

O PAPEL DAS CLÁUSULAS GERAIS PARA A CONCREÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS ENTRE PRIVADOS

(THE ROLE OF GENERAL CLAUSES TO THE REALIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN LEGAL RELATIONS BETWEEN PRIVATE)

MARIA CLÁUDIA CACHAPUZ¹

Resumo (Abstract)

As cláusulas gerais, como instrumentos normativos próprios ao ordenamento jurídico, permitem abstratamente 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, especialmente quando a preocupação diz respeito à solução de conflitos no âmbito das relações jurídicas entre privados. Em especial, o art. 187 do Código Civil propõe cláusula geral de leitura complementar a direitos de personalidade – na essência, decorrentes de 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 à testagem *prima facie* de um princípio de livre desenvolvimento da personalidade.

(General clauses, such as regulatory instruments to legal system, allow abstractly 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. In particular, art. 187 of the Civil Code proposes general clause reading complement the personality rights - in essence, due to jusfundamental 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.)

¹Doutora em Direito pela UFRGS. Professora da Faculdade de Direito do Unilasalle. Juíza de Direito no RS.

Palavras-Chave (Key Words)

Direito Civil. Interpretação. Cláusulas Gerais. Direitos Fundamentais.

(Civil Law. Interpretation. General Clauses. Fundamental Rights.)

Introdução

O confronto entre a tradição e o novo por meio da experiência: Este é o desafio de fazer-se pesquisa e ciência jurídica sobre o texto do Código Civil brasileiro, em que se parte da expectativa gerada pelos próprios construtores da normatividade de uma maior abertura pretendida ao ordenamento jurídico civil. Tal experiência não é, em verdade, uma atividade específica à compilação de normas civis. É antes uma aplicação inerente à atividade hermenêutica a partir de qualquer testagem da universalidade proposta. Como na aposta de Hans-Georg Gadamer, “toda experiência é confronto, já que ela opõe o novo ao antigo, e, em princípio, nunca se sabe se o novo prevalecerá, quer dizer, tornar-se-á verdadeiramente uma experiência, ou se o antigo, costumeiro e previsível, reconquistará finalmente a sua consistência” (GADAMER, 2003, p. 14).

A matéria é complexa especialmente quando se trata de construir um “dever ser” a partir da análise moral de estruturas pertinentes a direitos gerais de liberdade e igualdade, justamente por depositarem tais direitos as questões de conflito centrais a todo o ser humano, a partir do que resta caracterizado, na normatividade, por meio de direitos fundamentais. A questão é, portanto, saber como descrever um padrão geral de conduta para as questões afetas a direitos fundamentais quando irradiam estes seus efeitos sobre as relações de trato privado. O intuito, por certo, é o de promover a convivência entre os indivíduos no âmbito de suas relações privadas, a partir da promoção de idênticas oportunidades de liberdade e igualdade.

Exemplificativamente, não há como se reconhecer contradição à interpretação realizada frente a uma norma como a do art. 11 do Código Civil, quando se afirma que, na análise de um caso concreto, é possível restringir um direito de personalidade num conflito de direitos fundamentais entre privados. A norma preocupa-se, a partir de uma ponderação prévia acerca de um direito geral de igualdade, em estabelecer um âmbito de garantia efetivo por definição e, portanto, válido a todas as situações analisadas sob nenhuma condição.

Existente um conflito em concreto, porque colidentes liberdades individuais, então ordenada se apresenta a ponderação de situações definidas de liberdade ou de igualdade, justamente porque diverso é o âmbito de proteção do direito relativamente ao seu âmbito de garantia efetiva pela norma geral. É o que refere Nils Teifke, ao analisar a possibilidade de flexibilizar-se o conceito de dignidade humana à luz da Lei Fundamental alemã: “Se uma intervenção, sob nenhuma circunstância, pudesse ser justificada, como expressa a tese da absolutidade, então o âmbito de proteção seria sempre idêntico com o âmbito de garantia efetivo. Não deve o conceito de dignidade humana, todavia, servir à definição do âmbito de proteção, mas somente caracterizar o direito definitivo” (TEIFKE, 2010, p. 183).

