

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LUCIANO LARA ZEQUINÃO

**A CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS OBRIGACIONAIS NO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

CURITIBA

2009

LUCIANO LARA ZEQUINÃO

**A CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS OBRIGACIONAIS NO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

CURITIBA


2009

TERMO DE APROVAÇÃO

LUCIANO LARA ZEQUINAO

A concretização das cláusulas gerais obrigacionais no Superior Tribunal de Justiça

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



RODRIGO XAVIER LEONARDO
Orientador



EROULTHS CORTIANO JUNIOR
Primeiro Membro



MARÍLIA PEDROSO XAVIER
Segundo Membro

*À minha mãe, Emiliana, por me ensinar que
a vida deve ser encarada com seriedade,
honestidade e responsabilidade.*

*Ao meu pai, Edgard, por me ensinar a levar
essa mesma vida com leveza de espírito
ainda que sob o suor do trabalho.*

*À minha tia, Sueli, por me mostrar a
importância de se encarar o crescimento
como um processo que não se deve
interromper.*

*Ao meu orientador, Rodrigo, por me ensinar
que é possível ver musicalidade no rigor
científico e intelectual.*

*E, por fim, à Jenifer, que me acompanhou
durante toda essa jornada, por me mostrar o
quão sublime se torna qualquer experiência
quando há, ao seu lado, alguém amado e
que lhe ama em retorno.*

*Ah! A quem podemos recorrer então?
Nem aos anjos nem aos homens,
E os animais sagazes logo percebem
Que não estamos muito seguros no mundo
interpretado.
Resta-nos talvez alguma árvore na encosta
que diariamente possamos rever.
Resta-nos a rua de ontem e a mimada
felicidade de um hábito,
Que se compraz conosco e assim fica e não
nos abandona.*

Rainer Maria Rilke, Elegias de Duíno,
Primeira Elegia

RESUMO

A inserção da técnica legislativa das cláusulas gerais nos principais diplomas legais contemporâneos veio a responder os anseios da doutrina e da jurisprudência pela abertura do sistema jurídico sem se comprometer a coerência do próprio ordenamento. Através da conjugação entre as modalidades de pensamento tópico e sistemático, sua concretização pelo julgador possibilita a criação de decisões que contemplem as peculiaridades dos casos concretos levados a exame pelo Poder Judiciário. Ainda, com a reiteração de decisões proferidas em demandas judiciais submetidas à mesma *ratio decidendi*, as cláusulas gerais possibilitam a integração jurisprudencial do ordenamento, o qual adquire mobilidade suficiente para acompanhar as mudanças sociais sem o ônus da inflação legislativa, promovendo a necessária oxigenação do sistema jurídico em setores mais dinâmicos por ele regulados, como o direito das obrigações, ramo do direito responsável pela disciplina jurídica do tráfego de riquezas. Assim, torna-se indispensável, para que essa técnica legislativa alcance os fins a que se propõe, a existência de um órgão encarregado do controle de sua correta aplicação, o que, na estrutura judiciária brasileira, é realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, tribunal responsável por assegurar a inteireza positiva do direito federal infraconstitucional. Tal controle é realizado precipuamente através da competência atribuída a esta corte para o julgamento do Recurso Especial, expediente processual voltado à preservação do próprio ordenamento jurídico. Todavia, as peculiaridades dessa espécie de recurso, notadamente seu caráter de *direito estrito*, podem conduzir à exclusão do âmbito cognitivo do Superior Tribunal de Justiça os recursos fundados em normas que se constituem em cláusulas gerais, tornando deficiente a integração do ordenamento e pondo em risco a harmonia dos elementos que o compõem. Mostra-se necessária, assim, uma releitura dos pressupostos teóricos tradicionais referentes ao recurso especial para se evitar o comprometimento do sistema.

Palavras-chave: Cláusulas gerais. Recurso especial. Questão de fato. Questão de direito.

ABSTRACT

The insertion of the legislative technique of general clauses on the main present-day legal statutes came as an answer to doctrinal and jurisprudential longing for an open legal system without compromising its coherence. Through conjugation of systematic and topic rationality, its concretion allows the creation of decisions connected to the peculiarities of the cases brought to the Judiciary. More, with the reiteration of cases submitted to the same *ratio decidendi*, the general clauses allow the integration of the legal *ordonnance*, which acquires enough mobility to follow social changes without the burden of statute inflation, oxygenizing the legal system on its most dynamic sectors, such as the law of obligations, responsible for regulating the wealth traffic. Therefore, it becomes necessary, for this legislative technique to attend its goals, an organ in charge of controlling its adequate application, which is made on Brazilian judiciary structure by the “Superior Tribunal de Justiça”, court responsible for guaranteeing infra-constitutional laws’ positive wholeness. Such control is executed mainly through the competence for judging the “Recurso Especial”, a special sort of appeal directed to ensure the law *ordonnance*. However, the peculiarities of this appeal, in particular its strict law aspect, may lead to excluding from that court’s cognitive sphere the appeals reasoned on general clauses, causing inefficient *ordonnance* integration and harming its elements harmony. It becomes imperative, thus, reinterpreting this appeal’s theoretic assumptions to avoid system damage.

Keywords: General clauses. Recurso especial. Factic question. Legal question.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I – PRESSUPOSTOS TEÓRICOS	10
1 NOÇÃO DE SISTEMA	10
1.2 A PRIMEIRA E A SEGUNDA SISTEMÁTICAS – O HUMANISMO E AS GRANDES CODIFICAÇÕES	11
1.2.1 A origem das cláusulas gerais	14
2 CODIFICAÇÕES BRASILEIRAS E AS CLÁUSULAS GERAIS	15
3 PECULIARIDADES NA CONFIGURAÇÃO DO MODELO. O CENTRALISMO JURÍDICO	16
4 O DOGMA DA PLENITUDE - SISTEMA ABERTO E FECHADO	17
5 TÓPICA E PENSAMENTO TÓPICO	21
6 AS CLÁUSULAS GERAIS E O SISTEMA DE DIREITO PRIVADO BRASILEIRO	25
6.1 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	26
6.2 O NOVO CÓDIGO CIVIL	28
CAPÍTULO II – A NOÇÃO DE CLÁUSULA GERAL	31
1 BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO ESTIPULATIVA	31
1.1 A CLÁUSULA GERAL ENQUANTO TÉCNICA LEGISLATIVA CONTRAPOSTA À CASUÍSTICA	31
1.2 DIFERENCIAÇÃO ENTRE GENERALIDADE, GENERICIDADE, AMBIGÜIDADE E VAGUEZA.....	32
1.2.1 Distinção entre cláusulas gerais e princípios	36
1.2.2 Distinção entre cláusulas gerais e conceitos indeterminados	39
2 ESTRUTURA E FUNÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS	42
2.1 ESTRUTURA DAS CLÁUSULAS GERAIS	42
2.2 FUNÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS	46
3 APLICAÇÃO DO MODELO	48

CAPÍTULO III – AS CLÁUSULAS GERAIS E O DIREITO PROCESSUAL CIVIL.	52
1 O PAPEL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	52
2 O RECURSO ESPECIAL – CARACTERÍSTICAS E FUNÇÃO	54
2.1 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE	57
2.2 HIPÓTESES DE CABIMENTO	57
2.3 DEMAIS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE.....	
3 CLÁUSULAS GERAIS E O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	61
4 “QUESTÃO DE FATO” E “QUESTÃO DE DIREITO” – OS ENUNCIADOS 5 E 7 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	64
5 A RESPOSTA INSTITUCIONAL AO MODELO DAS CLÁUSULAS GERAIS – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES FINAIS	74
CONCLUSÃO	78
REFERÊNCIAS	80

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa realizar uma análise sobre a estrutura e a operacionalidade das cláusulas gerais pertinentes ao Direito das Obrigações, compreendendo principalmente aquelas presentes no Novo Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/2002), fazendo também referências pontuais a outros microssistemas legislativos como o Código de Defesa do Consumidor e outros que contenham disposições legislativas pertinentes à matéria obrigacional, buscando-se analisar os impactos teóricos e práticos que a adoção dessa modalidade de técnica legislativa geram no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, o estudo se iniciará com a busca de uma definição estipulativa de cláusula geral, enfrentando os fundamentos filosóficos de seu surgimento nos sistemas jurídicos de base romano-germânica e de sua inserção nos principais diplomas legislativos contemporâneos, bem como seus aspectos dogmáticos no âmbito do direito material.

Nesse viés, pretende-se demonstrar que a técnica das cláusulas gerais é um esforço para superar a dualidade entre pensamento tópico e sistemático, presente desde os primórdios da experiência jurídica, compatibilizando essas duas modalidades de raciocínio com a finalidade de enfrentar o risco de imobilidade de um sistema jurídico que, tomando a lei escrita como única fonte do direito e o modelo lógico-dedutivo como padrão hermenêutico, revela-se insuficiente na realidade contemporânea e acaba por excluir da tutela jurisdicional as situações que podem encontrar soluções jurídicas no sistema normativo sem contudo estarem explicitamente expressas em texto legal, evitando-se assim a inflação legislativa e diminuindo a defasagem entre direito e vida concreta.

Após, proceder-se-á à análise de como se dá a aplicação do modelo das cláusulas gerais pelo principal Tribunal Superior responsável por garantir o correto entendimento e aplicação da Lei Federal, o Superior Tribunal de Justiça, tomando como principal referência as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato, com vistas a averiguar, pela análise de julgados e das construções doutrinárias a respeito do tema, a real efetividade desta técnica legislativa e sua capacidade de atingir os objetivos a que se propõe em face da estrutura da organização judiciária inscrita na Constituição Federal, no Código de Processo Civil

e diante das construções jurisprudenciais em matéria de admissibilidade recursal, com destaque aos enunciados 5 e 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Visa-se, nesse segundo momento, aferir se a estrutura do Poder Judiciário brasileiro possui especificidades que podem criar obstáculos à efetividade do modelo, notadamente em relação ao modo de aplicação das cláusulas gerais – que necessitam do confronto com a matéria de fato das demandas trazidas ao Judiciário –, aos pressupostos jurisprudenciais de admissibilidade recursal e à necessidade, reconhecida pela Constituição Federal, de conferir entendimento uniforme à Lei Federal. Busca-se, enfim, apontar possíveis “pontos de estrangulamento” na concretização das cláusulas gerais, que, sem uma melhor compreensão do tema, poderão resultar na ineficácia do modelo.

CAPÍTULO I – PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

1 NOÇÃO DE SISTEMA

Em sentido comum, a palavra *sistema* (do grego, *systema*) remete às noções de conjunto, reunião de elementos, ajuste ou combinação entre diversos entes. Entretanto, na história do pensamento filosófico, o termo acabou por circunscrever em seu campo semântico as idéias de *ordem* e *unidade*.¹

Através da idéia de *ordem* ou *ordenação* entende-se “um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade”², com o que o sistema deixa de ser a mera reunião de elementos dispersos, chamado *repertório*³, para compreender também a existência de relações entre os elementos que compõem o conjunto, estas denominadas *estrutura*⁴. Já pela noção de *unidade* modifica-se “o que já resulta da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais”⁵. Com base nessas asserções, portanto, podemos concluir com José Roberto Vieira e conceituar o termo sistema como “o conjunto de elementos (repertório) que se relacionam (estrutura), compondo um todo coerente e unitário (ordenação e unidade).”⁶

A partir da idéia de sistema chega-se também a duas outras noções muito difundidas na história do pensamento jurídico, quais sejam, os conceitos de *sistema*

¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 9-11. SISTEMA JURÍDICO: In: KRETSCHMANN, Ângela. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Unisinos e Renovar, 2006. p. 760-763.

² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático...**, p. 12.

³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 140.

⁴ *Id.*

⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático...**, p. 12-13.

⁶ VIEIRA, José Roberto. A noção de sistema no direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 33, p. 53-64, 2000. p. 55.

*externo e sistema interno*⁷. Quando a passagem da multiplicidade à unidade se faz pelo simples arranjo dos elementos, buscando a ordenação com vistas à clara exposição da matéria (como Cícero, que, embora adepto da tópica, defendia ser necessário buscar, dentro das artes e do direito, “um método que pudesse reunir todos estes elementos esparsos, e os encadear por vínculos estreitos”⁸) está-se diante de um sistema externo, em que a ordenação não é dada pelos próprios elementos, mas pelo investigador. Entretanto, se a passagem da multiplicidade à unidade se dá pelo reconhecimento de relações imanentes e harmônicas entre os elementos, sendo *por eles determinada*, diz-se então que se está diante de um sistema interno.

1.2 A PRIMEIRA E A SEGUNDA SISTEMÁTICAS – O HUMANISMO E AS GRANDES CODIFICAÇÕES

A idéia de sistema exerceu considerável influência sobre os pensadores através da história. Entretanto, há tempos históricos em que essa influência tornou-se mais visível, gerando reflexos mais profundos nas obras dos juristas, tanto doutrinárias quanto legislativas.

Assim, associando-se as idéias de sistema externo e sistema interno às diversas tentativas empreendidas pelos juristas de organização do material normativo, é possível vislumbrar, quando os pensadores do humanismo retomam a filosofia estoica, fortemente alicerçada na idéia de *totalidade*, em detrimento do método escolástico e do raciocínio tópico aristotélico então preponderante⁹, visando à ordenação do material jurídico proveniente da Idade Média, demasiadamente

⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 100.

⁸ CICERO, *De oratore*. XLII. Disponível em: <<http://www.thelatinlibrary.com/cicero/oratore1.shtml>>. Acesso em: 12/3/2009. No original: “*Adhibita est igitur ars quaedam extrinsecus ex alio genere quodam, quod sibi totum philosophi adsumunt, quae rem dissolutam divulsamque conglutinaret et ratione quadam constringeret*”.

⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 101.

plural e fragmentário, conferindo-lhe uma “arrumação própria”¹⁰, que assim o fizeram sob o influxo de uma concepção de *sistema externo*, realizando aquilo que Menezes Cordeiro denominou com propriedade de *sistemática periférica* ou *primeira sistemática*.¹¹

A expressão periférica, aqui, é empregada no sentido de que a organização a que se procedeu não foi realizada em virtude do reconhecimento de uma conexão imanente entre as normas e institutos jurídicos, mas em virtude de “necessidades externas, econômicas e políticas dos Estados nacionais que então se consolidavam.”¹²

Por outro lado, quando das grandes codificações, uma vez consolidado e centralizado o poder nas mãos do príncipe, ao qual interessava afirmar sua primazia através do monopólio da força, o que se deu essencialmente através do monopólio de *produção legislativa*¹³, surgiu a ocasião para que os juristas encarregados da ordenação, bebendo do jusracionalismo de Locke, Hobbes e Rousseau¹⁴, cuidassem de organizar o material jurídico não só de maneira periférica, mas sim centralizadamente, fundada na noção de sistema *interno*.

No caso do Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*, normalmente referenciado pela sigla BGB), a parte geral que inaugura o código constitui-se em uma espécie de “fôrma *a priori*” (em sentido kantiano), condicionante da leitura dos demais institutos positivados¹⁵. Vale dizer, a parte geral, estabelecendo os conceitos de pessoa, bens, atos jurídicos, não apenas estabelece mas também *reconhece*

¹⁰ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 195.

¹¹ *Ibid.*, p. 196. “A ordenação encontrada obedeceu, por isso, a lugares-comuns da antiguidade, a correspondências lingüísticas e a conexões curtas e elementares. Trata-se de uma sistemática empírica que, aceitando elementos exteriores dispersos, parte deles para a estrutura. Pode, pois, falar-se em sistemática periférica”.

¹² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p.109.

¹³ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 32.

¹⁴ “É porque o jusracionalismo é, ele próprio, um sistema fechado de verdades (isto é, certezas) da razão”. Cf. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 138.

¹⁵ A noção é de Leonardo, Rodrigo Xavier, retirada de anotações em classe das aulas ministradas na disciplina Direito Civil B, ofertada no ano de 2007 no curso de Direito da Universidade Federal do Paraná. (LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Parte geral do direito das obrigações**).

uma conexão íntima entre as normas codificadas através de bases comuns. Assim, podemos encontrar nas regras sobre os atos jurídicos, por exemplo, elementos que vão interligar, sob um mesmo denominador, as regras sobre contratos, casamento, transmissão da propriedade (negócio jurídico júri-real no modelo alemão, como explica Marcos Bernardes de Mello¹⁶) e mesmo o testamento, abrangendo assim todos os livros do BGB, ligação essa que adquire sua harmonia sob a “idéia única” da autonomia privada.

Já no caso da codificação francesa, uma vez ausente esse elemento de conexão que é a parte geral, a existência de uma relação intrínseca às normas é ao mínimo não evidente. Com efeito, o *Code Napoleon* de 1802, o qual, fora as regras a respeito da vigência, eficácia e aplicação das leis (título preliminar), é organizado fundamentalmente nas regras sobre a pessoa (livro primeiro), a propriedade (livro segundo) e modos de aquisição da propriedade (livro terceiro, aí compreendida a disciplina contratual), dá a impressão de representar, embora com inegável teor codificatório, e portanto não apenas reproduzindo a legislação então vigente¹⁷, tão-somente a reunião da legislação atinente à vida civil de forma a possibilitar a melhor (inclusive ideologicamente) exposição da matéria. A existência de elementos de conexão imanentes às regras lá existentes, ou mesmo às próprias normas jurídicas enquanto conceito parece, mas apenas parece, relegada a um segundo plano pela famosa afirmação de um professor francês que afirmava não dar aulas de Direito Civil, mas do Código de Napoleão.¹⁸

Entretanto, é possível inferir que, embora as codificações francesa e alemã, realizadas no século XIX e que serviram de base aos demais movimentos codificatórios, especialmente o brasileiro, sejam estruturalmente diferenciadas pela adoção no modelo germânico de uma parte geral, o que evidencia maior adesão à

¹⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 216-17.

¹⁷ Nas palavras de Pontes de Miranda, é preciso “primeiro conhecer-se para depois expressar-se; codificar após consolidar”. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 79. É inegável, assim, que o Código de Napoleão efetivamente buscou expressar a ideologia liberal do Estado não intervencionista, visando assegurar os interesses da ascendente classe burguesa.

¹⁸ Todavia, salienta Menezes Cordeiro que tal impressão se dá em razão não da estrutura do Código em si, mas do trabalho realizado pela escola da exegese em cima do *Code*. É que “o centralismo dedutivístico, ao originar, através da elaboração de um código, o exegetismo, vê submersos os seus ornamentos mais característicos – a redução central e as não-contradições de regras – pois, no seu funcionamento, a exegese é levada ao aprofundar pontual e, assim, assistemático, de vários temas”. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**, p. 251.

noção de sistema interno, fato é que ambas foram levadas a efeito sob a égide de uma mesma idéia, a da “solidariedade fundamental entre os dogmas.”¹⁹

1.2.1 A origem das cláusulas gerais

Foi após a sistematização de tipo central realizada através das grandes codificações que os juristas se aperceberam da existência, nos corpos legislativos, de *cláusulas gerais*.

Muito embora o conceito de cláusula geral constitua objeto de tópico específico na presente exposição, cumpre desde já adiantar uma de suas características fundamentais, qual seja, a utilização de linguagem propositadamente vaga, de modo a que o suporte fático abstrato da norma torne-se não determinado, mas *determinável*, permitindo assim a incorporação de *valores* meta-jurídicos no enunciado normativo.

Embora talvez não seja o primeiro, é certo que o mais influente exemplo de cláusula geral surgido após as grandes codificações foi o parágrafo 242 do Código Civil Alemão, cujo teor se transcreve: “§ 242: O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico.”²⁰

A princípio, assinala Clóvis do Couto e Silva que o parágrafo 242 do BGB “não significava outra coisa senão mero reforço ao parágrafo 157, no qual se determinava a regra tradicional de interpretação dos negócios jurídicos segundo a boa-fé”²¹. Entretanto, à redação vaga do preceito aliou-se a vasta elaboração germânica a respeito da boa-fé²² e, principalmente, a ousadia dos magistrados

¹⁹ A expressão é de MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 269.

²⁰ No original: “Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern”. A tradução acima é de MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**, p. 325.

²¹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português: **estudos de direito civil brasileiro e português**. São Paulo: RT, 1980 *apud* MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 288.

²² A respeito, ver MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**, p. 315-319.

alemães, que, diante do terreno preparado por Savigny e seu *Juristenrecht*²³, conceito utilizado para representar a elaboração do direito pelos juristas, passaram então a encarar o mencionado preceito não mais como limite, mas como ponto de partida²⁴. A partir daí, passou-se a preencher o conteúdo do aludido parágrafo 242, expandindo sua amplitude para abarcar e redefinir as relações contratuais em sua totalidade. Através da noção de boa-fé e da elasticidade na composição do seu suporte fático a jurisprudência alemã conseguiu dar conta das profundas mudanças econômicas e sociais que permearam o século XX.

Paulatinamente, as demais codificações européias, inspiradas no modelo alemão e na resposta institucional que a cláusula geral da boa-fé obteve junto aos tribunais, também passaram a contemplar, em seus códigos civis, previsões assemelhadas, mormente quando dos movimentos de reforma das codificações, tornando-se, atualmente, uma tendência que se pode reputar de generalizada.

2 CODIFICAÇÕES BRASILEIRAS E AS CLÁUSULAS GERAIS

Muito embora seja difícil identificar a existência de cláusulas gerais no sistema jurídico brasileiro quando da primeira codificação civil²⁵, mesmo que implicitamente²⁶, contemporaneamente elas passaram a ser uma técnica legislativa conscientemente utilizada e direcionada a atingir objetivos específicos, tendo-se em vista a resposta institucional que o modelo recebeu nos ordenamentos estrangeiros. Sem embargo, é assente que, ao se transpor a técnica para o direito brasileiro, esta

²³ A respeito, ver WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução: António Manuel Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, [s.d.]. p. 430-474.

