

CLÁUSULAS GERAIS: ENTRE ABSTRAÇÃO, GENERALIDADE E CONSTRUÇÃO DA NORMA

GENERAL CLAUSES: BETWEEN ABSTRACTION, GENERALITY AND THE LAW CONSTRUCTION

Luciana Costa Poli *

RESUMO

O trabalho pretende traçar um perfil contemporâneo das cláusulas gerais, retratando o papel funcional e promocional que desempenham ao exprimir a principiologia constitucional. O estudo do tema procurará demonstrar que a opção metodológica adotada pelo Código Civil, dotando-o de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, reflete a abertura do sistema. Com fundamento nos estudos da doutrina italiana, sobretudo na obra de Velluzi e Libertini, o artigo procurará confrontar as diversas acepções que as cláusulas gerais podem tomar, buscando conformar um significado que mais se coadune com o Direito brasileiro. O trabalho examina a atuação do Poder Judiciário, abordando a importância da atuação do juiz para a densificação do conteúdo das cláusulas gerais, permitindo a construção de uma solução para o caso concreto que absorva todo esse conteúdo principiológico. O estudo aborda ainda a teoria do sistema autopoietico na concepção de Luhmann e Teuber, buscando demonstrar a complexidade e a interseção constante e recíproca dos elementos que compõem o sistema do direito contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusula Geral; Poder Judiciário; Teoria do Sistema Autopoietico.

ABSTRACT

The work aims to draw a contemporary profile of the general clauses, portraying its functional and promotion role that expresses the constitutional principles. The study of the subject will seek to demonstrate that the methodological approach adopted by the Civil Code, providing them with indeterminate legal concepts and general clauses, reflects the opening of the legal system. Based on the studies of the Italian doctrine, particularly in the works of Velluzi and Libertini, the article will try to confront the different meanings that the general clauses may take, seeking to conform a meaning that is more consistent with the Brazilian law. The paper examines the role of the judiciary, focusing the importance of the judge for the content densification of the general clauses, allowing the construction of a solution for the case that absorb all this content based on principles. The study also discusses the theory of autopoietic systems in the conception of Luhmann and Teuber, seeking to demonstrate the complexity and constant mutual intersection of the elements of the system of contemporary law.

KEYWORDS: General Clause; Judiciary; Theory of Autopoietic System.

1 INTRODUÇÃO

A crise da civilização ocidental, cujas sociedades se mostram complexas e multifacetárias, revela a necessidade de se reconstruir mecanismos de adaptabilidade da lei à

* *Luciana Costa Poli*. Pós-Doutoranda pela UNESP (Bolsista da CAPES/PNPD). Doutora em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestra em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUMEC/MG. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

pluralidade de situações fático-jurídicas que emergem das relações sociais. Nesse contexto, pensar a lei como modelo estático, unitário e autônomo é reduzir a um consenso único uma sociedade dividida em diversos projetos de vida que não suportam hierarquização.

Dentre as soluções que se apresentam, figura a inserção no sistema jurídico de técnicas que permitam ao julgador um vasto campo de maleabilidade na aplicação da lei. A tese da neutralidade do julgador, perpetuada pelo positivismo, não mais encontra guarida quando se pretende ultrapassar o paradigma da universalidade e estratificação da modernidade. Assim, a inserção de princípios, cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados dotam o sistema da necessária abertura, com critérios não apenas jurídicos, mas éticos, morais, sociais e históricos na construção da decisão a ser aplicada ao caso concreto.

Percebe-se que com a inclusão de cláusulas gerais de conteúdo aberto e fluído no ordenamento jurídico, como ocorre com o Código Civil, o juiz passou a receber do próprio legislador instrumentos para que trabalhe a construção de uma decisão mais coerente com a implementação dos valores e princípios perseguidos pelo Estado Democrático de Direito. Isto porque a nota central das cláusulas gerais é a relatividade de seu conteúdo, apresentando-se como conceitos amplos e elásticos, a receber o sentido e conteúdo da realidade sociocultural e do ambiente no momento de sua aplicação.

Com isso, o estudo pretende demonstrar que a participação do Poder Judiciário, por meio de decisões que imprimam efetividade aos textos legais é legítima, necessária e útil. Partindo dessa visão, verifica-se que o Direito contemporâneo abandonou o modelo positivista, que transformava os juízes em meros executores da lei, e passou a exigir uma maior participação do Poder Judiciário como corresponsável pela construção de uma sociedade que, de fato, pretenda alcançar os ideais do Estado de Direito.

O Estado Democrático de Direito não mais permite uma postura desidiosa e passiva do Judiciário, sendo que o juiz deve concretizar o significado das normas e valores, buscando dar-lhe densidade real e concreta. O juiz, atento às demandas no mundo contemporâneo, não deve, ao julgar o caso, apenas aplicar o comando da lei, mas, sim, avaliar e sopesar os impactos de sua decisão na sociedade.

2 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A SISTEMÁTICA DO CODIGO CIVIL

Uma das principais características que se extrai do Código Civil brasileiro é a recepção, no corpo do seu sistema, de princípios, conceitos indeterminados e cláusulas gerais.

