



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

As Cláusulas Gerais no Direito Civil

Rodrigo Fernando Di Gioia Colosimo

Rio de Janeiro
2012

RODRIGO FERNANDO DI GIOIA COLOSIMO

As Cláusulas Gerais no Direito Civil

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2012

AS CLÁUSULAS GERAIS NO DIREITO CIVIL

Rodrigo Fernando Di Gioia Colosimo

Graduado pela Faculdade de Direito Candido Mendes. Advogado.

Resumo: com o advento do Novo Código Civil, uma nova técnica legislativa incorporou-se ao ordenamento jurídico brasileiro no que toca às relações privadas, contrastando-se com a até então utilizada pelo Legislador no revogado Código Civil de 1916. O objeto do presente estudo tem por fim analisar a conceituação, interpretação e consequências da adoção das cláusulas gerais pelo Novo Código Civil. Em tal investigação, ter-se-á em vista a rapidez da evolução dos valores sociais contrabalanceada com a exigência de sensibilidade do aplicador do direito em identificar e lidar com tais mudanças, a fim de concretizar os vetores norteadores que regem o Novo Código Civil.

Palavras-chave: Cláusulas Gerais. Direito Civil Constitucional. Mutação Legislativa.

Sumário: Introdução. 1. Evolução Histórica. 2. Conceito de Cláusula Geral e Teoria Tridimensional do Direito. 3. Mutação Social e o Perfil do Magistrado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Seguindo a linha dos códigos europeus, especialmente o Código Civil Francês de 1804 e o Alemão de 1896, o Código Civil Brasileiro de 1916 utilizava uma técnica legislativa regulamentar, caracterizada pela exaustão normativa, na qual o legislador pretendia, com isso, normatizar todos os fatos passíveis de ocorrência em sociedade. Dessa forma, tal Código era um sistema fechado, rígido, e diante do modelo social e valores à época cultivados, foi construído com base em perfil predominantemente individualista.

Com o advento do Código Civil de 2002, a interpretação das normas de direito privado passou a exigir do hermenauta sensibilidade para a sua subsunção ao caso concreto, a fim de ultrapassar a leitura fria e gramatical da lei. Vários de seus dispositivos trouxeram, intencionalmente, expressões de conteúdo vago e impreciso, fenômeno que caracteriza a nova técnica legislativa empregada pelo *Codex* de 2002, denominado de cláusula geral.

A análise dessa evolução de paradigmas, deslocado do velho Código de 1916 para o Código Civil de 2002, a fim de se compreender o conteúdo da nova técnica legislativa,

perquirir-se-á o motivo pelo qual Miguel Reale, supervisor da comissão do projeto do Código Civil de 2002, levou em conta a essência contida na sua obra filosófica denominada Teoria Tridimensional do Direito, incorporando-a em diversos artigos do Código Civil de 2002.

A fim de se considerar o escopo pretendido pelo Legislador Brasileiro ao adotar a técnica legislativa das cláusulas gerais no Código Civil de 2002, analisar-se-á se tal opção normativa traz efetividade à aplicação de regramento tão relevante à sociedade, e, tendo em vista os valores norteadores e fundantes da Constituição Federal de 1988, qual o papel das mesmas dentro de um Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, o presente trabalho buscará demonstrar a razão da adoção, pelo Código Civil Brasileiro de 2002, das cláusulas gerais, técnica legislativa diametralmente oposta da até então empregada no Código Civil de 1916.

Tendo como norte os grandes marcos legislativos históricos, qual foi o motivo da mudança de paradigma das técnicas legislativas a desaguar nas cláusulas gerais? Existe paralelo entre a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale e as cláusulas gerais? Qual o conceito de cláusulas gerais, como estabelecer o seu conteúdo e qual o papel do Judiciário e da sociedade nesta indagação? Há efetividade prática na aplicação da técnica das cláusulas gerais? Pode-se falar em publicização do Direito Privado? Qual o perfil exigido do aplicador do Direito para a efetiva e correta aplicação das cláusulas gerais?

O estudo que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo bibliográfica e histórica, qualitativa, parcialmente exploratória.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Todo o ordenamento jurídico de uma sociedade é construído levando-se em consideração o sistema econômico-político encoberto por detrás dele. Diante dessa premissa,

os grandes marcos legislativos europeus, inspirados no Código Civil Francês, outorgado por Napoleão em 21 de março de 1804, tiveram por finalidade garantir à burguesia, emergente da Revolução Francesa após séculos de opressão pelo regime absolutista,¹ a tão sonhada liberdade.