²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 292.

²⁵ De fato, embora o Código Civil de 1916 possa conter muitos dispositivos em que são utilizados termos semanticamente vagos, via de regra eles não incorporam em sua linguagem valores meta-jurídicos, nem tampouco realizam as demais funções exercidas pelas cláusulas gerais. A questão aqui, como se verá abaixo, é quase que meramente *hermenêutica*.

²⁶ É interessante ver o artigo publicado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, a respeito da boa-fé objetiva, em que se menciona a dificuldade, antes de sua consagração no Código de Defesa do Consumidor, da jurisprudência em aceitá-la e operá-la. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor**. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.) **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 13-32. p. 19.

sofreu influxos das peculiaridades do sistema jurídico brasileiro, injunções estas que acabaram por dar a configuração que o modelo possui hoje em nosso sistema. Daí ser inadequado, como salienta Judith Martins-Costa, proceder ao exame das codificações brasileiras sem antes se analisar suas “mais fundas raízes.”²⁷

3 PECULIARIDADES NA CONFIGURAÇÃO DO MODELO. O CENTRALISMO JURÍDICO

A história política do Brasil não experimentou revoluções que chegassem a alterar a estrutura das instituições de modo tal a se constituir uma verdadeira *ruptura*, sendo mesmo possível classificar os diversos movimentos revolucionários (tais como a Revolução de 1930, ou a Revolução de 1964) como revoluções *passivas*, no sentido emprestado ao termo por Gramsci.²⁸

Com efeito, ao contrário do que ocorreu na França, que passou por alterações sociais de elevada magnitude com a revolução de 1789, Clóvis do Couto e Silva ressalta que “a particularidade mais importante do Direito Civil brasileiro é seu desenvolvimento orgânico, sem acidentes notáveis, desde o período reinícola até os nossos dias.”²⁹

De outro vértice, no Brasil, tendo em vista a baixa dose de poder político conferida aos estados, mesmo após a proclamação da República, quando da elaboração do Código Civil não houve grandes preocupações em harmonizar, como

²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 238.

²⁸ Terminologia utilizada por Gramsci para designar os movimentos de reforma social protagonizados pelos membros de classes dominantes que acolhem determinadas demandas das classes dominadas sem que com isso se altere o *status quo*. É paradigmática, nesse sentido, a asserção “façamos a revolução antes que o povo a faça”, utilizada durante a Revolução de 1930. A expressão revolução passiva também foi utilizada por Gramsci para definir os movimentos de renovação “de cima para baixo”, de cunho autoritário, que excluíam a efetiva participação da população. A respeito, ver: GRAMSCI, Antonio. **Il risorgimento**: notas sobre a história da Itália. Edição de Carlos Nelson Coutinho. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 318. v. 5.

²⁹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **AJURIS - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 14, n. 40, p. 128-49, jul. 1987. p. 129. Com efeito, qualquer tentativa de subversão em território brasileiro foi duramente reprimida pelo governo. Dentre os inumeráveis exemplos, fiquemos com os mais marcantes, como Canudos, a Revolta Farroupilha, a Inconfidência Mineira, entre outras.

ocorrido na Alemanha à época da criação do BGB³⁰, centros de produção jurídica locais com um poder central, eis que este no Brasil sempre foi preponderante.³¹

Desses dados se extrai que, muito embora o Código Civil brasileiro de 1916 seja estruturalmente semelhante ao alemão, e materialmente aproximado do francês³², ele não quebra a tradição de *concentração das fontes normativas no poder central* existente já em Portugal desde as Ordenações Afonsinas. Com efeito, se na codificação francesa os *coutumes* tiveram grande importância, bem como o direito consuetudinário na elaboração do Código Civil Alemão, Portugal se destaca em razão de suas leis, desde as remotas Ordenações, possuírem base *estatal*.³³

Desse fato decorre uma consequência muito profunda: como acentua Clóvis do Couto e Silva, a centralização da produção normativa no poder central conduz “indesviavelmente, à idéia do Código, no seu sentido tradicional e positivista, como algo que incorpore em seu universo a totalidade normativa de um país”³⁴, criando assim um terreno fértil para a disseminação da idéia de *plenitude* do ordenamento.

4 O DOGMA DA PLENITUDE - SISTEMA ABERTO E FECHADO

Para que se possa levar a bom termo a compreensão da importância da noção de plenitude do ordenamento, bem como o entendimento a respeito da importância exercida pelas cláusulas gerais no sistema de direito privado brasileiro, é necessário trazer a lume outro debate de grande importância, que repousa na discussão entre sistema *fechado* e sistema *aberto*.

³⁰ Nesse sentido, ver WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**, especialmente p. 558 e ss.

³¹ A Constituição brasileira de 1824, por exemplo, determinava em seu art. 84 a submissão das deliberações tomadas pelos conselhos de província diretamente ao Poder Executivo.

³² Apesar das exatas 479 fontes materiais portuguesas do direito brasileiro identificadas por Pontes de Miranda. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**, p. 93.

³³ Destaca Clóvis do Couto e Silva que “o centralismo é, assim, um fenômeno antigo no Direito português, não havendo lugar para a discussão a respeito da superioridade do Direito costumeiro ou local”. Cf. COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **AJURIS**, v. 14, n. 40, p. 128-149, jul. 1987. p. 129.

³⁴ *Ibid.*, p. 131.

Dentre os vários propostos tanto na doutrina jurídica como na filosofia, podemos adotar como critério de distinção entre essas duas categorias o comportamento do sistema diante daquilo que ocorre no meio envolvente³⁵. Se o sistema não aceita injunções externas, tomando a si mesmo como referência para o comportamento das partes que o compõem (auto-referencialidade), diz-se então que ele é fechado, vale dizer, a orquestração de seus elementos é regida tão-somente *interna corporis*, pelo próprio sistema. De outro lado, um sistema aberto é aquele em que o modo como os elementos do sistema se comportam é determinado pela própria lógica interna do sistema (a “idéia única” kantiana), mas *também* se admitindo a influência de elementos externos ao próprio sistema. Em outras palavras, é um sistema que admite *inputs* e *outputs*³⁶, em que se aceita que, embora os elementos do sistema sejam regidos por uma lógica própria, esses mesmos elementos, diante de determinados fatos exteriores (*inputs*), podem apresentar modificações em seus comportamentos (*outputs*).

Não obstante, com o advento das novas teorias sistêmicas, originadas no estudo de Maturana e Varela a respeito da *autopoiesis* nos seres vivos, transportadas para as ciências sociais através da obra de Niklas Luhmann e, no direito, principalmente através de Gunther Teubner, o debate entre sistema aberto e fechado, muito aceso na literatura jurídica do séc. XX³⁷, ganhou novos contornos teóricos e práticos pela inclusão das categorias da *operacionalidade* e da *cognição* (ou, conforme Gunther Teubner, *organização* e *estrutura*) dos sistemas, cuja utilização, embora não implique necessária adesão às conseqüências extraídas por estes autores, serve para dar um viés todo novo a esta velha discussão.

A categoria da operacionalidade representa a existência de uma lógica interna ao próprio sistema, cuja atuação determina o comportamento dos elementos

³⁵ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989. p. 29.

³⁶ *Id.*

³⁷ A título de exemplo, basta ver as concepções diametralmente opostas de Michel Mialle (MIALLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**. Trad. Ana Prata. Lisboa: Moraes Editores, 1979.) e Hans Kelsen (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006) a respeito da abertura do sistema jurídico. Contemporaneamente, veja-se as obras de AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.; e FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000., que demonstram com elegância as nefastas conseqüências que podem advir da adesão irrestrita a uma concepção do direito como sistema fechado.

entre si, produzindo assim a diferenciação do sistema com o meio envolvente. Refere-se à própria organização do sistema enquanto tal, àquilo que estabelece as relações de harmonia e referencialidade (determinação do comportamento de um elemento pela existência e comportamento de outro elemento integrante do mesmo sistema). O próprio significante utilizado para a categoria é bastante rico para expressar seu significado: é o *modus operandi* do sistema, a racionalidade que governa seu funcionamento, a qual, para que não ocorra a confusão do sistema com o meio que o envolve, deve ser sempre fechada, pois, do contrário, sistema não haveria, retornando-se então à uma “multitude de singularidades desconexas”, na eloqüente expressão de Claus-Wilhelm Canaris.

Todavia, isso não implica que o sistema seja impermeável ao meio. Entra em questão aqui a categoria da cognição: a existência do sistema pressupõe uma *lógica* fixa, mas tal rigidez não necessariamente se aplica aos elementos que o compõem. O sistema, embora operacionalmente fechado, é *cognitivamente* aberto para receber novos elementos, que passarão então a operar conforme a racionalidade do próprio sistema. Exemplo prático de aplicação dessa noção encontra-se, por exemplo, na possibilidade conferida aos sujeitos de celebrarem *contratos atípicos*. Através destes, é criada uma nova modalidade contratual que, contudo, submeter-se-á aos mesmos princípios que governam as relações contratuais em geral e vinculará as partes como se contrato típico fosse.

Torna-se possível, assim, falar-se em sistemas simultaneamente abertos e fechados, cognitivamente abertos e operacionalmente fechados, em que se admite a entrada de elementos exteriores (no caso do direito, de novas normas, de fatos histórico-sociais, de novos vetores axiológicos), os quais, ao adentrarem no sistema, passam a operar conforme a racionalidade ínsita ao próprio sistema (novamente, no caso do direito, tais elementos organizar-se-iam através do binômio lícito-ilícito).

Cumpra observar que não se busca aqui fazer a apologia de uma determinada concepção do sistema jurídico. Mas é que não se pode negligenciar que a aceitação da idéia de sistema no direito gera reflexos profundos e variados no campo da hermenêutica jurídica. Uma vez que as normas nem sempre possuem um significado evidente (*in claris cessat interpretatio, a contrario*), forçando o aplicador à sua interpretação³⁸, a adesão à idéia de sistema implica necessariamente, em grau

³⁸ Ou, adotando-se uma postura mais condizente com o paradigma da linguagem, toda norma é fruto de interpretação.

mínimo, a consideração dos demais elementos do próprio sistema, exclusivamente (sistema fechado), ou ainda a outros fatores não jurídicos (sistema aberto). Daí surgirem, no curso da história, diversas modalidades de se pensar a norma a partir do sistema.

Dentre as várias espécies de pensamento sistemático que surgiram a partir do século XVIII, parece lícito afirmar que, ao menos no Brasil, acabou por preponderar a modalidade do *pensamento sistemático lógico-formal*, dentro de uma epistemologia de cunho *positivista*, notadamente por influência da obra de Hans Kelsen. Para este teórico, a tarefa do jurista deveria limitar-se ao estudo da norma jurídica, sua vigência, validade e eficácia. Daí ser *formal* (e também fechado): não deveria o aplicador ou estudioso do direito preocupar-se com o conteúdo da norma, o que seria objeto de outras ciências, mas sim, na medida em que esses conteúdos vêm dispostos em regras de caráter cogente, estudar os efeitos atribuídos aos enunciados legais pela existência da forma normativa.³⁹

Da epistemologia positivista acrescenta-se ainda o postulado da *completude* ou *completitude* do ordenamento. Originariamente pensado pela escola histórica do direito⁴⁰, modernamente tal postulado encontra albergue nos sistemas através da introdução do *non liquet* e da necessidade de adstrição da decisão judicial à lei (ou, em uma leitura contemporânea, ao *direito*). Através da vedação ao juiz de não julgar pela ausência de lei, tem-se que, mesmo diante de uma situação fática que não se subsuma a uma regra jurídica, não pode o juiz deixar de dar uma solução para o caso concreto. Tal decisão, ainda, deve retirar seu fundamento da lei, mesmo que o dispositivo legal aplicado seja aquele que autoriza a utilização da analogia, dos costumes, dos princípios gerais de direito ou, em caso último, a equidade.⁴¹

Vale dizer: não obstante a resposta a determinado caso concreto pudesse não estar explícita nas normas jurídicas vigentes, ela pode estar implícita (latente) na sociedade, ou poderia ser encontrada através do sistema, seja aplicando o

³⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, especialmente p. 79 e ss.

⁴⁰ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**, p. 397-429.

⁴¹ A respeito do postulado da completude do ordenamento, ver BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas pelo Dr. Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, especialmente p. 202.

princípio regente⁴² de uma norma às situações semelhantes, seja aplicando-se o princípio regente de um sistema para se extrair uma norma, ou ainda, através de um juízo de equidade. Ou seja, o ordenamento jurídico *deve* fornecer todas as respostas, e, se assim é, conclui-se que para tal mister ele deve *conter* todas as respostas.

Do exposto acima conclui-se que: a) as normas que compõem o ordenamento são regidas por um princípio unificador, de onde decorre sua própria pertinência ao sistema; b) uma vez ausente uma norma expressa, a partir desse mesmo princípio unificador (ou seus subprincípios), necessariamente geral (pois abarca todo o sistema), é possível deduzir-se uma norma implícita, referente a um caso concreto. Daí também chamar-se essa modalidade de pensamento, fundada nessas premissas, de *lógico dedutiva*: as regras jurídicas são mandamentos logicamente dedutíveis a partir do princípio unificador do sistema ou de seus subprincípios.

Parece inegável que a disseminação do método lógico-dedutivo na ciência do direito produziu fecundos resultados, contribuindo largamente para o avanço técnico e teórico nesse ramo do conhecimento. Sem embargo, paulatinamente foi-se descobrindo que a utilização de tal método não era suficiente, e por vezes sequer adequada (principalmente quando da operacionalização das cláusulas gerais), a compreender a totalidade das situações fáticas e normativas a exigir resposta dos juristas. Entra em cena, então, a “redescoberta” da tópica.

5 TÓPICA E PENSAMENTO TÓPICO

Apesar de aprioristicamente excluídas pela epistemologia positivista, paulatinamente a multiplicidade das situações, fáticas e normativas, submetidas ao crivo da jurisprudência e da doutrina começou a revelar a existência das *lacunas* do ordenamento, e com isso a idéia da completude do ordenamento jurídico começa a

⁴² Tomado aqui não na acepção de norma jurídica, como faz Robert Alexy (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto G. Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.), mas como razão determinante de uma norma.

ser abalada⁴³. Com efeito, com a crise do Estado liberal, o corpo codificado, monólito legislativo tido como espelho da sociedade⁴⁴, passou a não mais refletir a pluralidade do social. A criatividade negocial dos agentes econômicos, bem como a existência de um novo modelo de organização social pós-revolução industrial demonstraram não só a inexistência de, como também a necessidade de se dar, uma solução jurídica a situações que estavam, até então, à margem do direito, e que não podiam mais ser extraídas do próprio sistema.

Além disso, começou-se a perceber a existência de situações em que, não obstante a resposta ao problema posto pudesse efetivamente ser extraída do sistema, o próprio ordenamento fornecia mais de uma resposta possível e sustentável, sem, contudo, fornecer os critérios que legitimassem a escolha de uma das alternativas em detrimento da outra.⁴⁵

Tais circunstâncias freqüentemente deixavam o julgador, ante a ausência de um parâmetro de julgamento, em face de uma aporia, ou seja, “uma questão que é estimulante e iniludível, (...) a falta de um caminho, a situação problemática que não é possível eliminar”⁴⁶. Diante desse quadro de insuficiência tanto do pensamento sistemático quanto da noção de *totalidade* do ordenamento, em meados do século XX Theodor Viehweg retoma a noção de *tópica*.⁴⁷

Nas situações aporéticas, em que a verdade “não se impõe”, inexistem argumentos que reclamem coativamente a aceitação do investigador, em que não haja alternativa além de aceitá-lo. Tal é o que freqüentemente ocorre quando tratamos de valores, como o belo, o bom, o justo, que apenas assumem o *status* de “verdade” quando pensados num grau de abstração excessivamente elevado para

⁴³ Judith Martins-Costa demonstra essa insuficiência através da fissura ocorrida na tríplice ideologia da sociedade, da unidade legislativa e da interpretação. Cf. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 276-286.

⁴⁴ “É lícito retirar da unidade legislativa no campo das relações civis um preciso significado: o de revelar a fundamental impossibilidade da existência de um espaço no qual pudessem ser ouvidos outros acordos que não os do sinfônico concerto da hegemonia burguesa”. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 278.

⁴⁵ Toma-se como exemplo a situação proposta por Bobbio: como resolver os conflitos de leis hierarquicamente equivalentes, cronologicamente contemporâneas e de igual especialidade? (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico...**, p. 206).

⁴⁶ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 31. (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo).

⁴⁷ Em verdade, Viehweg não “retoma” a *tópica*, mas busca demonstrar que este método jamais deixou de ser aplicado.

serem operacionais. Entretanto, quando considerados em relação a uma situação concreta (“isso ou aquilo é belo, ou bom, ou justo?”), rapidamente percebe-se que o valor deixa de ser uma verdade, sendo necessário *fundamentar* a valoração que se faz.

Cumprido ressaltar que o direito, ainda que sistematicamente construído para ser completo e, portanto, fornecer *sempre* uma resposta que se pode chamar *verdadeira*, não permaneceu alheio a esse tipo de situação. É o que já ocorria, por exemplo, quando da vigência do Código Civil de 1916, no caso de suprimimento judicial da outorga uxória, em que cabia (e ainda cabe) ao magistrado aferir a existência de motivo *justo* para a recusa da mulher (art. 237), ou no caso de recusa do depositário em entregar o bem depositado, ao se averiguar a *razoável* suspeita deste de que o bem foi furtado ou roubado (art. 1.268). Ora, não há um conceito de motivo justo ou de suspeita razoável que seja aplicável a todas as situações trazidas ao judiciário, nem tampouco podem esses conceitos serem logicamente extraídos do sistema (embora esse possa, efetivamente, auxiliar).

Por outro lado, embora em muitos dos demais casos seja possível extrair do sistema proposições verdadeiras efetivamente aplicáveis ao caso, decorrentes de juízos axiomáticamente tidos como verdades, nova aporia surge quando, diante de uma dada situação, há a possibilidade de o intérprete escolher mais de uma premissa ou axioma validamente (como, por exemplo, na escolha entre privilegiar-se a autonomia privada ou a proteção do hipossuficiente quando da interpretação de determinado negócio jurídico). Em todos esses casos, a *adesão* do jurista ou do interlocutor a determinado argumento é essencial. E, para obtê-la, Viehweg aponta a tópica como método a ser utilizado.

É comum a asserção de que a tópica é uma “técnica do pensamento problemático”⁴⁸, um *modus operandi* a ser adotado em situações aporéticas. Aristóteles, ao iniciar o estudo da tópica, põe a questão nos seguintes termos: “Nosso tratado se propõe a encontrar um método de investigação graças ao qual possamos raciocinar, partindo de opiniões geralmente aceitas, sobre *qualquer problema* que nos seja proposto.”⁴⁹ (grifo nosso).

⁴⁸ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**, p. 31.

⁴⁹ ARISTÓTELES. **Tópicos; dos argumentos sofisticos**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 1. (Coleção “Os Pensadores”).

Para tal desiderato, recorre-se então às “afirmações comumente aceitas, ou aceitas pelos mais sábios, ou ainda pela maioria destes”⁵⁰ (*topoi*), sobre as características dos objetos sob análise para, no cotejo dos tópicos, obter uma solução para um dado problema posto. Em outros termos, adota-se um catálogo de “raciocínios que derivam de premissas que parecem verdadeiras com base em uma opinião reconhecida”⁵¹ para daí, dialeticamente, chegar-se à resposta. O ponto de partida, aqui, não é a *veritas*, mas a *verosimilia*; não a *aletheia*, mas a *endoxa*.

O critério utilizado na seleção dos tópicos a serem empregados na solução do problema, como afirma o próprio Aristóteles, é relativamente discricionário. *Relativamente*, pois não se pode perder de vista que, sendo a tópica um estilo de pensamento voltado ao problema, o próprio problema constitui um parâmetro mínimo a vincular a escolha. Ainda, a eleição dos tópicos não se reveste de imutabilidade, eis que, não sendo uma proposição necessária, pode ser descartada caso se revele inconveniente, ou mesmo ressignificada tendo em vista as demais proposições adotadas.

Dentre as diversas modalidades de *topoi* utilizados na práxis argumentativa encontram-se principalmente o da *quantidade* e o da *qualidade*, conforme se afirma a superioridade de uma coisa a outra em razão de aspectos quantitativos ou qualitativos daquilo que se compara. Assim, quando um magistrado fundamenta seu julgamento na “doutrina majoritária” a respeito da *quaestio* trazida a exame, ou entende que determinado evento, como a não entrega da cópia de um contrato de adesão pelo fornecedor, é o que normalmente ocorre (ou seja, ocorre na *maioria* das vezes), tem-se aplicação direta do lugar da quantidade⁵². Mas, caso se entenda que muito embora a doutrina majoritária incline-se em determinado sentido, a *melhor* doutrina aponta em outro, estar-se-ia adotando o lugar da qualidade.⁵³

Mesmo em argumentações em termos estritamente jurídicos é comum encontrarmos lugares argumentativos dotados de larga utilidade para a operação do direito. Com efeito, embora Claus-Wilhelm Canaris rejeite energicamente que a

⁵⁰ ARISTÓTELES. **Tópicos; dos argumentos sofisticos**, p. 1.

⁵¹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**, p. 25.

⁵² PERELMAN, Chain; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 97-100.