O que esta realidade impõe ao jurista, em verdade, é a preocupação especial com a interpretação dos institutos jurídicos e com a própria concreção dos direitos tutelados pelo ordenamento jurídico. Quando Hans-Georg Gadamer destaca a necessidade de compreender-se o texto e exercitar-se a hermenêutica – permitindo a interpretação e a aplicação do texto a partir de determinada experiência concreta – a pretensão é a de possibilitar que o novo texto se una à tradição para permitir outra leitura, associando a experiência trazida com o que já adquiriu certa “herança histórica” (GADAMER, 1999, p. 421). Nesse processo é que se realiza, para o jurista, a hipótese simultânea de construção do dever-ser a partir da experiência concreta e de correção de rumos às respostas jurídicas consagradas pela tradição. Daí porque a descrição da interpretação, em Gadamer é tanto a de uma atividade destinada a ler o que é ou o que pode ser novo, como também algo que proporciona uma “fusão de horizontes” (GADAMER, 1999, p. 566), em que o texto apresenta o sentido já agregado e implicado pelas idéias próprias do intérprete.

A relação entre dogmática e interpretação, por conseqüência, não deve ser vista como simples oposição ou complementaridade entre dois mundos independentes. Evidencia, antes, o esforço conjunto do intérprete e da própria linguagem para permitir que se chegue, a partir da abstração da norma, a uma solução adequada a cada novo caso concreto, ao mesmo tempo em que se mantém a estrutura normativa à experiência nova ou ao caso diferente. É o que potencializa para futuro, a partir de uma visão prospectiva², a estrutura aparentemente rígida das normas jurídicas. A afinidade entre dogmática e interpretação é o que permite, a partir de uma estrutura que garanta adequação e segurança jurídica ao decidir, abrir-se o ordenamento jurídico à diversidade cultural da sociedade, desafiando-se a tradição pelo elemento novo, com correção de rumos ao que se tem como estável e certo.

² Sobre a ideia de uma prospecção, conferir a doutrina de Judith MARTINS-COSTA em MARTINS-COSTA, 2002, p. IX a XI.

Para chegar-se a esta relação de afinidade entre as funções desenvolvidas pela dogmática e pela interpretação, parte-se do conceito de dogmática jurídica elaborado por Robert Alexy, no sentido de que a ela 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 existe 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).

No mesmo sentido, é fundamental que se reconheça o papel relevante desempenhado por uma teoria da argumentação jurídica (ALEXY, 1997), capaz de auxiliar o intérprete na compreensão de um problema jurídico posto, encaminhando-o a uma decisão com pretensão de correção. E, aqui, quer-se apenas introduzir a idéia de validade de adoção de uma teoria do discurso jurídico como caminho de argumentação segura no sentido de promoção de uma fundamentação racional para a construção da dogmática – inclusive por meio de cláusulas gerais – e para a concreção de direitos fundamentais. 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 – 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.

Oferecendo um caminho à solução jurídica por meio da argumentação, o discurso jurídico permite o estudo da particularidade, ainda que busque, indiretamente, um padrão de juízo – a partir da construção jurisprudencial. Por isso a compreensão mais recente da doutrina, como em Matthias Klatt, à luz do trabalho de Robert Alexy, no sentido de que o “conceito de filosofia normativa de Alexy necessariamente guia a um conceito de sistema”

(KLATT, 2012, p. 20). Tal compreensão jurídica corresponde ainda à visão prospectiva, que é ínsita ao espaço público, onde transita a construção da própria dogmática. Na medida em que é no mundo das aparências que se organiza a sociedade e se estruturam as normas do viver, a finitude não pode ser a regra da forma de organização abstrata pressuposta no espaço comum. O que quer dizer que pressupõe este (o mundo comum) uma abertura permanente para a experiência do que está por vir, não se limitando ao caso particular e não permitindo qualquer máxima que não possa se traduzir numa premissa universal – disposta a todos e a qualquer um.

