

---

# A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A FUNÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS EM RESPEITO AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

**Adriana Martins Silva**

Advogada na área empresarial

Mestranda em Direito Empresarial – UNICURITIBA

Especialista em Direito Processual Civil – IBEJ

Professora de Direito Civil – FACINTER

Integrante dos Grupos de Pesquisa:

*Tutela dos Direitos de Personalidade na Atividade Empresarial;*

*Os Efeitos Limitadores na Constituição da Prova Judiciária,*

Coord. Prof. Dr. Luiz Eduardo Gunther;

*e Os Direitos Constitucionais e o Regime de Prova*

*nos Crimes Contra a Ordem Econômica,*

Coord. Prof. Dr. Luiz Antonio Câmara, ambos da UNICURITIBA

## RESUMO

Observa-se que o Direito Civil não prescinde mais da visão principiológica e adota os preceitos constitucionais na metodologia operacional e interpretativa. Na relação contratual, abre espaço para a discussão com relação a uma crise na teoria contratual clássica oriunda principalmente da industrialização e massificação nas relações obrigacionais. Urge repensar na nova tendência quanto à constitucionalização do direito privado. Diante desse panorama, cabe questionar sobre os meios utilizados para operacionalizar os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, no âmbito do direito privado, bem como a sua aplicação nas relações contratuais, considerando ainda o princípio da boa-fé como núcleo do atual direito das obrigações. Esses fenômenos contemporâneos representam critérios relevantes para a concretização dos princípios fundamentais, notadamente através do exercício hermenêutico dos operadores do direito com relação aos conceitos flexíveis presentes no Código Civil e encarar às relações contratuais, um processo dinâmico. As questões que envolvem os direitos fundamentais devem ter como escopo o atendimento às exigências do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Direito privado. Constitucionalização. Contrato. Direitos Fundamentais. Princípio da boa-fé contratual. Função da Cláusula Geral

## 1 INTRODUÇÃO

A questão da constitucionalização do direito privado é tema relevante que vem sendo muito discutido atualmente. Observa-se a tendência da Doutrina e da Jurisprudência em

---

entender que o Direito Civil não prescinde da visão principiológica e abraça os preceitos constitucionais no que diz respeito à metodologia operacional e interpretativa.

Surge a problematização no seguinte aspecto: De que maneira deve ser utilizada a operacionalização dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, no âmbito do direito privado? De fato, no campo das relações contratuais, observa-se uma crise na teoria contratual clássica, oriunda de fatores importantes como a industrialização e a massificação dessas relações. E ainda, a influência do positivismo como um sistema filosófico que cerceou os conhecimentos científicos pelo uso exclusivista de métodos das ciências naturais e da matemática, ao desprezar as causas primárias e finalísticas dos fenômenos.

Verifica-se a importância de analisar os fenômenos contemporâneos na órbita do direito privado, com ênfase na relação contratual, bem como sua base teórica, incluindo nesse contexto, o princípio da boa-fé como núcleo do atual direito das obrigações e a jurisprudência valorativa. Esses fatores representam um sinal positivo e relevante para a concretização da dignidade da pessoa humana. Através da análise clara e coerente das questões suscitadas, depreende-se conceitos relativamente novos, na utilização de métodos ordenadores do Código Civil, que por sua vez, apresenta-se nos conceitos flexíveis, na variedade de institutos jurídicos e pelas fontes normativas, numa associação de situações cotidianas, contrárias às normas impostas pelo direito positivo.

## **2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A NOVA RELAÇÃO CONTRATUAL**

Houve uma evolução no entendimento acerca da análise quanto à aplicação concreta dos princípios fundamentais e a sua operacionalização através de regras e inovações de institutos no tocante à codificação civil. Na aplicação e interpretação nos conceitos flexíveis presentes no novo Código Civil, predomina a análise dos dispositivos que realçam os direitos fundamentais, principalmente àqueles relacionados à dignidade da pessoa humana. Cabe destacar as lições de Judith Martins-Costa, na abordagem do pragmatismo dos preceitos constitucionais na esfera privada, que de acordo com os conceitos flexíveis, as chamadas “fórmulas ordenadoras” surgem no decorrer da legislação civil para propiciar um ambiente favorável ao exercício hermenêutico e axiológico do aplicador do direito. Há termos como

