



**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU
CONTRATOS E RESPONSABILIDADE CIVIL**

ALBER VALE DE PAULA

CLÁUSULAS GERAIS
Elementos de Integração do Direito e os
Riscos à Segurança Jurídica

BRASÍLIA

2011

ALBER VALE DE PAULA

CLÁUSULAS GERAIS

Elementos de Integração do Direito e os Riscos à Segurança Jurídica

Projeto de trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito (Contratos e Responsabilidade Civil), do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Coordenador do Curso: Paulo Roque Koury

BRASÍLIA

2011

RESUMO

Ao tempo em que permitem ao Código Civil manter-se sempre vivo e atualizado, propiciando ao sistema maior mobilidade e ao juiz o abrandamento da norma conceitual casuística, as cláusulas gerais encerram um risco em si mesmas, que se traduz na generalidade do conceito da norma a ser aplicada. Sendo de natureza aberta, a cláusula geral deve ter seu conteúdo preenchido com valores pelo juiz. Qualquer visão sectária, qualquer preconceito ou eleição unilateral de princípios ou valores põem em risco o fundamento constitucional da segurança jurídica e, por conseguinte, o Estado Democrático de Direito. A introdução das normas abertas nos sistemas jurídicos é uma decorrência dos regimes políticos democráticos, não se lhes recomendando o uso em regimes autoritários. O juiz é acima de tudo um ser humano, sob o influxo das circunstâncias que lhes são próprias; não pode a norma de direito dar margem a excepcional extravasamento de paixões ou sectarismo, pena de condenação das liberdades civis à zona de incerteza jurídica.

Palavras-Chave: democracia, liberdade, igualdade, pacto social, revolução, constituição, sistema, segurança jurídica, conceitos legais indeterminados, cláusulas gerais, sectarismo, autocracia.

ABSTRACT

At the same time that it keeps the Civil Code alive and updated, allowing the system a higher degree of mobility and making the casuistry conceptual rule milder to the court, general clauses carry a risk in themselves, which is shown by the generality of the rule concept to be applied. Since general clauses have an open nature, the court is supposed to add values to their contents. Any sectarianism, prejudice or unilateral choice of principles or values would put constitutional basis and legal safety at risk and, consequently, so would the democratic state that abides by the Rule of Law. The inclusion of the open rules in the legal system derives from the democratic political regimes. Its implementation in authoritarian regimes is not recommended. Above all, the judge is a human being under his/her own circumstances. The rule of law should not allow the expression of passion and sectarianism, under penalty of condemning civil freedom to a zone of legal uncertainty.

Keywords: democracy, freedom, equality, social pact, revolution, constitution, system, legal safety, undefined legal concepts, general clauses, sectarianism, autocracy.

CLÁUSULAS GERAIS

Elementos de Integração do Direito e os Riscos à Segurança Jurídica

Sumário

1. Introdução. 2. Revolução, pacto social e democracia. 3. Ordem jurídica e social nos Estados. 4. O sistema de princípios, normas e valores. 5. O novo Código Civil como sistema aberto. 6. Regras de interpretação e normas abertas. 6.1. Princípios gerais de direito. 6.2 Conceitos legais indeterminados. 6.3. Conceitos determinados pela função. 6.4 Cláusulas gerais. 6.4.1. Espécies e funções. 6.4.2. Vantagens. 6.4.3. Desvantagens. 7. Segurança jurídica como fundamento da democracia. 8. Conclusão.

1. - INTRODUÇÃO

A despeito das críticas que no início recebeu, o Código Civil de 2002 foi ao longo dos últimos anos desfazendo o mito de codificação nascida já serôdia, sendo alvo das mais justas e honrosas homenagens, firmando-se como sólida legislação e fortalecendo a cada dia sua reputação de sistema consentâneo com as necessidades da dinâmica vida social, econômica e jurídica que caracterizam os tempos atuais.

Marcadamente inspirado nas normas abertas e no domínio principiológico da Constituição brasileira de 1998, o Código Civil adotou o sistema das cláusulas gerais, propiciando a si mesmo a renovação e atualização em face do prolongamento da aplicabilidade dos institutos jurídicos nele contidos e do abrandamento da rigidez da norma conceitual casuística (NERY JUNIOR, 2003, p. 143).

Humberto Theodoro Júnior, na apresentação da sua obra “*O Contrato e sua Função Social*”, lembra-o como auto-anunciado “arauto de novos rumos para o direito privado, assinalados pela eticidade, socialidade e economicidade” (THEODORO JUNIOR, 2008). Esses princípios de índole constitucional compõem uma espécie de selo do novo sistema, tendo maior repercussão no campo do contrato, onde se estabeleceram três outros princípios de denominação diferente, mas com finalidades semelhantes: a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico e a função social do contrato.

A incorporação, pela teoria geral dos contratos, desses três novos princípios não implica, entretanto, a eliminação dos clássicos princípios oriundos da ideologia liberal

(liberdade de contratar, força obrigatória do contrato e eficácia relativa da convenção), os quais se alinham em igualdade hierárquica aos novos, devendo ser com eles harmonizados (THEODORO JUNIOR, 2008, apresentação).

Tendo entrado no ordenamento jurídico pela porta das cláusulas gerais, tais princípios podem hoje ser integrados pelo juiz, com o preenchimento das formulações genéricas com os valores designados para cada caso. É este preenchimento dos claros da norma jurídica aberta com valores da experiência pessoal do julgador que constitui a ambivalência do sistema, sendo a um tempo solução e problema postos. A par de todas as vantagens evidenciadas com a maior mobilidade do sistema, erige-se um perigo por oportunidade da aplicação da norma ao caso concreto, que consiste em não se poder afastar com certeza a possibilidade de uma visão sectária do operador, seja por má-formação técnica ou por preconceito ideológico (THEODORO JUNIOR, 2008, p.151).

A principal direção dos objetivos deste artigo é saber como funcionaria a aplicação das cláusulas gerais diante de um estado de estremecimento ou convulsão das instituições. Entendemos ser o Estado Democrático de Direito o grande favorecedor das formulações legais genéricas. Somente onde haja a serenidade da democracia, em seus mais essenciais valores, pode-se com certeza louvar a aplicação de tais normas.

Traçamos, em razão disso, um pequeno quadro acerca da democracia, elegendo como norte o pensamento de Alexis de Tocqueville a respeito, assim como possíveis enviesamentos da ordem política, ou que a possam degenerar em tirania ou que dela se utilizem como mecanismo de manipulação das massas em Estados não democráticos, embora não reconhecidos como autoritários.

A segurança jurídica, talvez a principal representação do ideal democrático em seu sistema de leis, estaria ameaçada se os valores dos operadores do direito desatendessem princípios mezinhos da democracia. Quando se tornou possível ao primeiro homem do povo exercer na sociedade de forma autônoma a sua vontade, pode-se dizer que então nasceu a democracia. Quando foi possível fazê-lo subsumir sua vontade à vontade coletiva, através do pacto social, desenvolveu-se aí a democracia. Quando finalmente essa vontade pôde ser balizada por juízos de ponderação, prevalecendo no interesse de todos o respeito ao interesses de cada indivíduo, pode-se dizer que aí vicejou e frutificou a Democracia.