1 O papel das cláusulas gerais no ordenamento jurídico

Na ótica de argumentação que se trilha por meio do discurso jurídico, a dogmática resguarda uma relação complementar à interpretação, na busca da universalidade ao julgar, capaz de tornar inafastável ao intérprete o dever de traduzir, com correção, o enunciado dogmático. Torna-se importante ao intérprete não apenas buscar uma razão prática a cada questão concreta trazida à apreciação jurídica – para a qual os enunciados dogmáticos contribuem como argumentos à fundamentação – como também permitir que toda a tradução dos enunciados dogmáticos imponha uma pretensão de correção em relação ao que possam estes enunciados significar ou normatizar frente ao caso concreto. Tal situação contribui de forma a não reduzir a dogmática ao conhecimento empírico – o que conduziria, num extremo, ao decisionismo – e a permitir que, por meio da interpretação dos enunciados dogmáticos, alcance-se o consenso³ acerca do que venha a ser entendido pela doutrina – e pelos intérpretes de uma forma geral – como dogmático⁴.

Por outro lado, isto também não confunde o trabalho reservado à dogmática com o uso dos precedentes, quando a eles se imputa a responsabilidade de fazer conhecer o Direito a partir da realidade. Enquanto há uma preocupação da dogmática jurídica voltada à universalidade (sentido abstrato), os precedentes, pela construção jurisprudencial, se estruturam sob a forma especial do decidir – voltada à construção do caso concreto. Se isto não os confunde (dogmática e precedentes), torna-os próximos na perspectiva do discurso, ou seja, quando se comunicam pela razão prática que buscam fundamentar: “El punto más

³ Conferir, no mesmo sentido de construção do pensamento tanto em ESSER, 1983, p. 12, como em ZACCARIA, 1984, p. 169-173.

⁴ É o que destaca ALEXY, 1997, p. 248: “Para que un enunciado pueda considerarse dogmático no es necesario que la mayoría de los juristas lo consideren correcto, sino tan sólo que lo consideren dogmático”.

importante es que, por un lado, muchos enunciados dogmáticos están incorporados también en precedentes y, por otro lado, las decisiones judiciales son aceptadas por la dogmática que pretende precisamente ser dogmática del Derecho vigente” (ALEXY, 2001, p. 263).

Compreende, assim, a dogmática também um elemento da razão prática que justifica não só o seu uso como argumento discursivo relevante, como também a sua ligação com a realidade dada e com a atividade da interpretação – que tem, por sua vez, função de oferecer voz ao enunciado dogmático, de forma a torná-lo compreensível. É preciso que haja o ato de revelar o fenômeno jurídico por si mesmo, de reconhecer-lhe um sentido prático e, nessa medida, de conhecê-lo. Isso passa pela visualização de que a experiência – também compreendida pela carga subjetiva de colaboração da tradição e do intérprete – contribui para a construção da compreensão do fenômeno jurídico.

Disso resulta a viabilidade hoje de criar-se uma dogmática sobre cláusulas gerais e conceitos indeterminados⁵. É uma tarefa relevante, por se pretender, aqui, analisar a estrutura de normas que disciplinem direitos fundamentais no âmbito das relações entre privados, na medida em que o trabalho de construção de enunciados a partir de conceitos e de estruturas abertas à moral⁶ permite, por meio de técnica legislativa, manter o ordenamento jurídico permanentemente atualizado e aberto à experiência concreta.

Para auxiliar a descrição dos enunciados normativos relacionados à concreção de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas e, especificamente, pela atual da normatividade prevista no Código Civil brasileiro, pretende-se, por ora, investigar o papel das cláusulas gerais na construção de uma argumentação que parta da análise da dogmática e, especialmente, de uma argumentação prática geral. Com isto não se chega a acolher integralmente o entendimento de que as cláusulas gerais dispensariam uma estrutura própria, por deixarem de exigir “processos de pensamento diferentes” aos demais conceitos dogmáticos (ENGISCH, 2001, p. 233). Prefere-se compreender, do ponto de vista hermenêutico, que todo enunciado dogmático, construído ou não, a partir de cláusulas gerais,

⁵ 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, 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)

⁶ 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, 1998, p. 133.

desde que relacionado à pretensão de argumentação racional pelo discurso, 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 por que, 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) para descrever o papel desempenhado pelos enunciados dogmáticos, 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 aos princípios práticos gerais. Tal função 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. No caso, observa-se uma relação direta com a suscetibilidade de generalização dos enunciados normativos. Autoriza que se identifique um padrão geral à conduta observada, do ponto de vista formal, muito embora não haja qualquer possibilidade de absolutizar as decisões a serem discutidas em concreto.

