

A NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE CLÁUSULAS GERAIS

Milena Angélica Drumond Morais Diz¹

*"O charme da história e sua lição enigmática
consiste no fato de que, de tempos em tempos,
nada muda e mesmo assim tudo é completamente
diferente."*

Aldous Huxley

SUMÁRIO

1 Introdução: Os modelos clássicos de ordenamento e codificação; 2 A falsa necessidade de regramento específico para toda e qualquer hipótese; 3 A dificuldade de previsão e inserção de regras atemporais nos ordenamentos; 4 O futuro como inimigo real do legislador; 5 A utilização de cláusulas abertas e interpretação integrativa como ferramentas capazes de evitar a fragmentação legal; Conclusão; Referência das Fontes Citadas

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a importância de modificar o pensamento no que se refere aos conceitos clássicos de sistema e código, considerando o dinamismo das novas sociedades. Busca-se aqui estimular a discussão sobre a verdadeira necessidade de adotar cláusulas gerais e a forma mais adequada de integração deste tipo de norma, além da possibilidade de coexistência com as regras consideradas estáticas, de modo a facilitar e tornar mais adequada aos casos concretos a sua análise e aplicação pelos operadores do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: cláusulas, regras, interpretação.

ABSTRACT

The present work's objective is to show the importance of changing the thought in reference to the classic concepts of system and code, considering the dynamism of the new societies. What one search here is to stimulate the discussion about the real need of adopt general clauses and the best form of integration in this kind of norm, as well as beyond the possibility of coexistence

¹ Juíza de Direito - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, atuando em Vara Cível, além de ser professora palestrante de Direito Empresarial do Curso Gliche e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - <http://lattes.cnpq.br/5982498169091425>

with the rules which are considered statics, to make easier and more appropriate in the concrete cases its analysis and application for the Law operators.

KEY WORDS: clauses, rules, interpretation.

1 INTRODUÇÃO: Os modelos clássicos de ordenamento e codificação

Considera-se ordenamento o conjunto de regras jurídicas elaboradas pelo legislador, cujo intuito é disciplinar, normatizar as condutas existentes em uma determinada sociedade. Por mais que pareça estática a tentativa de conceituação, afigura-se conveniente e oportuno que nas mais diferentes sociedades se estabeleçam parâmetros de comportamento a partir dos quais as condutas sejam minimamente pautadas. Trata-se do conceito clássico de ordenamento, e que possui como objetivo maior a manutenção da ordem e da unidade, proporcionando aos integrantes das sociedades maior conforto e segurança, colocados em prática pela observância, em estado preliminar e pela repressão, via sanção, nos casos em que a esta primeira falha.

Observando estas ponderações, codificação pode ser definida também como conjunto de regras, porém todas reunidas acerca de um único assunto atinente a determinado ramo específico do Direito, um eixo, do qual é exemplo o Código Civil, que consiste justamente em um aglomerado de regras de direito privado tendentes a disciplinar determinados comportamentos *standard* a fim de uniformizar a sociedade em certa medida, dentro de um campo específico do mundo dos fatos.

O modelo clássico de codificação funciona de modo a proporcionar aos integrantes da sociedade uma impressão de segurança jurídica na medida em que prevê comportamentos e condutas que gravitam em torno de um determinado eixo e cujas violações são capazes de gerar as conseqüências ali especificamente previstas, além de reequilibrar, por outro lado, todas as situações previsíveis com o retorno ao *status quo ante*, face à aplicação da lei ao caso concreto a que se adequa. Trata-se, porém, de mera ilusão, pois nenhuma codificação, por mais detalhada que seja, é capaz de prever com exatidão todas

as condutas possíveis, nem é capaz de regulamentar fatos jurídicos futuros, o que levaria à conclusão de que os códigos se tornam facilmente ultrapassados, obsoletos, se contiverem apenas regras rígidas e tópicas, pontuais.

A conclusão não é a mesma quando se trata de Códigos que prevêm em seu conteúdo além de regras específicas, cláusulas abertas, entendidas como aquelas que em vez de conter normas herméticas, permitem ao aplicador do Direito adotar a solução que mais se adéqua ao caso concreto, abrindo-se, por assim dizer, ao futuro.