⁵³ *Ibid.*, p. 100-105.

tópica possa se constituir como método base do pensamento jurídico⁵⁴, ao fim acaba por admitir que efetivamente há situações em que não há como evitar sua utilização, por não ser possível (ou ser muito difícil) se extrair uma solução para determinados casos, como nas lacunas e na concreção de conceitos indeterminados, sem recorrer a um estilo de pensamento tópico.⁵⁵

Embora nos casos acima mencionados não seja possível dar uma resposta sistemática, há outras situações que, embora passíveis de solução através do recurso ao sistema, também recomendam a utilização *conjunta* de lugares argumentativos. Nesse sentido, Judith Martins-Costa aponta a *finalidade* ou a *boa-fé* em matéria contratual, ou a *função social* no que diz respeito ao direito de propriedade.⁵⁶

Sem embargo, e para os fins da presente exposição, cumpre ressaltar que é na concreção de cláusulas gerais que a tópica vem desempenhando seu mais fundamental papel no ordenamento privado brasileiro.

6 AS CLÁUSULAS GERAIS E O SISTEMA DE DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

Como acima exposto, foi apenas recentemente que as cláusulas gerais passaram a integrar o ordenamento jurídico como técnica legislativa direcionada à obtenção de finalidades específicas. Embora seja possível ver exemplos pontuais de utilização de cláusulas gerais, parece correto inferir que os dois exemplos mais marcantes, pelos impactos que produziram no sistema de direito privado brasileiro e pelo vulto que tomaram na jurisprudência, são o Código de Defesa do Consumidor

⁵⁴ “Quando se pergunta o que pode prestar a tópica dentro da Ciência do Direito, torna-se de antemão claro que ela é impraticável na medida em que se ligue à retórica; pois o indagar pelo justo não é nenhum problema de pura retórica, por muito que sempre se possa alargar também esse conceito”. Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático**..., p. 255.

⁵⁵ “Com isto fica também já claro, como e em que circunstâncias tem o pensamento tópico uma função significativa a cumprir dentro da Ciência do Direito: sempre que faltem valorações jurídico-positivas suficientemente concretizadas. Pois nesse caso, não só as possibilidades do pensamento sistemático deparam com limites inultrapassáveis, como também se verificam, em regra, as características da tópica: as normas só podem aqui ser preenchidas, em termos de conteúdo, através do juiz, de tal modo que este deve actuar como o legislador, decidindo, afectivamente, acerca da máxima do ‘comportamento correto’”. Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático**..., p. 269-270.

⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 358.

(CDC) (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990) e o atual Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).⁵⁷

6.1 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Em poucos setores do ordenamento privado a necessidade de uma regulamentação mais flexível, aberta à realidade e à criatividade negocial se fez sentir tanto como no âmbito das relações de consumo.

O século XX foi o palco de profundas transformações de ordem política, econômica e social, em que o *laissez-faire* oitocentista deu lugar a um forte intervencionismo estatal e a toda uma nova concepção de Estado⁵⁸. No Brasil, ainda, tais mudanças se revelaram ainda mais marcantes, ocasionando uma verdadeira inversão do perfil econômico social de rural/agrícola a urbano/industrial.⁵⁹

Assim, não é sem razão que as codificações civil e comercial brasileiras, verdadeiras obras do século XIX⁶⁰, paulatinamente começaram a se tornar insuficientes, e por vezes inadequadas, para regular a nova configuração da sociedade brasileira. Tal insuficiência tornou-se ainda mais evidente no final do século XX, em que se acentuaram a concentração do poder econômico e o consumo de massa.

⁵⁷ Devido à restrição do tema do presente estudo ao direito das *obrigações*, não se incluiu no rol acima o Estatuto da Criança e do Adolescente, que, entretanto, também contempla cláusulas gerais em seu texto e merece, portanto, ser mencionado, ainda que *en passant*. Igualmente, não se contemplou as denominadas *cláusulas gerais constitucionais*, as quais, além de transbordar ao direito das obrigações e alcançar o ordenamento como um todo, são objeto de análise não pelo Superior Tribunal de Justiça, mas pelo Supremo Tribunal Federal, o que tornaria a presente exposição demasiado extensa. Igualmente, e pelas mesmas razões, também não será feita análise das cláusulas gerais de direito *processual*.

⁵⁸ “O século XX multiplicou as ocasiões em que se tornava essencial aos governos governar. O tipo de Estado que se limitava a prover regras básicas para o comércio e a sociedade civil, e oferecer polícia, prisões e Forças Armadas para manter afastado o perigo interno e externo, o ‘Estado-guarda-noturno’ das piadas políticas, tornou-se tão obsoleto quanto o ‘guarda-noturno’ que inspirou a metáfora”. Cf. HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)**. Trad. de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 142.

⁵⁹ Não se ignora, aqui, que ainda hoje a produção agrícola representa considerável fatia da economia nacional. Todavia, parece lícito afirmar que não se trata mais de atividade *exclusiva*, mas que convive com os setores secundário e terciário da economia.

⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**, p. 85.

Esse quadro não passou despercebido, e através da Constituição da República de 1988 a assembléia nacional constituinte decidiu outorgar nova proteção aos que passaram a ser chamados de “hipossuficientes”, estatuidando como direito fundamental e fundamento da ordem econômica a proteção do consumidor (CR, art. 5.º, inciso XXXII; art. 170, inciso V) e determinando ao Congresso Nacional a edição de um código especificamente destinado a tal finalidade (ADCT, art. 48).⁶¹

Entretanto, há muito a ciência jurídica já vinha reclamando uma legislação maleável o suficiente para conseguir manter-se atualizada com o passar do tempo sem o ônus de uma excessiva produção legislativa adicional. Nesse sentido, já no ano de 1965 afirmava Orlando Gomes, quando convocado para a elaboração de um novo Código Civil, que: “impõem-se, inequivocamente, uma reforma do Código Civil que articule regras suficientemente plásticas para permitirem que doutrina e jurisprudência trabalhem com apreciável margem de liberdade.”⁶²

Atentos a essa necessidade, de uma proteção “atualizável” ao hipossuficiente nas relações de mercado, a comissão encarregada da elaboração de um Código de Defesa do Consumidor buscou atender tal desiderato com o emprego sistemático de cláusulas gerais.

Assim, e pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, foi positivada, através do CDC, a cláusula geral da boa-fé objetiva (art. 4º, inciso III)⁶³, impondo aos fornecedores de produtos e serviços a observância de deveres de lealdade, transparência e informação, possibilitando ao judiciário brasileiro a coibição de

⁶¹ Tal proteção em verdade já era uma preocupação global, constando do Anexo 3 da Resolução n.º 39/248 da Organização das Nações Unidas (ONU) que os governos deveriam buscar “proteger o consumidor quanto à prejuízos à sua saúde e segurança” (item “a”). Conferir em: BUSCALEGIS - CONSUMIDOR. **Resolução nº 39/248 da Organização das Nações Unidas (ONU), de 16 de abril de 1985**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/index>>. Acesso em: 12/3/2009.

⁶² GOMES, Orlando. **A reforma do código civil**. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1965. p. 21.

⁶³ “Era preciso (...), a cada vez, explicitar fundamentadamente, a invocação do princípio jurídico não legislado. Agora, com a nova lei, já existe suporte legal para solver os litígios entre os partícipes da relação de consumo e, numa aplicação mais extensa, é possível encontrar nessa regra legislada o apio para utilizar analogicamente a boa-fé como princípio reitor de todas as relações contratuais”. Cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.) **Estudos sobre a proteção do consumidor...**, p. 19. Ressalte-se que, a rigor, não foi com a edição do Código de Defesa do Consumidor que a boa-fé encontrou tratamento em regra de direito positivo, já havendo na parte revogada do Código Comercial disposição semelhante (Código Comercial, art. 131, 1). Todavia, a episteme da época não permitiu maiores desenvolvimentos acerca do tema, restando o referido dispositivo, ao final, como “letra morta” no código.

abusos nas relações de consumo com a determinação, aos agentes econômicos, de observância a *standards* de conduta no desenvolver de toda a atividade negocial.

Além da boa-fé objetiva, outras cláusulas gerais foram inseridas no corpo do novo código visando uma proteção mais eficaz do consumidor, como a norma do art. 51, inciso XV em conjunto com seu parágrafo primeiro e respectivos incisos⁶⁴, que permitem ao julgador, atento às circunstâncias do caso, verificar *in concreto* a ocorrência de abusividade em qualquer relação contratual de consumo.

Deve-se observar, ainda, a *abertura sistemática* promovida pelas cláusulas gerais existentes no CDC, especialmente pelo art. 7º⁶⁵, o qual, nas palavras de Cláudia Lima Marques, serve como uma *interface* para um efetivo “diálogo das fontes”, autorizando o intérprete a buscar na totalidade do sistema jurídico a *melhor norma* aplicável à situação no intuito de se concretizar o *favor debilis*.⁶⁶

6.2 O NOVO CÓDIGO CIVIL

O atual Código Civil brasileiro, promulgado em 10 de janeiro de 2002 após 27 anos de tramitação legislativa, teve como diretrizes, conforme amplamente divulgado pela comissão elaboradora do anteprojeto, os princípios da *eticidade, socialidade e operabilidade*.

Pela eticidade, “buscou-se superar o apego do Código atual [1916] ao *formalismo jurídico*” para se reconhecer a “indeclinável participação dos *valores*

⁶⁴ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

⁶⁵ Art. 7.º. Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

⁶⁶ MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 220-221.

éticos no ordenamento jurídico”⁶⁷. Através da socialidade, visou-se “superar o manifesto caráter individualista da lei vigente”, enfatizando-se “o predomínio do social sobre o individual”⁶⁸. Por fim, a operabilidade veio no sentido de “estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do direito.”⁶⁹

Para concretizar essas diretrizes, afirma o próprio supervisor da Comissão elaboradora do anteprojeto que se resolveu

(...) lançar mão, sempre que necessário, de *cláusulas gerais*, como acontece nos casos em que se exige probidade, boa-fé ou correção (*correttezza*) por parte do titular do direito, ou quando é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica.⁷⁰

Realmente, na elaboração do atual Código Civil brasileiro pode-se dizer que a utilização das cláusulas gerais não foi apenas deliberada, mas também *estratégica*, visando conferir mobilidade a setores chave do ordenamento de modo a permitir que a nova codificação se mantivesse em constante atualização pela atuação jurisprudencial e se constituísse como “eixo central” do ordenamento privado.⁷¹

Dentre os setores do sistema de direito privado brasileiro que mais reclamavam uma *oxigenação* encontra-se o direito das obrigações, não só em razão da obsolência de muitas normas contidas na legislação anterior, às quais se buscou dar uma nova roupagem, mas principalmente em virtude da dinâmica inerente às atividades negociais conjugada à possibilidade de celebração de contratos atípicos (atualmente prevista no art. 423 do novo Código Civil), que demandam uma regulamentação jurídica que não pode ser *estática*.

Conclui-se, do exposto, que a regulamentação do direito civil, e especialmente do direito das obrigações, através de cláusulas gerais, especialmente

⁶⁷ REALE, Miguel. **História do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 37.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 38.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 40.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ “Os modelos abertos não estão uniformemente dispersos no novo Texto, e nem poderiam estar, pois é da natureza do Direito Civil conter campos que requerem maior ou menor ductibilidade”. Cf. MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 123.

a *boa-fé objetiva* e a *função social do contrato* constituem exigências dos tempos contemporâneos, por possibilitarem uma análise casuística das lides submetidas ao Poder Judiciário e a prolação de uma decisão fundada em uma norma de *direito positivo*, sem que se ponha em risco a tão cara *sistematicidade* do ordenamento jurídico, rompendo assim com a preponderância do pensamento lógico-formal visando à conferir, em cada caso, a solução mais *justa*⁷². Assim sendo, cumpre investigar o *modus operandi* dessa “técnica legislativa” e verificar se, quando da solução de litígios, o sistema jurisdicional é capaz de fornecer resposta adequada.

⁷² Em sentido contrário, THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista da EMERJ*, v. 9, n. 35, p. 92-120, abr. 2006. p. 96.: “Direito não é mais sinônimo de lei, e norma ou preceito não mais se distinguem dos princípios. Assim em nome de pretensos princípios, que muitas vezes não se sabe se existem realmente nem de onde foram extraídos, se cria todo um clima de permissividade para o operador do direito. Totalmente descompromissado com a lei ditada pelo poder legiferante instituído, o aplicador do direito procura a regra a aplicar no caso concreto onde bem lhe convier, ou onde bem entender...”; “O próprio legislador, em quem os indivíduos pensavam poder confiar para, na votação livre e democrática das leis, estabelecer os limites do autoritarismo do poder governante, abdica simplesmente da competência de traçar, com precisão e segurança, os preceitos que deveriam presidir o comportamento individual no seio da coletividade. Preferem, por comodidade, por menor esforço, ou por submissão a idéias de momento e de puro efeito demagógico, legislar por fórmulas excessivamente genéricas (cláusulas gerais, normas abertas e quejandas).”

CAPÍTULO II – A NOÇÃO DE CLÁUSULA GERAL

1 BUSCA DE UMA DEFINIÇÃO ESTIPULATIVA

Embora qualquer definição em direito seja sempre controversa, dada a própria natureza da ciência e a historicidade de seu objeto, a conceituação do que seja uma cláusula geral se reveste de especial dificuldade. Claus Wilhelm-Canaris, a respeito do tema, assevera que “semelhantes normas são, assim, de antemão, de dogmatização inviável.”⁷³

Todavia, embora fuja ao âmbito do presente estudo precisar um *conceito* de cláusula geral⁷⁴, há que se buscar ao menos uma definição estipulativa⁷⁵ para que a exposição chegue a bom termo. Para tanto, buscar-se-á salientar as principais características das cláusulas gerais apontadas pela doutrina, bem como diferenciá-las de outras figuras jurídicas que a elas se assemelham.

1.1 A CLÁUSULA GERAL ENQUANTO TÉCNICA LEGISLATIVA CONTRAPOSTA À CASUÍSTICA

Uma primeira abordagem feita pela doutrina consiste em considerar as cláusulas gerais enquanto *técnica legislativa* contraposta à edição de *normas*

⁷³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático**..., p. 44.

⁷⁴ Aliás, conforme célebre lição de Iavolenus, “*omnis definitio in iure civili periculosa est, parum est enim ut non subverti possit*”. D. 50.17.202. Disponível em: <<http://web.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-50.htm#17>>. Acesso em: 20/2/2009.

⁷⁵ “Entende-se por definição estipulativa aquela que estipula o significado de um termo que será introduzido no intuito de estabelecer a melhor comunicação e entendimento”. Cf. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As associações em sentido estrito no direito privado**. 258 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 137, nota n.º 357. Disponível em: <<http://www.rodrigoxavierleonardo.com.br/arquivos/20070731121037.pdf>>. Acesso em: 10/2/2009.

regulamentares ou *casuística*⁷⁶. Nesse sentido, ao se utilizar a técnica da casuística busca-se “a configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos, na sua especificidade própria”⁷⁷, ou seja, busca-se delinear, com precisão, a categoria de eventos que irão compor o suporte fático da norma, de modo a haver pouca dificuldade na sua aplicação, a qual, no mais das vezes, se fará através da *subsunção*⁷⁸. Em suma, pode-se dizer que a casuística é a técnica da legislação por *tipos de conduta*.⁷⁹

Por outro lado, ao se legislar mediante cláusulas gerais, o recurso à tipicidade se dá apenas em grau mínimo, evitando-se a estrita determinação do suporte fático em prol de uma *indeterminação* intencional dos termos que compõem a estatuição, através da qual se amplia o rol de situações fáticas por ela reguladas, as quais serão delineadas, precipuamente, pela via jurisprudencial.⁸⁰

As diferenças entre ambas as técnicas fazem-se sentir não apenas na *estrutura* da norma, mas principalmente em seus *efeitos*. De um lado, as cláusulas gerais proporcionam maior maleabilidade ao sistema, evitando-se o enrijecimento e a defasagem que normalmente acometem as disposições elaboradas através da casuística, uma vez que a indeterminação dos conceitos existentes na *fattispecie* permite a constante reelaboração de seu significado, tanto diante das peculiaridades do caso concreto quanto em relação às mudanças sociais. Em revés, ao privilegiar a tipificação das condutas, a regulamentação casuística ganha em previsibilidade e

⁷⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 27.: “Ao lado da técnica de legislar com normas regulamentares (ou seja, através de previsões específicas e circunstanciadas), coloca-se a técnica das cláusulas gerais. Legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato”. Em sentido aparentemente oposto, PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 58-59.: “Um Código Civil – o mesmo sucedendo com a compilação de qualquer outro ramo do direito – pode corresponder a modelos diversos, sob o ponto de vista do *tipo de formulação legal adotado*. (...) O tipo de *formulação casuística* traduz-se na emissão de normas jurídicas prevendo o maior número possível de situações da vida (...). O tipo de formulação, que recorre a *conceitos gerais-abstractos*, traduz-se na elaboração de tipos de situações da vida, mediante conceitos claramente definidos e recortados”. (grifo no original).

⁷⁷ ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 188.

⁷⁸ Ilustrativamente, veja-se os arts. 5.º, 9.º, 26, 37 e 41 do Código Civil, dentre inúmeros outros.

⁷⁹ Nesse sentido, ver MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**, p. 1184-1189.

⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 298-999.

calculabilidade, gerando maior segurança jurídica, o que, ao menos em princípio, não ocorre com as cláusulas gerais até que, com a reiteração de casos semelhantes, alcance-se um *novo tipo* formado jurisprudencialmente, que será então incorporado ao sistema.⁸¹

Do exposto é possível concluir que a utilização de termos *indeterminados* na composição da estatuição pode ser definida como uma das principais características das cláusulas gerais⁸². Entretanto, há outras espécies de normas com a mesma característica que, não obstante, não podem ser consideradas como cláusulas gerais, tanto estruturalmente quanto funcionalmente.

1.2 DIFERENCIAÇÃO ENTRE GENERALIDADE, GENERICIDADE, AMBIGÜIDADE E VAGUEZA

Uma vez que a *indeterminação dos termos da estatuição* é uma das notas mais marcantes das cláusulas gerais, cumpre, nesse momento, precisar o que se entende por essa expressão, e distingui-la das demais comumente utilizadas pela doutrina, tais como generalidade, vagueza, indeterminação ou mesmo ambigüidade⁸³, todas agrupadas sob o mesmo sintagma da *indeterminação*, para se poder caracterizar sua conformação dogmática.

Ressalte-se, nesse ponto, que os fenômenos acima mencionados não ocorrem apenas na linguagem *jurídica*, verificando-se em qualquer língua natural.⁸⁴

⁸¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**, p. 59-62.

⁸² O que também pode ser interpretado como um reflexo daquilo que Cláudia Lima Marques chama de "normas narrativas", características da pós-modernidade. Cf. MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**, 2006. p. 25-58. p. 28.

⁸³ Nesse sentido, além das obras acima citadas de Karl Engisch, Pietro Perlingieri e Carlos Alberto da Mota Pinto, ver também: AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 72. "Cláusulas gerais são proposições normativas cuja hipótese de fato (*fattispecie*), em virtude de sua ampla abstração e **generalidade**, pode disciplinar um amplo número de casos, conferindo ao intérprete maior autonomia na sua função criadora. Diferem das regras jurídicas pelo fato de estas contarem com uma estrutura mais precisa, menos **vaga**. Apresentam certa *indeterminação* na hipótese de fato, e por isso elas só se compreendem em cotejo com outras realidades normativas". (grifo nosso).

⁸⁴ QUINE, Willard Von Orman. **Word and object**. Cambridge: MIT Press, 1960. p. 8-20.

Sua ocorrência no direito constitui, apenas, um reflexo necessário da estrutura lingüística das normas jurídicas.⁸⁵

Um determinado enunciado pode ser qualificado como *geral* quando é simultaneamente válido para todos os entes que pertencem a uma determinada categoria⁸⁶. Como exemplo, pode-se apontar a norma do art. 10 do atual Código Civil⁸⁷, que impõe a necessidade de averbação em registro público de todos os atos pertencentes às classes nele descritas.

Uma proposição será *genérica*, por sua vez, quando ausente em seu enunciado a especificação pormenorizada dos objetos a que se refere, o qual alude “indiferentemente a uma pluralidade de situações diversas”⁸⁸. É possível vislumbrar-se semelhante característica na regra do art. 205 do Código Civil⁸⁹, que estabelece um prazo prescricional *genérico* de 10 anos às pretensões que não possuem um prazo prescricional específico, estas alinhadas no art. 206 do mesmo diploma.

De outro lado, verifica-se a *ambigüidade* de um enunciado quando, seja em razão de homonímia, seja em razão de polissemia, é possível atribuir-se mais de um significado a um determinado termo utilizado, e que ao mesmo tempo o contexto em que o termo foi empregado não permita conduzir a sua interpretação a um significado em específico.⁹⁰

Por fim, pode-se afirmar que há *vagueza* em uma proposição quando o significado de um termo não se reporta a seu *núcleo*, mas a seu *halo conceitual*⁹¹,

⁸⁵ A respeito, ver CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 23.

⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 304.

⁸⁷ Art. 10. Far-se-á averbação em registro público:
I - das sentenças que decretarem a nulidade ou anulação do casamento, o divórcio, a separação judicial e o restabelecimento da sociedade conjugal;
II - dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação;
III - dos atos judiciais ou extrajudiciais de adoção.

⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 305.

⁸⁹ Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 305-306.

⁹¹ “Com Philipp Heck, podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um *núcleo* conceitual e um *halo* conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito. Que numa noite sem luar, pelas vinte e quatro horas, nos espaços não iluminados, domina a escuridão na nossa latitude, é uma coisa clara; dúvidas fazem já surgir as horas do crepúsculo”. Cf. ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**, 1996. p. 209. No

gerando assim “casos limite” em que não há como se precisar se o termo aplica-se ou não a determinado objeto. É, por assim dizer, uma incerteza intrínseca ao enunciado quanto ao seu valor de verdade em relação ao objeto a que se refere.⁹²

Exemplo tradicional de vagueza semântica é fornecido por Judith Martins-Costa através da expressão “monte de trigo”⁹³. Se estivermos diante de centenas de grãos de trigo, podemos facilmente dizer tratar-se de um monte (núcleo conceitual). Igualmente, se estivermos diante de apenas uma dezena, pode-se falar que não há um monte (zona de certeza negativa). Entretanto, há situações em que não será possível, ou será difícil, afirmar-se que determinada quantidade de grãos é efetivamente um monte de trigo (*halo* conceitual). Nessas situações é que ocorre a vagueza semântica.