Desse modo, ao representar em grande parte os interesses da classe burguesa e a fim de afastar qualquer resquício despota do *Ancien Régime*, o Código Napoleônico teve como característica marcante a exaustão normativa, pretendendo o Legislador, com isso, garantir, de modo amplo, todos os direitos que interessavam àquela classe social, a regulamentar, portanto, todos os fatos passíveis de ocorrência na sociedade.

Logo, tudo o que estivesse inserido naquele Código Civil era considerado como “direito”, e aquilo que, intencionalmente, não fosse por ele regulamentado, assim não o era caracterizado, não podendo, portanto, ser pleiteado perante o as Cortes Judiciárias. Diante disso, percebe-se que o direito estava hermeticamente condensado nos dispositivos previstos no Código, com a finalidade de atender, essencialmente, aos interesses políticos e econômicos dos comerciantes.

A aplicação das normas do direito privado ocorria, sobretudo, através da técnica interpretativa da subsunção ou exegese, adequando-se o fato social à regra então positivada na Lei. Segundo esta técnica legislativa, o magistrado, diante do fato litigioso concreto que lhe era apresentado para julgamento, simplesmente deveria aplicar, através de modelos de silogismos,² o dispositivo legal que se enquadraria perfeitamente ao caso.

¹ Sobre a matéria, Odete Medauar acentua, *in expressis*: “o Estado absolutista (em especial no século XVIII) envolvia toda a vida social, que estava sob seu controle, realizando profunda e opressiva intromissão na vida dos indivíduos. Como reação a esse quadro, a concepção predominante no século XIX, na fórmula do Estado Liberal ou Estado abstencionista, pretendia o distanciamento do Estado em relação à vida social, econômica e religiosa dos indivíduos, como garantia de independência da sociedade às injunções do Estado.” MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30.

² Sobre o assunto, Fábio Ulhoa Coelho ensina que “o argumento composto por duas premissas e uma conclusão é chamado de silogismo.” COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de Lógica Jurídica*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20.

A estruturação do *Corpus Iuris Civilis* Francês, tomando como base a técnica da regulamentação exaustiva, pretendia impedir a abertura de qualquer espaço para a criatividade do julgador, impedindo que este inovasse na leitura da legislação, já que ainda havia forte descrença no Judiciário.³ Segundo a concepção da época, o Poder Legislativo, por ser representado pelo povo (burguês), tinha primazia sobre o Poder Executivo, desgastado com o antigo regime absolutista, e sobre o Poder Judiciário, já que se via o magistrado apenas como “a boca da lei”. Com isso, ao decidir embasado tão-somente na interpretação gramatical, ou seja, somente com o estipulado na literalidade dos elementos lingüísticos da norma e afastando-se de qualquer valor jurídico, criar-se-ia atmosfera segura para a implementação das atividades praticadas pela burguesia, o que era ideal para o desenvolvimento do comércio.

No Brasil, diante deste quadro social influenciado pelas proposições européias relativas à codificação,⁴ Clóvis Beviláqua conclui o seu projeto de Código Civil em 1899, vindo a ser tal obra promulgada em 1916. Tal Código, seguindo a mesma base normativa inspiradora então afluída na Europa, era uma legislação fechada, elaborado primordialmente para o proprietário, para o contratante e para o pai de família,⁵ ou seja, desenvolvido para proteger relações eminentemente patrimoniais, o que refletia, por natural, as concepções predominantes em fins do século XIX e no início do século XX.⁶

³ Nesse sentido, Odete Medauar acentua que “a fórmula predominante no século XIX previa a elaboração de leis gerais e impessoais por um Parlamento representativo do povo, a execução das mesmas pelo Executivo e o controle da observância das leis e dos direitos dos indivíduos por um Judiciário independente. Sobressaía, então, a supremacia do Legislativo sobre o Executivo e o Judiciário e, portanto, a supremacia da lei sobre os atos emanados dos dois últimos, porque os integrantes do Legislativo eram eleitos para atuar como representantes dos detentores da soberania (povo) – os monarcas, seus ministros e os juizes não eram eleitos.” MEDAUAR, Odete, op. cit., p. 31.

⁴ O magistrado e professor da Universidade Nacional de Buenos Aires, Gustavo Alberto Bossert, acentua que “ocorreram outras circunstâncias que contribuíram para que se tomasse tão em conta o Código Civil Francês. Primeiro, não havia outro código, na metade do século XIX, integral e completo como o Código Civil Francês. O Código Civil Português foi sancionado em 1967, e na Espanha em 1889. Outro motivo foi a clareza, a simplicidade para facilitar as soluções – e não as atrações que costumam aparecer muitas vezes na Alemanha.” BOSSERT, Gustavo Alberto. A influência do Código Civil Francês sobre o Código Civil Argentino Com Referência a Outros Códigos da América Hispânica in: *Revista da EMERJ*, nº 27, 2004, p. 128.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002*, São Paulo: Ed. Saraiva, p. 5.

