



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CIVIL**

**FUNDAMENTAÇÕES CONSTITUCIONAIS PARA A CONSTRUÇÃO DE
DISCURSOS COMPETENTES NA APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 113 E 187
DO CÓDIGO CIVIL**

ARTIGO CIENTÍFICO

Michelle Salvany Caputi

**Santa Maria, RS, Brasil
2006**

**FUNDAMENTAÇÕES CONSTITUCIONAIS PARA A CONSTRUÇÃO DE
DISCURSOS COMPETENTES NA APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 113 E 187
DO CÓDIGO CIVIL**

por

Michelle Salvany Caputi

Artigo científico apresentado ao Curso de Especialização do Programa de Pós-Graduação em Direito Civil, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Especialista em Direito Civil.**

Orientador: Prof. Antônio Flávio Garcez Xavier

Santa Maria, RS, Brasil

2006

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Departamento de Direito**

A Comissão Examinadora abaixo assinada,
aprova o artigo científico intitulado

**FUNDAMENTAÇÕES CONSTITUCIONAIS PARA A CONSTRUÇÃO DE
DISCURSOS COMPETENTES NA APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 113 E 187
DO CÓDIGO CIVIL**

elaborada por
Michelle Salvany Caputi

como requisito parcial para obtenção do grau de
Especialista em Direito Civil

COMISSÃO EXAMINADORA:

Antônio Flávio Garcez Xavier

Bernadete Schleder dos Santos

Maria Ester Toaldo Bopp

Santa Maria, setembro de 2006

FUNDAMENTAÇÕES CONSTITUCIONAIS PARA A CONSTRUÇÃO DE DISCURSOS COMPETENTES NA APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 113 E 187 DO CÓDIGO CIVIL.

Michelle Salvany Caputi

Advogada e especializanda em Direito Civil pela Universidade Federal de Santa Maria.

Resumo

O objetivo principal do presente trabalho é o de demonstrar a relevância dos preceitos constitucionais e dos valores extraídos da Constituição Federal para que haja uma aplicação legítima das cláusulas gerais implementadas pelo Código Civil de 2002. Para tanto, buscou-se definir tais cláusulas e diferenciá-las dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados”. Em seguida, fez-se uma breve exposição sobre o fenômeno da “constitucionalização do Direito Civil” com o fim de enfatizar o papel primordial que a Constituição da República deve desempenhar, tanto no Direito Público como no Direito Privado. Por fim, foi feito um estudo específico das cláusulas gerais constantes nos artigos 113 e 187 do Código Civil relacionando-as com os princípios e postulados constitucionais que deverão nortear a sua aplicação.

Palavras-chaves: Constituição Federal, Código Civil, Cláusulas Gerais, Princípios.

Abstract

This work aims to demonstrate the relevance of the constitutional rules and the values extracted from the Federal Constitution so that there can be a legitimate applications of the general clauses of Civil Code in the 2002. So, it was searched to define such clauses and to distinguish them from the “indefinite legal concepts”. Then, it was made a brief explanation on the phenomenon of “constitutionalization of Civil Law” in order to emphasize the main role that the Republic Constitution must play not only at Public Law but also at Private Law. Finally, it was done a specific study on the general clauses mentioned in the items 113 and 187 of Civil Code by relating them to the principles and constitutional fundamentals that should head their application.

Key-words: Federal Constitution, Civil Code, General Clauses, Principles.

FUNDAMENTAÇÕES CONSTITUCIONAIS PARA A CONSTRUÇÃO DE DISCURSOS COMPETENTES NA APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 113 E 187 DO CÓDIGO CIVIL.

Michelle Salvany Caputi

Advogada e especializanda em Direito Civil pela Universidade Federal de Santa Maria.

Introdução

Apesar das duras críticas a que foi submetido, não há como negar os avanços trazidos pelo atual Código Civil, inserido no cenário jurídico nacional através da Lei nº 10.406, de 9 de janeiro de 2002. Entre as novidades apresentadas aos juristas brasileiros o novo estatuto consagrou definitivamente as chamadas cláusulas gerais. As cláusulas gerais são normas extremamente abrangentes que permitem ao intérprete uma maior liberdade ao analisá-las e possibilitam, assim, uma abertura em nosso sistema até então tido como fechado, impermeável às modificações sociais e econômicas.

O sistema romano-germânico, adotado no Brasil, possui como uma de suas principais características o extremo apego à lei escrita. Sua metodologia encontra fundamento na letra da lei. O papel dos juristas fica restrito apenas ao de realizar a subsunção da norma abstrata prevista na lei ao fato concreto a eles apresentado. A jurisprudência, neste contexto, não possui papel relevante, eis que mera repetidora do texto legal.

Já há muito se reclamava por uma abertura desse sistema. O Código Civil, acolhendo tais idéias, trouxe em inúmeros dispositivos as já referidas cláusulas gerais, possibilitando uma maior mobilidade do nosso sistema jurídico codificado.

Assim, apesar de não abandonarmos os Códigos, como seria da vontade de muitos, conseguimos ao menos flexibilizá-los. Deixamos para trás aquela velha idéia de completude. O atual sistema jurídico brasileiro permite e recomenda que o aplicador do direito, ao analisar determinado caso concreto, não observe apenas e tão somente a norma escrita, mas também atente para os princípios, os postulados e, até mesmo, para os usos e costumes de cada lugar.

Hoje, a própria noção de Código deve ser outra, eis que não mais se busca cumprir a impossível tarefa de abarcar em seu texto a totalidade do direito. As cláusulas gerais atuam como elemento vivificador do sistema, permitindo sua atualização ao longo dos tempos.