A diferenciação entre essas categorias pode ser tênue. Assim cumpre apontar os esclarecimentos de English (1996, p. 232), que desenhou parâmetros de compreensão para esses institutos. Para o autor, cláusula geral é uma estrutura conceitual, uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos.

Por sua vez, o conceito indeterminado é um conceito cujo conteúdo e extensão mostram-se, em larga medida, incertos. Os conceitos absolutamente determinados não aparecem com frequência no Direito. Os conceitos jurídicos mostram-se predominantemente indeterminados pelo menos em parte (podendo ser descritivos ou normativos). Na análise dos conceitos jurídicos indeterminados distingue-se um núcleo conceitual e um halo conceitual. O domínio do núcleo conceitual é percebido sempre que há uma noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito. Quando dúvidas de compreensão começam a surgir, percebe-se o halo do conceito.

A diferença entre os conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais pode ser melhor visualizada pela análise da posição que cada um ocupa na estrutura da norma. Os conceitos jurídicos indeterminados permeiam o antecedente da norma, vale dizer, descrevem hipóteses para sua incidência. Esta espécie de indeterminação semântica revela-se, dentre outras, nas expressões animal bravo, despesas ordinárias, lugar de acesso perigoso ou difícil acesso, benfeitorias úteis. A construção de seu conteúdo revela um esforço da doutrina, permeável às alterações históricas, culturais e sociais.

As cláusulas gerais, por sua vez, ocupa posição posterior, pois a solução a ser dada para o caso concreto que se ajusta ao antecedente da norma não é rigidamente conferida pelo sistema, devendo ser moldada pelo magistrado, conforme as exigências do caso concreto.

A vagueza típica o legislador na utilização desses preceitos remete a outros critérios para preenchimento de seu conteúdo. O enunciado da norma, por si só, não propicia critérios para determinação do seu sentido, do seu significado. Há necessidade de se recorrer a parâmetros variáveis encontrados no ambiente social e não a um sistema axiomático prévio absoluto e perfeito, ou seja, permite-se a construção de sistemas móveis que se remodelam constantemente a partir dos casos concretos a serem solucionados.

A opção metodológica do Código Civil demonstra o intuito de estabelecer um sistema aberto, uma ordem jurídica axiológica ou teleológica assentada em princípios gerais, que permitem ao intérprete maior maleabilidade na aplicação do Direito nos casos concretos, em contraponto à tradicional concepção do Direito como um sistema intrínseco, axiomático-dedutivo, cabendo ao intérprete aplicá-lo apenas por meio de um raciocínio lógico-formal

(CANARIS, 1989, p. 280).

Essa opção remete-se à metodologia da arte de legislativa do Código Civil que reconhece, ao lado dos preceitos jurídicos nos quais a hipótese de aplicação (*fattispecie*) é descrita com específica particularidade, outras formas de expressão legislativa que concedem maior autonomia ao intérprete (GUARNERI, 1990, p. 403). Sobressai-se dessa forma uma inspiradora e louvável margem de criação para o intérprete, que participa não apenas como agente passivo de um mero processo de lógica dedutiva, mas como sujeito ativo engajado no processo de nomogênese jurídica, na solução de conflitos de interesses entre indivíduos e em situações jurídicas concretas.

O Código Civil foi erigido sob três princípios orientadores: concretude ou operabilidade, eticidade e socialidade que passaram a direcionar comportamentos e a própria realização do Direito sistematizado pelo legislador (REALE, 1999, p. 12), refletindo-se em cláusulas gerais como boa-fé, função social, abuso de direito, equidade, dentre outras.

Na doutrina italiana, Veluzzi (2010) defende que não necessariamente toda cláusula geral contenha um princípio e vice-versa. Na sua concepção, não seria necessária nem mesmo uma distinção entre os dois elementos, já que não se deve realizar uma sobreposição entre eles.

Não obstante essa discussão, assim como os princípios, a nota central das cláusulas gerais é a relatividade de seu conteúdo e se apresentam como conceitos amplos e elásticos, a receber o sentido e conteúdo da realidade sociocultural do ambiente no momento de sua aplicação.

Sua valorização atual traduz um desejo de mudança no Direito, como concepção puramente formalista e sistemática para o reconhecimento de que o intérprete e o juiz são partícipes na construção da norma. Assim, o sistema alimenta-se de lacunas voluntárias, a possibilitar que a decisão tenha certa margem de variabilidade ou ajustamento às circunstâncias particulares do caso concreto e às concepções variáveis da comunidade jurídica (ROPPO, 1994, p. 42).

3 CLÁUSULA GERAL: DESENHANDO SIGNIFICADOS

O termo cláusula geral é rotineiramente utilizado no Direito brasileiro contemporâneo, em uma multiplicidade de situações, carecendo de uma conformação consistente de sua definição e conteúdo. Necessário se faz tentar construir uma (re)definição explicativa e útil para a prática jurídica.

Na doutrina italiana, do estudo linguístico de Veluzzi (2010, p. 88) sobre a questão, extrai-se a seguinte definição explicativa: a cláusula geral é um termo ou sintagma de natureza valorativa caracterizado por uma indeterminação, ou dito de outro modo, as condições de aplicação do termo não são individualizáveis a priori, mas apenas recorrendo-se a critérios, parâmetros de juízo, internos e/ou externos ao direito, que se correlacionam entre si.

