ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

A SISTEMÁTICA DAS CLÁUSULAS GERAIS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

THE SYSTEMATIC OF GENERAL CLAUSES IN THE NEW CIVIL CODE

George de Castro Morais*
Karina Núbia de Oliveira**

RESUMO: As codificações mais recentes, que é exemplo o Novo Código Civil de 2002, estão abrindo mão do descritivismo legal presente nas antigas compilações normativas que tentavam "antever" soluções para todos os casos requerentes de normatização. Dado o implacável descompasso entre o texto da lei e as imperiosidades fáticas, mister se fez a adoção das "cláusulas gerais" nos estatutos, devido ao seu cunho de abrangência e mobilidade, como vetores para uma jurisprudência mais acorde com as premissas sócio-axiológicas em vigência, inseridos na persecução à concretização da justiça em meio ao vastíssimo rol da casuística social.
Palavras-chave: Novo Código Civil. Cláusulas Gerais. Sistema Aberto. Justiça Social. Eticidade.

ABSTRACT: The most recent codifications, which an example is the New Civil Code of 2002, are giving up on the legal descriptivism present in the former normative compilations attempting to "predict" solutions for all applicant cases for standardization. Given the relentless mismatch between the text of the law and the facts, the adoption of 'general clauses' in the constitution became essential because of its scope and nature of mobility, as vectors for a case law more linked to the socio-axiological assumptions in effect, inserted in pursuing the implementation of justice in the midst of vast list of the social casuistry.
Keywords: New Civil Code. General clauses. Open System. Social Justice. Ethics

* Acadêmico do 2º Período do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN. Mossoró - Rio Grande do Norte – Brasil.
** Acadêmico do 2º Período do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN. Mossoró - Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Segundo Miguel Reale[1], o Código Civil e a Constituição são as duas leis fundamentais de um país, a primeira se refere à pessoa humana e à sociedade civil como tais, abrangendo suas atividades essenciais; e a segunda, estabelece a estrutura e as atribuições do Estado em função do ser humano. Para este brilhante jurista, o Código Civil seria "a constituição do homem comum", pois regula sua vida, sua capacidade, seus bens e seus negócios jurídicos. Diante de tal afirmação, nota-se a importância dos estudos sobre essa compilação de leis.

A partir da profunda modificação que o Código Civil brasileiro sofreu com a entrada em vigor, no ano de 2002, do Novo Código Civil, a importância desse estudo cresceu porque foi adotada para o mesmo, durante essa revisão, uma nova técnica legislativa, buscando renovar sua estrutura na tentativa de modernizá-lo.

A supracitada técnica legislativa baseia-se no uso de cláusulas gerais, também chamadas de cláusulas abertas. Esta tendência é bastante recente e inovadora e para entender a nova "constituição do homem comum" que se apresenta é extremamente necessário buscar compreender esse tipo de normatização e as mudanças que ele acarreta.

É bem verdade que o assunto para o mundo jurídico brasileiro só teve relevância quando da opção feita pelo uso dessa nova técnica, pelos elaboradores do Projeto do novo Código Civil, no entanto o que se tem notado é a escassez de estudos e de análises, além da pouca informação no próprio meio jurídico sobre o tema. Diante desse fato, o artigo que se segue procura fazer uma análise sobre as Cláusulas Gerais e as mudanças que elas trouxeram para o Novo Código Civil, buscando, se não acrescentar algo ao estudo desse tema, chamar a devida atenção do meio jurídico para tão importante assunto.

2 A FEIÇÃO SOCIAL DADA AO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: UM RESGATE DA ETICIDADE E DA SOCIABILIDADE NO SISTEMA CIVIL BRASILEIRO

Antes de adentrar no assunto em si, é necessário que se façam algu-

1 Jurista, filósofo, membro da Academia Brasileira de Letras, presidente da comissão elaboradora do Código Civil de 2002 *(in memoriam)*.

mas considerações sobre o ilustre jurista Miguel Reale, que foi coordenador-geral da comissão a qual revisou o Código Civil de 1916, ou seja, coube a ele a estrutura e a sistemática do projeto, que por conseqüência sofreu grande influência do seu pensamento.

Reale é o autor da consagrada Teoria Tridimensional do Direito, para a qual o mesmo se constitui de fato, valor e norma, dando, ele, grande relevância ao valor, por ser este o elemento principal a dar efetividade à norma. Dessa forma, ele norteou o seu projeto com base nos institutos da eticidade, da sociabilidade e da operabilidade entre outros.

