

# **A Técnica Legislativa das Cláusulas Gerais: estrutura e função**

## **The Legislative Technique of the General Clauses: structure and function**

Vinicius Dalazoana<sup>1</sup>

Não há uma definição pacífica sobre o conceito de cláusula geral. Seu significado próprio aparece, contudo, quando perspectivadas enquanto técnica legislativa contraposta à regulação casuística. As cláusulas gerais não determinam nem a hipótese normativa, nem a consequência jurídica. São caracterizadas pela vagueza semântica. A principal função das cláusulas gerais é permitir a mobilidade externa e interna do sistema normativo. É possível, assim, a integração dentro dos sistemas e a integração entre os sistemas de valores da Constituição, do Código Civil e dos microssistemas. O resultado é a migração da principiologia constitucional para o Direito Privado, e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: técnica legislativa; cláusulas gerais; casuística.

There is not a peaceful definition about the concept of the general clauses. Nevertheless, their proper meaning arises since they are analyzed as a legislative technique opposed against the casuistry regulation. The general clauses do not determine neither the normative hypothesis, nor the juridical consequence. They are characterized by the semantics vagueness. The general clauses main function is to allow the external and internal system mobility. Thus, it is possible the integration inside the systems and the integration among the value systems of the Constitution, the Civil Code and the microsystems. The result is the constitutional principles migration to the Private Law, and the fundamental rights horizontal efficacy.

Keywords: legislative technique; general clauses; casuistry.

### **1. INTRODUÇÃO**

A tendência de legislar por cláusulas gerais fez-se sentir na elaboração do Código Civil brasileiro de 2002, inspirado, nesse ponto, na Constituição da República, cujo articulado é recheado por cláusulas gerais, como é exemplo o §2º do artigo 5º.<sup>2</sup>

Não obstante, paira ainda nebulosidade sobre os aspectos fundamentais das cláusulas gerais. Além disso, diante de uma cláusula de tal espécie, o julgador é imbuído de grande

---

<sup>1</sup> Pós-graduando em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas – Escola de São Paulo. Pesquisador vinculado à Academia Brasileira de Direito Constitucional, no projeto “Teoria Constitucional Contemporânea: Aspectos Controvertidos”. [viniciusdalazoana@yahoo.com.br](mailto:viniciusdalazoana@yahoo.com.br).

<sup>2</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998, p. 6.

poder decisório e criativo. Portanto, é latente o risco de se verificar, na prática jurisprudencial, a tentação da “fuga para as cláusulas gerais”<sup>3</sup>

Faz-se, assim, imperioso um estudo dedicado a apresentar os aspectos principais das cláusulas gerais enquanto técnica legislativa, porquanto é neste domínio que reside o seu real significado<sup>4</sup>, e elucidar, do mesmo modo, a estrutura e as funções principais dessa figura.

## 2. DESENVOLVIMENTO

Karl Engisch refere-se às cláusulas gerais geral como um “conceito multissignificativo”<sup>5</sup>. Canaris, por sua vez, afirma a impossibilidade da “dogmatização” destas normas.<sup>6</sup> Vito Velluzzi vai mais além e compara o conjunto de tentativas de definição do sintagma “cláusula geral” a uma verdadeira “torre de babel”.<sup>7</sup>

Vê-se, assim, que inexistente uma definição livre de controvérsias sobre as cláusulas gerais.<sup>8</sup> Todavia, é possível esboçar uma caracterização. Nesse sentido, Martins-Costa esclarece que, com o sintagma “cláusula geral”, é possível designar quer “determinada *técnica legislativa* em si mesma não-homogênea”, quer também “certas *normas jurídicas*, devendo, nesta segunda acepção, ser entendidas pela expressão ‘cláusula geral’ as *normas que contêm uma cláusula geral.*” Com o mesmo sintagma é possível, ainda, aludir “às *normas produzidas por uma cláusula geral.*”<sup>9</sup> (grifos do original).

