

ELEMENTOS DE SEGURANÇA INTRÍNSECOS ÀS CLÁUSULAS GERAIS

ELEMENTS OF SECURITY INTRINSICALLY PRESENT IN GENERAL CLAUSES

Rafael dos SANTOS-PINTO¹

Resumo: As cláusulas gerais são técnica legislativa e textos legais aptas a fornecer uma abertura ao sistema legal. Em geral as mesmas são definidas como fatores de insegurança jurídica. Defende-se que as mesmas possuem elementos intrínsecos que contribuem para a segurança na operacionalização das mesmas e harmonização do sistema como um todo. A metodologia colocada considera o Direito como um sistema, buscando a harmonia interna das normas como fundamento do próprio ordenamento. Neste contexto as cláusulas gerais são forma necessária de abertura sistemática, funcionando como fatores de aproximação do Direito aos diversos fatos ontológicos. Esta abertura traz consigo uma segurança sistêmica intrínseca, impedindo a existência de lacunas insanáveis no sistema e a criação de um irrealismo metodológico.

Palavras-chave: cláusulas gerais, segurança jurídica, sistema legal

Abstract: General clauses are a lawmaking technique and legal texts both apt in generating an opening in the legal system. In general they are defined as factors of juridical insecurity. It is argued that they have intrinsic elements that contribute to their own safety and operation and the harmonization of the system as a whole. The chosen methodology considers Law as a system, postulating the internal harmony of norms as the fundamental logic of the legal system in its self. In this context the general clauses are a necessary form of system openness, acting as elements of connection between Law and the various ontological facts. This openness causes a intrinsically systemic security, impeding the existence of insuperable gaps in the system and the creation of a methodological unrealism.

Keywords: general clauses, juridical security, legal system

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Delimitando as cláusulas gerais 3. Sentido e operatividade de segurança jurídica 4. A segurança intrínseca às cláusulas gerais 4.1 Adequação do sistema à realidade social 4.2 Rigor metodológico 4.3 Núcleo “seguro” das cláusulas gerais 5. Conclusão

¹ Artigo apresentado como avaliação em Direito das Obrigações no curso de especialização em Direito Civil e Empresarial da PUC-PR. E-mail: rafaelspinto00@gmail.com.

1. Introdução

O fenômeno das cláusulas gerais é tema de intenso debate no direito contemporâneo. Fenômeno ambivalente, conceituado tanto como espécie de norma, ou texto legal, como também técnica legislativa e sistemática, o mesmo se apresenta como uma das mais promissoras e inexploradas formas de evolução do ordenamento.

Não obstante a recepção acadêmica e legislativa das cláusulas gerais, as mesmas não deixaram de sofrer estigma dos defensores de formas mais estreitas de técnicas legislativa e interpretativas. Tal estigma geralmente se veiculou sob o argumento de favorecerem as cláusulas gerais uma insegurança jurídica (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 95) inadmissível em qualquer sistema jurídico.

O discurso sobre a insegurança intrínseca às cláusulas gerais acerta quando avalia o fato da generalidade enunciativa e vagueza terminológica dos enunciados normativos (PERLINGIERI, 2002, p. 28-30) - que trazem para dentro da norma a necessidade direta da valoração pelo intérprete e emprestam eficácia a posições extrajurídicas - gerar uma incerteza fundamental do conteúdo dispositivo da norma, em especial se comparada à subsunção direta de regras legais.

Enquanto não é possível negar que as cláusulas gerais representam um fator de indeterminação do conteúdo legal (PERLINGIERI, 2002, p. 28-30), em descompasso com a visão da norma como modelo abstrato da conduta lícita, relegando a definição da norma para a decisão do juiz (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 95) e afastando uma determinabilidade prévia da incidência legal, não se pode dizer que tal fato em si esvazia as cláusulas gerais de segurança jurídica.