A ideia de universalidade, pressuposta na função de estabilização dos enunciados dogmáticos – principalmente na hipótese de construção normativa de cláusulas gerais – 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), a função de estabilização 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, principalmente quando utilizada a cláusula geral para possibilitar a

extensão direta de direitos fundamentais às relações privadas no âmbito da normatividade civil⁷.

O papel de estabilização, desempenhado pelos enunciados dogmáticos e reforçado por meio das cláusulas gerais – que oferecem possibilidade mais larga de abstração à norma, a fim de que apanhe um maior número de casos práticos – relaciona-se, proporcionalmente, à atividade de fundamentação exigida ao processo de racionalização da argumentação jurídica, ou seja, à correção esperada ao procedimento⁸.

Em verdade, a estabilização, por sua característica de 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 se impõe a partir do exame do caso específico proposto à análise do intérprete – 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.

Como destaca Judith Martins-Costa, a estabilização permite conferir à cláusula geral uma função relevante por contribuir formalmente, a partir de uma técnica jurídica específica, com a construção de standards a uma base de argumentação. O que ocorre, na hipótese, sem a redução do enunciado normativo a um catálogo de situações concretas que demandem determinado tratamento jurídico específico: “A experiência jurídica, entendida em sua globalidade, da prática cotidiana à legislação, à sentença e às elaborações científicas, traduz estes temas para a específica instância do jurídico, de modo a torná-los efetivos na ordem prática. E são justamente as cláusulas gerais a **categoria formal** que permite a sua constante e flexível tradução”. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 336)

⁷ 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, 1999, p. 49)

⁸ A correção, no caso, substitui, a partir do discurso, a própria ideia de “vontade boa” que se instala no cerne da razão prática pelo pensamento kantiano – em que a norma moral procede do dever, mas não admite uma vontade má, incompatível com a própria racionalidade: “O que Kant está dizendo é que o homem não pode fugir da consciência moral, ele não pode ser indiferente e não pode ser indiferente porque se lhe impõe o fato da razão, ou seja, a auto-atividade da razão consciente nela mesma, tal como a irrecusabilidade do céu estrelado na noite escura; por isso, não poderia agir por expressa maldade, ou seja, ignorando a lei moral” (DUTRA, 2002, p. 96). Por isso que, em relação às cláusulas gerais, o que se exige do juiz “é, pois, **ato de conhecimento**, e não (ou não primordialmente) ato de vontade”. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 336)

Outra função desempenhada pela dogmática e pelas cláusulas gerais de forma acentuada é a de possibilitar o progresso em termos científicos. A compreensão pressuposta é de não depender unicamente de um desenvolvimento científico a partir de bases empíricas (ALEXY, 1997, p. 257), e sim 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 Kant (2002), ele é sempre o progresso da espécie, não o progresso individual⁹. Há na função de progresso, porém, um dado a mais: a pretensão de conferir-se correção, para futuro, ao que é aparentemente estável, predispondo a normatividade – ainda em abstrato – 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 impor-se como ideia reguladora. Ocorre, sim, porque o enunciado dogmático se abre tanto ao trabalho de fundamentação realizado na atividade legislativa, quanto aos valores em permanente mudança no projeto de sociedade previsto pelo sistema¹⁰.

Tal fato aparece de forma explícita na atuação das cláusulas gerais no ordenamento jurídico, ao servirem como instrumentos de extensão de direitos fundamentais – e o que representam estes – 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. É o que sugere o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, na análise do papel desempenhado pelas cláusulas gerais no julgamento do chamado caso Lüth¹¹.

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

⁹ 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”. (ARENDR, 1994, p. 29)

¹⁰ 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 alométrico' 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, 2003, p. 82).