2 - REVOLUÇÃO, PACTO SOCIAL E DEMOCRACIA

Quando, em 1831, o jovem magistrado francês Alexis de Tocqueville pisou pela primeira vez o solo da vasta extensão territorial da Nova Inglaterra, impressionou-o a incipiente sociedade que paulatinamente se firmava a partir das regiões setentrionais da Virgínia. Havia pouco obtivera, juntamente com seu amigo e também magistrado Gustave de Beaumont, autorização oficial dos poderes públicos para missão de exame das instituições penitenciárias americanas.

O relatório da missão foi remetido aos poderes públicos e publicado em seguida. Contudo, a mais importante obra daquele nobre liberal convicto viria a ser publicada respectivamente em 1835 e 1840, em dois volumes sob o título “*A Democracia na América*”, trazendo a base do pensamento de Tocqueville. A ciência alcançaria uma novíssima dimensão epistemológica dos conceitos de instituições livres; e a civilização, a expansão da consciência sobre os fundamentos de igualdade e liberdade.

Ao contrário dos métodos utilizados por outros pensadores, como Platão e Aristóteles na antiguidade e Hobbes e Rousseau, modernos na sua contemporaneidade, que dispuseram sobre o tema da igualdade a partir dos fundamentos do Estado e do poder político em geral, Tocqueville ateu-se à descrição das realidades sociais que estudava, mostrando os condicionamentos históricos da política e suas tendências evolutivas.

A América que se oferecia aos olhos e aos estudos de Tocqueville constituía uma “pátria construída e fundada sobre a negação da nobreza (isto é, onde a possibilidade de sua existência é excluída) (...) uma experiência quimicamente pura da democracia” (TOCQUEVILLE, 2005, p. XVII). A América de antanho era como uma grande floresta atravessada por uma infinidade de estradas em linha reta que confluíam para o mesmo ponto. Era encontrar a praça circular e tudo se descortinava com um único relance de olhos (TOCQUEVILLE, 2005, p. XVII e XVIII).

É claro que era uma visão metafórica e até certo ponto mitológica: um lugar em que “todas as leis procedem do mesmo pensamento. Toda a sociedade, por assim dizer, está fundada sobre um único fato; tudo decorre de um princípio único”, permitiria a análise substancial do princípio democrático, isto é, dos riscos que ele faz correr e das vantagens que oferece à liberdade.

Somente onde haja civilização será possível o estabelecimento de instituições verdadeiramente livres, definida esta, a um tempo, como “sendo o conjunto de aspectos culturais que tornam as sociedades ao mesmo tempo mais policiadas e mais ativas” e também “a forma particular de atividade social estendida a todos os cidadãos pela democracia quando esta é livre” (TOCQUEVILLE, 2005 p. XXVIII)ⁱ.

O que difere o pensamento científico de Tocqueville do pensamento dos demais filósofos de sua época está na compreensão de que o Estado - ao contrário da preponderante concepção de ser *instrumento de luta de classes*, como defenderam Marx e Engelsⁱⁱ - foi em essência criado por homens em igualdade de condições sociais, com a incumbência de promover a melhor ordem e preservação, assim como o bem geral dos novos habitantes do Novo Mundo.

Enquanto Tomas Hobbes (SEYMOUR-SMITH, 2010, p. 421) pregava a transferência de poderes ilimitados a um soberano, de tal modo que o pacto social servisse à promoção da paz social entre homens *natural e individualmente beligerantes*, para que não provocassem o extermínio mútuo; enquanto Rousseau defendia que os homens *apenas se tornaram beligerantes quando ingressaram na vida social*ⁱⁱⁱ, necessitando cada um transferir seus direitos a um soberano que promoveria a ordem social e o bem-estar de todos, a sociedade meditada por Tocqueville seria norteadada pelo princípio da liberdade e da soberania do povo^{iv}.

Estava no binômio liberdade e soberania a essência estrutural do pensamento de Tocqueville sobre a igualdade^v. A soberania haveria de ser colocada nas mãos do povo e não de um só ou de poucos^{vi}. Um respeito substancial a instituições como liberdade de imprensa, liberdade pessoal, noção de direitos e prática de afirmá-los e até o aprendizado com o tomar parte nos negócios públicos, valores arraigados nos anglo-americanos que constituíam a base daquela sociedade, representavam facilitadores para o exercício da democracia nascente. Apenas a degeneração de tais princípios poderia macular a soberania do povo^{vii}.

Em certa medida, Tocqueville revisitava o pensamento de Voltaire^{viii} no tocante à extensão do poder dado aos homens na democracia, assim como acerca da medida da igualdade de que cada um era partícipe.

Tocqueville estabeleceu ainda uma distinção entre os sentimentos de democracia e revolução. Os interesses que constituem o substrato da democracia são conservadores

e se baseiam na igualdade ^{ix}, enquanto a revolução é desencadeada pela indignação ante a desigualdade. Embora a revolução se dirija à destruição dos estados sociais baseados na ideologia da desigualdade - o autor nomina aí os Estados Aristocráticos -, as paixões^x que a envolvem impedem a estabilidade das instituições.

3 - ORDEM JURÍDICA E SOCIAL NOS ESTADOS

Por sua pujança, o conceito de democracia exposto por Tocqueville sobrevive até os dias de hoje, embora a própria concepção de Estado Liberal tenha sido mitigada com a ascensão do Estado-agente Econômico e depois mesmo rivalizada pela nova visão do Estado Social^{xi}. Sem dúvida, na concepção mais ladina de democracia encontram-se os fundamentos de respeito e a obediência à lei, os quais fazem parte da ideologia liberal de Tocqueville, que afirma que por mais que seja incômoda a lei o homem a ela se submete sem dificuldades, não apenas por ser obra da maioria, mas por considerá-la também obra sua. “Ele a considera como um contrato do qual fosse parte” (TOCQUEVILLE, 2005, p. 281).

Ora, tais concepções remontam ao início do Século XVIII e se referem a uma sociedade instalada havia pouco mais de dois séculos, ainda em oposição ao fervilhante cenário desencadeado na Europa com a Revolução Francesa. Dali em diante, a materialidade dessa conceituação de valores e institutos, em especial os de soberania, liberdade e igualdade, foi repetidamente posta à prova, notadamente com o advento posterior da teoria marxista, de alcance pode-se dizer avassalador, de tal forma que nos tempos atuais viceja ainda em muitas mentes o pensamento da revolução, com tudo o que este conceito implica ^{xii}.

Uma nova cultura jurídica, formada no crisol de diversas linhas de pensamento com tendências pó-positivista coincidentes (Ronald Dworking, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luis Prieto Sanchis, Carlos Nini, Luigi Ferrajoli, dentre outros), aponta para a conformação do paradigma do Estado constitucional de direito, que preconiza: a) a importância dos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução de conflitos entre valores e bens constitucionais; c) a irradiação dos efeitos das normas constitucionais por todo o ordenamento jurídico,

condicionando a atividade jurídica e política do Estado e até mesmo os entes privados (VALE, 2009, p. 21-22).

