

# AS CLÁUSULAS GERAIS E O TRABALHO JUDICIAL PARA A CONCREÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

## (THE GENERAL CLAUSES AND THE JUDICIAL WORK FOR THE CONCRETION OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS)

Maria Cláudia Cachapuz\*

### RESUMO

As cláusulas gerais, como instrumentos normativos próprios ao ordenamento jurídico, possibilitam a abertura do sistema aos casos difíceis, estimulando a interpretação na busca da solução mais correta ao caso concreto. São instrumentos normativos eficazes à concreção de direitos fundamentais, inclusive quando se trata da solução de conflitos no âmbito das relações jurídicas entre privados. O art. 187 do Código Civil propõe cláusula geral de leitura complementar a direitos de personalidade, pois, a partir de conceitos indeterminados – fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes – oferece as razões que orientam a medida de ponderação pressuposta à testagem *prima facie* de um princípio de livre desenvolvimento da personalidade.

**Palavras-chave:** Direito Civil. Interpretação. Cláusulas Gerais. Direitos Fundamentais.

### ABSTRACT

*(General clauses, such as regulatory instruments to legal system, allow an overture of the system for hard cases, stimulating interpretation in search of solution to the correct answer. Regulatory instruments are effective to concretion fundamental rights, especially when the concern relates to conflict resolution in the context of legal relations between private. Article 187 of the Civil Code proposes general clause reading complement the personality rights because, from indeterminate concepts - economic or social order, good faith and good morals - offers the reasons underlying the measure weighting presumed prima facie to testing a principle of free development of personality.)*

**Keywords:** Civil Law. Interpretation. General Clauses. Fundamental Rights.

### INTRODUÇÃO

Buscar-se a correta interpretação dos artigos do Código Civil brasileiro, que recém completa dez anos de existência, parte da expectativa gerada pelos próprios intérpretes da Lei quanto uma maior abertura pretendida ao ordenamento jurídico civil. Quer-se que o Código Civil inspire o intérprete na busca de soluções concretas a situações complexas da vida de relação, a partir da noção de uma realidade cultural diversificada, marcada pela necessidade de compatibilizar-se liberdades colidentes e de enfrentar-se casos jurídicos considerados difíceis (ALEXY, 2007, p. 39).

\* kekamc@terra.com.br

Desta realidade decorre a preocupação especial do intérprete judicial - em especial, do juiz de direito - com a interpretação dos institutos jurídicos e com a própria concreção dos direitos protegidos pela nova normatividade. Como em Gadamer, a pretensão é a de possibilitar que o novo texto se una à tradição para permitir uma outra leitura, associando a experiência trazida com o que já adquiriu certa "herança histórica" (GADAMER, 1999, p. 421). Por isso, entre dogmática e interpretação não há simples oposição ou complementaridade de mundos distintos. Há, em verdade, o esforço conjunto do intérprete e da própria linguagem para permitir que se chegue a uma solução adequada a cada novo caso concreto, ao mesmo tempo em que se mantém aberta a estrutura da norma às experiências novas.

Para reconhecer a afinidade das funções desenvolvidas pela dogmática e pela interpretação, portanto, parte-se do conceito de dogmática jurídica elaborado por Robert Alexy, no sentido de que à dogmática correspondem "(1) una serie de enunciados que (2) se refieren a las normas establecidas y la aplicación del Derecho, pero no pueden identificarse con su descripción, (3) están entre sí en una relación de coherencia mutua, (4) se forman y discuten en el marco de una ciencia jurídica que funciona institucionalmente, y (5) tienen contenido normativo" (ALEXY, 1997, p. 246). Com isto quer-se afirmar que entre dogmática e interpretação não existe uma dissociação, e, sim, a mesma razão de interdependência reconhecida entre universalidade e particularidade. Ao mesmo tempo em que se busca, abstratamente, o que é universal a todos e a qualquer cultura (um direito geral de igualdade), particulariza-se o que é do caso, recebendo-se a experiência concreta como elemento de correção a um ideal de conduta (um direito geral de liberdade).

Para tanto, fundamental que se reconheça o papel relevante desempenhado por uma teoria da argumentação jurídica (ALEXY, 1997), capaz de auxiliar o juiz de direito na compreensão do problema jurídico, encaminhando-o a uma decisão com pretensão de correção. Primeiro, porque o discurso tem como premissa básica uma pretensão de correção, a ela correspondendo o dever jurídico de decidir corretamente. Segundo, porque o discurso confere ao intérprete o papel destacado na reconstrução do próprio Direito, oferecendo-lhe instrumentos à construção do juízo a partir da argumentação.

Na medida em que impõe regras à argumentação, o discurso tanto oferece instrumentos de crítica a quem se opõe à solução jurídica adotada - e, então, a abertura ao argumento novo na observação de um duplo grau à jurisdição -, como permite ao próprio intérprete a sustentação de uma base segura à pretensão de correção pela decisão. Principalmente, porque o ponto chave de busca de uma racionalização por meio do discurso jurídico é sempre a ponderação exigida frente ao caso concreto. Apresentando um caminho à solução jurídica por meio da argumentação, o discurso jurídico permite o estudo do caso particular, ainda que busque, indiretamente, um padrão de juízo - a partir da construção jurisprudencial.

