

CLÁUSULAS GERAIS E CONTRATOS EMPRESARIAIS: VALORAÇÃO, SEGURANÇA JURÍDICA E PREVISIBILIDADE

Lucas Delazari Pinheiro (USP, São Paulo)

RESUMO. O presente artigo visa ao estudo, mediante revisão bibliográfica, do método casuístico e das cláusulas gerais a partir da estrutura do raciocínio jurídico por trás de cada um deles. Depois de desenhadas as principais características estruturais dos enunciados elásticos, o trabalho traça as principais preocupações sistêmicas referentes à concreção dessas normas nas avenças interempresariais, notadamente a situação de insegurança jurídica e falta da “calculabilidade” necessária à adequada ponderação de riscos pelos investidores e agentes econômicos. Ao final, propõem-se duas formas de se conciliar o método das cláusulas gerais e a demanda por segurança jurídica: [i] firmar-se a prevalência das normas casuísticas sobre as cláusulas gerais, em virtude das regras clássicas de interpretação e aplicação do Direito, e [ii] conceber-se a *função econômica* do contrato empresarial como elemento orientador e limitador do raciocínio de valoração e da aplicação desses enunciados elásticos.

PALAVRAS-CHAVE. Casuística; subsunção; juízo de valor; valoração; cláusulas gerais; contratos empresariais; segurança jurídica.

ABSTRACT. The article addresses, by means of a bibliographic review, the subsumption and general clauses methods, comparing the logical structure of the legal reasoning behind each one of them. After listing the main structural characteristics of the general clauses, the manuscript approaches the systemic concerns involving the application of such rules, mainly the uncertainty and the unpredictability that are necessary for the risk weighting by investors and players in general. Finally, the article proposes two possible ways to balance the need for predictability in judicial and arbitral decisions and the general clauses: [i] by establishing that rules prevail against standards and general

clauses, due to the traditional principles for Law interpretation and application, and [ii] by conceiving the economical function of the contracts entered into by enterprises as a guiding principle that limits value judgements and the application of general clauses.

KEYWORDS. Subsumption; value judgement; general clauses; inter-enterprise contracts; legal certainty.

INTRODUÇÃO

Independentemente de ser adequado ou não afirmar a existência de uma “farra dos princípios”¹⁸¹ ou de uma “tirania dos valores”¹⁸², fato é que as cláusulas gerais têm sido objeto de uma miríade de estudos doutrinários, bem como invocadas por um grande número de decisões judiciais. Apesar do grande interesse e da corriqueira aplicação dessas normas, está na ordem do dia a preocupação com a insegurança jurídica gerada pelo espraiamento de pautas normativo-axiológicas sem vínculo metodológico ou critérios dogmáticos precisos¹⁸³.

O presente trabalho propõe-se a analisar, sob o prisma da estrutura das proposições normativas, o problema das cláusulas gerais e da segurança jurídica no âmbito dos contratos empresariais. Por meio da análise dos raciocínios jurídicos envolvidos na aplicação de normas casuísticas e de enunciados elásticos, verificaremos se há ou não um problema genético de insegurança jurídica associado às cláusulas gerais. Por fim, discutiremos a importância da garantia de

181 Expressão do Professor Ronaldo Porto Macedo Júnior.

182 Cf. SCHMITT, Carl. **La tirannia dei valori**. 10. ed. Trad. it. GURISATTI, Giovanni; VOLPI, Franco. Milão: Adelphi Edizioni, 2021, pp. 60 a 62.

183 V. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 12 e 13. De acordo com a autora, “a explosão do emprego do instituto jurídico designado como boa-fé objetiva tem um lado virtuoso e outro perverso. Virtuoso porque assenta no Direito brasileiro inafastável padrão ético à conduta contratual. Perverso quando o uso excessivo, desmesurado, imperito, deslocado dos critérios dogmáticos a que deve estar vinculado serve para desqualificá-lo, esvaziá-lo de um conteúdo próprio, diluindo-o em outros institutos e minorando sua densidade específica. [...] A ausência de limites importa necessariamente em arbítrio [...]”.

uma margem mínima de certeza e previsibilidade sobre a aplicação do direito no âmbito dos contratos interempresariais, propondo formas de conciliação entre, de um lado, as funções das cláusulas gerais e, de outro, as demandas da ordem econômica fundada num modo de produção capitalista.

1. A CASUÍSTICA E O JUÍZO DE SUBSUNÇÃO

Toda a estrutura do raciocínio casuístico parte da premissa de que o estudo do Direito envolve, em alguma medida, a análise da interação entre dois planos distintos da existência, ou, nas palavras de PONTES DE MIRANDA, dois “mundos” diversos. Há, de um lado, a realidade sensível, o “mundo” de tudo aquilo que *é* e do que *foi*. Do outro, há o “mundo do Direito”, a esfera que engloba tudo aquilo que *deve ser* ou que *deveria ter sido*¹⁸⁴.

Nesse contexto de dualidade, como explicado por LARENZ, as proposições jurídicas nada mais são do que “ordenações de vigência”, comandos para que a realidade sensível corresponda ao que preceitua a lei. “O dador da norma não diz: assim é de facto; mas diz: assim deve ser de Direito, assim deve valer”¹⁸⁵. Segundo ENGISCH, o Direito destila-se “em concretas regras de dever-ser”, dizendo “algo sobre o modo como *in concreto* nos devemos conduzir”¹⁸⁶.

A técnica legislativa casuística para regramento de condutas baseia-se na criação de fórmulas gerais e abstratas com amplitude suficiente para garantir, ao mesmo tempo, [i] comandos capazes de alcançar o resultado esperado pelo legislador e [ii] clareza quanto à

184 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. 1. Atualizado por MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo Luís da Cruz; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 59 a 61.

185 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 353.

186 ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 75 e 76. De acordo com o autor, “a Jurisprudência prática e o Direito se referem à vida [...] e têm incidência sobre ela na medida em que, dia a dia, hora a hora, momento a momento, determinam os actos e omissões através dos quais nós construímos essa nossa vida”.

sua aplicação, conferindo um mínimo de segurança jurídica àqueles submetidos à norma. Quem legisla procura, dentro dos limites cognitivos de qualquer ser humano¹⁸⁷, antever as hipóteses pontuais e concretas que deseja ver afetadas pelo comando legal. Na síntese de GODOY, a técnica casuística caracteriza-se pela “antevisão e descrição, pelo legislador, da hipótese fática”¹⁸⁸.

Esse modelo “privilegia a especificação ou determinação dos elementos que compõem a *fattispecie*”, distinguindo-se dos demais métodos pelo “grau de detalhamento ou exatidão por meio do qual os supostos de fato são apresentados e descritos”. Há “prevalência do elemento descritivo, ocorrendo, por isso, uma tipificação de condutas no próprio texto legal”¹⁸⁹.

Assim, constrói-se uma estrutura linguística ampla o suficiente para que a toda e qualquer hipótese empiricamente verificada seja aplicada uma consequência jurídica concreta e específica. E a incidência da norma, neste caso, ocorre mediante a construção de um raciocínio lógico de *subsunção*.

