

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

CARLOS EDUARDO SILVA E SOUZA

KEILA PACHECO FERREIRA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Carlos Eduardo Silva e Souza; Keila Pacheco Ferreira – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-591-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

Trata a presente publicação dos artigos anunciados no XXVII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, organizado em parceria com a Universidade Federal da Bahia, sediado na cidade de Salvador/BA, entre os dias 13 a 15 de junho de 2018, sob a temática “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”.

O conjunto dos temas apresentados representam o aprofundamento de investigações científicas empreendidas por pesquisadores de mestrado e doutorado de Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito de diversas regiões do país, todos agrupados sob a perspectiva crítico-reflexiva que conjuga o estatuto epistemológico do Direito Civil e a aplicação das normas constitucionais. Com efeito, o Código Civil brasileiro optou pela assunção de um sistema aberto, móvel, incompleto e em constante evolução, possibilitando critérios valorativos de apreciação pautados na Constituição Federal para a plena realização da norma (construção e argumentação).

Nessa perspectiva, os trabalhos apresentados no Grupo de Trabalho Direito Civil Constitucional puderam ser reunidos em 3 subgrupos: (i) um relacionado a temas gerais do Direito Civil; (ii) outro cuja temática estava atrelada aos direitos da personalidade; (iii) e, por fim, um terceiro associado ao Direito das Famílias.

Nos temas gerais do Direito Civil, encontram-se três trabalhos relacionados com as cláusulas gerais, o pensamento civil brasileiro de Teixeira de Freitas e outro tocante ao registro imobiliário. São eles: (i) “Cláusulas gerais: promovendo o diálogo necessário entre o Código Civil e o Direito Civil Constitucional”, de autoria de Marina Carneiro Matos Sillman e Marcelo de Mello Vieira; (ii) “Pensamento civil brasileiro: análise da genuinidade do Direito em Teixeira de Freitas, de autoria de Sílvia Helena Schmidt e Allan Carlos Schmidt; e, ainda, (iii) “A exigência de inserção da inscrição do corretor de imóveis em matrícula imobiliária e sua inconstitucionalidade”, de autoria de Horário Monteschio.

Já no subgrupo inerente aos direitos da personalidade, foram apresentados quatro trabalhos, sendo dois relacionados com o Estatuto da Pessoa com Deficiência e outros dois versando sobre a temática do direito ao esquecimento e outro referente a própria limitação dos direitos da personalidade. Esses trabalhos são os seguintes: (i) “O alargamento da autonomia privada

e autodeterminação frente ao novo Estatuto das Pessoas com Deficiência”, de autoria de Nayara Rangel Vasconcellos e Renata Bolzan Jauris; (ii) “O Estatuto da Pessoa com Deficiência como garantia real e eficaz de direitos fundamentais e a *Drittwirkung* alemã”, de autoria de Alexander Perazo Nunes de Carvalho; (iii) “Modernidade líquida, direitos da personalidade e liberdade de expressão: o direito ao esquecimento no meio ambiente digital no Brasil”, de autoria de Pedro Miron de Vasconcelos Dias Neto e Emmanuel Teófilo Furtado; e ainda (iv) “Entre a autonomia privada e a tutela estatal: uma reflexão sobre os limites dos direitos da personalidade no Brasil”, de autoria de Daniel Navarro Puerari e Bárbara Gomes Lupetti Baptista.

Por fim, na temática do Direito das Famílias, encontram-se quatro trabalhos versando sobre adoção à brasileira, alienação parental e dois trabalhos relacionados a questão dos alimentos, sendo um relacionado à coerção do pessoal do devedor e outro adstrito à paternidade socioafetiva. Os trabalhos em questão são os seguintes: (i) “A constitucionalização do Direito Civil e a influência do princípio da dignidade da pessoa humana nos casos de adoção à brasileira”, de Ticyanne Pereira da Silva e André Studart Leitão; (ii) “Alienação parental estatal”, de autoria de Daniele Bellettato Nesrala e Tereza Cristina Sorice Barachio Thibau; (iii) “Consideração sobre a possibilidade de coerção pessoal do devedor de alimentos indenizatórios no cenário pátrio”, de autoria de Guilherme Augusto Melo Batalha de Gois; e, por fim, (iv) “A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar”, de autoria de Débora Moreira Maia e Lucas Campos de Andrade Silva.

Na oportunidade, os Coordenadores deste GT prestam sua homenagem e agradecimento aos organizadores do encontro, e registram, em especial, a todos os autores que participam da obra os cumprimentos pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas, que constroem esta coletânea de excelência, cuja leitura recomendamos fortemente!