Uma expressão valorativa é uma expressão cujo significado não pode ser determinado sem que se faça referência a um conjunto ou sistema de parâmetros não apenas jurídicos, mas morais, sociais, de uma técnica, de uma ciência, de uma disciplina a que supostamente se refere (SCARPELLI, 1962, p. 56-57).

Ao representar uma expressão valorativa, a cláusula geral apresenta essa particularidade de não se sustentar por um determinado conjunto de parâmetros, mas a critérios abertos de parâmetros (*standarts*) internos ou externos ao Direito, potencialmente conflitantes entre si. Quanto à elasticidade das cláusulas gerais, não há dúvidas. Veluzzi (2010, p. 72) defende seu caráter dúplice, destacando: o próprio conteúdo de indeterminação que contém e; a variabilidade histórico-temporal do critério de juízo.

Em contraponto à proposta definitiva de Veluzzi, Libertini aduz que a cláusula geral não se reduz a um sintagma – pedaço unitário de um enunciado normativo¹ –, refere-se a diferentes categorias de normas, todas organizadas pela presença de sintagmas indeterminados, mas com estrutura lógica diversa (CHIASSONI, 2011, p. 94). Argumenta que a proposta de Veluzzi impede uma reflexão profunda e consciente do tema.

Já o estudo de Chiassoni (2011, p. 95) aponta para um aparato conceitual analítico que se repousa sobre quatro vertentes, a seguir enumeradas:

1. Cláusula geral-locução: termos ou sintagmas valorativos que os operadores jurídicos, em um determinado contexto espaço-temporal, já qualificaram como cláusula geral, como por exemplo, ordem pública, bom costume, boa-fé, diligência do pai de família, dentre outras.

2. Cláusula geral-disposição: são enunciados do discurso das fontes (constitucionais, legislativas, etc.) cuja formulação contém uma ou mais cláusulas gerais-locuções.

3. Cláusula geral-normas explícitas: são enunciados normativos do discurso

¹ Enunciado normativo é, genericamente, qualquer enunciado que contenha uma qualificação deontica de comportamentos ou situações, como permitido, obrigatório, proibido, facultativo, ilícito, etc.. (VON WRIGHT, 2000, p. 347).

judicial ou doutrinário que representam o resultado da interpretação da cláusula geral-disposição.

4. Cláusula geral-normas implícitas: são enunciados do discurso judicial ou doutrinário que não representam o resultado da interpretação da cláusula geral-disposição, ao contrário, são o produto do recurso de parte dos intérpretes de utilização de técnicas de integração do Direito, como por exemplo, a derivação a partir de princípios ou a partir de conjunto de princípios e construções doutrinárias.

Esse aparato conceitual articulado reflete a multiplicidade de ideias que podem ser deflagradas em uma reflexão analítica a denotar o caráter ideológico e interpretativo das cláusulas gerais. Ao que parece, essa discussão não colabora para uma articulação útil das cláusulas gerais. Distinguir se as cláusulas gerais são sintagmas ou normas não é essencial para sua aplicação prática. Importa reconhecer nessa investigação que as cláusulas gerais comportam uma série de noções que se relacionam.

Certo é que o direito positivo brasileiro apresenta-se rico em cláusulas gerais, talvez porque o legislador recorra frequentemente a locuções valorativas na formulação das disposições legais, alinhado ao fato de que os operadores do Direito tradicionalmente conseguem extrair o conteúdo normogenético da disciplina de uma série de relações dessas locuções valorativas que passam a ser compreendidas então como cláusulas gerais.

Há no sistema pátrio uma interpretação qualificadora de certas locuções valorativas, que dotam de significância uma palavra ou um conjunto de palavras, muito além de seu sentido linguístico. Ultrapassa-se assim o sentido estático de uma expressão, que passa a ganhar contornos culturais, históricos, sociais e políticos desejáveis pela comunidade jurídica num determinado espaço-temporal.

A proliferação das cláusulas gerais denota a superação de uma atitude puramente cognitiva para a concepção de que o intérprete deve voltar-se à realidade que circunda a norma. A necessidade de não olvidar a realidade posta quando da interpretação da cláusula geral remete ao problema da decidibilidade de conflitos intersubjetivos. Por isso, as diárias solicitações ao aplicador do Direito para que coloque fim aos conflitos humanos traduzem-se em problemas de ordem semântica, sintática e pragmática, segundo uma perspectiva semiótica de análise da norma jurídica². Interpretar sem se preocupar com essa tríade revela-se uma empreitada inconsistente.

² A perspectiva semiótica, segundo Grau (2005, p. 77), pode ser compreendida como o processo intelectual que estabelece que partindo de fórmulas linguísticas contidas nos atos normativos, alcança-se a determinação de seu conteúdo normativo: caminha-se dos significantes (os enunciados) aos significados.