¹¹ BVerfGE 7,198, em versão inglesa disponível em: <<http://www.iuscomp.org>>. Na decisão, demonstrou o Tribunal Constitucional que têm as cláusulas gerais a missão de estenderem também a todo o ordenamento jurídico as ideias valoradas no corpo de uma Constituição. Os direitos fundamentais servem primeiramente para protegerem o cidadão do Estado, mas como elencados numa Constituição, eles também incorporam uma escala objetiva de valores que se aplica, como matéria de direito constitucional, a todo o ordenamento jurídico. A matéria dos direitos fundamentais é expressa, indiretamente, nas normas do direito privado, tornando-se evidente por meio de tutelas mandamentais e efetivas pelo uso judicial das cláusulas gerais

instrumento que confere abertura à interpretação, porque conduz o intérprete a se apropriar de um conteúdo de historicidade – já que o remete às respostas criadas progressivamente pela jurisprudência – 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.

De outra parte, isto não permite se inferir a idéia de que na ausência da cláusula geral inexistia atualização da norma ou que não se torne evidente a sua função de progresso. Em verdade, tal função é inerente a todo enunciado dogmático (ALEXY, 1997, p. 256). O que é específico da cláusula geral, na função de conferência de atualidade à norma jurídica, é precisamente o fato de permitir, principalmente na análise de direitos fundamentais afetos às relações privadas, que se estabeleça o contato entre o enunciado normativo dirigido à regulação das relações privadas e as disposições mais amplas do texto constitucional. A intenção é a de extrair deste texto os fundamentos, os objetivos e os princípios que embasam todas as relações jurídicas construídas a partir do mesmo ordenamento jurídico.

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 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 discussão¹².

¹² 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)

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. Isto não afasta a exigência de uma carga argumentativa de mesma relevância para o estabelecimento do consenso. As cláusulas gerais não dispensam o discurso na busca de uma fundamentação racional, mas antes se abrem a este de forma mais generosa.

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. A ausência de uma função de descarga, própria à dogmática, não justificaria, mas poderia tornar facilitada a tendência a um decisionismo, permitindo a complementação de enunciados normativos exclusivamente por argumentos empíricos. Dito de outra forma, como acentua Sérgio José Porto, sem a opção pelo estabelecimento de uma precisão em relação à hipótese legal, “corre-se o risco de tomar o lugar de numerosos institutos jurídicos” (PORTO, 1995, p. 15).

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. A técnica estabelece um fim particular a ser atingido e se enriquece com a experiência concreta¹³. A técnica, como atividade da dogmática proposta a transmitir um determinado aprendizado da matéria jurídica, é fruto 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. Em relação específica às cláusulas gerais, a função técnica assume relevância pelo fato de proporcionar, por meio de uma vagueza semântica¹⁴, 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 experiência¹⁵.

Outra função que atinge relevância quando se trata de cláusula geral 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 também racional em relação ao próprio ordenamento jurídico. O controle não permite que se use a dogmática como meio ou argumento a “encubrir los verdaderos motivos de decisión, o cuando se usan como presuntos programas autónomos de decisión” (ALEXY, 1997, p. 261). O que se entende por controle é o próprio uso da razão como argumento, ou seja, do que orienta todo o exercício de argumentação racional e mantém o próprio caráter institucional reservado aos enunciados dogmáticos. 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

¹³ Nas palavras de Gadamer: “O conceito geral, a que faz referência o significado da palavra, se enriquece, por sua vez, com a contemplação da coisa que ocorre em cada caso, de maneira que, no final, se produz uma formação nova e mais específica da palavra, mais adequada ao caráter particular da contemplação da coisa. Tão certo como que o falar pressupõe o uso de palavras prévias, com um significado geral, existe um processo continuado de formação dos conceitos, através do qual se desenvolve a própria vida dos significados da linguagem”. (GADAMER, 1999, p. 623)

¹⁴ 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)

¹⁵ 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 remetia à doutrina de Hegel – “mas também alguém que está aberto a experiências” (GADAMER, 1999, p. 525).

não é outra coisa” (DUTRA, 2002, p. 104). Com isso, nada se diz ainda em relação ao uso dos argumentos empíricos, dos precedentes, da experiência a que se abre o enunciado dogmático frente ao caso concreto proposto à análise – principalmente, por meio de cláusulas gerais. A função de controle permite identificar, por si só, a conexão necessária ao que é racional, mantendo vinculado a isto o trabalho de argumentação indispensável ao intérprete¹⁶.