Do ponto de vista estrutural, diz-se que as proposições jurídicas de conduta têm estrutura hipotética, formada por um antecedente lógico geral e abstrato (A_g) associado a uma consequência jurídica igualmente geral e abstrata (C_g)¹⁹⁰. Se, na esfera fática, ocorre um fato que possivelmente esteja no âmbito de aplicação da norma, o intérprete dele extrai um enunciado linguístico, uma proposição descritiva concreta e específica (A_c) contendo todos os elementos e requisitos para aplicação da norma jurídica. Caso se verifique que

187 Sobre o fenômeno da “racionalidade limitada do legislador”, v. DENOZZA, Francesco. Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale. In: **Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale**, Milão, v. 1, n. 2, p. 1-22, jan. 2013..

188 GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**: os novos princípios contratuais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 122.

189 MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 144.

190 Não se olvida da complexidade das proposições jurídicas de conduta e da participação das proposições de competência na formação do enunciado jurídico completo. Contudo, por não ser objeto do presente ensaio, não serão abordadas as proposições jurídicas incompletas, mas recomenda-se a leitura de LARENZ, Karl. *op. cit.*, pp. 359 a 370.

o enunciado concreto e específico está contido na hipótese geral e abstrata – ou seja, que A_c é um caso de A_g –, tem-se a “subsunção do fato à norma”. Em outras palavras, se há, em todos os casos em que a premissa geral se verifica, uma correspondente consequência jurídica, e se o caso concreto está amparado na descrição do suporte fático descrito no antecedente lógico da norma jurídica, aplica-se de modo concreto à hipótese específica a consequência jurídica prevista na lei (C_c). Em resumo, é possível traduzir esse esquema no simples silogismo abaixo¹⁹¹:

$$\begin{aligned} A_g &\rightarrow C_g \\ A_c &= A_g \\ A_c &\rightarrow C_c \end{aligned}$$

Tomemos como exemplo a norma contida no artigo 927, *caput*, do Código Civil. O dispositivo prevê que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem” (A_g) “fica obrigado a repará-lo” (C_g). Percebe-se que tanto o antecedente como o consequente do silogismo hipotético-normativo foram construídos com base numa generalidade intencional, a fim de que o comando possa ser aplicado a uma miríade de hipóteses concretas que preencham os requisitos gerais ali desenhados. Portanto, se, por exemplo, Caio pratica ato ilícito e, como resultado, causa um dano de dez mil reais a Mévio (A_c), observa-se que essa situação concreta cumpre todas as premissas contidas no antecedente lógico do artigo 927 ($A_c = A_g$), o que implica a incidência, *in casu*, de uma consequência jurídica específica, qual seja: Caio deve reparar o dano, pagando a Mévio a quantia de dez mil reais a título de indenização (C_c).

Pelo simples esquema lógico acima descrito, percebe-se que a generalidade da linguagem da lei é fundamental para que cumpra o seu papel de racionalização da aplicação do direito. A abstração da

191 LARENZ, Karl. *op. cit.*, pp. 380 a 383. Mais adiante, na página 387, LARENZ admite que o silogismo do início do capítulo não discrimina a consequência jurídica abstrata prevista na norma daquela concreta, aplicada ao caso concreto. Propusemos essa separação lógica na estrutura do próprio silogismo, como se observa no modelo proposto neste capítulo.

fattispecie serve para que não apenas Mévio seja indenizado por Caio, mas para todas as hipóteses em que alguém causar dano a outrem por meio de ato ilícito¹⁹². Ao mesmo tempo, a amplitude do tipo é controlada por meio da redação do dispositivo legal, para que sua aplicação seja restrita apenas às hipóteses desenhadas pelo legislador.

De modo geral, tem-se que o raciocínio de subsunção proporciona:

- [i] a aparência de uma tomada de decisão¹⁹³ mais distante do juízo subjetivo de cada julgador, proporcionando uniformidade na aplicação da Lei;
- [ii] do ponto de vista jurídico, segurança ao jurisdicionado; e
- [iii] do econômico, fornece melhores elementos à antevisão de riscos pelos agentes econômicos.

Trataremos destas duas últimas características mais adiante, mas, desde logo, é pertinente destacar que o modelo casuístico confere às decisões jurisdicionais, ao menos na esfera das aparências, certa neutralidade axiológica, privando a lei de ranços subjetivistas de seus aplicadores. A existência de um corpo de leis abstratas contribui para a despersonalização dos comandos. Não é o rei, o parlamento ou o juiz que mandam, mas sim a Lei. Trata-se da antiga ideia do *nomos basileus*, a universalidade de normas como o verdadeiro rei, uma noção que traduz apelo impessoal e objetivo, na tentativa de afastar da aplicação

192 Na dicção de SCHMITT: “Every rule, every legal norming, regulates many cases. It elevates itself above the individual case and above the concrete situation and thus has, as ‘norm’, a certain superiority and eminence above the mere reality and factual nature of the individual case, the changing situation, and the changing will of men” (SCHMITT, Carl. On the Three Types of Juristic Thought. **Contributions In Political Science: Global Perspective in History and Politics**, Londres, v. 397, n. 147, p. 49, jan. 2004).

193 A primeira tomada de decisões, em realidade, é feita pelo legislador ao decidir qual grupo de fatos regular e como descrevê-los. Como bem observa IRTI, “la giuridicità non è trovata, ma attribuita dalla norma” (IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. 5. ed. Roma: Laterza, 2003, p. 58).

da norma jurídica os elementos volitivos pessoais dos homens que estão por trás do processo legislativo e jurisdicional¹⁹⁴.

Contudo, justamente em virtude desse descolamento entre “a Lei” e “os homens”, o modelo de estruturação e aplicação do direito por meio do raciocínio de subsunção encontrar-se-ia em crise, no entender de MENEZES CORDEIRO. A seu ver, o pensamento dito “conceitualista” – ou seja, pautado na “redução do sistema a conceitos, com recurso simples à lógica formal” – implicaria um “irrealismo metodológico”, à medida que a criação de abstrações cada vez mais distancia a norma jurídica da realidade. A “fraqueza do processo juscientífico atual” estaria intimamente ligada à “necessidade de soluções reais”¹⁹⁵, razão pela qual seria necessário conferir maior abertura e maleabilidade ao sistema, mediante o fortalecimento de outra forma de se pensar e aplicar o Direito: a *avaliação*.

2. JUÍZO DE VALOR

Diante do acima exposto, percebe-se que o raciocínio de subsunção clássico exige que a norma jurídica a ser aplicada no caso concreto seja uma proposição lógico-hipotética completa, com um *antecedente* e um *consequente*, ambos gerais e abstratos. Todavia, nem sempre é possível vislumbrar no texto legislado uma redação que possibilite a formação do silogismo de subsunção, sobretudo em virtude:

[i] da vagueza da linguagem utilizada pelo legislador para a construção da regra; e/ou

194 De acordo com SCHMITT, “the normativist, thus, claims impersonal, objective justice against the personal choices of the decisionist and the feudal, *ständischen*, or other pluralisms of the orders. In all ages, it has been demanded that the law and not men should rule. [...] In the influential two-thousand-year stoic tradition it had further effectiveness through the definition of Chrysipp, that law is king, overseer, ruler, and master over morality and immortality, right and wrong. Likewise, the often-repeated antithesis of *ratio* and *voluntas*, *veritas* and *auctoritas*, supports the normativist demand for the rule of law as opposed to the rule of men” (SCHMITT, Carl. *op. cit.*, p. 49).

195 MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *op. cit.*, pp. 33 e 34.

[ii] da estrutura da proposição jurídica, que por vezes destoa do clássico esquema lógico-hipotético.

