



AS CLÁUSULAS GERAIS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

*Rodney Malveira da Silva

Serei breve e procurarei mais esclarecer do que complicar, eu prometo (acho).

O assunto CLÁUSULAS GERAIS no âmbito do Direito Civil sobre o qual me atrevo a escrever, talvez seja o que mais tem incomodado os juristas (também economistas) que vêm estudando o Direito Privado atualmente. Faz tempo que ensaio para escrever sobre o tema e não foi por falta de tempo que não o fiz, mas porque estava pensando em como verdadeiramente esclarecer sobre um assunto que paira sombrio e escasso tanto na doutrina, quanto na jurisprudência nacionais.

Vamos a elas, as Cláusulas Gerais.

A sentença *Legislar por CLÁUSULAS GERAIS* nos indica já de saída tratar-se de uma técnica legislativa. Sim, isso mesmo. Segundo José de Oliveira Ascensão¹ (Professor português - português de Angola - que gosta de escrever sobre o Direito Civil brasileiro, o que faz muito bem) em uma de suas obras esclarece que as Cláusulas Gerais “são espaços planeados - assim mesmo - deixados pelo legislador para que o juiz possa completá-los”.

* Especialista, Mestre e Doutor em Direito Civil Comparado pela PUC/SP– Professor de Direito Civil das Faculdades de Direito de São Sebastião do Paraíso (Libertas) e Passos (UEMG) – Advogado.

¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*. Teoria geral, I, introdução, as pessoas, os bens. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001.p.70.



Prefiro dizer que são chaves que o legislador entrega nas mãos do juiz para que possa abrir as portas do até então hermético Direito Civil patrimonial (mais o Contratual). Pode-se dizer que o legislador entrega as chaves do Direito Privado nas mãos dos juízes pelo mesmo motivo que os pais entregam - ou entregavam - as chaves da casa nas mãos dos filhos: pela confiança. Pelo menos era assim na minha época: demonstração de maturidade.

Agindo assim, o judiciário firma uma parceria com o legislativo no que se refere, especificamente ao Direito Civil patrimonial (Obrigacional) - até então espírito e corpo (fechado) do Direito Privado, leia-se, Direito do dono, como na máxima *beati possidendi*² - no sentido de que, em última análise, os juízes, ao completarem a norma do tipo aberto (Cláusula Geral), estarão simplesmente legislando.

Para ser mais claro, reproduzo abaixo os dois mais importantes dispositivos que no Código Civil de 2002 (CCB 2002) encerram Cláusulas Gerais.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

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

Percebam logo uma das características das Cláusulas Gerais, ou seja, em ambos os dispositivos, que são de Ordem Pública - nos termos do parágrafo único do Art. 2.035

² Felizes os que possuem.



do Código Civil Brasileiro de 2002 -³, o que significa que deverão ser aplicados de ofício pelo juiz e que em ambos não existe previsão de reprimenda.

A reprimenda para os contratantes que não agirem de acordo com a Função Social e com a Boa-fé, poderá variar, conforme o *critério do juiz*, desde a alteração ou exclusão de uma ou mais cláusulas, até a resolução do contrato e isso, repito, sem que qualquer das partes tenha postulado. Está aí a chave abrindo a porta.

Grifei do meu próprio escrito a sentença *critério do juiz*, porque será nela que deveremos nos ater, já que nessa parceria entre legislador e juiz não deverá faltar a devida fundamentação, ainda que essa fundamentação se valha de vetores - *standards* - colhidos dentro ou fora do sistema (do Direito).

Portanto, na colmatação desse termo jurídico indeterminado presente no Art. 412 - Função Social -, o juiz deverá valer-se desses vetores, que serão trazidos pela analogia, pelos costumes, pelos princípios gerais e até mesmo pelas máximas de experiência.