4 A PARTICIPAÇÃO DO JUIZ NA DENSIFICAÇÃO DO CONTEÚDO DA CLÁUSULA GERAL

A fim de atingir as metas propostas pelo Estado, torna-se fundamental a tarefa do julgador de contribuir para a construção de uma sociedade voltada à satisfação dos princípios e objetivos previstos no ordenamento constitucional. Essa visão pretende romper com o hermetismo técnico-jurídico da mera subsunção do caso concreto às regras legais e a compreender o fenômeno jurídico como fenômeno social importante que deve servir como instrumento, ou um meio (não um fim), para a realização dos próprios valores perseguidos pelo Estado.

A cláusula geral apresenta características de generalidade e abstração, permitindo ao intérprete a construção de uma decisão calcada em princípios considerados relevantes na solução do caso concreto. Além disso, também é um instrumento pelo qual o Estado, por meio do Poder Judiciário, aumenta sua interferência na economia e nas situações jurídicas patrimoniais ou não.

No campo contratual, para ilustrar, o instituto permite ao julgador conformar e reconfigurar a relação contratual, a fim de que atenda ao conteúdo dos enunciados principiológicos da Constituição da República de 1988, como a solidariedade, a promoção da dignidade da pessoa humana e o atendimento à função social. O conteúdo da cláusula geral é aberto e dinâmico, permitindo a cada magistrado o seu preenchimento. Afirma Martins-Costa (1999, p. 23):

Do ponto de vista de técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, fluida ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato 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.

Dessa forma, a atuação do juiz ganha complexidade e importância, passando a usufruir de grande abertura e mobilidade, permitindo-lhe a construção de uma solução que absorva o conteúdo principiológico de todo o sistema jurídico, abandonando a aplicação fria e distante do texto puramente legal ao caso concreto. De acordo com Jorge Junior (2004, p. 10):

Transitando entre a *generalidade*, a *vagueza* e os *valores*, inseridas numa roupagem

de proposição prescritiva escrita, as *cláusulas gerais* afirmam o objetivo de dotar o *sistema* de normas com características de *mobilidade*, que propiciem *abertura* ao ordenamento jurídico, evitando-se a tensão entre preceitos normativos rígidos e valores em mutação a implicar um indesejável mal-estar decorrente de um embate sem solução sistêmica. Seria, ademais, o *alto teor valorativo* nas cláusulas gerais o elemento caracteristicamente diferenciador destas normas perante o ordenamento jurídico, o nódulo essencial que faria com que as cláusulas gerais fossem aquilo que são.

Submetem-se, assim, os julgados a princípios éticos e solidaristas perseguidos pela Carta Magna, pois as cláusulas gerais, quando inseridas na lei, refletem esses ideais. Nessa conformação, o Código Civil estabelece diversas cláusulas gerais, tais como a boa-fé objetiva, a responsabilidade pelo dano, o enriquecimento ilícito e a função social do contrato, que irão permitir que a decisão, sobre tais institutos, atenda a valores não apenas econômicos e individualistas, mas éticos e solidários.

É inegável que a lógica e o perfil do sistema foram invertidos. De um sistema fechado, no qual se identificava o dogma do Direito-Lei, passa-se a um sistema aberto, de auto-referência relativa, que reclama novas soluções, uma nova hermenêutica e desafia o intérprete.

Diferentemente de outras normas, as cláusulas gerais introduzem a ideia de que o juiz, ao buscar solucionar o caso, seleciona certos fatos ou comportamentos para confrontá-los com um determinado parâmetro, orientado pela busca de implementação dos objetivos do Estado. Certo é que a decisão a ser emitida não se conformará a uma solução pré-determinada. De certa forma, o juiz ganha um poder extraordinariamente amplo: “Não apenas estará estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas acaba criando direito, ao completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as consequências” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 130).

Interessante notar que a aplicação de cláusulas abertas revela uma aproximação entre os sistemas da *common law* e *civil law*. Na Argentina, por exemplo, há diversas situações em que a *civil law* é aplicada em matéria privada e de legislação infraconstitucional, enquanto que a *common law* se aplica em nível constitucional, resultando em um multiculturalismo na aplicação da lei, conforme ressalta Lorenzetti (1998, p. 62):

O direito foi idealizado para ser aplicado a um Estado cujos habitantes tenham raízes e ideais em comum, ou seja, uma base cultural homogênea. Na atualidade existem sociedades multiculturais, na quais resulta difícil afirmar o predomínio de um grupo de pessoas que pensem do mesmo modo em todos os temas, o que faz com que tanto a lei, quanto a decisão judicial se concentrem antes nos procedimentos que nas decisões substantivas.

Na Argentina o problema da diversidade foi exposto desde as suas origens, inclusive

no âmbito jurídico, já que no direito público houve uma forte influência anglo-saxônica, enquanto no direito privado obedeceu-se a uma larga construção baseada na tradição europeia. Essa convivência de culturas jurídicas bastante diferentes transformou-se em um problema global, em vista dos fenômenos da imigração e do multiculturalismo, passando a expor problemas altamente complexos de inter-relação cultural.

A crescente inclusão de cláusulas gerais no ordenamento conduz à conclusão de que o direito não é originado somente pelo que preceitua o legislador. Mais que isso, é um produto das experiências, dos fatos e dos costumes da sociedade, de modo que imaginar um direito pleno, baseado no centralismo jurídico e com todas as condutas-tipo³ previstas, facilmente o torna obsoleto. Menezes Cordeiro (2001, p. 46), ao abordar a adequação da amplitude semântica (para o direito acompanhar o fato social), prevê que “ainda quando a lei não reaja, a ordem jurídica deve fazê-lo”. Nas palavras de Canaris (1989, p. 24), o ideal seria que, para acompanhar a evolução social, o sistema legal fosse dotado da ideia de incompletude.