O atual Código Civil é um diploma não totalitário, eis que mantém janelas abertas para a mobilidade da vida, da sociedade. Essas janelas são exatamente as cláusulas gerais, que permitem o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos não expressamente previstos em lei. A cláusula geral apresenta uma formulação legal intencionalmente vaga e aberta permitindo, pela vagueza semântica que a caracteriza, a incorporação de princípios e máximas de conduta estranhos ao *corpus* codificado.

Muitos juristas mostraram-se temerosos frente à abertura conferida ao sistema em virtude da opção legislativa pelas cláusulas gerais. Ainda hoje, encontramos vozes contrárias ao novo modelo apresentado pelo atual Código Civil. Essa desconfiança fundamenta-se, na maior parte das vezes, no perigo que poderá advir da maior liberdade conferida aos magistrados, os quais, muitas vezes, estarão autorizados a criar a lei para o caso concreto. A incerteza jurídica daí resultante, segundo os críticos, seria inconciliável com próprios postulados da democracia.

Sem dúvida, ao adotar as cláusulas gerais, o Código Civil de 2002 acabou por fortalecer a figura do julgador, garantindo a ele um maior poder e conferindo-lhe maior liberdade na hora de decidir. Observe-se, entretanto, que a atuação do juiz não poderá dar margem à discricionariedade e muito menos à arbitrariedade. A abertura do sistema não se estende ao ponto de permitir que os conflitos sejam decididos de acordo com a livre vontade do julgador.

Outrossim, a atuação do juiz encontra limites na própria lei e, principalmente, na Constituição Federal. Devemos atentar para o importante papel a ser desempenhado pelos princípios constitucionais na legítima aplicação das cláusulas gerais. Os princípios constitucionais devem incidir sobre todo o ordenamento jurídico, abrangendo as relações privadas, não se restringindo ao âmbito do Direito Público como se acreditava de início. Fala-se, então, da constitucionalização do Direito Civil, sobre a qual iremos tratar no decorrer desse estudo.

Dentre as inúmeros cláusulas gerais constantes no Código Civil trataremos, no presente trabalho, dos artigos 113 e 187, buscando estabelecer parâmetros para a construção de discursos competentes na sua aplicação. Quais serão as fundamentações constitucionais que deverão nortear o pensamento do juiz para que haja uma legítima aplicação dessas normas? Como preencher corretamente o vazio semântico trazido por esses artigos? No decorrer desse trabalho tentaremos responder a esses questionamentos.

Inicialmente, será abordada a matéria relativa às cláusulas gerais em si mesmas e a diferença existente entre elas e os conceitos jurídicos indeterminados. Depois, far-se-á uma breve análise sobre a chamada 'Constitucionalização do Direito Civil', eis que constitui matéria fundamental para que possam ser respondidas as perguntas anteriormente formuladas. Logo após, o presente trabalho tratará especificamente dos artigos 113 e 187 do Código Civil, indicando possíveis parâmetros a serem seguidos pelo juiz quando da aplicação dessas cláusulas gerais. Por fim, concluir-se-á o trabalho resgatando as principais idéias e questões discutidas.

1 As Cláusulas Gerais

As cláusulas gerais, conforme já mencionado, são conceitos abertos, que não regulamentam de modo completo e exaustivo as possíveis situações a serem por elas abrangidas. Possuem caráter genérico e abstrato. Intencionalmente, o legislador deixa um vazio semântico a ser preenchido pelo julgador, caso a caso, no momento da aplicação da norma. Conseqüência disso é a ampliação do poder de atuação do juiz, o qual terá a responsabilidade de dar conteúdo às disposições abertas.

A função precípua das cláusulas gerais é dotar o sistema de mobilidade, mitigando as regras mais rígidas. Desse modo, se permite a constante atualização do direito sem a necessidade de modificação legislativa. Tornou-se ultrapassada a técnica das situações-tipo em que o legislador tentava, em vão, regulamentar todas as possíveis situações da vida social.

Assim leciona JORGE JUNIOR (2004, p.10), em obra específica sobre a matéria:

Transitando entre a generalidade, a vagueza e os valores, inseridas numa roupagem de proposição prescritiva escrita, as cláusulas gerais afirmam o objetivo de dotar o sistema de normas com característica de mobilidade, que propiciem abertura ao ordenamento jurídico, evitando-se a tensão entre preceitos normativos rígidos e valores em mutação a implicar um indesejável mal-estar decorrente de um embate sem solução sistêmica.

Nas palavras de NERY JUNIOR (2002, p. 4):

Em pleno século XXI não seria mais admissível legislar-se por normas que definissem certos pressupostos e indicassem, também de forma precisa, suas conseqüências, formando uma espécie de sistema fechado. A técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos legais indeterminados e

cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo.

E prossegue ainda o professor acima citado dizendo que o Código Civil, no entanto, não poderia fundar-se apenas em cláusulas gerais, tendo o método casuístico sido também bastante utilizado “notadamente no direito das obrigações, de modo que podemos afirmar que o Código Civil seguiu técnica legislativa mista, com base nos métodos da casuística, dos conceitos legais indeterminados e das cláusulas gerais”.

Cabe ressaltar a diferença existente entre os conceitos legais - ou jurídicos - indeterminados e as cláusulas gerais, ambos utilizados pelo legislador ao elaborar o Código Civil.

Os conceitos jurídicos indeterminados, uma vez diagnosticados pelo magistrado no caso concreto, já tem a sua solução preestabelecida na própria lei, cabendo ao julgador aplicá-la; enquanto que as cláusulas gerais, se diagnosticadas, permitem ao juiz preencher os vazios com os valores designados para aquele caso, buscando a solução mais correta, concretizando os princípios constitucionais.

