais do Código Civil de 2002 – A função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 831, ano 94, p. 59-79, jan. 2005. p. 60.

<sup>13</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, apud APORÍCIO, Márcia de Oliveira Ferreira. Cláusulas gerais: a incompletude satisfatória do sistema. In: LOTUFO, Renan. *Sistema e típica na interpretação do ordenamento jurídico*. São Paulo: Manole, 2006. p. 18.



## Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

é chamado a conhecer e sobre as quais deve pronunciar-se. Stefano Rodotà denomina-as “conceito elástico”, “conceito válvula”, “conceito janela”. Designam-se ainda como “noções de conteúdo variável”, referentes a valores de uma determinada sociedade em um dado momento histórico.<sup>14</sup>

Portanto, frente a tais elementos, nota-se que o conteúdo das cláusulas gerais depende de uma integração concretizadora, a ser efetuada pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, sintetiza Claus-Wilhelm Canaris que é característico para a cláusula geral estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, não dar os critérios necessários para a sua concretização, que podem ser determinados, fundamentalmente, apenas a consideração do caso concreto respectivo.<sup>15</sup>

Em verdade, em razão de tais elementos, admite-se que as cláusulas gerais são normas em que se veem explicitados princípios jurídicos, pois teriam maior potencial de abrangência do que as normas jurídicas de estrutura tradicional, mediante a adoção dos chamados conceitos indeterminados.

Assim, as condutas relativas a princípios não derivariam diretamente deles, mas das normas que o incorporam, sendo este o caso das cláusulas gerais.<sup>16</sup>

Não se pode negar, portanto, uma íntima relação entre as noções de cláusulas gerais, princípios gerais do direito e conceitos indeterminados.

Contudo, apesar disso, é igualmente certo que existem distinções entre tais elementos, as quais se faz imperioso serem aqui ventiladas, haja vista que nos proporcionarão uma melhor noção do objeto ora tratado.

53

### Relação entre cláusulas gerais e princípios gerais do direito

Como tratado alhures, em razão da carga valorativa que as cláusulas gerais e os princípios gerais do direito carregam, faz-se mister trazer breves esclarecimentos atinentes à relação estabelecida entre eles.

Com efeito, a noção dos princípios gerais do direito não é uníssona, mas, muito pelo contrário, muitos são os posicionamentos daqueles que se debruçaram sobre o assunto.

Segundo Carnelutti, os princípios gerais do direito não são considerados direito, dada a sua amplitude diante da norma que dele emana. Em vez disso, os princípios seriam premissas éticas ou econômicas, alcançadas pelo processo de indução do material legislativo.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> APORÍCIO, 2006, p. 19.

<sup>15</sup> CANARIS, 1996, p. 142.

<sup>16</sup> ARRUDA ALVIM, 2005, p. 60.

<sup>17</sup> Noção extraída de DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 109.

Para Miguel Reale, “princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”.<sup>18</sup>

Já André Franco Montoro,<sup>19</sup> ao tratar sobre a sua concepção de princípios gerais do direito, relembra que, para as doutrinas de inspiração positivista, cuida-se daqueles princípios historicamente contingentes e variáveis, que inspiraram a formação de cada legislação concretamente considerada. Para as concepções racionalistas, pelo contrário, sustenta que a expressão “princípios gerais do direito” refere-se não a valores historicamente contingentes ou variáveis, mas a princípios universais, absolutos e eternos, correspondentes aos princípios do direito natural. Ao final, conclui que uma visão compreensiva e objetiva da matéria demonstra que, entre os princípios gerais do direito, devem ser incluídos os valores contingentes e variáveis, a que se refere a concepção positivista, e os princípios universais, referidos pelas doutrinas de inspiração racionalista, desde que, uns e outros, estejam devidamente fundamentados.

Ainda, para a Professora Rosa Maria de Andrade Nery, os princípios não seriam regras de caráter geral que podem ser aplicadas em situações genéricas, mas norteiam o juiz na interpretação da relação jurídica discutida em juízo, para que tenham a sua efetiva aplicação mediante situações concretas.

54

Como categorias decorrentes, essa doutrinadora indica: (i) os valores, que inspiram a ordem jurídica; (ii) os princípios, considerados como regra dos valores; (iii) cláusulas gerais, como critérios de conduta; e (iv) padrões valorativos, como medidas sociais desses critérios.<sup>20</sup>

Por fim, no que concerne à noção da Professora Judith Martins-Costa sobre o tema, “os princípios jurídicos são os pensamentos diretores de uma regulação jurídica existente ou possível, não constituindo, por si mesmos, regras suscetíveis de aplicação, embora possam transformar-se posteriormente em regras jurídicas, por via de interpretação”.<sup>21</sup>

Nesse sentido, a autora sustenta que os princípios gerais de direito podem se encontrar expressamente manifestados no seio da Constituição Federal (e a relevância disso será mais bem estudada adiante) ou, então, situam-se em um plano pré-positivo, na medida em que se colocam no ordenamento jurídico antes mesmo, ou independentemente, de sua expressa adoção por uma regra de direito positivo, de modo que se constituam em uma peça funcionalmente ne-

<sup>18</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed., 3. tir. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 306-307.

<sup>19</sup> FRANCO MONTORO, André. *Introdução à ciência do direito*. 21. ed. São Paulo: RT, 1993. p. 381.

<sup>20</sup> NERY, Rosa Maria. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: RT, 2002.

<sup>21</sup> MARTINS-COSTA, 1992, p. 49.

## Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

cessária de toda solução concreta que entre no círculo de problemas passíveis de serem enfrentados mediante o recurso a tais valores.

Dessa feita, considerando que todos os princípios, positivados ou não, necessitam de concreção, a doutrinadora culmina com a conclusão de que são justamente as cláusulas gerais que atuam como os meios para se perpetrar tal concreção, pois são elaboradas mediante a formulação da hipótese legal de que, em termos de grande generalidade, abrangem e submetem a tratamento jurídico todo um domínio de casos. E resume:<sup>22</sup>

Tais cláusulas, pelas peculiaridades de sua formação legislativa, não apenas consubstanciam princípios, antes permitindo a sua efetiva inserção nos casos concretos. Cláusula geral, portanto, não é princípio – é norma. Mas é norma especial à medida que, por seu intermédio, um sistema jurídico fundado na tripartição de poderes do Estado e no direito escrito permite ao juiz a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificados, e com vinculação, controlada apenas pelos próprios tribunais, a critérios extralegais – mas em todo o caso convencionais – de base e de densidade empírica variável. Não são direito material posto pelo legislador, mas, simplesmente, *standing points* ou pontos de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto.

Diante do exposto, portanto, levando-se em conta que as cláusulas gerais trazem concreção aos princípios, não se pode, com isso, confundir tais noções, seja porque não há cláusula geral não expressa ou implícita (como ocorre com os princípios), como, também, porquanto as cláusulas gerais podem referir-se a outros espaços do ordenamento que não apenas os princípios, mas a valores extrajurídicos ou fora do sistema.

Aliás, há princípios que não contêm, necessariamente, conceitos dotados da vagueza semântica, como é pressuposto na cláusula geral, assim como, por outro lado, para alguns doutrinadores, os princípios gerais possuem apenas a finalidade de preencher eventual lacuna, se pela analogia ou costume o julgador não galgar encontrá-los, o que igualmente destoa da função da cláusula geral (consoante será abordado mais adiante).

Daí, então, a grande diferença entre a cláusula geral e os princípios gerais do direito, haja vista que, nas palavras de Judith Martins-Costa, a qual novamente se chama à baila,<sup>23</sup> do ponto de vista da atividade judicial, as cláusulas gerais permitem a formação da norma não por meio da interpretação do princípio, mas pela criação, por meio da síntese judicial. Nesta encontram, como elemento de atuação, fatos ou valores éticos, sociológicos, históricos, psicológicos, ou até

<sup>22</sup> MARTINS-COSTA, 1992, p. 50.

<sup>23</sup> Ibid., p. 51.

mesmo soluções advindas da análise comparativista, atuando tais critérios, tradicionalmente tidos como extralegais, através das verdadeiras ‘janelas’ consubstanciadas em tais cláusulas.