⁶ *Ibid.*, p. 3.

A partir da década de 30, o Brasil começa o seu processo de desenvolvimento industrial, período conhecido como “Era Vargas”, que se estendeu até 1945. No decorrer do século XX, diante da personalidade marcadamente individualista do Código Civil de 1916, os indivíduos que não eram alcançados pelas suas regras começaram a exigir proteção ao Poder Judiciário. Diante deste quadro, foram editadas várias leis extravagantes a fim de suprir as carências e omissões do Código.

Nesse prisma, ocorreu o fenômeno caracterizado pela migração temática, ou seja, as matérias que até então estavam normatizadas de modo insuficiente no Código Civil começaram a se deslocar para diversas leis especiais, como, por exemplo, o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), a Lei de Locação (Lei nº 8.245/91) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Devido à formação destes micro-sistemas, o Diploma de 16 começou a perder sua importância. O golpe final que o *Codex* tomou ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, já que os princípios que estavam naquele foram regulamentados de forma inovadora por esta.⁷

Com o advento do Novo Código Civil (Lei nº 10.406), em 10 de janeiro de 2002, resultante do Projeto de Lei nº 634/75, elaborado por uma comissão de juristas sob a supervisão de Miguel Reale, houve uma quebra de paradigmas em relação à técnica legislativa até então utilizada pelo Código Civil de 1916.

Em conformidade com o cenário democrático instituído pelo art. 1º da Constituição Federal de 1988, e com o intuito de se afastar do perfil patrimonialista-individual que caracterizou o Diploma anterior,⁸ a nova Legislação consagrou, em vários de seus dispositivos, a técnica legislativa da cláusula geral, pretendendo, com isto, concretizar três princípios básicos que nortearam a ideologia do Código Civil de 2002: a socialidade (prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor

⁷ Ibid., p. 4.

⁸ Ibid., p. 4.

fundamental da dignidade da pessoa humana), a eticidade (priorização da equidade, da boa-fé, da justa causa e demais critérios éticos, conferindo ao juiz maior poder para encontrar a solução mais justa ou equitativa) e a operabilidade (o Direito é feito para ser efetivado, para ser operado).⁹

2. A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO E O CONCEITO DE CLÁUSULA GERAL

O Código Civil de 1916, influenciado pela concepção francesa da codificação napoleônica, estruturou-se embasado na idéia da exaustão normativa, pretendendo o legislador, com isso, tentar regulamentar todas as situações litigiosas passíveis de ocorrência no núcleo social, missão evidentemente impossível, tendo em vista, sobretudo, a gaseificação dos interesses da comunidade.

Diante desse modelo então adotado, a atividade intelectual de revelação do sentido, alcance e conteúdo das normas do Código Civil de 1916, com o fim de fazê-la incidir sobre o conceito de um fato de acordo com a capacidade expressiva do texto legal, limitava a atuação do operador do direito, já que esse é, invariavelmente, delimitado pelas possibilidades exegéticas permitidas pelo enunciado gramatical do texto normativo.¹⁰ Logo, a técnica interpretativa que as normas do Código Beviláqua permitia adotar, na sua grande maioria, era meramente a da subsunção.

Ao se utilizar a técnica interpretativa da subsunção, ou seja, a simples aplicação exclusiva do fato à norma, em um diploma caracterizado pela exaustão regulamentar, não se consegue alcançar uma efetividade normativa no seio da comunidade, já que a sociedade, com o transcorrer do tempo, naturalmente tende a evoluir ou transformar seus ideais e valores. Em

⁹ Ibid., p. 5.

¹⁰ MORAES, Guilherme Penã. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 116-117.

contrapartida, o texto legal continua sendo o mesmo da época na qual foi editado, permanecendo, portanto, estagnado. Logo, como não se atribuem mecanismos para que a norma se renove e se atualize, ela fica impossibilitada de acompanhar os fatos cotidianos da vida, perdendo, conseqüentemente, a sua eficácia social, já que há o dissenso entre a conduta prescrita pela norma de conduta e o comportamento da sociedade.¹¹

A fim de solucionar o problema do envelhecimento legislativo decorrente da dissipação cronológica entre a eficácia social e a prescrição da norma legal de conduta, o supervisor da elaboração do Novo Código Civil, Miguel Reale, transportou e incorporou para várias passagens deste Diploma Legal, o conteúdo básico trabalhado na sua obra “Teoria Tridimensional do Direito”, publicada em 1968.