Assim, nos conceitos jurídicos indeterminados, ao juiz só cabe preencher seu conteúdo e dizer se a norma atua ou não no caso concreto. Uma vez preenchido o conceito jurídico pelo magistrado, a solução já encontra-se preestabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar esta norma, sem exercer nenhuma função criadora. Já nas cláusulas gerais, a norma não prevê a consequência, dando ao juiz a oportunidade de criar a solução mais justa para cada caso.

A confusão existente entre os dois conceitos é comum e admissível tendo em vista que ambas as técnicas legislativas apresentam extrema vagueza e generalidade, vazios estes que deverão ser preenchidos pelo juiz.

São exemplos de conceitos jurídicos indeterminados no Código Civil: a “atividade de risco” (art. 927, par. único); “caso de urgência” (art. 251, par. único); “perigo iminente” (art. 188, II); “divisão cômoda” (art. 2019). Por outro lado, podemos citar como exemplos de cláusulas gerais as seguintes: a “função social do contrato” (art. 421), a “boa-fé objetiva” (nos arts. 113, 187 e 422); e outras tantas presentes no texto legal.

Sobre tal distinção esclarece MARTINS-COSTA (1991, p. 13):

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, de forma a constituir processo de verdadeira concreção.

Esclarecidas as diferenças conceituais, voltemos à análise específica das cláusulas gerais. A adoção dessa técnica pelo legislador foi severamente criticada por muitos juristas, inclusive na fase de elaboração do Anteprojeto do Código Civil. Entendiam eles que a adoção das cláusulas gerais importaria no sacrifício do valor da certeza frente à possibilidade do arbítrio judicial na aplicação as normas flexíveis. Essas normas, até certo ponto redigidas em branco, concederiam ao juiz um poder muito grande de determinar, ele mesmo, o regulamento a ser adotado no caso concreto.

Tais críticas são respeitáveis e reconhecidas pelos autores do Anteprojeto, mas, para esses, muito mais grave do que o risco do arbítrio judicial é a certeza de que a norma logo estaria defasada, não atendendo mais aos anseios sociais e, assim, não favorecendo a busca pela justiça.

De fato, a opção do legislador brasileiro pelas cláusulas gerais traz muito mais benefícios do que prejuízos para a sociedade, eis que o eventual arbítrio do magistrado pode ser corrigido através do duplo grau de jurisdição, com a garantia da pluralidade de instâncias e a composição coletiva dos Tribunais.

Ao juiz, então, caberá a tarefa de preencher os vazios deixados pelo legislador e nessa tarefa deverá atentar para os preceitos constitucionais, pois sua atividade, agora criativa, somente será legítima se atender aos valores estabelecidos na Constituição Federal.

Desse modo já pensava PEZZELLA (1998, p. 131.) ao escrever sobre a boa-fé objetiva no direito alemão e brasileiro, mesmo antes da edição do Código Civil de 2002:

O preenchimento do conteúdo normativo destes conceitos é feito no exame de cada caso, por meio de atos de valoração, pois aqui a tarefa do julgador não pode se restringir à rígida subsunção, uma vez que se exige mais do que a mera aplicação da norma, numa concepção do sistema jurídico que possibilita uma abertura por via da qual se permite o ingresso de valores extrajurídicos.

E, complementando, refere a autora:

Ao juiz cabe uma margem residual de livre apreciação do caso, o que não significa que desenvolva um processo arbitrário ou irracional, pois a tarefa do julgador é a materialização das valorações encontráveis, por exemplo, na Constituição e/ou nos princípios por ela consagrados, onde ao menos encontra uma direção previamente traçada pelo legislador.

Para estabelecermos quais devem ser os valores constitucionais a guiar o juiz na aplicação das cláusulas gerais previstas nos artigos 113 e 187 do Código Civil devemos, antes, fazer uma análise, ainda que breve, sobre o fenômeno da “constitucionalização do direito Civil”, assunto essencial para atingirmos nosso objetivo.

2 Constitucionalização do Direito Civil

Tema de inúmeros debates acadêmicos e jurisprudenciais a chamada constitucionalização do Direito Civil nada mais é do que uma decorrência lógica do Estado Democrático de Direito. Sendo a Constituição Federal o fundamento de validade para todas as demais normas internas de um Estado certamente deve ser ela a base para que tais normas sejam corretamente interpretadas e aplicadas.

MATTIETTO (2000, p. 168-169) assim aduz:

[...] sendo a Constituição um diploma que exige a conformidade de todas as normas hierarquicamente inferiores, ficam-lhe vinculados o legislador e, de modo geral, o intérprete, seja o juiz, o órgão da administração ou o próprio cidadão. Mesmo o jurista técnico, cultor do direito privado ou de qualquer ramo do direito, deve formar uma “*mentalidade constitucionalística*”, isto é, na sua obra de intérprete e de construtor do sistema, deve buscar nas normas contidas na Constituição as direções hermenêuticas e construtivas fundamentais.

O caminho inevitável a seguir é, pois, o de empreender a “*releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição*”, com a forçosa identificação de um direito civil mais sensível aos problemas e às exigências da sociedade. [...]

Não se deve temer, por outro lado, a “*constitucionalização do direito civil*” ou de outros ramos do direito, pois a constitucionalização do direito significa não somente uma exigência da unitariedade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes, mas também a via praticável para evitar o risco da degeneração do Estado Democrático de Direito.

Cabe entrever que a releitura da legislação ordinária à luz das normas fundamentais, entendida no duplo sentido, por um lado, de *interpretação* a partir dos princípios constitucionais e, por outro, de *justificação* da normativa ordinária, sob o perfil funcional, com base na normativa constitucional, consiste em uma metodologia útil e para perseguir constantemente. (grifo no original)

Ocorre que, durante muito tempo, desde a edição do Código Civil de 1916, as normas que regulavam a vida privada dos cidadãos eram tidas como totalmente apartadas, sendo o Estatuto Civil interpretado de acordo com seus próprios termos.