Destarte, em apertada síntese, é certo que as cláusulas gerais não são princípios, ou melhor, tais noções não se equivalem, mas, a despeito disso, existe íntima relação entre eles, na medida em que as cláusulas gerais incorporam princípios, dando a eles concreção e possibilitando a sua inserção no desfecho de determinado caso concreto.

### Relação entre cláusulas gerais e conceitos indeterminados

Ultrapassados os esclarecimentos já tecidos, atinentes à diferenciação (mas com íntima ligação) entre cláusulas gerais e princípios gerais do direito, cumpridos, agora, debruçar-nos sobre os elementos de relação entre as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados, também chamados de conceito jurídico indeterminado (por Karl Engisch e Judith Martins-Costa) ou conceito legal indeterminado (conforme denominação de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery).

Pois bem. Os termos indeterminados caracterizam-se pela carência de limites precisos, na medida em que não traçam uma linha clara para delimitar a realidade a que se referem.

56

Com efeito, os conceitos, via de regra, possuem uma estrutura interna: (i) um círculo de certeza de tamanho pequeno; (ii) um círculo maior que este, que seria a zona de “penumbra”; e (iii) um outro círculo, ainda maior, que seria uma zona de certeza, mas negativa.

Nesse passo, esta imagem com três círculos concêntricos admitiria uma área central, em que a certeza seria positiva (como núcleo do conceito, algo que “é”) e, no último círculo do conceito, haveria uma certeza negativa (“não é”, com certeza).

Diante desse contexto, a incerteza de um conceito se situaria na orla periférica do círculo mencionado, mas a sua variante se cinge justamente na extensão da referida parcela periférica. Assim, “a diferença entre conceito indeterminado e determinado é de natureza quantitativa”.<sup>24</sup>

Acerca dos conceitos indeterminados, e corroborando a ideia exposta acima, António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro ensina que tal característica ocorre sempre que um conceito não permita comunicações claras quanto ao seu conteúdo, por polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento: polissemia, quando tenha vários sentidos; vaguidade, quando permita uma informação de extensão larga e compreensão escassa; ambiguidade, quando possa reportar-se a mais de um dos elementos integrados na proporção em que

<sup>24</sup> ARRUDA ALVIM, 2005, p. 60.

## Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

o conceito se insira; porosidade, quando ocorra uma evolução semântica em todo o percurso em que o sentido do termo se deva encontrar; e esvaziamento, quando falte qualquer sentido útil.<sup>25</sup>

Assim, considerando o que já tratamos a respeito dos elementos configuradores das cláusulas gerais, é certo que ambos – cláusulas gerais e conceitos indeterminados – (e daí o sentido de compararmos esses institutos) têm em comum o fato de fazer parte do campo dos conceitos de equidade ou, em outras palavras, que ambos não estão situados na esfera do direito estrito.

Neste aspecto, sustenta Karl Engisch que as cláusulas gerais não possuem, do ponto de vista metodológico, qualquer estrutura própria, eis que não exigem processos de pensamento diferentes daqueles que são pedidos pelos conceitos indeterminados, bem como pelos normativos e discricionários.

Por conta disso, para esse autor, o verdadeiro significado das cláusulas gerais se cinge no fato de que residem no domínio da técnica legislativa, na medida em que, em decorrência de sua generalidade, tornam possível sujeitar um mais vago grupo de situações, de modo lacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica.<sup>26</sup>

Também pressupondo que a diferença entre tais institutos se situaria no plano funcional, Judith Martins-Costa entende que, na aplicação da cláusula geral, o juiz teria maior amplitude no exercício de seu poder criativo, pois, em que pese o conceito indeterminado, em razão da vagueza semântica que lhe é inerente, permitir alguma abertura a mudanças de valoração, ainda assim, neste caso, o juiz, ao aplicar aquele respectivo conceito indeterminado, teria de proceder a uma subsunção do caso concreto posto sob apreciação, ou seja, interpretaria para subsumir o fato. Vejamos, nesse ponto, o que ensina a referida jurista:

Os conceitos indeterminados podem se reportar tanto a realidades valorativas quanto a realidades fáticas. Por sua vaguidade e ambiguidade são muitas vezes polissêmicos, daí permitindo razoável dose de liberdade por parte do aplicador da lei no momento de sua aplicação.

Ocorre que tais conceitos integram, sempre, a descrição do “fato” que a norma pretende abranger. Embora permitam, por sua fluidez, uma abertura às mudanças de valoração, a verdade é que, por integrarem a descrição do fato, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa. Assim, “uma vez estabelecida *in concreto*, a coincidência ou a não coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, preterdeterminada”.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2001. p. 1176-1177.

<sup>26</sup> ENGISCH, 1996, p. 233.

<sup>27</sup> MARTINS-COSTA, 1992, p. 51.

Assim, *grosso modo*, tanto nas cláusulas gerais como nos conceitos indeterminados, haverá, por parte do juiz, uma atividade valorativa, pois, também nos dois institutos, o legislador afastou uma enumeração casuística. No entanto, como visto, em se tratando de conceitos indeterminados, o grau de generalidade e abrangência é menor do que nas cláusulas gerais, já que, na esfera dos conceitos indeterminados, a atitude de subsunção à hipótese legal continua a existir, ao passo que, no âmbito de aplicação das cláusulas gerais, dá-se verdadeira criação judicial, em detrimento da mera subsunção, mediante atividade de concreção.

Para reforçar tal entendimento, valemo-nos, mais uma vez, da conclusão extraída pela Professora Judith Martins-Costa sobre a questão ora posta em debate, a qual ensina que, enquanto nos conceitos indeterminados o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (vago) indicado na *fattispecie* (devendo, pois, individuar os confins da hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente), na cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa.

Para tanto, a autora explica que o juiz deverá averiguar, além da possibilidade de subsunção de uma série de casos-limite na *fattispecie*, a exata individualização das mutáveis regras sociais às quais o envia a metanorma jurídica. Deverá, por fim, determinar também quais são os efeitos incidentes no caso concreto ou, se estes já vierem indicados, qual a graduação que lhes será conferida no caso concreto, à vista das possíveis soluções existentes no sistema.<sup>28</sup>

58

A ligação que se pode admitir, então, é a de que, no momento em que juiz o preenche, o conceito indeterminado perde, como consequência, essa indeterminação e se transforma em “conceito determinado pela função”, mediante a valoração do conceito, aplicando, como consectário, as cláusulas gerais.<sup>29</sup>

No entanto, como tratado, as cláusulas gerais diferenciam-se dos conceitos indeterminados, haja vista que quando estes são constatados pelo magistrado, na própria norma, já há a solução do caso concreto, enquanto naquelas o juiz exerce o poder de concretizar, criar uma solução para uma situação, atribuindo valores, instrumentalizando o que era abstrato.

Daí por que se vislumbra, com facilidade, a importância da interpretação na aplicação das cláusulas gerais e de conceitos vagos, dada a vagueza semântica a eles inerente, até mesmo pelo fato de que, como visto, são técnicas legislativas, criadas para, de fato, alcançar os seus objetivos, trazendo uma comunicação entre o Código Civil, a Constituição Federal, os demais microssistemas jurídicos e, em especial, a recepção dos valores da sociedade, conforme a sua evolução naquele determinado tempo.

<sup>28</sup> MARTINS-COSTA, 2000, p. 326.

<sup>29</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: RT, 2002. p. 6.

### A importância da interpretação na aplicação das cláusulas gerais e conceitos vagos

Uma vez restando assente os principais elementos caracterizadores das cláusulas gerais, notadamente ao confrontar a sua estrutura com os princípios gerais do direito e os conceitos indeterminados, é fácil vislumbrar a importância da interpretação a ser perpetrada pelo aplicador de tais institutos, eis que pressupõe um caráter de vaguidão, de abertura, de fluidez.

Com efeito, como já tratado anteriormente, as condutas relativas aos princípios não derivam diretamente deles, mas das normas que os incorporam, como as cláusulas gerais.

E, como visto, os princípios são normas fundantes, desempenhando, além de outros papéis, o de regras interpretativas, já que, em se tratando de um sistema jurídico aberto, a aplicação das normas positivadas, bem como a sua própria criação e estrutura pelo legislador, deve se dar a partir das noções extraídas dos princípios. Cabe ao intérprete a eles recorrer, quando for extrair o efetivo sentido para aquele determinado caso concreto, de modo a propiciar, com isso, coesão, unidade e harmonia ao sistema como um todo.