Essa noção de incompletude do sistema revela que não se deve esperar do Poder Legislativo a solução para todas as situações concretas enfrentadas pela sociedade. Ao contrário, talvez seja o momento de admitir que o Poder Judiciário tem papel decisivo na construção de um Estado comprometido com as metas constitucionais. Isso denota também que, ao acompanhar o caso concreto, o magistrado está mais próximo dos dilemas e dos problemas sociais e, portanto, mais apto a concretizar as escolhas constitucionais de modo a coaduná-las com os interesses das partes. Nesse sentido, as cláusulas gerais permitem que se extraia o máximo das potencialidades das linhas diretrizes do texto constitucional, privilegiando a busca de soluções para o caso concreto que se harmonizem com a principiologia a ser implementada pelo Estado Democrático de Direito.

A interpretação da cláusula geral deve considerar que o objetivo final dessa atividade será um ato decisório que irá eleger dentre as várias interpretações possíveis a mais adequada para solucionar um conflito intersubjetivo. Esta, no entanto, é uma tarefa de cunho eminentemente pragmático. Sob o ângulo da semiótica, interpretar é selecionar possibilidades comunicativas da complexidade discursiva (FERRAZ JUNIOR, 2001, p. 256).

Nesse sentido, as cláusulas gerais individualizam situações de conflito entre interesses igualmente tutelados pelo ordenamento e delegam aos juízes a tarefa de determinar o equilíbrio entre tais interesses, considerando o caso concreto e uma valoração comparativa

³ É a técnica da *fattispecie*, comumente usada na época da codificação, que visava reduzir a margem interpretativa do aplicador de direito, revestindo a norma de imutabilidade, garantindo a segurança jurídica (IRTI, 1999, p. 20).

da importância em jogo. As cláusulas gerais são normas de conduta que clamam pela interferência valorativa do juiz. Segundo relata Veluzzi (2010), o protótipo histórico desse tipo de norma encontra-se no direito de vizinhança, hoje, estampado no Direito italiano pelo artigo 844 do seu Código Civil na cláusula geral da “normal tolerância de imissões”.

Neste exemplo, imissões podem ser consideradas como intrusão imaterial (fumaça, calor, barulho, vibração e outros) decorrentes direta ou indiretamente do proprietário de um imóvel e que acaba por interferir e gerar conflito com o direito de propriedade do vizinho, limitando ou impedindo o pleno gozo de seu direito de propriedade. Inicialmente, o conceito de tolerância normal é de fácil compreensão, mas torna-se árduo precisar essa determinação conceitual, se realizada avaliação subjetiva e pessoal, na medida em que a entrada de imissões, a resultar em uma deficiência parcial do gozo da propriedade, dependerá do grau de aceitabilidade do proprietário que a sofre. Certo é que, ao final, a avaliação da tolerabilidade / aceitabilidade do ruído é deixada à determinação do juízo competente.

Em geral, as cláusulas gerais se apresentam em situações em que há conflitos de interesses modais, ou seja, conflitos entre duas situações abstratamente tuteláveis, nas quais a interferência judicial é considerada socialmente inevitável, ou até desejável, requerendo soluções que partem de uma valoração comparativa dos interesses em jogo no caso concreto.

Libertini destaca que as cláusulas gerais são tipicamente normas de relação, normas dirigidas a construir, a partir de uma situação concreta de conflito, uma relação jurídica entre dois sujeitos. Por isso, acredita que se trata de normas cuja tradução final reduz-se a reconhecimento de pretensões e obrigações, com a aplicação dos correlativos remédios inibitórios ou ressarcitórios e à invalidação (CHIASSONI, 2011, p. 98-99). Essa abordagem parece insuficiente, pois a cláusula geral comporta uma rede conceitual mais ampla, apta a capturar outras situações, como assenta Veluzzi (2010).

Ainda que passível de diversas acepções, parece coerente afirmar que as cláusulas gerais funcionam como instrumentos pelos quais o legislador concede ou delega ao juiz um poder arbitral em concreto. Essa é uma noção pragmática. O uso de certas expressões, no contexto de certas disposições, referentes a certos tipos de relação jurídica, equivale à realização pelo legislador de um ato ilocutório exercitivo de reconhecimento (reemissão) ao

juiz de um poder de decisão do tipo arbitral⁴. Esse é o perfil da transferência de poderes nomopoiéticos do legislador ao juiz.

Mas essa é apenas uma das facetas funcionais das cláusulas gerais. Encarcerá-las em uma concepção jurisdicional seria atribuir-lhes tão somente funcionalidade caso estivessem atreladas a uma situação conflitual já jurisdicionada.