Somente numa análise acrítica, baseada em uma concepção estreita de segurança jurídica – equiparando e restringindo a mesma à determinabilidade prévia e plena do escopo normativo – serve à categorização das cláusulas gerais como inseguras em si. O objetivo deste trabalho é sucintamente defender a presença de elementos de segurança jurídica na própria fábrica (tecitura) conceitual das cláusulas gerais, segurança esta diversa da determinabilidade prévia do conteúdo normativo, mas não obstante segurança. Tal constatação não só eliminaria as cláusulas gerais de seu estigma, como também reafirmaria a relevância destas no ordenamento e na vivência social.

2. Delimitando as cláusulas gerais

A dificuldade em delimitar as cláusulas gerais reside no fato do nome referir-se a dois fenômenos diferentes. Um reporta a uma dada técnica legislativa e outro um tipo de texto normativo com características específicas (COSTA, 2003, p. 231-233).

Assim, como técnica legislativa as cláusulas gerais são “certos conceitos, agrupados em certas categorias, pela utilização de determinadas técnicas de interpretação e por específicas concepções de ordem social que determinam o modo de aplicação e a própria função do ordenamento jurídico” (COSTA, 1992, p. 47).

Já como texto normativo, as cláusulas gerais se diferenciam das outras normas uma vez que cabe ao aplicador identificar o suporte fático e determinar a consequência jurídica extraída (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 71). Neste sentido, teriam as cláusulas gerais um momento antecedente (hipótese fática) composta por termos vagos, e um consequente (efeito jurídico) indeterminado (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 70).

A complexa evolução da técnica legislativa genericamente denominada de cláusulas gerais revolve em torno da concepção de sistema e ordenamento. A teoria dos sistemas abertos imputou ao ordenamento a juridiscização de fatos geralmente excluídos do direito, tal como a equidade, princípios, máximas, regras de experiência, usos e diretivas (COSTA, 1992, p. 48-49). Nesta técnica o código perde suas pretensões de completude para se tornar o centro do sistema, modelo amplo e abrangente para os valores metajurídicos incorporados (COSTA, 1992, p. 52).

Explica-se: a alteração profunda da realidade social trouxe com sigio a necessidade de uma abertura sistemática no direito, apta a valorar novas condutas sob padrões adequados, preservando a justiça material em cada caso. Isto representou uma “reconstrução” do Direito Privado, iniciada com a constituição e os microssistemas (COSTA, 1998, p. 25). Sob este fenômeno se desenvolveram as cláusulas gerais, enunciados normativos genéricos, afastados dos tipos e *fattispecies* das regras. Elas representaram uma abertura do sistema permitindo a formação de modelos jurídicos através de soluções assistemáticas que se tornam vagarosamente sistemáticas (COSTA, 1998, p. 27).

A função final da técnica legislativa das cláusulas gerais é a tipologia social. Esta se desenvolve inicialmente com função individualizadora, do direito ao caso

concreto; depois passa a função generalizadora, formando novas instituições jurídicas (COSTA, 1998, p. 35).

A contraposição da técnica das cláusulas gerais é a casuística. Esta é a técnica de delimitação de *fattispecies*, marcada pela fixação mais completa possível dos fatos que o legislador considerar aptos de serem regulados. A tipificação das condutas se resolve pela subsunção, mas padece de rigidez e incompletude (COSTA e FERREIRA, 2003, p. 233-234).

Já a cláusula geral como texto jurídico incide em uma dificuldade inicial representada pelo fato de não possuírem estrutura própria a diferenciá-la dos conceitos jurídicos indeterminados (COSTA, 1992, p. 49). Os conceitos jurídicos indeterminados se aproximam das cláusulas gerais por serem ambos textos jurídicos dotados de vagueza semântica e indeterminação (SENRA, 2009, p. 180-181). No conceito jurídico indeterminado a atuação do juiz é reduzida à subsunção, enquanto na cláusula geral ele não cria o Direito, mas o interpreta, concorrendo na formação da norma (BARROSA, 2010, p. 97). A distinção real entre ambos reside no aspecto da concreção, não sendo a cláusula geral direito estrito, mas casuístico (COSTA, 1992, p. 51). Da mesma forma, distinguem-se dos princípios uma vez que estes necessitam de concreção, atuando as cláusulas gerais como meio de concreção, já que são elaboradas com hipótese legal de grande generalidade, abrangendo vários casos (COSTA, 1992, p. 50).