A sociabilidade é uma característica marcante no Novo Código Civil. Ela faz prevalecer os interesses da coletividade em contrário aos interesses individuais defendidos no Código Civil de 1916. Já a eticidade procura mostrar que o mais importante numa codificação é o seu espírito, o seu conjunto de idéias, a partir dos quais as normas se entrelaçam, se ordenam e sistematizam. Quanto à operabilidade, procurou-se eliminar e evitar criação de dúvidas que dificultassem a interpretação e aplicação do direito pelos operadores. Por exemplo, definiu-se mais claramente a prescrição e a decadência, institutos que se confundiam anteriormente.

É impossível passar despercebido à participação dos valores éticos no ordenamento jurídico e, no Novo Código, para realçá-los, muitas vezes, optou-se pela utilização de normas genéricas ou cláusulas gerais. Nelas o legislador deixa a cargo do magistrado criação de modelos hermenêuticos com base na boa-fé objetiva e a função social do contrato, por exemplo, como vias a serem seguidas por ele para fundamentar suas decisões, possibilitando dessa forma a evolução do Direito e concedendo-lhe maior liberdade em suas sentenças. Fala-se aqui que foi trazido para a realidade brasileira um ordenamento jurídico mais aberto.

Pode-se trabalhar com dois tipos de ordenamentos jurídicos, o sistema fechado e o sistema aberto. O sistema fechado é marcado pela forte influência dos ideais positivistas, os quais defendem a perfeição dos códigos, que abrangeriam todos os possíveis atos do convívio social. Já o sistema aberto, em oposição ao pensamento positivista, admite a incompletude dos códigos e por isso procura garantir a constante adequação das leis compiladas à reali-

dade social e possibilitar a integração dos diferentes ramos do Direito.

O Positivismo teve seu ápice do século XIX até a Segunda Grande Guerra e influenciou inúmeros ordenamentos em todo o mundo, inclusive o Código Civil de 1916, o qual prezava a individualidade, procurava abranger a totalidade dos atos da vida social e suas normas possuíam um alto grau de especificação. A tendência contemporânea, entretanto, é a utilização de sistemas abertos, o que vem ocorrendo através da inserção das cláusulas gerais nos códigos.

Há uma tendência à constitucionalização do Direito Civil, visto que todas as normas num Estado Democrático de Direito devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição Federal, não se concebendo mais institutos jurídicos sem função social.

3 DAS CLÁUSULAS GERAIS

Essa nova técnica legislativa baseia-se na utilização de normas formuladas a partir do uso de conceitos jurídicos indeterminados. Seus enunciados são revestidos de vagueza semântica que possibilitam a incorporação, no momento de aplicação do direito, de valores filosóficos, sociológicos e econômicos.

É um exemplo de cláusula geral o artigo *113* da Parte Geral do Código Civil*: Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.*

Elas podem ser chamadas de "normas diretivas" ou "normas-objetivo", pois indicam programas e resultados desejáveis para o bem comum e à utilidade social, usam uma linguagem mais apropriada para a atualidade com terminologias científicas, econômicas e sociais, fugindo ao padrão tradicional.

Elas atuam tecnicamente como metanormas, apenas direcionando o juiz em como agir diante do caso concreto e não lhe impondo determinada atitude, como o fazem as normas casuísticas. O aplicador ganha, assim, maior liberdade. Ele não terá de fazer uma subsunção tão-somente, mas a norma lhe dará poderes para recorrer a ramos diferentes do Direito, a princípios, como *"a boa fé"*, e costumes, como *"os usos do lugar de sua celebração"*. Frise-se que não é preciso que os princípios, costumes ou diretrizes

e máximas de conduta sejam consagrados na lei escrita, eles, com o tempo, integrarão o ordenamento via jurisprudencial, ou seja, pelas decisões reiteradas dos tribunais como será explicado.

Observe-se que os termos claros e vagos também têm sua intencionalidade. A partir dessa vagueza é que se obterá a citada adequação das leis à sociedade vigente e a integração dos diferentes ramos do Direito, ou seja, é através dela que o ordenamento ganhará mobilidade.

3.1 TIPOS DE CLÁUSULAS GERAIS

Segundo Judith Martins Costa[2], existem três tipos de cláusulas gerais:

> Restritivas: são aquelas que delimitam ou restringem, em certas situações, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico. Exemplo: *"A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato"* (artigo 421 do Direito das Obrigações do código Civil). Ao analisar tal artigo, o que se vê é a restrição da liberdade de contratar, a qual deve observar, a partir de então, a *função social do contrato*.
> Regulativas: servem para regular, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas na lei. Exemplo: A regulação da responsabilidade civil por culpa (artigo 927 ao artigo 943 do Direito das Obrigações do Código Civil).
> Extensivas: servem para ampliar uma determinada regulação jurídica mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação da causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos. Exemplo: *"Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e eqüidade"* (artigo 7º do Código do Consumidor).

2 Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFRGS, doutora em Direito pela Universidade de São Paulo.