5 CLÁUSULA GERAL E O SISTEMA AUTOPOIÉTICO

A expressão do Direito como sistema, ora adotada, repousa nos estudos de Luhmann (1983) e Taubner (1989) que concebem a sociedade como um sistema, que se compõe de diversos outros sistemas autopoieticos (autoprodutivos). Adaptando a teoria biológica (Teoria Sistêmica) para o Direito, afirma que a sociedade se edifica sobre sistemas e não pelo mero aglomerado de pessoas e instituições. Nessa ótica, o homem participa como uma parcela desse macro arranjo social, como um sistema psíquico, que se interrelaciona com os demais sistemas. Humberto Maturana e Francisco Varela, biólogos chilenos que desenvolveram essa teoria, salientam que:

A teoria da autopoiese reside em que ela mostra que o ser vivo é um ente sistêmico, mesmo que sua realização seja de caráter molecular. Esta teoria mostra que nenhuma molécula, ou classe de moléculas, determina, por si mesma, qualquer aspecto ou característica do operar do ser vivo como tal, já que todas as características do ser vivo se dão na dinâmica de sua autopoiese. De fato, um fenômeno é sistêmico se acontece como resultado da atuação dos componentes de um sistema enquanto realizam as relações que definem o sistema como tal, e, no entanto, nenhum deles determina por si só, ainda quando sua presença seja estritamente necessária. (ZYMLER, 2002, p. 24).

Outro olhar sobre o tema foi lançado por Capra (2001, p. 92) para o qual a autopoiese significa simplesmente autocriação. Sugere que a autopoiese de Maturana e Varela (1997) apoia-se em um padrão geral de organização comum a todos os sistemas vivos, qualquer que seja a natureza dos seus componentes. Essa organização dar-se-ia independente das propriedades dos componentes. Assim, procuraram explicar a compatibilidade entre a identidade/mudança, entre o fechamento/abertura no âmbito dos sistemas vivos e, com isso, justificar a validade da teoria autopoietica. Seu interesse reside na organização e não na

⁴ A pragmática nos permite interpretar os enunciados e explorar as relações entre a linguagem e o mundo, entre a língua e o contexto em que se encontra um indivíduo. Segundo a teoria dos atos de linguísticos desenvolvida por Austin (1962, p. 154), a linguagem não serve apenas para descrever o mundo, mas também para fazer coisas. Um ato exercitativo é um ato pelo qual o agente exercitando um poder que lhe foi previamente conferido por um sistema normativo, confere a outrem poderes de decisão.

estrutura. Além disso, definem a autopoiese como:

A organização comum a todos os sistemas vivos. Trata-se de uma rede de processos de produção, nos quais a função de cada componente consiste em participar da produção ou da transformação de outros componentes da rede. Desse modo, toda a rede, continuamente, “produz a si mesma”. Ela é produzida pelos seus componentes e, por sua vez, produz seus componentes. “Num sistema vivo”, explicam os autores, “o produto de sua operação é a própria organização”. Outra característica dos sistemas vivos é o fato de sua organização autopoietica incluir a criação de uma fronteira que especifica o domínio das operações da rede e define o sistema como uma unidade. Os autores assinalam que os ciclos catalíticos, em particular, não constituem sistemas vivos, pois sua fronteira é determinada por fatores (tais como um recipiente físico) independente dos processos catalíticos (CAPRA, 2001, p. 89).

Retomando a noção de cláusulas gerais, vale lembrar que não devem levar a decisões de casos concretos centrados em parâmetros jurídicos pré-constituídos e estáveis. Carregam também *standarts* extrajurídicos, ideológicos. São expressões de caráter deontico, impregnadas de parâmetros jurídicos e não jurídicos que expressam uma ideologia (mutável no espaço-tempo), dotadas de dinamicidade, que revelam a expressão de uma participação consistente do juiz na outorga de seu significado no caso concreto.

Funcionam como válvulas no sistema, dotando-o de elasticidade, promovendo de certa forma a constitucionalização do sistema jurídico, na medida em que revelam de forma nítida ou inaparente valores e princípios constitucionais. Revela a complexidade e a interseção constante e recíproca dos elementos que compõem o sistema do direito contemporâneo.

São válvulas conceituais e válvulas de segurança que acabam por propiciar aprendizagem vicariante do sistema jurídico. As cláusulas gerais afastam a aplicação preguiçosa e desidiosa do direito, refutam a banalidade interpretativa, briga com o anonimato, requer uma postura atenta e perspicaz do julgador, afasta preceitos acabados e inalteráveis, retira do exílio a criatividade arrefecida pelo positivismo.

E qual a possível correlação entre o pensamento luhmanniano e a adoção de cláusulas gerais? Um dos grandes tópicos do pensamento de Luhmann reside na assimilação e procura pela diferença na composição dos diversos sistemas. A esperada harmonia de um sistema perpassa por um processo gestacional paradoxal, no qual, segundo o autor, seja possível a produção do diferente, do inesperado.

Ao compreender o sistema não de forma absolutamente fechada ou aberta, conforme prescreve Luhmann (1983), pode-se cogitar que a cláusula geral seja um elemento que o dote de reflexividade. Ao mesmo tempo em que permite uma abertura cognitiva das mais interessantes, submete-se a certos padrões éticos, sociais, jurídicos, culturais ou históricos.