Uma vez realizadas as diferenciações temos a estrutura genérica das cláusulas gerais. Estas se caracterizam por uma vagueza e fluidez semântica qualificada por uma incompletude que requer da mesma o vínculo a outra norma (COSTA, 1999, p. 329-332). As cláusulas gerais sempre necessitariam no mínimo de um conceito carecedor de preenchimento valorativo (MENKE, 2006, p. 74).

O ato de dar completude, ou concreção, à cláusula aberta redefine o papel do juiz na aplicação legal. A cláusula geral não permite e esvazia de qualquer sentido a subsunção. A mesma correspondeu a uma cessão do positivismo à auto-responsabilidade dos juízes e a uma ética social transpositiva. (WIACKER, 1967, p. 546) Isto com certeza reforça o poder criativo da atividade jurisdicional (DIDIER JUNIOR, 2010, p. 73).

São, assim, claros os contornos das cláusulas gerais. As mesmas se desenvolvem em dado paradigma jurídico e social que reconhece a insuficiência do sistema lógico-formal dos conceitos jurídicos formulados abstratamente (LARENZ, 1969, p. 151). A partir desta limitação procede-se à própria reconstrução sistemática voltada à plenitude do ordenamento (MILAGRES, 2007, p. 150) e a necessidade da justiça material.

3. Sentido e operatividade da segurança jurídica

Segurança jurídica é considerado princípio constitucional implícito, definido como o conjunto de condições que possibilitam ao indivíduo o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos à luz da liberdade reconhecida (SILVA, 2007, p. 433).

O caráter principiológico da segurança jurídica denota que a mesma sofre a mesma aplicação e regime dos princípios constitucionais. Notadamente isto será verificado na harmonização da mesma com outros princípios jurídicos. Quanto às cláusulas gerais, conflitam-se os princípios da segurança jurídica com o da justiça, componente do princípio da igualdade. Ao invés de se proceder a uma antinomia entre estes princípios, do qual só um saia vencedor, a sistemática dos princípios constitucionais demanda uma harmonização de ambos (SILVA, 2009, p. 135), procurando-se um meio termo operacionável. Isto se traduz numa interpretação, em cada caso, de “uma justiça com segurança, portanto da maleabilidade com a rigidez” (MENZES CORDEIRO, 2007, p. 1272).

A limitação das cláusulas gerais, no plano dos princípios se dará quanto à sua legalidade, razoabilidade e proporcionalidade (SILVA, 2009, p. 133-143).

Em suma, não é possível se encontrar uma restrição externa da segurança jurídica no que tange às cláusulas gerais, uma vez que esta sempre será sopesada em confronto com outros princípios. Restra observar se existe uma contradição direta entre os componentes internos da segurança jurídica e as cláusulas gerais.

Divide-se a segurança jurídica em duas modalidades. A primeira é ligada à estabilidade das relações jurídicas definitivas. A segunda refere-se à previsibilidade das decisões jurídicas e administrativas (THEODORO JUNIOR, 2006, p. 96-97). Quanto às

cláusulas gerais, somente caberá a análise da segunda modalidade. A primeira refere-se ao ato jurídico perfeito e coisa julgada, fatos sobre os quais não incidem as cláusulas gerais diretamente, correspondendo ao domínio do direito intertemporal.