## PARTE I : AS FUNÇÕES DAS CLÁUSULAS GERAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Uma vez identificada a relação entre dogmática e interpretação, o trabalho de construção de enunciados a partir de conceitos e de estruturas abertas à moral<sup>1</sup> torna-se justificável por se preocupar em demonstrar, de forma explícita, a medida de implicação entre enunciados dogmáticos e interpretação. Trata-se de vinculação que não se traduz como medida exclusivamente reservada a uma técnica legislativa, com função de tornar o ordenamento jurídico permanentemente atualizado e aberto à experiência concreta. Em verdade, representam os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais<sup>2</sup>, de forma mais explícita ao intérprete, o trabalho hermenêutico dispensado à conexão existente entre enunciados dogmáticos e interpretação.

O sentido, do ponto de vista hermenêutico, é de que todo enunciado dogmático, construído ou não a partir de cláusulas gerais, autoriza uma abertura à casuística, porque, na essência, constrói seu significado da própria razão prática assegurada pelo processo comunicativo. A cláusula geral, no entanto, de forma especial e com maior evidência – indicando ao intérprete o caminho necessário à interpretação –, permite que uma série de situações fáticas possa se submeter a um determinado tratamento jurídico a partir de um mesmo enunciado dogmático, sem que este se entenda estar este enunciado, desde logo, limitado em seu significado. Daí porque, em muitos casos, o enunciado normativo impõe, pela linguagem, na estrutura da própria cláusula geral, a utilização de conceitos indeterminados.

Seguindo os critérios utilizados por Robert Alexy (1997, p. 255), procura-se encontrar, a partir das mesmas categorias didaticamente destacadas pelo autor, as funções reservadas às cláusulas gerais de forma específica, principalmente em face da técnica dogmática que oferecem. Assim, tem-se como funções dos enunciados dogmáticos, a serem examinadas sob a perspectiva de construção de cláusulas gerais, as funções de (a) estabilização, (b) progresso, (c) descarga, (d) técnica, (e) controle e (f) heurística dos enunciados em relação à normatividade que visam atender em caráter universal.

A primeira função destacada, *estabilização*, assume importância em relação às cláusulas gerais, porque se relaciona, de forma direta, aos princípios práticos gerais. Tal função

<sup>1</sup> Por ora, refere-se apenas que esta abertura à moral é entendida a partir da situação criada pelo discurso, ou seja, de que a base desta abertura é a pretensão de correção trabalhada como idéia reguladora de um discurso prático geral. Ver ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. In: VÁSQUEZ, Rodolfo. *Derecho y moral*. Ensayos sobre un debate contemporáneo. Barcelona, Gedisa Editorial, 1998, p. 133.

<sup>2</sup> Segundo Karl Engisch, “por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. Os conceitos determinados são muito raros no Direito. Em todo o caso devemos considerar como tais os conceitos numéricos (especialmente em combinação com os conceitos de medida e os valores monetários: 50 km, prazo de 24 horas, 100 marcos). Os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 8ª edição. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2001, p. 208). Se os conceitos indeterminados se contrapõem aos conceitos determinados, as cláusulas gerais, segundo Engisch, se contrapõem “a uma elaboração casuística das hipóteses legais. ‘Casuística’ é aquela configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria, [...] deste modo, havemos de entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos” (ENGISCH, 2001, p. 228-229).

reconhece que a dogmática, por operar “institucionalmente” (ALEXY, 1997, p. 255), torna estáveis algumas conclusões para o intérprete, gerando consenso acerca do significado dos enunciados. Autoriza que se identifique um certo padrão geral à conduta observada, do ponto de vista formal. A idéia de universalidade, pressuposta na função de estabilização dos enunciados dogmáticos, tanto permite a ausência de redução dos conceitos a um determinado momento cultural – porque abre o ordenamento jurídico à experiência –, como contribui à perspectiva de uma validade geral no tempo. Como esclarece Robert Alexy (1997, p. 256), tal função confere, em verdade, a possibilidade de exigir-se, para a adoção de novas soluções, que os significados antes alcançados aos enunciados dogmáticos sejam desafiados por uma carga de argumentação própria. Cabe, portanto, ao intérprete oferecer razões sérias, só assim capazes de desafiar a estabilidade alcançada pelos enunciados dogmáticos no ordenamento jurídico vigente.

Por isso, o cuidado exigido na elaboração de uma norma nova, de forma a preservar aquilo que se encontra estabilizado, sem prejuízo das alterações a serem promovidas pelo intuito de atualização do ordenamento jurídico<sup>3</sup>. O papel de estabilização, desempenhado pelos enunciados dogmáticos e reforçado por meio das cláusulas gerais de forma específica, relaciona-se, de forma direta, à atividade de fundamentação exigida ao processo de racionalização da argumentação jurídica, ou seja, à correção esperada ao procedimento. A estabilização, refletida, num primeiro momento, pela característica da universalidade, ainda nada antecipa em relação à aplicação das normas, na medida em que resguarda, acima de tudo, um princípio de segurança jurídica. No entanto, permite, pelo desafio proposto pela situação concreta nova, que haja um processo hermenêutico complementar, relacionado à necessidade de correção de rumos a partir da experiência concreta, sempre que a realidade supere esta estabilização proporcionada pelo consenso dogmático. Em casos tais, é possível um novo sentido de interpretação à luz do caso concreto, porque oferecidas, por este, razões sérias e justificáveis frente à dogmática imposta.