A respeito da expressão vagueza, cumpre nesse ponto fazer uma distinção proposta por Claudio Luzzatti entre vagueza *socialmente típica* e a vagueza *comum*, conforme a compreensão do significado da expressão exija ou não, respectivamente, o recurso a *parâmetros valorativos*⁹⁴. Assim, enquanto para a qualificação de determinada despesa como *necessária* para a vida doméstica, quando da aplicação da regra do art. 1.643, inciso I, do Código Civil⁹⁵, não é necessária a formação de um juízo de *adequação axiológica*, podendo-se dizer que o mencionado dispositivo é dotado de vagueza *comum*, o mesmo não ocorre quando se busca precisar se determinada circunstância é *relevante* em relação ao modo de fornecimento de um produto ou serviço para fins de responsabilização do fornecedor

mesmo sentido, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 853.: “Isto porque, além de toda *interpretação* possível, restará, afinal, muitas vezes, embora nem sempre, um campo nebuloso onde não há como desvendar um significado milimetricamente demarcado para os conceitos práticos”.

⁹² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 308. Ver também a definição de *vagueza referencial* de KEMPSON, Ruth M. **Teoria semântica**. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1980. p. 125-127. Ressalte-se que a existência de vagueza semântica em uma norma não lhe retira o caráter de *norma jurídica*, e que, portanto, também *incide* e gera *efeitos jurídicos*, sem embargo da problemática da utilização de conceitos *vagos* em uma linguagem que é *prescritiva*, e, portanto, visa à adequação de comportamentos.

⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 307.

⁹⁴ LUZZATTI, Claudio. **La vaghezza delle norme – un’ analisi del linguaggio giuridico**. Milão: Giuffrè, 1990. p. 299-303 *apud* MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 313.

⁹⁵ Art. 1.643. Podem os cônjuges, independentemente de autorização um do outro:
I - comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica;

(Código de Defesa do Consumidor, art. 14, § 1.^o⁹⁶). A determinação do que seja relevante ou não, nesse caso, remete a critérios que só podem ser determinados com a conjugação dos fatos concretos a regras e valores morais, sociais e/ou consuetudinárias, o que permite caracterizar a expressão como dotada de *vagueza socialmente típica*.

Assentes essas categorias, parece lícito afirmar que as cláusulas gerais não são necessariamente gerais, genéricas ou ambíguas, mas sim que na descrição do suporte fático da norma e do respectivo preceito são utilizados termos dotados de um grau elevado de *vagueza semântica socialmente típica*.

Assim, tem-se que, embora a mencionada regra do art. 10 do Código Civil possa ser considerada como *geral*, tal dispositivo ainda assim é uma regra elaborada pela técnica da *casuística*, eis que bem delineados os contornos do tipo de evento sobre a qual ela deve incidir, o mesmo se podendo dizer da regra do art. 205 do mesmo diploma, ainda que a determinação de seu suporte fático se dê por *exclusão* (“quando a lei não haja fixado prazo menor”). De outro vértice, há cláusulas gerais, como a função social do contrato, por exemplo, cujos termos não apresentam ambigüidade, embora sejam dotados de elevado grau de *vagueza semântica*.

Deve-se observar, entretanto, que as cláusulas gerais não são as únicas espécies de normas jurídicas que se utilizam de termos com alto grau de *vagueza semântica*. Cumpre, portanto, realizar as devidas distinções.

1.2.1 Distinção entre cláusulas gerais e princípios

Parece ser possível afirmar que nos tempos contemporâneos, talvez em reação ao legalismo positivista que grassou na quase totalidade do século XX, os princípios jurídicos tornaram-se objeto de enorme atenção tanto pela doutrina quanto

⁹⁶ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

pela jurisprudência, mormente diante do movimento de constitucionalização do direito civil.⁹⁷

Uma primeira dificuldade que surge na diferenciação dos princípios em relação às cláusulas gerais vem da própria definição *do que é* um princípio jurídico. Sem embargo de outras classificações doutrinárias, parece ser necessário distinguir ao menos duas acepções distintas do termo *princípio*. Num primeiro viés, pode-se tomar por princípio a base fundante de determinado setor do ordenamento jurídico, ou deste como um todo (os assim denominados princípios fundamentais, como, por exemplo, os enunciados nos arts. 1.º a 4.º da Constituição de 1988), o *cerne de sua racionalidade*, verdadeiro alicerce das demais normas jurídicas e condicionante de sua interpretação⁹⁸. De outro lado, num segundo viés toma-se o termo princípio como espécie do gênero norma jurídica, que atuam na dimensão do *peso*, ao lado das regras, também espécie de norma jurídica, mas que atuam na lógica da *vedação de atribuição de efeitos jurídicos antagônicos ao mesmo suporte fático*.⁹⁹

Para os fins deste trabalho, utilizar-se-á a segunda acepção de princípio acima mencionada, dado que a primeira, por assemelhar-se de modo bastante acentuado da própria idéia de sistema (a “idéia única” de Kant), não gera confusão suficientemente relevante com a noção de cláusula geral.

⁹⁷ Com efeito, embora a Constituição da República de 1988 seja classificável como analítica, por regular de forma extensa as matérias nela tratadas, mesmo as de cunho tipicamente não constitucional (curioso exemplo é o art. 242, § 2.º, da Constituição, que determina que o Colégio Dom Pedro II, situado no Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal), ou as que até então não eram assim consideradas (como as matérias referentes à propriedade, à família, entre outros institutos classicamente definidos como de direito privado) ainda assim serve-se fartamente de princípios. Com o reconhecimento da incidência das normas constitucionais diretamente nas relações interprivadas, aumentou ainda mais o interesse doutrinário e jurisprudencial acerca dos princípios e de sua operabilidade.

⁹⁸ Nesse sentido, ver MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 842. “Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.

⁹⁹ A respeito, BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 48-49. “Según la tesis de la separación estricta, existe una diferencia lógica entre reglas y principios. Los principios contienen un deber *prima facie*, las reglas un deber definitivo. Cuando una regla vale y es aplicada, siempre se imputa una consecuencia jurídica. A diferencia de los principios, las reglas no pueden simplemente ceder ante otras reglas em los casos individuales. La forma de aplicación de los principios es la ponderación, mientras que bajo las reglas sólo se subsume”. Ver também: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.; e ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, 1997.

Judith Martins-Costa assinala três distinções entre princípios e cláusulas gerais. Em primeiro lugar, por se tratar de uma *técnica legislativa*, não seria possível admitir-se a existência de uma cláusula geral *inexpressa*, ao revés do que ocorre com os princípios, cuja existência no ordenamento pode ser *implícita*.¹⁰⁰

Em segundo, e considerando-se a existência de princípios expressos, pode-se proceder a um nova distinção pelo viés *funcional*, eis que, como se verá abaixo, as cláusulas gerais devem sempre promover uma abertura sistemática, seja na descrição do suporte fático, seja na atribuição de efeitos jurídicos¹⁰¹, através de uma *concreção axiológica*. Os princípios, por sua vez, não necessariamente promovem a referida abertura, o que se vê, por exemplo, no princípio da *legalidade*¹⁰², que apesar de expressamente previsto na Constituição (CF, art. 5.º, inciso II), independe, em princípio, de um juízo de *valor* para ser aplicado.

Uma terceira distinção pode ainda ser encontrada no *âmbito de incidência* das duas espécies normativas. Enquanto os princípios podem, como antes assinalado, aplicar-se à totalidade do ordenamento jurídico, uma cláusula geral sempre se refere a um determinado *setor* deste.¹⁰³

Assim sendo, parece lícito concluir-se que há diferenças estruturais e funcionais em relação às cláusulas gerais e os princípios que impedem tomá-los como termos *sinônimos*.

¹⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 323. Não obstante, a boa-fé objetiva, modelo paradigmático de cláusula geral, foi aplicada, até a edição do Código de Defesa do Consumidor, como princípio implícito no ordenamento.

¹⁰¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do código civil. In: CANEZIN, Claude. **Arte jurídica**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 1-27. p. 13-14. v. 2.

¹⁰² Art. 5.º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

¹⁰³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 342.: “Um dos mais lamentáveis equívocos que cercam esta matéria é o que considera a cláusula geral como uma espécie de proteifórmico ‘princípio geral’, aplicável à totalidade do ordenamento. Pelo contrário, as cláusulas gerais estão situadas sempre *setorialmente*, num certo domínio de casos”. Em sentido oposto, reconhecendo a existência de uma cláusula geral constitucional de proteção da dignidade da pessoa humana, aplicável à totalidade dos setores do ordenamento, ver SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 137-143.

1.2.2 Distinção entre cláusulas gerais e conceitos indeterminados

Se a distinção entre princípios e cláusulas gerais já se assenta em critérios de identificação não evidente, a diferenciação destas em relação aos conceitos jurídicos indeterminados já se reveste de especial problematidade.

Como acima exposto, é freqüente a descrição das cláusulas gerais como técnica legislativa que se apóia na utilização de *conceitos indeterminados*, sem distinguir-se, contudo, as diversas categorias de indeterminação conceitual. Todavia, na medida em que a indeterminação é *gênero* que compreende, além da vagueza, também outras *espécies* de indeterminação semântica, tem-se que, a princípio, a relação entre as categorias é de *gênero/espécie*, diferenciando-se as cláusulas gerais por apresentar, além da característica genérica (= referente ao gênero) da indeterminação, a peculiaridade dessa indeterminação se dar em função da vagueza dos termos da *fattispecie*.¹⁰⁴

Nesse sentido, e observando-se que a vagueza semântica socialmente típica ocorre tanto na *descrição do suporte fático* quanto na *atribuição de efeitos jurídicos*, conclui-se que uma norma só poderá ser uma cláusula geral quando em sua operação seja necessário um juízo de adequação axiológica tanto na determinação do suporte fático *quanto* na atribuição de efeitos jurídicos¹⁰⁵, para que seja possível, assim, ocorrer a dupla abertura sistemática que as caracteriza.

Ainda, e embora objeto de discussão posterior, cumpre agora adiantar que as cláusulas gerais são estruturadas de modo tal a permitir a *participação do julgador na formulação da norma aplicável* ao caso concreto. Assim, parece ser correto concluir que só haverá plena participação do magistrado na criação da norma aplicável na medida em que ambos os elementos da estrutura da norma (hipótese de incidência e determinação dos efeitos jurídicos) estejam a ele

¹⁰⁴ Judith Martins Costa sustenta ser possível a diferenciação entre conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais pela necessidade, nestas, de um juízo de concreção axiológica fundado em instâncias meta ou extrajurídicas para sua operação, e naqueles, de regras de experiência. Todavia, a própria autora refere-se que há "uma série de conceitos [indeterminados] que se reportam a realidades valorativas". (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 325). Mas, se um critério não é aplicável a todos os entes que constituem determinada espécie, a lógica formal impõe que sejam considerados não como *propriedade*, mas como *acidente*, algo que não necessariamente ocorre e portanto não pode constituir critério para se estabelecer a *diferentia specifica* entre as duas categorias.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 326-327.

acessíveis. Do contrário, a questão tornar-se-ia meramente *hermenêutica*¹⁰⁶, vale dizer, bastaria apenas se verificar se determinado fato se subsume ou não à norma, dado que as conseqüências da incidência já estariam pré-determinadas.

Assim, se aplicarmos as noções acima com rigor não seria possível considerar o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor¹⁰⁷, por exemplo, como uma cláusula geral, dada a *estanqueidade* dos efeitos jurídicos decorrentes de sua incidência, a saber, a *nulidade* do negócio jurídico. De outro vértice, na cláusula geral da boa-fé, por exemplo, os efeitos de sua incidência *podem* constituir-se na nulidade de determinada cláusula contratual¹⁰⁸, mas *também* na responsabilização pelos prejuízos decorrentes da quebra da confiança da outra parte na fase pré-contratual¹⁰⁹, pela perda do poder formativo extintivo de resolução do contrato em

¹⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 326, com a ressalva de que a autora considera possível a existência de cláusulas gerais em que há mobilidade apenas na atribuição de efeitos jurídicos.

¹⁰⁷ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

¹⁰⁸ PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AGRAVO REGIMENTAL - CONTRATO BANCÁRIO - NOTA PROMISSÓRIA - CLÁUSULA MANDATO - VIOLAÇÃO AO ART. 51, IV, CDC - SÚMULA 60/STJ - NULIDADE - DESPROVIMENTO. 1 - É nula a cláusula contratual em que o devedor autoriza o credor a sacar, para cobrança, título de crédito representativo de qualquer quantia em atraso. Isto porque tal cláusula não se coaduna com o contrato de mandato, que pressupõe a inexistência de conflitos entre mandante e mandatário. Precedentes (REsp 504.036/RS e AgRg Ag 562.705/RS). 2 - Ademais, a orientação desta Corte é no sentido de que a cláusula contratual que permite a emissão da nota promissória em favor do banco/embargado, caracteriza-se como abusiva, porque violadora do princípio da boa-fé, consagrado no art. 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor. Precedente (REsp 511.450/RS). 3 - Agravo regimental desprovido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n.º 808.603/RS. Relator: Min. Jorge Scartezini. 4ª turma. Julgado em 04/05/2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2/6/2009.

¹⁰⁹ APELAÇÃO CÍVEL (1) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS C/C PERDAS E DANOS - NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES COM VISTAS À IMPLANTAÇÃO DE CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DA EMPRESA REQUERIDA - AUTORA QUE REALIZA VULTOSOS INVESTIMENTOS - ABANDONO DAS TRATATIVAS INJUSTIFICADAMENTE POR PARTE DA REQUERIDA - RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA - DEVER DE INDENIZAR - DANOS EMERGENTES - ÔNUS SUCUMBENCIAIS - AFASTAMENTO DA MULTA IMPOSTA PELA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS - CARÁTER PROTETÓRIO NÃO VERIFICADO. 1. A propositura de Embargos de Declaração, no exercício regular do direito por meio de mecanismo processual disponível, não caracteriza por si só o intuito malévolo de retardar o andamento do processo. 2. A violação do dever de agir segundo os ditames da boa-fé objetiva pode ensejar a responsabilização da parte, mesmo em se tratando de tratativas preliminares à realização do contrato, se esta, injustificadamente, abandona as negociações de maneira leviana, causando severos prejuízos à outra entabulante, que tinha legítima expectativa em contratar. 3. São devidos a título de danos emergentes os investimentos realizados pela Autora no intuito de atender às exigências da Requerida para contratar, excluídos, no presente caso, os equipamentos de que comprovadamente continuou a fazer uso, bem como reduzida a indenização pelos valores despendidos pelo seguro do imóvel, que deve corresponder à cobertura disponibilizada. 4. Vedado

caso de adimplemento substancial¹¹⁰, dentre outros identificados na doutrina.¹¹¹ Nesse caso, “toda a amplíssima gama dos *efeitos* decorrentes de contrato que não foi executado em boa-fé será *criada, determinada, desenvolvida e mensurada pelo juiz, sempre à vista do caso concreto.*”¹¹²

Assim delineadas as principais características das cláusulas gerais, pode-se, então, estabelecer uma definição estipulativa para os fins do presente trabalho, afirmando-se que cláusulas gerais são *normas jurídicas cujo enunciado lingüístico é composto por termos dotados de elevado grau de vagueza semântica socialmente típica, os quais são concretizados mediante uma operação de adequação axiológica entre os fatos submetidos a exame e valores e modelos de conduta metajurídicos ou*

o enriquecimento sem causa, ainda que não haja culpa, deve a Autora entregar à Requerida os bens aos quais for devidamente ressarcida. 5. Modificada parcialmente a sentença, devem os ônus sucumbenciais ser redistribuídos, em atendimento ao art. 21 do Código de Processo Civil. RECURSO (1) CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÃO CÍVEL (2) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS C/C PERDAS E DANOS - NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES COM VISTAS À IMPLANTAÇÃO DE CENTRO DE DISTRIBUIÇÃO DA EMPRESA REQUERIDA - AUTORA QUE REALIZA VULTOSOS INVESTIMENTOS - ABANDONO DAS TRATATIVAS INJUSTIFICADAMENTE POR PARTE DA REQUERIDA - RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA - DEVER DE INDENIZAR - LUCROS CESSANTES INDEVIDOS - DANO MORAL-INSTITUCIONAL - PESSOA JURÍDICA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ABALO À HONRA OBJETIVA - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. 1. Não há óbice para a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita à pessoa jurídica, desde que, como no presente caso, esteja demonstrada a impossibilidade de custeio das despesas processuais. 2. Não é possível a concessão de indenização por lucros cessantes se, em verdade, pretende a parte Autora obter o benefício que auferiria com a concretização do contrato, o que se mostra indevido, vez que, como vige o princípio da liberdade contratual, não se pode obrigar ninguém a contratar. 3. Situações que não importem oscilação anormal à imagem (honra objetiva) representada no bom nome da empresa perante a clientela não têm o condão de gerar dano passível de reparação por meio de indenização a título de dano moral - institucional à pessoa jurídica. RECURSO (2) CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n.º 0537211-0. Relatora: Des.ª Rosana Amara Girardi Fachin. 9.ª Câmara Cível. Julgado em 23/04/2009. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/web/guest>>. Acesso em: 2/6/2009.

¹¹⁰ ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 272.739/MG. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª turma. Julgado em 01/03/2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2/6/2009.

¹¹¹ Como, por exemplo, a *surrectio*, a *supressio* e os efeitos atribuídos à violação positiva do contrato. Cf. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**, 1997. p. 586-602, 797-836.

¹¹² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 328. (destaques no original).

extrajurídicos, estes determinados pelo caso concreto e a ele umbilicalmente ligados.

Deve-se agora, proceder ao exame da *estrutura e função* das cláusulas gerais para posteriormente analisar-se, diante do seu perfil dogmático, sua compatibilidade com o modelo da estrutura *jurisdicional* brasileira e sua aptidão a atingir os *fins* visados com a sua utilização como *técnica legislativa*.

2 ESTRUTURA E FUNÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS

2.1 ESTRUTURA DAS CLÁUSULAS GERAIS

Ao se discorrer acerca da estrutura das cláusulas gerais, deve-se, em primeiro lugar, ressaltar que se tratam efetivamente de *normas jurídicas*, e, portanto, compostas pela *descrição de um suporte fático* e de um *preceito* correspondente.¹¹³

Todavia, ao se inserir, intencionalmente, expressões dotadas de elevado grau de vagueza semântica socialmente típica na composição da norma, amplia-se enormemente a gama de fatos que atraem a incidência da norma, bem como se confere ao aplicador da norma a possibilidade de determinar, dentre o rol de categorias de efeitos jurídicos previstos no ordenamento, qual delas melhor se adéqua para a solução da controvérsia concreta posta sob exame, ou, ao menos, graduar a intensidade de uma conseqüência jurídica já previamente estabelecida.¹¹⁴

Desse modo, tem-se que as cláusulas gerais são estruturadas como normas parcialmente em branco, cujo preenchimento se dará mediante *reenvio*¹¹⁵ do

¹¹³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**..., especialmente p. 32-42.

¹¹⁴ É o exemplo do parágrafo único do art. 575 do Código Civil, que permite ao juiz, ao se constatar a *manifesta excessividade* do aluguel arbitrado pelo locador para o período em que o locatário, apesar de devidamente constituído em mora, não restituir a coisa alugada, *reduzir* o seu valor, atentando-se, contudo, para a preservação do seu caráter de penalidade. Igual situação ocorre na redução, pelo juiz, de cláusula penal *manifestamente excessiva*, prevista no art. 413 do mesmo diploma.

¹¹⁵ Não se pode confundir o reenvio proporcionado pelas cláusulas gerais com o reenvio realizado pelos *Tribunais de cassação*, este consistindo na devolução do processo ao tribunal *a quo*, após a cassação da decisão impugnada, para que este pronuncie nova decisão.

aplicador a *standards*¹¹⁶ de conduta e pautas de valoração extrajurídicas (reenvio externo) ou existentes em outros setores do ordenamento (reenvio interno), os quais são determinados pelo caso concreto e não se encontram previstos, portanto, na própria cláusula geral.¹¹⁷

Assim, e por exemplo, a cláusula geral da boa-fé objetiva, prevista no art. 422 do Código Civil, impõe aos sujeitos integrantes dos pólos da relação jurídica obrigacional que pautem suas condutas com probidade, transparência, lealdade¹¹⁸, visando a que o adimplemento, finalidade que polariza o comportamento das partes no *iter* obrigacional¹¹⁹, se dê a bom termo, com a satisfação do interesse do credor, sem se olvidar das legítimas expectativas e interesses também do devedor.

Tais valores (lealdade, probidade, transparência), por sua vez, retiram seu substrato não de outras disposições normativas, tal como ocorre com as normas integrativas¹²⁰, mas de instâncias meta-jurídicas determinadas pelo próprio caso concreto, com o objetivo de se aferir o que, *hic et nunc*, é um comportamento leal, ou probado, ou adequado a outro valor que naquela específica circunstância se revele como determinante da *boa-fé*.

Identificados os *standards* de comportamento para aquele caso específico¹²¹, deve o aplicador então realizar um juízo de adequação axiológica entre os fatos postos a exame e o valor ou modelo objeto do reenvio pela cláusula geral, e, caso essa operação resulte num juízo negativo do comportamento de

¹¹⁶ Modelos ou padrões, em tradução livre.

¹¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 329.

¹¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 27-39. v. 5. t. 1.

¹¹⁹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 5.