Quer nos parecer, não obstante, que em sentido contrário se desenvolve a práxis do pensamento dos sequazes do filósofo italiano Antonio Gramsci - o ideólogo perpetuador da teoria marxista/leninista - menos como revolução do que como paixão pós-revolucionária, eis que se vêem desestabilizar as instituições^{xiii}. Sua influência não é pequena de vez que uma impostura intelectual por ele lançada – O Príncipe moderno, que é o partido revolucionário - foi incorporada ao ideário de partidos e instituições políticas em geral.

O Estado, para Gramsci, não deve ser entendido no sentido estreito de Governo. É preciso dividi-lo entre a *sociedade política*, que é o palco das instituições políticas e do controle legal constitucional, e a *sociedade civil*, que se vê comumente como uma esfera *privada* ou *não-estatal*, e que inclui a economia. Na sociedade política, atua a força, enquanto na sociedade civil, o consentimento. Essa divisão, para Gramsci é meramente conceitual, podendo ambas as sociedades se mesclarem na prática.

O Príncipe moderno, então, seria a força a permitir que a classe operária desenvolva intelectuais orgânicos e uma hegemonia alternativa dentro da sociedade civil. Para Gramsci, a natureza complexa da sociedade civil moderna implica que a única tática capaz de minar a hegemonia da burguesia e chegar-se ao socialismo é uma *guerra de posições*^{xiv}, análoga à guerra de trincheiras. A *guerra em movimento* - o ataque frontal levado a cabo pelos bolcheviques foi uma estratégia mais apropriada à sociedade civil primordial existente na Rússia Czarista.

Há, e o próprio Gramsci alerta, uma zona nebulosa entre as modalidades de sociedade que classificou. O risco da identificação da *sociedade política* com a *sociedade civil* é a aparição de formas exacerbadas de Estado, como aconteceu aos facistas e aos jacobinos, e aqui dizemos, a inúmeras sociedades que viram suas ordens políticas e sociais transformar-se em tiranias^{xv}.

A história da instalação das democracias nas Américas possui grande relação com instalação da democracia nos Estados Unidos. Ao menos no que concerne aos cânones jurídicos, se herdamos muito dos europeus modernos e mais remotamente dos romanos, não foi menor o legado das instituições americanas.

Do arrazoado acima, sobre o nascimento da democracia nos EUA quando ainda

existia somente um germe de Estado político, pode-se depreender a importância das leis e do pacto social. O primeiro documento subscrito pelos anglo-americanos estabelecia uma sociedade: o Acordo de Mayflower^{xvi} notabilizou-se como o pacto social que daria origem ao Estado americano e que fundamentaria o poder político da futura nação.

Em regra a produção legislativa que fez gerar as Constituições foi um trabalho árduo para os operadores do direito, que o mais das vezes se viram a reboque dos fatos da vida da nação. Pontes de Miranda (2002, p. 67), acerca dessa dificuldade, declara: “Como se vê, é bem magra a contribuição dos técnicos do direito ao trabalho humano das constituições novas. Toca-lhes responsabilidade, não pequena, nas desgraças da Europa e do mundo. Sempre mais se preocuparam com o passado e com o escasso presente imediato do que com o futuro – descuraram o próprio estudo do que havia de ser o divisor das águas: democracia, liberdade, maior igualdade; ou volta ao despotismo, à irracionalidade, à economia desigualizante”.

4. O SISTEMA DE PRINCÍPIOS, NORMAS E VALORES

Pontes de Miranda, em sua clássica obra “*Democracia, Liberdade, Igualdade*” assinala que “se percorrermos o texto de qualquer Constituição, encontraremos duas classes de regras jurídicas: 1) As regras sobre a forma. 2) as regras sobre fundo. Aquelas dizem como se cria a ordem do Estado – ordem estatal, chamar-lhe-emos; essas, quais os princípios que se assentaram para a vida social. Se está escrito que todos são iguais perante a lei, a regra jurídica é de fundo. Os atos que o Presidente da República praticar têm de obedecer as regras de forma e as regras de fundo. Os textos relativos à liberdade e à igualdade são regras jurídicas de fundo” (MIRANDA, 2002, p. 49).

A Constituição de um Estado, quando adotada a modalidade *rígida*, “deve servir para proteger a liberdade, a democracia e a maior igualdade contra o impulso puxante para o remoto, contra o impulso de descida à horda, que se produz na multidão-povo, que é a multidão passageira, acidental, e na multidão religião, ou, ainda, na multidão exército” (MIRANDA, 2002, p. 52).

O constitucionalismo, hodiernamente, designa o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo

tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.

Saber diferenciar regra de princípio e norma de valores constitui tarefa das mais importantes para entender porque a idéia de subsunção vem abrindo espaço para a ponderação no Estado Constitucional. Ocorre uma preponderância da norma constitucional à independência da lei e a autonomia do legislador democrático passa a ser confrontada com a onipotência dos Tribunais Constitucionais (VALE, 2009, p. 11).

A Constituição de 1998 instituiu o chamado sistema aberto de direitos fundamentais (art. 5.º, § 2.º), considerando tais direitos mais abrangentes do que as normas constitucionais que os asseguram, sendo as normas o resultado da interpretação das disposições que lhes servem de objeto (VALE, 2009, p. 13-14).

Para entender de que forma esses conceitos interferem no estudo das cláusulas gerais do Código Civil é necessário ter em vista duas realidades: a primeira está na existência de uma relação intrínseca entre o sistema jurídico da Constituição e o sistema adotado pelo Código Civil atual^{xvii}. Sendo ambos abertos, há uma razoável dose de interpretação na solução dos problemas^{xviii}. Em segundo, veremos a distinção entre os conceitos de princípios, cláusulas gerais e conceitos legais (ou jurídicos) indeterminados, o que nos dará a dimensão do problema da aplicação da norma aos casos concretos.

A distinção entre normas e valores encontra-se bem delineada na obra de André Rufino do Vale, para quem a melhor solução é a apresentada na teoria intermediária da interpretação jurídica, segundo a qual “todo texto normativo, por estar formulado em linguagem natural, possui uma textura aberta e que, dessa forma, algumas vezes seu significado é claro para o intérprete, e em outras ocasiões pode ser difícil precisar esse significado. Deve-se distinguir, portanto, entre uma zona de certeza e uma zona de penumbra quanto aos possíveis significados de um texto normativo” (VALE, 2009, p. 20).

A despeito das clássicas distinções entre regras e princípios, que de certa forma engessam os conceitos e os colocam em trincheiras diferentes, André Rufino do Vale indaga se não há uma intersecção dos diversos aspectos da definição. Parece-nos correta a indagação, pois é o que certamente ocorre no sistema do Código Civil, onde os princípios são recepcionados por meio das cláusulas gerais que lhes dão a conformação jurídica necessária para a solução dos problemas.