Com a promulgação da Constituição de 1988, que trouxe em seu texto diversos aspectos referentes ao então chamado Direito Privado o pensamento dos juristas brasileiros começou a ser alterado.

De fato, a Magna Carta de 1988, conhecida por todos como a “Constituição Cidadã” não só regulamentou os assuntos concernentes ao Direito Público, como a organização dos Poderes e a relação entre o Estado e o cidadão, mas também introduziu em seu bojo vários dispositivos referentes ao Direito Privado, trazendo previsões sobre a família, a empresa e etc..

Demonstrou, assim, a atual Constituição, que tais matérias não se encontram restritas apenas à esfera privada, inserindo-se na ordem pública constitucional, antes preocupada exclusivamente com assuntos do chamado Direito Público.

Aos poucos foi sendo superada a rígida dicotomia existente entre o Direito Público e o Direito Privado, sendo hoje impossível tentar dividir os institutos jurídicos em dois compartimentos estanques.

Não se admite mais, nos dias atuais, a existência de um jurista que se diga extremo conhecedor do Direito Civil e ignorante em matéria constitucional, como ocorria no passado. Hoje, o conhecimento do texto constitucional e de seus princípios implícitos é imprescindível para que sejam corretamente compreendidas as regras constantes no Código Civil.

Em se tratando das cláusulas gerais, acentua-se ainda mais a importância dos ditames constitucionais para que sejam elas legitimamente aplicadas pelo órgão julgador. Isto porque os mandamentos extraídos da Constituição Federal deverão servir sempre como parâmetro e, mais ainda, como limite à atividade jurisdicional.

De fato, conforme já referido anteriormente, as cláusulas gerais não autorizam o juiz a agir com liberdade total na apreciação do caso concreto, pois deverá sempre utilizá-las de acordo com os princípios constitucionais e valores a eles inerentes.

Impende destacar que ao adotar o sistema das cláusulas abertas o legislador civilista visou atender de forma mais eficaz às demandas da sociedade. Permitiu a influência de valores por vezes não presentes expressamente na norma jurídica, mas que são decorrências lógicas do sistema constitucional. Nesse contexto, a valorização da pessoa humana tem sido destacada como um dos grandes parâmetros a serem seguidos no momento de fazer incidir uma cláusula geral em determinada situação concreta a ser apreciada.

No entendimento de TEPEDINO (2003, p.126):

Na mesma perspectiva, devemos interpretar as cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que na verdade devem ser associados ao conteúdo valorativo definido pela Constituição, capaz de reunificar todos os critérios interpretativos. Desse modo, evita-se o perigoso subjetivismo do intérprete, preservando-se a tábua axiológica que preside o sistema jurídico. A cultura jurídica contemporânea saberá definir o conteúdo de tais cláusulas. Assim como a cultura jurídica do passado soube definir os standards de tolerabilidade para efeito de solução dos conflitos de vizinhança, que eram também uma cláusula geral, assim como a doutrina soube definir uma série de conceitos indeterminados com os quais estávamos acostumados a conviver, hoje cabe ao intérprete dar conteúdo aos princípios e cláusulas gerais tão presentes na técnica legislativa. No conflito entre interesses patrimoniais e não-patrimoniais, entre a propriedade e a posse, nos conflitos que emergem no direito de família, nas relações de consumo, em todos esses setores, paulatinamente, a jurisprudência começa a definir as prioridades do ordenamento. Constitucionalização do direito civil, em uma palavra, não é apenas um adjetivo a colorir a dogmática forjada pela Escola da Exegese, que pode ser a cada momento purificada ou atualizada, mas uma alteração profunda da ordem pública, a partir da substituição dos valores que permeiam o direito civil, no âmbito do qual a pessoa humana passa a ter prioridade absoluta.

Verifica-se, do exposto, a enorme responsabilidade conferida ao intérprete no que diz com a aplicação das cláusulas gerais. Caberá à doutrina, aos advogados, ao Ministério Público e, em especial, ao Judiciário a espinhosa tarefa de integrar os preceitos vagos, aplicando diretamente o texto constitucional, seus valores e princípios. Nesse contexto, os profissionais do direito deverão ter sempre como norte interpretativo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF).

A pessoa humana, na dicção constitucional, é valorada mediante o espectro antropocêntrico que permeia a Ciência Jurídica no Estado Democrático de Direito, no qual é posta como vértice do prisma da hierarquia das normas jurídicas, juntamente com os demais princípios expostos no art. 1º já mencionado, haja vista a consolidação da noção de que a justiça é o fundamento do Direito, sendo o fundamento da justiça a dignidade da pessoa humana. Não há como falar de justiça distributiva ou social sem falar em pessoa humana e cidadania.

Sendo assim, qualquer abordagem dentro do ordenamento jurídico pátrio deve, necessariamente, perpassar pela noção de que o intérprete está diante de uma ordem jurídica constitucional que possibilita a liberdade econômica, mas desde que limitada pelos princípios constitucionais e por outros de ordem jurídica, ética e social.

Observe-se que o Direito Civil Constitucional é o direito civil como um todo. Não se refere apenas àqueles institutos civilistas previstos expressamente na Constituição como a propriedade e a família.

A interpretação constitucional deve ser empregada com relação a todos os institutos, até mesmo porque a validade das normas infraconstitucionais depende de sua conformidade ou não ao texto constitucional.

Assim refere MATTIETTO (2000, p.170):

A adjetivação do direito civil, dito “constitucionalizado, socializado, despatrimonializado”, ressalta o trabalho que incumbe ao interprete de reler a legislação civil à luz da Constituição, de modo a privilegiar os valores não-patrimoniais, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, à qual devem se submeter a iniciativa econômica privada e as situações políticas patrimoniais.