3.2 A ESTRUTURA DAS CLÁUSULAS GERAIS

Existem duas importantes correntes acerca da estrutura das cláusulas gerais que serão citadas neste trabalho, a corrente defendida por Engish e a de Cláudio Luzzati. Para Engish, esse tipo de norma não possui qualquer estrutura própria do ponto de vista metodológico, são apenas uma espécie de norma dotada de elevado grau de "generalidade", enquanto que para Luzzati as normas abertas constituem normas parcialmente em branco, as quais os juízes preenchem utilizando-se as regras extra-jurídicas ou de outros textos normativos.

3.3 VANTAGENS E DESVANTAGENS DAS CLÁUSULAS GERAIS

As cláusulas gerais são vantajosas porque dinamizam o Direito à medida que é delegado ao juiz "completar a norma" com outras normas do sistema e/ou com elementos advindos diretamente da sociedade e do ser humano, como os costumes e os princípios gerais. Assim, em uma única hipótese ampla e vaga caberiam vários casos cujas características específicas seriam formadas por via jurisprudencial.

De forma que a evolução do Direito seria um fato constante a partir dos tribunais, evitando que os códigos tornassem-se obsoletos tão rapidamente. As decisões iriam reiterando-se e seria, através da jurisprudência, que iriam sendo definidas as especificidades dos casos. Não seria preciso, então, que para o direito renovar-se necessitasse de um ato legislativo.

No entanto, até a consolidação da jurisprudência a incerteza acerca da mais correta interpretação da cláusula aberta poderia trazer problemas à justiça, principalmente no que tange ao estabelecimento de seus limites. O que se tem preferido e foi consagrado por Reale no Novo Código foi balancear o uso de normas abertas com o uso de normas casuísticas, dando maior ênfase a estas últimas nas matérias mais rígidas, nas quais é imprescindível o magistrado possuir certo grau de certeza.

Uma vantagem de cunho mais subjetivo foi trazida através da incorporação do fator *valor* na criação da norma. É primordial para a obtenção uma

maior efetividade do Direito, segundo Miguel Reale, do uso de institutos valorativos, de forma que foram inseridos nas Cláusulas, por exemplo, a *boa fé* e a *função social do contrato* como meio de obter justiça social, satisfazendo, assim, a ânsia da sociedade por um Direito mais humano e concreto.

4 A ORGANIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

O entendimento do que é cláusula geral e de suas funções no Novo Código Civil, como temos visto, é de suma importância para todos aqueles que entendem o Direito como uma ciência que deva estar constantemente se modificando no intuito de acompanhar as transformações sociais, políticas e econômicas da realidade social, buscando sempre seguir ou atender os desejos e anseios da coletividade, que em nosso século assume papel de destaque.

Quando se estuda a sistemática das cláusulas gerais no Novo Código Civil, embora venhamos a encontrá-las em quase todo o código, o que se constata é que tais cláusulas não estão divididas equilibradamente, há setores no instituto civil que as aglomeram em um número maior, como é o caso da Parte Especial das Obrigações, enquanto que em outros as encontramos em número bastante reduzido, justamente naqueles em que é importante, para o magistrado para dissolução do conflito, como já foi ressaltado, certo grau de certeza.

O que se observa, também, é que quanto maior a quantidade de relações jurídicas disciplinadas por um determinado setor e quanto maior a complexidade dessas relações maior será o número de cláusulas gerais ali presente, o que leva a crer, que graças ao seu amplo alcance, elas possuem fundamental importância na concreção dos múltiplos fatos jurídicos.

Das várias cláusulas gerais existente no Novo Código Civil, é necessário fazer um apontamento acerca das que se relacionam, direta ou indiretamente, com a questão *da lesão, do estado de perigo, da boa-fé objetiva e da função social do contrato*. As duas primeiras são matérias estudadas na Parte Geral e as duas últimas, na Parte Especial das obrigações.

4.1 AS CLÁUSULAS GERAIS NA PARTE GERAL

4.1.1 Do instituto Jurídico da Lesão

Para estudiosos do Direito, como Miguel Reale, a *bilateralidade atributiva* é um dos principais fatores que possibilitam a existência do Direito, isso porque, para ela, para existir Direito é necessária uma relação que envolva dois ou mais indivíduos em que é estabelecida uma proporção onde as "perdas" e os "ganhos" sejam para ambas as partes, e não apenas para uma delas, levando sempre em consideração a natureza e o fim desejado pelos indivíduos participantes.

Tal fator traz consigo, notadamente, um ideário de justiça que preza pela garantia de igualdade real entre as partes envolvidas nos negócios jurídicos. Contudo, tal idéia não se adequava bem ao que era prescrito pelo Código Civil de 1916, principalmente no que concerne *à lesão*, uma vez que tal instituto jurídico estava restrito aos negócios de compra e venda, não alcançando vários outros tipos de relações, o que acabava por criar situações em que se via a não concreção dos ideários de justiça, já que em decorrência da omissão legal, muitos eram os que abusavam juridicamente nas relações negociais, prejudicando constantemente a parte hipossuficiente.