Prof. Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza

Coordenador do PPGD/UFMT

Prof^a Dr^a Keila Pacheco Ferreira

Coordenadora do PPGDI/UFU

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CLÁUSULAS GERAIS: PROMOVEDO O DIÁLOGO NECESSÁRIO ENTRE O CÓDIGO CIVIL E O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

GENERAL CLAUSES: PROMOTING THE NECESSARY DIALOGUE BETWEEN THE CIVIL CODE AND CONSTITUTIONAL CIVIL LAW

**Marina Carneiro Matos Sillmann
Marcelo de Mello Vieira**

Resumo

Neste artigo é proposta uma análise das cláusulas gerais sob o prisma do direito civil constitucional, destacando a sua função de atualizar a legislação civilista sem necessidade de alteração normativa. A fim de se avaliar o diálogo entre o Código Civil e a Constituição de 1988, pesquisou-se o direito civil na atualidade, destacando a constitucionalização do direito civil. Também se analisou as cláusulas gerais no Código Civil de 2002 e a aplicação direta dos princípios constitucionais no direito privado brasileiro. Concluiu-se que a penetração dos preceitos constitucionais do direito civil é efetuada por meio das cláusulas gerais.

Palavras-chave: Direito civil constitucional, Cláusulas gerais, Princípios constitucionais, Código civil, Interpretação constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

This article proposes an analysis of the general clauses under the prism of the constitutional civil law, highlighting its function of updating the civilian legislation without the necessity of normative alteration. In order to evaluate the dialogue between the Civil Code and the Constitution of 1988, civil law was investigated today, highlighting the constitutionalisation of civil law. We also analyzed the general clauses in the Civil Code of 2002 and the direct application of constitutional principles in Brazilian private law. It was concluded that the penetration of the constitutional precepts of civil law is done through the general clauses.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional civil law, General clauses, Constitutional principles, Civil code, Constitutional interpretation

1 INTRODUÇÃO

Existe uma teoria que afirma que o direito é o espelho de uma sociedade, ou seja, as leis de um país deveriam ser o retrato fiel do que acontece naquela sociedade. Contudo, este entendimento acaba por, na verdade, afastar o direito da realidade, pois é difícil, para não dizer impossível, que a legislação apresente a mesma velocidade das mudanças sociais. Tal afirmação também desconsidera o caráter transformador das leis, em outras palavras, que a lei pode impulsionar as mudanças necessárias na sociedade com o escopo de consagrar o projeto constitucional.

Isso ocorre quando se analisa as codificações civis brasileiras. Ambos códigos consistem em legislações que acabaram por privilegiar a continuidade de um panorama legislativo, que não representava mais a realidade social, muito menos os anseios da população brasileira da época. O Código Civil Brasileiro de 1916 (CCB/1916), cujo projeto foi finalizado em 1900, teve como base outros projetos de códigos anteriores, sendo o mais antigo e talvez o mais influente, o iniciado em 1859 por Teixeira de Freitas. Diferente não foi a situação do Código Civil de 2002 (CCB/2002), que era fruto de um projeto da década de 1970, que, conforme relato de seu organizador, tinha como objetivo atualizar a legislação civil às alterações que os tribunais já consolidavam na época. (BRASIL, 1975, p. 18-19). Desse modo, nota-se que o direito civil brasileiro aparentou refletir mais o passado da sociedade do que seu futuro.

Porém, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) foi responsável por trazer novas bases ao direito pátrio, estabelecendo novos objetivos a serem efetivados. Por decorrência lógica, exigiu-se mudanças significativas nas normas e em sua interpretação, com o escopo de destacar o caráter promocional do direito nacional. O direito privado, tido como o fundamento da autonomia e do individualismo foi o campo no qual as mudanças mais se fizeram necessárias para uma adequação à proposta constitucional.

Fez se presente, com isso, a constitucionalização do direito civil. Um fenômeno representado tanto pela exigência de que o direito civil efetivasse os ditames da CRFB/1988 nas relações entre particulares, quanto pelo tratamento conferido no texto constitucional de matérias que eram de exclusividade da legislação de direito privado.

Conforme apontado acima, salvo exceções, o texto do CCB/2002 não apresentou modificações capazes de efetivarem, por si só, os novos objetivos constitucionais do Brasil. Embora o papel desempenhado pelos tribunais seja hoje essencial para trazer o

direito privado para o século XXI, a mais interessante contribuição do CCB/2002 para o direito pátrio consiste na utilização das cláusulas gerais. Elas funcionam como espaços capazes de permitir que o interprete promova à adequação do texto da lei às modificações da sociedade e aos ditames constitucionais por meio da interpretação, se valendo de instrumentos presentes dentro da própria legislação, dispensando a necessidade de recorrer diretamente aos princípios constitucionais, fato este que tem constantemente embasado decisões contraditórias dos tribunais.

Esta pesquisa possui cunho jurídico-compreensivo e utilizou como procedimento metodológico a análise de fontes primárias e secundária, sempre de forma crítica, buscando tratar as cláusulas gerais no direito civil brasileiro, de forma a evidenciar suas características e sua relevância dentro do direito civil atual.