Segundo Miguel Reale¹², o Direito é “realidade histórico-cultural, segundo valores de convivência”. Deste modo, seria possível trabalhar o Direito através de três planos dimensionais distintos: a dimensão normativa, que vê o Direito como ordenamento jurídico (Direito Positivo) e como ciência (Ciência do Direito); a dimensão fática, em que o Direito preocupa-se com a sua efetividade social e histórica; e a dimensão axiológica, na qual o Direito representaria e resguardaria um valor.

Como se observa, Miguel Reale acrescentou aos elementos fato e norma, um terceiro componente, consubstanciado no valor axiológico. Assim, o fenômeno jurídico seria composto, sempre e necessariamente, de um fato social subjacente, de um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos indivíduos no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e de uma norma, que representa o liame que integra os demais elementos, relacionando-os.

Para a Teoria Tridimensional do Direito, a norma de conduta deve ser o fato social por ela tipificado, agora valorado. Logo, norteado pela concepção jusfilosófica criada por

¹¹ Ibid., p. 80.

¹² Ibid., p. 04.

Miguel Reale, o Código Civil de 2002 resolveu o problema do envelhecimento e da ineficácia legislativa através da adoção, em seus comandos, da técnica da cláusula geral.

Conceitua-se cláusula geral como uma técnica legislativa intencionalmente imprecisa e vaga, caracterizada pelo seu conteúdo aberto, com pluralidade semântica e inúmeras possibilidades de interpretação.¹³ Tomando-se por base a proposta de Reale, a positividade legal (a norma) deve unir o fato social que pretende trabalhar com um valor axiológico. O instrumento que consegue incorporar o elemento valor nos preceitos normativos é exatamente a técnica da cláusula geral.

Diante desse panorama, constata-se que os temas mais relevantes da teoria do Direito Civil foram tratados pelo Código de 2002 estruturando o seu núcleo dogmático tendo por base cláusulas gerais. Por exemplo, ao tratar das pessoas, os artigos 2º e 11 do Código Civil preveem os direitos da personalidade. O direito obrigacional acolheu a função social do contrato nos artigos 113, 421 e no parágrafo único do 2.035; a boa-fé objetiva, no artigo 422, todos do Código Civil. Nos direitos reais, a função social da propriedade, regulada pelo §1º do artigo 1.228 do Código, acompanhou os comandos constitucionais dos artigos 182 e 184 da Constituição Federal de 1988. No que toca ao direito de família, estabeleceram-se como valores a comunhão plena de vida, no artigo. 1.511, e o bem de família, no art. 1.711 do Código Civil.

¹³ Segundo Arnoldo Wald, “a técnica da boa-fé objetiva configura-se como cláusula geral e, portanto, corresponde a uma técnica legislativa que busca garantir a relação entre o direito e a realidade social, possibilitando a existência de um sistema jurídico aberto com constantes adaptações das normas legais às exigências do mundo de relações e da alteração dos seus valores com o tempo. Assim, a cláusula geral fornece um ponto de partida para se alcançar resultados justos e adequados.” WALD, Arnoldo. *Obrigações e Contratos*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 192.

3. INTERPRETAÇÃO E EFETIVIDADE DAS CLÁUSULAS GERAIS

Como se pode notar, todos os ramos do Direito Civil receberam do Código de 2002 dispositivos legais que contemplam cláusulas gerais. Dessa maneira, pode-se afirmar que tais normas são concebidas como verdadeiros vetores estruturantes para a interpretação das regras do Código, que devem conduzir o intérprete na investigação do conteúdo dos demais dispositivos estabelecidos pela Lei. Nessa concepção, haveria uma precedência interpretativa dessas normas caracterizadas como cláusulas gerais sobre as demais, de modo que o valor nelas consubstanciado irradiaria seus efeitos sobre todo o manancial normativo que a elas tivesse pertinência.

A operação hermenêutica de uma norma dotada de cláusula geral tem uma peculiaridade a mais quanto à técnica da subsunção. Isso porque, ao se apresentar um fato litigioso ao magistrado para que ele prolate uma decisão, o julgador deverá aplicar a norma legal subsumindo-a ao fato, mas com a observância dos valores sociais atuais, com a observância de se levar em conta a cultura do momento e o estágio de amadurecimento da sociedade.¹⁴

Entretanto, deve ser observado que a investigação destes valores sociais não deve ter caráter discricionário, não podendo ser feita de forma livre pelo Magistrado, adotando aquele que na sua concepção. Ou seja, o Juiz não deve levar em conta, ao aplicar normas dotadas de cláusula geral, critérios subjetivos.

Nessa apuração, a fim de determinar o real conteúdo de uma norma caracterizada como cláusula geral, o julgador deve ter como norte, exclusivamente, os valores e princípios estabelecidos no Texto Constitucional, especialmente os plasmados no seu Título I, que contempla os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, que devem

¹⁴ Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “o sentido social é uma das características mais marcantes do novo diploma, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Beviláqua. Há uma convergência para a realidade contemporânea (...).” GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 5.

constituir o ponto de partida para qualquer operação de interpretação, seja qual for o diploma trabalhado.