¹²⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico...**, p. 24-28. Exemplo emblemático de norma integrativa, que visa à complementação de outras normas, é a do art. 1.196 do Código Civil, segundo a qual considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade. Tal disposição, embora não atribua nenhum efeito jurídico específico, *qualifica* uma determinada situação para fins de incidência de outras normas, no caso, as referentes à aquisição, perda e efeitos da posse (Código Civil, arts. 1.197 a 1.224).

¹²¹ Ressaltando-se que os referidos padrões de conduta devem ser objetivamente válidos no ambiente social, pena de se estabelecer um reenvio a idiosincrasias do julgador, o que conduz, em última análise, à arbitrariedade.

qualquer das partes das partes¹²², passa-se à determinação de *quais os efeitos* da incidência da cláusula geral.¹²³

Do mesmo modo, através da cláusula geral da função social dos contratos, prevista no art. 421 do Código Civil,

(...) abre-se espaço para um juízo de proporcionalidade entre os bens jurídicos tutelados para cada uma das partes ante a necessidade de decisão sobre um específico conflito de interesses interior ao desenvolvimento das relações contratuais.¹²⁴

Tal juízo de proporcionalidade, por sua vez, é levado a efeito pela utilização de valores não necessariamente jurídicos (reenvio externo), nem tampouco adstritos ao ramo do direito das obrigações (reenvio interno), e que, por sua vez, serão determinados pelo caso concreto levado à decisão. Novamente, se o juízo de adequação axiológica resultar negativo, cabe ao julgador determinar quais os efeitos da incidência da norma.

Como exemplo, o extinto Tribunal de Alçada do Paraná, em caso emblemático submetido a exame, determinou, como efeito jurídico da incidência da cláusula geral da função social dos contratos, a extinção do poder formativo extintivo de resilir contrato de seguro de vida celebrado com uma senhora de sessenta anos de idade, entendendo que a priorização, pela seguradora, de interesses econômicos em detrimento das legítimas expectativas da segurada e da dificuldade desta em obter novamente a mesma proteção securitária, em razão de sua idade, era desconforme à função social que o contrato deve concretizar¹²⁵. Vale dizer, identificando-se os valores em jogo *no caso concreto*, procedeu-se a um juízo de ponderação para, ao final, determinar-se qual a consequência jurídica que melhor protegeria a função social do contrato.

¹²² Não há que se pensar, até mesmo pelo próprio teor literal do art. 422 do Código Civil, que a exigência de boa-fé limite-se apenas ao *credor* ou ao *devedor*.

¹²³ Justamente por se tratar de uma cláusula geral, não cabe aqui questionar acerca de se a norma incide ou não, visto que a sua incidência se dá em todas as relações jurídicas obrigacionais (incidência setorial).

¹²⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos... In: CANEZIN, Claude. **Arte jurídica**, p. 19. v. 2.

¹²⁵ Para uma análise mais detida do acórdão e do tema, ver LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos... In: CANEZIN, Claude. **Arte jurídica**, 2005. p. 19. v. 2.

Ressalta, nesse ponto, a conjugação, levada a efeito pelas cláusulas gerais, entre pensamento sistemático e pensamento tópico¹²⁶. É que a qualificação de determinado comportamento como *leal*, *probo*, ou de determinado interesse protegido por uma cláusula contratual como *desproporcional* em relação a outro bem juridicamente tutelado não é possível de ser realizada apenas mediante o recurso ao pensamento sistemático, por se tratarem de situações em que “nenhum ponto de vista discutível se pode rejeitar liminarmente como inadmissível, tal como é típico no pensamento sistemático abstracto, apoiado na tendência generalizadora da justiça”¹²⁷. Ao revés, o juízo de adequação axiológica a ser empreendido pelo aplicador deve se dar *argumentativamente*, na perspectiva do caso concreto sob exame, buscando-se a *adesão* dos interlocutores, o que é campo por excelência da tópica e da retórica.¹²⁸

De outro vértice, a atuação das cláusulas gerais não se esgota com a formulação da regra jurídica específica para o caso concreto. Com efeito, na medida em que vão se formando correntes jurisprudenciais para certos modelos de casos que se submetem à mesma *ratio decidendi*, paulatinamente vão se consolidando de uma forma razoavelmente estável as normas jurídicas inicialmente formuladas apenas para os casos concretos, criando-se, assim, “catálogos de casos”, normalmente veiculados pelos enunciados das súmulas de jurisprudência dominante dos tribunais¹²⁹. Fecha-se, assim, um *ciclo de reenvio*, percorrido pelo aplicador da norma, em uma operação de tradução, para o sistema, de instâncias extra-sistemáticas, levada a efeito através de uma norma jurídica, que posteriormente se incorporam ao próprio sistema, *integrando-o*.

Novamente, ganha destaque a noção antes mencionada de *adesão*, eis que, tratando-se o juízo de adequação axiológica operação eminentemente argumentativa, para que esse possa se constituir em um precedente seguro visando à futura reiteração, em casos semelhantes, da mesma *ratio decidendi*, torna-se

¹²⁶ Bem observada por CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático**..., p. 273-277.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 272.

¹²⁸ Chain Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, por exemplo, identificam no gênero de argumentação epidíctico excelente modo de reforçar o peso de determinados valores, influenciando-se, assim, a adesão dos interlocutores a argumentos que os utilizam como fundamento, como parece ser o caso da fundamentação de decisões em que se aplicam cláusulas gerais. Cf. PERELMAN, Chain; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica, p. 53-57.

¹²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 331.

necessária, na fundamentação da decisão, a construção de argumentos que inspirem, de maneira eficaz, a adesão dos outros julgadores a decidirem da mesma forma em situações semelhantes.

De todo o exposto, parece lícito concluir-se que, na operação das cláusulas gerais, o papel do juiz ao aplicá-las não se limita à mera subsunção, constituindo-se em verdadeira atividade *criadora* de normas jurídicas¹³⁰, através de um procedimento que conjuga simultaneamente o pensamento *tópico* e o pensamento *sistemático*. Conseqüentemente, pode-se afirmar que as cláusulas gerais “não possuem uma *fattispecie* autônoma, porquanto exigem a sua progressiva formação pelo juiz”¹³¹, a qual se dá, como acima mencionado, através do *reenvio*.

Delineados os contornos de sua estruturação, cumpre agora analisar as funções exercidas pelas cláusulas gerais no ordenamento jurídico.

2.2 FUNÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS

Tendo-se em vista que seu *modus operandi* se realiza através de operações de reenvio, tem-se que a principal função das cláusulas gerais é justamente promover a *abertura* e a *mobilidade* do sistema jurídico.¹³²

No que se refere à *abertura* ou *mobilidade externa*, esta ocorre, em um primeiro momento, pela possibilidade de *incorporação* pontual ao sistema, através da operação de reenvio, de instâncias sociais ou axiológicas situadas fora do ordenamento como critério de valoração jurídica das condutas individuais submetidas ao Poder Judiciário, bem como pela possibilidade de se proceder, ante a vagueza semântica dos termos que compõem a estatuição, a uma constante reelaboração de seu significado, evitando-se assim a defasagem da legislação vigente.

¹³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 330-331. Nesse sentido, é comum a asserção de que as cláusulas gerais constituem um “mandato” outorgado pelo legislador ao juiz para que este formule a regra jurídica adequada ao caso concreto, como modo de se contornar a problemática de conciliar o papel do magistrado na concreção de cláusulas gerais e o princípio da separação dos poderes prevista no art. 2.º da Constituição Federal de 1988.

¹³¹ *Ibid.*, p. 332.

¹³² *Ibid.*, p. 331.

Em um segundo momento, com a reiteração de casos submetidos à mesma *ratio decidendi* e a conseqüente formação de um “catálogo de casos” (*topoi*), essa abertura transforma-se em *integração* do sistema jurídico, via jurisprudencial, sem a necessidade da constante produção legislativa para a regulação de situações que, de outro modo, ficariam à margem de um efetivo controle jurisdicional.¹³³

Ressalte-se que essa abertura, contudo, não é total, pena de se desfigurar a própria noção de *sistema*, mas realizada estrategicamente em pontos chave do ordenamento privado, cuja amplitude varia conforme as especificidades de cada ramo (personalidade, obrigações, empresa, coisas, família e sucessões).¹³⁴

Ainda, deve-se também atentar que essa abertura não promove o ingresso de valores exteriores ao ordenamento jurídico *enquanto tais*, mas, ao contrário, reveste-os com *forma normativa*, de modo a se poder falar em uma

(...) *moral jurídica*, e não *pré-jurídica* ou *ajurídica*, isto é, trata-se de moral *juridicamente controlável*, porque provinda de fonte reconhecida pelo ordenamento e traduzida por decisões *juridicamente fundamentadas*.¹³⁵ (grifo da autora).

Parece ser possível afirmar, portanto, que através das cláusulas gerais leva-se a efeito uma abertura *cognitiva* do sistema, mantendo-se, contudo, sua *operacionalidade* em termos jurídicos.

De outro vértice, e ao lado da abertura do sistema, o reenvio realizado pelas cláusulas gerais também permite a *mobilidade interna* no próprio sistema¹³⁶. Com efeito, e como antes mencionado, os *standards* objeto do reenvio não necessariamente encontram-se *fora* do sistema jurídico, mas, por vezes, estão situados em setores do próprio ordenamento distintos daquele onde se encontra

¹³³ Assim entendidas as situações aporéticas, vale dizer, aquelas em que não é possível extrair uma resposta através do simples recurso ao próprio ordenamento (analogia, costumes, princípios gerais de direito ou equidade). Nesses casos, entende-se que a atividade do julgador apenas *revela* a norma já existente no ordenamento. A respeito, ver MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**..., p. 28-31.

¹³⁴ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**, p. 123.

¹³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 335. No mesmo sentido ver WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Traducción de Jose Luis Carro. Madrid: Editorial Civitas, 1986. p. 34-41.

¹³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, p. 344.

inserida a cláusula geral, de modo que o juízo de conformidade axiológica de determinados fatos pode se dar em relação a valores jurídicos que seriam, *prima facie*, alheios àqueles do setor que habitualmente o regula, notadamente aqueles previstos no texto constitucional¹³⁷. Nesse sentido, é expressiva a locução *diálogo das fontes*, cunhada por Erik Jayme e desenvolvida na doutrina nacional por Cláudia Lima Marques¹³⁸, para se designar o fenômeno da mobilidade interna.

Assim, assentadas essas noções fundamentais acerca da estrutura e da função das cláusulas gerais, cumpre agora analisar como se dá a aplicação do modelo pelo Poder Judiciário brasileiro e, desse modo, verificar a resposta institucional às cláusulas gerais e analisar sua eficácia.

3 APLICAÇÃO DO MODELO

Em 10 de novembro de 2008 foi submetido à apreciação da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás litígio decorrente de contrato de compra e venda de soja futura. No curso do contrato a plantação do autor foi atingida por uma espécie de fungo vulgarmente denominada de “ferrugem asiática”. Houve, ainda, acentuada elevação do preço dos insumos, o que, ao fim, ocasionou prejuízo para o produtor. Este então ajuizou ação visando à declaração de rescisão do contrato, em razão de onerosidade excessiva. A demanda foi julgada procedente, e da decisão foi interposto recurso de apelação, decidido nos termos do seguinte acórdão:

¹³⁷ Ressalte-se, contudo, que a incidência das normas constitucionais sobre as relações interprivadas não necessita da mediação pelas cláusulas gerais, dando-se autonomamente. A respeito, ver: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 152-153 e BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 143-78. Sem embargo, não há como se deixar de considerar que as cláusulas gerais constituem efetivo modo de *facilitar* a visualização dessa incidência, mormente ante o rígido quadro, ainda não totalmente superado na prática, de separação entre o público e o privado, objeto de bela análise por GIORGIANNI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. Trad. Maria Cristina de Cicco. **Revista dos Tribunais**, v. 747, p. 35-55, jan. 1998.

¹³⁸ MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. Introdução. p. 25-58. p. 26.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO. COMPRA E VENDA DE SOJA COM ENTREGA FUTURA. INVOCACÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO. CONTRATO ALEATORIO. NECESSIDADE DE EXTINÇÃO DO PACTO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO (sic). 1- Procedente é a pretensão de resolver contrato de compra e venda de soja com entrega futura, sob a alegação de superveniência de fatores externos imprevisíveis e onerosos, tais como as variações climáticas, como o excesso de chuvas, pragas (ferrugem asiática) na lavoura, alteração de preços e insumos aplicáveis na plantação, porquanto afiguram-se estes fatos situações imprevistas, principalmente porque, em sendo o contrato aleatório, por se referir a coisa ou fatos futuros, cuja a ela (sic) de não virem a existir é previsível para ambos os contratantes, onde a contraente assume a possibilidade de nada ser acolhido bem como o risco conseqüente. 2- De mais a mais, confirma-se que, *in casu*, como no contrato de compra e venda celebrado para entrega futura de soja, a adquirente, ao lançar as despesas, riscos e todos os encargos à conta do produtor, contém desequilíbrio entre as partes não admitindo (sic) na nossa legislação, visto que deixou ao critério da compradora a fixação do preço e lançou os custos sobre o agricultor, sem nenhum risco para a adquirente. 3- Neste caso, há que se homenagear a mutabilidade ou rescindibilidade dos contratos onerosos (por conta do princípio da boa-fé objetiva e função social do contrato) em detrimento do *pacta sunt servanda*, cujos efeitos, embora ainda não banidos pelo ordenamento jurídico, encontram-se em fase de relativização. Recurso de apelação cível conhecido, mas improvido.¹³⁹

Do voto do Desembargador Jeová Sardinha de Moraes, relator do acórdão, extraem-se os seguintes fundamentos:

O caráter absoluto dos princípios que estabeleciam a intangibilidade da vontade contratual em tempos passados, atualmente, com o surgimento de novas normas foi atenuado, pelo que passou-se a privilegiar a finalidade social do contrato, em que se faz valer o equilíbrio e a boa-fé entre as partes contratantes. (...) Ao ser analisado detalhadamente o contrato em questão (fls. 37/43), denotam-se cláusulas que imprimem ônus e responsabilidades unicamente a uma das partes. Isto ocorre, especialmente, porque ao produtor são imputados todos os riscos da atividade produtiva, inclusive a falta de chuvas, infestações de pragas e insetos, enchentes, despesas de fretes, armazenagens, expurgos, etc. Em contrapartida, a álea imprimida à empresa adquirente restringiu-se, tão-somente, à alteração do valor da moeda norteamericana, o que tornou desigual a situação entre os contratantes. (...) Nessa esteira de interpretação, **verifica-se que houve desproporcionalidade nos riscos assumidos pelos contratantes e, pois, a ofensa aos artigos 421 e 422, do Código Civil de 2002.** (...) De tal sorte, considerando a excessiva oneração do pacto a uma das partes e a ausência de boa-fé objetiva da contratante compradora, ressaí a necessidade de rescindir o contrato. (grifou-se).

¹³⁹ GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Apelação Cível n.º 127.602-1/188. Relator: Des. Jeová Sardinha de Moraes. 1.ª Câmara Cível. Julgado em 23/09/2008. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/>>. Acesso em: 2/6/2009.

Analisando-se a fundamentação do voto do desembargador relator vislumbra-se nitidamente a realização de um juízo de adequação axiológica entre as cláusulas contratuais que distribuem os riscos do contrato e a necessidade de preservação do *equilíbrio contratual*, entendido este como valor albergado pela cláusula geral da boa-fé objetiva, concluindo-se, no caso, pela negativa, e estabelecendo-se como consequência a atribuição, ao produtor rural, do poder formativo extintivo de resolução do pacto.

Em situação semelhante, todavia assim decidiu a 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul:

AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE SOJA – CONTRATO ALEATÓRIO – O CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE SOJA, DE SAFRA FUTURA, É CONTRATO ALEATÓRIO, POIS A OBRIGAÇÃO DE UMA DAS PARTES SOMENTE PODE SER EXIGIDA EM FUNÇÃO DE COISA OU FATO FUTURO, QUAL SEJA, ENTREGA DE COLHEITA FUTURA, CONFORME PRELEciona O ART. 458 DO CÓDIGO CIVIL – INTEMPÉRIES QUE GERARAM AUMENTO NA COTAÇÃO DA SACA DE SOJA NO MERCADO – TEORIA DA IMPREVISÃO – INAPLICABILIDADE – O PRINCÍPIO DA *PACTA SUNT SERVANDA* DEVE SER MANTIDO, DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE QUAISQUER VÍCIOS NO PACTO EM QUESTÃO.¹⁴⁰

Da leitura do voto proferido pelo Desembargador Júlio Roberto Siqueira Cardoso vê-se que a decisão foi assim fundamentada:

No presente caso, está-se diante do contrato aleatório, o qual tem por objeto coisas futuras, sendo que o comprador se obriga a pagar a quantia avençada esteja o valor de mercado abaixo ou acima dela e o vendedor a entregar a coisa (soja) na quantidade contratada. A álea existe para ambos os contraentes, o produtor deve suportar os ônus das intempéries, das pragas inerentes a cada tipo de lavoura e região, bem como a quantidade de produção de grãos; e o comprador da soja deve arcar com a variação do dólar e, também, da cotação da saca de soja no mercado nacional e internacional. No vertente caso, comprador e vendedor assumiram seus respectivos riscos diante do citado pacto, mas ambos almejavam a mesma finalidade, qual seja, o escoamento da produção e a obtenção de lucros mútuos. (...) O princípio da *pacta sunt servanda* há de ser observado, uma vez que não há no contrato qualquer vício a descaracterizá-lo.

Neste segundo caso sob exame, embora existentes virtualmente as mesmas situações de fato do primeiro, consistentes na celebração de contrato de compra e

¹⁴⁰ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Apelação Cível n.º 2005.005454-1/0000-00. Relator: Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. 5.ª Turma Cível. Julgado em 28/05/2009. Disponível em: <<http://www.tj.ms.gov.br/>>. Acesso em: 2/6/2009.

venda de soja futura com semelhante distribuição dos riscos entre produtor e adquirente, ao proceder a 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul o mesmo juízo de adequação axiológica a respeito das cláusulas contratuais a resposta foi *positiva*, entendendo-se inexistir razão para se afastar a força obrigatória do contrato.

Pode-se concluir, de todo o exposto, que na medida em que as cláusulas gerais exigem maior participação do magistrado na formulação da regra concreta a ser aplicada na decisão do caso concreto, cresce proporcionalmente a possibilidade de existirem decisões conflitantes não apenas quanto à efetiva violação dos modelos de conduta e valores objeto do reenvio proporcionado por essa modalidade de norma jurídica, mas também quanto aos efeitos jurídicos que se atribui ao seu descumprimento.

Todavia, e como assinala Pontes de Miranda,

Para Tribunal que julga *quaestiones iuris*, não é possível admitir-se que ache razoáveis duas interpretações. Por mais razoáveis que sejam as interpretações que se possam dar à mesma regra jurídica, só uma é verdadeira, só uma tem razão. A razoabilidade para duas ou mais interpretações seria *de lege ferenda*; nunca *de lege lata*.¹⁴¹

Assim sendo, cumpre, nesse momento, passar-se à análise dos mecanismos institucionais existentes no ordenamento jurídico brasileiro para a solução de conflitos envolvendo a *correta aplicação da lei federal*, para, ao fim, poder-se concluir acerca da efetividade, ou não, da concreção das cláusulas gerais.

¹⁴¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 39-40. t. 8.

CAPÍTULO III – AS CLÁUSULAS GERAIS E O DIREITO PROCESSUAL CIVIL

1 O PAPEL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Órgão recente na estrutura do Poder Judiciário brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça foi criado pela Constituição Federal de 1988 (art. 92, inciso II), visando limitar o número de recursos que afluíam ao Supremo Tribunal Federal pela criação de um novo órgão com competência para explicitar o correto entendimento da lei federal, deixando-se assim à corte suprema a tarefa de garantir a supremacia e a força normativa da Constituição.^{142,143}

Assim, por se tratar de um “desmembramento” da mais alta corte do país, goza o Superior Tribunal de Justiça de inegável posição de proeminência dentro do Poder Judiciário, sendo qualificado, ao lado do próprio Supremo Tribunal Federal, como *órgão de superposição*, situado na cúpula do Poder Judiciário e não pertencente a qualquer das Justiças, e *de convergência*, para o qual confluem todos os recursos em que se questiona matéria de direito federal infraconstitucional (exceto aqueles afetos às justiças especializadas, como os recursos que versem sobre matéria de direito do trabalho, eleitoral e militar)¹⁴⁴, visando-se garantir a “validade, inteireza positiva, autoridade e uniformidade de interpretação do direito federal.”¹⁴⁵

Tal posição de relevo, por sua vez, se verifica em uma dúplici perspectiva: uma primeira de cunho preponderantemente político, determinada por relevantes razões de harmonia entre os Poderes do Estado e de convivência com os Estados

¹⁴² REALE, Miguel. O modelo jurisdicional e o STJ. In: Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **STJ 10 anos**: obra comemorativa. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999. p. 135-144.

¹⁴³ Muito embora, como salienta Cândido Rangel Dinamarco, ainda haja reminiscências de matéria não constitucional na competência do Supremo Tribunal Federal, como a para julgar recurso interposto de decisão que “julgar válida lei local contestada em face de lei federal” (CF, art. 102, inciso II, alínea “d”). Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 480. v. 1.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 395.

¹⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n.º 1, de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. p. 107. t. 4.

soberanos¹⁴⁶, e que se traduz nas denominadas competências *originárias* dos tribunais superiores e em determinados casos de competência *recursal*, as quais, no caso do Superior Tribunal de Justiça, encontram-se alinhadas no art. 105, inciso I e alíneas e inciso II, alínea “c” da Constituição Federal.¹⁴⁷

Uma outra, preponderantemente jurídica, diz respeito ao *correto entendimento da Lei Federal*¹⁴⁸. Como já salientara Franco Cordero, “o texto [da lei] é fato gráfico. As normas são produtos da mente”¹⁴⁹. Se assim é, da interpretação da lei podem surgir normas distintas e incompatíveis, advindo daí a necessidade de um órgão que, a despeito da impossibilidade de se afastar essa situação, seja capaz de

¹⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, p. 392-395. v. 1.

