

CLÁUSULAS GERAIS COMO FONTE DE DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: A REALIDADE EM MATÉRIA CONTRATUAL PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002

ANA LETICIA ANARELLI ROSATI LEONEL*

RESUMO

O artigo foca o poder discricionário dos juízes conferido através de cláusulas gerais, que são normas de conteúdo vago, cujo enquadramento é valorado pelo magistrado no caso concreto, dando-se ênfase às cláusulas gerais existentes no contrato civil na legislação brasileira. Levando-se em consideração tal cenário, o trabalho aborda, através de pesquisa bibliográfica, na linha da hermenêutica filosófica, de matriz gadameriana, de início, a caracterização das cláusulas gerais segundo a doutrina, que diverge a respeito de sua utilidade, partindo, então, para a análise dos poderes do juiz diante de uma cláusula geral. Passa, assim, para a análise das cláusulas gerais existentes em matéria contratual e para a sua distinção dos princípios constitucionais e, finalmente, sua interpretação quando existentes em relações contratuais. Conclui com a análise demonstrando o prejuízo da existência de tais dispositivos no ordenamento jurídico, mas propõe sua interpretação, por ora, com base nos princípios constitucionais, especialmente voltados à solidarização social.

Palavras-chave: cláusulas gerais; contrato; constituição.

* Mestranda em Direito pela UNISINOS/RS. Professora de Direito no CEUT e FACID/DeVry – Teresina.

GENERAL CLAUSES AS A SOURCE OF JUDICIAL DISCRETION: REALITY AT THE CONTRACT BY CIVIL CODE 2002

ABSTRACT

The article focuses on the discretion of the judges conferred through general clauses that are vague content standards, the framework for which is valued by the magistrate in the case, giving emphasis to the general clauses in existing civil contracts in Brazilian legislation. Taking into consideration this scenario, the paper discusses, through a literature review, in line with philosophical hermeneutics, Gadamer's array, start, the characterization of the general clauses according to the doctrine, which differs as to its usefulness, leaving, then for the analysis of the powers of the judge before a general clause. Thus passes for analysis of existing general clauses in contractual matters and his distinction of constitutional principles and, finally, his interpretation when existing contractual relations. It concludes with an analysis of prejudice to the existence of such devices in law but proposes his interpretation, for now, based on constitutional principles, especially focused on social solidarization.

Key words: general clauses; contract; constitution.

INTRODUÇÃO

Independentemente das técnicas e métodos de interpretação que se utilizam os juízes, ninguém discorda que devem decidir por leis e princípios e não por políticas. E esta é a tese defendida por Lenio Streck, justificando o seu entendimento nas concepções da hermenêutica filosófica e integracionista de Ronald Dworkin.

Porém, no cenário atual, é necessário que se aja com cautela diante das cláusulas gerais, utilizadas com frequência no Direito Civil, especialmente no Código Civil de 2002, para que se evite, através do poder interpretativo dos juízes e amplo subjetivismo, um “Código do Juiz”. Com o uso constante de tais espécies normativas, o poder discricionário e a valoração segundo a consciência do magistrado acabam reinando no caso concreto, tendo em vista que os ditames legais são imprecisos. Há um acentuado subjetivismo, podendo desaguar em comportamentos solipsistas. A resposta ao caso concreto é dotada de amplo axiologismo.

Isso não pode prosperar em um Estado Democrático de Direito, mesmo porque, a discricionariedade do juiz para fazer uma “escolha” entre vários sentidos possíveis, acaba repercutindo na própria produção democrática da lei.

Assim, neste estudo, pretende-se verificar se, de fato, haveria, no uso de cláusulas gerais, a constituição de uma fonte de discricionariedade judicial e se o direito brasileiro tem resguardado tais conceitos em sede contratual. Doutrinariamente, vê-se a ênfase à grande “mobilidade” que as cláusulas gerais trariam ao direito sem se verificar que, por outro lado, conceitos abertos dependem de concepções e valores pessoais do julgador, não admitidos no Estado Democrático de Direito.

No que pertine à matéria contratual, o Código Civil de 2002 se valeu de diversas cláusulas gerais, e o seu uso pode acabar trazendo, em casos semelhantes, decisões completamente antagônicas.