Esse balé suave, fluido e interminável perpetuado pelas cláusulas gerais, palco em

que não é possível definir claramente onde se inicia ou em qual lugar há um fim das correlações já predeterminadas ou das figuras que se constroem instantaneamente na sua conformação, é também uma autopoiese. A dança das cláusulas gerais parece reunir os ingredientes da pós-modernidade: o local, o plural e o subversivo (TEUBNER, 2005, p. 81).

Sob um ângulo menos obtuso que Luhmann, Teubner defende que o Direito é um subsistema funcionalmente diferenciado, ou em suas palavras, um sistema de segunda ordem, que somente pode se desenvolver quando produz seus próprios elementos por si mesmo e de forma exclusiva. Para esse autor, mediante a repetição de seu elemento básico – a decisão – o Direito pode produzir diferença e (re)inicia sua própria autopoiesis:

É o próprio Direito que define suas premissas de validade por intermédio de uma norma jurídica e das decisões judiciais. Tal é o início do movimento autopoietico do sistema jurídico que se descortina em sua auto-referencialidade. [...] A autopoiesis emerge quando os componentes cíclico-recursivos constituem-se em generalizações congruentes, restam de tal forma conectados que veem a formar um hiperciclo. Esse hiperciclo é o resultado da auto-reprodução circular do ato-norma-ato. [...] O Direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo (SCHWARTZ, 2008, p. 487-488).

Seja na perspectiva teubneriana ou luhmanniana, seria possível concluir que o direito não é apenas um conjunto de normas desordenadas, é um sistema coerente e complexo dotado de unicidade, embora orbite paralelamente ou em sintonia com outros sistemas. As cláusulas gerais que o permeiam, configuram-se como um dos elementos que o dotam de dinamicidade, ao promover em seu ciclo a inserção de conteúdos jurídicos e não jurídicos, ao reunir valores, conceitos, ideias e proposições possíveis à solução de um determinado caso concreto.

6 CLÁUSULA GERAL E INTERVENÇÃO ESTATAL

A multiplicidade de cláusulas gerais em todo o ordenamento jurídico, e mais especificamente no Código Civil, pode revelar, não obstante sua fluidez de conteúdo, o direcionamento das relações privadas pela intervenção do Estado (pelas mãos do juiz). Passa assim, o Estado, a conduzir com vigor as relações particulares como instrumento de implementação das políticas, valores sociais e princípios almejados, desejados ou perseguidos num determinado momento histórico-político.

O grande paradoxo a ser enfrentado reside exatamente na abertura característica da cláusula geral. Seu conteúdo não deve ser determinado de uma forma abstrata, ao contrário,

seu conteúdo há que ser densificado sempre de forma a adaptá-la às particularidades e circunstâncias específicas de cada caso. Um questionamento pode surgir: a determinação do teor da cláusula geral fica sujeita tão somente à convicção do juiz para resolver o litígio? Parece razoável afirmar que o trabalho dos julgadores deve se alinhar a diretrizes teóricas, a reflexões sócio-jurídicas, que evitem o encarceramento ou o congelamento de seu conteúdo, a preservar-lhe suas características essenciais: adaptabilidade e fluidez.

De toda sorte, a questão é complexa. A cláusula geral não deve apresentar caráter de absoluta uniformidade e previsibilidade. A tarefa árdua revela-se: equilibrar o desejo de certa previsibilidade, a conferir razoável segurança às situações jurídicas e refletir os auspícios do Estado Democrático, e, por outro lado, manter sua inerente maleabilidade, sua volatilidade no tempo e no espaço (incompatível com a ideia de previsibilidade), sem que se torne instrumento do arbítrio de decisões judiciais que subjuguem por completo a autonomia das partes.

A adoção crescente de cláusulas gerais no ordenamento civilístico demonstra a adoção de um modelo ainda paternalista, que se revela pela imposição de um comportamento socialmente desejável e, conseqüentemente, pelo resultado de certas avenças. Essa preocupação foi externada por Lorenzetti (2004, p. 155), ao lançar críticas ao modelo contratual paternalista – que permite aos juízes densificar o conteúdo da cláusula geral da boa-fé segundo um juízo próprio, outorgando ao contrato significados muitas vezes distintos daqueles efetivamente desejados pelas partes.

Os intérpretes, ainda que direcionados a racionalizar o direito positivo, estabelecendo o conteúdo de princípios e cláusulas abertas, são em grande parte influenciados pelo seu próprio tempo, pela cultura e pelas ideologias dominantes. Por esse motivo, a densificação do conteúdo de cada cláusula geral exige comprometimento e percepção. Devem-se considerar, no momento de sua aplicação, os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não sendo desejável uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subjuntivo.

Ao buscar o sentido da norma, impõe-se realizar uma interpretação que se coadune com os princípios sobre os quais repousam todo o sistema jurídico que se queira implantar, afastando qualquer análise meramente valorativa, pois assim aumenta-se o “perigo dos juízos irracionais, porque neste caso os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos” (HABERMAS, 1997, p. 321-322).