A modalidade de segurança ligada à previsibilidade das decisões é, então, a única modalidade de segurança jurídica a ser aplicada às cláusulas gerais. Esta é inicialmente tratada sob as regras da estrita vinculação legal do Direito Público, como *vacatio legis*, publicidade e compreensibilidade (racionalidade) dos enunciados normativos (THEODORO JUNIOR, 2006, p. 30). As cláusulas gerais atendem a estes requisitos de segurança uma vez que possuem forma de lei validamente promulgada. É tão somente um critério mais estreito desta modalidade de segurança jurídica, que doutrinariamente exige que as leis não causem desorganização no sistema, criando dificuldades de compatibilização e interpretação no mesmo. Neste ponto se exigiria a redação mais clara dos textos normativos possibilitando aos cidadãos meios de conhecer o direito positivo (THEODORO JUNIOR, 2006, p. 98).

A necessidade de segurança quanto à não incompatibilização da letra da lei com o sistema é plenamente preenchido pelas cláusulas gerais. São os microssistemas legislativos os criadores de uma desarmonia estrutural no sistema jurídico. As cláusulas gerais em verdade são técnicas aptas a integrar e re-harmonizar um sistema distendido e difuso (COSTA, 1992, p. 54). Já a necessidade de uma clareza quanto à precisão dos textos normativos, esta de fato é relevante mas obviamente condicionada a preceitos lingüísticos e teóricos. Enquanto uma palavra de uso técnico-jurídico exprime um conceito jurídico absolutamente seguro, pode não dizer nada ao leigo. Ao mesmo tempo existem palavras semanticamente vagas que podem não dizer nada à técnica jurídica mas não encontram dificuldades em serem compreendidas e exemplificadas por qualquer cidadão.

Este fenômeno leva à constatação de que as cláusulas gerais são na verdade cognitivamente abertas mas operacionalmente fechadas. Isto implica que as cláusulas gerais conquistaram autonomia operacional (decisória) que produz sentido às expectativas da sociedade. Assim, hoje qualquer pessoa pode saber previamente que se realizar negócio sabendo de sua ilicitude o mesmo poderá ser anulado (má-fé), mas caso não saiba é possível que o mesmo seja conservado (boa-fé). (SIMIONI, 2006, p. 252-255)

Em suma, a modalidade mais específica da segurança jurídica, voltada à precisão terminológica das leis encontra um entrave ontológico, próprio da teoria da linguagem e semiótica, na vinculação histórico cultural do significado de qualquer palavra (MILAGRES, 2007, p. 152-155). Vale lembrar que até os termos jurídicos mais específicos e técnicos tiveram de ser labutados e delimitados ao longo do tempo pela doutrina e jurisprudência até conseguirem a precisão teórica atual. Assim, é necessária a compatibilização da segurança de forma instrumental, construindo-a caso a caso com vistas à segurança material e não tão somente formal.

O verdadeiro dilema das cláusulas gerais, como é universalmente afirmado, é de se encontrar seus limites (THEODORO JUNIOR, 2006, p. 98). As cláusulas gerais, assim como qualquer outro instituto e técnica jurídica não podem servir a usurpar do sistema seus valores fundamentais da democracia e dignidade humana. De fato, o único e raramente explorado elemento de insegurança na técnica das cláusulas gerais reside na necessidade de atenção para que “a extrema abertura do sistema não conduza à sua própria desapareição. (...) Postulados da democracia demandam determinado patamar de segurança nas relações jurídicas” (COSTA, 1992, p. 49).

4. A segurança intrínseca às cláusulas gerais

4.1 Adequação do sistema à realidade social

A ótica das cláusulas gerais como técnica jurídica historicamente fundada remete a um fator de segurança interna intrínseca às mesmas. Tal técnica é fundada na abertura sistemática exigida pela alteração da sociedade e a complexidade crescente das relações sociais (SANTOS, 2002, p. 14-15). A rapidez e os riscos referentes à maleabilidade social contemporânea exigem instrumentos que ao mesmo tempo que permitam novas formas de soluções justas aos casos materiais também sejam aptas a intronizar no ordenamento elementos extrajurídicos, de forma harmônica e adequada.

A função de abertura sistemática desempenhada pelas cláusulas gerais (COSTA, 1992, p. 48-49) é, neste sentido, fator de segurança jurídica. Isto ocorre na medida em que as cláusulas gerais desempenham papel de harmonização do sistema jurídico, contribuindo para uma completude do ordenamento.