2.1. ENUNCIADOS VAGOS

A vagueza semântica consiste na “imprecisão do significado” de um termo ou expressão. Com efeito, “um termo ou enunciado é vago quando o seu uso apresenta, além de hipóteses centrais e não controversas [...], alguns casos-limite”¹⁹⁶.

Não se trata de uma indeterminação semântica absoluta. A vagueza é uma questão de *grau*¹⁹⁷. Para explicar essa ideia, MARTINS-COSTA coloca como exemplo a calvície. Quantos fios de cabelo uma pessoa deve ter na cabeça para que seja considerada calva? Certamente, existirá um grupo de hipóteses no qual haverá relativo consenso quanto à ausência ou à efetiva configuração da calvície, separadas por uma “zona cinzenta”, um grupo de casos nos quais haverá divergência, dúvida¹⁹⁸. Assim ocorre com as proposições jurídicas construídas com base em noções vagas.

Aplicando essa ideia especificamente às normas jurídicas, ENGISCH, citando as lições de PHILIPP HECK, ensina que a vagueza da linguagem da lei permite identificar nessas figuras normativas um *núcleo* conceitual, no qual “temos uma noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito”, e um *halo* conceitual, representando as situações em que há incertezas. “Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito”¹⁹⁹.

196 MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 149.

197 V. VELLUZZI, Vito. Osservazioni sulla semantica delle clausole generali. In: **Etica & Politica**, I, 2006, p. 7. Disponível em http://www2.units.it/etica/2006_1/VELLUZZI.pdf. Acesso em 23/11/2022. “Vaghezza di grado (o vaghezza sena specificazioni ulteriori): riguarda il significato, consiste nella difficoltà di poter riferire il significato di un termine ad alcuni casi, ovvero si tratta di una proprietà del significato e si intende che quel significato non può essere delimitato con precisione”.

198 MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 148.

199 ENGISCH, Karl. *op. cit.*, p. 209.

Por exemplo, a indeterminação de sentido da expressão “animais de pequeno porte” como um dos elementos necessários à configuração de construir tapumes prevista no artigo 1.297, §3º, do Código Civil²⁰⁰ liga-se a uma realidade fática, cabendo ao julgador, diante do caso concreto, a valoração sobre o cabimento ou descabimento de sua aplicação, mediante o uso de regras de experiência ou outros critérios²⁰¹. É certo que um elefante não é animal de pequeno porte, assim como haverá pouca controvérsia quanto ao fato de um hamster sê-lo. Contudo, há uma “zona de penumbra” em que haverá dúvida quanto ao enquadramento do animal em questão à categoria normativa, como pode acontecer com algumas espécies de cachorros, por exemplo.

MARTINS-COSTA ainda destaca, à luz dos ensinamentos de LUZZATTI, uma categoria específica de indeterminação semântica da linguagem: a *vagueza socialmente típica*, presente nas hipóteses em que a norma faz uso de

“expressões programaticamente vagas, verificáveis quando algum termo, segundo uma certa interpretação, exprime um conceito valorativo cujos critérios aplicativos não são sequer determináveis senão através de referência aos ‘variáveis parâmetros de juízo e às mutáveis tipologias da moral social e do costume’”²⁰².

200 “Art. 1.297. O proprietário tem direito a cercar, murar, valar ou tapar de qualquer modo o seu prédio, urbano ou rural, e pode constranger o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas. [...]”

§ 3º A construção de tapumes especiais para impedir a passagem de animais de pequeno porte, ou para outro fim, pode ser exigida de quem provocou a necessidade deles, pelo proprietário, que não está obrigado a concorrer para as despesas”.

201 MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, pp. 152 e 153.

202 MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, pp. 153 e 154.

Trata-se, em suma, de “valorações tipicizantes das regras sociais”²⁰³. Remete-se o julgador “a valores objetivamente assentados pela tipologia social [...] porque o legislador renunciou a determinar diretamente os critérios (ainda que parciais) para a qualificação dos fatos, fazendo implícito ou explícito reenvio a parâmetros variáveis no tempo e espaço”²⁰⁴. Essa modalidade de “reenvio” que se baseia na vagueza da linguagem da lei reflete a escolha deliberada do legislador de [i] ou delegar ao julgador a análise caso a caso de situação fática, [ii] ou enviar o intérprete a uma pauta axiológica cujo sentido é precisado socialmente.

De todo modo, fato é que a vagueza da linguagem impede a aplicação da norma por subsunção, uma vez que impossibilita a identificação, de plano, da compatibilidade entre uma proposição jurídica mais abrangente e abstrata, de um lado, e um caso específico e concreto, de outro. Com efeito, não há relação lógica de pura subsunção no raciocínio pelo qual o juiz declara a rescisão de um negócio jurídico por entender que a declaração negocial de uma das partes foi emitida “sob premente necessidade”, configurando lesão nos termos do artigo 157 do Código Civil. A abrangência semântica da expressão utilizada pelo legislador impõe que, no lugar de operar-se de plano a subsunção do fato à norma, o juiz deve, por meio de seu poder de jurisdição, declarar se o caso concreto é ou não um dos casos previstos no “enunciado elástico” da lei, com base nos critérios de valoração que entender aplicáveis.

2.2. VALORAÇÃO E ESTRUTURA DA PROPOSIÇÃO JURÍDICA

Ao lado da indeterminação semântica da linguagem, pode haver ainda um fenômeno estrutural que dificulta a aplicação da norma por meio da subsunção. Quando o “enunciado elástico” está presente numa proposição jurídica contendo um silogismo hipotético

203 *Ibidem*.

204 MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 154.

completo, a questão fica reduzida ao quanto já exposto acima sobre a vagueza da linguagem. Nesses casos, diz-se estar diante de “*conceitos jurídicos indeterminados*”²⁰⁵, ou seja, termos ou expressões, que se podem localizar tanto no antecedente como no conseqüente da proposição jurídica²⁰⁶, e cujo sentido carece de preenchimento por parte do julgador caso a caso²⁰⁷. A indeterminação semântica aparece atrelada a uma situação fática (*conceito indeterminado descritivo*) ou jurídica (*conceito indeterminado normativo*)²⁰⁸⁻²⁰⁹. Em ambos os casos, o suporte fático precisa ser valorado caso a caso, uma vez que a vagueza é característica da linguagem que constitui um dos dois elementos da estrutura hipotética da norma.

Contudo, há proposições jurídicas que não foram formuladas com base no raciocínio hipotético, tendo o legislador deixado a cargo do julgador o preenchimento da estrutura da norma, ou seja, a fixação da consequência jurídica mediante um juízo de valor sobre a pauta

205 GRAU aduz ser uma falácia a expressão “conceito jurídico indeterminado”, por entender, em síntese, que todo conceito é uma soma de ideias, por definição. A partir do momento em que o conceito perde sua determinação, deixa de ser conceito. Portanto, nas palavras do Professor, “a ‘indeterminação dos conceitos’ não é deles, mas sim dos termos que os expressam. Ainda que o termo de um conceito seja indeterminado, o conceito é signo de uma significação determinada. E de uma apenas significação” (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 146 e 147). A nota terminológica de GRAU dialoga diretamente com o quanto exposto acima acerca da vagueza da linguagem. A nosso ver, a expressão “conceito jurídico indeterminado” parece clara no sentido de a “indeterminação” não estar atrelada ao conceito, mas sim à vagueza semântica da linguagem que o expressa. Essa sim que dificulta o raciocínio de subsunção, uma vez que a linguagem não permite, por si só, identificar se o caso concreto está contido na previsão abstrata, carecendo, portanto, de valoração.