Para isso, apresenta-se, de início, a classificação das cláusulas gerais, o objetivo de sua existência, suas peculiaridades e exemplos já consolidados no direito, mas com pequeno conteúdo normativo, como a boa-fé. Passa-se, então, à análise do problema de discricionariedade judicial que as cláusulas gerais trazem, baseando-se na preparação técnica e moral do magistrado. A partir daí, demonstra-se quais as principais cláusulas gerais utilizadas no contexto do direito contratual brasileiro e, diante da realidade de sua existência, a possibilidade de adequação nos termos da Constituição Federal.

Justifica-se o presente trabalho, assim, no sentido de que as cláusulas gerais não podem ser recepcionadas com olhos otimistas, mesmo porque ferem, de forma patente, a

própria Constituição Federal. Porém, diante de sua realidade no ordenamento jurídico brasileiro, propõe-se sua interpretação segundo princípios constitucionais.

Metodologicamente, através de pesquisa bibliográfica, na linha da hermenêutica filosófica, sem vinculação às ideias de certeza e segurança próprias da modernidade, o que tornaria a segurança do trabalho comprometida.

1. CARACTERIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS

É fato que o Direito Civil contemporâneo implica o reconhecimento de que “o reinado secular de dogmas, que engrossaram as páginas de manuais e que engessaram parcela significativa do Direito Civil, começa a ruir” (FACHIN, 2012, p. 1). Surgem novos conceitos e teorias, especialmente para responder aos clamores da sociedade em constante transformação.

Nesse contexto, a doutrina justifica o surgimento das cláusulas gerais.

E para adentrarmos ao estudo do tema, convém esclarecer qual o significado de tais cláusulas gerais no direito. Para Streck (2012, p. 46), cláusulas gerais são aquelas normas caracterizadas “pela abertura e possibilidades de criação conferida ao intérprete”. Segundo o autor “o esforço intelectual do operador do direito que trabalha com normas abertas, como o são as cláusulas gerais, é sobremaneira dimensionado”, porque carecem de ‘complementação valorativa’”. Para o autor, as cláusulas gerais caracterizam-se, como “Código do Juiz”¹, já que “‘devem ser preenchidas’ com amplo ‘subjativismo’ e ‘ideologicamente’”.

Segundo Gustavo Tepedino (2002, p. 19), as cláusulas gerais são comandos normativos que não prescrevem uma certa conduta, mas, “simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação de demais disposições normativas”.

Tratando sobre o assunto de forma significativa, Karl Engisch (1996, p. 95-98), assevera que cláusulas gerais são aquelas que se contrapõem a uma elaboração casuística das hipóteses legais. E são compreendidas como as formulações das hipóteses legais que, em termos de grande generalidade, abrangem e submetem a tratamento jurídico uniforme todo um domínio de casos. Segundo o autor, elas não possuem estrutura própria, do ponto de vista metodológico, afirmando até que elas não “existem” em sentido próprio. São normas ou preceitos jurídicos cujos termos são dotados de elevado grau de generalidade.

Tal “sistema” de cláusulas gerais traz considerações sem concepções definidas, que permitem maior liberdade do intérprete. Martins-Costa (2000, p. 295) apresenta as cláusulas gerais sob três tipos diferentes: regulativo, restritivo e extensivo. Com relação ao tipo restritivo trata-se da cláusula geral que opera contra uma série de permissões singulares,

1 Streck (2012, p. 265) também usa a expressão “Constituição paralela” quando o Judiciário estabelece, a partir da subjetividade assujeitadora de seus integrantes, aquilo que foi omitido na Constituição, segundo os critérios do julgadores “indevidamente”.

delimitando-as, como nos casos da restrição à liberdade contratual. O tipo regulativo traz as normas que regulam, através dos princípios, todo um vasto domínio de casos. Por fim, as cláusulas gerais do tipo extensivo ampliam uma determinada regulação através da possibilidade, expressa, de aí serem introduzidos princípios e regras dispersos ou outros textos.

O objetivo dessas cláusulas gerais segundo Costa (1998, p. 8) é o “de conferir ao juiz um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemento ou desenvolva normas jurídicas mediante o reenvio para elementos cuja caracterização pode estar fora do sistema”.

Tecnicamente, convém destacar que as cláusulas gerais não se confundem com conceitos jurídicos indeterminados. Apesar de ambos tratarem de vagueza legislativa, a cláusula geral, além de dizer ao que o conceito se refere, deve lhe atribuir a consequência jurídica respectiva. No conceito jurídico indeterminado, após o julgador determiná-lo, já se tem sua solução preestabelecida na lei, cabendo ao julgador, tão somente, aplicar referida solução².