¹⁴⁷ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;
 - b) os mandados de segurança e os **habeas data** contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;
 - c) os **habeas corpus**, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea “a”, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;
 - d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, “o”, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;
 - e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;
 - f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
 - g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;
 - h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;
 - i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias;
- II - julgar, em recurso ordinário:
- c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;

¹⁴⁸ E *também* de resguardar sua autoridade e validade (CF, art. 105, III, alíneas “a” e “b”). Contudo, para os fins da presente exposição, centrar-se-á o foco da discussão na uniformidade de entendimento, levando-se em conta que, até mesmo por estruturar-se como uma norma parcialmente em branco, serão raros e excepcionais os casos em que será negada vigência a uma cláusula geral, sendo mais freqüente afirmar-se que não houve violação aos valores objeto do reenvio.

¹⁴⁹ CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986. p. 18. No original: “*Il testo è un fatto grafico. Le norme sono prodotti mentali*”. Tradução livre.

*contornar seus efeitos, através da uniformização do entendimento acerca da lei, o que, em relação à legislação federal infraconstitucional, é realizado precipuamente pelo Superior Tribunal de Justiça, através do expediente processual denominado recurso especial, quando interposto pelo fundamento do art. 105, inciso III, alínea “c” da Constituição Federal.*¹⁵⁰ (grifos no original).

Assim sendo, chega-se em um ponto de convergência entre o direito material discutido na presente exposição e o direito processual civil: as cláusulas gerais referentes ao direito das obrigações são normas jurídicas cuja edição é de competência exclusiva da União, por força do art. 22, inciso I, da Constituição, constituindo-se, portanto, em *lei federal*. Desse modo, conclui-se que a última palavra na avaliação da correção de sua operação pelos juízes e tribunais, bem como na afirmação de sua inteireza positiva, é dada pelo Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual se faz necessário verificar a compatibilidade entre a inserção de cláusulas gerais nos principais diplomas legislativos contemporâneos e o modo de atuação desse órgão.

2 O RECURSO ESPECIAL – CARACTERÍSTICAS E FUNÇÃO

A incidência das normas jurídicas sobre os fatos descritos como seu suporte fático é *infalível e inesgotável*, na medida em que ocorre sempre e indefinidamente. Todavia, e como sói ocorrer, nem sempre se verifica a coincidência entre a *incidência* e a *aplicação* das normas jurídicas¹⁵¹. A respeito, afirma Marcos

¹⁵⁰ Outro meio de uniformização do entendimento na interpretação da lei se dá pelo *incidente de uniformização da jurisprudência* (Código de Processo Civil, art. 476), o qual tem eficácia limitada para tal finalidade, pois, além de dizer respeito apenas ao entendimento de *um* tribunal (o que, salvo o caso do próprio Superior Tribunal de Justiça, não elimina a possibilidade de teses divergentes nos *demais*), tem-se que “a fixação *prévia* da tese jurídica normalmente só predetermina a decisão que se profira *in specie*, mas revela-se impotente para evitar que, noutro caso, a idênticos esquemas de fato se venha a aplicar tese diversa”. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 6. v. 5.

¹⁵¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**..., p. 79.

Bernardes de Mello que “a falibilidade humana faz com que nem sempre a aplicação da norma jurídica atenda à sua incidência.”¹⁵²

Diante de tal situação, prevêm os ordenamentos jurídicos, visando assegurar a conformidade da decisão judicial ao direito¹⁵³, *meios de impugnação* das resoluções judiciais reputadas errôneas (*in iudicando* ou *in procedendo*), seja no próprio processo, seja através de ação autônoma, chamando-se estas de *ações impugnativas*¹⁵⁴ e aqueles de *recursos*.¹⁵⁵

Pode-se, assim, concluir com José Carlos Barbosa Moreira e afirmar-se que recurso é “o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna.”¹⁵⁶

Para distinguir-se as espécies de recursos previstos em lei¹⁵⁷ reveste-se de maior relevância para os fins do presente estudo, dentre os diversos critérios apontados pela doutrina, o da *fundamentação do recurso*¹⁵⁸. De acordo com esse critério, diferenciam-se os recursos pela possibilidade, em alguns, do recorrente invocar *qualquer* modalidade de erro na decisão recorrida, e pela necessidade, noutros, de se invocar determinadas espécies de erro, além da insatisfação com o resultado do julgado, ao se impugnar a decisão objeto do recurso¹⁵⁹. Nessa última

¹⁵² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**..., p. 79.

¹⁵³ “Desinteressar-se-ia o Estado da realização do seu direito material e formal, se não desse ensejo à correção de tais resoluções defeituosas, ou confiaria demasiado na probabilidade de acerto do juiz singular, ou do tribunal de inferior instância”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 1. t. 7.

¹⁵⁴ Como os embargos à execução, os embargos de terceiro e a ação rescisória, pelos quais a *defesa* é feita por meio de *ataque*.

¹⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**, 1999. p. 3-4. t. 7.

¹⁵⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**, p. 231. v. 5., atentando o autor ainda que por “mesmo processo” não se quer dizer *mesmos autos*, visto que há recursos, como o agravo de instrumento (CPC, art. 522), que sobe ao tribunal em autos distintos.

¹⁵⁷ Vigoram, no campo do direito processual civil, os princípios da *unirrecorribilidade* ou *absorção*, pelo qual só é permitida a interposição de um recurso por vez para cada decisão, o da *unicidade do recurso*, pelo qual para cada espécie de decisão há um único recurso correspondente para impugná-la, e o da *tipicidade*, em razão do qual somente são recursos os assim definidos em lei. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**, 1999. p. 41-2. t. 7.

¹⁵⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**, p. 249-251. v. 5.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 250-251.

classe, dos recursos de *fundamentação vinculada*, é que se situa o recurso especial, cuja interposição deve se basear, *alternativamente*, em qualquer das causas elencadas no art. 105, inciso III, da Constituição Federal.¹⁶⁰

Em razão dessa conformação e das espécies de fundamentos exigidos em lei para sua interposição, a doutrina costuma apontar outras características do recurso especial. Em primeiro lugar, considera-se essa espécie de impugnação como um *recurso de direito estrito*, pelo qual decidem-se apenas *quaestiones iuris* relativas a direito federal, relegando-se a apreciação do conjunto fático probatório das demandas às instâncias originárias, matéria em que são soberanas¹⁶¹. Em virtude disso, diz-se que o recurso especial não se destina diretamente à análise da injustiça do julgado¹⁶², mas “tem por finalidade ideal a exata aplicação da lei”¹⁶³, corrigindo-se eventuais injustiças apenas *reflexamente*, dado que, por força do disposto no art. 257, *fine*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir a causa o tribunal também “aplicará o direito à espécie.”¹⁶⁴

Salientadas essas características mais gerais, deve-se agora adentrar no exame das particularidades do recurso especial, analisando-se suas hipóteses de cabimento bem como seus demais pressupostos de admissibilidade.¹⁶⁵

¹⁶⁰ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...)

II - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

¹⁶¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**, p. 567. v. 5.

¹⁶² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 117.

¹⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 197/SP. Relator: Min. Cláudio Santos. 3.ª turma. Julgado em 08/08/1989. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2/6/2009.

¹⁶⁴ Essa vocação do Recurso Especial à correta interpretação da lei encontra eco no art. 557 do Código de Processo Civil, que confere ao relator poderes para negar seguimento a recurso interposto quando este for contrário a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. Ora, se a esta corte cabe apenas a fixação do correto e uniforme entendimento da lei federal, efetivamente não há sentido em submeter a novo exame decisão que *já se encontra em harmonia* com o entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça. Daí ser *inadmissível* o recurso.

¹⁶⁵ Rodolfo de Camargo Mancuso assinala outras, como a necessidade de prévio esgotamento das instâncias ordinárias, a bipartição em seu juízo de admissibilidade e a inexistência de efeito suspensivo em sua interposição (Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**, p. 99-157), que, embora importantes, não dizem maior respeito ao tema deste trabalho.

2.1 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

A pretensão a recorrer, uma vez que prolonga no tempo a atividade do órgão judiciário e o efetivo desfecho da demanda, submete-se a determinadas condições para que seja admitida, denominadas doutrinariamente de *requisitos de admissibilidade*¹⁶⁶, que podem ser *intrínsecos*, isto é, relacionados ao próprio direito de recorrer, ou *extrínsecos*, quando referentes ao modo pelo qual se recorre¹⁶⁷, e que devem estar *cumulativamente* presentes para autorizar o manejo do recurso. Dentre os requisitos intrínsecos ganha relevo, até mesmo por diferenciar as modalidades de recurso existentes, o *cabimento*, razão pela qual será estudado em separado.

2.2 HIPÓTESES DE CABIMENTO

Considera-se um recurso como cabível para a impugnação de determinada decisão judicial quando há previsão legal de determinado recurso bem como de sua adequação para a espécie de decisão impugnada¹⁶⁸. Todavia, em se tratando de recurso especial, as hipóteses de cabimento, ao contrário do que ocorre com os demais recursos previstos no ordenamento jurídico (à exceção do recurso extraordinário), encontram-se previstas diretamente na Constituição Federal.

Observe-se, aqui, que as hipóteses de cabimento previstas para o recurso especial são *alternativas*, vale dizer, qualquer das situações elencadas no art. 105, inciso III, da Constituição Federal é por si só suficiente para a admissão do recurso, sem prejuízo de que, ao arrazoá-lo, o recorrente fundamente sua pretensão em mais de uma hipótese.

¹⁶⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**, p. 259. v. 5.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 260.

¹⁶⁸ Consequência do princípio da unicidade em matéria de recursos, acima mencionada.

A primeira situação em que se torna possível a interposição do recurso especial é quando a decisão recorrida¹⁶⁹ “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência” (CF, art. 105, inciso III, alínea “a”).

Em princípio, parece haver certos empecilhos à admissão de recurso especial por esse fundamento em relação às cláusulas gerais, uma vez que na aplicação dessa espécie normativa é utilizada a técnica do *reenvio*, através da qual, para a realização do juízo de adequação axiológica feito pelo magistrado na aferição da licitude da conduta de uma das partes, o julgador pode recolher valores ou *standards* de instâncias *extranormativas*, e, portanto, distantes da *lei federal* que deve ter sido contrariada ou ter sua vigência negada.

Todavia, essa operação de reenvio não simplesmente abduz instâncias extrajurídicas para dentro do ordenamento enquanto tais, mas, como antes exposto, reveste-a de *forma normativa*, de modo que, ao servirem de parâmetro para o julgamento do caso concreto, assim o fazem de forma *jurídica*, e portanto, judicialmente controlável *também* em sede de recurso.

Não obstante, é muito mais freqüente ocorrer que na formulação da decisão o magistrado entenda que *não houve* violação a determinados valores ou modelos de conduta, como no segundo julgado transcrito no capítulo anterior, ou mesmo que as circunstâncias do caso concreto promovem o reenvio a valores *distintos* do que o alegado pelas partes ou do que o foi considerado pelo juiz de primeiro grau, o que difere, em absoluto, de *contrariar* a norma que promove o reenvio (dizer que as partes *não devem* observar, na contratação, o equilíbrio entre prestações, por exemplo) ou *negar-lhe vigência*. Assim sendo, parece lícito considerar-se como cabível a interposição de recurso especial versando sobre cláusulas gerais pelo fundamento do art. 105, inciso III, alínea “a” da Constituição, embora remota a possibilidade de sua ocorrência.

Outra situação que autoriza o manejo do recurso especial refere-se à *divergência jurisprudencial* no entendimento da lei federal, prevista no art. 105, inciso III, alínea “c”, da Constituição¹⁷⁰. Trata-se de hipótese voltada a possibilitar “a

¹⁶⁹ A referência a acórdão ao invés de sentença é proposital para se salientar que só cabe o recurso especial de decisão de única ou última instância proferidas por *Tribunais*, não sendo admissível sua interposição em face de decisões de juízos de primeira instância.

¹⁷⁰ Deixou-se de analisar a hipótese da alínea “b”, referente à decisão que julga válido ato de *governo* local contestado em face de lei federal, pela restrição já mencionada deste trabalho ao direito *privado* das obrigações.

unidade de interpretação da lei federal em todo o território nacional”, evitando-se deixar “a interpretação das normas jurídicas ao descontrolo, entregue às inclinações pessoais ou regionais dos julgadores”¹⁷¹. Lapidar, nesse sentido, é a afirmação de Pontes de Miranda de que “quebrada a unidade da inteligência da lei, lei não há, mas arbítrio.”¹⁷²

Muito embora as cláusulas gerais não envolvam somente uma questão hermenêutica (na verdade, caracterizam-se justamente por ir *além disso*), parece ser correto afirmar que essa se configura como a principal *válvula de entrada* do exame das cláusulas gerais pelo Superior Tribunal de Justiça, eis que *axiologicamente neutra*, vale dizer, para a admissão do recurso basta a *divergência* no entendimento de determinado dispositivo de lei federal.¹⁷³

2.3 DEMAIS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

Fora o cabimento, são ainda elencados como requisitos intrínsecos de admissibilidade dos recursos em geral a *legitimação para recorrer*, o *interesse em recorrer* e a *inexistência de fato impeditivo ou extintivo* do poder de recorrer, e como requisitos extrínsecos a *tempestividade*, a *regularidade formal* e o *preparo*, este último apenas quando exigido em lei.¹⁷⁴

Entretanto, ao se tratar de recurso especial, ao lado dos requisitos *genéricos* depara-se o recorrente num verdadeiro “campo minado” de admissibilidade, exigindo-se, além dos pressupostos de admissibilidade tradicionais, o que, no caso do recurso especial inclui as restritas hipóteses de cabimento, outros pressupostos fixados pela jurisprudência que também devem somar-se *cumulativamente* aos demais.¹⁷⁵

¹⁷¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**, p. 229.

¹⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**, p. 89. t. 4.

¹⁷³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**, p. 573. v. 5.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 260.

¹⁷⁵ Cujas constitucionalidade é frequentemente posta em dúvida. A respeito, ver: MARTINS, Ives Gandra da Silva. Dez anos de STJ. In: Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **STJ 10 anos**: obra comemorativa. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999. p. 83-90.

Um primeiro deles decorre de interpretação literal do art. 105, inciso III, da Constituição Federal, o qual, ao determinar o cabimento do recurso especial apenas quanto às “causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios”, exclui a possibilidade de sua interposição em face das decisões proferidas pelas Turmas Recursais dos juizados especiais.¹⁷⁶

Todavia, e embora compostos por juízes leigos, os juizados especiais ainda assim solucionam as lides que lhes são submetidas a exame pela *aplicação da lei*, não havendo qualquer incompatibilidade entre a necessidade, para fins de competência, de *menor complexidade* da causa e a possibilidade de aplicação de alguma cláusula geral aos fatos trazidos à exame. Tem-se, portanto, um grupo de decisões judiciais que, quando alicerçadas apenas na lei federal (como habitualmente é o caso das cláusulas gerais, desde que o reenvio não se dê em relação à constituição), são infensas ao controle jurisdicional de sua correção pelos órgãos de superposição, ainda que afrontem a “validade, inteireza positiva, autoridade e uniformidade de interpretação do direito federal”.

Compromete-se, assim, o ciclo de *reenvio* proporcionado pelas cláusulas gerais pela possibilidade não apenas de uma decisão incorreta, cuja injustiça em princípio limita-se ao caso concreto, mas integração jurisprudencial do ordenamento com normas que podem ser divergentes das estabelecidas em outros estados da federação ou mesmo contrárias à lei federal, pondo em risco, assim, a necessária *coerência* dos elementos que integram o *sistema jurídico*.

Outros requisitos de admissibilidade exigidos jurisprudencialmente para a interposição do recurso especial referem-se ao *limite cognitivo* do Superior Tribunal de Justiça em relação à matéria objeto do recurso e à necessidade de *fundamentação* da decisão impugnada na lei federal, cristalizados nos enunciados n.º 5, n.º 7 e n.º 211 da súmula de jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, cuja análise, por depender do exame prévio de outras questões, será realizada mais adiante.

¹⁷⁶ Entendimento este consolidado no verbete 203 da súmula de jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, cujo teor se reproduz: “Súmula 203 - Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 203. Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais. Disponível em: <<http://www.stj.br>>. Acesso em: 2/06/2009.

3 CLÁUSULAS GERAIS E O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Toda decisão judicial é fruto de um processo mental do julgador, envolvendo as questões de fato submetidas a exame e as disposições normativas a eles aplicáveis¹⁷⁷, culminando num *comando*, referente à lide ou à própria relação processual. Nesse processo decisório, a lei e a constituição garantem ao julgador a ausência de interferências ou determinações externas, tanto através de garantias pessoais (inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios; CF/88, art. 94 e incisos) quanto de garantias institucionais, afastando a possibilidade de ingerências tanto de órgãos administrativos quanto de órgãos que exercem jurisdição em grau superior, podendo o juiz livremente extrair seu convencimento dos elementos de convicção existentes nos autos (CPC, art. 131, início).

Entretanto, caso se exigisse do magistrado, quando da prolação da decisão, que exteriorizasse apenas o *comando*, sem expor as razões de fato e de direito que o determinaram, abrir-se-ia o caminho ao arbítrio e ruiria a legitimidade da decisão¹⁷⁸. Em razão disso, e visando à harmonização entre a necessidade de controle das decisões judiciais e a também necessária autonomia do magistrado na sua elaboração, garantia de sua imparcialidade, a técnica processual eleita pelo constituinte e pelo legislador ordinário foi a de se estabelecer o *livre convencimento motivado* do juiz, que se revela, em sua forma mais elementar, na estruturação das sentenças¹⁷⁹ pelo trinômio relatório-motivação-dispositivo (CPC, art. 458).¹⁸⁰

¹⁷⁷ Isso, ao menos, numa situação *ideal* de *imparcialidade no exercício da jurisdição*. Sem embargo, é impossível abstrair-se da condição *humana* do magistrado, e, portanto, da inevitável interferência de fatores pessoais no exercício da jurisdição. Ver, por todos, BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, especialmente p. 72-84.

¹⁷⁸ “Sem a fundamentação, somente Deus e a consciência do magistrado saberiam se a sentença refletiu ato de justiça ou injustiça, leal cumprimento do dever ou prevaricação, a vontade da lei ou a realização de um desejo insopitável de maldade ou de bondade”. Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 917. v. 1. Ver também: NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 215.

¹⁷⁹ Em sentido amplo, abrangendo, portanto, também os *acórdãos* proferidos pelos Tribunais.

¹⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, p. 262. v. 1. Ressalte-se aqui que a necessidade de motivação abrange toda e qualquer *decisão* judicial, não se restringindo, portanto, às *sentenças*, modalidade de decisão ao lado das *interlocutórias*.

Todavia, a exigência de motivação não se limita ao aspecto *formal* da decisão, alcançando também sua própria *substância*, exigindo-se do magistrado que enuncie as razões que a sustentam e justificam, abrangendo todos os pontos que influíram e poderiam influir na solução de determinada questão ou questões, e assim, modificar o resultado da demanda¹⁸¹. Assim, ao decidir no processo, seja resolvendo questões incidentes ou o próprio mérito da demanda, o magistrado não só *cumpr*e o dever de prestar a tutela jurisdicional a quem tem razão, mas também, fundamentando a decisão, *presta contas* do seu adimplemento às partes e à sociedade como um todo.¹⁸²

Ao se tratar de cláusulas gerais, porém, o dever de motivação é exponencializado em razão da elevada carga de poder atribuída ao magistrado na própria *formulação* da regra jurídica aplicável ao caso concreto¹⁸³. A aplicação do direito, nesses casos, percorre um *iter* que se distancia da “mera” subsunção do fato à norma¹⁸⁴, cuja complexidade, aliada ao risco de subjetivismos nas operações de reenvio, devem ser equilibrados pela solidez argumentativa da fundamentação.

Assim, e tendo por base a definição estipulativa de cláusula geral antes exposta, parece lícito afirmar que na fundamentação de uma decisão que envolva a aplicação de cláusulas gerais o magistrado deve não apenas descrever o quadro fático que lhe é posto a exame e identificar qual norma incide, mas também detalhar a operação de reenvio (externo ou interno) que se realiza, relacionando-a aos fatos que a determinam (necessária ligação entre o caso e os valores ou *standards* de comportamento), fundamentar o juízo de adequação axiológica feito entre os fatos e os valores, e determinar, com base nas operações anteriores, qual o *efeito ou efeitos jurídicos* que decorrem da incidência da cláusula geral e aplicá-lo ao caso concreto.

¹⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 661. v. 3.

¹⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, p. 262. v. 1.

¹⁸³ Conforme o mote de uma popular revista em quadrinhos, “com grandes poderes vêm também grandes responsabilidades”.

¹⁸⁴ Ou do *conceito* do fato ao *conceito* da norma, pois, como explica Paulo de Barros Carvalho, a subsunção somente se opera *entre iguais*. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 173.

Cumprido ressaltar, neste ponto, que a necessidade de fundamentação aqui não é vital somente quanto à *legitimidade* da decisão, mas também ganha peso para fins de *admissibilidade* de eventual recurso especial em face dela interposto.

É que, conforme entendimento há tempos sedimentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁸⁵, e logo transportado para o Superior Tribunal de Justiça¹⁸⁶, para que seja admissível o recurso especial é necessário o *prequestionamento* da questão federal na decisão recorrida. Ou seja, se as hipóteses de cabimento do recurso especial exigem que a decisão impugnada afronte a autoridade, a inteireza positiva e/ou a uniformidade de interpretação da lei federal, é necessário que esta se refira explicitamente à lei federal reputada violada, não observada ou interpretada diferentemente como *fundamento* da decisão.