Desse modo, primeiramente será abordado de forma sucinta as modificações ocasionadas no direito civil brasileiro pelo texto constitucional. Em um segundo momento, será enfatizado o tratamento das cláusulas gerais destacando sua definição e sua utilização, bem como analisadas as possibilidades que o bom uso dessas cláusulas podem contribuir para a transformação desse novo direito civil brasileiro. Para finalizar, debater-se-á a sua importância para o direito privado brasileiro a partir de uma contraposição com a aplicação direta dos princípios constitucionais no direito civil.

2 O DIREITO CIVIL BRASILEIRO NA ATUALIDADE

A revolução francesa (1789-1799) é um marco histórico relevante para as mais diversas áreas do direito, pois firmou a concepção de que o poder do governante estava limitado a lei e assim inaugurou o Estado de Direito. Dois anos após o fim da revolução, a França consagrou em seu texto constitucional os ideais de igualdade, fraternidade e liberdade, regulando a relação entre o novo Estado e seu povo. Em 1804, surgiu o Código Civil Francês, após um intenso trabalho legislativo acompanhado por Napoleão Bonaparte, o imperador da época. A codificação era responsável por tratar da relação entre os cidadãos franceses.

Jean Donat foi responsável por operar a sistematização para delimitar o conteúdo do Código de Napoleão. Esse instrumento legislativo trabalhou os temas tradicionalmente apontados como matéria de direito civil. Seguindo a concepção positivista da época, o direito civil foi identificado com o próprio Código Civil, consagrando este ramo do direito como o reino da liberdade individual. A proteção conferida pela lei era para que o

indivíduo, isoladamente, pudesse desenvolver com plena liberdade a sua atividade econômica. As limitações existentes eram apenas as necessárias para a boa convivência social. (MORAES, 1991).

Essa divisão temática foi responsável por instaurar uma dicotomia legislativa entre a constituição francesa e o código civil. Como consequência, consolidou-se uma forte separação entre aquilo que pertenceria ao direito privado e ao que seria de direito público, sendo estas esferas quase que incomunicáveis. De modo sucinto definiu-se que o direito privado trataria dos interesses individuais, enquanto que o direito público cuidaria das questões referentes ao Estado e da sociedade em geral. Para Lorenzetti (2010), estas esferas eram autossuficientes e estavam separadas por suas fontes, cada uma com pressupostos claros e princípios autônomos.

Um dos motivos do sucesso do modelo era a promessa de neutralidade do Código quando comparado com uma Constituição. A ideia era que a codificação perdurasse ainda que a Constituição do país fosse trocada. Com isso, era difundida “a crença de que a dogmática civilista poderia sobreviver intacta às revoluções políticas e às diferentes ideologias” (SCHREIBER, 2016, p. 4). Assim, o direito civil seria um direito não histórico, hábil a cumprir seu objetivo de manutenção da segurança e estabilidade das relações jurídicas entre particulares, deixando estas a salvo de qualquer interferência dos problemas do Estado e separando-o dos demais ramos do ordenamento jurídico como um espaço de autonomia da vontade (SCHREIBER, 2016).

O modelo de codificação francês estendeu sua influência por diversos países como Itália, (1865), Portugal (1867), Argentina, entre outros. O CCB/1916 também sofreu influência deste modelo. O Código Bevilacqua representou o rompimento com séculos de aplicação das leis portuguesas no Brasil,¹ sendo considerado marco histórico legislativo, e para Giordano Bruno Soares (2008) apresentando uma originalidade própria. Para Amaral (1998, p.117) era “produto de sua época e das forças sociais imperantes no meio em que surgiu. Feito por homens identificados com a ideologia dominante, traduz o sistema normativo de um regime capitalista colonial”. Na visão de Soares (2008) era dotado de uma escrita técnica e apurada, conseguida somente a partir dos muitos debates ocorridos no longo período de trâmite legislativo.

Seguindo o modelo francês, a proteção ao patrimônio e o individualismo jurídico, também foram marcos do primeiro código civil brasileiro. Contudo, a demora na

¹ Giordano Bruno Soares (2008) aponta que, curiosamente, as Ordenações Filipinas, a última das Ordenações Portuguesas, vigeram até 1867 em Portugal e até 1916 no Brasil.

conclusão do seu processo legislativo² fez com que o CCB/1916 nascesse desatualizado. Pensado para uma sociedade de cunho liberal, o primeiro código civil brasileiro foi promulgado em uma sociedade que caminhava para a égide do Estado Social. Nas palavras de Cesar Fiúza (2007, p. 76), “o Código Civil de 1916 já nasceu com os olhos para o passado. Foi fruto de um esforço liberal em seus últimos suspiros. O paradigma já era o do Estado Social, que vinha impondo-se na política e na economia”. Com isso, diversas leis esparsas foram promulgadas tentando sanar a discrepância entre a visão da sociedade e do Código Civil vigente. Esse boom legislativo rompeu com a visão da completude da codificação civil.

Necessitou-se pensar em um novo código civil para o Brasil sendo instaurada uma comissão revisora e elaboradora em 1969. A primeira publicação do anteprojeto datava de 1972 e tinha por escopo:

f) Atualizar, todavia, o Código vigente, não só para superar os pressupostos individualistas que condicionaram a sua elaboração, mas também para dotá-lo de institutos novos, reclamados pela sociedade atual, nos domínios das atividades empresárias e nos demais setores da vida privada.