Outra função desempenhada pela dogmática e pelas cláusulas gerais de forma acentuada é a de possibilitar o *progresso* em termos científicos. A idéia, aqui, não depende unicamente de um desenvolvimento científico, a partir de bases empíricas (ALEXY, 1997, p. 257), mas de um trabalho de fundamentação que analisa a atividade do legislador e as questões valoradas em sociedade. O progresso traça afinidade à atividade de estabilização, decorrente do acolhimento da universalidade como idéia reguladora, na medida em que, seguindo

<sup>3</sup> Por isso, a preocupação de Miguel Reale com o sentido de preservação das relações jurídicas estáveis: “[...] e) Preservar, sempre que possível, a redação da atual Lei Civil, por se não justificar a mudança de seu texto, a não ser como decorrência de alterações de fundo, ou em virtude das variações semânticas ocorridas no decorrer de mais de meio século de vigência. [...] i) Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a *legislação aditiva* a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica” (REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 1999, p. 49).

Kant (2002), ele é sempre o progresso da espécie, não o progresso individual<sup>4</sup>. No entanto, há na função de progresso um dado também abstrato de correção ao estável, na mesma medida em que se predispõe na normatividade a uma correção de rumos a partir do discurso real proposto em concreto. Isso ocorre não porque o progresso, nesta hipótese, dependa, de forma casuística, de um determinado fato concreto para se impor como idéia regulatória. E sim, porque o enunciado dogmático se abre tanto ao trabalho de fundamentação realizado na atividade legislativa, quanto aos valores em permanente mudança em sociedade<sup>5</sup>.

Tal fato aparece de forma explícita na atuação das cláusulas gerais no ordenamento jurídico, ao servirem como instrumentos de extensão de direitos fundamentais às relações privadas. As cláusulas não apenas conferem proteção jurídica às relações entre cidadãos e Estado, como tornam reconhecível em todo o ordenamento jurídico a mesma pauta de valores proposta numa Constituição.

A função de progresso é refletida ainda na constante possibilidade de atualização do enunciado dogmático proposto por meio de uma cláusula geral. Em se tratando de um instrumento que confere abertura à interpretação, porque conduz o intérprete a se apropriar de um conteúdo de historicidade, permite uma atualidade constante às soluções jurídicas, inclusive para que possam refletir o momento contemporâneo de atividade de um determinado corpo normativo. Desta forma, ao criar uma cláusula geral, reconhece o legislador o campo fértil relacionado à eficácia de qualquer norma jurídica, capaz de atingir efeitos por vezes inimagináveis quando da etapa de sua elaboração. Dada a possibilidade de superação do próprio significado gramatical de um texto de lei pelos efeitos gerados ou identificados pelo simples desenvolvimento dos fatos - atingindo uma função semântica e analítica do texto -, o legislador antecipa, por meio de cláusula geral, a intenção de progresso ao enunciado normativo. Neste sentido, a busca de um novo consenso em relação ao significado alcançado por um enunciado normativo tem também em conta a necessidade de conferir uma permanente atualização à norma jurídica e, por extensão, de permitir a manutenção de uma efetividade ao enunciado normativo.

A terceira função aplicada também às cláusulas gerais é a de *descarga* em relação aos argumentos necessários à construção dos enunciados normativos. Significa, como acentua Robert Alexy (1997, p. 257), que, não havendo uma razão especial, torna-se desnecessário

<sup>4</sup> Como acentua Hannah Arendt, “o pensamento do progresso na história - e para a humanidade, ambos como totalidades - implica desconsiderar o particular, e, por sua vez, dirigir a atenção para o ‘universal’, [...] em cujo contexto o particular faz sentido; implica voltar atenção para o todo em relação ao qual a existência do particular faz sentido” (ARENDDT, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*, 2ª edição. Rio de Janeiro, Relume-Dumará, 1994, p. 29).

<sup>5</sup> Neste sentido conclui Judith Martins-Costa ao oferecer parecer, sob consulta, acerca do dever de informação do fabricante sobre os riscos do tabagismo. O parecer versa sobre uma ação de indenização proposta pelos familiares de vítima de câncer contra a empresa fabricante de cigarro, tendo a vítima contraído o vício na década de 40 e falecido mais de cinquenta anos depois: “Em virtude do ‘caráter alográfico’ do Direito, é equivocado transplantar categorias e escolhas valorativas resultantes de uma interpretação/aplicação que é feita no presente para julgar fatos ocorridos no passado - num passado no qual a pré-compreensão do problema era diversa, no qual os elementos valorativos tidos como relevantes para uma determinada sociedade, ou determinado ordenamento, eram distintos” (MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória - dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. *Revista dos Tribunais*, ano 92, vol. 812, jun. 2003, p. 82).



ao intérprete comprovar o que já se tem como consenso em relação à justificação alcançada por determinado enunciado dogmático. Ao mesmo tempo em que tal função reforça um sentido de universalidade pretendido ao enunciado normativo, permite que se reconheça uma relevância essencial ao consenso, alcançado pela interpretação, acerca do enunciado dogmático em discussão<sup>6</sup>.