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 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 condicionam 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). Diferente não é a compreensão de Judith Martins-Costa, ao analisar as funções das cláusulas gerais e abordar, especificamente, a cláusula geral de boa-fé. Em que pese reconheça que tenha a cláusula geral a função primeira de conduzir o intérprete ao direito do caso, ressalta a função complementar de responder a fatos novos de forma institucional, “exercendo um controle corretivo do direito escrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do direito postulado pela outra parte” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 342).

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, um ponto de chegada ou mesmo de certeza quanto ao resultado a ser atingido a partir do enunciado dogmático testado

¹⁶ 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, 1983, p. 88-89)

pelo caso prático proposto á apreciação. 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 justificação¹⁷, que qualifica a decisão judicial e aproxima os conceitos de direito e moral.

As funções analisadas em relação às cláusulas gerais, portanto, adquirem importância de estudo quando contrapostas, a partir da normatividade civil predisposta na legislação infraconstitucional, às ferramentas constitucionais oferecidas à interpretação dos direitos fundamentais – e, no caso, por permitirem identificar caminhos à concreção de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Reconhece-se que a concreção efetiva destes direitos só se fará alcançada se souber o intérprete lançar mão, pela argumentação, dos instrumentos normativos oferecidos pelo Código Civil – especialmente, quando disposta a discussão por meio de cláusulas gerais -, potencializando, em concreto, as situações abstratas reconhecidas normativamente no ordenamento jurídico posto.

2 A concreção de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas

Partindo-se das funções desempenhadas pelas cláusulas gerais como enunciados dogmáticos especiais, portanto, 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, de forma exclusiva, à busca de conhecimento específico sobre a gênese da normatividade positivada. 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, especialmente quando a preocupação diz

¹⁷ 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, 1998. p. 131)

respeito à solução de conflitos no âmbito das relações jurídicas entre privados. Justamente, porque permitem uma “mobilidade” (HECK, 2006, p. 24) ao sistema jurídico, conduzindo o intérprete à ponderação sempre que obrigatória se fizer a busca pela solução mais correta num conflito de liberdades¹⁸. Nesse sentido, seguindo-se 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). Ou seja, mesmo que resguardem o standard de 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”¹⁹.

A fim de 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. A cláusula geral proposta pelo art. 187 do Código Civil dispõe que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Por ora, importa exclusivamente analisar de que forma se trata o art. 187 de uma cláusula geral capaz de contribuir à concreção de direitos fundamentais, especialmente àqueles relacionados aos direitos de personalidade do indivíduo (arts. 11 a 21 do Código Civil brasileiro).

Assim proposta a questão, tem-se que o art. 187 do Código Civil propõe cláusula geral de leitura complementar a direitos de personalidade – na essência, decorrentes de 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,

¹⁸ Assim destaca Heck, à luz do pensamento de Franz Bydlinski: “Também Bydlinski aproxima as cláusulas gerais dos modelos de princípios de Alexy: elas não são regras suscetíveis de subsunção, seu cumprimento ‘mais ou menos’ e seu conteúdo de dever ser no quadro do possível, isto é, especialmente sob consideração também de outros princípios, talvez em sentido contrário” (HECK, 2006, p. 22).

¹⁹ Para chegar-se à ideia 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, 1991. p. 137). Ver ainda ALEXY, 1997, p. 140-141.

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 dogmaticamente o intérprete quanto às razões de ponderação que deverão ser levadas, a partir do caso concreto, para os enunciados normativos dos direitos fundamentais – no caso do Código Civil brasileiro, especialmente dos direitos de personalidade.