[...]

m) Acolher os modelos jurídicos validamente elaborados pela jurisprudência construtiva de nossos tribunais, mas fixar normas para superar certas situações conflitivas, que de longa data comprometem a unidade e a coerência de nossa vida jurídica. (BRASIL, 1975, p. 18-19)

O referido anteprojeto teve uma tramitação tumultuada e acabou sendo deixado de lado no Congresso Nacional, uma vez que já se discutia o processo de redemocratização do país. Posteriormente, a CRFB/1988 inaugurou uma nova ordem jurídica no país, rompendo com o ordenamento do período militar. Essa democracia brasileira trouxe seus fundamentos, destacando a dignidade da pessoa humana como um desses pilares (art. 1º III) e determinou seus objetivos, como a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária (art. 3º I).

A nova ordem jurídica consagrou a concepção do Estado Democrático de Direito e causou um impacto direto no modo de se trabalhar a interpretação do direito civil, pois seus institutos típicos deveriam atender a uma função social voltada para a efetivação dos fundamentos e objetivos trazidos pela CRFB/1988. O texto constitucional também incorporou normas de conteúdo tradicional de direito privado e rompeu com a rígida

² O processo legislativo iniciou em 1855 com a Consolidação de Teixeira de Freitas e finalizado apenas em 1916.

separação entre direito civil e direito público, alterando, com isso, a estrutura do direito privado e seu modo de se relacionar com o público, conforme Moraes (1991).

A era do Estado Democrático de Direito trabalha com a concepção unidade do ordenamento jurídico, em que os princípios constitucionais são irradiados a todos os demais ramos do direito (MORAES, 1991). A este fenômeno dá-se o nome de constitucionalização do direito civil que deve ser entendida como a leitura da legislação civil sob o prisma dos princípios constitucionais com o fito de efetivar o programa constitucional também na esfera privada. (FIUZA, 2007). Desse modo, os direitos constitucionais passaram a permear os direitos civil, sendo estes responsáveis por concretizar seu conteúdo em uma relação de complementariedade.

Houve o desengavetamento e uma rápida aprovação pelo Congresso Nacional do anteprojeto de Código Civil que havia sido aprovado pela Câmara dos Deputados em 1983. O curto período de reestruturação aliado a uma falta de cuidado com os preceitos da nova ordem constitucional resultou novamente em um descompasso entre a legislação civil e as necessidades da sociedade brasileira.

Embora tenha avançado em alguns pontos como a unificação do direito civil e do direito empresarial em um mesmo código, o CCB/2002 manteve o foco na defesa do patrimônio, deixando nos bastidores as questões existenciais. Entende-se, na verdade, que os avanços acrescentados ao projeto desengavetado, foram resultado daquilo que já estava sendo aplicado pela jurisprudência e que não houve uma efetiva reforma do direito civil (FARIAS; ROSENVALD, 2016), o que, é bom recordar, era justamente o objetivo do próprio anteprojeto. Assim, o CCB/2002 consiste em uma norma elaborada em um contexto de Estado Ditatorial adaptada para o Estado Democrático de Direito, tendo as diversas emendas realizadas, dado ao mencionado código a feição de uma colcha de retalhos. (ROBERTO, 2008).

Essa adaptação feita ‘à toque de caixa’ levou a promulgação de um código civil não completamente adequado à proposta trazida pela CRFB/1988. Alguns aspectos tipicamente civil previstos no texto constitucional, como a função social da propriedade urbana ou rural, ou a família monoparental, tiveram tratamento aquém ou não foram abordadas pela codificação de 2002. Além disso, as normas civis mantiveram sua ênfase na proteção patrimonial, em flagrante desconsideração a dignidade humana. Esse descompasso entre a legislação civil e os ditames constitucional, impôs um ônus aos juristas nacionais de realizar essa adaptação de maneira completa. Essa atuação é facilitada pela inserção das cláusulas gerais na legislação civilista.

3 AS CLÁUSULAS GERAIS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Conforme explanado anteriormente, o CCB/1916 apresentava uma concepção de sistema jurídico fechado, compatível com o modelo positivista da época. Vigorava uma crença no dogma da completude, que consistia na visão de autossuficiência do código civil, dispensando outros textos legais para a solução dos litígios, conforme aponta Lorenzetti (2010). Porém tal crença não prosperou.

Houve uma explosão legislativa na década de 1970/1980, causado pela complexificação das relações humanas, que também demandaram tratamento legal. O Código, outrora considerado autossuficiente, se viu obrigado a conviver com ampla gama de outras fontes normativas aptas a solucionar as controvérsias da vida civil. Com isso, o CCB/1916 perdeu o papel de única fonte hábil a solucionar os conflitos inerentes às relações privadas, eis que contava com o auxílio de diversos outros diplomas normativos.