Não se confunda, com a expressão direito civil constitucional, a designação do conjunto de dispositivos sobre os institutos civilísticos tradicionais, como a propriedade, a família e a empresa, que recebem tratamento específico no texto da Constituição. Direito civil constitucional é o direito civil como um todo, já que não há como divisar nenhuma parte do direito civil que fique imune à incidência dos valores e princípios constitucionais. Logo, não só os institutos que receberam previsão constitucional compõem o direito civil constitucional, mas a inteira disciplina civilística, nesse juízo renovado.

Destarte, o Código Civil perdeu a posição central que detinha frente às relações privadas. À Constituição pertence hoje o papel principal, estando definitivamente superada a divisão clássica do Direito em Público e Privado.

A aplicação das cláusulas gerais encontra limite, portanto, na própria Constituição, base de todo o ordenamento jurídico. A atividade do julgador deve se subsumir aos valores e princípios insertos na Constituição Federal não podendo fugir aos mandamentos constitucionais sob pena de perder a legitimidade e rumar para a arbitrariedade. As cláusulas gerais são permissões legislativas para uma atividade criadora do juiz, mas sempre limitada aos ditames constitucionais e ao bom senso.

Adiante, faremos uma análise dos artigos 113 e 187 do Código Civil, ambos caracterizados como cláusulas gerais, buscando estabelecer parâmetros para sua aplicação.

3 As cláusulas gerais contidas nos artigos 113 e 187 do Código Civil

O artigo 113 do Código Civil rompe com o sistema clássico ao dispor que: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos e costumes do lugar de sua celebração”.

A norma contida no referido dispositivo faz uma opção pela interpretação objetiva dos atos jurídicos. Temos, assim, como novo cânone da interpretação do ato jurídico não mais a vontade, mas sim o comportamento da própria parte, que indicará a sua real expectativa.

A conduta da parte é fundamentalmente relevante, sobretudo para sejam esclarecidos eventuais conflitos entre a vontade interna e a efetivamente declarada, vez que a primeira, muitas vezes, é manifestada de forma equivocada no mundo material.

Referida regra de interpretação objetiva da vontade encerrou a polêmica sobre a interpretação contratual, superando a visão anterior de que o interesse meramente privado da parte seria a referência para a interpretação contratual. Hoje, prevalece o interesse social.

Assim pensa ALVES (2004. p. 39):

Os princípios gerais do contrato ganham dimensão axiológica mais dinâmica, em denso atendimento aos valores da solidariedade e da cooperação, a observar que o contrato destina-se a atender interesses sociais relevantes numa sociedade de consumo e de produção, massificada por interesses multifacetados e até antagônicos. O contrato deixou de ser apenas uma operação jurídica, com fins econômicos, nele obtendo profundidade a responsabilidade social dos contratantes, atuando com probidade, boa-fé e em recepção de preceitos de ordem pública.

A partir da cláusula aberta do artigo 113 do Código Civil passa a importar o modo como se conduzem as partes em relação ao negócio. A lealdade se impõe, mesmo quando a vontade for manifestamente diversa, pois a conduta de boa-fé passa a ser um limite à liberdade individual. Tudo isso deverá ser levado em conta pelo julgador quando da aplicação do dispositivo.

Hoje, o magistrado deve analisar o contrato com outros olhos, com outro espírito, menos individual e mais social, com vistas não apenas ao aspecto patrimonial, mas aos valores da pessoa humana.

Além disso, de acordo com essa nova concepção de contrato, as partes não se encontram obrigadas apenas às prestações expressamente indicadas no instrumento contratual. De acordo com a doutrina da boa-fé objetiva, os contratantes devem também obediência aos chamados deveres anexos que derivam da idéia de colaboração entre as partes. Um contratante deve agir com lealdade e honestidade com relação ao outro de forma a preservar o próprio contrato e não apenas como forma de garantir seus interesses individuais.

Sobre a matéria vale transcrever lição de MARTINS-COSTA (2000, p. 437-438) em obra clássica sobre o tema:

Indica a doutrina que, em cada relação contratual, se alocam certos deveres de prestação, os quais se subdividem nos chamados *deveres principais*, ou *deveres primários de prestação* – constituindo estes o núcleo da relação obrigacional e definindo o tipo contratual (por exemplo, o dever de entregar a coisa e de pagar o preço, na compra e venda, o dever de cedência temporária da coisa locada e de satisfação do aluguel, na locação), os *deveres secundários* e os *deveres laterais, anexos ou instrumentais*.

Conforme lição de LEWICKI (2000, p. 57):

Foi nesse contexto que construiu-se a doutrina da boa-fé objetiva, caracterizada como um dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura e honestidade. Reduz-se a margem de discricionariedade da atuação privada: o sujeito, para a consecução de seus objetivos individuais, tem que agir com lealdade, observando e respeitando não só os direitos, mas também os interesses legítimos e as expectativas razoáveis de seus parceiros na aventura social.

Sobre o art. 113, assim escreveu ALVES (2003, p. 12):

Boa-fé, nesse dispositivo, não é a boa-fé subjetiva, mas, sim, a boa-fé objetiva, que se situa no terreno das relações obrigacionais e do negócio jurídico em geral, e se caracteriza como regra de reta conduta do homem de bem no entendimento de uma sociedade em certo momento histórico, não se fundando, pois, na vontade das partes, mas se ligando a deveres secundários ou instrumentais cuja observância nessas relações se exige. É, portanto, algo exterior ao sujeito, e que, no concernente à interpretação, se relaciona ora com a hermenêutica integradora, ora com a hermenêutica limitadora, possibilitando, assim, que o conteúdo do negócio jurídico seja integrado ou limitado por esses deveres, como, por exemplo, o dever do vendedor de tudo fazer para que a coisa vendida seja entregue ao comprador e chegue íntegra a este. [...]