206 Nos dizeres de ENGISCH, “os conceitos indeterminados podem aparecer nas normas jurídicas não só na chamada ‘hipótese’ como ainda na ‘estatuição’” (ENGISCH, Karl. *op. cit.*, p. 210).

207 MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *op. cit.*, pp. 1178 e 1179.

208 ENGISCH, Karl. *op. cit.*, p. 210 a 214.

209 ENGISCH ainda distingue duas modalidades de conceitos indeterminados normativos. A seu ver, a categoria refere-se, em primeiro lugar, àqueles que, “contrariamente aos conceitos descritivos, visam dados que não são simplesmente perceptíveis pelos sentidos ou percepçionáveis, mas que só em conexão com o mundo das normas se tornam representáveis e compreensíveis”. Do outro lado, a expressão designa as hipóteses que carecem de “uma valoração para aplicar, no caso concreto, um conceito normativo” (ENGISCH, Karl. *op. cit.*, p. 212 e 213).

axiológica cunhada na norma legislada. Trata-se, aqui, das ditas “cláusulas gerais em sentido estrito”, que se diferenciam dos conceitos jurídicos indeterminados não pela linguagem utilizada em sua formulação (uma vez que ambos são espécies do gênero “enunciados elásticos”), mas sim pela estrutura normativa prevista pelo legislador. Com efeito, no caso das cláusulas gerais *stricto sensu*, o julgador deverá não apenas valorar o termo ou expressão dotado de indeterminação semântica, mas também preencher a estrutura da norma, tratando-se, em ambos os casos, de juízo de valor. Nessa hipótese, é o juiz quem define os efeitos da norma no caso concreto, “ou, se estes já vierem indicados, qual a graduação que lhes será conferida [...], à vista das possíveis soluções existentes no sistema”²¹⁰.

Tome-se como exemplo a cláusula geral de boa-fé objetiva²¹¹, disposta no artigo 422 do Código Civil²¹². A norma, ao preceituar que os contratantes têm o dever de agir em conformidade com “os princípios de probidade e boa-fé”, não comina sanção para a sua inobservância por parte dos particulares. Cabe ao Judiciário *valorar*, isto é, *preencher* a norma tal como lhe foi delegado pelo legislador.

Essa valoração assume duas facetas distintas, mas complementares, que merecem maior detalhamento.

Em primeiro lugar, valoração significa uma *tomada de posição*. Trata-se da aprovação ou desaprovação de condutas pelo julgador, com base em critérios fluídos e, via de regra, dotados de alta carga

210 MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, pp. 158 e 159.

211 A definição que melhor traduz a abrangência da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro é a de MORSELLO: “o princípio da boa-fé objetiva, ora erigido em nosso sistema ao status de efetiva cláusula geral, é uma regra de conduta que consiste no dever de agir de acordo com os padrões (*standards*) socialmente reconhecidos de lisura e lealdade escudada em deveres de lealdade, confiança, probidade e transparência, dando azo, outrossim, ao nascedouro dos deveres anexos ou laterais de ampla informação e esclarecimentos, com aplicação não só na fase de execução do contrato, como também naquela pré e pós-contratual” (MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos existenciais e de lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 299).

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

axiológica. A valoração, como escolha de uma dentre as posições possíveis, reflete a noção exposta acima segundo a qual, devido à vagueza da linguagem utilizada na formulação da norma, o julgador, mediante ato jurisdicional, decide enquadrar ou não o caso concreto ao enunciado normativo elástico. Essa ideia é referendada tanto por entusiastas do método das cláusulas gerais²¹³ como por aqueles que têm ressalvas em relação a ele²¹⁴. Isso não significa, no entanto, que não haja divergências acerca dos critérios que devam ser seguidos pelo julgador ao decidir o caso concreto por meio de juízos de valor, o que nos remete ao segundo aspecto característico da valoração.

Com efeito, pedindo escusas pela tautologia, “juízo de valor” significa *decidir com base em valores*²¹⁵. Isso implica afirmar que o legislador, ao lançar mão de normas construídas com base no modelo das cláusulas gerais em sentido amplo, confere um mandato ao juiz ou ao árbitro para que decidam com base em uma pauta axiológica designada na lei. Significa “a imposição de um reenvio ao operador, determinado pela norma, e para a complementação de seu significado, a critérios não definidos no enunciado da cláusula geral, como estaria descrito em regra do tipo casuístico”²¹⁶⁻²¹⁷.

Mas quais critérios seriam esses e onde encontrá-los? Por se tratar de pauta axiológica, haveria remissão, pela proposição jurídica legislada, a normas “extrajurídicas” ou “metajurídicas” como critérios de julgamento? LARENZ aduz que “só algumas das

213 Conforme leciona LARENZ, “por ‘valorar’ ou ‘avaliar’ deve entender-se, em primeiro lugar, um acto de tomada de posição. O objecto a avaliar será julgado como apetecível ou despiciendo, meritório ou não meritório, preferível a outro ou secundário em relação a ele” (LARENZ, Karl. *op. cit.*, p. 408).

214 IRTI, criticando o modelo jurídico das cláusulas gerais, aponta que “il giudizio secondo valori non è propriamente giudizio, che assegni un predicato a un soggetto, ma presa di posizione dinanzi ad un episodio di vita” (IRTI, Natalino. **Un diritto incalcolabile**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2016, p. 10).

215 LARENZ entende que “a tarefa do jurista é precisamente a ‘materialização’ das valorações. Incumbe-lhe, por isso, um valorar ligado a princípios jurídicos com a ajuda de um pensamento ‘orientado a valores’” (*op. cit.*, p. 410).

216 GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *op. cit.*, p. 122.

217 Na mesma linha, MARTINS-COSTA diz que as cláusulas gerais em sentido amplo impõem a “remissão a um *standard* e/ou a realidades valorativas” (*op. cit.*, p. 146).

denominadas ‘cláusulas gerais’ contêm algo como uma remissão a normas extrajurídicas, dadas noutra lugar”, o que ocorreria no caso da noção de “bons costumes” ou outras referências à moral social, por exemplo²¹⁸. Contudo, independentemente de haver ou não remissão, a pergunta permanece: a fundamentação do ato jurisdicional pautada em juízo de valor pode reportar apenas ao entendimento do juiz acerca do conteúdo daquele princípio social ou valor de natureza extrajurídica acolhido pela norma?

Segundo MARTINS-COSTA, “o intérprete deve atentar a essas pautas, a fim de concretizá-las em forma generalizante, isto é, com a função de uma tipologia social”, e são os elementos intersistemáticos e extrassistemáticos aos quais o juiz é remetido que devem fundamentar a sua decisão²¹⁹. A cláusula geral não é carta-branca para que o juiz ou árbitro julgue com base no seu próprio critério de justiça ou na sua percepção subjetiva do significado do valor ético ou moral esculpido na norma jurídica²²⁰.