Na legislação civil, podemos perceber a existência dessas normas de conteúdo geral em termos como função social, bom costume, ordem pública, dano moral, justa indenização, melhor interesse do menor e boa-fé.

Quando discorre sobre as cláusulas gerais, Hironaka (2002, p.1) enfatiza que são fruto de uma técnica legislativa característica da segunda metade do século XX. Para a autora, nesta época, evidenciava-se uma transformação radical naquele modo de legislar casuisticamente, tão destacado no movimento codificatório do século anterior. Não é, mais, patente a preocupação com a edição de lei clara, uniforme e precisa, porque o momento clamava para que a lei assumisse “características de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados”. Buscando exemplos de normas existentes com tal característica, explica que “a mais célebre das cláusulas gerais é exatamente a da boa-fé objetiva nos contratos”. E admitindo a possibilidade de existir alguma desvantagem diante da presença de cláusulas gerais no ordenamento jurídico, também reconhece que a presença de cláusulas gerais pode gerar um efeito positivo em um sistema de direito: “provavelmente a cláusula da boa-fé objetiva, nos contratos, seja mais útil que deficiente, uma vez que, por boa-fé, *tout court*, se entende que é um fato (que é psicológico) e uma virtude (que é moral)”.

2 No presente estudo, as críticas feitas podem ser relacionadas a qualquer um dos institutos mencionados.

Nesse aspecto, convém que seja esclarecida a real importância da existência do dever de boa-fé previsto no Estatuto Civil. Ao tempo em que a maioria dos autores civilistas da atualidade consideram de extrema importância a codificação da boa-fé, pelo seu conteúdo amplamente moral, Reale (2001, p. 61) cita Pontes de Miranda como se este não aceitasse o princípio da boa-fé de forma normatizada. No entanto, na verdade, Pontes de Miranda considera a boa-fé uma “abencerragem jurídica”³. E esta abencerragem jurídica induz ao entendimento de que a boa-fé é a única razão do direito⁴, não precisando constar de forma expressa como artigo de lei, já que é a própria “porta de entrada” do direito⁵.

Na verdade, o principal motivo do aparecimento de tais cláusulas abertas decorre de muitas críticas que foram destinadas a normatizações anteriores. Neste ponto, destaca-se o Código Civil de 1916 que, por não ter um modelo aberto de legislação, era considerado atrasado, pois não acompanhou a modernidade e nem se mostrou adequado aos conflitos atuais⁶, mesmo porque, na concepção do Código anterior, tudo deveria estar previsto “expressamente no texto da lei”.

De certo que não mais se deve atentar “à letra fria da lei”. Mas convém anotar, conforme Streck (2012, p. 615), que “obedecer à risca o texto da lei’ democraticamente construído (...) *não tem nada a ver com a ‘exegese’ à moda antiga (positivismo primitivo)*”. Completa o autor: “no primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é cooriginária”. Infelizmente, grande parte da doutrina não tem essa visão.

3 Em primeiro lugar, convém ressaltar que o termo abencerragem, utilizado mais de uma vez por Pontes de Miranda, refere-se a algo poderoso, opulento – e não a “aberração”, algo excluído do comum e não aceitável, como algumas interpretações do termo abordam. Ademais, quando tenta justificar a aplicação do princípio da boa-fé como cláusula geral, Reale, na visão geral que faz sobre o Código Civil de 2002, afirma: “Não acreditamos na geral plenitude da norma jurídica positiva, sendo preferível, em certos casos, prever o recurso a critérios ético-jurídicos que permita chegar-se à ‘concreção jurídica’, conferindo-se maior poder ao juiz para encontrar-se a solução mais justa ou equitativa.” Este autor entende que as cláusulas gerais trazem amplas vantagens, mesmo com esse poder maior ao juiz.

4 Convém citar as sábias conclusões do Professor Streck (2012, p. 14): “é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido”.

5 Ainda que se defenda a existência de distinção entre boa-fé e o princípio jurídico da boa-fé, ambos tem o conteúdo material idêntico e geram os mesmos efeitos. Quem defende a distinção é Franz Wieacker (1986, p. 11/12), para quem “a boa-fé é um conceito jurídico que se insere numa multiplicidade de normas jurídicas com o fim de descrever ou de delimitar um suporte fático, enquanto que o princípio geral da boa-fé consubstancia-se numa norma jurídica completa que se eleva à categoria ou à classe de princípio geral de direito, pelo que todas as pessoas ou membros de uma comunidade devem comportar-se de conformidade com a boa-fé em suas recíprocas relações”.