A conclusão a que se chega é de que “a construção de uma norma completa é inconcebível num Estado Constitucional, no qual a Constituição é concebida como a norma suprema que irradia efeitos por todo o sistema jurídico. (...) assim sendo, não é difícil constatar que todas as regras do ordenamento jurídico possuem infinitas exceções baseadas justamente nos princípios.” (VALE, 2009, p. 97).

5. O NOVO CÓDIGO CIVIL COMO SISTEMA ABERTO

Um código de leis atende a um modelo de sociedade e perdura tanto quanto perdurarem os valores daquela sociedade. O nosso Código Civil atual respalda-se na Constituição chamada cidadã, marcada pela presença numerosa de modelos jurídicos abertos, a exemplo da antecedente Constituição norte-americana, verdadeiramente paradigmático exemplo de Constituição aberta.

Sendo corolário de uma Carta constitucional baseada em princípios e repleta de cláusulas gerais, não poderia o Código Civil de 2002 ^{xix} ter conformação diversa. A despeito da modernidade dos seus dispositivos, tem sido objeto de críticas de variado matiz, conquanto crescentemente mitigadas, a exemplo mesmo do que ocorre com a legislação que tomou por paradigma.

O Código Civil de 2002 adotou parcialmente a tese monista, unificando o direito das obrigações. Além disso, consolidou no direito civil os novos paradigmas criados pela Constituição de 1988, de tal forma que muitos artigos e conceitos nele inseridos se confundem com aqueles utilizados na Constituição, *e.g.*, os conceitos de eticidade, boa-fé objetiva e probidade nas relações contratuais.

O problema da migração do sistema do Código Civil de um modelo mais rígido para o atual aberto constitui matéria não assentada, havendo quem defenda hoje, sem objeções, a existência de uma crise na teoria das fontes, resultante “da admissão de princípios tradicionalmente considerados metajurídicos no campo da Ciência do Direito, aludindo-se, assim, o rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo” ^{xx}.

Com efeito, o regramento do Código Civil de 2002 encontra-se todo permeado pelas cláusulas gerais, que se caracterizam como fonte de direitos e obrigações, fazendo-se necessário o seu conhecimento e sua interação com os princípios gerais de

direito e os conceitos legais, indeterminados ou determinados pela função, para entender a dinâmica e o funcionamento do sistema (NERY JÚNIOR, 2003, P. 141).

6 – REGRAS DE INTERPRETAÇÃO E NORMAS ABERTAS

Conforme demonstra José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA, 1979, p. 609), nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica. Entendendo essa inconveniência ou impossibilidade, o legislador recorre ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, no momento da subsunção – quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não ao modelo abstrato -, o cuidado de “preencher os claros”, de colorir os “espaços em branco”.

O legislador, ao redigir normas, o faz na esperança de ser entendido pelas pessoas que delas se utilizarão. Obviamente confia na existência de um acervo de conhecimentos comum a essas pessoas, não sendo de modo algum razoável o emprego de palavras e expressões de cunho técnico-jurídico ou a definição de todas as noções de que se serve. “Apenas quando pretende atribuir-lhes, para fins específicos, significação mais ampla ou mais restrita do que a vulgar, é que cuida de lançar definições” (MOREIRA, 1979, p. 609).

No mesmo diapasão, ao exercer suas funções judicantes, o juiz utiliza-se das noções por ele apreendidas como homem, ao longo da vida, sob condições análogas às dos restantes membros da comunidade (MOREIRA, 1979, p. 606). Duas espécies de conhecimento adquirem relevo nessa atividade do juiz, fixando-se elas sobre os fatos notórios e sobre as regras de experiência^{xxi}.

Tal se dá, por exemplo, na fixação dos conceitos juridicamente indeterminados^{xxii}, em que se abre ao aplicador da norma, como é intuitivo, certa margem de liberdade. Algo de subjetivo quase sempre haverá nessa operação concretizadora, sobretudo quando ela envolva, conforme ocorre com frequência, a formulação de juízos de valor ((MOREIRA, 1979, p. 611-612).

6.1 – Princípios gerais de direito

Há uma sutil distinção, assim como uma mescla na conceituação de princípios, conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais. Princípios jurídicos são os pensamentos diretores de uma regulação jurídica existente ou possível, noção constituindo, por si mesmos, regras suscetíveis de aplicação, embora possam transformar-se posteriormente em regras jurídicas por via de interpretação (COSTA, 1992, p. 49). Na definição de Nelson Nery Junior, princípios gerais de direito são regras de conduta que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou do negócio jurídico. Os princípios gerais de direito não se encontram positivados no sistema normativo. São regras estáticas que carecem de concreção. Têm como função principal auxiliar o juiz no preenchimento das lacunas (NERY JUNIOR, 2003, p.141).

São exemplos de princípios gerais de direito o art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, que expressa “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Também o art. 126 do Código de Processo Civil estabelece: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

Os preceitos romanos *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (viver honestamente, não causar dano a outrem e dar a cada um o que é seu), são os primórdios dos princípios gerais de direito. Quando se inclui determinado princípio geral no direito positivo do País (Constituição, Leis etc.), deixa de ser princípio geral, ou seja, deixa de ser regra de interpretação e passa a caracterizar-se como *cláusula geral* (NERY JUNIOR, 2003, P.141).

O princípio positivado, ou norma-princípio, não é regra de interpretação, mas norma jurídica. Mais técnico e menos confuso dizer-se que se tornam cláusulas gerais, que têm conteúdo normativo e são fontes criadoras de direitos e obrigações.

6.2 – Conceitos legais indeterminados

Já quanto aos conceitos legais indeterminados (*unbestimmte Gesetzbegriffe*), Para Nelson Nery Junior, estes se distinguem das cláusulas gerais pela finalidade e eficácia^{xxiii}, dando-lhes a lei o conceito indeterminado e as consequências dele advindas. Conceitualmente, “são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso. Sempre se relacionam com a hipótese de fato posta em causa. Cabe ao juiz, no momento de fazer a subsunção do fato à norma, preencher os claros e dizer se a norma atua ou não no caso concreto. Preenchido o conceito legal indeterminado (*unbestimmte Gesetzbegriffe*), a solução já está preestabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma função criadora” (NERY JUNIOR, 2003, P.141).

Para o direito administrativo, onde parece ter-se desenvolvido o fenômeno, não bastam as cláusulas gerais (que permitem ao juiz *liberdade* no preenchimento dos conceitos), porque o princípio da legalidade (CF 37 *caput*) só permite que seja realizado o que a norma expressamente autorizar (NERY JUNIOR, 2003, p.141).

O juiz preenche a indeterminação do conceito por meio dos valores éticos, morais, sociais, econômicos e jurídicos, transformando o conceito legal indeterminado em conceito determinado pela função. Constituem exemplos de conceitos legais indeterminados a ordem pública e os bons costumes, para caracterizar a ilicitude da condição que os ofenda (art. 122, Código Civil), atividade de risco para caracterizar responsabilidade objetiva (art. 927, par. ún.).