“equidade”, “desproporção manifesta entre as prestações”, “boa-fé”, “fins econômicos e sociais”, “usos do lugar, inseridos nos vários dispositivos da normativa do Código Civil.”<sup>1</sup>

Os adeptos do ideal positivista, com a iniciativa de limitar o discurso jurídico e o conhecimento, na admissibilidade desses preceitos prestigiavam a constrição epistemológica, que por sua vez, encontrava-se arraigada em uma concepção mercantilista. Essa ideologia reducionista de separação, a qual é reproduzida pelo ensino jurídico, decorre de uma ótica mecanicista, cuja vontade de uma plausível explicação se fazia necessária com base nas leis matemáticas, desaguando nas relações sociais.

A constatação da insuficiência regulatória do direito positivo não é recente principalmente diante da realidade e complexidade dos fatos que se apresentam frente às necessidades e interesses dos cidadãos, sujeitos de direitos e garantias constitucionais.

Existe por outro lado, um movimento que gira em torno da cisão do discurso jurídico, transformando o jurista em simples limitador em juízos de constatação sobre a ordem jurídica, numa atividade meramente avaliativa. Desta forma, as dificuldades da justiça torna-se irrelevante, pois há uma indiferença aos efeitos produzidos na aplicação da lei e o juiz precisa tão somente ser o detentor de conhecimentos na estrutura do direito positivado.

O entendimento do jurista Paulo Faraco de Azevedo, a respeito dessas concepções, resulta num discurso jurídico apresentando várias facetas e requer para cada uma dela o surgimento de um ator diferente. Ao jurista *stricto sensu* caberia o conhecimento da estrutura do direito positivo, limitando-se a juízos de constatação sobre a ordem jurídica e para desempenhar esse papel, deveria exercer atividades tipicamente avaliativas, criando um afastamento dos valores e alienado, portanto. Sem esse comportamento, o direito positivo não poderia ser exercido<sup>2</sup>.

Posteriormente, se chegou à conclusão de que o desafio é o surgimento de uma nova jurisprudência de valores, uma visão pós-moderna do Direito Civil, com a influência do direito público e principalmente pelo respeito aos direitos fundamentais. Surge uma questão controvertida: quando se trata da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado, fala-se de eficácia direta ou indireta? No novo contexto, depara-se com variadas

---

<sup>1</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.8.

<sup>2</sup> AZEVEDO. Plauto Faraco de. **Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 42-43.

<sup>6</sup> Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 2, p. 04-13, jul./dez. 2011.

---

descrições da mesma realidade, nas situações da publicização do direito civil; socialização do contrato, relativização da autonomia da vontade.

Outrossim, há inúmeras posições acerca da insuficiência do sistema contratual clássico, inclusive alguns doutrinadores apontaram para a sua desconfiguração diante das exigências atuais de contratação em massa, por exemplo. A questão é que existe uma crise sobre a teoria contratual clássica, principalmente no âmbito da autonomia privada, decorrente do processo de mercantilização do direito privado e da própria relação contratual.

O jurista Hans Kelsen<sup>3</sup>, considerado o principal representante da chamada Escola Positivista de Direito, procurava lançar as bases de uma ciência do direito, excluindo do conceito de seu objeto – o próprio direito – quaisquer referências de cunho sociológico e axiológicos (valores). Por meio de uma linguagem lógica, preconizava que o direito positivo é o direito posto pela autoridade do legislador, em razão das condições formais. Para Kelsen, a estrutura da norma jurídica constitucional se reduzia exclusivamente à prescrição hipotética ou condicional, onde se os princípios constitucionais não forem respeitados, a norma deve ser considerada inconstitucional e não válida. Só ela esgotaria toda a realidade jurídica, só ela teria caráter jurídico.

Uma análise dos casos decididos na prática, orientada segundo os critérios de racionalidade do imperativo do Estado de Direito, permite evitar que, por um lado, a práxis efetivamente exercida pelos tribunais seja elaborada sem prévio exame à norma e que, por outro lado, uma metodologia distante da práxis que tem a liberdade de ocultar as suas valorações não-comprovadas através de fachadas lingüísticas.