Deixada de lado, por ora, a polêmica sobre se o julgamento com base em juízos de valor seria ou não dotado de alta carga de subjetivismo e se corresponde a um arbítrio delegado ao aplicador²²¹, fato é que, como não se trata do modelo típico de aplicação ao caso concreto do regramento previsto às hipóteses amplas e abstratas, há a necessidade de um ato de vontade que ligue o fato à norma. Mais do que isso, quem valora não é qualquer do povo, mas sim um juiz ou árbitro no exercício do seu poder de jurisdição. Enquanto a realização

218 LARENZ, Karl. *op. cit.*, p. 407.

219 MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, pp. 173 e 174. Segue a Professora sustentando que “os elementos extrassistemáticos ou intersistemáticos a que é o juiz direcionado pelo reenvio fundamentarão a decisão, motivo pelo qual esses fundamentos, uma vez reiterados no tempo, alcançarão uma relativa abstração que, por sua vez, viabilizará a ressystematização destes elementos originariamente inter e extrassistemáticos no interior do Ordenamento jurídico”.

220 “[D]iante de uma cláusula geral, não se permite ao aplicador apenas justificar a criação da regra do caso concreto pelo que ele considera justo, a pretexto de que tanto autorizado pelo reenvio a critérios extrajurídicos, puramente éticos ou morais, como se eles se desenvolvessem à margem do direito” (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *op. cit.*, p. 124).

221 Essa discussão será abordada mais adiante.

do direito material por meio da subsunção pode ser concebida como *ato de conhecimento dos indivíduos*, a valoração é necessariamente a aplicação da lei por *ato de vontade do intérprete-aplicador*, que deve necessariamente estar imbuído de *jurisdição*.

Refere-se, aqui, à noção basilar de jurisdição, em especial ao seu escopo jurídico. Tradicionalmente, ela é concebida como uma manifestação do *poder estatal*, exercido em *função* da pacificação de conflitos interindividuais e por meio do “complexo de atos do juiz ou do árbitro no processo” (*atividade*)²²². Seu escopo jurídico traduz a garantia de que “o direito material seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade e a paz e a ordem na sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado”²²³⁻²²⁴. Como o juízo de valor visa à concretização, ou até à verdadeira construção da norma no caso concreto, é imprescindível que seja realizado por quem detém poderes para tanto. A valoração está adstrita aos contornos do litígio, e é a sua delimitação que define não apenas a atuação do julgador no exercício de seu poder de jurisdição, mas principalmente os elementos com base nos quais o aplicador dará concretude ao enunciado elástico da hipótese específica que for submetida ao seu escrutínio.

Nesse sentido, a aplicação do direito por meio de juízos de valor alinha-se às ideias defendidas por GRAU, de acordo com quem “a norma é construída, pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do direito”. O conceito de “norma jurídica”, para o autor, liga-se à norma de decisão, que é formulada apenas (i) pelo juiz

222 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 149.

223 *Ibid.*, p. 151.

224 O árbitro, assim como o juiz, possui poderes para efetivação do escopo jurídico da jurisdição, isto é, para realização do direito material no caso concreto, com definitividade, apesar de haver limites à sua atuação. Conforme leciona DINAMARCO, “o poder do árbitro só se configura como capacidade de decidir com eficácia vinculante para as partes, sem dispor do imperium exclusivo dos agentes estatais e sem ter a capacidade de impor decisões (ou seja, de executar ou efetivar medidas constritivas); mas, nessa medida, é poder e é jurisdição” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 47).

e (ii) para solucionar um caso concreto²²⁵, e a interpretação seria o instrumento pelo qual o julgador (e apenas ele²²⁶) concretiza o direito positivo²²⁷.

Ao contrário do que ocorre no método casuístico – que é calcado na descrição prévia das hipóteses normativas pelo legislador –, as cláusulas gerais não se aplicam por simples recurso lógico. Isso, além de impactar a segurança jurídica e a previsibilidade do conteúdo dos provimentos jurisdicionais (como veremos mais adiante), distancia a hermenêutica jurídica de contornos *técnicos* ou *científicos*, aproximando a interpretação do direito ao campo da *prudência*²²⁸.

Ao menos no caso dos enunciados elásticos, a proposição jurídica não se submete ao crivo da veracidade, do acerto ou desacerto da decisão judicial. O intérprete-aplicador, por meio de seu juízo de valor, analisa se seu provimento é *adequado* e justificável²²⁹. Disso decorre que não há apenas um resultado tecnicamente correto para a valoração num determinado caso concreto, e, uma vez que há a possibilidade de

225 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 29. Para GRAU, a interpretação da norma sempre se dá diante de caso concreto, seja este real ou fictício.

226 De acordo com GRAU, apenas o juiz – o intérprete autêntico – “realiza plenamente o processo de interpretação, até o seu ponto culminante, que se encontra no momento da definição da norma de decisão” (*Ibid.*, p. 28).

227 Conforme leciona GRAU, interpretar é “dar concreção (= concretizar) ao direito. Neste sentido: a interpretação (= interpretação/aplicação) opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e a sua aplicação particular; em outros termos ainda: opera a sua inserção na vida” (*Ibid.*, p. 38).

228 V. GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 10. Ed. São Paulo: Malheiros, 2021, pp. 63 a 67. Segundo GRAU, “a prudência é uma disposição [capacidade], acompanhada de razão, capaz de agir na esfera do que é bom ou mau para um ser humano” (*Ibid.*, p. 64).

229 Trata-se da ideia defendida (de um modo mais amplo do que o ora proposto) por GRAU: “a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao direito; no direito há apenas o aceitável (justificável). O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução” (*Ibid.*, p. 39). Importante ressaltar que o Ilustre Professor defende a extensão dessa forma de se pensar metodologicamente a todo o Direito, o que é algo muito além do que ora se propõe. Para os fins deste trabalho, basta a verificação do impacto que as estruturas dos diferentes juízos (de valor e de subsunção) produzem sobre não apenas a forma como se enxerga a hermenêutica jurídica, mas também o Direito e sua relação com a clássica tripartição do conhecimento entre *ciência*, *prudência* e *técnica*.

se tratar casos similares com réguas distintas a depender do juiz que o analisa, observa-se que o método do juízo de valor traz consigo certo nível de insegurança em sua aplicação.

3. CLÁUSULAS GERAIS, SEGURANÇA JURÍDICA E SISTEMA

A ordem jurídica do mercado, fundada na autonomia privada, necessita de *segurança jurídica* para operar com lisura. Diante da impossibilidade fática de se antever o futuro, o Direito busca reduzir a margem de insegurança, e o faz por meio da tipificação de um grupo de possíveis situações que provavelmente podem ocorrer, determinando, de modo geral e abstrato, o regramento que deve ser observado nessas hipóteses. Portanto, há, por meio da delimitação normativa de condutas, um “cálculo de probabilidade” de determinado fato ocorrer, antevendo-lhe a consequência jurídica e, por conseguinte, permitindo aos indivíduos uma margem de segurança sobre o futuro, sobre a forma como o direito será aplicado nessas eventuais situações²³⁰. Isso é fundamental para o momento de negociação das premissas que pautarão as relações contratuais privadas, sobretudo aquelas interempresariais.

Com efeito, se na seara empresarial o substrato real do contrato (leia-se: aquilo que lhe dá causa) é a operação econômica²³¹, e se a negociação dessa operação econômica pauta-se em análise de

230 IRTI, Natalino. **Un diritto incalcolabile**. Turim: G. Giappichelli Editore, 2016, pp. 20 e 21. O autor aduz que: “il diritto si affida a un calcolo di probabilità, un calcolo del grado di possibilità degli eventi, che esso decide di regolare. Questa scelta, questa selezione di eventi probabili, sta alla genesi di ogni norma o gruppo di norme. E, poiché gli eventi sono soltanto probabili, e dunque privi di qualsiasi determinatezza (non hanno né nome né volto, né tempo né luogo), ecco che il diritto si trova d'ordinario nella necessità di tipizzarli, di considerarli in modo astratto e generale. [...] Queste caratteristiche, che ormai da secoli si attribuiscono alla legge, sono strumenti di un viaggio verso il futuro: tentativo di contrastare l'imprevedibile mediante il calcolo di probabilità”.