Por isso, pode se argumentar, ao contrário do que vem sendo antecipado pela doutrina²⁰, de que não se trata o art. 187, como cláusula geral de concreção a direitos fundamentais, de hipótese de acolhimento no Código Civil do instituto do abuso de direito (CACHAPUZ, 2006, p. 437-463). Num estudo comparado com o art. 334 do Código Civil Português, vê-se que, no ordenamento jurídico lusitano, o tratamento dispensado para o abuso de direito é reservado ao campo das invalidades. Consagrou-se, naquele sistema jurídico, uma realidade histórica que, por meio do instituto do abuso de direito, abarca uma série de situações que não encontravam resposta na sistemática clássica do Direito Civil²¹. Tal realidade, porém, não dispensou aos doutrinadores portugueses a compreensão de que se trate de uma invalidade decorrente do reconhecimento de uma situação de ilicitude, gerada a partir de uma “ilegitimidade do exercício de direitos” (ABREU, 1999, p. 67)²².

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, como instituto residual da civilística, preferindo normatizar a hipótese de caracterização da ilicitude civil a partir do reconhecimento, pela ponderação, de que autorizada se apresenta a restrição a uma liberdade individual²³.

²⁰ Var as críticas oferecidas, de forma específica e aplicada, em CACHAPUZ, 2006, p. 226-237.

²¹ Assim, segundo Menezes Cordeiro (CORDEIRO, 2000, p. 246), o conceito de abuso de direito, como idéia de contrariedade ao Direito capaz de caracterizar uma ilicitude, foi utilizado para uma enormidade de casos que não encontram resposta direta no ordenamento civil, em face da própria limitação argumentativa ínsita à idéia de sistema. É o caso dos seguintes institutos: (i) *exceptio doli*, que veio a ser protegida pela aplicação do princípio da boa-fé. Hoje, revelada nos arts. 113 e 422 do CC; (ii) *venire contra factum proprio*, traduzida na idéia da impossibilidade de contradição no discurso jurídico. Hoje, é instituto acolhido no CC pela idéia de probidade do art. 422; (iii) ‘abusividades negociais propriamente ditas’, em que o tratamento dispensado pode ser tanto o do art. 51 do Código do Consumidor (cláusulas abusivas), como o do instituto da lesão, expressamente disciplinado pelo Código Civil no art. 157 entre os defeitos possíveis ao ato jurídico; (iv) *supressio* e *surrectio*, tratando-se de hipóteses de superação do enunciado normativo pela experiência concreta, hoje - especialmente a hipótese de ‘*supressio*’ – protegidas pelo art. 330 do CC; (v) ‘desequilíbrio do exercício de posições jurídicas’, correspondendo, de forma específica, à hipótese descrita no enunciado normativo do art. 187. Há quem sustente, contudo, que o desequilíbrio de posições jurídicas estaria protegido pela norma do art. 335 do Código Civil português, sem correspondente no direito brasileiro. Ver, nesse sentido, ABREU, 1999, p. 67-86.

²² Uma certa confusão de conceitos jurídicos, na doutrina portuguesa, quando analisado o art. 334 do Código Civil português, é digna de nota. Principalmente pela tentativa de aproximação das idéias de ilegitimidade, antijuridicidade e ilicitude. A dificuldade de clareza nos conceitos decorre, fundamentalmente, da tentativa de alguns autores de afastarem a figura do abuso do direito de outras situações específicas, como a de colisão de direitos. Nesse sentido, encaminha-se a doutrina de ABREU, 1999, p. 67-86.

²³ Com isto, permite o Código Civil brasileiro a manutenção de uma concordância prática entre os enunciados normativos que disciplinam sobre a ilicitude (arts. 186 e 187), possibilitando o alcance pelo ordenamento jurídico das situações concretas em que identificado o desequilíbrio no exercício de posições jurídicas pela

A leitura que se impõe ao art. 187 do Código Civil, portanto, exige o reconhecimento da existência de um vínculo de confiança: a ideia 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. Para o exame do art. 187 do Código Civil como cláusula geral – e, nessa medida, com a condição de servir de instrumento a uma gênese crítica do ordenamento jurídico – adota-se uma argumentação fundada na teoria externa das restrições a direitos fundamentais²⁴. A perspectiva de exame do fenômeno jurídico se qualifica em relação às restrições possíveis a uma liberdade subjetiva – estas restrições é que são externas aos elementos de constituição do enunciado normativo – e não, em relação aos elementos do enunciado em si mesmos. O que contribui como móbil externo à liberdade humana são as restrições à liberdade. Mas esta liberdade, pressuposta que é como condição de desenvolvimento da personalidade humana, é internamente ilimitada para a configuração do Direito, porque a vontade do homem, em si mesma, não é determinada por máximas empíricas, e sim, por máximas universais.