A *fides bona* tem, então, nova função: a de exigir que os contratantes ajam sem dolo e segundo o critério de relações leais e honestas, ou seja, a de exigir deles comportamento honesto positivo.

O dispositivo em comento traz, ainda, os usos e costumes do lugar da celebração como fatores a serem observados ao interpretar um negócio jurídico.

Assim, o juiz, ao analisar determinado contrato, por exemplo, terá que atentar não apenas para as regras e princípios aplicáveis, mas também para usos e costumes locais.

O Código reconhece a diversidade cultural brasileira e incorpora expressamente a idéia de que determinados comportamentos podem ser considerados desleais e abusivos em determinados lugares e, ao mesmo tempo, serem aceitos como normais e corriqueiros em outro local, o que deve ser levado em consideração ao decidir uma demanda envolvendo determinado negócio jurídico.

Costume, diga-se, é a prática reiterada de determinado comportamento por longo espaço de tempo, de modo que acaba por se tornar regra de conduta para a população daquele determinado lugar.

Retomando, então, a idéia da busca pela construção de discursos competentes na aplicação das cláusulas gerais e da noção de que a legitimidade de sua aplicação encontra-se nos valores esculpidos na Constituição Federal cabe refletir sobre a fusão que necessariamente deverá ser feita pelo intérprete entre a norma apresentada pelo artigo 113 do Código Civil e os mandamentos constitucionais.

Ao fazer incidir a norma do artigo 113 em determinado caso concreto, isto é, ao interpretar determinado negócio jurídico a ele apresentado, o jurista deverá analisar a observância da boa-fé objetiva entre os contratantes e a aplicação dos usos e costumes como mais um norte interpretativo. Ocorre que ao realizar esta tarefa não poderá nunca se afastar dos princípios constitucionais, pois somente assim aplicará o dispositivo de forma legítima e justa.

Seguindo a mesma tendência de implementação das cláusulas gerais o artigo 187 do Código Civil acrescentou nova categoria ao sistema da responsabilidade civil, que terá como fundamento os princípios da boa-fé objetiva e da justiça contratual. Estabelece a norma em comento que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Segundo o Código, portanto, o abuso de direito constitui nova categoria de ato ilícito e deve ser analisado objetivamente, levando em conta os elementos referidos acima, quais sejam: o fim econômico ou social, a boa-fé objetiva e os bons costumes.

Observe-se que a norma traz limites aos direitos subjetivos, em nome do princípio da solidariedade, previsto no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal. De acordo com essa concepção, os direitos ditos subjetivos não podem mais ser exercidos de forma individualista, egoística, mas sim com a observância dos reflexos sociais que poderão advir do seu exercício.

Um ato inicialmente lícito torna-se ilícito por exceder aos limites impostos pelos fins econômicos ou sociais, pela boa-fé objetiva ou pelos bons costumes. Verifica-se que esses limites expressamente apontados pelo dispositivo em questão são extremamente amplos, eis que cláusulas gerais. Permitem que o juiz analise

cada caso de acordo com suas peculiaridades e decida sopesando sempre os valores constitucionais envolvidos, conforme já repetidamente afirmado até aqui.

Da simples leitura dos dois dispositivos mencionados verifica-se que ambos abarcam o princípio da boa-fé objetiva, que também é cláusula geral por natureza. No artigo 113, a boa-fé objetiva exerce a sua função interpretativa. Já no art.187 o mesmo princípio é utilizado com relação à sua função de limite ao exercício de um direito. De fato, o princípio da boa-fé objetiva possui diversas acepções, ou funções, dentre elas a função interpretativa-integrativa (arts. 422 e 113) e a função de limite ao exercício de direitos subjetivos (art. 187).

O artigo 113 torna exigíveis às partes, em certas ocasiões, comportamentos que não resultam nem de expressa disposição legal, nem das cláusulas pactuadas. A boa-fé atua como cânone hermenêutico frente à necessidade de qualificar esses comportamentos não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da *fattispecie* contratual e à plena produção dos seus efeitos.

O artigo 113 do Código Civil, assim como as demais cláusulas gerais, funciona como norma de ampliação do poder do juiz, o qual terá o dever de tornar concreto o mandamento de respeito à recíproca confiança incumbente às partes contratantes de modo a atingir o fim colimado pelo contrato. Aplicará, para tanto, o princípio da boa-fé objetiva e os princípios constitucionais que deverão ser invocados pelo magistrado de acordo com cada caso concreto.

Em razão da amplitude do preceito e imprecisão de seu conteúdo, o alcance concreto do seu comando há de ser aferido, caso a caso, segundo suas peculiaridades e circunstâncias ensejando a sua permanente construção e controle. A interpretação dos contratos deixa de ser a busca da verdadeira vontade declarada pelos contratantes para se tornar a interpretação da regulação objetiva criada com o contrato, respeitando-se a finalidade econômica e sua função social.

No artigo 187, por outro lado, a boa-fé, conforme já mencionado, aparece como limite ao exercício de direitos subjetivos. O texto da norma em comento é extremamente rico, eis que traz três dos mais relevantes princípios éticos imanentes do ordenamento jurídico: o fim social, a boa-fé e os bons costumes.

Segundo o Código, o abuso de direito é ato ilícito que se caracteriza pelo exercício irregular de um direito, ou seja, quando o titular do direito extrapola os limites necessários para o seu exercício, vindo a causar dano a outrem. Trata-se de

uma nova hipótese de responsabilidade civil, mas não uma categoria autônoma de ilicitude, pois o direito deixa de existir quando excedidos os seus limites.