Existem dois aspectos fundamentais desta dinâmica. Primeiramente temos a atuação das cláusulas gerais como dirimidoras de antinomias e integradoras dos microsistemas jurídicos. A abstração e incompletude de efeitos permite ao intérprete a fuga dos pontos conflituosos do diploma legal ao mesmo tempo que possibilita que o mesmo atinja disciplinas jurídicas que inicialmente não seriam incidentes ao caso. (SENRA, 2009, p. 181) E em segundo lugar teríamos a propensão das cláusulas gerais em contribuir para a completude do ordenamento no sentido duplo de atribuição de *fattispecies* a fatos inicialmente não jurídicos (mas relevantes), bem como na vinculação de solução extrajurídica ao caso que necessitava de efeito diverso do prescrito genericamente. (COSTA, 1992, p. 54)

Tal perfil das cláusulas gerais harmonizariam o ordenamento, dando a ele uma consistência sistêmica mais forte, contribuindo para a segurança imanente do sistema jurídico.

A crítica realizada às cláusulas gerais neste ponto se pauta na função tradicional das normas em criar máximas de conduta ou arquétipos de comportamento a serem apreendidos aprioristicamente das normas (COSTA e FERREIRA, 2003, p. 231). Tal crítica, no entanto, demonstra-se comprometida com um modelo formalista e positivista de Direito que ainda está impregnada de ideologia vinculada ao pensamento jurídico oitocentista (COSTA, 1999, p. 278-279). Tal modelo estático de positividade e imobilismo social é inadmissível (COSTA, 1999, p. 284). Ele próprio gera insegurança jurídica na medida em que se alimenta de critérios de solução e paradigmas metodológicos incompatíveis com a realidade social e expectativa jurídica contemporâneas.

Ao passo que o sistema perde seu caráter de tipificação do agir social, ele acaba por integrar mais perfeitamente este agir social desejável dentro do sistema. As cláusulas gerais não representam uma abstração total do comportamento social exigível da pessoa, mas sim favorecem o agir e a integração social desta. Os critérios extrajurídicos admitidos ao sistema pelas cláusulas gerais obedecem a uma gama limitada de soluções racionais e consensuais (WAMBIER, 2005, p. 70) das quais o código representa o centro interpretativo e estrutural (COSTA, 1992, p. 52).

Em suma, o descompasso técnico-metodológico do sistema da realidade histórico-social geraria por si insegurança na medida em que não se pudesse esperar do

sistema jurídico uma solução justa ou adequada aos casos em concreto (MILAGRES, 2007, p. 152), tendo-se em mãos um sistema turbulento e desarmônico.

4.2 Rigor metodológico

O aspecto técnico e científico do Direito demandam uma metodologia própria para seu entendimento e aplicação. As metodologias geralmente mais dominantes são aquelas advindas do positivismo como o normativismo e a técnica da subsunção. No entanto, como já explicitado, existe uma necessidade advinda da modernidade que exige a aplicação e criação de metodologias mais rebuscadas e complexas aptas a descrever fielmente o sistema jurídico e permitir sua operação. O descompasso entre a metodologia e o sistema pode ser descrito como um irrealismo metodológico, típico problema do racionalismo positivista no sistema atual (MENEZES CORDEIRO, 2007, p. 36-40).

O método, ou referencial metodológico é assim expresso na concepção jurídica dominante, tornando-se importante fator de segurança jurídica. Isto pois o método age não só na compatibilização do sistema jurídico com a realidade, mas especialmente pois atribui uma racionalidade ou logicidade aos preceitos normativos, tornando-os conhecíveis ao intérprete.

De fato, o método se caracteriza como forma de se chegar a conclusões semelhantes a partir de casos ou hipóteses análogas. Enquanto as ciências humanas não são descritivas, não comportando assim o método experimental, elas ainda dependem da metodologia para construir seu discurso científico e racional. Isto é claro em todo o sistema jurídico, que depende cada vez mais de métodos e técnicas para a sopesação de princípios e adequada aplicação das normas, representando uma pedagogia da justiça material (ASCENSÃO, 2006, p. 92).