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 imporia, nessas circunstâncias, um conteúdo material de interpretação desde

manifestação de liberdades colidentes na esfera pública. Daí por que 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, enfrentado de forma específica, ver CACHAPUZ, 2005, p. 114-129.

²⁴ 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 predeterminação de conteúdos aos mesmos.

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 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 elementos²⁵ 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 (direitos fundamentais) – 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 Código Civil brasileiro. A solução alcançada, decorrente da ponderação de princípios, é aquela que corresponda, na melhor medida, ao correto exercício da autonomia no espaço público, justamente onde as liberdades se põem em 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.

Para a caracterização de uma ilicitude com base na cláusula geral do art. 187 do Código Civil brasileiro, portanto, 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

²⁵ 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.

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 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 entenda correto para o caso – porque resultado de uma ponderação –, observando a 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 Código Civil, tem-se que a opção legislativa de normatização por cláusulas gerais no âmbito das relações privadas permite constatar-se 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.

Considerações finais

Na medida em que não há como se afastar dogmática de interpretação, mesma afinidade de compreensão se reconhece entre o discurso e a teoria da argumentação jurídica. Ou seja, entende-se existir uma ideia jurídica reguladora a ser buscada a partir do dado particular (exercício do julgar), marcado pela finitude. O consenso é buscado porque apresentadas as circunstâncias concretas, que permitirão a melhor apreciação do particular numa perspectiva universal, testando-se os imperativos oferecidos. A interpretação, por sua vez, mistura-se à dogmática para permitir a fusão de horizontes - do texto e do intérprete -, autorizando 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 concepção prévia de universalidade.

As cláusulas gerais, como instrumentos normativos próprios ao ordenamento jurídico, permitem, ainda abstratamente, 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, 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, concretizando direitos fundamentais e realizando o Direito em efetiva visão prospectiva.

Referências

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Do abuso de direito**. Coimbra: Almedina, 1999.
- ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de 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, 1998.
- _____. **Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- _____. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: CEPC, 2001.
- ARENDT, Hannah. **Lições sobre a filosofia política de Kant**. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: Análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a. 94, v. 838, p. 114-129, ago. 2005.
- _____. Direitos de personalidade e responsabilidade civil na perspectiva da ética do discurso. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Responsabilidade civil. Grandes temas da atualidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 6, p. 437-463.
- _____. **Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro. Uma leitura orientada no discurso jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.
- CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Tratado de Direito Civil português. Parte Geral**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. t. I.

- DUTRA, Delamar Volpato. **Kant e Habermas. A reformulação discursiva da moral kantiana.** Porto Alegre: Edipucrs, 2002.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** 8. ed. 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. **O problema da consciência histórica.** Tradução de Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro, FGV, 2ª edição, 2003.
- _____. **Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** 3. ed. 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: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 11-30.
- KANT, Immanuel. **À paz perpétua e outros opúsculos.** Lisboa: Edições 70, 2002.
- KLATT, Matthias. Robert Alexy's philosophy of law as system. In: KLATT, Matthias (ed.). **Institutionalized reason. The jurisprudence of Robert Alexy.** New York, Oxford University Press, 2012.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional.** São Paulo: RT, 1999.
- _____. Ação indenizatória – dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. **Revista dos Tribunais**, a 92, v. 812, jun. 2003.
- _____. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002.
- PORTO, Sérgio José. **A responsabilidade civil por difamação no direito inglês.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. **Estudos preliminares do Código Civil.** São Paulo: RT, 2003.
- TEIFKE, Nils. Flexibilidade da dignidade humana? Para a estrutura do artigo 1, alínea 1, da lei fundamental. In: HECK, Luís Afonso (org.), **Direito Natural. Direito Positivo. Direito Discursivo.** Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, 171-188.
- ZACCARIA, Giuseppe. **Ermeneutica e giurisprudenza.** Saggio metodologia di Josef Esser. Milano: Giuffrè, 1984.