6 É indispensável, para conhecimento do tema, anotar-se as palavras de Streck (2012, p. 1) sobre a busca incessante de se vencer o “positivismo”: “O que importa, mesmo, é o poder (discricionário), é o subjetivismo, é o solipsismo que está por trás do seu argumento (...). O que importa é a “vontade do poder”; o que importa é que a “interpretação seja um ato de vontade”, seja essa “vontade” entendida como poder discricionário, arbitrário, busca dos interesses, dos valores, etc.(...). O que importa é que a decisão seja produto dos subjetivismos. Com isso, sempre se terá a resposta que se quiser. Afinal, (...) sob o pretexto de superarmos as teses objetivistas, caímos no império dos axiologismos e subjetivismos.

Fachin (2012, p. 4/5), com entendimento acertado e coerente, explica: “precisão e rigor não se confundem, necessariamente, no trato de signos e conceitos jurídicos, com formalismo excessivo e despropositado”. Contextualiza sua afirmação no sentido de que o clássico não pode ser abandonado na construção do novo.

Porém, a resposta à “evolução” de se sair de um sistema “totalmente” fechado, veio, então, também com o Código de 2002, que trouxe várias cláusulas gerais positivadas, como por exemplo, a já mencionada boa-fé. Deu-se a impressão de que o Código de Beviláqua privilegiava a má-fé, diante dos comentários “de conquista”, quando, na verdade, a questão é que não se fala em direito sem boa-fé, e não há mérito em positivar sua necessária aplicação! A boa-fé é a “porta de entrada” do direito.

O fato é que quando se fala em cláusulas gerais, tem-se normas abertas, com diretrizes indeterminadas, sem estabelecimento de seu significado de forma contundente pelo texto. O juiz as valora segundo os “princípios gerais do direito”⁷ e aplica ao caso concreto. Quem defende com veemência sua vantagem ao ordenamento jurídico, argumenta que a norma aberta tende a alcançar maior duração de vida e utilidade porque pode ser preenchida com o valor de qualquer época, diferente da que era corrente no momento da edição do texto.

A evolução do pensamento e do comportamento social seriam os principais objetivos das cláusulas gerais, ao lado da segurança jurídica. Seria a conjugação do binômio flexibilização e segurança que traria um sistema constantemente em construção (MELLO, 2002, p. 143).

Poderia se afirmar que a ideia de cláusulas gerais é uma pauta de valores que se preenche, também, historicamente. Porém, a discricionariedade do julgador em determinar conceitos, com toda uma ampla margem de liberdade – não só com base em contingências históricas, não é democrático. Essas “janelas” (Martins-Costa, 1998, p. 1) na legislação podem se transformar em portas de arbitrariedade.

7 Streck (2010, p. 10) explica que há um sério equívoco nesta “incorporação legislativa” já que “não há como afirmar, simultaneamente, a existência de princípios constitucionais (cujo conteúdo deontico é fortíssimo) com os princípios gerais do direito, que nada mais são do que instrumentos matematizantes de composição das falhas do sistema. Vale dizer, os princípios gerais do direito não possuem força deontica, mas são acionados apenas em casos de “lacunas” ou de obscuridade da previsão legislativa (esses dois fatores – lacuna e obscuridade – decorrem muito mais da situação hermenêutica do intérprete do que exatamente da legislação propriamente dita). São axiomas criados para resolver os problemas decorrentes das insuficiências ônticas dos textos jurídicos. (...) os princípios constitucionais – na senda da revolução copernicana do direito público efetuada pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra – representam uma ruptura com relação aos velhos princípios gerais do direito. Essa ruptura implica superar a velha metodologia privatista e introduzir um novo modelo de pensamento da ideia de princípios”.

2 O PROBLEMA DAS CLÁUSULAS GERAIS: CONCESSÃO DE PODERES GENÉRICOS AO JUIZ

Se, por um lado, a implantação de cláusulas gerais pode soar como a codificação do direito do futuro, também se evidencia que, com as cláusulas gerais, há uma elevação de importância atribuída à Jurisprudência dos Valores⁸, sendo papel do intérprete encontrar e revelar os interesses e valores.