Aqui se insere, por exemplo, o papel da doutrina como construtora de possibilidades para a aplicação das cláusulas gerais e seus efeitos, bem como a crítica de sua utilização concreta, em consonância com o método crítico e científico (MENKE, 2006, p. 90).

No que se refere às cláusulas gerais, a metodologia possui esta mesma função de fundamentação racional e segurança lógica. Como advertiu WIEACKER (1967, p. 547), a teoria do direito e a tradição judicial deveriam desenvolver uma técnica refletida para o uso correto da cláusula geral para que esta não se transformasse em um perigo para as ordens jurídicas. Isto demonstra a responsabilidade da doutrina, mas especialmente da jurisprudência na criação de uma metodologia rigorosa apta a dotar de segurança a aplicação e interpretação das cláusulas gerais.

A primeira metodologia intrínseca às cláusulas gerais, aptas a delimitar e dotá-las de segurança é a concreção. Na concreção o juiz analisa o caso concreto em toda sua potencialidade, não se restringindo à compreensão da norma, mas do caso com um todo (MENKE, 2006, p. 79). A concreção representaria, assim, uma mescla de indução e dedução no qual são analisados o conteúdo da norma, os precedentes judiciais e quaisquer outros elementos relevantes. (MENKE, 2004, p. 20) A concreção dá mais segurança à decisão e interpretação normativa na medida em que se torna diretriz de decisões futuras, fundidas na norma através do significado que a jurisprudência a deu (LARENZ, 1969, p. 135-136).

Assim, o método da concreção não só é fator de estabilidade da aplicação e significado das cláusulas gerais, mas é virtualmente a única maneira de aplicação das mesmas, sempre carecedoras de no mínimo um conceito a necessitar preenchimento valorativo (MENKE, 2006, p. 74).

Outro método apto a estabilizar e dar segurança às cláusulas gerais é o “grupo de casos”. Tal método confere “identidade fático-normativa entre um caso e grupo já consolidado de julgado decidido sob certa norma” (MENKE, 2006, p. 81). Tal método se aproxima ao sistema dos precedentes, julgando os casos conforme a identidade dos mesmos em relações a outros julgados de forma semelhante.

Ao passo que existem críticas ao método do grupo de casos com base interpretação sistemática e aplicação dos valores do sistema (MENKE, 2006, p. 83), o mesmo ainda representa critério ontológico na identificação e solução dos casos concretos. Ao passo que a jurisprudência não é, em sua generalidade, vinculante, a mesma constitui fonte do direito e sempre busca em si padrões para a realização do direito e harmonização do sistema.

Assim, a metodologia se apresenta com característica fundamental a conferir segurança e previsibilidade não só às cláusulas gerais, mas a todo o sistema.

4.3 Núcleo “seguro” das cláusulas gerais

O fato de inexistir um núcleo conceitual das cláusulas gerais (por serem as mesmas abstrações somente dirimidas na concreção) (MENKE, 2006, p. 75). não significa a ausência completa de um núcleo objetivo dotado de segurança. Isto se dá uma vez que o domínio próprio das cláusulas gerais e seu conteúdo real se definem através da fundamentação racional da regra jurídica (ASCENSÃO, 2006, p. 90).

Significa que somente se permite uma compreensão das cláusulas gerais quando a capacidade valorativa do intérprete é aliada à racionalidade (momento racional) (ASCENSÃO, 2006, p. 83). Existe, assim, uma natureza social da responsabilidade do juiz na aplicação das cláusulas gerais (MENKE, 2006, p. 89). Isto se dá na medida em que o juiz está vinculado à racionalidade e à conduta social na aplicação das cláusulas gerais, asseguradas em especial pela controlabilidade das decisões (ASCENSÃO, 2006, p. 83).