Diante de tal realidade e buscando encontrar soluções que tornassem as relações jurídicas mais justas, em que as "perdas" e os "ganhos" fossem para ambas as partes, é que os responsáveis pelo no Código Civil, dentro de uma visão coletivista, expandem o sentido e a ação do instituto jurídico da lesão. Ela, assim como na sua origem, irá se estender para todos os negócios jurídicos, como bem salienta Caio Mário da Silva Pereira:

> O primeiro reparo que merece a remodelação do instituto está na observação de que se generalizou a qualquer contrato, deslocando-se, portanto, do campo restrito da compra e venda, para abranger qualquer tipo de convenção. Embora contrarie o principio da autonomia da vontade, vem encontrando, todavia, a melhor acolhida na doutrina, principalmente por conservar a mesma inspiração de eqüidade que ditou as disposições originárias lá no direito romano, e

apresentar-se como meio técnico de reprimir no terreno do contrato a exploração usuária de um por outro contratante. [3]

A lesão se caracteriza como sendo uma relação jurídica em que uma das partes, seja por necessidade, inexperiência ou ato de leviandade, é lesada desproporcionalmente. O nosso novo ordenamento civil a caracteriza como um defeito do negócio jurídico, prelecionando-a como passível de anulabilidade, partindo da premissa de que o fundamento da invalidação é o atentado à justiça comutativa.

A nosso ver, tal atitude vai ao encontro das posições tomadas pelos responsáveis pela elaboração do novo código no intuito de inserir o Direito em uma perspectiva mais social, e isso se dá pela abrangência que é conferida aos artigos que tratam da questão da lesão, deixando, muitas vezes, à atividade jurisdicional a tarefa de encontrar a solução mais ética e justa para os litígios que envolvam tal assunto, seguindo a mesma linha de pensamento do Código do Consumidor que "em seu artigo 51, IV, considerou nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade"[4], possibilitando o enaltecimento de valores que privilegiam o anseio social, como seria o caso da eqüidade, da probidade e da boa-fé, que será estudada mais adiante.

4.1.2 Do Instituto Jurídico: Do Estado de perigo

Para ser válido, o negócio jurídico necessita da livre expressão de vontade, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. O estado de perigo torna anulável o negócio jurídico por que fere a livre expressão de vontade, ocorre quando *"alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa"* (artigo 156 da Parte Geral do Código Civil).

3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 545.
4 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: parte geral. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 363. v. 1.

Na mesma linha de pensamento da lesão, ocorre uma relação jurídica bilateral atributiva onde a justiça, que é o fim do Direito, não prevalece por não haver uma proporção onde as "perdas" e os "ganhos" sejam para ambas as partes, e não apenas para uma delas. Ou seja, não há equilíbrio entre a prestação e a contraprestação.

Difere da lesão porque alguém se obriga a dar ou fazer (prestação) por uma contraprestação sempre de fazer, não sendo, assim, possível suplementação da contraprestação para validar o negócio e na lesão o contraente por razão não de perigo, mas de leviandade, inexperiência ou essencialmente econômica, assume prestação onerosa.

É exemplo, a caução paga aos hospitais particulares para que haja internamento, *em caráter de urgência*, em Unidades de Terapia Intensiva. Perceba-se que há plena incidência da norma nesse caso tão atual e de uso tão comum. Nessa situação o que está em discussão é a obrigação moral da prestação de *serviços médicos emergenciais*, decorrente do juramento de Hipócrates e não do atendimento gratuito em hospitais particulares para indivíduos de baixa renda.

A inclusão desse instituto em 2002 que não existia no Código de 1916 refletiu mais uma vitória da sociabilidade sobre o individualismo do Código de Clóvis Beviláqua, e da busca pelo *bem comum*. A eticidade está presente no que concerne ao triunfo do princípio de igualdade e dignidade da pessoa humana e a operabilidade foi consagrada com o fim de dúvidas decorrentes quanto à real diferença entre *estado de perigo*, *coação* e *lesão*, isto porque antes da inclusão a sanção do estado de perigo era definida por analogia à coação, razão pela qual até hoje se confundem.