A atividade de descarga autoriza que se visualize aparente rigidez em relação a uma fundamentação dogmática, porque mantém estável a força semântica de um enunciado normativo em relação a uma situação universal. Não impede, porém, que seja proposto um novo consenso em relação ao mesmo enunciado na medida em que identificadas outras funções específicas dos enunciados dogmáticos, como a de progresso. Por isso mesmo, no caso das cláusulas gerais, a função de descarga aparece com menor intensidade que em outros enunciados dogmáticos, uma vez que as cláusulas gerais pretendem propor maior abertura do texto normativo à experiência concreta.

Como permitem sujeitar um número amplo de situações jurídicas a um mesmo tratamento jurídico, as cláusulas gerais, em comparação a outros enunciados normativos, ainda que contribuam a uma generalização, não enfrentam igual rigidez em relação à função de descarga. Ou seja, permitem maior flexibilidade ao enunciado normativo, de forma que possa este acolher situações concretas de gama mais variada. Por isso a possibilidade de se discutir, inclusive, o prejuízo à dogmática e ao próprio trabalho de construção de uma argumentação racional, quando exagerado é o uso de cláusulas gerais no ordenamento jurídico. Justamente, porque, frente a um inúmero catálogo de cláusulas gerais, torna-se exaustiva a necessidade de estabelecimento de consenso a cada vez em que se faz discutido o enunciado dogmático.

Uma quarta função desempenhada pelas cláusulas gerais está relacionada à promoção de uma determinada *técnica*. Não se trata, unicamente, de corresponder a atuação das cláusulas gerais a um saber técnico específico que possa ser aprendido e que sirva a fins particulares. Tem-se, no caso, uma atividade destinada a proporcionar que a dogmática - e, nesse conjunto, também as cláusulas gerais - permita o estabelecimento de um panorama do ordenamento jurídico, propiciando a identificação de uma determinada conexão e de uma relação de coerência entre as normas jurídicas.

A função técnica não se resume à elaboração de um sistema de normas, senão que visa traçar uma perspectiva da totalidade das coisas, a fim de que se chegue também ao que é particular - para conhecê-lo. Do contrário, o saber se esgotaria no abstrato e na universalidade, dispensando o particular e o adquirido pela experiência - o que se tornaria equivocado. A técnica estabelece um fim particular a ser atingido e se enriquece com a experiência concreta.

---

<sup>6</sup> Anota Robert Alexy: "El valor de la función de descarga depende ciertamente del grado de optimización de una serie de variables como, por un lado, la sencillez, la precisión, la riqueza y la confirmación de los enunciados de una dogmática y, por otro lado, de la extensión de un consenso suficiente sobre estos enunciados" (ALEXY, 1997, p. 257).

Como atividade da dogmática proposta a transmitir um determinado aprendizado da matéria jurídica, a técnica é produto não apenas de um sentido de organização de uma estrutura jurídica institucional, mas do desenvolvimento de uma “função de informação” (ALEXY, 1997, p. 259), em que adquire papel essencial a possibilidade de comunicar-se a experiência jurídica por meio da própria dogmática. Nas cláusulas gerais, tal função assume relevância pelo fato de proporcionar, por meio de uma *vagueza semântica*<sup>7</sup>, maior possibilidade de discutir o grau de interferência de uma determinada experiência jurídica à leitura do enunciado normativo, exigindo-se do intérprete, expressamente, a conexão entre o que se mantém da tradição e o que se abre à nova experiência<sup>8</sup>.

Outra função que atinge relevância quando se trata de cláusulas gerais é a de *controle*. No caso, o controle é relacionado à atividade que se dirige à manutenção de uma eficácia ao argumento da universalidade (ALEXY, 1997, p. 260), mantendo uma conexão não só lógica, mas racional, em relação ao próprio ordenamento jurídico. O controle não permite que se use a dogmática - e, na mesma medida, as cláusulas gerais - como meio ou argumento a “encubrir los verdaderos motivos de decisión, o cuando se usan como presupuestos programas autónomos de decisión” (ALEXY, 1997, p. 261). Aproxima-se, portanto, do que está no cerne da escolha racional. Como sustenta Delamar Dutra, é a possibilidade de argumentar da seguinte forma: “Podemos estar errados em toda decisão que tomamos, mas a decisão, se tomada sob a orientação da razão, é um fato ou ato da razão; e não é outra coisa” (DUTRA, 2002, p. 104). É a função que permite identificar, por si só, a conexão necessária da norma ao que é racional, mantendo vinculado a isto o trabalho de argumentação indispensável ao intérprete<sup>9</sup>.

Nas cláusulas gerais, de forma específica, a função de controle se traduz, especialmente, na atividade de conexão que as cláusulas gerais promovem entre o que faz parte de

<sup>7</sup> Segue-se o entendimento de Judith Martins-Costa, para quem esta vagueza não corresponde a uma indagação de qualidade, quanto ao existir ou não existir, “mas é principalmente uma questão de grau” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 307).