Contudo, importante ressaltar que as mudanças sociais, perfeitamente naturais de ocorrerem, são aptas a alterar a concepção fática da realidade, tendo em vista os anseios da comunidade quanto à busca de seus interesses. Entretanto, tais anseios sociais, aptos a gerar tais transformações, também não são despidos de limites, não podendo tais valores serem construídos de forma livre.

Alertando-se a este fato, convém lembrar que o Texto Constitucional é dotado da função de garantia, já que a Constituição é dirigida a assegurar a estabilidade é das relações na sociedade, e da função de identificação, já que as finalidades do Estado, frente às mudanças da sociedade são garantidas pela *Lex Legum*.¹⁵

Dessa forma, a Constituição da República, ao dirigir e determinar a condução dos caminhos a serem perseguidos pelas pretensões da sociedade, impede que esta se afaste dos programas e fins traçados pelo poder constituinte, garantindo do que todas as mudanças ou alterações fáticas levadas a efeito pelos anseios sociais serão efetivas e legitimadas exclusivamente pelo perfil traçado nas suas normas.

Como se vê, a Constituição Federal de 1988 impõe duplo limite à busca pela interpretação, e consequente aplicação, das cláusulas gerais. Um primeiro limite é afeto à atuação hermenêutica do magistrado, que terá que verificar e identificar os valores sociais atuais da comunidade, com o intuito de considerar os princípios fundamentais instituídos pelo texto constitucional. Além deste limite, a própria sociedade sofre um condicionamento quanto às suas transformações tendo em vista a incidência direta dos mesmos princípios constitucionais na construção dos seus valores sociais.

¹⁵ Moraes, op. cit., p. 63.

Logo, não há liberdade de conformação para a determinação do conteúdo das cláusulas gerais insculpidas no corpo normativo do Código Civil nem pelo Magistrado, nem pela sociedade, já que a interpretação levada a efeito pelo Juiz deverá levar em conta somente as mudanças sociais dotadas de legitimidade frente à Constituição Federal, ou seja, aquelas que têm o amparo do Texto Maior.

Com isso, o Direito Civil passa a ter os seus enunciados prescritivos oxigenados diretamente pelo produto do Poder Constituinte, acarretando o recebimento de todas as suas influências, o que garante maior legitimidade e segurança na aplicação das normas do Código Civil Brasileiro. Logo, é evidente o diálogo travado entre essas fontes normativas, o que gera sempre a interpretação do direito posto com base na norma suprema.

Por meio modelo de hermenêutica, as cláusulas gerais, dispositivos legais caracterizados como vetores estruturantes, tal como defendido acima, são reveladas como normas de extensão da própria Constituição Federal, a fazer parte, portanto, do chamado bloco de constitucionalidade, já que aptas a desenvolver a eficácia e a efetividade das normas e valores constitucionais.¹⁶

Logo, evidente a carga de efetividade atribuída à concepção legislativa das cláusulas gerais, já que a norma estará apta a produzir amplamente seus efeitos sem encontrar as limitações inerentes à própria estrutura dos enunciados linguísticos, resultando na expansão da sua aplicação, portanto, a um núcleo mais largo de casos e a períodos mais extensos do que a anterior concepção legislativa, o que garante, conseqüentemente, maior estabilidade nas relações jurídicas, o que acarreta na concretude ao princípio da segurança jurídica, norte velado pela própria Constituição da República.

¹⁶ O Supremo Tribunal Federal assinala que “o bloco de constitucionalidade projeta-se para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da idéia de ordem constitucional global”. BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI nº 595. Relator Min. Celso de Mello, j. 18/02/2002, DJU 26/02.02, Informativo nº 258. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 12.07.2012.

Portanto, ao se inserir a dimensão “valor” como núcleo axiológico de condutas a serem observadas em determinada sociedade, conferiu-se à norma um eficiente instrumento de torná-la adaptável aos anseios da sociedade, mesmo que esses venham a se modificar, o que resolve, dessa forma, o problema do envelhecimento da Lei.

4. LEGITIMIDADE DAS CLÁUSULAS GERAIS

A adoção da técnica das cláusulas gerais pelo Novo Código Civil trabalha duas formas de atribuir legitimidade de atuação do Poder Público, uma de índole formal e outra material, em dois momentos distintos, levando-se em conta a atuação do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Se a norma jurídica for aplicada pelo Magistrado de acordo com os valores sociais em voga aferidos com base nos princípios fundamentais da Constituição da República, a legislação infraconstitucional irá dialogar com a sociedade, concretizando, portanto, o princípio democrático instituído pelo Poder Constituinte Originário no art. 1º da Carta do Brasil de 1988.