Reconheceu-se essas limitações, junto com as necessidades da contemporaneidade e com isso, o CCB/2002 firmou a proposta de desempenhar um papel de lei básica e não de lei global como era o código anterior (BRASIL, 1975). Com o intuito de facilitar esse intento, adotou-se uma sistemática mista: a utilização da técnica regulamentar tradicional em conjunto com as cláusulas gerais. Desse modo, o sistema juscivilista brasileiro passou a unir de forma efetiva a técnica de regras fechadas com as cláusulas abertas, conforme aduz Tepedino (2002).

Em sentido oposto a técnica regulamentar que se vale da descrição da conduta do modo mais fechado possível, as cláusulas gerais representam enunciados genéricos, sem conteúdo pré-fixado no quais a lei não determina de forma prévia seus termos, nem suas consequências, possibilitando uma adaptação da norma ao caso com a construção de uma decisão mais adequada para cada caso concreto (RIBEIRO, 2004). Para o autor do projeto que originou o código, Miguel Reale, essas cláusulas superavam o rigorismo formalista da codificação anterior, dando espaço para a construção de significados pelos tribunais e pelos juristas. (REALE, 2003). Desse modo, o Poder Legislativo transfere para o Poder Judiciário o poder discricionário para determinar o conteúdo da norma em conformidade com o caso concreto (TERRA, 2016).

Para Tepedino (2001), essa técnica utiliza a narrativa como forma de legitimação e de persuasão, já que elas não criam deveres ou estabelecem condutas e sim apresentam objetivos, princípios e finalidades com a intenção de auxiliar na interpretação teleológica. A utilização da técnica das cláusulas gerais em conjunto com as disposições da

CRFB/1988 e das peculiaridades do caso concreto permite a criação de um ordenamento jurídico ‘sob medida’ para a situação fática posta sob análise. (TERRA, 2016). Elas são também “pontos de mobilidade e de abertura do sistema para as modificações da realidade” que “têm o sentido de ampliar a sua incidência para fatos não previstos expressamente e cuja previsão não poderia ser feita pelo legislador”. (BRANCO, 2002, p. 55).

Desse modo, as cláusulas gerais conferem mobilidade ao sistema do direito civil, permitindo “tanto a ligação intra-sistemática (sic) (entre as normas e o próprio Código e a Constituição) e mesmo extra-sistemática (sic) (remetendo o intérprete para fora do sistema jurídico, a fim de concretizar determinado valor ou diretiva).” (MARTINS-COSTA, 2002, p. 99). Destaca-se o papel do interprete nesse novo modelo de codificação, pois cabe a ele conferir concretude a tais disposições, exigindo intensa atividade hermenêutica, de forma muito mais complexa do que a mera subsunção.³

As cláusulas gerais podem proporcionar a efetivação do programa constitucional nas relações de direito civil justamente em razão dessa ligação intrassistemática. A justificativa é pautada no fato de que a interpretação dos termos abertos constantes dessas cláusulas deverá ser necessariamente extraído à luz dos ditames da CRFB/1988, com destaque para os princípios constitucionais. Estes atuarão tanto como ponto de partida quanto de limite para a interpretação dos termos gerais, proporcionando ainda, maior efetividade ao texto constitucional.

Ademais, essa abertura permite que a codificação acompanhe as mutações constitucionais, assim como, as novas demandas sociais já que é possível reinterpretar o conteúdo da cláusula sem necessidade de alteração legislativa do texto. Em outras palavras, permite que o CCB/2002 seja mantido ainda que a sociedade apresente alterações. Tal característica das cláusulas gerais, foi denominada, por Gérson Branco

³ Sobre a interpretação jurídica atual, destaca-se o entendimento de Francisco Amaral, segundo o qual a “forma de sistema aberto, adotada pelo legislador nos referidos diplomas legais, com princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, permite radical mudança na teoria e no quadro das fontes de direito e, principalmente, no processo de interpretação jurídica, substituindo-se a tradicional exegese do texto legal por um processo criativo de interpretação. Invertem-se as coordenadas do normativismo, que tinha a norma jurídica como prius, o direito como sistema de normas e o pensamento jurídico voltado para a aplicação das normas, a caracterizar o chamado paradigma da aplicação, em prol de uma nova perspectiva metodológica, frontalmente oposta, cujas coordenadas passaram a ser o caso, o problema, como prius, e os princípios como o fundamento de um pensamento jurídico criativo e decisório, enfim um pensamento jurídico que se revela como a razão prática. Um novo paradigma implica, portanto, a reabilitação da filosófica prática, no sentido de que a interpretação jurídica deixa de ser uma simples hermenêutica do texto legal para transforma-se numa atividade prático-criativa do direito a cargo do jurista intérprete, na qual os princípios jurídicos têm relevante papel. Desenvolve-se, assim a interpretação conforme os princípios”. (AMARAL, 2008, p. 132).

(2002) de prospectiva, isto é, a possibilidade dos textos legais serem projetados para o futuro e não engessadas no passado.