<sup>8</sup> Tradição e experiência, para Gadamer, alcançam significados distintos, mas contribuem, em igual medida, para chegar-se ao conhecimento de determinada coisa. Enquanto a tradição preocupa-se em oferecer o fundamento de validade àquilo que se conserva das instituições e dos comportamentos ao longo dos tempos - e que, para Gadamer, é sempre “um momento da liberdade e da própria história”, portanto, vinculando-se à própria liberdade racional (GADAMER, 1999, p. 422) -, a experiência exige do intérprete algo de subjetivo, mas que possa superar o individual para crescer além do dogmático, ou daquilo que já se vê estabelecido: “A verdade da experiência contém sempre a referência a novas experiências. Nesse sentido a pessoa a que chamamos de experimentada não é somente alguém que se fez o que é através das experiências” - o que remeteria à doutrina de Hegel - “mas também alguém que está aberto a experiências” (GADAMER, 1999, p. 525).

<sup>9</sup> Joseph Esser ressalta esta função de controle como fundamento à pretensão de validade da própria dogmática: “Isto é um controle interno de sua correção, que tem parâmetro na experiência, ajudada pelo resultado suficiente ou insuficiente do caso particular. Naturalmente esta experiência não é resultado de uma comparação histórica, mas prática. A dogmática não deriva a sua pretensão de validade da doutrina histórica nem da experiência. [...] Nesta particularidade o trabalho dogmático torna-se chave à compreensão de sua valoração pela consideração lógica como instrumento principal do método jurídico à decisão de uma ‘questão de direito puro’, em contraposição à questão de discussão histórica ou de política do direito”. Assim, na tradução livre ao texto: “Questo è però un controllo interno sulla correttezza, il cui parametro è l’esperienza, aiutata dai risultati soddisfacenti o insoddisfacenti dei singoli casi. Naturalmente questa esperienza non è data da una comparazione storica, ma pratica. [...] In questa particolarità del lavoro dogmatico risiede la chiave per capire la sua valutazione della cosiddetta logica intesa come strumento principale del metodo giuridico per la decisione delle cosiddette ‘questioni di diritto puro’, in contrapposizione alle questioni della discussione storica o di politica del diritto” (ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del método nel processo di individuazione del diritto*. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, p. 88-89).

uma universalidade - uma razão teórica - e o que é próprio da razão prática. São as cláusulas gerais instrumentos que, em maior grau, abrem o conceito teórico à razão prática desde logo, porque reconhecem a impossibilidade de que se esgote *a priori* o conteúdo alcançado por um enunciado normativo. Com isto, não esvaziam o controle pela razão, mas antes o determinam a partir de um enunciado dogmático que espera, para si mesmo, a afirmação de uma razão prática quando proposta à análise uma determinada situação concreta. De resto, a função de controle ainda impõe a negativa a uma contradição em termos argumentativos; ou seja, visa fundamentar “una ciencia del Derecho que funciona institucionalmente” (ALEXY, 1997, p. 245).

Por fim, tem-se a função *heurística*, aplicável também às cláusulas gerais. Compreende-se que os enunciados dogmáticos, pelo texto que apresentam, oferecem, para fins de argumentação, um ponto de partida, mas não, necessariamente, de certeza quanto ao resultado a ser atingido a partir do enunciado dogmático levado ao discurso. As cláusulas gerais proporcionam os meios necessários ao intérprete para que dirija a sua atuação em determinado sentido, efetuando a conexão entre o tratamento jurídico previsto no ordenamento jurídico e uma situação concreta, muito embora não tenham a responsabilidade de explicitarem, desde logo, o resultado a ser alcançado - a solução mais correta. São cláusulas normativas que, pela função heurística desempenhada, permitem a abertura do enunciado dogmático a um novo consenso, trazido pela experiência concreta. Tal pretensão de correção, de resto, implica o reconhecimento simultâneo de uma *pretensão de justificação*<sup>10</sup>, que qualifica a decisão judicial e aproxima os conceitos de direito e moral.

## PARTE II: O ARTIGO 187 DO CC E A CONCREÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DE CLÁUSULAS GERAIS

Partindo-se das funções desempenhadas pelas cláusulas gerais como enunciados dogmáticos especiais, é possível reconhecer-se que toda a abertura pretendida no ordenamento jurídico à situação concreta nova depende, em grande parte, de um profundo trabalho de argumentação pelo intérprete do Direito. Tal tarefa não diz respeito, unicamente, à busca de um conhecimento específico sobre a gênese da normatividade positivada, mas significa compreender a situação normativa existente em face da realidade imposta pelo caso, quando identificadas posições jurídicas reais e experimentadas em concreto pelos indivíduos.

Por isso a necessidade de compreender-se que as cláusulas gerais são instrumentos eficazes à concreção de direitos fundamentais. Justamente, porque permitem uma

---

<sup>10</sup> Alexy ressalta que esta pretensão de justificação de decisões judiciais permite sempre uma “perspectiva crítica”: “El hecho de que una decisión judicial no este justificada del todo, o que esté justificada de acuerdo con estándares irracionales, o mal justificada, no la priva de su carácter de decisión judicial. En lo a que esto respecta, la pretensión de justificabilidad no tiene un carácter definitorio sino calificativo. Sin embargo, la pretensión de justificabilidad crea la posibilidad de presentar mejores contraargumentos que pueden cambiar la práctica de la justificación para el futuro” (ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. In: VÁSQUEZ, Rodolfo. *Derecho y moral*. Ensayos sobre un debate contemporáneo. Barcelona, Gedisa Editorial, 1998, p. 131).



“mobilidade”<sup>11</sup> ao sistema jurídico, conduzindo o intérprete à ponderação sempre que obrigatória se fizer a busca pela solução mais correta num conflito de liberdades.