Portanto, a interpretação pode ser tida como um pressuposto lógico da aplicação de um princípio, de uma cláusula geral, mas, ao mesmo tempo, eles próprios integram o processo interpretativo, de um modo geral.

Dessa feita, a interpretação configura-se como um processo de qualificação da realidade quando da aplicação de determinada norma.

Ora, levando-se em consideração a dinamicidade da sociedade contemporânea, a grande relevância da interpretação das cláusulas gerais e de conceitos vagos se dá justamente em razão disso, pois se trata de técnicas legislativas afeiçoadas à realidade com a qual hoje nos deparamos, marcada pela instabilidade e pela rapidez das mudanças sociais.

Aliás, essa concepção decorre da própria evolução dos princípios clássicos do direito de contratar, pois os contornos flexíveis (intimamente ligados à maior dinamicidade que os sistemas jurídicos tradicionais imprimiram aos novos contratos, na qualidade de importante veículo de transmissão de riquezas) nasceram no final do século XVIII.

Com efeito, a burguesia, à época, na qualidade de classe ascendente, passa a influir na função do Estado, de modo a, com isso, acumular ainda maior patrimônio e garantir a sua hegemonia.

Por conta desse panorama, a função do Estado foi sensivelmente apequenada, intervindo apenas para a manutenção da segurança e do *status quo*, protegendo-se os direitos e reprimindo-se as violações.

Raquel de Moraes Laudanna

Nesse passo, a burguesia, ao assumir o Poder Legislativo, via na lei expressão da vontade geral, e o Poder Judiciário, por sua vez, atuava como mera “boca da lei”, assim propagada por pelo menos quatro décadas posteriores à Revolução Francesa, quando era proibida qualquer forma de interpretação.

Justamente em razão da busca de maior segurança e estabilidade em favor da burguesia, o Código Civil francês foi integrado predominantemente de normas plenas, de elementos definitórios, de conceitos determinados, de descrição minuciosa da hipótese fática em que o dispositivo devia incidir.

Todavia, já no século XX, o Estado liberal foi substituído pela noção de Estado social, passando a adotar posição dirigista, que promove objetivos predefinidos, que efetivamente atua.<sup>30</sup>

E a adoção de cláusulas gerais e conceitos vagos, nessa seara, passa a tomar ainda maior relevância, trazendo à baila a importante função da interpretação – antes inerte – para a aplicação ao caso concreto.

Contudo, desde já, é importante esclarecer que a interpretação, ínsita à aplicação de determinada cláusula geral e conceito vago ao caso concreto, não se confunde com a noção de discricionariedade (tema a ser abordado em seção autônoma, mais adiante), haja vista que o campo de atuação da decisão judicial é o da argumentação, intimamente associada à ideia de interpretação.

60

Isso porque é cediço que a interpretação dá vida ao texto do enunciado jurídico – geral, vago –, e, ao decidir racionalmente, de modo fundamentado, o juiz consequentemente adota, como premissas, argumentos adequados e aceitáveis.

Com isso, a atuação do magistrado se restringe a ajustar o enunciado jurídico aos costumes, valores sociais, princípios gerais norteadores do sistema, enfim, tudo mediante a interpretação.

Assim, sob essa ótica, a importância das cláusulas gerais está adstrita à materialização do binômio interpretação e aplicação com argumentação, ocasionando dinâmica do e no ordenamento jurídico.<sup>31</sup>

Sobre o tema, a Professora Judith Martins-Costa explica que as cláusulas gerais caracterizam-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema. Estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual,

<sup>30</sup> ARRUDA ALVIM, 2005, *passim*.

<sup>31</sup> GOES, Gisele Santos Fernandes. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase nos princípios jurídicos. In: LOTUFO, Renan. *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento jurídico*. São Paulo: Manole, 2006. p. 93-94.



## Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extrassistemáticos no interior do ordenamento jurídico.<sup>32</sup>

Diante do exposto, nota-se que, no âmbito de aplicação das cláusulas gerais, a *tópica* é chamada à baila, como uma nova abordagem do direito, fora dos estreitos limites das concepções do positivismo jurídico do século XIX e do normativismo kelseniano.

A partir do grego *topos*, correspondente à palavra latina *locus*, estando associada na língua portuguesa à noção de *lugar-comum*, Theodor Viehweg propôs, no bojo de sua obra *Tópica e jurisprudência*, a retomada do pensamento tópico, por meio do que pretende elaborar um tipo de análise da matéria jurídica, que incorpore o processo de aplicação do direito ao objeto de estudo da ciência jurídica, de modo a romper com a ideia restrita da análise estrutural do ordenamento jurídico e da relação existente entre suas normas.<sup>33</sup>

Tudo porque o paradigma lógico-formal é inadequado para o estudo do direito atual, exatamente porque ignora algo fundamental para as instituições jurídicas: o papel da prática jurídica na construção da normatividade.

É que o direito não pode ser reduzido – notadamente com a inserção das cláusulas gerais e conceitos vagos – a um todo abstrato de normas, aplicáveis perfeitamente a casos presentes e futuros. Em verdade, o conjunto normativo formado pelo ordenamento jurídico tem o seu significado dado pela leitura que os aplicadores do direito fazem das normas que nele vigoram.

Assim, o enfoque que deve ser dado, mediante a interpretação, é a de que o imperativo de ordem sistemática, aplicado ao direito a partir da Era Moderna, pode ser harmonizado com raciocínios que levem em consideração o papel da casuística na construção do sistema jurídico.

Com isso, a motivação das decisões judiciais é uma expressão da faceta argumentativa do direito, sendo, aliás, um importante fator de legitimação da atuação do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que, em contrapartida, a motivação traz fundamentos de ordem técnica para a decisão, dirigidos à comunidade jurídica, além de representar um discurso voltado a persuadir a sociedade como um todo sobre a adequação da linha decisória adotada.

Destarte, é certo que, ao fundamentar a sua decisão, o juiz, aplicando as cláusulas gerais e conceitos vagos, procede a uma verdadeira costura entre o arcabouço conceitual e principiológico existente no sistema normativo e as pe-

<sup>32</sup> MARTINS-COSTA, 2000, p. 303.

<sup>33</sup> MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 88.

*Raquel de Moraes Laudanna*

culiaridades do caso sob exame, o que traduz uma clara harmonização entre os pensamentos tópicos e sistemáticos do direito.<sup>34</sup>

### A função das cláusulas gerais e conceitos vagos

Considerando o quanto exposto até o presente momento, nota-se que a aplicação das cláusulas gerais e conceitos vagos trazem, mediante a interpretação realizada pelo operador do Direito – especialmente o Poder Judiciário (cuja atribuição, nesta seara, será oportunamente estudada) –, verdadeira concreção à situação de fato posta sob apreciação.

Com efeito, a patente necessidade de inclusão de cláusulas gerais e conceitos vagos, que em última instância traz para o bojo do ordenamento ainda maior importância aos princípios jurídicos, é uma forma de driblar a complexidade das sociedades contemporâneas.

É que, como é cediço, as sociedades contemporâneas são marcadas pela tendência de incorporar segmentos institucionalizados, ou seja, camadas sociais que, em outros tempos, viviam à margem dos benefícios gerados pelas conquistas da civilização.

Assim, a dificuldade de operacionalizar um sistema fechado, de normas escritas, e por conta disso de razoável estabilidade, decorre da mobilidade social com que nos deparamos, em sentido contrário à intensificação do fenômeno da positivação.

62

Na realidade, num mundo em que cada vez mais nos deparamos com a rapidez com que os fatos surgem e reclamam uma solução também célebre do direito, o que se vê é um sistema legislativo incapaz de regular essa vasta gama de fatos que devem ser normatizados. Esse fenômeno, aliás, transcende nossas fronteiras e representa uma questão de difícil solução em todo o mundo.<sup>35</sup>

Dessa feita, os conceitos utilizados nos tipos legais, com o fito de formular e trazer concretude a princípios – conceitos vagos e cláusulas gerais – em razão da vagueza semântica a eles inerente, permitem que penetrem no direito elementos de outros universos. E, assim, o direito, lenta e gradualmente, vai se alterando, sem que se comprometa qualquer noção de segurança jurídica (o que será melhor justificado a seguir).