Por meio dessa técnica legislativa, é conferido ao intérprete uma abertura para que os anseios sociais sejam adaptados às novas questões que possam surgir. Essa metodologia interpretativa se mostra compatível com o reconhecimento do pluralismo político como um dos fundamentos da República, conforme art. 1º, V, CRFB/1988.

Esse pluralismo representa um dos fatores que contribui para o rompimento com a concepção positivista clássica da existência de uma norma hábil a atender todas as situações da vida em sociedade, pois é dado a todos a possibilidade de se construir em conformidade com seus próprios valores, inexistindo uma moral coletiva compartilhada por todos. Desse modo, dada a impossibilidade de se ter uma legislação que sirva a todos os cidadãos, a presença das cláusulas gerais no Código Civil permitiria uma maior conformação da lei ao caso concreto (LORENZETTI, 2010).

Aqui convém fazer uma importante advertência. As cláusulas abertas, tanto as cláusulas gerais quanto os conceitos jurídicos indeterminados,⁴ apenas cumprirão essa proposta de relevante alteração no direito brasileiro caso sejam aplicadas em conformidade com a lógica constitucional e com a técnica interpretativa contemporânea.

As cláusulas gerais podem ofertar insegurança ou incerteza acerca da dimensão de seus contornos, conforme adverte Judith Martins-Costa (1988). Ainda conforme essa autora, a insegurança jurídica pode ser minorada se combinar a técnica das cláusulas abertas com a técnica tradicional normativa, bem como, pela consolidação de entendimentos jurisprudenciais sobre um tema.

Contudo, razão assistiria à preocupação de Judith Martins-Costa se apenas houvesse uma norma a ser aplicada para solucionar o caso e/ou se o intérprete fosse completamente livre para elaborar sua interpretação. A segurança jurídica é conferida a partir dos limites apresentados pelo conjunto normativo do ordenamento jurídico brasileiro, incluindo a CRFB/1988 e não por uma ampla gama de decisões semelhantes sobre determinada situação. Também é importante dar atenção ao conteúdo semântico do texto, evitando assim interpretações que conduzam a entendimentos diametralmente opostos aos que diz a legislação. Ademais, o sistema processual brasileiro exige que todas

⁴ Os conceitos jurídicos indeterminados, assim como as cláusulas gerais, são enunciados legislativos abertos, que serão preenchidos pelo magistrado no caso concretos, sendo assim também importantes para a oxigenação do CCB/2002. No entanto, eles possuem suas consequências previstas em lei, enquanto as cláusulas gerais dão maior liberdade para que o julgador construa a decisão do caso. (NERY JUNIOR; NERY, 2005).

as decisões estejam devidamente fundamentadas, com isso, o intérprete deve esclarecer os motivos que o levaram a tomar aquela decisão para aquele caso concreto. Desse modo, o princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CRFB/1988) também atuaria como barreira para a tomada de decisões arbitrárias. Convém mencionar também que a concepção de segurança jurídica foi alterada. A segurança não está mais pautada na ciência do exato conteúdo da norma, mas sim no fato de que o intérprete deve respeitar os limites legais apresentados pelo ordenamento jurídico como um todo, aliado ao dever de fundamentação das decisões judiciais.

4 CLÁUSULAS GERAIS E APLICAÇÃO DIRETA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

Conforme explanado, a constitucionalização do direito civil alterou a relação existente entre a codificação privada e a constituição, deixando o sistema civilista aberto ao diálogo com outras normas, especialmente as contidas no texto constitucional. Essa relação entre as normas do ordenamento jurídico brasileiro tem por intenção promover a efetivação de todo o direito, conferindo a um caso determinado um tratamento mais global e específico. Desse modo, o modelo dedutivo dá lugar a um sistema dialético, aberto e pragmático, focado na resolução de problemas concretos, conforme aponta Lorenzetti (2003).

Atualmente, a discussão sobre o papel central da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro perdeu espaço. O mesmo aconteceu com o debate sobre a influência do texto constitucional nas relações privadas. Especialmente quando se refere as normas relativas a direitos fundamentais, o art. 5º §1º da CRFB/1988 prevê a aplicabilidade imediata de tais disposições. Também não há dúvida que as normas infraconstitucionais devem dar concretude aos ditames da Constituição, exercendo os princípios constitucionais importante papel na interpretação das disposições legais.

Contudo, surge um debate sobre a aplicação direta das normas constitucionais nos casos concretos em detrimento de outras normas e, em especial, nos casos de direito privado, se o CCB/2002 seria desconsiderado em virtude da supremacia da Constituição⁵.

⁵ Pertinente destacar a observação feita por Paulo Lôbo (2014) de que os constitucionalistas brasileiros que seguem a doutrina alemã rejeitam essa possibilidade e defendem a necessidade de intervenção legislativa para a aplicação dos princípios constitucionais nas relações de direito privado. O mesmo autor afirma que esse entendimento não merece prosperar, pois a Constituição brasileira é norma e não um programa e por isso, pode ser aplicada de modo direto.