Neste aspecto é preponderante que o juiz deve justificar a razão pela qual aplica a cláusula geral e não outra norma (MENKE, 2006, p. 84). Além disto, o sistema como um todo age como parâmetro de conduta social e julgamento pelo juiz (WAMBIER, 2005, p. 63). Isto gera uma gama limitada de soluções e expectativas de decisões possíveis, uma vez que baseia o juiz sua decisão no sistema (conhecido e limitado) que, por sua vez, somente permite penetração de elementos extrajurídicos através de critérios racionais e consenso (WAMBIER, 2005, p. 70).

Nada mais se quer dizer com isto tudo que as cláusulas gerais apresentam abertura ao sistema, mas em troca exigem a compatibilização dos elementos exteriores com este. Assim, toda vez que se aplica uma cláusula geral a mesma sempre procederá ao uso de critérios eminentemente jurídicos, em especial a racionalidade, compatibilização principiológica e justiça material.

Neste sentido, existem cinco elementos que compõem a aplicação das cláusulas gerais e conferem à mesma jurisdição. Estes são: 1) a finalidade concreta da norma;

2) pré-compreensão; 3) valoração judicial dos resultados da decisão; 4) consenso como fundamento parcial da decisão; 5) precedente judicial (MENKE, 2006, p. 80).

A finalidade concreta da norma é sua finalidade concreta, seu objetivo. A pré-compreensão é a bagagem valorativa do juiz, composta pelos critérios morais e axiológicos instruídos pela sociedade e pelo pensamento jurídico. A valoração judicial dos resultados é o exercício intelectual no qual é feita a projeção das interpretações possíveis em relação aos efeitos prováveis. O consenso é o critério de segurança a respeito do uso de elementos extrajurídicos, que só se aprestam válidos se axiologicamente aceitos pela moral social e com esta compatíveis. E por fim, o precedente como padrão e pressuposto de aplicação da cláusula geral (MENKE, 2004, p. 20-22).

Estes elementos internos de segurança são reforçados através do sistema de segurança extrínseco representado pelo processo e suas garantias. Neste sentido, beneficiam-se as cláusulas gerais da necessidade de se fundamentar a sentença, do contraditório, do reexame judicial necessário e do sistema recursal. (BARROSA, 2010, p. 92)

Em conclusão, o próprio manejo das cláusulas gerais, bem como sua perpétua compatibilização material e processual com o sistema jurídico ensejam uma segurança intrínseca, em especial porque denotam uma autopoiese do sistema que perpetuamente se harmoniza com o bem comum e o *ethos* social (WAMBIER, 2005, p. 73).

5. Conclusão

O escopo do trabalho foi demonstrar que as cláusulas gerais, ao passo que contém uma indeterminação fundamental em sua natureza, não comprometem a segurança jurídica de forma material e são principiologicamente harmônicas com o valor da segurança jurídica.

Somente uma análise estática, formalista e estreita possibilitariam a conclusão de uma ampla insegurança na ordem jurídica. Conforme é historicamente demonstrado, o sistema possui uma pendularidade (COSTA, 1992, p. 54) no que tange a sua abertura e fechamento conforme as necessidades históricas e sociais. O que de fato instrui a

segurança do sistema é sua adequabilidade com o contexto social (MILAGRES, 2007, p. 152) e sua estabilidade, compreendida como não turbulência da ordem jurídica (WAMBIER, 2005, p. 73). Neste aspecto as cláusulas gerais são elementos de estabilidade ao oxigenarem o sistema, prolongando sua vida útil (WAMBIER, 2005, p. 73).

Já no aspecto normativo, as cláusulas gerais apresentam as mesmas dificuldades inerentes à interpretação normativa, hermenêutica e principiológica, que ensejam a abertura lingüística de todo o enunciado normativo (MILAGRES, 2007, p. 158-160). É tão só na determinabilidade prévia da tipificação e eficácia da norma que surge um elemento real de insegurança. Este, no entanto é compensado através da própria natureza da aplicação, que em si exige critério metodológico, fundamentação racional e compatibilização com o sistema. A isto se alia uma dotação progressiva de segurança consubstanciada pelo próprio procedimento judicial e da doutrina.