4.1.3 As cláusulas gerais na Parte Especial das Obrigações

As cláusulas gerais presentes na Parte Especial das Obrigações: *a boa-fé objetiva e a função social do contrato* são, provavelmente, as mais conhecidas e debatidas na esfera civil, primeiro, pela imensa importância que o Direito das Obrigações assume no Novo Código Civil, uma vez que é ele quem fornece a base de sua fundamentação, aglomerando os conceitos ge-

rais da parte introdutória e mantendo com os outros setores uma intensa relação, o que lhe confere uma posição privilegiada, já que muitos dos princípios e valores por ele expressos são necessários para que matérias disciplinadas em outro campo, que não o seu, adquiram eficácia social; e segundo, pela extensão alcançada pelas normas que se revestem de cláusulas como a da boa-fé objetiva, adquirindo um campo de ação que ultrapassa os muros do Estatuto Civil, conseguindo manter relações com institutos como a Constituição Federal e Código do Consumidor, estabelecendo valores que buscam uma maior justiça social.

4.2 A BOA-FÉ OBJETIVA

O resultado da adoção por parte desse Novo Código da noção de boa-fé objetiva é uma tentativa de se adequarem os ainda estreitos limites da subsunção jurisprudencial à dinâmica das relações sociais, seguindo o vetor das estimativas éticas atualmente consideradas. A frieza e estática do texto legal não são capazes, por si só, de atender à carência de justiça e eqüidade social que se fazem presentes na grande amplitude de situações que se apresentam em litígio. Daí a necessidade de a lei deferir ao jurisprudente maior liberdade de aplicação, porquanto a peculiaridade dos casos exige largo esforço interpretativo, tendo em vista a adaptação da hipótese da norma à concretude do fato.

O artigo 422 do Código Civil de 2002 estabelece que "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". Ao fazer um estudo interpretativo deste artigo observaremos que ele não tipifica especificamente, como faziam muitos dos artigos do Código Civil de 1916, qual a decisão que deverá ser tomada pelo aplicador do direito, concedendo-o, ao contrário, certa liberdade, que estará, contudo, limitada pela boa-fé, uma vez que ela deverá ser levada em consideração no ato de aplicação da lei.

Quando se fala em boa-fé, torna-se necessário esclarecer que ela se divide em dois tipos: a subjetiva e a objetiva. A primeira está relacionada ao pensar individual da pessoa, assumindo caráter pessoal e psíquico; já a

segunda, a objetiva, está relacionada ao que, em um determinado tempo e espaço, um conjunto de indivíduos socialmente organizados aponta como eticamente correto, ressaltando-se valores como a honestidade, a lealdade e a probidade, funcionando como um valor em constante remodelação, uma vez que se detém na busca do aperfeiçoamento diante das relações sociais a que se volta, surgindo daí o interesse de seu uso na aplicação do Direito. Dos dois tipos, o que no momento nos interessa é o da boa-fé objetiva, uma vez que é a ele que o artigo acima citado faz referência.

É visível que parte dos princípios que norteiam o Novo Código Civil decorrem da estrutura e posicionamento do Estado Social diante da realidade em que estamos inseridos, que visa garantir direitos do trabalho, da previdência, da educação, assim como quando intervém na economia, regula o salário, a moeda e os preços, combate o desemprego, etc. O direcionamento da atividade do Estado para o rumo da satisfação da justiça social é, no caso da desigual sociedade brasileira, imperativo urgente na elaboração de qualquer matéria legal.

A atualização das cláusulas, princípios e noções do Novo Código visam justamente à satisfação de tais necessidades. Destarte, seguindo essa perspectiva, foi que os responsáveis pela elaboração do novo instituto civil inseriram cláusulas como a da boa-fé objetiva, procurando garantir ao ordenamento codificado maiores possibilidades de efetivação da justiça social, como bem salienta Nelson Rosenvald:

> De fato o princípio da boa-fé encontra a sua justificação no interesse coletivo de que as pessoas pautem seu agir pela cooperação e lealdade, incentivando-se o sentimento de justiça social, com repressão a todas as condutas que importem em desuso aos parâmetros sedimentados de honestidade. [5]

A boa-fé objetiva insere-se na tentativa de romper com o individualismo do Código de 1916 ao inserir um pensamento que busca levar em consideração, em cada relação jurídica, principalmente no direito das obrigações, a situação social, econômica e política de ambas as partes envolvidas na relação obrigacio-

5 ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. 3.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 30.

nal, evidenciando a nova roupagem do instituto civil, em que o interesse coletivo prevalece sobre o individual.

Já não se entende mais as obrigações como uma relação jurídica especial em que uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra, a partir de então, em cada relação jurídica obrigacional, que abandona seu caráter tido como simples e passa a adquirir traços mais complexos, deverão ser observados os traços valorativos que se relacionam a cada caso concreto, possibilitando a efetivação socialmente justa do direito.