É inegável a força normativa da Constituição, conforme já apontado, mas também deve se ter em consideração que a CRFB/1988 não consegue fornecer todas as respostas para todos os casos concretos. É sabido que o texto constitucional é composto por disposições de diversas naturezas, sendo algumas mais programáticas e outras mais concretas, além dos fluidos princípios jurídicos, cujo conteúdo completo apenas pode ser construído diante da realidade fática.

Analisando a estrutura funcional do ordenamento é possível verificar a existência três níveis, que possuem papéis bem distintos.

1º) o **nível fundamental** que, além de estabelecer o quadro da organização política básica do Estado, contempla os valores jurídicos superiores, boa parte deles formulados como direitos ditos fundamentais, o nível do direito constitucional; 2º) o **nível intermediário** onde está o direito ordinário, seja ele público ou privado, vale dizer, o conjunto de todas as normas gerais que, frente à realidade, procuram operacionalizar os valores e os direitos fundamentais essenciais ao convívio interpessoal; e 3º) o **nível concreto**, o direito realizado, nos fatos da vida, pelos administradores e pelos juízes, cujo segmento mais importante poderíamos denominar de direito judiciário. (SOUZA JÚNIOR, 2005, p.10-11) (grifos no original).

A Constituição Brasileira de 1988 sustenta todo o ordenamento jurídico nacional e permite que o legislador efetue escolhas que serão consideradas legítimas e que deverão ser respeitadas desde que estejam dentro de uma moldura constitucional. Mas é importante ter em mente que o próprio texto constitucional dá uma margem de ação ao legislador infraconstitucional para que este estabeleça suas escolhas dentro da referida moldura, uma vez que reconhece o Poder Legislativo como um dos poderes da República. Nesse sentido, efetivar a lei ordinária é também respeitar a supremacia da Constituição.

As normas da Constituição, em especial, os princípios, devem ser sempre efetivadas pela via da interpretação, isto é, quando houve mais de uma interpretação plausível deve se privilegiar a mais próxima do que diz a CRFB/1988. Por outro lado, a aplicação direta deve ser preferencialmente utilizada quando não houver disposição infraconstitucional que aborde a questão em debate,⁶ quando o texto infraconstitucional contrariar disposição constitucional (hipótese de declaração de inconstitucionalidade) ou

⁶ Nesse sentido, Pietro Perligieri ensina que não “existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), a ser fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Esta é a única solução possível, se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por elas expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos”. (PERLINGIERI, 2007, p. 11).

ainda em virtude dos princípios constitucionais e das peculiaridades fáticas, aquela norma não puder ser aplicada naqueles casos.⁷

Com isso, a lei infraconstitucional tem sua relevância mantida ainda com a existência de um amplo rol de princípios constitucionais. Fato é, estando dentro da margem de discricionariedade conferida ao legislador, a lei deve ser preservada. E o mais relevante: precisa-se da legislação para a prática do próprio direito. Marcelo Duque (2004, p. 19) entende que: “sem a legislação ordinária, a Constituição – e todos os valores que encerra – não pode converter-se em Direito no dia-a-dia das pessoas, dada a abstração dos seus conteúdos”.

Dentro desse entendimento, as cláusulas gerais mostram-se importantes, uma vez que, se corretamente utilizadas, podem promover a união entre a CRFB/1988 e o CCB/2002, efetivando o programa constitucional e oxigenando o direito privado com os princípios constitucionais. Ademais, a concretização das cláusulas abertas precisamente percorre os três níveis estruturais do ordenamento jurídico, pois no momento da decisão (terceiro nível estrutural), o preenchimento do conteúdo das aludidas cláusulas encontradas na legislação ordinária (segundo nível estrutura) se dará em conjunto com os princípios constitucionais (primeiro nível estrutural).

Conforme também já ressaltado, a atividade hermenêutica do direito civil pós Constituição de 1988 é especialmente árdua, uma vez que esse novo modo de se interpretar o direito civil acarreta em um grande desafio para o jurista, especialmente aquele acostumado com o modelo positivista clássico: “não se deixar seduzir, em meio à imensidão (às vezes, assustadora) do oceano normativo, pelo simplismo da norma mais específica, resolvendo toda uma controvérsia à luz de um único artigo de lei”. (SCHREIBER, 2016. p. 21). Dessa maneira, tem-se que uma decisão apenas será adequada para solucionar a situação concreta caso considere o ordenamento jurídico como um todo partindo da análise desde o texto constitucional até nas normas locais.

5 CONCLUSÃO

⁷ Algumas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) envolvendo a união estável podem ser usadas para ilustrar a diferença aqui afirmada, O STF deu interpretação conforme a constituição para garantir a possibilidade de pessoas do mesmo sexo constituírem união estável (ADI 4277 e ADPF 132), e declarou a inconstitucionalidade da diferenciação do regime de bens do casamento e da união estável (REs 646721 e 878694).