231 A ideia de que o contrato é o revestimento jurídico de uma operação econômica é comumente atribuída a ROPPO. De acordo com o autor, “as situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de operação econômica. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, direta ou indiretamente – para a ideia

riscos²³², certamente um dos elementos a serem considerados pelas partes na contratação são os limites impostos pela ordem jurídica à autonomia privada, bem como a certeza e a previsibilidade sobre as consequências aplicadas pelos julgadores às potenciais condutas dos agentes econômicos. E, nesse cenário, as normas aplicadas por meio de valoração estruturalmente constituem óbice à antevisão completa dos riscos do negócio, uma vez que essa forma de raciocínio jurídico não se baseia na descrição prévia da *fattispecie*, mas na concreção caso a caso a partir de parâmetros fluidos.

A doutrina tradicional das cláusulas gerais, atenta à necessidade de se maximizar a segurança jurídica na aplicação dessas normas, recomenda duas providências a serem tomadas pelo ordenamento: [i] a consolidação de uma cultura de respeito ao precedente e [ii] a técnica do julgamento por grupos de casos.

Por meio de sua função *interpretativa* (servindo como guia hermenêutico para os julgadores que vierem a deparar-se com casos semelhantes) e *imperativa* (ordenando a observância dos critérios de julgamento por ele fixados, em obediência hierárquica, ou vinculação formal), o precedente seria ferramenta destinada a conferir ao ordenamento jurídico “bases mínimas de controlabilidade, previsibilidade e segurança”²³³. Se é verdade que a correta aplicação do Direito confere a mesma solução a casos idênticos²³⁴, a decisão anterior, que lança os parâmetros para a concreção do enunciado elástico naquele caso concreto, deve servir de base para os julgadores

de operação econômica” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. port. COIMBRA, Ana; GOMES, M. Janeiro C. Coimbra: Almedina, 2009, p. 8).

232 Como apontado por FORGIONI, “as contratações empresariais envolvem riscos, ou seja, a possibilidade de que, por razões previsíveis ou imprevisíveis, restem frustradas as expectativas que orientaram a conclusão do negócio. [...] Por vezes, as empresas valem-se do contrato para disciplinar a forma de divisão dos riscos” (FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, pp. 153 a 155).

233 MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 185.

234 No entender de LARENZ, seria “um postulado fundamental da justiça que ‘casos iguais’ devem ser tratados de modo igual” (*op. cit.*, p. 411).

que se depararem com as mesmas circunstâncias reunidas em outros casos.

Com a identificação dos pontos fáticos centrais que ensejaram a concretização do enunciado elástico de tal ou qual forma, também é possível o agrupamento de julgados, de modo a consolidar por via jurisprudencial esse entendimento, a fim de se conferir maior segurança jurídica à aplicação da norma. Trata-se de uma forma de “complementação judicial do sistema jurídico” que acaba por reduzir a margem de discricionariedade deixada ao julgador em virtude de característica estrutural da norma²³⁵.

Por meio do agrupamento de casos, não apenas o sentido abstrato da cláusula geral ficaria mais evidente, mas também se abriria margem à possibilidade de segmentação do instituto na forma de *figuras parcelares* observadas empiricamente a partir da repercussão de precedentes, com o consequente agrupamento de decisões em sua órbita²³⁶. Dessa maneira, a repetição permite a consolidação de estruturas decisórias, fenômeno que, no caso específico da cláusula geral de boa-fé objetiva, possibilitou a criação de “subcláusulas gerais” como a *surrectio* e o *venire contra factum proprium*, por exemplo²³⁷.

Contudo, essas técnicas para conferir maior coerência à aplicação dessas normas apenas amenizam o problema genético da insegurança jurídica. Sempre haverá uma margem irreduzível de incerteza que permeará a concreção dessas pautas axiológicas caso

235 V. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *op. cit.*, p. 1191. Acerca da cláusula geral de boa-fé objetiva, o autor sustenta que “a repetição de julgados permite reduzir a margem de discricionariedade, focando pontos de referência essenciais, afastando outros, e conduzindo, em última análise, à complementação judicial do sistema”.

236 É o que LARENZ chama de “pontos de vista valorativos mais especiais”, obtidos por meio da reiteração de certas circunstâncias que acabam servindo como parâmetro para orientar a concreção dos enunciados elásticos (*op. cit.*, p. 412).

237 No entender de MENEZES CORDEIRO, “a dogmatização das soluções particularísticas [...] leva, pelo contrário, à sua tipificação. A repetição de julgados e o seu estudo permite descobrir a presença de estruturas de decisão, sempre repetidas e o reaparecimento dos mesmos valores e pontos de referência” (*op. cit.*, pp. 1193 e 1194).

a caso²³⁸, o que gera a preocupação de muitos com a desfiguração das cláusulas gerais em virtude do uso excessivo dessas técnicas²³⁹.

Isso porque o atendimento à função subjacente a esses enunciados elásticos de base valorativa demanda certo grau de maleabilidade em sua aplicação. Lembre-se: o método das cláusulas gerais, como política legislativa, visa à abertura do sistema jurídico, delegando-se o preenchimento de parte do conteúdo da norma aos julgadores no momento da apreciação de cada caso concreto²⁴⁰. Ou, de maneira mais simples, é possível afirmar que existe uma série de fatores a orientar a decisão do legislador de usar o método casuístico ou enunciados elásticos. Diante do viés da racionalidade limitada do legislador, a escolha pela forma casuística ou por enunciados elásticos varia conforme, por exemplo²⁴¹: [i] a quantidade e certeza sobre os suportes fáticos abarcados, [ii] o custo para a análise/antevisão preventiva da *fattispecie*, [iii] a importância atribuída à certeza aplicativa da norma etc.

Independentemente da razão de ser por trás das cláusulas gerais, fato é que sua estrutura (leia-se: o juízo por meio da qual se faz valer a regra no caso concreto) constitui entrave natural à satisfação do *standard* de segurança jurídica que se espera de um sistema preocupado com o bom fluxo de relações econômicas. Se o núcleo da norma densifica-se apenas quando de sua aplicação a determinado conjunto de fatos, abre-se margem ao subjetivismo das decisões. Nas palavras de IRTI, “*le clausole generali sono trasferibili da uno ad altro clima politico, possono riempirsi di etica capitalistica degli affari o di interessi totalitari del popolo, e, insomma, si offrono ad ogni uso e ad ogni manipolazione*”²⁴².

238 V., por exemplo, LARENZ, Karl. *op. cit.*, p. 413 e MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *op. cit.*, pp. 1193-1195.

239 Tal como relatado por MARTINS-COSTA, alguns autores “alertam para o fato de as cláusulas gerais, ‘pelo irrestrito emprego do método de grupo de casos’, passarem a ser operadas por uma automática, simplificada e redutora subsunção” (*op. cit.*, p. 188).