Com a adoção do princípio da boa-fé objetiva como limite ao exercício dos direitos subjetivos desaparece a exigência do dolo ou culpa para a caracterização do abuso de direito. Basta, então, a ofensa ao princípio da boa-fé objetiva para que seja caracterizado o comportamento excessivo ensejador da responsabilidade civil.

Sobre a boa-fé como técnica de expansão das hipóteses de abusividade contratual refere MARTINS-COSTA (2002, p.651):

Tem sido reconhecida à boa-fé objetiva a função de limitação do exercício de direitos objetivos, permitindo o alargamento, para além das hipóteses tradicionais do abuso de direito, da doutrina da inadmissibilidade do exercício, em certas condições, de direitos subjetivos e de posições jurídicas. A boa-fé, assim, como norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, o que afasta o exercício abusivo de posições jurídicas, notadamente no âmbito contratual.

MELLO (2000, p.322), referindo-se ao abuso de direito como conceito aberto, assim aduz:

Cabe à doutrina enfrentar a enorme dificuldade de assimilação de conceitos abertos, nos quais se funda a teoria do abuso de direito, a exigir do aplicador o esforço de criação de normas de comportamento, não estabelecidas aprioristicamente na lei, mas resultantes de um processo valorativo, informado pelos princípios gerais do sistema. As transformações e a complexidade das relações sociais deste fim de milênio impulsionam a construção de um Direito Civil Constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana e nos valores da solidariedade, prevalência do bem comum e igualdade. A flexibilização e a funcionalização do contrato tornam-se, neste contexto, imperativos, de forma a sintonizar a lei ao fato social, na busca da concretização do ideal de justiça social.

Assim, podemos afirmar que, atualmente, o julgador verdadeiramente responsável e consciente de suas atribuições deverá fazer a análise de cada caso concreto que envolva negócio jurídico ou abuso de direito iluminado pelo princípio da boa-fé objetiva, o qual deverá ter seu conteúdo extraído dos princípios e valores constitucionais.

Na verdade, o que se busca, em última instância, é que se faça justiça em cada caso concreto. Foi com esse objetivo que o Código Civil trouxe em seu texto as cláusulas gerais como forma de não engessar o magistrado a tal ponto que o fizesse priorizar a legalidade em detrimento do julgamento justo.

O medo que deriva da insegurança jurídica deixou de ser um empecilho para o emprego das cláusulas gerais na busca de soluções constitucionalmente mais justas.

Segundo entendimento de MELLO (2000. p. 319):

Mesmo reconhecendo que a segurança jurídica deixa de ser prioridade pelo novo modelo jurídico, não se trata de criar regras imprecisas mas sim de relativizá-las, apreciando o dado da realidade segundo um padrão ético, que passa a se impor diante do malogro das tentativas de universalizar valores... Valorar significa estabelecer escalas de prioridades, determinando quais os interesses preeminentes e, esta análise só pode ser feita pelo intérprete, respeitando o desempenho global do ordenamento.

À vista do exposto, é na Constituição que o legislador e também o juiz deverão buscar o critério orientador na aplicação do Direito. É nela que estão contidos os valores fundamentais, eleitos pela sociedade como expressão da consciência jurídica. Princípios ali insculpidos, como o da solidariedade social (art. 3º, I), o da prevalência do bem comum (art. 3º, IV), o da igualdade (art. 5º, caput) se materializarão sobretudo como orientação à tarefa do aplicador, e também do legislador, que deles não poderão se afastar, eis que constituem seu pressuposto de validade.

Isto implica, no que toca às relações privadas, o reconhecimento da denominada "força normativa da Constituição", cujas normas devem incidir de forma direta sobre estas, realizando assim seu papel, permita-se frisar, como elemento integrador do ordenamento.

Outrossim, a responsabilidade dos profissionais envolvidos na lide forense torna-se cada vez maior. Os magistrados deverão estar preparados para enfrentar as mudanças com seriedade e dedicação. Os advogados terão sua responsabilidade redobrada, pois caberá a eles apresentar aos juízes idéias novas, teses sem precedentes e, dessa forma, ajudar a construir uma jurisprudência sólida para a consecução dos fins sociais.

Foi-se o tempo do advogado que apenas conhecia o texto da lei ou que somente estava a par dos assuntos relativos ao chamado Direito Privado. Hoje, o causídico competente deve acompanhar as conquistas sociais, deve conhecer como ninguém os mandamentos constitucionais e fazer da sua palavra uma arma em busca de justiça. É o advogado que provoca o juiz. A jurisdição, como se sabe, é inerte. Na verdade, foi ao advogado, e não ao magistrado, que foi entregue a maior responsabilidade quando tratamos de cláusulas gerais, eis que a depender de seus conhecimentos jurídicos e também metajurídicos poderá formular novos postulados capazes de transformar e aprimorar regras e idéias até então tidas como verdades absolutas.

Registre-se, ainda, que tanto no artigo 113 como no 187 o legislador fez questão de positivar a grande relevância dos usos e costumes para o direito. Ao interpretar um negócio jurídico o juiz deverá atentar para os usos e costumes do lugar de sua celebração, conforme referido alhures. Assim também com relação ao

abuso de direito em que o costume será mais um limite ao exercício dos direitos subjetivos.

Esta questão encontra-se intrinsecamente ligada à boa-fé objetiva, pois o dever de lealdade entre as partes, anexo a qualquer contrato, também irá levar em conta os costumes. Assim, se em determinado lugar é costume determinada prática e o contrato nada estabelecer em contrário, devemos presumir que as partes acordaram em obedecer ao costume local, pois essa é a interpretação mais consentânea com o princípio da boa-fé objetiva.