O operador do direito deve observar, na produção da norma jurídica a partir do programa e do âmbito da norma, a seqüência hierárquica dos elementos de concretização a ser derivada a sua estrutura. Concede-se o primado aos argumentos respectivamente mais próximos do texto da norma, pois de acordo com o modelo dinâmico da concretização, a norma jurídica não é um dado prévio orientador da concretização, só sendo produzida pelo aplicador do direito. Dessa forma, o conceito de concretização refere-se à geração metodicamente verificável de uma norma.

Por meio desse entendimento, propõe-se a tarefa de estruturar a ação jurídica a partir das exigências do Estado Democrático de Direito. Desse modo, não há a pretensão de corrigir

---

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**: introdução à problemática científica do Direito. 2. ed. Tradução J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: R. dos Tribunais, 2002.

os fenômenos de superfície do positivismo legal, mas superar o seu axioma fundamental, de uma norma jurídica previamente dada no âmbito de um ordenamento jurídico coeso.

A mudança de paradigma parte da prática cotidiana do direito, ou seja, da análise de decisões jurídicas dos tribunais e Cortes Supremas, cujos julgados causam impactos em todo o ordenamento jurídico aplicado à versão constitucional atual brasileira, que visa atingir ao Estado Democrático de Direito. Os subsídios significativos para a construção de um complexo metodológico eficaz quanto ao objetivo tem como escopo subsidiar a prática jurídica, em princípio de Direito Constitucional, mas com irradiações sobre o direito em geral, coerente com os objetivos coletivos positivados na sociedade brasileira em sua Carta Maior.

### **3 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NO DIREITO PRIVADO E A RELAÇÃO COM AS CLÁUSULAS GERAIS**

O Estado Democrático de Direito exige uma nova postura do juiz, que não pode ser mais concebido como mera e passiva boca da lei, exercendo atividade simplesmente mecânica, autorizando uma nova técnica legislativa através das cláusulas gerais. Não há uma prescrição de norma de conduta, mas uma definição nos parâmetros de interpretação, revelando assim uma espécie de atualização em termos de técnica legislativa, exigindo cuidado especial do intérprete, especialmente dos juízes.

As cláusulas gerais se definem em oposição às normas casuísticas, sendo esta uma forma de identificá-las no arcabouço jurídico. Torna-se mais acentuado a missão do juiz, quando diante das cláusulas gerais, no sentido de fundamentar suas decisões, para demonstrar por que tais condutas levaram a alicerçar aquela solução para a causa.

O Novo Código Civil não ofereceu parâmetros para o poder criativo do juiz nas cláusulas gerais, a melhor solução, face o Estado Democrático de Direito, é reconhecer no texto constitucional a fonte primária dos princípios a serem observados, de modo a eliminar eventuais conflitos de direitos fundamentais. Dentre elas, encontram-se a da boa-fé objetiva, a da função social do contrato e da função social da propriedade.

A utilização da cláusula geral da boa-fé mostrou-se frutífera no campo da jurisprudência alemã do pós-guerra, de maneira a permitir a construção no ambiente do direito obrigacional, os casos de abusos da posição jurídica, de modificações das obrigações contratuais devido a alterações supervenientes das circunstâncias e ainda casos de

---

inalegabilidade de nulidades formais. Os Tribunais, muitas vezes em oposição à doutrina, apoiava-se nas cláusulas tidas como “vagas” para conferir sentido e aplicabilidade prática. Ocorreu uma suave transformação no preenchimento das cláusulas gerais como uma nova ética jurídica e social para adaptar a ordem jurídica burguesa à evolução social, segundo o jurista alemão Franz Wieacker<sup>4</sup>.

A boa-fé somente foi positivada em 1804 com o Código de Napoleão, mas foi desenvolvida plenamente com o advento do Código Civil Alemão (BGB) em 1900. Uma de suas maiores contribuições foi a distinção da boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva. Nas lições de Judith Martins-Costa:

Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard... o que vem a significar que, na concreção da boa-fé objetiva deve o intérprete desprender-se da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a sua aplicação, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico.<sup>5</sup>

A boa-fé de que cuida o Código Civil no art. 422 é a boa-fé objetiva, que impõe certos deveres às partes contratantes, possuindo a função de fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual. Essa adoção proporcionou limite quanto aos princípios de *pacta sunt servanda* e o da relatividade subjetiva, com o fim de atingir o alcance do conteúdo de tais princípios, sem eliminá-los. Contudo, observa-se que o art. 421 do Código Civil altera profundamente o conteúdo da atividade contratual, exigindo dos contratantes uma postura mais humana e menos egoística ao estipularem os contratos, de modo que a liberdade de contratar encontra-se atrelada no exercício da função social do contrato.