Todavia, tal diálogo não deve ser apenas formal, ou seja, não deve ocorrer apenas quando da escolha dos representantes para compor o Poder Legislativo com fulcro na norma do art. 14 da Carta Magna. É necessário que o diálogo seja, também, material, ou seja, que a vontade popular, exercida pelo sufrágio universal e consubstanciada na feitura das leis pelo Legislativo, seja prestigiada, inclusive, quando a aplicação da legislação pelo Poder Judiciário, considerando, sobretudo, que todo o poder emana do povo, tal como preceitua do art. 1º, §u, da Constituição Federal. Desta forma, haverá uma intercessão harmônica entre os Poderes Legislativo e Judiciário, considerando-se o necessário debate social exprimido pelo ideário democrático.

Segundo o Desembargador fluminense Alexandre Freitas Câmara:¹⁷

É fácil verificar que no exercício da função legislativa foi assegurado o direito de participação dos interessados. Tal participação se dá de diversas formas, como a eleição, dos membros dos órgãos legislativos (deputados, senadores e vereadores), o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular do processo legislativo. A mesma facilidade se encontra quando da análise do direito de participação na função administrativa, uma vez que também aqui há eleição (para prefeito, governador e Presidente da República) (...). Assim com nas outras funções estatais, também no exercício da função jurisdicional deve ser assegurado aos interessados o direito de participar dos procedimentos que têm por fim a elaboração de provimentos. Tal participação se concretiza na garantia constitucional do contraditório, que pode, assim ser compreendido com o direito de participação no processo que tem por fim legitimar o provimento estatal que nele se forma.

Entretanto, como dito acima, a legitimidade conferida à edição de uma lei, no sentido de que a mesma representa a vontade popular, não pode ser apenas formal, manifestando-se no ato de ir às urnas para se exercer um dever legal consubstanciado na eleição de candidatos aos membros do Legislativo. Não se deve aceitar que tão-somente esta conduta confira legitimidade aos representantes do povo no Legislativo.

A Lei deve, efetivamente, refletir o ideal da sociedade constitucionalmente conformado, de modo que a combinação entre a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional seja, de forma completa, um instrumento de evolução e transformação social.

Nessa concepção, o emprego da técnica das cláusulas gerais é um poderoso instrumento de garantia e legitimidade democrática no plano da produção da legislação, já que o Legislador abrirá uma janela para introduzir na lei um elemento meta jurídico de expressão popular. Desta forma, além de uma legitimidade meramente formal, exteriorizada na eleição dos representantes populares, haverá, também, uma legitimidade material, já que a lei representará efetivamente o modo de vida da comunidade, o que maximiza o ideário democrático tal como exigido pela Constituição Federal de 1988.

¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, V. I. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 54

De outro lado, quanto à atuação do Poder Judiciário investido na função jurisdicional e tendo por base o raciocínio acima transcrito do doutro processualista, o contraditório entre as partes de um processo judicial é necessário para que se garanta a legitimidade processual da decisão prolatada pelo Magistrado.

Entretanto, ao somar-se a essa garantia processual fundamental, prevista no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, a técnica das cláusulas gerais na aplicação da lei, alcança-se uma maior legitimidade nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário, já que tais cláusulas, por terem o seu conteúdo determinado pelos valores sociais difundidos pela comunidade, conseguem garantir na decisão, além daquela legitimidade processual, uma outra de índole material, já que o direito de participação social é intrínseco ao conteúdo das cláusulas gerais.

Nesse momento, o Juiz deverá interpretar e aplicar tais cláusulas gerais com base em diálogo objetivo com a sociedade, gerando, desta forma, também o diálogo democrático. Nessa concepção, a técnica das cláusulas gerais é um poderoso instrumento de garantia e legitimidade participativa no plano da aplicação e concretização da legislação, já que o Juiz, em sua decisão, ratificará as transformações sociais que estiverem em harmonia com os parâmetros constitucionais, e afastar aquelas que destes se distanciarem.

5. RELATIVIZAÇÃO DOS “RAMOS DO DIREITO”

É clássica a divisão didática que se faz do Direito em “ramos do Direito Público” e “ramos do Direito Privado”.

Segundo a doutrina,¹⁸ os ramos do Direito estão compreendidos no Direito Público, dedicado precipuamente à tutela do interesse público, e no Direito Privado, destinado

¹⁸ MORAES, Guilherme Penã, op. cit. p. 4-5.

primordialmente à tutela dos interesses privados, cuja diferenciação reside na preponderância do interesse em jogo, porquanto o primeiro diz respeito às relações de subordinação ou verticais entre as entidades públicas e os indivíduos, ao passo que o segundo tem a ver com as relações de coordenação ou horizontais entre os indivíduos, entre os indivíduos e as entidades privadas por eles postos a atuar no comércio jurídico e entre estes entes.