240 V. GARBI, pp. 75-83. Fala-se também em uma função de promover certos valores em nível social, cf. MORSELLO, Marco Fábio. *op. cit.*

241 Cf. DENOZZA, Francesco. *op. cit.*

242 IRTI, Natalino. *op. cit.*, pp. 8 e 9. De acordo com o autor, haveria “l’irruzione di criteri di giudizio, che non si richiamano alla logica sussuntiva della fattispecie e offrono

A sentença baseada em juízo de valor, de acordo com o autor italiano, seria simples tomada de posição em relação a uma situação da vida, ou seja, uma decisão fundamentada em si própria, privando a atividade jurisdicional de qualquer vínculo metodológico²⁴³.

Como, no âmbito das avenças interempresariais, a segurança jurídica e a previsibilidade da aplicação do direito são elementos fundamentais ao cálculo de risco dos agentes econômicos no momento da contratação, o risco estrutural à “calculabilidade”²⁴⁴ do sistema aumenta os custos de transação e, por conseguinte, atua como força contrária ao azeiteamento do fluxo de relações econômicas. Se a decisão judicial fundada em valoração guarda consigo certo nível de imprevisibilidade, impede-se que o investidor possa ter razoável margem de certeza sobre o modo como os termos por ele avençados serão interpretados pelo juiz com base em critérios axiológicos demasiadamente fluídos²⁴⁵.

Nesse cenário, parece-nos haver duas principais formas de conciliar, de um lado, as demandas advindas das funções subjacentes à aplicação das cláusulas gerais e, do outro, a necessidade de se garantir segurança e previsibilidade às avenças empresariais.

A *primeira* consiste em enxergar as cláusulas gerais como normas de aplicação subsidiária em relação a eventuais disposições casuísticas. O raciocínio ora proposto se embasa nas mesmas premissas que pautam a tradicional regra de solução de antinomias de acordo com a qual a lei especial prevalece sobre a geral (*lex specialis*

immediata risposta alle situazioni di vita. Criteri, che riposano, non più sull'oggettività di norme calcolabili, ma sull'incontrollabile soggettivismo della decisione”.

243 *Ibid.*, p. 11. Segundo IRTI, “un giudizio senza legge, dalla quali si traggano i criteri di distinzione fra ragione e torto, colpevolezza o innocenza, è piuttosto pura e nuda decisione, che ha fondamento in se stessa. [...] Il soggettivismo, intuizionistico e vitalistico, scioglie l'interprete da ogni vincolo metodologico. Siamo qui al 'come' del mestiere giuridico”.

244 A palavra, apesar de não existir na língua portuguesa, designa com maior precisão o significado do termo utilizado por Natalino IRTI (“*calcolabilità*”).

245 V. IRTI, Natalino. *op. cit.*, p. 15. *In verbis*: “la perdita della calcolabilità impedisce al capitalista di far conto su ciò che verrà, ossia di considerare il futuro giuridico fra le ragioni delle proprie scelte”.

derrogat generali)²⁴⁶. De fato, se é verdade que “*in toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est*”²⁴⁷, as situações previamente reguladas pelo legislador por meio da construção de suportes fáticos gerais e abstratos com contornos preestabelecidos deve prevalecer sobre a aplicação de amplos deveres de conduta sem a prévia descrição pormenorizada das hipóteses de incidência.

Por mais que se possa sustentar a inexistência de um efetivo conflito aparente de normas (uma vez que o conteúdo das cláusulas gerais só pode ser precisado à luz dos elementos de cada caso concreto pelo juiz), fato é que o legislador, ao determinar a aplicação de certa consequência jurídica a um grupo selecionado de situações, afastou a hipótese de atribuição de amplos limites de valoração ao juiz. Apesar de não se afastar a função interpretativa comumente atribuída às cláusulas gerais, é máxima conhecida em matéria hermenêutica que a atividade do intérprete deve ater-se aos limites semânticos permitidos pelo texto escrito. Não pode o juiz reescrever a norma casuística para que ela passe a significar aquilo que resultar de sua valoração individual, transbordando os limites desenhados pelo legislador ao elaborar a disposição casuística. Na dicção de LARENZ, “o intérprete só quer fazer falar o texto, sem acrescentar ou omitir o que quer que seja”²⁴⁸. Por mais que a pauta axiológica subjacente às cláusulas gerais

246 Sobre essa regra, v. BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del diritto**. Turim: G. Giappichelli Editore, 1993, pp. 220 e 221. De acordo com o autor, “il passaggio da una regola più estesa (che abbraccia un certo *genus*) ad una regola derogatoria meno estesa (che abbraccia una *species* del *genus*) corrisponde ad una fondamentale esigenza di giustizia, intesa come egual trattamento delle persone che appartengono alla stessa categoria. Il passaggio dalla regola generale a quella speciale corrisponde ad un naturale processo di differenziazione delle categorie, e ad una graduale scoperta, da parte del legislatore, di questa differenziazione. Avvenuta o scoperta la differenziazione, il persistere nella regola generale importerebbe il trattamento eguale di persone che appartengono a categorie diverse, e quindi un’ingiustizia”.

247 Fragmento de Papiniano (D, liv. 50, tít. 17, frag. 80). Cf. tradução de MAXIMILIANO, “em toda disposição de Direito, o gênero é derogado pela espécie, e considera-se de importância preponderante o que respeita diretamente à espécie” (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 173).

248 LARENZ, Karl. *op. cit.*, p. 441.

seja um dos elementos a serem levados em consideração pelo aplicador do Direito, não pode servir de base para a total desconfiguração da norma.

A *segunda* maneira de compatibilizar a aplicação das cláusulas gerais às demandas sistêmicas do modo de produção capitalista é imprimir-lhes uma concreção coerente com a *função econômica* da avença. Isso porque a positivação de *standards* de solidariedade social e colaboração não pode, em relação aos contratos interempresariais válidos e eficazes, cobrar de agentes econômicos um comportamento irreal, “fingindo a existência de um sistema que, na realidade, não existe”²⁴⁹. Pelo contrário, sua aplicação deve ser balizada pelos padrões definidos pelos usos e costumes de mercado²⁵⁰.

Nesse sentido, FORGIONI leciona que, no âmbito do direito comercial, “agir de acordo com a boa-fé significa adotar o comportamento jurídica e normalmente esperado dos ‘comerciantes cordatos’, dos agentes econômicos ativos e probos em determinado mercado [...], sempre de acordo com o direito”. Trata-se de “linha determinável e determinada de conduta” empiricamente observável, livre de rasgos subjetivistas²⁵¹.

Ao ater-se aos padrões de mercado reproduzidos pelos agentes econômicos que neles atuam, o conteúdo da cláusula geral passa a contribuir para a redução dos custos de transação, não mais representando um risco do subjetivismo das decisões. Com efeito, conforme sustentado por FORGIONI²⁵²,

249 Cf. brilhante exposição de DENOZZA: “posto che nessuno, credo, può in buona fede sostenere che l’attuale disciplina legislativa (italiana e, soprattutto, europea) dei rapporti economici privati sia ispirata da principi di solidarietà sociale, in qualunque modo intesi, non sembra operazione giuridicamente corretta quella di interpretare clausole generali come correttezza e buona fede in una direzione che le pone in rotta di collisione con i valori del mercato che informano la disciplina specifica, senza spiegare come le due prospettive si possano coordinare e fingendo sostanzialmente l’esistenza di un sistema che in realtà non esiste” (*op. cit.*, pp. 18 e 19).