De fato, a insegurança que devemos combater é aquela que possibilita que a abertura do sistema se torne a própria negação deste. Tal problema deve ser sempre combatido com a racionalidade jurídica que não permite que o sistema jurídico se desvincule da democracia, dignidade humana e consenso social. Como se vê esta é uma batalha das próprias forças sociais e históricas em prol do império da lei.

Em conclusão, é inviável buscar no ordenamento um elemento de segurança total, ou mesmo completa. A segurança sempre dependerá do contexto histórico-social em que estiver inserido o sistema jurídico. É impossível prever ou disciplinar rupturas materiais à própria legalidade ou ao Estado de Direito. Isto se queda claro em contextos de usurpação por regimes de exceção e crises políticas e econômicas extremas, tal como representaram as ditaduras, a hiperinflação e o confisco das poupanças no início dos anos 90. Situações inseguras como estas escapam à regulação normativa, ao passo de terem roupagem jurídica. Ao contrário, são técnicas como as cláusulas gerais, que dão mobilidade e abertura ao sistema que efetivamente auxiliam á manutenção da legalidade e justiça (portanto segurança), tal como as cláusulas gerais o fizeram na Alemanha do pós-guerra (WIEACKER, 1967, p. 545-547).

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. **RTDC: revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro. v.7. n.28. p.77-92. out./dez. 2006.

BARROSA, Clícia Kayalla Gonçalves. A evolução da idéia de sistema no direito privado: o novo Código Civil e as cláusulas gerais. **Revista de Direito Privado**. São Paulo. v.11. n.41. p.59-105. jan./mar. 2010.

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

_____. As clausulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v.81. n.680. p.47-58. jun. 1992.

_____. O direito privado como um sistema em construção - As clausulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v.87. n.753. p.24-48. jul. 1998.

COSTA, Judith Hofmeister Martins; FERREIRA, Aparecido Hernani. **O novo código civil, discutido por juristas brasileiros**. São Paulo: Bookseller, 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**. São Paulo. v.35. n.187. p.69-83. set. 2010.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 1969.

LEÃO, Luís Gustavo de Paiva. As cláusulas gerais e os princípios gerais de direito. **Revista de Direito Privado**. São Paulo. v.10. n.37. p.148-168. jan./mar. 2009.

MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. Operacionalidade das cláusulas gerais em direito societário distribuição de dividendos nas sociedades limitadas. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre. v.35. n.110. p.303-324. jun. 2008.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre. v.33. n.103. p.69-94. set. 2006.

_____, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo. v.13. n.50. p.9-35. abr./jun. 2004.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e realização do direito. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**. Belo Horizonte. v.15. p.147-162. 2007.

- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo Código e as cláusulas gerais: exame social do contrato. **Revista de Direito Privado**. São Paulo. v.3. n.10. p.9-37. abr./jun. 2002.
- SENRA, Maria Amélia Lisbão. O sistema no âmbito do direito privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo. v.10. n.37. p.169-184. jan./mar. 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, Luciano Felix do Amaral e. Princípios norteadores da intervenção judicial no contrato normas abertas versus segurança jurídica. **Revista de Direito Privado**. São Paulo. v.10. n.37. p.130-147. jan./mar. 2009.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto; LUIZ FERRONATTO, Rafael; FERRETO, Karine. Cláusulas gerais e sensibilidade comunicativa: direitos fundamentais privados na sociedade global. **Revista de Direito Privado**. São Paulo. v.7. n.25. p.250-270. jan./mar. 2006.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica **Revista da escola nacional de magistratura**, São Paulo. v.1. n.1. p. 93-120. abr.. 2006.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as cláusulas gerais do Código Civil de 2002: a função social do contrato. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v.94. n.831. p.59-79. jan. 2005.
- WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 1967.