2 A FALSA NECESSIDADE DE REGRAMENTO ESPECÍFICO PARA TODA E QUALQUER HIPÓTESE

Pelo conceito clássico de ordenamento e de codificação, compreende-se como absolutamente necessária a existência de códigos que prevejam, que compilem mesmo as regras de conduta, de modo que a cada comportamento determinado corresponderia uma norma, causando verdadeira perplexidade naqueles que não acreditam na possibilidade de coexistência de qualquer outro modelo, a adoção de cláusulas gerais.

Chega-se mesmo a pensar que a adoção de tais cláusulas causaria verdadeira anarquia, conduzindo à total insegurança jurídica, o que não corresponde à realidade, pois tais cláusulas não conferem ao aplicador um grau ilimitado de discricionariedade. Ao contrário, as cláusulas gerais servem como norte, como ponto de apoio (*stardaing points*), no dizer de Canaris², de modo a direcionar o aplicador do Direito em sua árdua tarefa de encontrar o equilíbrio na hipótese que lhe é dada a solucionar.

Para Gustavo Tepedino³, a integração dar-se-á sempre através da observância de regras e princípios constitucionais considerados valores maiores, como a

² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996, p. 141 e seguintes.

³ Segundo Gustavo Tepedino: "(...) ao revés, como antes demonstrado, as normas constitucionais afiguram-se parte integrante da dogmática do Direito Civil, remodelando e revitalizando seus institutos, em torno de sua força reunificadora do sistema. Se assim não fosse, o ordenamento

solidariedade e a dignidade da pessoa humana. Tal sorte de integração gera o que seria a interpretação das leis à luz da Constituição, unificando o ordenamento a partir de valores legitimamente norteadores do direito privado.

Sob esta concepção, pode-se dizer que a falsa impressão de que a cada hipótese concreta corresponderia (ou deveria idealmente corresponder) uma determinada e hermética regra de conduta configura idéia hoje ultrapassada, pois na medida em que a sociedade evolui, novas e diferentes situações jurídicas são criadas, o que inviabiliza o controle do legislador sobre todas as situações da vida.

Ressalte-se que se trata ainda de relevar a interpretação axiológica em detrimento da interpretação literal, já que esta, na maioria dos casos, não atende por completo as necessidades do aplicador do direito.

No entender de Perlingieri, é necessário que o intérprete da norma busque sempre a referida interpretação, conforme pode ser visto *verbis*⁴:

O brocardo *in claris non fit interpretatio* apóia-se no pressuposto de que a norma seja uma unidade lógica bem isolada empiricamente. Mas, a não ser que se queira 'confundir a norma com o artigo de lei visto na sua exterioridade', ela é sempre fruto da sua colocação no âmbito do sistema. A norma nunca está sozinha, mas existe e exerce a sua função unida ao ordenamento e o seu significado muda com o dinamismo do ordenamento ao qual pertence.

Pode-se afirmar, portanto, que a solução mais moderna e mais adequada ao impasse que representa a impossibilidade de previsão de todas as situações jurídicas abrange não só a compreensão de um ordenamento aberto, repleto de cláusulas gerais que propiciem ao aplicador do direito a entrega da prestação jurisdicional de forma harmoniosa com as regras existentes, norteado pelos princípios fundamentais insculpidos na Constituição da República, sem descuidar da necessidade de interpretação valorativa das normas.

restaria fragmentado, decompondo-se o sistema por força da pluralidade de núcleos legislativos que substitui, no curso do tempo, o sistema monolítico da codificação oitocentista." (Normas constitucionais e Direito Civil na Construção de Unitária do Ordenamento, in C.P. Souza Neto e D. Sarmento (Coords.). A constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 309-320)

⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 72.

3 A DIFICULDADE DE PREVISÃO E INSERÇÃO DE REGRAS ATEMPORAIS NOS ORDENAMENTOS

É compreensível que o ser humano, vivendo em sociedade, sinta-se mais seguro se puder contar com a existência de normas, de regras que considere estáticas e “normais”, de modo que delas possa extrair a desejada sensação de ordem, que levará à falsa premissa de que tal segurança lhe permitirá programar o seu porvir..

A previsão de regras para todas as situações existentes, entretanto, é algo impalpável e improvável, devido à constante mudança de tecnologias e comportamentos sociais. Como prever uma determinada conduta, quando já não se sabe no presente como valorá-la e, ainda, quando já não se sabe de que forma esta conduta, em determinado espaço de tempo, será valorada pelos diversos segmentos da sociedade?