6.3 – Conceitos determinados pela função

Os conceitos determinados pela função (*funktionsbestimmte Rechtsbegriffe*) servem para propiciar e garantir a aplicação correta, eqüitativa do preceito ao caso concreto. Nos conteúdos das idéias de boa-fé (CC 422), bons costumes (CC 187), ilicitude (CC 186), abuso do direito (CC187) etc., está implícita a determinação funcional do conceito, como elemento de previsão, pois o juiz deverá dar concreção aos referidos conceitos, atendendo às peculiaridades do que significa boa-fé, bons costumes, ilicitude ou abuso do direito no caso concreto. Vale dizer, o juiz torna concretos, vivos, determinando-os pela função, os denominados conceitos legais indeterminados. São, na

verdade, o resultado da valoração dos conceitos legais indeterminados, pela aplicação e utilização, pelo juiz, das cláusulas gerais ((NERY JUNIOR, 2003, P.142).

6.4 – Cláusulas gerais

As cláusulas gerais (*Generalklauseln*) constituem uma técnica legislativa, característica da segunda metade do século XX, que buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vagos e abertos, os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação, de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção desses princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas (COSTA, 1998, p. 28).

São, nesse sentido, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. Para Nelson Nery Junior, “as cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz. Distinguem-se dos conceitos legais indeterminados pela finalidade e eficácia, pois aqueles, uma vez diagnosticados pelo juiz no caso concreto, já tem têm sua solução prestabelecida na lei, cabendo ao juiz aplicar referida solução. Estas, ao contrário, se diagnosticadas pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta, ou seja, concretizando os princípios gerais de direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer naquele caso concreto” (NERY JUNIOR, 2003, p.142).

Do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa com linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, com ampla extensão semântica (COSTA, 1998, p. 29).

Quanto a sua natureza jurídica, as cláusulas gerais têm função *instrumentalizadora*, porque vivificam o que se encontra contido, abstrata e genericamente, nos princípios gerais de direito e nos conceitos legais indeterminados,

são mais concretas e efetivas do que esses dois institutos.

Cláusula geral não é princípio, tampouco regra de interpretação; é também norma jurídica, isto é fonte criadora de direitos e de obrigações. A cláusula geral é norma de ordem pública (v.g. CC 2035 par. ún.) e deve ser aplicada, *ex officio*, pelo juiz. Com essa aplicação de ofício não se coloca o problema de decisão incongruente com o pedido (extra, ultra ou infra petita) pois o juiz, desde que haja processo em curso, não depende de pedido da parte para aplicá-la a uma determinada situação. Cabe ao juiz, no caso concreto, preencher o conteúdo da cláusula geral, dando-lhe a consequência que a situação concreta reclamar (NERY JUNIOR, 2003, p. 143).

6.4.1 - Espécies e funções

Exemplo de cláusula geral como *disposição de tipo restritivo* é a cláusula geral da função social do contrato às regras, contratuais ou legais, que têm sua fonte no princípio da liberdade contratual. Em casos como este, as cláusulas gerais atuam delimitando ou restringindo o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico; exemplo daquelas de *tipo regulativo*, em que servem para regular, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas em lei, pode ser encontrado na regulação da responsabilidade civil por culpa; finalmente, são exemplos de *cláusula geral de tipo extensivo* o artigo 7.º do código de Defesa do consumidor e o § 2.º do art. 5.º da Constituição. Nesses casos, serve ela para ampliar uma determinada regulação em causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos (COSTA, 1998, p. 31).

Quanto às funções, aliás, a cláusulas gerais têm um importante papel no sistema. Primeiramente porque permitem, num sistema jurídico de direito escrito e fundado na separação das funções estatais, a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz. A segunda grande função é a de permitir a mobilidade externa do sistema. Atuam também como elemento de conexão ou “lei de referência” para oportunizar ao juiz a fundamentação da sua decisão de forma relacionada com os casos precedentes. Relacionada a essa função está a de permitir a formação de catálogo de precedentes, atuando como ponto de referência entre os diversos casos levados à apreciação judicial. Permitem também à doutrina operar a integração intra-sistemática entre as disposições

existentes em várias partes do Código Civil – a mobilidade interna do sistema. Por fim, viabilizam a integração inter-sistemática, facilitando a migração de conceitos e valores entre o Código, a Constituição e as leis especiais (COSTA, 1998, p. 35-36).

A última dessas funções merece uma referência especial, a uma porque se apresenta como a mais relevante vantagem da introdução dessa técnica jurídica no ordenamento, proporcionando um sistema aberto, móvel e estruturado em graus de privatismo e publicismo (COSTA, 1998, p. 36). Mas também porque permite, em via contrária, o juízo de ponderação presente nas modernas teorias de interpretação da norma constitucional. Em Estados de Direito Democráticos, tal sistema funciona em perfeita consonância com a velocidade das mudanças da tipologia social. Sendo tal técnica jurídica uma decorrência das democracias, é de se louvar tal prática. E quanto, porém, aos Estados ideológicos, sejam eles autocráticos, teocráticos ou mesmo esta forma teratológica de Estado-partido-político que tem se desenvolvido no pós-comunismo, onde prevalece o pensamento partidário ou sectário do operador?! Não se pode dizer que o risco não esteja presente e que a abertura e mobilidade do sistema não ponham em risco a segurança jurídica.

6.4.2 Vantagens

As cláusulas gerais apresentam a vantagem de dotar o sistema interno do Código Civil de mobilidade, mitigando as regras mais rígidas, além de atuar de forma a concretizar o que se encontra previsto nos princípios gerais de direito e nos conceitos legais indeterminados. Segundo Judith Martins Costa (1998, p. 29), “às cláusulas gerais é assinalada a vantagem da mobilidade, proporcionada pela intencional imprecisão dos termos da *fattispecie* que contém, pelo que é afastado o risco do imobilismo porquanto é utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade”.

6.4.3 – Desvantagens

Segundo Judith Martins Costa (1998, p. 30), a despeito da vantagem de criar aberturas do direito legislado à dinamicidade da vida social, a cláusula geral tem, em contrapartida, a desvantagem de provocar certa incerteza acerca da efetiva dimensão dos

seus contornos. Em sua opinião, isso acontecerá até que a jurisprudência acerca do tema seja consolidada.

Para a autora, “o problema da cláusula geral situa-se sempre no estabelecimento dos seus limites. É por isto evidente que nenhum código pode ser formulado apenas e tão-somente com base em cláusulas gerais, porque, assim, o grau de certeza jurídica seria mínimo. Verifica-se, pois, com frequência, a combinação entre os métodos de regulamentação casuística e cláusulas gerais, técnicas cuja distinção por vezes inclusive resta extremamente relativizada, podendo ocorrer, numa mesma disposição, “graus” de casuismo e de vagueza.” (COSTA, 1998, p.30).

Também José Nery Junior aponta desvantagens semelhantes da cláusula geral, dada a possibilidade de o juiz criar a norma pela determinação dos conceitos, preenchendo seu conteúdo com valores. Pode ela servir de pretexto para o recrudescimento de idéias, como instrumento de dominação por regimes totalitários ou pela economia capitalista extremada (NERY JUNIOR, 2003, p.143).