Por vezes, fica difícil para o juiz conhecer os costumes de determinada região, eis que nem sempre permanece muito tempo na mesma comarca. Também aí se verifica a grande importância do advogado que, em geral, conhece melhor as vicissitudes locais e mantém um diálogo bem mais próximo para com a parte, a qual poderá fornecer-lhe informações.

São os ditames constitucionais que irão influenciar o magistrado para que ele reconheça a possibilidade de aplicar o costume local em determinado caso concreto.

As cláusulas gerais descritas nos artigos 113 e 187 do Código Civil devem, portanto, ser interpretadas de acordo com os valores contidos na Constituição Federal, sendo seu vazio semântico preenchido, dentre outros princípios, pela dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade material e pela busca da justiça social.

A análise deve ser feita caso a caso e, por isso, a atividade do juiz se tornará ainda mais trabalhosa no contexto atual, ensejando estudo pormenorizado de cada situação a ele apresentada, levando em conta as necessidades das partes, além do conflito em si. Este é o caminho indicado pelo Código Civil através da incorporação de várias cláusulas gerais em seu texto. Não cabe mais retroceder. A abertura do sistema já foi concretizada e a sua maior ou menor importância para a sociedade vai depender muito da atividade dos profissionais da área jurídica, que deverão trabalhar em prol de uma verdadeira transformação no modo de encarar o direito.

Conclusão

Ao contrário do Código Civil de 1916, que pecava pelo rigorismo formal e tentava resolver tudo através de preceitos normativos expressos, o atual Código Civil flexibilizou o sistema, permeando seu texto com disposições amplas e abrangentes, permitindo com isso uma maior influência de valores nem sempre previstos

expressamente, mas facilmente reconhecidos através dos princípios e postulados constitucionais.

O reconhecimento da impossibilidade de tudo resolver através de regras positivadas é uma grande conquista na medida em que vai permitir que nosso sistema possa se manter vivo por mais tempo, dado que a aplicabilidade dos institutos jurídicos poderá se amoldar às necessidades e freqüentes alterações econômicas, sociais e jurídicas.

A adoção das cláusulas gerais conferiu maior poder aos magistrados, o que deixou grande parte dos juristas brasileiros temerosos ante o perigo da arbitrariedade e a ameaça à certeza jurídica que poderia daí advir. Mas o perigo da incerteza jurídica é menos grave do que o perigo da injustiça que poderá ser evitado com o emprego responsável das cláusulas gerais. Ao analisar cada caso, o juiz poderá adotar a melhor solução sem se preocupar tanto com a tipicidade, mas sim buscando fazer justiça preenchendo o vazio semântico deixado pelo legislador de acordo com os valores estabelecidos pela Constituição Federal.

Assim, ao aplicar as cláusulas gerais contidas nos artigos 113 e 187 do Código Civil, bem como todas as demais, o juiz deverá atentar aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade material e pela busca da justiça social. Esses valores, entre outros, devem basear a atividade jurisdicional na efetivação daqueles dispositivos.

Não só ao juiz, mas também aos advogados, aos promotores e a todos os demais operadores do direito caberá a responsabilidade de dar efetividade às cláusulas gerais para que não sejam as mesmas relegadas ao esquecimento. E o policiamento deverá ser feito pela própria sociedade.

As cláusulas gerais possibilitarão que os juristas criem normas para o caso concreto e, assim, a jurisprudência poderá desempenhar o papel de fonte autônoma de direitos e de obrigações. Por isso mesmo, é importante que os aplicadores do direito estejam conscientes da responsabilidade a eles conferida pelo atual Código Civil, não se admitindo mais juízes e advogados insensíveis aos valores constitucionais e às necessidades da sociedade.

Na construção de discursos competentes para a aplicação dos artigos 113 e 187 do Código Civil, o jurista estará balizado pela Constituição Federal e pelas peculiaridades do caso concreto. Não poderá jamais se afastar dessas diretrizes

básicas sob pena de cometer arbitrariedade, algo inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

Referências Bibliográficas

ALVES, Jones Figueiredo. A nova teoria do direito contratual no Brasil. In: *Revista Prática Jurídica*, ano III, n. 26, mai. 2004. p. 38-39.

ALVES, José Carlos Moreira. O novo código civil brasileiro: principais inovações na disciplina do negócio jurídico e suas bases romanísticas. In: *Revista Jurídica*, n. 305, mar. 2003. p. 7-23.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Constituição e codificação: primórdios do binômio*. In: A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ASCENÇÃO, João Oliveira. Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa-fé. In: *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 352. p. 101-114.

BANDICIOLI, Sarah do Carmo. Os contratos e as regras para interpretação sob a ótica do novo código civil. In: *Revista Jurídica Consulex*, ano VII, n. 156, jul. 2003. p. 48-50.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. (Coleção professor Agostinho Alvim).

LEWICKI, Bruno. *Panorama da boa-fé objetiva*. In: Problemas de direito constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito público e direito privado: a superação da dicotomia*. In: A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo*. In: A reconstrução do direito privado. Org. Judith Martins-Costa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

------. A boa-fé objetiva no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

------. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 28, n. 112, out/dez. 1991. p. 13-32.

MATTIETTO, Leonardo. *O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos*. In: Problemas de direito constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. *A boa-fé como parâmetro de abusividade no direito contratual*. In: Problemas de direito constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo código civil e legislação extravagante anotados*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente*. In: Problemas de direito constitucional. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *A boa-fé no direito: o princípio da boa-fé objetiva no direito privado alemão e brasileiro*. In: *Revista Síntese Trabalhista*, n. 103, jan.1998.

TEPEDINO, Gustavo. *A constitucionalização do direito civil: perspectivas diante do novo código*. In: *Direito Civil: Atualidades*. Coord. César Fiuza et.al. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.