Por isso, como até já tratamos, o sistema jurídico que se tem hoje se auto-produz, eis que existe uma retroalimentação, na medida em que as cláusulas gerais têm a função de “oxigenar” o sistema, prolongando sua vida útil, criando aberturas para o mundo extrajurídico (ou melhor, aquele não positivado).

<sup>34</sup> MENDONÇA, 2003, p. 386-387.

<sup>35</sup> DONNINI, 2007, p. 117.

## Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

Em outras palavras, as cláusulas gerais têm a função de permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico. Esta mobilidade deve ser entendida em dupla perspectiva: como mobilidade externa, isto é, a que “abre” o sistema jurídico para a inserção de elementos extrajurídicos, viabilizando a “adequação valorativa”; e como mobilidade interna, vale dizer, que promove o retorno, dialeticamente considerado, para outras disposições interiores do sistema.<sup>36</sup>

Além de ser instrumento para trazer maior mobilidade ao sistema (cuja principal noção entendemos por bem mencionar acima), a Professora Judith Martins-Costa, ainda, indica outras quatro funções das cláusulas gerais no ordenamento jurídico.

Uma delas se cinge à permissão que se concede ao Juiz para atuar como criador de direitos e de obrigações no caso concreto (nos limites e sem qualquer arbitrariedade para tanto, consoante abordaremos mais adiante).

Outra função, ainda, diz respeito às cláusulas gerais atuarem como elemento de conexão ou “leis de referência” para possibilitar ao juiz a fundamentação de sua decisão de forma relacionada com outros precedentes. Isso porque, caso não houvesse cláusulas gerais no campo do direito dos contratos, para um mesmo caso de inadimplemento contratual pela infringência de certos deveres de conduta não previstos em lei nem pelas partes, o juiz poderia fundar-se na equidade para julgar, ao passo que outro se apoiaria na vedação do abuso de direito, e um terceiro poderia, ainda, decidir a questão à luz dos princípios gerais de direito.

E, mesmo que a sentença se apresentasse devidamente fundamentada em todas as situações apontadas, a dispersão dos fundamentos dificultaria a pesquisa dos precedentes dada a falta de identidade da *ratio decidendi*, o que, de acordo com a mesma autora, problematiza a pesquisa jurisprudencial, como, por igual, o progresso do Direito – pela dificuldade na reiteração da hipótese nova – impede a sistematização da solução inovadora. Por essa razão, as cláusulas gerais têm a importante função de formar catálogos de precedentes, eis que elas atuam como ponto de referência entre os diversos casos levados à apreciação judicial.

Além disso, outra função ventilada seria a integração intrassistemática das disposições contidas nas várias partes do Código Civil, bem como a integração intersistemática, na medida em que permitem a migração de conceitos e valores entre a codificação civil, a Constituição Federal e as leis especiais.

No mais, finalmente, uma última função se refere a evitar os malefícios da inflação legislativa, de modo que, ao surgimento de cada problema novo, não deva, necessariamente, corresponder nova emissão legislativa.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> MARTINS-COSTA, 2000, p. 341.

<sup>37</sup> Resumo extraído de trecho de HENTZ, 2007, p. 48-49.

Nesse mesmo sentido, Menezes Cordeiro sustenta que a principal função da cláusula geral é a de salvaguardar uma margem mínima para integrar no sistema ocorrências impossíveis de prefigurar nos meios legislativos clássicos, pois o Direito está sujeito a modificações sociais, e, ainda que a lei não reaja, a ordem jurídica deve fazê-lo.<sup>38</sup>

Destarte, as cláusulas gerais e conceitos vagos são a ponte entre o sistema e a realidade social, entre o sistema e os valores da sociedade. Constituem um dos instrumentos que auxiliam a abertura e a mobilidade do sistema, necessárias à consecução da função primordial do Direito, que é a busca da Justiça.<sup>39</sup>

Nesse sistema aberto de cláusulas gerais, o que se pretende é cada vez mais aproximar o direito da moral, uma vez que aquele, separado desta, perde a razão de ser.<sup>40</sup> Com isso, o que se procura é justamente evitar que o direito, mesmo dissociado da moral, continue a ter império, validade e eficácia.

E o curioso – que igualmente se extrai da observação dessa função desempenhada pelas cláusulas gerais e conceitos vagos – é que o seu constante uso e aplicação (segundo a devida interpretação e motivação pelo operador), durante um espaço de tempo razoavelmente considerável, podem fazer com que a sua vagueza seja sensivelmente minorada ou até desapareça, ou ainda com que diminua o grau de sua indeterminação.

64

Assim, os conceitos jurídicos também amadurecem, se o desenvolvimento social reclama muito frequentemente a sua utilização.<sup>41</sup>

### Limites estabelecidos quando da aplicação das cláusulas gerais e conceitos vagos

No desempenho das aludidas funções, ventiladas alhures, as cláusulas gerais e conceitos vagos encontram, contudo, algumas limitações, as quais serão sucintamente estudadas no presente tópico, sem prejuízo, em especial, das ponderações trazidas em seção seguinte, atinente à atuação do Poder Judiciário.

Nesse passo, quando da aplicação das cláusulas gerais e conceitos vagos, deve-se adotar, como limite norteador, o próprio respeito ao princípio da legalidade, haja vista que, a despeito da possibilidade de livre aplicação no caso posto sob julgamento (mediante interpretação e devida motivação), trazendo-lhe concretude, não se pode admitir que haja afronta direta a hipóteses descritas em lei, até mesmo com respaldo na segurança jurídica e na previsibilidade do desate de determinada questão.

<sup>38</sup> Apud APORÍCIO, 2006, p. 23.

<sup>39</sup> APORÍCIO, 2006, p. 23-24.

<sup>40</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 329.

<sup>41</sup> ARRUDA ALVIM, 2005, p. 69-73.

## Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

E é justamente neste aspecto que, quando uma decisão é tomada com base numa cláusula geral, a função dos precedentes se torna ainda mais relevante, haja vista que, como a cláusula geral escampa de modo expresso um princípio e, assim, não descreve a hipótese fática em que deve incidir, justamente a reiteração da incidência da cláusula geral sobre determinado quadro fático é que vai orientar o jurisdicionado, no que diz respeito à conduta, e o juiz, quanto à forma como deve decidir em casos iguais ou semelhantes.<sup>42</sup>

Portanto, o limite da cláusula geral é, evidentemente, atuar em conjunto com princípios e normas postas, desempenhando ainda maior papel nos denominados *hard cases* (a respeito dos quais as normas escritas minuciosas nada dispõem), bem como em casos em que há lacunas, obscuridade, nos textos das cláusulas contratuais inseridas no bojo do contrato.

### A MUDANÇA DE PARADIGMA DAS CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS VAGOS NO ATUAL CÓDIGO CIVIL

Ultrapassado o estudo a respeito das principais características atinentes às cláusulas gerais e conceitos vagos, cumpre-nos, agora, voltar os olhos para o ordenamento jurídico brasileiro, em especial, de modo a verificarmos como a sua aplicação tem se comportado no âmbito do diploma civil, bem como em que medida valores constitucionais nela interferem e, também, em que circunstâncias (e se é que existem) isso poderia afetar a segurança e a previsibilidade no desfecho de determinado caso concreto em que são chamados a atuar.

Com efeito, debruçando-se sobre a ideia da codificação das leis, conjugada ao novo paradigma de sistema jurídico aberto, muitos juristas ventilaram um fenômeno denominado “descodificação”.

Ocorre que, como já tivemos a oportunidade de vislumbrar, é plenamente possível (como, aliás, ocorre de fato) admitir-se a convivência harmônica entre a permanência dos códigos e um sistema jurídico aberto.

É que, como é cediço, era concebido que, em um sistema jurídico do tipo fechado, a atividade judicial não era complexa, haja vista que, dado o escalonamento hierárquico das normas, os princípios pré-positivados de nada contavam.

Contudo, diante das experiências vividas por outros sistemas jurídicos, diferentes do romano-germânico que nos norteou, tal como o *common law*, é afastada a questão da rígida fidelidade à lei e aos vínculos conceituais típicos do modelo de interpretação axiomática, permitindo-se hoje a admissão da aplicação judicial do Direito por via de concreção.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> ARRUDA ALVIM, 2005, p. 73.