Humberto Theodoro Júnior aponta como o grande risco de aplicação do conceito genérico de lei “a visão sectária do operador, que, por má-formação técnica ou por preconceito ideológico, escolhe, dentro de um arsenal da ordem constitucional apenas um dos seus múltiplos e interdependentes princípios, ou seja, aquele que lhe é mais simpático às convicções pessoais. Com isto, o valor eleito se torna muito superior aos demais formadores da principiologia constitucional. Toda a ordem infraconstitucional, graças à superideologização do operador, passa a se alimentar apenas e tão somente de forma sectária, unilateral e pessoal, muito embora aparentando respaldo em princípio ético prestigiado pela Constituição” (THEODORO JUNIOR, 2008, p.151).

Esse é um aspecto fundamental da questão que, em determinadas circunstâncias, pode fazer declinar todo um acervo de vantagens da norma-princípio. Conforme já expressamos, a validade do emprego das cláusulas gerais pode ser tranquilamente aferida onde vigoram os regimes democráticos baseados em princípios como o da igualdade e liberdade, sendo deles uma decorrência; isso, contudo, perde o valor quando, manifesta ou indiretamente, exsurge um nível qualquer de estremecimento das instituições democráticas, funcionando, então, ao revés, como instrumento de exceção.

7 - SEGURANÇA JURÍDICA COMO FUNDAMENTO DA DEMOCRACIA

A mais contundente crítica a essa técnica jurídica, portanto, foi feita por Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 151-160). Indigitando fatos históricos que não deixam margem a dúvidas, o autor examina os riscos do uso indiscriminado das cláusulas gerais não apenas do ponto de vista jurídico, mas principalmente nos planos político e social, demonstrando que as atrocidades que mancharam a civilização européia^{xxiv} tiveram sua origem em posições filosóficas da doutrina do Estado Alemão e das Repúblicas Soviéticas. Ao contrário da pregação comum, que encontrava no puro autoritarismo a raiz daqueles males, foi a ideologia do Estado a grande vilã dos acontecimentos e, lamentavelmente, os seus ordenamentos jurídicos, “justificados por valores muito bem declarados”, por meio de seus juízes e tribunais, funcionaram como coonestadores dos brutais crimes que a humanidade não mais esquecerá. Os motivos eram os mais cínicos, sempre baseados no ideário do partido, o que não impedia que os resultados concretos se tornassem *legítimos e constitucionais* (THEODORO JUNIOR, 2008, p.152-154).

Embora o Código Civil de 2002 não deva ser anatematizado por ter flexibilizado regras do direito e relativizado soluções jurídicas impossíveis na ótica pandectista do Código de 1916, não se podem negar os riscos existentes na abertura das formulações jurídicas possibilitando a exacerbação no uso da norma, com preenchimento do seu conteúdo por valores e princípios destacados do sistema.

Para que se mantenha a segurança jurídica no Estado Democrático de Direito há que prevalecer a submissão do Poder, em todos os seus níveis, a *todos* os valores fundamentais, de maneira indiscriminada e buscando sempre a sua completa sistematização. A escolha de apenas um ou outro dos múltiplos princípios que compõem o arsenal constitucional inculca a prevalência de convicções pessoais do juiz, e não democráticas. Nas palavras de Humberto Theodoro Junior (2008, p. 152): “O constitucionalismo do Estado Democrático de direito, por isso mesmo, exige a submissão da exegese Constitucional à mecânica da razoabilidade e da proporcionalidade, dentro da qual um princípio pode momentaneamente atritar com outro, mas jamais um anulará o outro, porque ao intérprete incumbirá harmonizá-los,

diante do caso concreto, de forma a propiciar uma incidência que não seja de exclusividade, e sim de convivência harmônica”.

Canotilho^{xxv} observa que “a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”, imposta pelo princípio da concordância prática ou da harmonização, assim como a idéia de igual valor dos bens constitucionais, que lhe é subjacente, impedem, como solução, o sacrifício de um bem jurídico em relação a outros, e “impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens”.

As cláusulas gerais e outras formulações genéricas não podem ser interpretadas em face do valor que elas mesmas traduzem, sendo necessário um enfoque a partir do sistema maior e dos valores superiores que formam a ordem constitucional como um todo. “Não há lugar para sectarismo ou paixões quando se trata de realizar uma ordem constitucional por inteiro”^{xxvi}. Tal mecanismo confere a necessária segurança jurídica do sistema, impedindo o avanço de ideologias, especialmente a ideologia pessoal do juiz ou intérprete. O Estado subordina-se ao princípio da legalidade e o aplicador da norma não pode ignorar o direito positivo para criar regras judiciais diversas ou contrárias às dispostas pelo legislador (THEODORO JUNIOR, 2008, p.154-155).

Não obstante a importância dessa técnica legislativa no que diz respeito a sua necessidade como elemento de integração das normas, conferindo ao Código Civil a mobilidade interna e externa que o sistema necessita e permitindo ao intérprete o preenchimento do seu conteúdo com valores, abrandando a norma conceitual casuística, a possibilidade de a cláusula geral vir a servir a ideologias de dominação requer dos operadores e do próprio sistema, leia-se Poderes da República, a gigantesca tarefa de harmonizar os institutos jurídicos, consolidando cada qual o seu papel e mantendo o Estado Democrático de Direito a salvo de invectivas e paixões não condizentes com a expressão da democracia.

8 -. CONCLUSÃO

O papel primário do juiz é o de aplicador da norma elaborada pelo Poder Legislativo. Nesse mister, labora com extrema dificuldade, cabendo-lhe a interpretação

de intrincados valores e princípios consagrados na Constituição de modo a aplicar no caso concreto a melhor solução jurídica. Se o faz com esmero, sua tarefa é vitoriosa e terá cumprido integralmente sua missão institucional.

Quando, porém, o sistema jurídico lhe destina o encargo de também participar na elaboração legislativa, o está sobrecarregando e o colocando numa perigosa arena de acúmulo de funções: terá que julgar e ao mesmo tempo criar a norma-referência, confundindo o seu papel primário com um outro, em que compartilha com o legislador o mister daquele. Muito mais difícil sua tarefa, e terá que desdobrar-se para que não se afaste da tarefa primeira que lhe incumbe. Seus valores próprios devem semelhar-se aos valores unânimes do meio social; os princípios que pessoalmente segue devem confundir-se com os da República; e sua visão de interesse público, eticismo e socialidade, não devendo afastar-se do justo, não poderá afastar-se da Constituição. Será ele o Estado, e, ainda que Estado-juiz, sua vontade não pode suplantar os freios impostos pelo princípio da legalidade.

Cláusula geral não pode ser salvo-conduto para o arbítrio, ao contrário devendo ser utilizada em suas positivas funções à luz do sistema normativo, sendo defeso ao magistrado criar regras judiciais diversas ou contrárias às dispostas pelo legislador. É o que Humberto Theodoro Junior expressa ao final de acendrada argumentação: “Não cabe, em suma, à Justiça, transformar-se em fonte primária da norma jurídica, colocando-se acima do Poder Legislativo”.