Nesse sentido, seguindo Robert Alexy, acolhe-se o entendimento de que as cláusulas gerais, sob a perspectiva de concretização de direitos fundamentais, possuem, como regra, uma diferença qualitativa de outras “determinações legais” (HECK, 2006, p. 23): mesmo que resguardem a formulação como uma norma de conduta – “para poder manter a aparência da unidade do sistema de fundamentação” (HECK, 2006, p. 26) –, exigem um efetivo exercício de ponderação ao intérprete, a fim de que possam permitir o encontro da solução mais correta ao caso proposto à análise concreta. São normas que obrigam o intérprete a realizar a ponderação toda a vez que a atividade do julgar exija a formulação de uma “gênese crítica”<sup>12</sup>. De forma a ilustrar esta situação de concreção de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, parte-se da análise de uma estrutura de cláusula geral disposta no Código Civil capaz de exemplificar o dever de ponderação exigido ao intérprete sempre que identificado um conflito de liberdades: o art. 187 da Lei 10.406 de 10.01.2002.

Em seu enunciado, o art. 187 do Código Civil propõe cláusula geral de leitura complementar a direitos de personalidade – essencialmente, *direitos jusfundamentais* –, pois a partir de conceitos indeterminados – fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes –, oferece as razões que orientam a medida de ponderação pressuposta ao exame *prima facie* de um princípio de livre desenvolvimento da personalidade. Ou seja, representa o art. 187 o padrão de abertura que se impõe ao direito fundamental do indivíduo frente à moral. Não se trata, assim, de determinar *a priori* uma limitação à abertura de um direito à moral, mas justamente o contrário, de orientar dogmáticamente o intérprete quanto às razões de ponderação que deverão ser observadas, a partir do caso concreto, quando da análise dos enunciados normativos relacionados a direitos fundamentais, especialmente em relação a direitos de personalidade.

Por isso se pode argumentar, ao contrário do que chegou a ser antecipado pela doutrina<sup>13</sup>, de que não se trate o art. 187, como cláusula geral de concreção a direitos fundamentais, de hipótese de acolhimento no novo Código Civil do instituto do abuso de direito. Optando o legislador brasileiro por disciplinar sobre o desequilíbrio do exercício de posições jurídicas (art. 187) no âmbito das ilicitudes, afastou-se da idéia do abuso de direito,

<sup>11</sup> Nesse sentido, a construção de Luís Afonso Heck na apresentação ao livro CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro*. Uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 24.

<sup>12</sup> Para chegar-se à idéia de gênese crítica, considera-se a importância dos princípios, pelo fato de que as normas são apenas “discursivamente possíveis”, nunca podendo se afirmar quanto a uma fundamentação definitiva desde sempre. Este é o espírito informador de uma gênese crítica. “No quadro das componentes condicionais de uma norma válida, só podem ser obviamente contempladas as situações que os intervenientes utilizam, de acordo com o estado actual de seus conhecimentos, com a intenção de explicar paradigmaticamente uma matéria que necessite ser regulada. O princípio de universalização tem de ser formulado de modo a não exigir nada impossível; tem de liberar o indivíduo que participa na argumentação da atitude de tomar em consideração, logo no momento da fundamentação de normas, o enorme número de situações futuras e completamente imprevisíveis” (HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa, Instituto Piaget, 1991, p. 137). Ver ainda ALEXY, 1997, p. 140-141.

<sup>13</sup> Assim, as críticas anteriormente efetuadas em CACHAPUZ, 2006, p. 226-237.

como instituto residual da civilística, preferindo normatizar a hipótese de ilicitude civil a partir do reconhecimento, pela ponderação, de que autorizada se apresenta a restrição a uma liberdade individual<sup>14</sup>.

A leitura que se impõe ao art. 187 do novo Código Civil, portanto, exige o reconhecimento da existência de um *vínculo de confiança*: a idéia é de que é necessário confiar-se na autoridade da lei moral como forma de qualificar-se a liberdade humana. E isto vincula a todos – juízes, legisladores –, inclusive para a atividade de justificação e aplicação do Direito. Adota-se, portanto, uma argumentação fundada na teoria externa das restrições a direitos fundamentais<sup>15</sup>.

O que contribui como móbil externo à liberdade humana são as restrições a essa liberdade, porque, internamente, é a liberdade ilimitada para a configuração do Direito. Se a pretensão do intérprete é a de abrir o ordenamento jurídico, pela argumentação, ao estudo do caso concreto – para a efetiva concreção de direitos fundamentais e a promoção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana –, torna-se inviável justificar e aplicar o enunciado normativo do art. 187 do Código Civil como correspondente à figura jurídica do abuso de direito. Primeiro, porque a idéia de abuso de direito diminuiria o espectro de discussão do problema posto, já limitado por uma idéia de finalidade. Os elementos do art. 187 seriam vistos como limitadores, e não promotores de uma conduta voltada à liberdade. Segundo, porque importaria, nessas circunstâncias, um conteúdo material de interpretação desde logo, o que permitiria ao intérprete, indevidamente, maior possibilidade de valoração subjetiva (ação teleológica) na aplicação do Direito, substituindo a razão prática, pela simples razão empírica. Numa ou noutra hipótese, a argumentação não se veria potencializada