A concepção das cláusulas gerais como técnica legislativa oposta à técnica da casuística foi apresentada por Engisch. Na sua “Introdução ao Pensamento Jurídico”, preconizou que se o conceito “multissignificativo” de “cláusula geral” tem um significado próprio, deve-se perspectivá-lo como um conceito contraposto à “elaboração casuística das hipóteses legais”, entendida como a “configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria”.<sup>10</sup> Para o autor, destarte, por cláusula geral há que se compreender

---

<sup>3</sup> WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 546.

<sup>4</sup> ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968, p. 233.

<sup>5</sup> ENGISCH, Karl. Ob. cit., p. 228.

<sup>6</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 44.

<sup>7</sup> VELLUZZI, Vito. Le clausole generali. Semantica e politica del diritto. **Quaderni di Filosofia analítica del diritto**, 12, Giuffrè, Milano, 2010, p. 60.

<sup>8</sup> CHIASSONI, Pierluigi. Las Cláusulas Generales, Entre Teoría Analítica Y Dogmática Jurídica. **Revista de Derecho Privado**, No. 21, julio-diciembre, 2011, pp. 89-106, p. 95.

<sup>9</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 286.

<sup>10</sup> Ob. cit., p. 228.

a estipulação da hipótese legal marcada por uma grande generalidade, de modo a abranger todo um domínio de casos que passa, assim, a ser submetido a um regime jurídico.<sup>11</sup>

Por outro lado, quando se vale do método da casuística, o legislador estabelece, com a maior completude possível, os critérios da aplicação de uma determinada qualificação jurídica aos fatos, o mesmo é dizer, busca-se uma perfeita determinação dos elementos constitutivos da *fattispecie*.<sup>12</sup>

Diferentemente do que faz Karl Engisch, todavia, Martins-Costa não vincula às cláusulas gerais o caráter da generalidade. Atribui-lhes, antes, como atributo primordialmente caracterizador a vagueza semântica, aí compreendida como “imprecisão de significado”.<sup>13</sup>

A tipologia das cláusulas gerais abriga três tipos fundamentais: restritivo, extensivo e regulativo<sup>14</sup>. As cláusulas gerais restritivas operam delimitando ou restringindo a extensão de um conjunto de permissões singulares, como ocorre na *exceptio doli*; as extensivas ampliam uma regulação que se encontra difusa em diversos preceitos, a exemplo do que se dá com o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição da República; as regulativas surgem de modo independente e regulam hipóteses fáticas não prescritas casuisticamente, como é paradigma a cláusula da responsabilidade civil prevista no artigo 927 do Código Civil brasileiro.

Estruturalmente, as cláusulas gerais caracterizam-se como normas parcialmente em branco, cuja atividade de completamento lança mão da referência a regras extrajurídicas.<sup>15</sup> Vito Velluzzi aclara que as cláusulas gerais constituem expressões cujo significado somente pode ser determinado com referência a um sistema de parâmetros – jurídicos, morais, sociais, técnicos, científicos, etc. – aos quais elas presumidamente referem-se.<sup>16</sup> Larenz compara os tribunais a “caixas de repercussão” da consciência jurídica geral dos membros da comunidade jurídica.<sup>17</sup> Portanto, quando se trata de normas elaboradas mediante a técnica da cláusula geral, o poder criativo da jurisprudência ampliado significativamente e consistirá em completar a hipótese normativa e definir ou dimensionar a estatuição.

---

<sup>11</sup> ENGISCH, Karl. ob. cit., p. 229.

<sup>12</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998, p. 7.

<sup>13</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 303.

No mesmo sentido: VELLUZZI, Vito. Le clausole generali. Semantica e politica del diritto. **Quaderni di Filosofia analítica del diritto**, 12, Giuffrè, Milano, 2010.

<sup>14</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984, p. 1184.

<sup>15</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**; São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 329.

<sup>16</sup> VELLUZZI, Vito. Le clausole generali. Semantica e politica del diritto. **Quaderni di Filosofia analítica del diritto**, Milão, v. 12, Giuffrè, 2010.

<sup>17</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 311.