REFERÊNCIAS

COSTA, Judith Martins. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. Revista dos tribunais, ano 81, v. 680, 1992.

_____. *O direito privado como um “sistema em construção”*: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro : Revista dos Tribunais, ano 87, v.

753, 1998.

GRAMSCI, Antonio. Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Antonio_Gramsci.

HOBBSAWM, Eric J. *Era dos Extremos : o breve século xx : 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita. - São Paulo : Companhia das Letras, 1995.

MEDEIROS, João Bosco. *Redação científica: a prática de fichamentos, resumos, resenhas / João Bosco Medeiros*. – 6. ed. – São Paulo : Atlas, 2004.

MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade / Pontes de Miranda*. Atualizador: Vilson Rodrigues Alves. – Campinas: Bookseller, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689–1755. *O espírito das leis : a forma de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo / Montesquieu ; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota*. São Paulo : Saraiva, 1994.

MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In Estudos jurídicos em homenagem ao professor Orlando Gomes*. – Rio de Janeiro : Forense, 1979, págs. 605-622.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código civil anotado e legislação extravagante : atualizado até 2 de maio de 2003 / Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery*. – 2.^a ed. rev. e ampl. – São Paulo : Editora revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Autonomia da vontade, autonomia e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade*. Revista de Informação Legislativa, vol. 41, n.º 163, p. 113-130. 2004.

SEYMOUR-SMITH, Martin. *Os 100 livros que mais influenciaram a humanidade : a história do pensamento dos tempos antigos à atualidade / Martin Seymour-Smith; tradução Fausto Wolff* – 9.^a ed. – Rio de Janeiro: DIFEL, 2010.

SILVA, José Otacílio da. *O poder político na visão de Tocqueville: um diferencial entre antigos e modernos*. Revista de Educação educere et educare, vol. I, n.º 2, jul/dez 2006, p. 245-266.,

SILVA, José Reinaldo Azevedo. Disponível em <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/tag/democracia/>

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social / Humberto Theodoro Junior*. – Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América : leis e costumes de certas leis e*

certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. - 2.^a ed.- São Paulo: Martins Fontes, 2005. – (Paidéia)

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores* / André Rufino do Vale. São Paulo: Saraiva, 2009.

VOLTAIRE. *Dicionário filosófico*. Coleção a obra prima de cada autor / Tradução: Pietro Nasseti : Martins Claret, 2006.

ⁱ SILVA. Em texto intitulado “A democracia, se querem saber, anda em baixa no mundo inteiro”, o jornalista José Reinaldo Azevedo Silva dá a tônica de semelhante pensamento: “direito coletivo que não assegure o direito individual é tirania”

ⁱⁱ SEYMOUR-SMITH, p. 485, transcreve trecho final do Manifesto Comunista, elucidativo: “Os comunistas não escondem suas opiniões e seus objetivos. Declaram abertamente que seu alvo só será atingido por meio da queda forçada de todas as condições sociais existentes. Que a classe dominante trema diante da revolução comunista. Os proletários não têm nada a perder, senão os seus grilhões, e têm um mundo a conquistar”.

ⁱⁱⁱ SEYMOUR-SMITH, p. 420, citação de O contrato Social: “O homem nasce livre, mas está acorrentado em todos os lugares”.

^{iv} Modernamente tal conceito encontra ressonância na idéia de autodeterminação expressa por Joaquim de Sousa Ribeiro, estando o plano de autodeterminação no poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando sua vida de acordo com os seus interesses numa órbita de abertura do homem para o mundo e suas experiências e solicitações sensíveis ou não. (RODRIGUES JUNIOR, 2011, p. 126)

^v MIRANDA, Pontes, p. 331. Pontes de Miranda, ao depois lhe copiou magistralmente a expressão de pensamento: “a democracia precisa de liberdade, como a liberdade precisa de democracia e ambas de igualdade”.

^{vi} MONTESQUIEU, 1994, à p. 84, trata de modo semelhante: “Quando, na República, o Povo no seu todo tem o poder soberano, é uma Democracia. Quando o poder soberano está nas mãos de uma parte do Povo, chama-se Aristocracia”.

^{vii} Segundo MONTESQUIEU, 1994, p. 96: “Quando, porém, num governo Popular, as leis param de ser executadas, como isso só pode provir da corrupção da República, o Estado já está perdido”. A esse respeito o tradutor acresce nota: “(...) em nossos dias aparecem guerrilhas e “esquadrões da morte”. São forças, por princípio, subversivas. Porque não surgem como infratores da lei, e sim como contestadores dela. Tendem a estabelecer uma outra ordem, ao lado da ordem constituída”

^{viii} Na clássica e direta definição do termo igualdade, em seu Dicionário Filosófico, Voltaire assinalaria: “Nos íntimos refulgos do coração, todo homem tem o direito de crer-se de todo ponto igual aos outros homens. Daí não segue dever o cozinheiro de um cardeal ordenar a seu senhor que lhe faça o jantar; pode todavia dizer: ‘Sou tão homem como meu amo; nasci como ele, chorando; como eu, ele morrerá nas mesmas angústias e com as mesmas cerimônias. Temos ambos as mesmas funções animais. Se os turcos se apoderarem de Roma e eu virar cardeal, e meu senhor, cozinheiro, tomá-lo-ei a meu serviço’. Tudo isso é razoável e justo. Mas, enquanto o grão-turco não se assenhorear de Roma, o cozinheiro precisa cumprir suas obrigações ou toda a humanidade se perverteria” VOLTAIRE, p. 297.

^{ix} É interessante a alusão feita por RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 123 : ‘Observe-se que o surgimento da autonomia da vontade como um princípio jurídico e filosófico foi a resposta que a Civilização Ocidental soube dar a anseios seculares por igualdade e liberdade’.

^x Há em Pontes de Miranda uma referência que traduz indiretamente os riscos retóricos causados pela supressão da liberdade: “eliminai a liberdade, qualquer que seja o motivo, e aí tendes a tirania” (in PONTES DE MIRANDA PÁG. 72) .

^{xi} Referimo-nos aqui ao Estado como diretriz política, diferentemente do Estado Constitucional, definido por (VALE, 2009, p. 21-22), logo abaixo.

^{xii} Tome-se como referência o relato de Eric HOBBSAWM: “A estrutura do Breve Século XX parece uma espécie de tríptico ou sanduíche histórico. A uma Era de Catástrofe, que se estendeu de 1914 até depois da Segunda Guerra Mundial, seguiram-se cerca de 25 ou trinta anos de extraordinário crescimento econômico e transformação social, anos que provavelmente mudaram de maneira mais profunda a sociedade humana que qualquer outro período de brevidade comparável. Retrospectivamente, podemos ver o período como uma espécie de Era de Ouro, e assim ele foi visto quase imediatamente depois que acabou, no início da década de 1970. A última parte do século foi uma era de decomposição, incerteza e crise – e, com efeito, para grandes áreas do mundo, como a África, a ex-URSS e as partes anteriormente socialistas da Europa, de catástrofe. À medida que a década de 1980 dava lugar à de 1990, o estado de espírito dos que refletiam sobre o passado e o futuro do século era de crescente melancolia *fin-de-siècle*. Visto do privilegiado ponto de vista da década de 1990, o Breve Século XX passou por uma curta Era de Ouro, entre uma crise e outra, e entrou num futuro desconhecido e problemático, mas não necessariamente apocalíptico (...)”