Explicando que toda interpretação da lei tem conteúdo valorativo, Cappelletti (1993, p. 30/32) justifica que o juiz não pode ser considerado mera “boca fria da lei”, fazendo de seu ato de julgar uma prática mecânica. Reconhece a legitimidade da discricionariedade judicial, enfatizando que quanto mais vaga e imprecisa for a norma, maior será o espaço para discricionariedade. Ou seja, diante de uma norma de conteúdo indeterminado, a discricionariedade é ampla, praticamente sem limites – e protegida pela lei.

Entre as falhas que pode haver nesse sistema legislativo, uma cláusula geral tem “autorização” para ser ambígua, sendo que tal característica pode até mesmo fazer parte de seu elemento finalístico. Admitir-se-ia, assim, no ordenamento jurídico, a validade de normas com ambiguidade e vagueza intencionais, mas não com ambiguidade e vagueza não intencionais. Para descobrir a intenção da norma de ser vaga ou não, teria que se abordar a conduta dolosa ou culposa da lei, como se fosse possível, juridicamente, tal busca.

São graves as implicações negativas no uso de tal instrumento, que mesmo minoritariamente, são reconhecidas por alguns doutrinadores brasileiros:

Registre-se, por justiça, que o papel (ou “esse” papel) das cláusulas gerais não são unanimidade no seio da doutrina civil e processual civil. Nesse sentido, a importante crítica de Humberto Theodoro Junior contra o emprego legislativo desse tipo de estratégia, muito embora admita a introdução, pelo juiz, de *valores éticos na lei*. Em linha similar, Marcus de Carvalho Dantas, para quem “entender que o recurso às cláusulas gerais é um expediente idôneo a garantir um tratamento mais responsável das normas por parte do juiz é altamente discutível, já que não há pré-determinação da interpretação das normas, o que remete à dicotomia subjetivismo-objetivismo”. (STRECK, 2012, p. 47)

A indignação de Theodoro Júnior (2005, p. 4-5) traduz a correta alocação das cláusulas gerais no ordenamento jurídico e na concepção do direito:

8 Sua origem é atribuída à Alemanha, quando surgiu para “equalizar a tensão produzida depois da outorga de *Grundgesetz* pelos aliados, em 1949”. Para concretizar uma carta elaborada sem participação popular, afirmou-se um direito distinto da lei, onde o Tribunal podia invocar argumentos fora da estrutura rígida da legalidade. “A referencia a valores aparece, assim, como mecanismo de ‘abertura’ de uma legalidade extremamente fechada”. No entanto, como bem ressaltado, “(...) os juristas brasileiros não atentaram para as distintas realidades (Brasil e Alemanha)”. (STRECK, 2012, p. 48).

O próprio legislador, em quem os indivíduos pensavam poder confiar para, na votação livre e democrática das leis, estabelecer os limites do autoritarismo do poder governante, abdica simplesmente da competência de traçar, com precisão e segurança, os preceitos que deveriam presidir o comportamento individual no seio da coletividade. Preferem, por comodidade, por menor esforço, ou por submissão a ideias de momento e de puro efeito demagógico, legislar por fórmulas excessivamente genéricas (cláusulas gerais, normas abertas e quejandas). Aproximando-se de meras declarações de *valores* (indefinidos e indefiníveis), essa conduta inaceitável, e por isso mesmo, injustificável do legislador contemporâneo, deixa o indivíduo (cuja dignidade diz estar tutelando) entregue à sanha e aos azares de quem detém o poder de julgar a conduta individual e social.

Fica clara a ênfase subjetivista que se adquire a interpretação das cláusulas gerais. Depois de defender que “o trato formal da norma não é algo nocivo em si mesmo”, DANTAS (2005, p. 107) ensina que “o tratamento principiológico e valorativo das normas não é garantia de justiça, até porque as regras tem um papel a cumprir”, respondendo aos que valorizam a utilização das cláusulas gerais por entenderem que tais normas abertas permitem, no exercício diário da jurisprudência, incorporação de valores, princípios e regras de conduta avalizadas pela sociedade.

No entanto, grande parte dos juristas não vem criticando a concepção das cláusulas gerais, fechando os olhos para sua ilegitimidade, apesar de notarem que os seus efeitos catastróficos podem (e vão) ocorrer. Como salienta Perlingieri (2008, p. 237), “desejar o uso das cláusulas gerais não significa, contudo, deixar espaço para o juiz impor a própria ideologia pessoal”. Mas reconhece a discricionariedade e o conseqüente afastamento de uma aplicação democrática ao direito, com a liberdade dada ao juiz: “legislar por cláusulas gerais quer dizer deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato”.