A boa-fé objetiva é o meio pelo qual princípios como o da dignidade da pessoa humana, inseridos direta ou indiretamente em institutos jurídicos como a Constituição Federal e o Código Civil, tornem-se instrumentalizados. Isso ocorre a partir do momento que é dado ao juiz, no ato de aplicação do direito, a liberdade para utilizar valores que possam vir a oferecer aos casos concretos a real justiça social, ele não mais estará preso a tipificações especificas que tornavam mecânica a sua atividade jurisdicional, mas deverá, a partir de então, levar em consideração fatores jurídicos e, às vezes, metajurídicos para que possa sentenciar justamente, porém não poderá esquecer que estará limitado ao que predispõe a boa-fé objetiva de cada caso concreto.

No Novo Código Civil, a cláusula da boa-fé objetiva assume três funções especiais inerentes às cláusulas gerais: *integrar, controlar e interpretar*. A função de integrar decorre da atividade desempenhada pelas cláusulas gerais de atrelar princípios e valores ao fato jurídico, para que ele possa assumir traços que o qualifiquem como socialmente justo. A autonomia da vontade das partes, no Código de 2002, já não se encontra, única e exclusivamente, dependente do desejo das partes, é necessário que se respeitem posicionamentos sociais. No caso dos contratos, a função integralista da boa-fé objetiva se desenvolve antes, durante e depois de sua execução, possibilitando que ambas as partes possam ter asseguradas garantias humanas fundamentais e garantindo a concretização do bem individual, assim como do bem comum.

Um dos significados da palavra controle seria a "fiscalização exercida sobre atividades de pessoas, órgãos, etc., para que não se desviem das normas preestabelecidas" [6], tal enunciado expõe com eloqüência a segunda função da boa-fé objeti-

6 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da língua portuguesa.** 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 145.

va, registrando de forma simples e clara o que propõe a boa-fé no Instituto Civil, uma vez que será ela a responsável por estabelecer os limites a que estarão submetidos o direito material e o próprio direito processual, ou seja, as relações jurídicas desenvolvidas naturalmente e as que necessitam do assessoramento estatal.

O artigo 187 do Novo Código Civil nos revela expressamente tal função: "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". Como se nota, o texto possui hermeneuticamente um alcance diferenciado dos muitos artigos do código de 1916 e está explicitamente expresso que as relações jurídicas, individualizadas ou não, não poderão ultrapassar os limites do que se entende por socialmente honesto, leal e ético. Caso isso ocorra, se evidenciará uma ilegalidade, como o próprio artigo determina. Mais uma vez se constata que reiteradamente o Novo Código Civil defende uma análise do direito na perspectiva coletiva e não individualizada, como ocorria com o instituto civil anterior.

A função de interpretar se porta como a mais necessária e indispensável para que as cláusulas gerais possam atingir seu objetivo de tornar o direito socialmente eficaz, pois é através da atividade interpretativa do aplicador do direito que é possível aplicar o conteúdo da boa-fé objetiva aos casos concretos. Se a interpretação vier a ser prejudicada por algum motivo, o próprio direito estará comprometido, daí a importância que ora o aplicador do direito, responsável direto pela hermenêutica das normas, adquire na nova roupagem adotada pelo código civil de 2002.

Poderíamos tentar formular aqui uma escala de importância das funções da boa-fé objetiva, porém seria um trabalho complexo e até delicado, além de podermos cair em algum erro grave. Sendo assim, preferimos observar que elas mantêm uma relação convergente que deve ser levada em consideração: as três assumem em momentos diferenciados importância ímpar na concreção de um direito socialmente justo, que tem como finalidade maior o bem comum que é, segundo Reale:

> [...] uma composição harmônica do bem de cada um como o bem de todos; uma estrutura social na qual sejam possíveis formas de participação e de comunicação de todos os indivíduos e grupos [7].

7 REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 59.

4.2.1 A função social do contrato

O Novo Código Civil, aprovado em 2002, segue uma perspectiva de princípios já adotada, há mais de uma década antes pela Constituição Federal, em que se evidencia a sobreposição da coletividade à individualidade em muitos momentos. É nesse sentido que o artigo 421 do Código Civil, enunciando que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato" vem reafirmar aquilo que já havia sido dito, mesmo que em outra perspectiva, pela Constituição Federal no seu artigo 5º inciso XXIII[8]. Os dois posicionamentos se complementam, o código civil vem reforçar a idéia, que a partir de então, é conferida à propriedade: possui uma função social.

Estamos inseridos em uma sociedade em que a economia, se não o principal, é um dos elementos mais importantes e condicionantes de todos os setores sociais, interfere na saúde, na educação e na política. É a economia de um país um dos fatores que determinará sua riqueza, seu crescimento e conseqüentemente seu desenvolvimento. Destarte, é interessante ressaltar que a economia se concretiza no meio social a partir das múltiplas relações que são desenvolvidas entre os indivíduos e que tais relações necessitam estar reguladas juridicamente para que venham garantir a ordem e a organização social.