Torna-se hercúleo o trabalho do legislador quando dele se exige que preveja condutas praticáveis e aceitáveis num futuro próximo, em vez de apenas exigir-lhe que se baseie nos fatos jurídicos cuja ocorrência conhece.

Há situações fáticas e jurídicas cujas peculiaridades sequer comportam a espera da elaboração de uma lei. É possível vislumbrar facilmente que a velocidade da internet torna assombroso o número de relações jurídicas hoje travadas sem que se saiba ao certo em que campo do direito se está a atuar em determinadas situações que sempre foram fáceis ao operador do direito.

Hoje, inclusive, levantam-se dúvidas acerca da aplicação de institutos antes tão arraigados (como o do endosso, por exemplo, com o qual hoje mal sabemos como lidar no que se refere aos títulos de crédito eletrônicos) e de princípios tão conhecidos, como por exemplo e para o mesmo caso, o princípio da cartularidade nos títulos de crédito eletrônicos.

Não se vislumbra na atualidade a previsão de regras estáticas que vençam as barreiras do tempo, da modernidade e da tecnologia, o que reforça mais uma vez reforça a necessidade de adoção de cláusulas gerais.

4 O FUTURO COMO INIMIGO REAL DO LEGISLADOR

Outra falsa impressão acerca das cláusulas gerais é de que se as regras consideradas comuns não dão conta das situações futuras, tampouco darão conta as cláusulas gerais, que em algum momento hão de se exaurir nos assuntos que visam a tratar. Tal impressão decorre do fato de que a tecnologia, principalmente no que respeita à medicina e à informática (e todo o universo cuja abrangência sequer se pode imaginar), é de tal modo veloz que qualquer tipo de regra, de ordenamento, de código, de cláusula, em algum momento tornar-se-á obsoleto.

Neste tocante é mister fazer referência ao fato de que a questão não se origina apenas nos avanços tecnológicos, mas também e principalmente das mudanças de comportamento que ocorrem diuturnamente nas mais diferentes sociedades e em seus segmentos. Basta lembrar que o adultério, conduta que até bem pouco tempo era tipificada como crime além de constituir motivo suficiente à configuração de culpa de um dos cônjuges na separação (o traidor, naturalmente), alijava-o da possibilidade de receber alimentos. A realidade de hoje, ao revés, afasta qualquer discussão acerca de culpa e fundamenta-se tão somente no binômio necessidade-possibilidade.

Na prática jurídica, a dificuldade de prever regras que se apliquem às mais diversas situações é naturalmente maior do que a possibilidade de manejo de cláusulas gerais que permitam ao aplicador, nas hipóteses que lhe são dadas a decidir, maior flexibilidade dentro de um determinado âmbito de atuação.

Embora não seja de todo impossível, é deveras árduo prever toda e qualquer situação na velocidade em que as relações hoje ocorrem. Ou seja, não é nada vantajoso depender da existência de regras específicas para cada situação criada, já que na maioria das vezes corre-se o risco do insucesso.

Neste tocante, uma das maiores dúvidas que hoje dividem os operadores do direito diz respeito à eventual necessidade de adoção de uma legislação específica para as diversas situações jurídicas ocorridas por meio da internet. Para o caso há duas situações potenciais: a elaboração de uma legislação

específica para regulamentar as mais diversas situações que ocorrem diuturnamente por meio da internet, o que importaria no engessamento de tais regras e na necessidade constante de atualizações e modificações, ou a utilização das regras existentes em nosso ordenamento, com a aplicação das cláusulas gerais já previstas, muito embora sejam escassas, de modo a harmonizar o sistema, evitando assim a sua fragmentação.

Esta última solução parece mais razoável, na medida em que, como já analisado acima, o legislador muitas vezes luta com um inimigo implacável que é o tempo, sendo a ele inviável manter-se atualizado frente à velocidade das relações e situações que se estabelecem, por mais que se esforce neste sentido.

Para Canaris⁵, que de há muito observa e apregoa a necessidade de adoção de sistemas abertos, "À abertura como incompletude do conhecimento científico acresce assim a abertura como modificabilidade da própria ordem jurídica."

Não se trata, portanto, de fazer novas leis e despejá-las de quando em quando no ordenamento jurídico como se novas fossem, mas sim de utilizar as ferramentas disponíveis trabalhando os conceitos existentes e interpretar da forma mais adequada a cada caso, propiciando a solução justa das situações apresentadas, de modo a buscar a melhor solução para todos.