<sup>43</sup> MARTINS-COSTA, 1992, p. 52.

Foi o que ocorreu no ordenamento jurídico pátrio. *Ab initio*, insta lembrarmos que o Código Civil de 1916 possuía uma feição patentemente individualista, em decorrência da clara influência das ideias norteadoras da Revolução Francesa.

Nesse âmbito, o código era visto como manifestação máxima do sistema de direito privado, caracterizado por ser totalmente fechado, porquanto se autorreferenciava de forma absoluta e vedava qualquer mecanismo de integração externa.

Isso significa, pois, que não havia a previsão de válvulas de escape que permitissem a influência de elementos econômicos, sociais, culturais, éticos e políticos no sistema jurídico.

Aliás, a este respeito, Ruy Rosado de Aguiar Júnior vem a concluir que a sistemática – fechada – então adotada significava verdadeira arrogância por parte do legislador, pois, ao desprezar usos e costumes, exaltando apenas e tão somente a lei, julgava-se, com isso, capaz e suficiente para prever e regular todos os tipos de situações.<sup>44</sup>

66

Em verdade, tal concepção se justificava no contexto histórico então vigente, na medida em que a burguesia, ao assumir o poder após a Revolução Francesa – como, inclusive, já referido anteriormente – e com o fito de dominar a aplicação da lei, com receio da classe nobre antes prevalecente, engessou a atuação dos magistrados, proibindo-lhes, num primeiro momento, qualquer interpretação (até 1830) e, posteriormente, somente admitindo a interpretação literal da lei (entre 1830 e 1880).<sup>45</sup>

Para tanto, então, o legislador francês utilizava-se de tipos normativos minuciosos, plenos de elementos definitórios, o que demonstra a busca por conceitos dogmáticos fechados e a identificação entre Direito e norma, bem como a exaltação da segurança jurídica como principal valor protegido.

Consequentemente, adotando tal premissa, havia forte tendência em tornar lei todas as hipóteses empíricas possíveis, mediante normas casuísticas que permitiam a mera subsunção formalista do julgador.<sup>46</sup>

Ora, em decorrência da complexidade da vida moderna, mormente o surgimento da chamada sociedade de massa, o Código Civil de 1916 tornou-se obsoleto, não galgando mais prever todos os tipos de relações possíveis. Isso culminou, antes do novo (e vigente) Código Civil, na criação de inúmeras leis especiais (verdadeiros microssistemas) – tal como, apenas a título de exemplificação, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Locação –, denotando a verdadeira

<sup>44</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. *Ajuris*, 45/7, p. 19.

<sup>45</sup> ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 815, p. 11-31, set. 2003. p. 19-20.

<sup>46</sup> MAZZEI, Rodrigo Reis. Apresentação. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Org.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. X-XI.

## Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

importância dos valores propagados pela Constituição Federal (tema melhor abordado na seção subsequente).

Rompendo, então, o paradigma fechado e rígido do Código Civil de 1916, o novo códex trouxe uma nova sistematização do direito privado, na medida em que tinha (e tem), como finalidade precípua, dar efetividade às normas constitucionais, apoiada na noção de unidade interior do ordenamento jurídico.

Segundo muitos autores, o Código Civil de 2002 seria caracterizado, então, como um sistema misto, eis que constituído por uma parcela de disposições rígidas, por meio das quais o legislador lançou mão do método casuístico, que obriga o aplicador da norma a valer-se do método lógico-subsuntivo, e outra parcela de disposições flexíveis, típicas de um sistema aberto e móvel.<sup>47</sup>

Considerando, então, que o atual diploma civil mostra-se como um sistema misto, vislumbra-se, de um lado, o relevante aspecto de maior certeza e segurança, levando-se em conta determinadas situações casuisticamente previstas pelo legislador, bem como, ao mesmo tempo e em contrapartida, partes abertas do sistema, que funcionam como válvulas de escape e permitem a busca da solução mais justa para cada caso posto sob apreciação, notadamente em atenção às suas peculiaridades e ao constante desenvolvimento tecnológico da sociedade contemporânea. Cuida-se, pois, das características de incompletude e modificabilidade inerentes à legislação posta.

Diante disso, ao reconhecer, portanto, a impossibilidade de plenitude do direito escrito – especialmente, como visto, em razão da dinamicidade da sociedade em que vivemos –, o Código Civil libertou-se da antiga perspectiva limitada à equidade e aos princípios éticos, na medida em que a nova ordem normativa se cinge à plenitude ético-jurídica do ordenamento.<sup>48</sup>

E nem se cogite que tal novo paradigma seja antagônico à própria ideia de codificação, pois, ao contrário, o Código, em si, deve ser visto como um eixo central de apoio para todo tipo de interpretação, convivência, com outros micro-sistemas e valores.

É o que brilhantemente sintetiza a Professora Judith Martins-Costa,<sup>49</sup> cujo excerto, nesse sentido, não poderíamos deixar de transcrever. Senão, vejamos:

Tal modelo de aplicação judicial do Direito nos mostra a experiência de outros países, não é, por si só, antagônico à ideia de codificação. Mais do que isto, permite a visualização de uma nova noção de sistema jurídico. Se conseguirmos afastar de nosso raciocínio as armadilhas da

<sup>47</sup> NERY JÚNIOR; ANDRADE NERY, 2002, p. 4.

<sup>48</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 11, apud HENTZ, 2007, p. 38.

<sup>49</sup> MARTINS-COSTA, 1992, p. 52-53.

ilusão codificadora e admitirmos a possibilidade da convivência entre o código, as variadas leis especiais e um modelo de interpretação judicial que não dispense a utilização do raciocínio problemático de que tratou Viehweg em sua “Tópica”, poderão os códigos sobreviver como “eixos centrais” de cada sistema e subsistema individualmente considerado, entendidos estes, por óbvio, não mais à base da concepção típica às ciências exatas, mas de um modo aberto.

E, ao final, conclui a jurista que “o código, tido como ‘centro’ do sistema, se apresentará como um modelo amplo e abrangente de valores metajurídicos, flexível e sensível à dinâmica social, em razão, basicamente, de sua linguagem compreensiva das ‘cláusulas gerais’”.<sup>50</sup>

Destarte, em outras palavras, o Código Civil de 2002, como um sistema misto, rompendo o paradigma individualista do códex anterior, demonstra a mudança da própria concepção do que seja um código, agora não mais buscando abarcar, em seu *corpus*, a totalidade do direito, mas, mediante as cláusulas gerais, atuar como elemento integrador, unificador e vivificador do ordenamento, permitindo verdadeira integração do que está em suas margens, disperso nas demais leis extravagantes ou microsistemas.

68

Por fim, apenas a título de curiosidade, cumpre ventilar, de modo sucinto, a classificação de alguns tipos de cláusulas gerais, inseridas no bojo do Código Civil, ainda que sem qualquer pretensão de nos debruçarmos sobre os pormenores de cada dispositivo suscitado.

Assim, Rodrigo Reis Mazzei sustenta que o Código Civil teria três tipos de cláusulas gerais: restritivas, regulativas e extensivas.

As cláusulas gerais restritivas teriam por finalidade limitar ou restringir determinadas situações e direitos subjetivos assegurados por princípios e regras. Seria o caso, *v.g.*, das cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva, disciplinadas, respectivamente, pelos arts. 421 e 422, do Código Civil, na medida em que restringem a liberdade contratual até então assegurada aos contratantes, impondo-lhes deveres secundários.

Já no que é pertinente às cláusulas gerais regulativas, o jurista sustenta que elas têm por escopo regular situações fáticas sem desenho acabado na legislação, como seria o caso do dever de indenizar os danos causados em razão da prática de atos ilícitos (art. 186, do Código Civil).

E, finalmente, as cláusulas gerais extensivas seriam aquelas que permitem o alargamento da regulação jurídica por intermédio do uso de regras e princípios de outros sistemas legais. Seria o tipo de cláusulas que permitiria o reenvio do julgador a normas estranhas às que estão contidas na codificação civil, tal como,

<sup>50</sup> MARTINS-COSTA, 1992, p. 53.



## Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

para ele, ocorre nos contratos de agência e distribuição, sobre os quais incidem, no que couber, as regras atinentes ao mandato e à comissão, constantes de lei especial (segundo art. 721, do Código Civil).<sup>51</sup>

### IMPLICAÇÕES DA UTILIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS VAGOS, SEGUNDO VALORES CONSTITUCIONAIS

Após a análise da inserção das cláusulas gerais no bojo do Código Civil de 2002, não poderíamos deixar de mencionar a importância de sua aplicação conforme os valores norteadores de nosso ordenamento jurídico, consagrados no seio da Constituição Federal.

Isso porque, consoante já comentado anteriormente, uma vez constatado que o anterior código, de 1916, tinha se tornado obsoleto (dadas as características da sociedade contemporânea), outros microsistemas ganharam relevância, como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Inquilinato.

E foi justamente nesse contexto que, então, a Constituição Federal de 1988 foi elevada a verdadeiro eixo do direito privado, pois trazia princípios e valores que, estes sim, poderiam se coadunar com a realidade social.

Assim, e como não poderia ser diferente, com a entrada em vigor do novo Código Civil, é fácil extrair que as cláusulas gerais e conceitos vagos, nele inseridos, apenas dão efetividade a valores e princípios já expressa ou implicitamente previstos na Constituição Federal (o que, aliás, corrobora a noção de sistema aberto, já tratado anteriormente).

Diante disso, os princípios e valores constitucionais mostram-se como verdadeiros vetores interpretativos ao Juiz, quando da apreciação de determinado caso concreto, ao aplicar uma cláusula geral.

Portanto, não seria admissível, ao dar concretude a certa situação, valendo-se de cláusula geral, que houvesse qualquer decisão que destoasse da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade ou da justiça social, preconizados constitucionalmente.

Até porque decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana os princípios da solidariedade e da igualdade, pois são, na realidade, verdadeiros instrumentos da efetiva proteção da dignidade humana. A solidariedade, por sua vez, prevista no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal, como um dos objetivos fundamentais estampados na Carta Magna, está intimamente vinculada às cláusulas gerais, uma vez que estas buscam o comportamento solidário entre as partes.

<sup>51</sup> MAZZEI, 2005, p. LXXXVI, com resumo trazido por HENTZ, 2007, p. 42.

Raquel de Moraes Laudanna

Com efeito, o princípio da igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, deve ser visto como um princípio de justiça social, eis que, em última instância, tem por escopo realizar a igual dignidade do ser humano, para que seja efetivada a justiça social, estabelecida no art. 170, *caput*.<sup>52</sup>

Todas estas noções, repita-se, são levadas em consideração como vetores interpretativos, por ocasião do desfecho de determinado caso concreto, em que é chamada a aplicação de uma cláusula geral, inserida no Código Civil.

Sobre o tema, Rodrigo Mazzei<sup>53</sup> leciona que as cláusulas gerais no Código Civil de 2002, ao mesmo tempo em que permitem a entrada de normas constitucionais no corpo da codificação, para a sua aplicação nas relações subjetivistas por ele previstas, propiciam, em outras situações, a saída para a aplicação dos ditames constitucionais à legislação especial, visto que essa projeção já é prevista no novo Código, em diversos casos.

Por fim, não se pode perder de vista que, a despeito da Constituição Federal funcionar como eixo central do direito privado e fornecer princípios como vetores interpretativos para a aplicação de cláusulas gerais inseridas no bojo do Código Civil (e outras legislações), ela própria, ainda, é sintoma da alteração do sistema normativo, também absorvendo cláusulas gerais e conceitos vagos.

70

Já no seu preâmbulo, é inserido o compromisso de que o Estado deve assegurar “a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna”. Desde já, pode-se perceber a noção de uma cláusula geral, aberta.

No mais, a Constituição Federal também incorpora outras regras gerais, formadas abstratamente e que, normalmente, atendem a certos fins, ao fazer menção, *v.g.*, a “meio ambiente”, a “domínio econômico”, “proteção”, “combate”, “apoio”.

Trata-se, pois, de conceitos vagos, cujo conteúdo está para ser construído (ou o foram por outras leis infraconstitucionais), não trazendo, por si sós, a sua significação já estampada.

Dessa feita, o que se vislumbra é que as cláusulas gerais estão presentes, inclusive, no seio da ordem constitucional, obrigando o intérprete a recorrer a valores e a uma concepção sistemática do ordenamento, para melhor dizer o direito ao caso concreto.

## **O PODER JUDICIÁRIO NA APLICAÇÃO DE CLÁUSULAS GERAIS E CONCEITOS VAGOS: SEGURANÇA E PREVISIBILIDADE**

Consoante abordado alhures, as cláusulas gerais, em decorrência de sua concepção vaga, fluida, possibilitam a efetiva atuação do seu aplicador, por meio

<sup>52</sup> DONNINI, 2007, p. 124.

<sup>53</sup> MAZZEI, 2005, p. LXXVII.

## Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

do que se procede à recepção de valores e princípios para o bojo do ordenamento, tudo mediante a interpretação, a argumentação e a motivação exigida para tanto.

É bem verdade que a aplicação das cláusulas gerais, evidentemente, não se cinge apenas e tão somente à atuação do Poder Judiciário, eis que, com efeito, qualquer parte contratante, por exemplo, no bojo de um contrato, interpreta e aplica as disposições lançadas no respectivo instrumento contratual, para o fito de, assim, cumprir a obrigação de que é devedora.

No entanto, a despeito disso, é igualmente certo que a aplicação da cláusula geral pela atuação do Poder Judiciário quando do proferimento de determinada decisão, no caso concreto, é que demonstra a sua nítida função (tal qual abordada alhures), no sentido de trazer concreção à situação posta sob apreciação.

Aliás, tanto assim é verdade que a doutrina mostra-se uníssona, ao tratar sobre as cláusulas gerais, em abordar a importância da jurisprudência e dos precedentes e, em contrapartida, a preocupação atinente à segurança jurídica e previsibilidade das decisões, temas estes que, com efeito, não se coadunam com a sua mera aplicação por certas partes envolvidas em obrigações a serem cumpridas, decorrentes de determinada disposição contratualmente entabulada entre elas, mas, ao contrário, de terceira pessoa (no caso, o Juiz), que é chamado a trazer à baila princípios e valores que, no seu entendimento, e conforme a convicção formada naquele caso concreto (dado certos elementos que serão abordados adiante), merecem tutela.

Por conta disso, não obstante as cláusulas gerais tratem de uma técnica legislativa ofertada a todos os operadores do Direito, não há dúvidas de que é na sua aplicação na esfera do Poder Judiciário que maiores questões são trazidas para uma abordagem problemática, especialmente no que diz respeito à discricionariedade na sua aplicação, ou, ainda, na atuação como verdadeira fonte criadora de normas, e, no mais, no que é pertinente à insegurança e imprevisibilidade no entendimento a ser formado, dependendo da convicção pessoal de cada Magistrado.

Tais ponderações decorrem, em última instância, da interpretação exigida do julgador, já abordada anteriormente como um elemento indissociável da aplicação das cláusulas gerais.

Hoje, esta concepção é tratada como nova hermenêutica, considerada uma negação da concepção tradicional, à moda de Savigny, segundo a qual a interpretação do direito seria a mera reconstrução do pensamento do legislador.<sup>54</sup> E nem poderia ser diferente, especialmente em se tratando de cláusulas gerais,

<sup>54</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 283.

*Raquel de Moraes Laudanna*

hipótese em que o próprio legislador, propositadamente, cria textos em que são ínsitas noções vagas e gerais, para, mediante tal técnica legislativa, exigir do seu aplicador a busca de valores e princípios para sua concreção.

Com efeito, o direito legal deixou de ser visto como uma entidade dotada de plenitude ou completude lógica, ou o juiz como um mero aparelho de sub-sunção, passando-se a admitir que o juiz decida de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, dada a incidência cada vez maior com que esses casos “peculiares” passam a ocorrer.<sup>55</sup>

Em verdade, o fato é que o Judiciário efetua verdadeiro “corte na realidade” ao escolher a única e corretamente admissível decisão num determinado caso concreto, tanto no aspecto da interpretação do conhecimento do próprio fato que está sendo trazido a julgamento, como na possibilidade de explorações de valores concorrentes para o caso que se oferece. Daí é que, para alguns, tal circunstância se aproximaria da noção de discricionariedade.