Alerta-se que a ausência de contornos do conteúdo da cláusula aberta, apesar de trazer a vantagem de mantê-la sempre atualizada, dada à mobilidade que lhe foi conferida

pelo próprio sistema, traz também certa incerteza às situações existenciais e patrimoniais, por alinhar a autonomia dos particulares a um plano secundário, periférico. No caso dos contratos, por exemplo, há o risco dos contratantes, atores principais na contratação, serem transformados em meros coadjuvantes ou até expectadores, na medida em que a percepção do julgador no caso concreto acabará por moldar a vontade negocial a um juízo de valor momentâneo e nem sempre almejado pelas partes.

Tal preocupação é ainda maior quando se percebe a fragilidade do sistema judiciário, que nem sempre oferece instrumentos efetivos de participação dos próprios contratantes no processo decisório. A dúvida, portanto, permanece: se as cláusulas gerais permitem uma leitura aberta a partir da percepção do julgador no caso concreto, qual o limite dessa atuação estatal? Como articular ou conformar a autonomia das partes, em face de uma intervenção que se diz útil à comunidade, se pautada em valores sem densificação ou fundamentação?

A abertura do Direito para o futuro significa que a sociedade sempre estará apta a resgatar o projeto moderno que vem sendo construído de maneira a atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direito (CHAMON JUNIOR, 2003, p. 70).

7 CONCLUSÃO

As cláusulas gerais apresentam-se como preceitos jurídicos caracterizados pela generalidade e abstração a possibilitar o ajustamento de seu conteúdo quando da sua aplicação no caso concreto. Essa fluidez de conteúdo implica na impossibilidade, em uma primeira aproximação, de arrolar previamente o seu efetivo e correto significado – que dependerá do caso concreto analisado.

A larga utilização das cláusulas gerais reflete um estágio juscultural, que refuta a construção geométrica, arbitrária e artificial das decisões, colocando o problema e o caso concreto como epicentros do pensamento jurídico.

A expansão desse fenômeno no sistema privatístico reforça a tese da superação da metodologia lógico-dedutiva da Escola da Exegese e exprime um modo de decidir próprio de certa ordem jurídica, que valoriza a atuação do magistrado, conferindo-lhe atribuições que vão muito além da mera aplicação fria da letra da lei.

A relativa indeterminação do conteúdo das cláusulas gerais permite que seja permeada e moldada pela realidade sociocultural própria do ambiente e momento histórico de sua aplicação. A valorização atual desse elemento reflete um desejo de propiciar a recepção de diversos horizontes interpretativos possíveis, a propulsionar a afirmação da alteridade, do

pluralismo, a moldar um espelho comunicacional apto a promover a auto-reprodução (e a evolução) do sistema jurídico brasileiro.

As cláusulas gerais apresentam o desafio de possibilitar a compreensão da existência de uma cultura jurídica impregnada de valores extrajurídicos que devem ser filtrados pelo sistema do Direito. Permitem que se retire do elemento normativo todas as suas potencialidades, compatibilizando-o com cada caso concreto. De todo modo, cabe agora ao intérprete, não mais apenas ao legislador, a obra de integração do sistema jurídico.

Pode-se cogitar que a cláusula geral seja um elemento que dote o sistema jurídico de reflexividade, na perspectiva luhmanniana. Assim, ao mesmo tempo em que permite uma abertura cognitiva das mais interessantes, submete-se a certos padrões éticos, sociais, jurídicos, culturais e históricos.

REFERÊNCIAS

AUSTIN, John Langshaw. *How to do things with words*. Oxford: Oxford University Press, 1962.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CAPRA, F. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Tradução de Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 2001.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antonio. *Teoria Geral do Direito Moderno: Por uma reconstrução crítica discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

CHIASSONI, Pierluigi. Las cláusulas generales, entre teoría analítica y dogmática jurídica. *Revista de Derecho Privado*, n. 21, p. 89-106, jul./dez. 2011.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de Batista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

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

GUARNERI, Attilio. Clausole generali. In: *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile, II*. Torino: UTET, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

- IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.
- JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos. Parte Geral*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópico no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- MATURANA, H. R.; VARELA, F. G. *De máquinas e seres vivos: autopoiese, a organização do vivo*. 3. ed. Porto Alegre: ARTMED, 1997.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- REALE, Miguel. *O Projeto do novo código civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ROPPO, Vincenzo. *Istituzioni di diritto privato*. Bologna: Monduzzi, 1994.
- SCARPELLI, Uberto. *Filosofia analítica, norme e valori*. Comunità: Milano, 1962.
- SCHWARTZ, Germano. João Hélio, Pasárgada e a formação de uma nova cultura jurídica no Brasil: problemas de alteridade e de direitos fundamentais desde a teoria dos sistemas sociais autopoieticos. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, v. 38, n. 109, p. 481-499, 2008.
- TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
- TEUBNER, Gunther. As duas faces de Janus: pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna. In: TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: UNIMEP, 2005. p. 79-104.
- VELUZZI, Vito. Le clausole generali: semantica e politica del diritto, *Quaderni di Filosofia analitica del diritto*, 12, Giuffrè, Milano, 2010.
- VON WRIGHT, G.H.. Valuations – or how to say the unsayable. *Ratio Juris*, v. 13, n. 4, p. 347-357, dez. 2000.
- ZYMLER, B. *Política e direito: uma visão autopoietica*. Curitiba: Juruá, 2002.