Um dos principais elementos que disciplinam juridicamente as riquezas de um país é *o contrato*. Estando diretamente ligado aos negócios jurídicos, é ele que orienta muitas, se não todas, as relações jurídicas que envolvem fatores econômicos, como asseveram Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

> Vivemos a era da contratação em massa, em que o contrato de adesão é o maior veículo de circulação de riquezas, e, paradoxalmente, o mais eficaz instrumento de opressão econômica que o Direito Contratual já criou. [9]

Sendo assim, nada mais natural do que os formuladores do novo código civil, inseridos na perspectiva social e não mais individual do nosso ordenamento jurídico, passem a introjetar valores que tornem tal elemento jurídico mais socialmente justo.

8 "A propriedade atenderá a sua função social."
9 GAGLIANO, Op. cit., p. 362.

Até pouco tempo, a Autonomia das Vontades era o principal, e às vezes único, princípio que regia as múltiplas relações contratuais. Através dele as partes adquiriam a liberdade necessária para agirem da maneira que melhor lhe conviesse, podendo estabelecer o que poderia ou não ser desenvolvido nos negócios que realizavam, desde que o estabelecido não fosse de encontro ao que se encontrava legislado.

Porém, numa sociedade de massas como a atual, não teríamos a tão propalada igualdade substancial ou material se o princípio matriz da teoria dos contratos fosse o da Autonomia da Vontade, visto que não podemos desconsiderar que boa parte dos contratos era e são realizados por pessoas de condições sociais e econômicas diferenciadas, o que quase sempre favorece a parte do contrato que possuía maior poder econômico.

Diante desse quadro de injustiças, alargando ainda mais as diferenças sociais existentes, uma vez que, como foi dito, o contrato é o principal instrumento jurídico utilizado para aquisição da propriedade móvel e imóvel, surge a necessidade de tutelar a parte mais fraca na relação, que foi denominado como – CONSUMIDOR, nas várias relações econômicas de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor foi o precursor da sistemática das cláusulas abertas no ordenamento jurídico brasileiro, que foi expandido para o Novo Código Civil aplicando-se agora a qualquer negócio jurídico e não somente às relações de consumo.

Com efeito, independentemente do conteúdo do negócio jurídico, é necessário não desconsiderar que ele, a partir de então, possui uma função social, ou seja, os contratos já não mais dependem exclusivamente das vontades das partes de o concretizarem, é necessário agora levar em consideração se nenhuma das partes envolvidas estará sendo prejudicada no seu começo, meio ou fim. Asseguram-se às partes garantias pessoais fundamentais no decorrer de todo o contrato, tornando as relações mais justas e equilibradas juridicamente.

Ao estabelecer a função social do contrato, o instituto civil, por conseqüência, assegura a função social dos elementos que dele necessitam para ser concretizado, como é o caso da propriedade, reafirmando a notória relação entre a Constituição Federal e Novo Código Civil.

Por fim, o que pode ser observado, é que quando o nosso ordenamento civil

atrela uma função social ao contrato, nota-se nitidamente a ação do Estado, tido como Social e não Socialista, se faz necessário ressaltar, na tentativa de privilegiar os direitos fundamentais de cada pessoa, reforçando princípios como o da dignidade humana e possibilitando a concretização dos direitos de personalidade, que possibilitam a cada indivíduo se auto- reconhecer um ser ativo dentro da realidade social, possibilitando o surgimento de uma igualdade real diferente da que se desenvolveu até então, ou seja, uma igualdade que atenda não só os interesse de uma minoria, o que ocorria com o restrito uso das cláusulas gerais pelo Estatuto Civil de 1916.

5 O PAPEL DO JUIZ NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Observe-se que não se coaduna com um Estado Democrático de Direito a noção de que o juiz é a boca da lei, visto que esta feição foi cunhada pelos franceses justamente para limitar os poderes do juiz. Este, então, durante o tempo que predominou a influência do Positivismo, deveria ater-se ao Código, interpretar literalmente a lei e fazer uma simples subsunção, ou seja, adequar o fato à norma escrita tão somente. A figura do magistrado era a da personificação do poder do Estado, aquele que podia prender e coagir, que causava medo, enfim.

Diante dessa distância entre o aplicador do Direito e a sociedade e, conseqüentemente, entre a mesma e o próprio Direito, Luiz Flávio Gomes diz que:

> A sociedade reclama, para preencher as suas justas expectativas, um novo modelo de juiz que, mais preocupado com a realidade social e com a eficácia material dos preceitos constitucionais, especialmente com os que prevêem direitos fundamentais, não é nada parecido com simples aplicador das leis, que quase nunca questiona sua justiça ou conformidade constitucional, que aplicava cegamente o dispositivo legal sem se preocupar com os valores superiores (constitucionais) do ordenamento jurídico.