^{xiii} MIRANDA, Pontes de, p. 73 : “Todos os tiranos falam de interesses superiores da sociedade ante os quais não contam os dos indivíduos. Assim procediam as tribos primitivas. Interesses superiores da sociedade são interesses comuns aos indivíduos: comer, vestir, alojar-se, ter tranqüilidade, segurança contra agressões. No mais, há a personalidade, o espírito, a locomoção, que pertencem ao indivíduo. Quando os dirigentes invadem esse terreno, já não é o bem público que os inspira e empurra: é a ânsia, a ebridez do poder”.

^{xiv} Parece-nos que esse conceito de ataque organizado contrapõe-se à atuação do espectador imparcial, desenvolvida por Adam Smith, segundo a qual somente seria adequada a avaliação de nossas condutas se criássemos em nossa mentes a figura do espectador imparcial, juiz tanto melhor quanto mais severo. Esse juiz severo pode ser hoje comparado à observância da lei, forma constitucional e legítima de autocontrole da sociedade. Não há como coadunar as idéias de divisão do trabalho (SEYMOUR-SMITH, p. 485) com esse vicioso aspecto do pensamento de Gramsci.

^{xv} MONTESQUIEU, p. 142 : “O povo cai nessa desgraça quando aqueles a quem ele se entrega, querendo ocultar a própria corrupção, procuram corrompê-lo. // Para que ele não lhes veja a ambição, falam só da grandeza dele; para que ele não lhes perceba a avareza, estimulam sem cessar a do Povo. // A corrupção aumentará entre os corruptores, e entre os que já estão corrompidos. // O povo distribuirá entre si os dinheiros públicos; e, como ele terá juntado à sua preguiça a gestão dos negócios, quererá juntar à sua pobreza os gozos do luxo. Mas com sua preguiça e seu luxo, o seu alvo não pode ser senão o tesouro público. // Não há espantar-se, se se vir os sufrágios serem dados por dinheiro. Não se pode dar muito ao Povo, sem tirar dele ainda mais; mas, para tirar dele, precisa subverter o Estado. // Quanto mais ele parecer tirar vantagem da sua liberdade, mais ele se aproximar do momento de perdê-la. Ele forma para si tiranetes que têm todos os vícios de um só. Logo o que resta de liberdade fica insuportável. Ergue-se um . E o povo perde tudo, até as vantagens da sua corrupção”.

^{xvi} Acordo de MayFlower: Em nome de Deus. Amém. Nós cujos nomes seguem e que, para a glória de Deus, o desenvolvimento da fé cristã e a honra de nossa pátria, empreendemos estabelecer a primeira colônia nestas terra longínquas, acordamos pelo presente ato, por consentimento mútuo e solene, e diante de Deus, formar-nos em corpo de sociedade política, com o fim de nos governar e de trabalhar para a consumação de nossos propósitos; e, em virtude desse contrato, acordamos promulgar leis, atos, decretos,

e instituir, conforme as necessidades, magistrados a quem prometemos submissão e obediência” (in TOCQUEVILLE, 2005, p. 43-44)

^{xvii} As cláusulas gerais viabilizam a integração inter-sistemática, facilitando a migração de conceitos e valores entre o Código, a Constituição e as leis especiais (COSTA, 1998, p. 36)

^{xviii} “A incorporação pelas constituições contemporâneas de normas de direitos fundamentais com alta carga axiológica é um fato, cujas conseqüências, desejáveis ou não, não podem ser contornadas com a tentativa de separar rigidamente normas e valores, no intuito de fazer com que a atividade de interpretação/aplicação de normas não seja contaminada por preferências subjetivas próprias da interpretação/aplicação de valores.” (VALE, 2009, p. 155)

^{xix} COSTA, 1998, p. 26: “O Código Civil, na contemporaneidade, não tem mais por paradigma a estrutura que, geometricamente desenhada como um modelo fechado pelos sábios iluministas, encontrou a mais completa tradução na codificação oitocentista”

^{xx} A obrigação como processo. São Paulo : José Bushatsky, 1976, p. 74, in COSTA, Judith Martins, 1998.

^{xxi} Os fatos notórios são aqueles “a cuja ciência têm acesso, de maneira geral, as pessoas que vivem no ambiente sócio-cultural em que se acha inserido o juiz”, enquanto as regras de experiência “distinguem-se dos fatos notórios por seu caráter de *generalidade e abstração*: não se trata agora de acontecimentos singulares, mas de noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro” (MOREIRA, 1979, p. 606-607)

^{xxii} NERY, 2003, à p. 141 prefere a denominação “conceitos legais indeterminados”, entendendo que a determinação está na norma legal e não na forma. Utilizaremos doravante, por fins didáticos, tanto uma como outra expressão, conforme a denominem os autores consultados.

^{xxiii} Após afirmar que há uma diferença de grau no que tange à abstração e à generalidade, Judith Martins Costa expressa: “em ambos – conceitos indeterminados e cláusulas gerais – haverá, por parte do juiz, uma atitude valorativa; em ambos, é certo, o legislador afastou a enumeração casuística dos “atos contrários aos bons costumes”. No primeiro, todavia, o grau de generalidade e abrangência é bem menor do que no segundo; neste, a atitude de subsunção à hipótese legal que ainda subsiste naquele, é substituída pela atividade de criação judicial, por meio da síntese, por forma a constituir processo de verdadeira concreção” (COSTA, 1992, P. 51).

^{xxiv} Aqui o autor se refere ao nazismo e ao comunismo, já apontados neste artigo.

^{xxv} CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, s/d., p. 1.188 (in THEODORO JUNIOR, 2008, p. 21)

^{xxvi} “Se, ao seguir a opinião dos ignorantes, destruíssemos aquilo que apenas por um regime saudável se conserva e que pelo mau regime se destrói, poderemos viver depois da destruição do primeiro? E, diga-me, não é este o nosso corpo?” in Críton, ou do Dever, um dos diálogos de Platão, quando era o filósofo incitado a fugir à condenação que lhe fora imposta. Esse diálogo foi lembrado pelo jornalista Jose Reinaldo Azevedo e Silva em interessante comentário alusivo aos recentes julgamentos realizados no Supremo Tribunal Federal em relação à Lei Eleitoral e outra congênere. Em seu sítio na internet, sob o título “Ficha Limpa, Supremo, exceções constitucionais e a corda no pescoço da imprensa. Ou: um pouco mais de Sócrates e Platão”.