Trocando em miúdos, o termo Função Social não é um termo que contenha um conceito jurídico, ou seja, não há para ele uma tradução no nosso bom e velho dicionário de “juridiquês”, como ocorre, por exemplo, com o termo OBRIGAÇÃO, que possui uma determinação jurídica que se constata pela presença de um devedor,

³ Nota do autor: Art. 2035, parágrafo único: *Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.*

Dessa forma, segundo entendo, se havia qualquer dúvida sobre a aplicabilidade ou não dos dois dispositivos, ela está superada. Em resumo: em qualquer contrato a ser analisado pelo juiz, versando sobre qualquer demanda, este deverá passar pelos filtros da Boa-Fé e da Função Social, independentemente de suas alegações pelas partes na demanda.



de um credor e de uma prestação de dar, fazer ou de não fazer. Já o termo Função Social, não.

Um simples e bom exemplo de um contrato que não atende à sua Função Social, que colaciono da professora paulista Mônica Yoshizato Bierwagen⁴ é o do dono de um cômodo comercial que aluga seu imóvel para exploração de um bar bem ao lado de outro também de sua propriedade alugado para reuniões do AA (Alcoólicos Anônimos). Até aí tudo bem, mas o dono do bar, para divulgar seu estabelecimento, passa a distribuir em uma banca montada em frente ao bar e ao lado da porta do local de reuniões do AA, amostras grátis de bebidas alcoólicas. Aí surge um problemão: quem se legitima para exigir o cumprimento da Função Social do Contrato, somente as partes, numa interpretação de acordo com o CCB 1916 ou também o terceiro vítima, interpretação esta que extraímos das entranhas do CCB 2002? Isso não seria uma flagrante violação ao Princípio da Relatividade dos Efeitos do Contrato? Espero poder responder as respostas quando conseguir encerrar os escritos acerca deste tema o que não vai ser agora (aceito sugestões).

Já o termo Boa-fé tem um conceito jurídico determinado, ou seja, o de que a Boa-fé aqui tratada é a Objetiva, que impõe aos contratantes, antes, durante e após a relação contratual, o agir com transparência e lealdade umas com as outras.

⁴ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*, São Paulo:Saraiva, 2002.p.98.



Essa Cláusula Geral, tanto quanto a que trata da Função Social, incorporam princípios, quais sejam, o da Função Social e o da Boa-fé, ambos de cariz Constitucional, o primeiro constitucionalmente imposto à propriedade, e em decorrência aos Contratos; o segundo, fundado no *Princípio da Solidariedade*, como defende a Rosa Maria Andrade Nery⁵. Mas nem sempre será assim, há Cláusulas Gerais que apenas remetem aos Princípios, não os contendo.

O importante agora é que verifiquemos que esses espaços foram sabiamente deixados pelo legislador e o juiz os deverá completar, como já dito, adequando o texto da norma aos valores e aos imperativos sociais reinantes no meio social em que as decisões acontecerem.

Para terminar este curto e despretensioso escrito, posso dizer que os detratores deste sistema o criticam justamente pelo fato de que ao adequar fatos, norma e valores fundantes da sociedade (a alma de Miguel Reale⁶ impregna o CCB 2002), segundo eles, as decisões para casos iguais serão diferentes, causando incerteza e insegurança jurídica. Posso dizer, por agora e para acirrar o debate, que não existem casos iguais, mas sim semelhantes o que certamente fará com que as decisões variem sim, mas em

⁵ NERY, Rosa Maria Barreto Andrade. Apontamentos sobre princípio da solidariedade o no sistema do Direito Privado. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.17., p.67-68, 2004.

⁶ REALE, Miguel. *Novo Código Civil brasileiro*. Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Coord. Giselle de Melo Braga Tapai).



um espaço limitado pela necessária fundamentação, sem causarem a tão decantada insegurança.

Bom, como visto, o assunto é vasto e complexo.

Espero ter esclarecido um pouco e em próximos escritos vou trazendo novos pontos para análise e, como eu gostaria, para debates.

Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*. Teoria geral, I, introdução, as pessoas, os bens. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*, São Paulo:Saraiva, 2002.

NERY, Rosa Maria Barreto Andrade. Apontamentos sobre princípio da solidariedade o no sistema do Direito Privado. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.17., p.67-68, 2004.

REALE, Miguel. *Novo Código Civil brasileiro*. Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Coord. Giselle de Melo Braga Tapai).

SILVA, Rodney Malveira da. *Hermenêutica contratual*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. A intervenção do juiz na interpretação e integração do negócio jurídico. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n.37, p. 242-257, jan./mar. 2009.