O juiz no Estado Democrático de Direito possui, então, o papel de justo solucionador de conflitos. É dado a ele poder para, contemplando o fato concreto, interpretar a norma aplicando-a de forma a direcioná-la para sua função social.

Funciona da seguinte maneira, dá-se ao juiz competência para que diante do caso concreto ele crie ou desenvolva normas jurídicas, pelo reenvio para ele-

mentos que, como foi dito, às vezes fazem parte do sistema, ou mesmo de uma legislação estrangeira, um tratado, etc. não só a eles, mas também, a outros que nascem diretamente da sociedade e da própria essência do ser humano, ou seja, a *boa fé*, a *função social do contrato*, enfim, a legislação leva o juiz à busca do bem social em suas interpretações e decisões.

A evolução e mobilidade do Direito, no Estado Democrático, ocorre por intermédio do aplicador, sem que haja necessidade da criação ou reformulação de novas leis para ocorrer a adequação. O magistrado tem, então, a função de interpretar a norma, complementá-la, ou criá-la, se lhe for dada competência, dar a ela a direção de sua função social e integrá-la com os demais ramos do Direito, não ficando o juiz tão-somente à mercê de uma tipificação já pronta, na qual cabe a ele apenas subsumir.

Outra figura de juiz, a partir dessas mudanças, vem surgindo com esse modelo de Estado, segundo a Lei Orgânica da Magistratura - lei complementar nº 35, de 14 de março de 1979, entre outros deveres dos magistrados tem-se: cumprir e fazer cumprir, as disposições legais e os atos de ofício; tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça e atender aos que o procurarem. O magistrado deve também agir com independência, serenidade e exatidão, além de comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, não se ausentando injustificadamente antes de seu término. De forma que, o Juiz, como os demais funcionários públicos, deve visar à satisfação das partes, como também o bem-estar e a inclusão social.

6 CONCLUSÃO

A inclusão das Cláusulas Gerais no Novo Código Civil de 2002 representou uma grande vitória para a sociedade em geral. Ela abriu as portas para o Estado Social, cuja busca pelo *bem comum* é característica primordial. A estrutura e sistemática das cláusulas supracitadas permitiram trazer para dentro de um Direito frio e mecânico os valores sociais e a ânsia de justiça social, através dos princípios consagrados no Código do ilustre Miguel Reale que foram a *Sociabilidade*, a *Eticidade* e a *Operabilidade*.

Os institutos sociais e éticos da *boa fé*, da *função social do contrato*, da *lesão*,

e do *estado de perigo*, entre outros, garantem um Direito mais justo socialmente falando. Eles buscam a predominância da coletividade em detrimento da individualidade, permitem uma maior e melhor análise do caso concreto pelo magistrado, a utilização de valores específicos e inerentes a cada sociedade, enfim tornam o Direito mais efetivo e eficaz.

Diante do exposto fica explícita a grande mudança sofrida pelo ordenamento jurídico brasileiro, o qual partiu de um Código altamente casuístico, fechado, baseado tão somente na subsunção e dependente da vontade dos legisladores para ser atualizado para um ordenamento aberto, que possui mobilidade, evolui juntamente com a sociedade através das decisões reiteradas dos tribunais, no qual os próprios aplicadores do Direito vão completar e até criar a norma mais eficaz para determinado caso concreto.

Daí a necessidade de atenção que possui o tema das Cláusulas Gerais sob o risco da *constituição do homem comum* perder sua eficácia. O operador do Direito tem o dever de conhecer e de estar familiarizado com o ordenamento com o qual trabalha. O aplicador do Direito que não tem consciência da atribuição a qual lhe foi dada de interpretar, completando, quando não criando a norma, coloca em jogo a eficácia e efetividade da Lei, nesse caso uma das principais Leis de um país, o Código Civil.

REFERÊNCIAS

AVELINO, Juliana de Britto. A distância prática entre o juiz e o cidadão à luz do Estado Democrático de Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 998, 26 mar. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8136>. Acesso em: 15 dez. 2006.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>. Acesso em: 15 dez. 2006.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações**. Revista Brasileira de Direito Comparado,** Rio de Janeiro, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da língua portuguesa.** 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil:** parte geral. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

HENTZ, André Soares. O sistema das cláusulas gerais no Código Civil de 2002 e o princípio da função social do contrato. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 317, 20 maio 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5219>. Acesso em: 14 dez. 2006.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=509>. Acesso em: 12 dez. 2006.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>. Acesso em: 12 dez. 2006.

ROSENVALD, Nelson. Direito das Obrigações. 3.ed. Rio de Janeiro: Impretus, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003. (Coleção Direito Civil. v.2).