Cabe ressaltar que os chamados deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva não se limitam à conclusão do contrato ou à sua execução, devendo ser observados nas fases pré e pós contratual. É o caso de um dos contratantes disponibiliza informações acerca de seu negócio que, mesmo no caso de não conclusão do contrato, não poderão ser divulgadas, impondo-se, assim, o dever de sigilo. Da mesma forma, a proibição de propaganda enganosa se impõe, ainda, na fase pré-contratual, portanto todas as fases contratuais devem ser presididas pela boa-fé.

---

<sup>4</sup> The general clauses, viewed from a distance, Rabels Jg. 41, p.3

<sup>5</sup> MARTINS-COSTA-Judith. **A Boa-fé do direito privado**. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Ed., Revista dos Tribunais, 1999.

A interpretação da cláusula geral contida no art. 422 possibilita a atribuição ao juiz para interpretar o contrato, corrigi-lo se necessário, segundo a boa-fé objetiva. Tal regra, em verdade, já se encontra estampada no art. 113, na parte geral do novo Código Civil, que estabelece que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos e costumes do lugar de sua celebração.

O texto da professora Judith Martins-Costa<sup>6</sup>, exemplifica como cláusula geral o art.4º,III, do Código de Defesa do Consumidor, e como conceito indeterminado o art. 51, IV, também do Código Consumerista.

Acerca, ainda, da conceituação das cláusulas gerais, vale a transcrição da lição da mencionada professora:

As cláusulas gerais, mais do que um “caso” da teoria do direito --- pois revolucionam a tradicional teoria das fontes (11) --- constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta-jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.

Com efeito, ainda na esteira do magistério de Judith Martins-Costa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, de forma proposital, uma linguagem de tessitura "aberta", "fluida" ou "vaga". Esta disposição é dirigida ao juiz que diante do caso concreto, cria, complementa ou desenvolve normas jurídicas, que poderá fazer uso de elementos que estejam fora do sistema, o que evidencia a importância da fundamentação das decisões.

A solução judicial de casos, de um sistema aberto, diferentemente do que ocorre num ordenamento jurídico normatizado e fechado, produz profunda alteração no modo de aplicação do Direito, pois o uso da cláusula geral foge do parâmetro das normas tipificadoras de condutas e exige do juiz a prévia fixação da norma de comportamento adequada para o caso.

---

<sup>6</sup> MARTINS-COSTA-Judith. **A Boa-fé do direito privado**. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Ed., Revista dos Tribunais, 1999.

<sup>10</sup> Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 2, p. 04-13, jul./dez. 2011.

---

No mesmo segmento, a teoria dos microsistemas, aludida pelo autor Natalino Irti<sup>7</sup>, traduz a idéia do conjunto de argumentos e explicações na constituição de preposições relativas e dados de informações obtidos através de observações e estudos do fenômeno jurídico. A teoria estabelece um modelo, uma descrição formal, uma imagem mental de fenômeno jurídico, notadamente do direito privado. Esse modelo é designado de polissistema, devido ao desenvolvimento da teoria dos microsistemas, caracteriza-se como um modelo descritivo e representativo do direito privado, preso à concepção do direito enquanto sistema (idéia de unidade do ordenamento) para preservar a concepção do direito privado.

Assim, ao Código eram reservados os atributos de totalidade, unidade e coerência. O Código era elaborado e aplicado como sistema. As leis especiais gravitavam no terreno externo do código sem nenhuma relação ou influência sobre o sistema. No modelo do polissistema (Código Civil e Constituição Federal), em substituição ao modelo da codificação, o Código Civil figura com um dos sistemas que compõe o universo do direito privado. As leis especiais também se organizam para integrar o direito privado.

No centro do sistema está a Constituição que garante unidade ao polissistema, que expressa a lógica geral comum. Assume as feições de uma teia cuja tessitura sustenta a unidade de entrelaçamento de seus fios. Nesse modelo “Poli”, os sistemas interagem, relacionando-se um com os outros.