Explica o Desembargador Alexandre Freitas Câmara que¹⁹

É sabido por todos os que se iniciam no estudo do Direito que os ramos desta área do conhecimento humano podem ser divididos em duas grandes famílias: direito público e direito privado. Tal divisão, embora seja alvo de muitas críticas, ainda é um método seguro de se estabelecer critérios interpretativos baseados em princípios comuns aos ramos que compõem cada uma dessas grandes “famílias jurídicas”. Ao se dizer que um determinado ramo do Direito é público ou privado, estamos estabelecendo uma série de premissas que deverão ser levadas em conta quando da interpretação da normas que o compõem, como, por exemplo, a posição de coordenação entre os sujeitos da relação jurídica (no direito privado), ou a posição de supremacia de um dos sujeitos (o Estado) em relação aos demais (no direito público).

Dentro deste quadro distintivo traçado pela doutrina, o Direito Civil sempre foi classificado como ramo do Direito Privado por excelência, que denotaria sua real oposição à disciplinas essencialmente tipificadas como inseridas no Direito Público. Pode-se citar como exemplo o Direito Obrigacional, em que há a possibilidade das partes de um negócio jurídico afastarem as regras dispositivas e dimensionarem o acordo a ser travado com base nos seus próprios interesses.

Ao longo da história do Código Civil de 1916, prevaleceu o princípio de que “o contrato era a lei entre as partes”, e que nem mesmo o Estado-Juiz poderia exercer um controle sobre aquilo efetivamente pactuado pelas partes negociantes. Isso demonstra a grande carga discricionária que o indivíduo tinha quando celebrava um negócio jurídico de direito privado.

Entretanto, com a adoção das cláusulas gerais pelo Novo Código Civil, as suas normas passaram a trabalhar como imãs de conceitos que tem base constitucional,

¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. op. cit., p. 7.

incorporando, desta forma, relevante carga social que extrapolaria as relações negociais firmadas pelas partes contratantes de um negócio. Além disso, tal carga social imantada nas normas do Código Civil são oriundas do Direito Constitucional, classificado com o ramo do direito público por excelência.

Um exemplo dessa carga social concentrada nas normas do direito privado é o parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil, que determina que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos no Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Também não se pode olvidar que o Poder Público passou a interferir diretamente no Direito de Família, emitindo normas cogentes, posto que se sabe o interesse daquele na célula mater da sociedade.

Diante desta interdisciplinaridade, será que ainda é possível se falar em “ramos do Direito Público” e “ramos do Direito Privado”?

Como se verifica da leitura da passagem acima transcrita do doutro processualista fluminense Alexandre Freitas Câmara, a distinção entre Direito Público e Direito Privado é criticada pela doutrina diante da inexistência de um ramo exclusivamente afeto a um ou a outro ramo.²⁰

Na verdade, com a Constituição Federal de 1988, houve uma intensa interdisciplinaridade entre os diversos “ramos” do Direito, tento em vista que nosso Texto Maior é classificado com analítico, ou seja, estatui prolixamente a estrutura fundamental do Estado e sociedade, por intermédio de normas material e formalmente constitucionais.²¹

Dessa forma, a Carta de 1988 tratou, além das matérias constitucionais típicas, outras que não precisariam nela estar contida. Com isso, muitas normas consideradas de núcleo privado encontram seus conceitos ou institutos delineados na Constituição da República.

²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. op. cit., p. 7.

²¹ MORAES, Guilherme Penã, op. cit. p. 70.

Diante disto, antes de ser classificado como ramo do direito público ou ramo do direito privado, o direito deve ser constitucional, ou seja, achar o seu fundamento de validade na norma fundamental. Logo, a divisão em ramos do direito realizada pela doutrina hoje é amenizada pelo nosso contorno constitucional e pela adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais, que permitiu que a carga privatista das normas do Código Civil sofressem uma atenuação nesta característica, possuindo, portanto, um conteúdo misto, ponderando-se os interesses privados e os sociais.

CONCLUSÃO

Com a adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais pela Lei nº 10.406 (Novo Código Civil Brasileiro), um novo paradigma de interpretação foi adotado pelo Legislador ordinário a ser utilizado na hermenêutica das normas previstas pela legislação privada.