Para solucionar a questão (repita-se, o entendimento de que a aplicação de cláusulas gerais seria decorrente de uma atuação discricionária), oportuna lição foi trazida pelo recém-aposentado Ministro Eros Grau, que sintetiza tal ideia, esclarecendo que no exercício da discricionariedade o sujeito cuida da emissão de juízos de oportunidade, na eleição entre indiferentes jurídicos; na aplicação de conceitos indeterminados, o sujeito cuida da emissão de juízos de legalidade. Por isso – e não porque o número de soluções justas varia de uma outra hipótese – é que são distintas as duas técnicas.<sup>56</sup>

72

Com efeito, tal distinção – que afasta qualquer vínculo entre a cláusula geral e o poder discricionário – se cinge no fato justamente da atividade da interpretação-aplicação inerente ao exercício do juiz (e, portanto, consoante já ventilado, de compreensão e escolha de uma solução) se valer de um conceito indeterminado. Isso não se daria na esfera da discricionariedade, já que a escolha se situa em um âmbito que não está qualificado no ordenamento, mas circunstancialmente por uma conveniência – oportunidade.

Assim, pelo exposto, “os conceitos tidos como vagos ou os termos indeterminados e as cláusulas gerais são solucionadas pelo que se compreende da lei e não que se tenha conveniência pela lei para o juiz agir como queira”,<sup>57</sup> na medida em que sua aplicação está intimamente relacionada à interpretação, por meio da qual inevitavelmente se vale do uso de princípios e valores, por intermédio da razoabilidade e da proporcionalidade que viabilizam tal mecanismo.

<sup>55</sup> ARRUDA ALVIM, 2005, p. 65.

<sup>56</sup> GOES, 2006, p. 88.

<sup>57</sup> Ibid., p. 92.

### Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

O mesmo se diga quanto à alegação, também ventilada por alguns, no sentido de que, ao aplicar cláusulas gerais em seus julgados, o Magistrado estaria a substituir a vontade do legislador e, por isso, serviria como fonte de Direito.

No entanto, a despeito do posicionamento acima esposado, o certo é que, mesmo com a inserção de cláusulas gerais no texto legal – o que traz abertura ao sistema, consoante já estudado –, ainda nos inserimos em um Estado Democrático de Direito, fundado no princípio da legalidade, tutelado constitucionalmente.

Dessa feita, uma posição categórica acerca da flexibilização da legalidade e da própria tripartição de poderes não parece se coadunar com o nosso sistema jurídico, o qual, ainda admitindo as cláusulas gerais, não deixa de estar adstrito a tais estruturas.

Nesse sentido, Eros Grau, ao resgatar uma “legalidade” que não é aquela meramente formal, assevera que todo intérprete estará sempre vinculado pelos textos de direito, em especial pelos que veiculam princípios, que interprete. A “abertura” dos textos de direito, embora suficiente para permitir que permaneça o direito a serviço da realidade – e, aí, a necessidade do uso, profuso, neles, de “conceitos indeterminados, imprecisos, vagos, elásticos, fluidos” (vale dizer, de noções) –, não é absoluta. Qualquer intérprete estará, sempre, permanentemente por eles atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete, resultará a subversão do texto.<sup>58</sup>

73

Todavia, é justamente ao tratar da dinamicidade verificada quando da aplicação das cláusulas gerais e conceitos vagos – por meio do que se exige o socorro a princípios e valores para lhes dar concreção – que inevitavelmente se suscita, também, a preocupação quanto à insegurança e à imprevisibilidade dela decorrentes.

Isso porque se cogita sobre a influência do arbítrio do aplicador da cláusula geral, ou até mesmo de um subjetivismo, na medida em que convicções pessoais podem ser levadas a intervir no entendimento esposado sobre determinada questão.

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior chama a atenção para o risco inerente à aplicação das cláusulas gerais pelo juiz que, segundo uma visão sectária, decorrente de má-formação técnica ou preconceito ideológico, pode eleger apenas um dos inúmeros princípios contidos na Constituição Federal – o de sua preferência ideológica –, elevando-o à condição de superior aos demais, descon-

<sup>58</sup> GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 209 apud JORGE JR., Alberto Gosson. *Subsídios para uma interpretação das cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo, 2003, Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), p. 79.

siderando que a exegese constitucional deve se dar por meio da ponderação mediante os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.<sup>59</sup>

Esta seria, então, a primeira impressão deixada pela aplicação das cláusulas gerais: a propositada e pertinente minoração da própria segurança jurídica, em prol da abertura que se concede em razão da dinamização das situações fáticas postas sob apreciação, de modo a facilitar a sua concreção, trazendo outros elementos para o desate da questão.

A bem da verdade, deve-se ponderar que, tratando-se da ciência do Direito, não se pode afirmar, categoricamente, que tenha existido alguma garantia ou segurança na sua aplicação, em razão da utilização de norma expressa sem subjetividade, haja vista que, mesmo diante de normas aparentemente claras, não se garante interpretação única, tanto que o brocardo *in claris cessat interpretatio* não mais socorre o exegeta.

Todavia, embora assim pareça em um primeiro momento, o certo é que, ao contrário, não devem estes termos excessivamente vagos das ditas cláusulas gerais servir de instrumento ao direito alternativo, gerando o caos, a ausência integral de previsibilidade e o comprometimento definitivo e irreversível do valor segurança.

74

Com efeito, os princípios, cláusulas gerais ou, de modo abrangente, dispositivos legais que contêm, em sua redação, conceitos vagos ou indeterminados não podem significar uma brecha para que cada juiz aja de acordo com sua convicção pessoal a respeito do sentido que tenham estas normas. Se assim fosse, negar-se-ia a existência substancial do Poder Legislativo, e o Judiciário ficaria pulverizado em tantos quantos fossem os juízes que o integram.

Nesse sentido, conclui a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier – a respeito do aparente conflito entre as cláusulas gerais e a segurança esperada do ordenamento – que, havendo lei, com dispositivos mais minuciosos, outros mais vagos, cláusulas gerais, jurisprudência e doutrina, e os princípios aí incorporados, embora com um teor incomparavelmente mais intenso de discutibilidade, continua o direito tendo de garantir segurança, já que aos jurisdicionados é dado ter certas expectativas a respeito de determinados resultados.

Sob esta nova ótica, a segurança nasce, pois, para a sociedade, na medida em que se sabe que, por mais “criativa” que seja, a decisão (nos casos em que precisa ser construída a partir de elementos do sistema, porque não se encontra pronta no repertório de solução) só pode estar apoiada em elementos internos do sistema, o que faz com que se saiba de antemão que se conta com uma gama limitada (= dentro das expectativas) de decisões possíveis.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> ARRUDA ALVIM, 2005, p. 114-116.

<sup>60</sup> Ibid., p. 70.

## Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

Nesse sentido, sintetiza a Professora Arruda Alvim<sup>61</sup> que o papel central do juiz deve ser o de “tradutor dos valores predominantes na sociedade”, o que, consequentemente, acarretará o descarte de seus valores pessoais, caso não estejam em consonância com aqueles.

Para tanto, repita-se, o juiz deve fundamentar a sua decisão, não necessária e exclusivamente na lei, mas levando em conta o sistema jurídico como um todo, evitando o arbítrio, a influência de sua convicção pessoal, mas de tal forma que se controle o seu raciocínio, possibilitando futuras impugnações e, em última instância, trazendo maior grau de previsibilidade.<sup>62</sup>

Ora, é justamente por conta da interpretação das cláusulas gerais que se evidencia a função do juiz ao proferir a decisão no caso concreto e, com ainda maior destaque, põe-se em relevo o papel do precedente, da jurisprudência, que confere resposta da atividade jurisdicional a cada um e a todos os casos que são postos para apreciação dos Tribunais.