<sup>14</sup> Com isto, permite o Código Civil brasileiro a manutenção de uma concordância prática entre os enunciados normativos que disciplinam sobre a ilicitude (artigos 186 e 187), possibilitando o alcance pelo ordenamento jurídico das situações concretas em que identificado o desequilíbrio no exercício de posições jurídicas pela manifestação de liberdades colidentes na esfera pública. Daí porque suficiente a simples contrariedade ao Direito, a partir de estímulos morais externos (boa-fé, bons costumes, fim econômico ou social), pelo art. 187, para que seja identificada uma situação de ilicitude, capaz de permitir, pela atuação judicial, a restrição a um direito fundamental. Uma restrição, por consequência da cláusula geral, que seja resultante, obviamente, de um exercício de ponderação frente ao caso concreto proposto à análise do intérprete jurídico. Sobre o tema, já enfrentado de forma específica, CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: Análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*, ano 94, volume 838. São Paulo, RT, agosto de 2005, p. 114-129.

<sup>15</sup> Ou seja, se se parte de posições definitivas, como na hipótese de identificação do abuso de direito, acolhe-se a teoria interna, reconhecendo-se que todo o direito subjetivo já nasce limitado. Não há ponderação no plano formal. O conceito se apresenta materialmente preenchido desde logo. Torna o conceito, desde logo, absoluto, fechado. Admite-se princípios absolutos, e não uma teoria relativa de princípios. Se se parte de posições *prima facie* - relativas, como os princípios - acolhe-se a teoria externa de restrições a direitos fundamentais, em que todo o direito subjetivo nasce ilimitado, até que seja restringido. A norma acolhe, face ao caso concreto, a argumentação por princípios e permite a ponderação no plano formal. Essa discussão entre teoria externa e interna expõe a distinção de pensamento que se vê, doutrinariamente, entre as escolas tradicionais que pendem mais para uma teoria da argumentação jurídica pelo discurso (Robert Alexy) ou para uma teoria da argumentação sistemática (Friedrich Klein). Para Alexy, o direito subjetivo é ilimitado e aberto numa concepção de liberdade. Distingue-se restrição (*stricto sensu*) de configuração do direito. A restrição (*stricto sensu*) é dirigida ao juiz - assim como a concepção ampla de direito geral de igualdade - e diz respeito à fixação de uma regra definitiva ao caso particular após chegar ao resultado de uma ponderação. A configuração é dirigida ao legislador, e é a essa que se dirige o art. 19 (2) da Lei Fundamental, quando fala que o direito fundamental não pode ser atingido em sua essência. Já F. Klein se opõe, doutrinariamente, à concepção vinculada com a expressão 'restrições' por considerá-la superficial, sempre capaz de possibilitar uma relativização dos direitos fundamentais. A lógica de Klein é a de que não pode haver restrições a direitos fundamentais, senão que apenas a pré-determinação de conteúdos aos mesmos. Com maior detalhamento, é proposta esta discussão em CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 219-237.

pelas funções inerentes às cláusulas gerais, como antes sustentado, mas voltada, ao contrário do pretendido, ao simples exercício da subsunção.

Acompanhando-se a argumentação já produzida em relação ao papel das cláusulas gerais como elementos de concreção de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas e adotada a teoria externa em relação às restrições a direitos fundamentais, portanto, entende-se que os elementos<sup>16</sup> da boa-fé, dos bons costumes e do fim econômico ou social do art. 187 do Código Civil não se tornam parâmetro à finalidade a ser atingida em concreto ou limitadores a um direito, mas conceitos que orientam a conduta universal exigida ao indivíduo na construção da razão prática, porque capazes de conectar a realidade do caso particular à idéia reguladora pressuposta (universal). Assim, evidenciado um conflito de liberdades – por exemplo, entre publicar uma notícia de interesse público (a liberdade de expressão) e proteger a intimidade (a liberdade de estar só) –, a resposta correta à lide proposta pelo caso concreto só poderá emergir de um exercício de ponderação, cabendo ao intérprete submeter a discussão real ao teste da ilicitude proposto pela cláusula geral do art. 187 do novo Código Civil brasileiro. A solução alcançada, decorrente da ponderação de princípios, é aquela que melhor corresponde ao correto exercício da autonomia no espaço público, justamente onde as liberdades se dispõem ao conflito. A cláusula geral, dirigida ao juiz, é o instrumento que predispõe a discussão do problema concreto neste espaço público, na medida em que permite a abertura do ordenamento jurídico à complexidade da sociedade moderna.