Atualmente, o cenário brasileiro enuncia como inovações, simples incorporações de princípios e incisos já consolidados na Constituição Federal, conforme exposto na Lei do Divórcio e noutros diplomas legais, como é o caso da “virgindade” que deixa de ser mencionada no novo código, resultante da igualdade de direitos imposta pela Carta Fundamental. O adultério, é que continua a configurar conduta desonrosa e grave violação dos deveres do casamento, portanto justifica a separação; o casamento religioso, com efeito civil, continua a exigir, para a sua validade, o procedimento dos noivos à habilitação e ao registro civil; a assunção do sobrenome por qualquer um dos nubentes, foi direito reconhecido pela Justiça desde 1988.

A ênfase ao direito público, representada pelo interesse de todos, em detrimento ao direito privado, caracteriza-se pelo interesse de um só, ou de poucos. Nesse certame surge a noção relativa à colisão de princípios em jogo, ou seja, a autonomia de vontade,

---

<sup>7</sup> IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. São Paulo: Ed., Revista dos Tribunais, 1999 – pag. 65 e 66  
Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 2, p. 04-13, jul./dez. 2011.

consubstanciada na liberdade individual e por outro lado o respeito às regras constitucionais, com base na idéia do bem comum.

#### 4 CONCLUSÃO

Pelo exposto, percebe-se a preocupação dos juristas, doutrinadores, aplicadores da lei sobre a questão da constitucionalização do direito privado. Alguns autores afirmam que para se obter um ambiente favorável ao exercício hermenêutico, deve haver uma adequada compreensão dos novos paradigmas do direito civil, na estruturação de um arcabouço principiológico para abrigar as relações obrigacionais, antes mesmo de sua formação, como também após a sua conclusão.

Vale ressaltar que é na interpretação e aplicação dos conceitos flexíveis presentes no Código Civil, que tem papel preponderante à análise dos dispositivos que tratam dos direitos fundamentais, principalmente os relacionados à dignidade da pessoa humana. Em suma, a finalidade é propiciar a consecução dos objetivos finais, pautados no princípio da boa-fé, na visão do contrato como um processo.

Por fim, é importante a visualização da problemática, suscitada inicialmente, ao verificar se a constitucionalização do direito privado, através da reformulação das relações contratuais, em seu bojo o princípio da boa-fé, constitui um elemento capaz de assegurar a garantia aos direitos fundamentais das partes.

A mudança de paradigma parte da prática cotidiana do direito, ou seja, da análise de decisões jurídicas dos tribunais e Cortes Supremas, cujos julgados causam impactos em todo o ordenamento jurídico aplicado à versão constitucional atual brasileira, que visa atingir ao Estado Democrático de Direito. Os subsídios significativos para a construção de um complexo metodológico eficaz quanto ao objetivo tem como escopo subsidiar a prática jurídica, em princípio de Direito Constitucional, mas com irradiações sobre o direito em geral, coerente com os objetivos coletivos positivados na sociedade brasileira em sua Carta Maior.

Faz-se necessária à consciência moral e ética, que expressa não somente vontade social, mas sim a satisfação dos indivíduos dentro da coletividade.

A justiça, segundo o pensamento do professor Miguel Reale<sup>8</sup> nada mais é do que a aspiração humana, assim, teremos que dissociar a lei da justiça, mas se fizermos isso,

---

<sup>8</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002

<sup>12</sup> Conhecimento Interativo, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 2, p. 04-13, jul./dez. 2011.

---

viveremos em estado natural, e sem justiça prevalece a lei do mais forte. Neste sentido cabe a lei promover a justiça, cumprindo um dos papéis fundamentais do Estado Democrático de Direito que é apaziguar a sociedade, e isso significa expressar na lei a vontade popular, não passar sobre as pessoas, para não correr o risco de ser um Estado Ditador e não Social e de Direito.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 8 ed. 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, v. I, 2003.

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à prova no Processo Civil**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 3, 2001.

IRTI, Natalino. **La edad de la descodificación**. São Paulo: Ed., Revista dos Tribunais, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito: introdução à problemática científica do Direito**. 2. ed. Tradução J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: R. dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA-Judith. **A Boa-fé do direito privado**. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Ed., Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.