Aqui, a importância da fundamentação adquire uma nova tonalidade. Como antes exposto, a aplicação das cláusulas gerais envolve uma operação complexa, e eventual discordância das partes pode não se limitar, assim, ao resultado final desse *iter*, mas direcionar-se especificamente a uma ou mais etapas desse processo (esse não é o comportamento leal a que a boa-fé objetiva faz referência; não são estes os bens jurídicos a serem ponderados para se averiguar se a função social do contrato foi cumprida). Tem-se, portanto, que a necessidade de ampla fundamentação da decisão responde aqui não só pela sua *legitimidade*, mas pela sua *total recorribilidade*.

De todo modo, surge também, ante o mecanismo de aplicação das cláusulas gerais, a questão de saber se há possibilidade, no limite cognitivo atribuído ao Superior Tribunal de Justiça ao julgar o recurso especial, recurso de *direito estrito*, de se realizar, nessa instância superior, o controle da correção da aplicação das cláusulas gerais. Para tanto, faz-se necessária uma breve análise do que sejam questões de fato e questões de direito, para então poder-se examinar se, dada a *estrutura* das cláusulas gerais e o *modo de sua aplicação*, se estas podem situar-se dentro do âmbito cognitivo do Superior Tribunal de Justiça.

¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 282. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão federal recorrida, a questão federal suscitada. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 2/6/2009.

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 211. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal "a quo". Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 2/6/2009.

4 “QUESTÃO DE FATO” E “QUESTÃO DE DIREITO” – OS ENUNCIADOS 5 E 7 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A distinção entre questão de fato e questão de direito é uma das mais tormentosas em direito processual civil, não sendo raro se encontrar posições substancialmente divergentes tanto na doutrina quanto na jurisprudência. A importância do tema reside no fato de que a referida distinção é o fundamento de um *requisito de admissibilidade* do recurso especial, conforme entendimento consolidado nos enunciados n.º 5 e n.º 7 da súmula de jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, cujo teor, dada a relevância da matéria, será abaixo transcrito.

Súmula 5 – A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.

Súmula 7 – A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Ambos os enunciados sustentam-se sob o mesmo fundamento, qual seja, a natureza de *direito estrito* do recurso especial conferida pelas suas escassas hipóteses de cabimento, nas quais é necessário que se ponha em causa a autoridade, a inteireza positiva, a validade e a uniformidade de entendimento da *lei federal*.

Assim, tem-se como corolário lógico que uma questão que se refira à mera reavaliação da *prova* não guarda relação, em princípio, com a *questão federal* que necessariamente deve ser objeto do recurso¹⁸⁷. Igualmente, tendo presente a noção de que o contrato não é *lei*, mas *fato jurídico*, e que na interpretação do alcance dos efeitos do fato jurídico contrato pode ser necessário não apenas o exame do documento que lhe serve de *instrumento* como também outros documentos constantes dos autos, depoimentos pessoais das partes (CC, art. 112¹⁸⁸), entre

¹⁸⁷ Sem embargo, se a questão refere-se não ao exame da prova, mas à indevida aplicação de *normas jurídicas* referentes ao exame da prova (p. ex.: inversão do ônus da prova; CDC, art. 6.º, inciso VIII), é cabível o recurso especial. A respeito, ver: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**, p. 129-131.

¹⁸⁸ Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

outros, tem-se como conseqüência que a simples interpretação de contrato não é suficiente para a admissibilidade do recurso especial.

Todavia, a questão, que já não era pacífica, assume um viés todo diferente com a introdução, no ordenamento jurídico, de cláusulas gerais, em que na hipótese de incidência e no respectivo preceito são empregados termos dotados de elevado grau de *vagueza semântica*, os quais, como exposto, são espécie do gênero conceitos *indeterminados*, cuja concretização é indissociavelmente ligada aos *atos*. Ainda, o adequado manejo das cláusulas gerais exige que o julgador busque, nos *atos* submetidos a exame, qual o valor que deve ser priorizado ou qual o modelo de conduta que deveria ser adotado por um dos integrantes de uma relação jurídica obrigacional.¹⁸⁹

Dada essa íntima conexão das cláusulas gerais *aos atos*, a necessidade, para fins de admissibilidade do recurso especial, de que a matéria objeto do recurso seja estritamente *de direito* pode gerar óbices severos ao controle, por parte do Superior Tribunal de Justiça, da aplicação dessa modalidade de norma. Cumpre, portanto, apreciar os critérios apontados pela doutrina e pela jurisprudência para a distinção entre *quaestio facti* e *quaestio iuris* para se aferir se a adequada aplicação das cláusulas gerais encontra-se no limite cognitivo daquele Tribunal Superior.

Um primeiro fator de discriminação é passível de ser extraído pelos próprios enunciados sumulares acima transcritos, pelos quais não é admissível o recurso especial quando o objeto da pretensão recursal disser respeito à investigação se determinado fato *ocorreu ou não*.

Permanece, todavia, um grande campo em que, admitido que determinado fato ocorreu, restam dúvidas acerca de qual norma jurídica incide sobre ele (aqui compreendido o objeto do *reenvio*), e quais os efeitos jurídicos decorrentes dessa incidência. Quanto a esse outro campo, pode-se identificar uma primeira corrente, mais *restritiva*, que entende que para se identificar uma questão que seja de direito *estrito*, sua suscitação e apreciação devem ser absolutamente independentes das provas carreadas nos autos¹⁹⁰. Nesse sentido, tem-se a posição de José Carlos Barbosa Moreira, afirmando que

¹⁸⁹ Lembrando aqui, novamente, a limitação do presente trabalho ao *direito privado das obrigações*.

¹⁹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Recurso especial – atividade cognitiva do STJ – mandado de segurança – “*quaestio iuris*” e “*quaestio facti*”. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 341, p. 257-266, jan./fev. 1998. p. 260.

(...) a fim de saber se está deveras perante uma *quaestio iuris*, o observador perguntará: essa questão poderia ser suscitada *nos mesmos termos* em outro processo, onde se afirmassem diferentes fatos e se colhessem diferentes provas? Só quando afirmativa a resposta é que se tratará de genuína questão de direito.¹⁹¹

Tal orientação revela-se perfeitamente compatível com os verbetes sumulares n.º 5 e n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que se a existência de uma questão de direito depende da independência *total* dos fatos ocorridos naquela demanda concreta para sua apreciação, não será necessário o reexame das provas produzidas nos autos (incluindo-se aqui a correta determinação do sentido de uma cláusula contratual).

Não obstante, ao se tratar de cláusulas gerais, tal afirmativa deve ser encarada *cum grano salis*, uma vez que a cláusula geral, por se tratar de norma parcialmente em branco, pode concretizar-se *em mais de uma forma*. Assim, caso se adote o posicionamento acima transcrito na análise dessa espécie normativa, é necessário que os diferentes fatos e provas referentes à *quaestio iuris* ainda assim se submetam à mesma *ratio decidendi* (relativa tipicidade da situação), visto que, caso a distinção envolva, por exemplo, uma diferente distribuição de riscos em contratos com elementos aleatórios, a desigual configuração dos fatos acarreta o reenvio a outros *standards* ou valores e, portanto, também a incidência de norma *distinta*, ainda que veiculada pelo mesmo texto de lei (cláusula geral).

Ainda, a necessidade de absoluta abstração do material fático probatório, caso adotada essa corrente mais estrita, pode acabar por excluir do âmbito de cognição do Superior Tribunal de Justiça as questões referentes a conceitos dotados de vagueza semântica, *espécie de indeterminação*, como é o caso das cláusulas gerais, em razão da indissociável ligação destes aos fatos. Nesse sentido, veja-se o julgado abaixo, emblemático quanto a esse ponto:

LOCAÇÃO. VIOLAÇÃO AOS ART. 421 A 426 DO CÓDIGO CIVIL. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. AFRONTA AO ART. 21 DA LEI N.º 8.884/94. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. REEXAME DO QUADRO-FÁTICO PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N.os 5 E 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

¹⁹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Recurso especial – atividade cognitiva do STJ – mandado de segurança – “*quaestio iuris*” e “*quaestio facti*”. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 341, p. 257-266, jan./fev. 1998. p. 261.

1. A pretendida inversão do decisum recorrido, no sentido de analisar a função social do contrato nos termos dos arts. 421 a 426 do Código Civil, bem como a abusividade do poder econômico conforme dispõe o art. 21 da Lei n.º 8.884/94, demandaria, necessariamente, a interpretação de cláusulas contratuais e o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via estreita do recurso especial, em razão da incidência das Súmulas n.os 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça.
2. Agravo regimental desprovido¹⁹². (grifou-se).

De outro vértice, uma outra corrente, que se pode denominar de *branda*, entende que a distinção entre questão de fato e questão de direito repousa num critério não de exclusão, eis que ontologicamente todo direito nasce da incidência de uma *norma jurídica* sobre os *atos* (*ex facto oritur ius*), sendo, portanto, inconcebível pensar-se numa *quaestio iuris* totalmente desvinculada da *quaestio facti* que lhe deu origem, e sustenta que a diferenciação entre as figuras se dá pela *preponderância* de um aspecto sobre o outro¹⁹³. Assim, caso na concreção de determinado conceito indeterminado a atividade intelectual do juiz dirija-se mais ao contexto fático probatório ou mais ao conjunto de disposições normativas invocadas a regular o caso, estar-se-á diante de uma questão de fato ou de direito, respectivamente.

Adotando-se essa linha de pensamento, tem-se que as questões de fato não têm sua apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça excluída *a priori*, mas para a admissibilidade do recurso especial o foco do julgador não deve estar nelas *centrado*. Assim, se para a solução da controvérsia o foco do magistrado dirige-se a *aspectos jurídicos*, não há razão para não conhecer do recurso em razão da necessidade, para melhor compreensão da *quaestio iuris*, de se fazer referência aos fatos ocorridos na demanda, *desde que* isso não implique a investigação, dentro do conjunto probatório, acerca da efetiva existência destes, recebendo-os o tribunal *ad quem* tal como percebidos pelo tribunal *a quo*.

Todavia, ressalte-se que a aferição da preponderância do objeto da análise, se sobre as normas jurídicas ou sobre os fatos ocorridos, ainda assim não obedece a critérios objetivos, abrindo um incômodo espaço à discricionariedade do

¹⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag n.º 853.052/SP. Relatora: Min.^a Laurita Vaz. 5.^a turma. Julgado em 26/06/2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2/6/2009.

¹⁹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Questão de fato, conceito vago e controlabilidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 428-463. p. 448-450.

magistrado, o que não ocorre na corrente restrita, dado o elevado teor de objetividade dos critérios adotados.

De todo modo, a adotar-se a corrente branda inexistiria razão para se excluir de antemão a apreciação de cláusulas gerais tão-somente pela necessidade de análise dos fatos (e não do conjunto probatório) para a concreção da vagueza semântica dos termos que compõem a *fattispecie*.

Novamente, restariam preservados os enunciados sumulares n.º 5 e n.º 7, dando-se, contudo, ênfase à expressão “simples” para se entender que, quando a pretensão recursal não se dirigir somente ou preponderantemente à análise dos fatos, a apreciação destes torna-se *relevante* para a adequada compreensão da *quaestio iuris*.

Por fim, é possível identificar-se uma outra corrente, que se poderia denominar *fucional*, a qual entende que para que os conceitos indeterminados (incluindo-se aqui, embora com a ressalva das distinções anteriormente feitas, as cláusulas gerais) possam ser objeto de conhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial é necessário que o modelo de situação fática a que eles se referem tenha grande possibilidade de ocorrer *repetidamente*, justificando-se, assim, a necessidade de intervenção do órgão de cúpula para firmar um posicionamento, o qual seria desprovido de utilidade caso a situação fosse *sui generis*. Tem-se, então, como critério de admissibilidade dos recursos que envolvam a concreção de conceitos indeterminados a necessidade da *transcendência* da questão¹⁹⁴, uma vez que a *função* dos recursos de direito estrito seria, precipuamente, a guarda do direito objetivo e apenas secundariamente a tutela do interesse das partes¹⁹⁵. Desse modo, caso a questão federal abordada mediante recurso especial faça referência aos fatos ocorridos na demanda, mas esses fatos

¹⁹⁴ FONTOURA, Lucia Helena Ferreira Palmeiro da. **Recurso especial: questão de fato/questão de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 56-76, em especial p. 73.: “A interpretação dos conceitos indeterminados é reexaminável ilimitadamente, salvo se o juiz dos fatos haja formulado premissa maior de alcance meramente casuístico” (grifou-se). Ver também, embora referente ao antigo recurso extraordinário, ALVIM, José Manuel Arruda. **Arguição de relevância no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

¹⁹⁵ José Carlos Barbosa Moreira tece contundente crítica a essa qualidade dos recursos de direito estrito, pois não se trataria de característica apenas nessa espécie recursal, estando presente também, p. ex., em eventual recurso de apelação interposto pelo Ministério Público na qualidade de *custos legis*. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**, p. 253-254. v. 5.

possuam transcendência, não haveria óbice para a admissão do especial; caso contrário, este se tornaria inadmissível.

Todavia, a adoção de tal corrente implicaria sujeitar a admissibilidade do recurso especial a um controle semelhante ao da *repercussão geral* existente em sede de recurso extraordinário (CF, art. 102, § 3.º), sem, contudo, estabelecer os meios de controle da legitimidade da decisão de admissão ou não do recurso ou das formas de otimização do julgamento, consistentes na necessidade *quorum* qualificado para a decisão acerca da efetiva existência da repercussão geral na causa (CPC, art. 543-A, § 4.º) e na possibilidade de intervenção de *amicus curiae* (CPC, art. 543-A, § 6.º), respectivamente. Ademais, registre-se que a necessidade de transcendência da questão federal não encontra amparo, como ocorre no recurso extraordinário, em expressa previsão legal, razão pela qual sua constitucionalidade seria mesmo *duvidosa*.¹⁹⁶

Ainda, tal corrente não possui total compatibilidade com os enunciados n.º 5 e n.º 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a transcendência da questão pode ocorrer tanto a questões de direito *como a questões de fato* (excessiva desproporcionalidade das cláusulas gerais¹⁹⁷ de contratação elaboradas por uma instituição financeira, por exemplo), o que poderia levar um Tribunal Superior ao *reexame* de provas e à *interpretação* do contrato.

Uma vez expostas as principais correntes, cumpre observar, nesse ponto, que nenhuma delas goza de unanimidade, nem mesmo se pode denominar qualquer delas de majoritária. Em decorrência disso, o que se vê é que a admissibilidade do recurso especial em que a distinção “questão de fato/questão de direito” não seja tão nítida (como no caso da concreção de conceitos indeterminados), por vezes, se torna dependente do *acaso*.

¹⁹⁶ Não obstante, a transcendência da questão federal parece ter sido a idéia-motriz da Lei de Recursos Repetitivos (Lei 11.672/2008), que confere ao Superior Tribunal de Justiça a prerrogativa de, ante a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, *afetar* um ou mais deles que sejam representativos da controvérsia e firmar seu posicionamento sobre a decisão, julgando-se providos os recursos que esposam tese idêntica à adotada na decisão do tribunal e julgando-se não providos os que adotarem tese divergente (CPC, art. 543 - C). Tal fato, todavia, não infirma a conclusão acima exposta, uma vez que, caso não se verifique a *multiplicidade* de recursos sob o mesmo fundamento, isso não implica a inadmissibilidade do recurso, mas a sua *não afetação* para julgamento em conjunto com os demais.

¹⁹⁷ Referindo-se aqui não à modalidade normativa, mas às cláusulas padrões e uniformes de determinados contratos por adesão.

A título de exemplo, podemos ver a questão referente ao *quantum* indenizatório nas demandas de reparação por danos extrapatrimoniais. É cediço na doutrina que para a fixação do valor da indenização nessa espécie de demanda o magistrado deve levar em conta a situação econômica das partes, de modo que a indenização não seja tão elevada a ponto de se configurar como fonte de enriquecimento do lesado, mas também que não seja ínfima a ponto de não se constituir um contra-incentivo à prática de novo ilícito¹⁹⁸. Ainda, aplica-se o art. 944 do Código Civil, que determina a adequação do valor da indenização à extensão do dano.

Analisando-se os critérios apontados para a fixação do montante indenizatório para reparação do dano moral, é fácil concluir que estes se resumem à noção de *proporcionalidade* (conceito indeterminado), cuja concretização se dá mediante o apelo a questões ligadas quase que exclusivamente aos *atos* concretos de cada específica demanda (capacidade econômica *das partes*; *extensão* do dano), o que, em princípio, excluiria a possibilidade de revisão, em sede de recurso especial, do valor fixado pelo juízo *a quo*, pelo óbice do enunciado n.º 7 da súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Não obstante, é expressivo o número de julgados daquela corte que, a despeito da necessidade de revolvimento do conjunto fático probatório para se aferir a correção do montante indenizatório, admitiram o recurso especial para modificá-lo.¹⁹⁹

¹⁹⁸ Ver, por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 63-64. v. 2.

¹⁹⁹ Inclusive, recente matéria publicada no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça chegou a expor uma *tabela* de valores para indenizações em demandas de reparação por danos morais. Conferir em: BRASIL. Superior Tribunal da Justiça. **STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=danos%20morais>. Acesso em: 18/8/2009.

Nesses casos, a dicotomia questão de fato/questão de direito não foi apreciada nos termos propostos pela corrente restrita, eis que se tratam de diferentes fatos e diferentes provas, nem pela corrente branda, uma vez que a atenção do julgador, ao fixar o valor da indenização, dirige-se quase que exclusivamente aos fatos (capacidade econômica das partes e extensão do dano). Parece correto, portanto, afirmar-se que a crônica admissão de recursos especiais versando sobre o *quantum* indenizatório devido em razão de danos extrapatrimoniais tem se dado pela *transcendência* da matéria, ante o sem-número de demandas (e, conseqüentemente, recursos) veiculando pretensões do gênero.

Todavia, o mesmo não ocorreu em relação às demandas envolvendo revisões de contrato de mútuo habitacional feitos pelo Sistema Financeiro de Habitação. Dentre as questões que habitualmente surgem nessa espécie de demanda, uma das principais, junto aos critérios de correção do saldo devedor e das parcelas do financiamento, consiste na ocorrência de capitalização de juros no cálculo do saldo devedor do mutuário em razão da utilização da “Tabela Price” (sistema francês de amortização), capitalização esta proibida nessa modalidade de contrato ao menos até a edição da Medida Provisória n.º 1.963-17/2000.²⁰⁰

Tabela 1 - Precedentes do STJ sobre casos que geraram dano moral

Evento	2º grau	STJ	Processo
Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem dano à saúde)	R\$ 5 mil	R\$ 20 mil	Resp 986947
Recusa em fornecer medicamento (sem dano à saúde)	R\$ 100 mil	10 SM	Resp 801181
Cancelamento injustificado de voo	100 SM	R\$ 8 mil	Resp 740968
Compra de veículo com defeito de fabricação; problema resolvido dentro da garantia	R\$ 15 mil	não há dano	Resp 750735
Inscrição indevida em cadastro de inadimplente	500 SM	R\$ 10 mil	Resp 1105974
Revista íntima abusiva	não há dano	50 SM	Resp 856360
Omissão da esposa ao marido sobre a verdadeira paternidade biológica das filhas	R\$ 200 mil	mantida	Resp 742137
Morte após cirurgia de amídalas	R\$ 400 mil	R\$ 200 mil	Resp 1074251
Paciente em estado vegetativo por erro médico	R\$ 360 mil	mantida	Resp 853854
Estupro em prédio público	R\$ 52 mil	mantida	Resp 1060856
Publicação de notícia inverídica	R\$ 90 mil	R\$ 22.500	Resp 401358
Preso erroneamente	não há dano	R\$ 100 mil	Resp 872630

²⁰⁰ Art. 5.º. Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

A ocorrência de efetiva capitalização de juros ou não pela mera utilização da Tabela Price, com efeito, pode ser considerada como uma questão *de fato*, ainda que seja um *fato matemático*, que, por abstrato e geral, não tornaria necessário o revolvimento do conjunto probatório produzido nos autos para sua apreciação. Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça sistematicamente não conhece de recursos (ou não conhece da parte dos recursos) que envolvam a ocorrência de capitalização de juros pela utilização da Tabela Price, com arrimo nos enunciados n.º 5 e n.º 7 da sua súmula de jurisprudência dominante.²⁰¹

É possível afirmar, nesse caso, que quanto à dicotomia questão de fato/questão de direito não foi adotada a corrente funcional, uma vez que a transcendência da matéria chega a ser flagrante e ainda assim os recursos não são conhecidos, nem tampouco a corrente branda, eis que uma vez analisada a efetiva ocorrência de capitalização de juros na utilização da Tabela Price seria possível dirimir novas controvérsias sem necessidade de se reexaminar o conjunto probatório dos autos²⁰², mas sim a corrente *restrita*, entendendo-se que, nesse tema, a questão jurídica (houve capitalização de juros) não poderia ser igualmente respondida em face dos diferentes (?) fatos.

Veja-se que, embora a situação dos mutuários do Sistema Financeiro da Habitação em princípio não guarde relação com a temática das cláusulas gerais, tal fato demonstra uma sintomática falta de coerência no tratamento do tema “questão de fato/questão de direito”, o que, tendo em vista que a admissibilidade de recursos envolvendo a aplicação de cláusulas gerais já se reveste de problematidade (recorribilidade de todo o *iter* de aplicação; conceitos juridicamente indeterminados), pode agravar ainda mais essa situação, resultando num quadro de rarefeitos

²⁰¹ Recentemente foi julgado recurso pela Lei de Recursos Repetitivos a respeito da matéria, decidindo-se que a apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da ocorrência de capitalização de juros pela utilização da Tabela Price esbarra nos enunciados sumulares n.º 5 e n.º 7, com o que praticamente qualquer recurso versando sobre esse tema será tido como inadmissível. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1070297/PR. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 09.09.2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2/6/2009.