No modelo positivista clássico, os códigos eram vistos como um modelo fechado e autossuficiente de norma. Em razão da incapacidade de cumprirem seu propósito de serem uma legislação completa, capaz de acompanhar a vida em sociedade, necessitaram ser repensados. A própria prática mostrou essa necessidade ao exigir do legislador a criação de uma série de leis a fim de atender as mais diversas peculiaridades do cotidiano quando vistas diante do código comum.

Tomando como base o ordenamento jurídico brasileiro, observa-se a influência da CRFB/1988 nesse processo em relação ao direito civil. O CCB/1916 não se mostrava adequado à nova ordem jurídica e nem aos anseios da sociedade brasileira. O CCB/2002 por ter sido fruto de um anteprojeto da década de 1970, que não recebeu as alterações necessárias para promover os objetivos trazidos pela CRFB/1988, também se tornou um instrumento legislativo em descompasso com a sociedade.

Com isso, observou-se o fenômeno da constitucionalização do direito civil, que acarretou o rompimento com a clássica dicotomia entre o direito público e o direito privado. O texto constitucional consagrou matérias próprias do direito privado, o que acarretou em uma leitura da legislação civil sob o prisma dos ditames constitucionais com o escopo de se efetivar o programa constitucional na esfera privada.

Cumprir ressaltar ainda que o CCB/2002 teve parte do seu texto elaborada em um período ditatorial, com concepções que dificilmente seriam adequadas para um estado democrático de direito. Entretanto, o uso da técnica legislativa das cláusulas gerais pode ter facilitado a tarefa de adequação da legislação civil ao texto constitucional. Isso ocorre, porque as cláusulas abertas, em razão de não terem seu conteúdo definido de forma prévia pelo texto da lei, permitem uma certa mobilidade ao sistema civilista, pois seu conteúdo será definido diante de um caso concreto, tendo como ponto de partida a CRFB/1988. A inserção das cláusulas abertas permite ainda o acompanhamento das mutações constitucionais pelo CCB/2002, dispensando a necessidade de alteração legislativa.

A técnica das cláusulas gerais confere ampla margem discricionária para o intérprete e aplicador da lei, exigindo intensa atividade hermenêutica, maior do que aquela exigida para aplicação da técnica regulamentar tradicional. A segurança jurídica estaria garantida pelo limite imposto à interpretação pela análise do conjunto normativo brasileiro, em especial os preceitos estabelecidos pela CRFB/1988 e pelo princípio da motivação das decisões judiciais. Estes limites seriam suficientes para evitar decisões arbitrárias ou fundamentadas em desconformidade ao direito brasileiro.

Ainda que se possa pensar em uma aplicação direta da CRFB/1988 nas situações típicas de direito privado, entende-se que tal técnica deva ser utilizada quando o tema em debate não tiver disposição infraconstitucional específica sobre ele, ou se houver tal disposição, esta for declarada inconstitucional ou ainda quando em razão das peculiaridades do caso concreto, a norma infraconstitucional existente não puder ser aplicada, sob pena de se esvaziar o conteúdo normativo do Código Civil. Estando dentro do constitucionalmente permitido, a legislação deve ser respeitada, sendo a penetração dos preceitos constitucionais por meio das cláusulas gerais.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. A descodificação do direito civil brasileiro. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. Rio de Janeiro, n. 13-14, p. 109-125, 1º e 2º sem. 1998.

_____. Uma carta de princípios para um direito como ordem prática. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas** – Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Exposição de motivos do novo Código Civil. **Brasília**, 1975.

BRANCO, Gérson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no Novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gérson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1-86.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

DUQUE, Marcelo Shenk. A Importância do Direito Ordinário Frente à Supremacia da Constituição. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, n. 1, mar. de 2004, p. 7-37.

FIUZA, César. Contribuição para uma nova hermenêutica civil-constitucional. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 63, abr. 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5894>. Acessado em: 03 fev. 2017.

_____. **Direito Civil**: curso completo. 10 ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LÔBO, Paulo. Direito civil constitucional. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, 2013: 1-31 vol.1.

_____. Metodologia do direito civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo, et. al. **Direito civil constitucional**: a ressignificação dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito, 2014.

LORENZETTI, Ricardo Luís. A descodificação e a possibilidade de ressystematização do Direito Civil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, 1998: nº 139.

_____. O novo código civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gérson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, vol. I, 1991, PUC-Rio.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado e legislação extravagante**. 3. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Código napoleão – influência nos sistemas jurídicos ocidentais. **Revista polos UFMG**. Belo Horizonte, 1989. Disponível em: <www.polos.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/1003/937> Acesso em: 11 ago. 2017.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3.ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Contornos contemporâneos do direito civil brasileiro**.187f. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós Graduação em Direito. PUC-Minas. Belo Horizonte, 2004.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do Direito Privado e da Codificação**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ROSENVALD, Nelson. FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil** vol. 1: parte geral e LINDB. 14.ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, mar de 2005, p. 7-18.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.