Portanto, para a caracterização de uma ilicitude com base na cláusula geral do art. 187 do Código Civil brasileiro, torna-se essencial verificar em que medida restou afrontada a relação de confiança depositada na conduta observada em relação a um determinado caso particular (*boa-fé*). Uma confiança que se fará ainda analisada à luz dos dados empíricos da tradição (*bons costumes*) e das características especiais determinadas pelo caso particular trazido à apreciação do intérprete (*fim econômico ou social*). Na medida em que justificada, pelos argumentos trabalhados em concreto, a restrição a uma liberdade e caracterizada a ilicitude do art. 187 do novo Código Civil em relação ao exercício de um direito fundamental no âmbito das relações privadas, autorizada à aplicação se apresenta a solução reparatória, restitutória, constitutiva ou desconstitutiva de um direito que o intérprete entender correta

<sup>16</sup> Têm-se como elementos à caracterização do art. 187 do CC: (i) *boa-fé*: Estabelece a ponte entre o discurso real e o discurso ideal, para que seja testada a razão prática informada na ação particular. O imperativo categórico permite esta testagem. É ínsita a idéia de confiança, ou seja, de que a minha ação particular, subjetiva e objetivamente, conduz à realização de uma atividade lícita para o Direito. Mede-se, pela boa-fé, como a pessoa quer aparecer no espaço público, ou seja, como quer tornar-se vista, a medida de sua exposição; (ii) *bons costumes*: É o que é peculiar a uma experiência empírica e consensual para uma situação concreta de vida. É o que atingiu notoriedade pela “herança histórica”, perpetuando-se pela tradição (GADAMER, 1999, p. 421). Isto confere na medida em que corresponda a idéia de que o discurso real ainda possibilita testar o próprio costume, ou seja, para ver se este costume resiste a uma máxima de universalidade (ex.: farra do boi); (iii) *fim econômico ou social*: É o dado empírico atual. O fim que traça a idéia de finitude da ação particular, oferecendo os contornos ao caso concreto. Ainda promove uma relação com a idéia de confiança e universalidade - pressuposta no conceito de boa-fé - e de tradição - reservada à idéia de bons costumes.

- porque resultado de uma ponderação -, decorrente da constatação de um ilícito capaz de gerar um dever de conduta específico a terceiro.

De resto, a exemplo do que se faz evidenciado pelo art. 187 do novo Código Civil, tem-se que a opção legislativa de normatização por cláusulas gerais revela uma pretensão genuína de abertura do ordenamento jurídico às situações novas da vida de relação dos indivíduos. Há uma adesão clara à forma positiva exigida pelo sistema jurídico - de estabilidade, de descarga, de controle nas funções exercidas pelos enunciados dogmáticos -, mas com reconhecimento seguro da necessidade de uma visão prospectiva também em relação à formação dos conceitos jurídicos - assim pelas funções acentuadas de progresso, de técnica e de heurística nas cláusulas gerais. Uma realidade normativa que passa a exigir, por consequência, uma argumentação suficiente à compreensão da complexidade da vida de relação, incompatível com o exercício da simples subsunção no Direito.

## CONCLUSÕES

Não há como se afastar dogmática de interpretação. Daí a afinidade da dogmática com a idéia de discurso e com a Teoria da Argumentação Jurídica. É a mesma dinâmica de inter-relação que se vê entre discurso ideal e discurso real; ou seja, há uma idéia reguladora a ser buscada a partir do dado particular (exercício do julgar), marcado pela finitude. O consenso é buscado porque apresentadas as circunstâncias concretas (pelo discurso real) que permitirão a melhor apreciação do particular numa perspectiva universal, testando-se os imperativos oferecidos.

Entre dogmática e interpretação mesma inter-relação é seguida: a interpretação mistura-se à dogmática para permitir a fusão de horizontes - do texto e do intérprete -, permitindo que estes dois mundos se fusionem a fim de proporcionar uma razão prática à experiência posta. Há um esforço conjunto para permitir o novo, ao mesmo tempo em que se mantém aberta a estrutura normativa para experiências futuras, a partir de uma idéia de universalidade.

Nessa medida, as cláusulas gerais, como instrumentos normativos próprios ao ordenamento jurídico, permitem a abertura do sistema posto à perspectiva do que é novo, do que é complexo na vida de relação. Por meio das funções próprias aos enunciados dogmáticos - estabilização, progresso, descarga, técnica, controle e heurística -, as cláusulas gerais - como no exemplo do art. 187 do Código Civil brasileiro -, com distinção qualitativa, trazem para o âmbito da argumentação civil o exercício da ponderação por meio de princípios, estimulando a interpretação na busca da solução mais correta ao caso concreto. Com isto, potencializam o exercício da autonomia privada, em busca do livre desenvolvimento da personalidade humana. Com isto, concretizam direitos fundamentais e realizam o Direito em visão prospectiva.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*, trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.
- \_\_\_\_\_. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. In: VÁSQUEZ, Rodolfo. *Derecho y moral*. Ensayos sobre un debate contemporáneo. Barcelona, Gedisa Editorial, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de la argumentación jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARENDT, Hannah. *Lições sobre a filosofia política de Kant*, 2ª edição. Rio de Janeiro, Relume-Dumará, 1994.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: Análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*, ano 94, volume 838. São Paulo, RT, agosto de 2005, p.114-129.
- \_\_\_\_\_. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro*. Uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- DUTRA, Delamar Volpato. *Kant e Habermas*. A reformulação discursiva da moral kantiana. Porto Alegre, EDIPUCRS, 2002.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 8ª edição. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2001.
- ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del método nel processo di individuazione del diritto*. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, 3ª edição. Petrópolis, Vozes, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa, Instituto Piaget, 1991.
- HECK, Luís Afonso. Apresentação. In: CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro*. Uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006, p. 11-30.
- KANT, Immanuel. *À paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa, Edições 70, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.



\_\_\_\_\_. Ação indenizatória - dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. *Revista dos Tribunais*, ano 92, vol. 812, jun. 2003.

REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 1999.