250 Lembre-se que o próprio art. 113, *caput*, do Código Civil brasileiro colocam a boa-fé objetiva no mesmo nível dos “usos do lugar de sua celebração” como vetor hermenêutico.

251 FORGIONI, Paula A. *op. cit.*, pp. 129 e 130.

252 *Ibid.*, pp. 133 e 134.

“os *momenti etici* [*Treu und Glauben, bona fides*] ou *market ethics* ampliam o grau de impessoalidade [ou objetivação] no mercado, pois possibilitam que os agentes econômicos dispensem menor atenção às características específicas/subjetivas da outra parte, concentrando-se na operação econômica em si”.

Na mesma linha, observa-se que a garantia da objetividade na aplicação das cláusulas gerais está intimamente ligada à defesa da máxima *pacta sunt servanda*²⁵³. De fato, a primeira manifestação de retidão e probidade é a daquele que cumpre aquilo que livremente avençou. No caso específico da boa-fé, FRIED sustenta que, concebida como “*honesty in fact*”, essa pauta axiológica deve ser concebida como manifestação da crença liberal na objetividade dos fatos, na autonomia privada e na importância da garantia de cumprimento da palavra empenhada²⁵⁴. Não diria respeito a anseios de justiça distributiva ou altruísmo, característicos das relações de direito de família, mas sim a um padrão de comportamento esperado de vínculos comerciais por meio dos quais agentes econômicos de porte, no livre exercício de sua autonomia privada²⁵⁵.

CONCLUSÃO

Emsíntese, a estrutura do raciocínio jurídico de subsunção melhor se adequa às demandas dos agentes econômicos por “calculabilidade”. Os juízos de valor, aplicados aos contratos empresariais, podem

253 Vale lembrar a função econômica da regra insculpida no antigo brocardo. Conforme lição de FORGIONI, “a força obrigatória dos contratos viabiliza a existência do mercado, coibindo o oportunismo indesejável das empresas” (*Ibid.*, p. 111).

254 FRIED, Charles. **Contract as promise: a theory of contractual obligation**. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015, p. 78, tradução livre. No original, “good faith as honesty may be viewed as a manifestation of the liberal belief in the objectivity of facts, in individual autonomy, and in the importance of keeping one’s word”.

255 *Ibid.*, pp. 76 e 77. De acordo com o autor, “the parties’ duties to each other are just those they have assumed and no more. The model of the altruistic relation is the family, contrasted to the harsh individualism of commercial relations”.

trazer consigo insegurança e imprevisibilidade, de modo que se faz necessário refletir acerca de soluções para conciliar, num sistema capitalista, [i] a pauta axiológica das cláusulas gerais e [ii] a garantia de um mínimo de certeza quanto à aplicação do direito contratual, de forma a minimizar os custos de transação e azeitar o fluxo de relações econômicas.

A proposta parte de uma necessária clivagem entre os contratos *existenciais*, de um lado, e aqueles com *escopo de lucro*, do outro. Como aduzido por MORSELLO, a preponderância dos princípios sociais contratuais nas relações interempresariais teria impactos econômicos claros, disseminando “risco negocial ao corpo social”²⁵⁶. Por essa razão, a densificação dos valores contidos nas cláusulas gerais não pode se dar da mesma maneira em relações existenciais (como contratos de consumo) e em avenças empresariais.

Por fim, é preciso esclarecer que não se nega a importância dos valores para o direito comercial. Pelo contrário, as cláusulas gerais na seara empresarial desempenham o papel de fixar o padrão de comportamento esperado dos agentes econômicos no ambiente de mercado²⁵⁷. A preservação da retidão de conduta pautada no que se observa da prática negocial “diminui os custos de transação, facilitando os negócios e estimulando o fluxo de relações econômicas”²⁵⁸. A pauta axiológica no direito comercial, desde que objetivada pelo mercado (leia-se: “formada pela prática comercial de determinado ambiente institucional”²⁵⁹) não apenas cumpre o papel de controle de

256 MORSELLO, Marco Fábio. *op. cit.*, pp. 306 e 307. Segundo o professor, a preponderância dos princípios sociais contratuais nas relações interempresariais “teria o condão de obstaculizar a célere circulação de bens e serviços e a riqueza proveniente da livre-iniciativa, de modo que impõe-se demonstração de maior peso ao princípio da autonomia privada, quando cotejado com os novos princípios sociais, sendo relevantes a análise econômica e sua repercussão negativa em eventual *spreading* do risco negocial ao corpo social”.

257 FORGIANI, Paula Andrea. *op. cit.*, p. 129 (sobre a boa-fé objetiva no direito comercial).

258 *Ibidem*.

259 *Ibid.*, p. 135.

comportamentos (no lugar de simples condutas)²⁶⁰, como não periclita a previsibilidade necessária ao tráfico mercantil, uma vez que o *standard* surge do mercado e para o mercado, e não de subjetivismos particulares de julgadores.

O que se espera da valoração, na seara do direito comercial, é transparência, segurança e previsibilidade²⁶¹, que podem, a nosso ver, ser alcançadas por duas vias: [i] reconhecendo-se a prevalência das normas casuísticas sobre as cláusulas gerais, em virtude das regras clássicas de interpretação e aplicação do Direito, e [ii] concebendo-se a *função econômica* do contrato empresarial e a prática negocial como elementos orientadores e limitador do raciocínio de valoração e da aplicação desses enunciados elásticos.

260 V. DENOZZA, Francesco. *op. cit.*

261 Cf. DENOZZA, Francesco. *op. cit.*, p. 19. “Se ci si pone l’obiettivo di una maggiore trasparenza delle valutazioni e degli interessi coinvolti nelle valutazioni stesse, piuttosto che la (ri)proposizione di orientamenti in fondo moralistici, penso che la strada da percorrere sia invece quella di una critica puntuale delle posizioni dell’analisi economica del diritto”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria generale del diritto**. Turim: G. Giappichelli Editore, 1993.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DENOZZA, Francesco. Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale. In: **Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale**, Milão, v. 1, n. 2, p. 1-22, jan. 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

FRIED, Charles. **Contract as promise: a theory of contractual obligation**. 2. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015.

GARBI, Carlos Alberto. **A intervenção judicial no contrato em face do princípio da integridade da prestação e da cláusula geral da boa-fé**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2014.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

----- . **O direito posto e o direito pressuposto.**
São Paulo: Malheiros, 1996.

----- . **Por que tenho medo dos juízes.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato.** 5. ed. Roma: Laterza, 2003

----- . **Un diritto incalcolabile.** Turim: G. Giappichelli Editore, 2016.

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

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado:** critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito.** 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil.** Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo:** reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 292-307.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado.** t. 1. Atualizado por MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo Luís da Cruz; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. port. COIMBRA, Ana; GOMES, M. Januário C. Coimbra: Almedina, 2009.

SCHMITT, Carl. **La tirannia dei valori**. 10. ed. Trad. it. GURISATTI, Giovanni; VOLPI, Franco. Milão: Adelphi Edizioni, 2021.

----- . **On the Three Types of Juristic Thought**. Contributions In Political Science: Global Perspective in History and Politics, Londres, v. 397, n. 147, p. 1-124, jan. 2004.

VELLUZZI, Vito. Osservazioni sulla semantica delle clausole generali. In: **Etica & Politica**, I, 2006. Disponível em http://www2.units.it/etica/2006_1/VELLUZZI.pdf. Acesso em 23/112022.