5 A UTILIZAÇÃO DE CLÁUSULAS ABERTAS E INTERPRETAÇÃO INTEGRATIVA COMO FERRAMENTAS CAPAZES DE EVITAR A FRAGMENTAÇÃO LEGAL

Na mesma proporção que se instiga o presente debate, observa-se que a noção estática de ordenamento não responde aos anseios sociais modernos, pois além de não conferir ao operador do direito ferramentas de atuação suficientes, apresenta um modelo desgastado.

⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996, p. 109.

A idéia principal, portanto, não tem suas bases na modificação constante do ordenamento, tantas vezes quantas fossem supostamente necessárias devido à modernização de situações jurídicas e de novas tecnologias, mas sim na aplicação das cláusulas gerais existentes – muito embora o legislador do atual Código Civil tenha sido bastante comedido neste campo - evitando a repetição do modelo de Códigos, evitando a “atualização” de Códigos que novos nada têm, ou seja, que já nascem obsoletos.

Tampouco se apregoa aqui a abolição das regras específicas, mas sim busca-se disseminar a noção de que o convívio harmonioso entre estas duas importantes fontes, sempre com espreque nos princípios fundamentais previstos na Constituição da República, é a solução que propiciará a existência de um sistema mais flexível, cujo objetivo de fomentar a paz social seja mais facilmente alcançável.

Não é que não se possa adotar para sempre o mesmo modelo antigo das codificações, porém, tal modelo afigura-se desgastado e desvantajoso - por não ser prático - na medida em que a modificação de toda uma legislação, ou mesmo a criação de muitas leis fragmentadas, dificulta a sua utilização pelos operadores do direito, criando, por vezes, antinomias aparentes que ocasionam óbices ainda maiores.

No pensamento de Canaris o sistema que ora se considera mais flexível e que seria mais ideal, é o que denomina “sistema móvel” e se situa entre a rigidez das regras imutáveis, que por sua vez demandam constante atualização e a fluidez das cláusulas gerais. Em suas próprias palavras, “o sistema móvel ocupa uma posição intermédia entre a previsão rígida e cláusula geral”.⁶

⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996, p. 143.

CONCLUSÃO

- a) Os modelos clássicos de ordenamento e codificação não respondem mais aos anseios do operador do direito;
- b) ao contrário do que se apregoa, não é necessário existirem regras específicas e estáticas para cada situação jurídica específica;
- c) a aplicação de cláusulas gerais e utilização de interpretação axiológica com fundamento na Constituição decorrem da impossibilidade de previsão, pelo legislador, de todas as situações jurídicas presentes e futuras;
- d) não é o sistema jurídico que tem que se modificar constantemente, mas sim o operador do direito que deve modernizar constantemente seu pensamento e aplicar as cláusulas gerais nas hipóteses que lhe sejam apresentadas, a fim de solucionar com razoabilidade e acuidade cada caso concreto;
- e) as regras rígidas não devem ser abolidas, mas sim conviver harmoniosamente com as cláusulas gerais, considerando-se que ambos os tipos possuem sua relevância no ordenamento jurídico;
- f) é mister que o ordenamento jurídico se torne mais flexível, mais aberto, permitindo assim um melhor trabalho por parte do operador, do intérprete;
- g) as cláusulas gerais devem ser aplicadas a partir dos valores maiores previstos na Constituição da República, de modo que ao serem utilizadas evitem a constante modificação do ordenamento e a fragmentação da legislação.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

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

HESPANHA, António Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Lisboa: Publicações Europa- América. 1997

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997.

DIZ, Milena Angélica Drumond Morais. A necessidade de adoção de cláusulas gerais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade Civil por Acidentes de Consumo na Internet**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento**, in C.P. Souza Neto e D.Sarmento (coords). A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 309 – 320.

BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo e outros. **Comentários aos arts. 421-422 e 927 do Código Civil, in Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Vol. II, Rio de Janeiro: Ed.Renovar, 2006, p. 5 a 23 ; e p. 803 – 819.

GONDINHO, André Osório; **Codificação e Cláusulas Gerais**, in Revista Trimestral de Direito do Civil – RTDC, n. 02, v. 01. Rio de Janeiro: Padma, abr/jun/2000, p. 03-25.