²⁰² O que, de certo modo, ocorreu nas demandas envolvendo *expurgos inflacionários* referentes aos planos econômicos editados nas décadas de 80 e 90 do século passado (Plano Bresser, Plano Verão, Plano Collor I e Plano Collor II), em que se adentrou nos fatos para se averiguar qual o índice de correção monetária que *melhor refletia a variação inflacionária do período* e, posteriormente, aplicou-se o índice a todos os recursos posteriores.

julgados pela corte superior acerca da matéria e numa deficiente integração jurisprudencial do ordenamento.

5 A RESPOSTA INSTITUCIONAL AO MODELO DAS CLÁUSULAS GERAIS – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

É celebre a expressão de Eros Roberto Grau de que “não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”²⁰³. Com essa advertência o eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal faz perceber que, em direito, não se pode pensar nas normas isoladamente, sejam elas de direito material, sejam elas de direito processual, devendo-se sempre emprestar maior atenção ao conjunto, ao *sistema*.²⁰⁴

Nesse ponto, tem-se que ao se adotar, na edição dos principais diplomas legislativos de direito privado das últimas décadas, o Código de Defesa do Consumidor e o atual Código Civil, uma técnica legislativa tão importante quanto as cláusulas gerais, deveria ter se dado maior atenção ao modo de efetiva concretização dessa técnica legislativa.

Observe-se, aqui, que por efetiva concretização não se faz menção apenas ao direito processual civil, o qual com efeito experimentou diversas inovações que, a despeito de sua maior vocação para a tutela de situações patrimoniais, passou a contemplar mecanismos ágeis (CPC, art. 273) e plúrimos (CPC, art. 461) para se remediar as lesões às situações jurídicas dos indivíduos, e mesmo para evitá-las a efetiva ocorrência de lesões (tutela inibitória).²⁰⁵

Ao contrário, ao se falar em efetiva concretização tem-se em vista aqui o *modelo institucional* do Poder Judiciário brasileiro e suas especificidades. É notória a sobrecarga de trabalho dos magistrados ante o sem-número de demandas que são ajuizadas diariamente em todos os cartórios do país, o que contribui ainda mais para a *morosidade* da justiça, dando azo a uma espécie de exceção de direito material dos magistrados que, tal como a prescrição, *encobre a pretensão*

²⁰³ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 122.

²⁰⁴ Nesse sentido, afirma Pontes de Miranda, em tom jocoso, que “sem certo preparo filosófico e de Lógica, todo legislador é macaco em loja de louças. Quando lhe sorri o achado da regra nova, lança-se a ele, agarra-se a ele, e quebra tudo”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à constituição de 1967**, p. 132. t. 4.

²⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 85-88.

constitucionalmente garantida de todo cidadão a uma tutela jurisdicional *adequada, efetiva e tempestiva* (CF, art. 5.º, incisos XXXV e LXXVIII) pela absoluta impossibilidade de se dar conta do volume de trabalho.²⁰⁶

Sintoma dessa sobrecarga, recentemente o Conselho Nacional de Justiça lançou várias metas a serem cumpridas pelo Poder Judiciário nacional, estabelecendo através da propagandeada “Meta 2” o dever dos órgãos jurisdicionais de “identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31.12.2005 (em 1.º, 2.º grau ou tribunais superiores)”²⁰⁷, num atabalhado esforço, uma vez que olvida a possível existência de fundados motivos para determinados feitos não se encontrarem *em fase de julgamento* (necessidade de realização de diligências complexas; não ter sido encontrado o réu; *etc.*), de se resolverem demandas ajuizadas há mais de quatro anos e que ainda se encontram em fase de cognição.

Assim, e em primeiro lugar, parece ser um contra-senso adotar-se, *propositadamente*, uma técnica legislativa como as cláusulas gerais que, ao mesmo tempo em que confere maior poder ao magistrado na solução do caso concreto, também lhe exige maior tempo tanto na criação da solução mais correta para o caso concreto quando na fundamentação da respectiva decisão, sem também voltar-se os olhos à deficiência institucional dos órgãos jurisdicionais em dar conta de resolver as demandas em que a atividade do julgador não é necessariamente tão complexa.

Não menos importante, todavia, é dar-se a devida atenção ao próprio *modus operandi* do Poder Judiciário. Observando-se os diversos julgados dos órgãos de primeiro grau e dos Tribunais vê-se que a introdução de cláusulas gerais no ordenamento não só obteve acolhida expressiva pelos órgãos jurisdicionais, que freqüentemente as utilizam na solução de controvérsias, mas também veio responder ao anseio social de uma maior dose de “justiça” para os casos concretos pela possibilidade conferida aos magistrados de, ao invés de prender-se à “letra fria da lei”, descer às especificidades das situações das partes e topicamente estabelecer uma decisão que, *hic et nunc*, afigura-se como a “mais correta”.

²⁰⁶ É, de certo modo, uma generalização da famosa “crise do STF”, decorrente do “número de feitos sempre crescente e absolutamente excessivo, postos a cargo dos integrantes do Excelso Pretório”. Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 109-123. p. 110-111.

²⁰⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Metas de Nivelamento - Meta 2**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/index.php?Itemid=963>>. Acesso em: 20/5/2009.

Não obstante, se parece correto concluir com Cláudia Lima Marques de que os magistrados efetivamente estão preparados para o manejo das cláusulas gerais, isso não torna desnecessária a eventual intervenção de um órgão de superposição que *garanta* a inteireza positiva, a autoridade, a validade e a uniformidade de entendimento da lei federal, como faz o Superior Tribunal de Justiça, mormente diante da complexidade que o *iter* de concretização dessas normas apresenta e do resultado dessa concretização, qual seja, a integração e a atualização do ordenamento jurídico positivo sem o ônus da inflação legislativa.

Assim, parece lícito concluir que certas questões tradicionais, como as hipóteses de cabimento do recurso especial, o prequestionamento e a dicotomia “questão de fato/questão de direito” devem passar por uma *releitura* de modo a não constituírem um óbice tamanho que acabem por excluir do âmbito cognitivo do Superior Tribunal de Justiça as questões que envolvam a aplicação de cláusulas gerais.

É certo que as portas desta corte não estão totalmente cerradas para a discussão acerca da aplicação desta modalidade de técnica legislativa²⁰⁸. Sem

²⁰⁸ Veja-se, nesse sentido, os seguintes julgados: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. LOCAÇÃO. IMÓVEL LOCADO PELO NU-PROPRIETÁRIO. BOA-FÉ OBJETIVA. LEGITIMIDADE DO LOCADOR PARA EXECUTAR OS ALUGUÉIS EM ATRASO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Na espécie, não se aplicam os Enunciados 5 e 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, porquanto a decisão agravada, ao decidir a matéria, não interpretou cláusula contratual nem reexaminou o quadro fático dos autos, pois cingiu-se a analisar a legitimidade do nu-proprietário para executar débitos relativos a contrato de locação de imóvel objeto de usufruto. 2. Uma das funções da boa-fé objetiva é impedir que o contratante adote comportamento que contrarie o conteúdo de manifestação anterior, cuja seriedade o outro pactuante confiou. 3. Celebrado contrato de locação de imóvel objeto de usufruto, fere a boa-fé objetiva a atitude da locatária que, após exercer a posse direta do imóvel por mais de dois anos, alega que o locador, por ser o nú-proprietário do bem, não detém legitimidade para promover a execução dos aluguéis não adimplidos. 4. Agravo regimental improvido. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no Ag n.º 610.607/MG. Relatora: Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, julgado em 25/06/2009. RECURSO ESPECIAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. IMPUGNAÇÃO EXCLUSIVAMENTE AOS DISPOSITIVOS DE DIREITO MATERIAL. POSSIBILIDADE. FRACIONAMENTO DE HIPOTECA. ART. 1488 DO CC/02. APLICABILIDADE AOS CONTRATOS EM CURSO. INTELIGÊNCIA DO ART. 2035 DO CC/02. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS. - Se não há ofensa direta à legislação processual na decisão do Tribunal que revoga tutela antecipadamente concedida pelo Juízo de Primeiro Grau, é possível a interposição de Recurso Especial mencionando exclusivamente a violação dos dispositivos de direito material que deram fundamento à decisão.. - O art. 1488 do CC/02, que regula a possibilidade de fracionamento de hipoteca, consubstancia uma das hipóteses de materialização do princípio da função social dos contratos, aplicando-se, portanto, imediatamente às relações jurídicas em curso, nos termos do art. 2035 do CC/02 - Não cabe aplicar a multa do art. 538, § único, do CPC, nas hipóteses em que há omissão no acórdão recorrido, ainda que tal omissão não implique a nulidade do aresto. - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 691.738/SC. Relatora: Min.ª Nancy Andrighi. 3.ª turma. Julgado em 12/05/2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2/6/2009.

embargo, é expressivo e alarmante o número de *decisões monocráticas* que negam seguimento a recursos envolvendo a aplicação de cláusulas gerais com fundamento nos verbetes n.º 5 e n.º 7 da súmula de jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.²⁰⁹

Tem-se, portanto, que a falta de homogeneidade acerca dos critérios de admissibilidade do recurso especial, principalmente no tocante à diferenciação entre “questão de fato/questão de direito”, pernicioso mesmo sem as cláusulas gerais, pode, se não tomadas as devidas cautelas, *frustrar* os importantes objetivos que nortearam a adoção de cláusulas gerais nos principais diplomas legislativos contemporâneos, privando certos setores do ordenamento, como é o caso do direito privado das obrigações, da necessária e almejada *oxigenação* que elas visam promover.

Registre-se nesse ponto, à guisa de conclusão, a atualidade da crítica de Cândido Rangel Dinamarco, quando da criação do Superior Tribunal de Justiça:

Tanto quanto o recurso extraordinário, porém, também o especial tem uma destinação institucional e um significado sistemático que transcendem a mera função de dar efetividade à ordem jurídica. Ele é *um recurso*, no sentido integral do vocábulo. Tanto quanto os demais recursos, ele constitui uma oportunidade a mais para o vencido. Serve de canal através do qual a parte contrariada veicula ao órgão mais elevado o seu inconformismo e pedido de nova decisão, na esperança de obter melhor resultado. Por isso desaconselham-se interpretações muito restritivas quanto à sua admissibilidade, que frustrem ao recorrente as expectativas de acesso ao grau superior e à ordem jurídica justa, com infração à cláusula *due process of law*.²¹⁰

²⁰⁹ Ver, a título de exemplo, os seguintes excertos: “A partir da leitura da motivação do acórdão vergastado acima transcrita, verifica-se que o Tribunal a quo, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, com base na apreciação do conjunto probatório dos autos, concluiu não haver comprovação de que, quando firmado o contrato de locação, ocorreu, por parte do Locador, ofensa ao princípio da boa-fé objetiva. Nesse ponto, a pretendida inversão do julgado implicaria, necessariamente, o reexame das provas carreadas aos autos, o que não se coaduna com a via eleita, consoante o enunciado da Súmula n.º 07 do Superior Tribunal de Justiça”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1076015. Relatora: Min.ª Laurita Vaz. Julgado em 11/09/2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2/6/2009. “Bem de ver, na espécie, que, independentemente da aplicação ou não Código de Defesa do Consumidor à hipótese dos autos, a revisão das conclusões do v. acórdão recorrido, - pautadas no desrespeito, pela recorrente, do princípio da boa-fé objetiva, que sempre norteou as relações contratuais, antes mesmo da vigência do CDC -, exigiria a revisão do conjunto fático-probatório produzido nos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, a teor do disposto no Enunciado n. 7 da Súmula/STJ”, entre outras. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1096400. Relator: Min. Massami Uyeda. Julgado em 08/09/2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2/6/2009.

²¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Superior tribunal de justiça e acesso à ordem jurídica justa. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 249-258. p. 254.

CONCLUSÃO

A inserção de cláusulas gerais no ordenamento jurídico positivo brasileiro é majoritariamente encarada pela doutrina e pela jurisprudência como uma forma de se afastar a rigidez do ordenamento e possibilitar a criação de novos modelos normativos sem a necessidade da freqüente intervenção do legislador, integrando-se o ordenamento sem o ônus da inflação legislativa.

Ainda, a estrutura dessa técnica legislativa traz, dentre outras, ao menos duas conseqüências de relevo: em um primeiro momento, evidencia a necessária interação, no momento de concretização do direito, entre os elementos *fáticos*, *valorativos* e *normativos* existentes na solução das questões submetidas ao crivo dos operadores do direito, principalmente aos magistrados. Ao fazê-lo, as cláusulas gerais restabelecem a dignidade dos valores éticos na seara do direito, bem como revelam a historicidade de seus institutos e das situações a que é chamado a regular, ambos obscurecidos pela epistemologia normativista predominante durante a quase totalidade do século XX.

De outro lado, no campo da operabilidade, as cláusulas gerais permitem a conjugação e a conciliação entre os modos de pensamento tópico e sistemático, geralmente considerados antagônicos e ambos dotados de grande prestígio na história do pensamento jurídico. Com essa junção de métodos, torna-se possível a criação de decisões com maior justiça para o caso concreto, sem se pôr em risco a noção, tão cara aos juristas, de sistema.

A previsão de cláusulas gerais nos principais diplomas normativos contemporâneos, portanto, desempenha um importante papel de tornar o ordenamento jurídico cognitivamente aberto à constante mudança da sociedade, preservando, contudo sua operacionalidade em termos normativos.

Especificamente no que diz respeito ao direito das obrigações, ramo do direito considerado como principal responsável pelo tráfego de riquezas, as cláusulas gerais são responsáveis por oxigenar o ordenamento de modo a torná-lo capaz de acompanhar, com menos defasagem, as constantes mutações sociais decorrentes da criatividade negocial dos agentes econômicos, fornecendo soluções jurídicas compatíveis com os novos tempos, bem como reprimir as novas formas de abuso do poder econômico, ao condicionar a validade e a eficácia dos negócios

praticados por esses mesmos agentes, anteriormente submetida apenas à racionalidade econômica, à promoção também de valores éticos e sociais.

Assim sendo, torna-se possível afirmar que a efetiva concretização dessa técnica legislativa revela-se como *conditio sine qua non* a que os importantes objetivos visados com sua utilização não sejam frustrados. Tal concretização, por sua vez, implica levar-se em consideração não apenas o correto manejo das cláusulas gerais na determinação da norma de direito material aplicável ao caso, pela adequada compreensão de seu *modus operandi*, mas também deitar-se atenção ao direito *processual*, responsável por viabilizá-la e torná-la realidade. Em outros termos, faz-se necessário compatibilizar o direito processual, originalmente pensado apenas para operar no modelo da subsunção (vide, por exemplo, a estrutura da sentença como um silogismo) e destinado quase que somente à tutela de direitos patrimoniais, às novas situações jurídicas que se afastam desse modelo clássico e que também reclamam, talvez com urgência, uma tutela jurisdicional tempestiva, adequada e eficaz.

Todavia, ao se analisar a atividade judicante dos órgãos do Poder Judiciário, vê-se que a necessária releitura dos institutos que respondem pela garantia da correta aplicação do direito federal infraconstitucional, caso das cláusulas gerais concernentes ao direito das obrigações, não foi plenamente realizada, notadamente no que diz respeito aos pressupostos de admissibilidade do recurso especial, expediente processual destinado a garantir, na sempre lembrada expressão de Pontes de Miranda, a inteireza positiva do ordenamento jurídico.

Cumprir observar, nesse ponto, que não há como se definir, *a priori*, o modo pelo qual se deve proceder a essa releitura dos institutos de direito processual, nem o presente trabalho se destina a tanto. Buscou-se, em verdade, pôr em evidência o que, acredita-se, ser uma “aporia institucional”, em que a integração do ordenamento é posta em causa pelo próprio ordenamento, bem como apontar as possíveis conseqüências que podem decorrer dessa incompatibilidade. As soluções, entretanto, ainda necessitam ser encontradas, e não pode o jurista deixar de buscá-las em razão do aparente paradoxo que elas revelam. Afinal, a própria existência de cláusulas gerais no ordenamento demonstra que é possível encontrar um caminho adequado mesmo diante de situações apóreticas, vale dizer, em que não parece ser possível achar-se uma solução.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.) **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 13-32.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto G. Valdez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVIM, José Manuel Arruda. **Argüição de relevância no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ARISTÓTELES. **Tópicos; dos argumentos sofisticos**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Coleção "Os Pensadores").

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas pelo Dr. Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag n^o 853.052/SP. Relatora: Min^a Laurita Vaz. 5^a turma. Julgado em 26/06/2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2/6/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp n.º 808.603/RS. Relator: Min. Jorge Scartezzini. 4.ª turma. Julgado em 04/05/2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2/6/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1076015. Relatora: Min.ª Laurita Vaz. Julgado em 11/09/2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2/6/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1096400. Relator: Min. Massami Uyeda. Julgado em 08/09/2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2/6/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 272.739/MG. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª turma. Julgado em 01/03/2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2/6/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1070297/PR. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 09.09.2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2/6/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 691.738/SC. Relatora: Min.ª Nancy Andrighi. 3.ª turma. Julgado em 12/05/2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2/6/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 197/SP. Relator: Min. Cláudio Santos. 3.ª turma. Julgado em 08/08/1989. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2/6/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais.** Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=danos%20morais>. Acesso em: 18/8/2009.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Súmula n.º 203. Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais. Disponível em: <<http://www.stj.br>>. Acesso em: 2/06/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 211. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi

apreciada pelo tribunal "a quo". Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 2/6/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 282. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão federal recorrida, a questão federal suscitada. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 2/6/2009.

BRUM, Nilo Bairros de. **Requisitos retóricos da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BUSCALEGIS - CONSUMIDOR. **Resolução n.º 39/248 da Organização das Nações Unidas (ONU), de 16 de abril de 1985**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/index>>. Acesso em: 12/3/2009.

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

CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 109-123.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 1998.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Metas de Nivelamento - Meta 2**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/index.php?Itemid=963>>. Acesso em: 20/5/2009.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986.

CICERO, *De oratore*. XLII. Disponível em: <<http://www.thelatinlibrary.com/cicero/oratore1.shtml>>. Acesso em: 12/3/2009.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **AJURIS - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 14, n. 40, p. 128-49, jul. 1987.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português: **estudos de direito civil brasileiro e português**. São Paulo: RT, 1980.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Superior tribunal de justiça e acesso à ordem jurídica justa. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**, p. 249-258.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da normajurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FONTOURA, Lucia Helena Ferreira Palmeiro da. **Recurso especial**: questão de fato/questão de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

GIORGIANI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. Trad. Maria Cristina de Cicco. **Revista dos Tribunais**, v. 747, p. 35-55, jan. 1998.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Apelação Cível n.º 127.602-1/188. Relator: Des. Jeová Sardinha de Moraes. 1.ª Câmara Cível. Julgado em 23/09/2008. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/>>. Acesso em: 2/6/2009.

GOMES, Orlando. **A reforma do código civil**. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1965.

GRAMSCI, Antonio. **Il risorgimento**: notas sobre a história da Itália. Edição de Carlos Nelson Coutinho. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX (1914-1991). Trad. de Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IAVOLENUS, D. 50.17.202. Disponível em: <<http://web.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-50.htm#17>>. Acesso em: 20/2/2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KEMPSON, Ruth M. **Teoria semântica**. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1980.

KRETSCHMANN, Ângela. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Unisinos e Renovar, 2006. p. 760-763.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As associações em sentido estrito no direito privado**. 258 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 137, nota n.º 357. Disponível em: <<http://www.rodrigoxavierleonardo.com.br/arquivos/20070731121037.pdf>>. Acesso em: 10/2/2009.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do código civil. In: CANEZIN, Claude. **Arte jurídica**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 1-27. v. 2.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Parte geral do direito das obrigações**. Anotações das aulas ministradas na disciplina Direito Civil B, no curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2007.

LUZZATTI, Claudio. **La vaghezza delle norme – un’ analisi del linguaggio giuridico**. Milão: Giuffrè, 1990.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima (Coord.) **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 13-32.

MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5. t. 1.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Dez anos de STJ. In: Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **STJ 10 anos**: obra comemorativa. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999. p. 83-90.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Apelação Cível n.º 2005.005454-1/0000-00. Relator: Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. 5.ª Turma Cível. Julgado em 28/05/2009. Disponível em: <<http://www.tj.ms.gov.br/>>. Acesso em: 2/6/2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito**. Trad. Ana Prata. Lisboa: Moraes Editores, 1979.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Recurso especial – atividade cognitiva do STJ – mandado de segurança – “*quaestio iuris*” e “*quaestio facti*”. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 341, p. 257-266, jan./fev. 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n.º 0537211-0. Relatora: Des.^a Rosana Amara Girardi Fachin. 9.^a Câmara Cível. Julgado em 23/04/2009. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/web/guest>>. Acesso em: 2/6/2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 2.

PERELMAN, Chain; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n.º 1, de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969. p. 107. t. 4.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 39-40. t. 8.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 1. t. 7.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

REALE, Miguel. **História do novo código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. O modelo jurisdicional e o STJ. In: Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **STJ 10 anos**: obra comemorativa. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999. p. 135-144.

QUINE, Willard Von Orman. **Word and object**. Cambridge: MIT Press, 1960.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Recursos no Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 109-123.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1989.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 35, p. 92-120, abr. 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 917. v. 1. Ver também: NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Júnior Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo).

VIEIRA, José Roberto. A noção de sistema no direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 33, p. 53-64, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Questão de fato, conceito vago e controlabilidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 428-463.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução: António Manuel Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, [s.d.].

WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Traducción de Jose Luis Carro. Madrid: Editorial Civitas, 1986.