



CLÁUSULAS GERAIS: POSSÍVEL ABERTURA PARA A ARBITRARIEDADE

Sérgio Tibiriçá AMARAL ¹
Beatriz Camargo RIBEIRO ²

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo analisar a possível utilização das cláusulas gerais como veículo para a realização do ativismo judicial. As cláusulas gerais entram no ordenamento com o intuito de modernizá-lo, de forma que diminua as possibilidades de lacunas legislativas. Por outro lado, este instrumento pode se transformar em porta para a discricionariedade, devido à maior possibilidade de o julgador moldar a norma ao caso concreto. Sendo assim, as cláusulas gerais devem ser lidas à luz da Constituição Federal e das legislações vigentes.

Palavras-chave: Cláusulas Gerais. Modernidade. Discricionariedade. Ativismo Judicial.

1 INTRODUÇÃO

O presente resumo buscou fazer uma breve análise de como as cláusulas gerais podem contribuir para a realização do ativismo judicial, motivo pelo qual sua utilização deve ser realizada de forma a não impedir a aplicação de leis constitucionais democraticamente elaboradas.

Com o passar do tempo, as relações sociais tornaram-se mais complexas, de modo que veio à tona a era da codificação, isto é, extensas

¹ Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino – ITE de Bauru. Professor do Mestrado e Doutorado da mesma instituição. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP. Coordenador do curso de Direito do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente e professor titular da disciplina de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional e Direitos Humanos do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Membro da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional e da Asociación Mundial de Justicia Constitucional E-mail: coord.direito@toledoprudente.edu.br

² Discente do 8º termo do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Membro do Grupo de Estudos sobre Direitos Humanos. Membro da Equipe da 2ª Competição Acadêmica de Julgamento Simulado da Corte Interamericana de Direitos Humanos da OAB-SP. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) – Direito Internacional Constitucional. E-mail: beatrizcamargo22ribeiro@hotmail.com

legislações que buscavam prever as mais variadas situações da vida com o objetivo de fornecer amparo legal a estas, como o Código Napoleônico.

Entretanto, dada a impossibilidade de prever todos os fatos da vida, surge um sistema aberto, contendo normas que buscam manter a legislação sempre atual, as chamadas cláusulas gerais. Em que pese este instrumento vise evitar lacuna no sistema jurídico, sua utilização deve ser feita com cautela, pois como permite que o julgador adeque a norma ao caso concreto, pode abrir as portas para a discricionariedade, a qual é inimiga do Estado Democrático de Direito.

O resumo é uma apreciação acadêmica que se utilizou dos métodos indutivo argumentativo e histórico, a partir de pesquisa doutrinária e jurisprudencial para construir o raciocínio apresentado sobre a utilização das cláusulas gerais no ordenamento jurídico brasileiro.

2 SURGIMENTO DAS CLÁUSULAS GERAIS

É fato que em uma sociedade em constante transformação, o legislador não consegue prever todos os fatos que podem vir a ocorrer, de forma a apresentar uma resposta imediata aos clamores da sociedade. Sendo assim, codificações demasiadamente extensas como o Código Napoleônico e o Código Civil alemão – *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) - passam a fracassar. Nessa toada, Luiz Edson Fachin (2012, p. 1) salienta que “o reinado secular de dogmas, que engrossam as páginas de manuais e que engessaram parcela significativa do Direito Civil, começa a ruir”.

Nesse contexto, surgem as cláusulas gerais, as quais buscam conferir um caráter moderno ao texto legislativo, isto é, que a legislação esteja sempre atual a ponto de abarcar o maior número possível de situações da vida, de forma que o aplicador ofereça sempre uma solução legal para o caso em concreto, ainda que tal solução não esteja explicitamente na norma. Sendo assim, o alemão Karl Engisch (1964, p. 193) explica:

O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, do modo ilacunar e com a possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica.

Por outro lado, é preciso se ater para que essas aberturas na legislação não se transformem em portas de arbitrariedade, uma vez que há uma maior possibilidade de a autoridade judiciária adaptar a norma ao caso concreto.

2.1 Cláusulas Gerais e Ativismo Judicial

Em que pese já existissem no ordenamento jurídico brasileiro, foi com o advento do Código Civil de 2002 que as cláusulas gerais ganharam destaque. Para exemplificar, cita-se os artigos 113³ e 422⁴, do Código Civil, que trazem que os negócios jurídicos devem ser interpretados à luz da boa-fé e o artigo 421⁵, do mesmo diploma, que elenca a função social do contrato, a qual devem ter em mente as partes contratantes.