Isso porque, para que se proceda à concreção das ditas cláusulas gerais e, em última instância, para a “construção da norma do caso”, os órgãos jurisdicionais vão sedimentando, com o passar do tempo, um “grupo de casos” que, por se referirem a hipóteses concretas semelhantes, acabam por preencher de sentido estas expressões formuladas abstratamente e, por conseguinte, fazem por conferir concretude de significado a estas expressões e a possibilidade de se estabelecer um controle na aplicação desses enunciados normativos do sistema.<sup>63</sup>

Posição nesse sentido é ventilada, também, pelo Professor Miguel Reale, o qual, no bojo da Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código Civil, sustentou que não se pode admitir, nos tempos atuais, legislação que, dada a natureza abstrata das regras de direito, não abra “prudente campo à ação construtiva da jurisprudência”.

Destarte, diante de tudo o quanto exposto até o momento, vislumbra-se que a aplicação das cláusulas gerais pelo aplicador do Direito, ainda que chame à baila, para tanto, valores e princípios que, segundo a escolha e a aceção do respectivo aplicador, melhor se coadunem com o caso concreto posto sob análise, não se configura como ferramenta de insegurança jurídica ou imprevisibilidade, mas, ao contrário, depende da necessária e obrigatória fundamentação e argumentação, tais que impeçam se valer de meras opiniões pessoais ou com carga de subjetivismo, inclusive – e principalmente – norteadas pela jurisprudência e precedentes, que ganham ainda maior relevância quando se deparam com este tema.

<sup>61</sup> ALVIM, 2003, p. 27.

<sup>62</sup> ARRUDA ALVIM, 2005, p. 66.

<sup>63</sup> JORGE JR., 2003, p. 87.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, é fácil notar que nos deparamos com um tema que exige, sem sombra de dúvidas, uma extensa dilação de análise, além do quanto ventilado por meio do presente trabalho, o qual, considerando o seu caráter conciso, não teria condições de esgotá-lo.

Isso porque o estudo das cláusulas gerais e conceitos vagos – mesmo que na seara apenas de relações contratuais, como foi o enfoque buscado no estudo em comento – tangencia muitos ramos e aspectos de abordagem, como metodologia da ciência do Direito, técnicas de hermenêutica, limites da atuação do Poder Judiciário, ideias de teoria geral e filosofia do Direito, enfim, noções que ultrapassam meramente o Direito Privado, sob uma ótica constitucional, mas repercute na própria essência do que seja a Ciência Jurídica nos tempos atuais.

Como verdadeira técnica legislativa que é, a inserção de cláusulas gerais e conceitos vagos no sistema jurídico propiciou o surgimento de um novo papel da dogmática jurídica, por meio da qual passam a ser incorporados elementos que permitem justamente a operativização de um sistema positivo, haja vista que o modelo clássico então verificado não se mostrava suficiente para a solução dos problemas da atualidade, mas pareciam, ao contrário, cabíveis para um estudo meramente científico e teórico, baseados numa crença enraizada no direito posto.

76

Por meio de uma nova perspectiva – possibilitada, como dito, por tal técnica legislativa –, o sistema recepciona e assume princípios jurídicos, escritos ou não, como normas jurídicas, ao se incluírem nas leis as tais cláusulas gerais, bem como quando se perde o receio de oferecer ao juiz – ou a qualquer operador do direito, mas ao Juiz, em especial – como parâmetros de decisão, normas escritas que contêm conceitos vagos.<sup>64</sup>

Ocorre que, como aduzido oportunamente, o problema que se traz à baila ao se tratar da inserção das cláusulas gerais diz respeito à preocupação em, ao mesmo tempo em que se cria um mecanismo de oxigenação do sistema, que possa acompanhar as frequentes mudanças sociais, igualmente se perderia, por outro turno, o cunho de segurança e previsibilidade, ínsito à própria noção de Direito e imprescindível para se manter um Estado Democrático de Direito.

No entanto, restou demonstrado que, não obstante ser válido se cogitar na problemática inerente à adoção das cláusulas gerais e conceitos vagos, o certo é que, ao se exigir do aplicador de tais mecanismos – especialmente o juiz, ao proferir determinada decisão ao caso concreto posto sob sua apreciação – fundamentação e argumentação tais que justifiquem, cabalmente, os critérios por ele utilizados para tanto, bem como todos os elementos que o conduziram à

<sup>64</sup> ARRUDA ALVIM, 2005, p. 67.



## Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

disposta conclusão, com isso se impediria ou pelo menos dificultaria uma carga de subjetivismo, arbítrio ou interferências preconceituosas no deslinde da circunstância fática.

Significa dizer, portanto, que a fundamentação e a argumentação de decisões em que sejam ponderados valores e princípios, para trazer concreção às cláusulas gerais e conceitos vagos, são os meios pelos quais se procederá ao controle da atividade desempenhada, de modo a possibilitar o acesso a instâncias superiores, para o exercício do direito de recorrer e, com isso, impedir que o magistrado decida conforme interferências pessoais, sem o mínimo grau de objetividade e justificativa inserida no quanto admitido pelos anseios sociais, absorvidos pelo sistema jurídico.

Assim, se alguma perda maior de segurança haveria de se admitir com as cláusulas gerais (o que é diferente de vê-las como foco de insegurança), ela se compensaria com o ganho de mobilidade e atualização do sistema, de molde a assegurar mais efetivo atendimento a valores constitucionais básicos.

Ao contrário do que se cogita, pode-se dizer que as cláusulas gerais são instrumentos efetivamente modernos, haja vista que respondem às necessidades de uma sociedade plena de relações diversificadas, setorizadas e complexas, bem como, uma vez bem aplicadas, justamente atendem à segurança jurídica, pois evitam um descontrolado aumento de produção legislativa.

Dessa feita, vislumbra-se que o sucesso da adoção das cláusulas gerais dependerá diretamente da boa qualidade na prestação da tutela jurisdicional, tendo em vista a responsabilidade e a postura mais ativa do Estado-juiz nesse tipo de sistema, exigindo condições e material humano de qualidade para o Poder Judiciário.<sup>65</sup>

Com efeito, mais importante do que a redação dos textos é a construção das normas, pois estão nas mãos do Poder Judiciário as possibilidades de “vivificar” o ordenamento, para, assim, torná-lo plenamente concreto e real.<sup>66</sup>

77

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. *Ajuris*, 45/7.

ALVIM, Arruda. A função social dos contratos no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 815, p. 11-31, set. 2003.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Cláusulas gerais e proteção da pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Direito contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 287-295.

<sup>65</sup> MAZZEI, 2005, p. CIX.

<sup>66</sup> ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Cláusulas gerais e proteção da pessoa*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Direito contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 289.

Raquel de Moraes Laudanna

APORÍCIO, Márcia de Oliveira Ferreira. Cláusulas gerais: a incompletude satisfatória do sistema. In: LOTUFO, Renan. *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento jurídico*. São Paulo: Manole, 2006. p. 1-31.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Uma reflexão sobre as cláusulas gerais do Código Civil de 2002 – A função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 831, ano 94, p. 59-79, jan. 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2001.

DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade civil pós-contratual: no direito civil, no direito do consumidor, no direito do trabalho e no direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2003.

FRANCO MONTORO, André. *Introdução à ciência do direito*. 21. ed. São Paulo: RT, 1993.

78

GOES, Gisele Santos Fernandes. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? Ênfase nos princípios jurídicos. In: LOTUFO, Renan. *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento jurídico*. São Paulo: Manole, 2006. p. 73-107.

GONDINHO, André Osório. Codificação e cláusulas gerais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 2, jan./mar. 2000.

GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros. Técnica legislativa e hermenêutica contemporânea. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 282-288.

HENTZ, André Soares. *Ética nas relações contratuais à luz do Código Civil de 2002: as cláusulas gerais da função social do contrato e da boa-fé objetiva*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

JORGE JR., Alberto Gosson. *Subsídios para uma interpretação das cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo, 2003, Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista dos Tribunais*, ano 81, v. 680, p. 47-58, jun. 1992.

*Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 28, n. 1: 45-80, jan./jun. 2012

### Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual

- MAZZEI, Rodrigo Reis. Apresentação. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Org.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Novo Código Civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: RT, 2002.
- NERY, Rosa Maria. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: RT, 2002.
- PREDIGER, Carin. A noção de sistema no direito privado e o Código Civil como eixo central. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002. p. 145-173.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed., 3. tir. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo Código Civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 10, abr./jun. 2002.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Data de recebimento: 3/5/2011

Data de aprovação: 5/9/2012