De fato, superou-se o problema marcante do envelhecimento legislativo, o que desaguava na perda de eficácia social da norma jurídica, ao mesmo tempo em que se concedeu ao profissional do Direito um instrumento de concretização e de efetivação de regras e princípios estatuídos no Código Civil, a transformar, portanto, o diploma civil em um texto legislativo mais operacional.

Para isso, fundamental as idéias básicas estruturadas na Teoria Tridimensional do Direito propugnada pelo idealizador do Código Civil, Miguel Reale, na qual à concepção clássica de interpretação, que somente subsumia o fato à norma, acrescentou-se o elemento valor, a exigir do intérprete sensibilidade para analisar e filtrar os fatos da vida social que passariam a se inserir no véu da norma, criando-se verdadeiros catálogos de condutas sociais amparadas pelo corpo da comunidade, que passariam a evoluir com o passar do tempo e com o amadurecimento da própria sociedade.

Com esta nova concepção, o direito positivado passa a conter enorme carga social, visto que o julgador estará trabalhando com a norma viva, ou seja, aquela em que a sociedade estará ajudando a criar, sempre lastreada pelos valores constitucionais albergados nos princípios fundamentais da Carta Maior, principalmente pelo postulado do valor da dignidade da pessoa humana, plasmado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Com isso, é evidente o elevado grau de efetividade na aplicação destas normas enunciadas como cláusulas gerais, já que os valores sociais sempre estarão inseridos no núcleo essencial da norma, que a densificará, e que ainda poderá se renovar quando referidos valores se transformarem através de mutação social, sempre em compasso com a Constituição Federal.

Logo, resolve-se o problema do envelhecimento da norma jurídica, disfunção normativa ocorrente quando da vigência do Código Civil de 1916, o que acarretou na perda da sua efetividade social, a ser remediado pela criação de normas contidas em microsistemas, tais como o a Lei do Divórcio, a Lei de Locações e o Código de Defesa do Consumidor.

Isso porque o Código Civil não era apto a tutelar os interesses que eclodiam no seio social, o que fez com que surgisse a idéia da descodificação, problema minimizado com a edição do Novo Código Civil, que através da adoção da técnica das cláusulas gerais, consagrou o prestígio da aplicação das regras do Código Civil, reservando as leis ditas especiais para situações que exigissem a sua aplicação, o que causou uma maior tutela ao indivíduo, que passou a poder contar com a proteção das normas gerais do Código Civil e das regras especiais dos microsistemas, em verdadeiro diálogo de fontes.

Além desse poder de atualização normativa, a técnica legislativa das cláusulas gerais proporciona o atendimento ao princípio democrático previsto no artigo 1º da Constituição Federal de 1988, já que há a participação real da população na produção legislativa, já que está é que irá densificar o conteúdo fático das cláusulas gerais através do tráfego jurídico, o que

se denominou de legitimidade material, ultrapassando-se o simples ato de ir às urnas eleger os representantes do Legislativo, tratada como legitimidade formal.

Também neste contexto, houve intensa relativização no que toca à qualidade dos “ramos do Direito”, que dividia esta ciência em “ramos do Direito Público” e “ramos do Direito Privado”. como as normas dotadas de cláusulas gerais são normas cogentes, sua inserção no Código Civil afastou a idéia tradicional vigente no Direito Civil do “*pacta sunt servanda*”.

Atualmente, o Direito Civil também é caracterizado com um direito-função, segundo o qual a aplicação das suas normas também deverá atender o interesse social, concepção essa albergada pelas cláusulas gerais. Logo, qualquer ramo do Direito, tanto o “público” como o “privado” perdeu a preponderância da característica que o classificara desta forma, já que, atualmente, todo o direito contém nítida carga social, derivada, principalmente, do corpo social da Constituição da República, que consagrou, dentre outros valores, a função social, conceito este que também é adotado pelo Código Civil de 2002 como uma cláusula geral.

Portanto, atualmente o Direito Civil foi impregnado por valores constitucionais por meio das janelas normativas das cláusulas gerais, já que os valores sociais que as compõem são identificados nos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, já que tais valores devem nortear qualquer interpretação. Logo, tal ideia deu origem ao Direito Civil Constitucional, que é a interpretação das normas estabelecidas no Código Civil a luz dos valores e ideais constitucional, vertente essa possibilitada e maximizada através da adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: EDITORA UnB, 1982.

BOSSERT, Gustavo Alberto. A influência do Código Civil Francês sobre o Código Civil Argentino Com Referência a Outros Códigos da América Hispânica. In *Revista da EMERJ*, nº 27, 2004, p. 128.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 15 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de Lógica Jurídica*. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2008

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MORAES, Guilherme Penã. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
_____. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil, V. I*. Salvador: Juspodivm, 2012.

SARMENTO, Daniel (org). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

WALD, Arnaldo. *Obrigações e Contratos*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2010