Ainda durante a vigência do Código de Processo Civil (CPC) de 1973, em dezembro de 2008, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu pela impossibilidade de o recorrente desistir do recurso por ele interposto que tenha sido alvo de escolha pelo Tribunal para ser julgado paradigma na então nova sistemática de recursos repetitivos, sob o argumento de prevalência do interesse público de pacificar uma controvérsia repetitiva diante do interesse da parte em desistir de seu recurso (LEAL, ARAÚJO, 2008, s/p), indo na contramão do que preceituava o artigo 501, do então CPC: “O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.”

Não se pode invocar uma cláusula geral para derrubar uma regra legal posta, pois as cláusulas gerais permitem uma adaptabilidade ao modelo do cotidiano, mas não permitem que sejam utilizadas para derrubar leis constitucionais elaboradas democraticamente. Cláusulas gerais não podem ser uma válvula de escape para que o julgador julgue conforme achar mais conveniente. Sendo assim, se há uma lei constitucional, não pode o julgador se valer de uma cláusula geral, de forma a fazer uma ginástica jurídica, para julgar ao inverso deste preceito legal, pois se assim for, o Poder Judiciário passará a legislar, função estranha à sua atribuição.

³ Artigo 113, CC: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

⁴ Artigo 422, CC: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁵ Art. 421, CC: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

Permitir que duas funções do Estado estejam nas mãos de um mesmo órgão vai na contramão do Estado Democrático de Direito. Como consequência, há a ruína da democracia e a volta do absolutismo, uma vez que o Poder Judiciário se comportará como um monarca, com decisões discricionárias, o que é contrário ao direito, como explica Georges Abboud (2016, s/p):

A discricionariedade é inimiga do direito. Ela admite julgamentos por conveniência e oportunidade do julgador ou tribunal [...]. O risco da utilização da discricionariedade no âmbito judicial dispensa análise dos resultados das decisões, bastando a admissão do juízo discricionário para se tornar preocupante a questão. Isso porque, quando permitimos que o juiz socorra-se da discricionariedade para julgar uma lide, em verdade, estamos conferindo-lhe a possibilidade de utilização de critérios não jurídicos para solucionar o processo.

Destarte, em que pese as cláusulas gerais busque manter um sistema atual, de forma que o ordenamento jurídico abarque o maior número possível de situações da vida, sua utilização deve ser pautada na Constituição Federal e na legislação vigente, de forma a não permitir o ativismo judicial e a ruína o Estado Democrático de Direito.

3 CONCLUSÃO

Neste trabalho foi discutido o surgimento das cláusulas gerais no ordenamento jurídico e como sua má utilização pode levar à discricionariedade, uma vez que tal instrumento permite uma adequação da norma ao caso concreto.

As cláusulas gerais não podem se transformar em um veículo para que o juiz julgue à margem da legalidade, de forma a abandonar a legislação posta democraticamente. Em uma democracia constitucional o juiz deve decidir conforme o direito, de forma que este não pode ser subordinado à moral, à política ou à religião, pois precisa ser autônomo.

Portanto, diante da existência de uma legislação elaborada democraticamente por representantes do povo, eleitos pelo povo para tanto, não pode a autoridade judiciária invocar uma cláusula geral para deixar de aplicar o preceito legal. No momento de utilização das cláusulas gerais, a motivação deve ser pautada em critérios objetivos, constitucionais e legais para que o Estado Democrático de Direito não passe de um objetivo inatingível.

Por fim, deixa-se claro que este trabalho não buscou esgotar referido tema, o qual exige uma pesquisa mais aprofundada e detalhada, devido a sua complexidade.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Onde a Discricionariiedade começa, O Direito Termina: Comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora Online**. Revista dos Tribunais Online, 2016. Disponível em: http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/ABBOUD-Georges_Discricionariiedade-e-penhora.pdf. Acesso em 05 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil: Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 04 ago. 2020.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 3ª. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

LEAL, Saul Tourinho; ARAÚJO, Vicente Coelho. **Os recursos repetitivos no STJ e o direito da parte à desistência do recurso paradigma**. Migalhas, 2009. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/77894/os-recursos-repetitivos-no-stj-e-o-direito-da-parte-a-desistencia-do-recurso-paradigma>. Acesso em: 05 ago. 2020.