A principal função da técnica legislativa das cláusulas gerais é permitir a mobilidade do sistema normativo. Esta função, entretanto, reclama uma abordagem em dupla perspectiva: no sentido de mobilidade externa, é dizer, de porosidade do sistema jurídico ao influxo de elementos extrajurídicos, assim como de mobilidade interna, que se traduz fundamentalmente em duas consequências: a integração intra-sistemática, caracterizada pelo trânsito de disposições legais constantes das várias partes do Código Civil; e a integração inter-sistemática de conceitos e valores entre a Constituição da República, o Código Civil e os micro-sistemas legislativos<sup>18</sup>. E é justamente por permitir a migração da carga principiológica da Constituição para o Direito Privado que a integração entre os sistemas é considerada, para alguns, a mais importante das funções desempenhadas pelas cláusulas gerais.<sup>19</sup>

A estreita relação entre os direitos fundamentais no Direito Privado e as cláusulas gerais é sublinhada por Hesselink, que pauta o referido vínculo na natureza dos interesses tutelados: se os direitos fundamentais e as cláusulas gerais se referem a matérias de interesse geral, parece natural alinhar a interpretação destas com a axiologia expressa naqueles.<sup>20</sup> Chantal Mak, ainda, esclarece que a ordem objetiva de valores constitucionais é tutelada, no direito privado, especialmente mediante a interpretação das cláusulas gerais.<sup>21</sup>

### 3. CONCLUSÕES

A despeito da enorme dificuldade em estabelecer uma definição das cláusulas gerais, a essência do seu sentido aparece quando elas são confrontadas com a regulamentação casuística, na medida em que é nessa comparação que aparece a sua vagueza semântica, característica que mais marcantemente lhes é assinalável.

Assim, pode-se concluir também que a nota central da estrutura das cláusulas gerais é o reenvio do julgador a pautas extra-sistemáticas para que, à luz do caso concreto e com base nelas, confira densidade normativa ao pressuposto e ao consequente da norma jurídica e estabeleça o direito do caso concreto.

---

<sup>18</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. de 1998, p. 11.

<sup>19</sup> Idem, p. 11.

<sup>20</sup> HESSELINK, Martijn W., MAK, Chantal e RUTGERS, Jacobien W., Constitutional Aspects of European Private Law: Freedoms, Rights and Social Justice in the Draft Common Frame of Reference. **Centre for the Study of European Contract Law – Working Paper Series No. 2009/05**. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1413089>. Acesso em 30 maio 2013.

<sup>21</sup> MAK, Chantal. Fundamental Rights in the DCFR. **Centre for the Study of European Contract Law – Working Paper Series No. 2009/01**. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1346921>. Acesso em 29 maio 2013.

Portanto, as cláusulas gerais desempenham a importantíssima função de permitir a mobilidade do sistema, seja dentro de si mesmo, seja em relação a outros sistemas jurídicos ou a sistemas não jurídicos. Desse modo, ao tornar viável o trânsito de valores e princípios entre distintos sistemas jurídico-normativos, as cláusulas gerais consistem em largo canal para a efetividade dos direitos fundamentais em diversos outros campos das relações sociais que sejam juridicamente regulados.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CHIASSONI, Pierluigi. Las Cláusulas Generales, Entre Teoría Analítica Y Dogmática Jurídica. **Revista de Derecho Privado**, No. 21, julio-diciembre, 2011, pp. 89-106.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968.

HESSELINK, Martijn W., MAK, Chantal e RUTGERS, Jacobien W., Constitutional Aspects of European Private Law: Freedoms, Rights and Social Justice in the Draft Common Frame of Reference. **Centre for the Study of European Contract Law – Working Paper Series No. 2009/05**. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1413089>. Acesso em 30 maio 2013.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MAK, Chantal. Fundamental Rights in the DCFR. **Centre for the Study of European Contract Law – Working Paper Series No. 2009/01**. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1346921>. Acesso em 29 maio 2013.

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

\_\_\_\_\_. Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998.

VELLUZZI, Vito. Le clause generali. Semantica e politica del diritto. **Quaderni di Filosofia analítica del diritto**, 12, Giuffrè, Milano, 2010.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.