Na verdade, como bem salientam Streck, Barretto e Oliveira (2010, p. 3-4) “não há como determinar a ‘bondade’ ou a ‘maldade’ de um determinado *ativismo judicial*”. Quando se trata de “questões que a sociedade em constante evolução acarreta e que os meios políticos de decisão (mormente o legislativo) não conseguem acompanhar” não devem ser resolvidas “pela ‘vontade de poder’ (*Wille zur Macht*) do Poder Judiciário”. Essa delegação de tais questões ao juiz “é correr um sério risco: o de fragilizar a produção democrática do direito, cerne da democracia (STRECK, 2009).” Caso contrário, admitir-se-ia “que o direito – produzido democraticamente – possa vir a ser corrigido por argumentações teleológicas-fáticas-e/ou-morais.”

A função de explorar a utilização das cláusulas gerais, caberia, segundo grande parte dos juristas pátrios, à doutrina, e muito mais à jurisprudência. E a preferência por uma codificação móvel, intimamente ligada ao prestígio das cláusulas gerais, reflete uma atitude

mais contemporânea, vista por muitos como uma grande vitória da própria democracia. Mas não se pode deixar de mencionar que seria uma “democracia dos (e entre os) juízes”, até porque os mesmos não são eleitos, como representantes do povo. Streck (2012, p. 265) é bastante esclarecedor nessa questão, quando explica que “há limites hermenêuticos a que o Judiciário se transforme em legislador”. Não são eleitos pelo povo, mas legislam no caso concreto, já que a norma legal é vaga. Nada existe de democracia com a concentração de poderes de legislar e aplicar a lei em uma mesma pessoa.

Legislar com excesso de cláusulas gerais e por meio de "chavões" que nada dizem (mas que tudo permitem seja dito em seu nome) representa uma verdadeira traição ao ideário do Estado Democrático de Direito. Se este se caracteriza pela defesa dos indivíduos e seus direitos por meio de uma necessária separação entre funções atribuídas aos diversos órgãos encarregados do exercício dos poderes inerentes à soberania estatal, só se pode divisar governo autoritário e ditatorial quando um mesmo órgão acumula as funções de legislar e aplicar a lei por ele mesmo criada. Seja o Executivo, seja o Judiciário, acumulando numa só mão o poder de legislar e aplicar a norma legal, o Estado foge do programa estatuído pela Democracia, que só se implanta com efetividade quando os poderes soberanos do Estado são despenhados por órgãos independentes e harmônicos entre si, cada qual respeitando a função do outro e exigindo que na sua função não ocorra ingerência dos demais. (THEODORO JR., 2005, p. 5).

Além dessa concentração de poderes, o julgador se utilizará dos “princípios gerais de direito” e de seus conceitos pessoais⁹ e, ainda, será considerado como um sujeito de consciência e valores superiores ao de qualquer outra pessoa, digno de “julgar conforme a sua consciência”, e mais, de criar conceitos (e normas!) com a mesma “habilidade”. Porém, esta não é sua função.

Deslocar o problema da atribuição de sentido para a consciência é apostar, em plena era do predomínio da linguagem, no individualismo do sujeito que “constrói” o seu próprio objeto de conhecimento. Pensar assim é acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o *conhecimento* objetivo de algo para além deles (Blackburn). Isso, aliás, tornou-se lugar comum no âmbito do imaginário dos juristas. Com efeito, essa problemática aparece explícita ou implicitamente. Por vezes, em artigos, livros, entrevistas ou julgamentos, os juízes (singulamente ou por meio de acórdãos nos Tribunais) deixam “claro” que estão julgando “de acordo com a sua consciência” ou “seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei”. Em outras circunstâncias, essa questão aparece devidamente teorizada sob o manto do *poder discricionário* dos juízes. (STRECK, 2012, p. 20)

⁹ Luiz (2013, p. 55) chama a atenção para o senso comum teórico que se adota quando se associa o termo sentença a sentir e não à razão. Então, tudo pode ter peso decisivo. Continua: “Assim, Beneti apresenta diversas circunstâncias que, a seu ver, poderia alterar a tomada de decisão pelo juiz, como: o condicionamento psicológico; formação religiosa; experiências agradáveis e penosas da vida familiar ou social; hábitos e preferências pessoais; experiências de vida; o respeito a personagens envolvidos no julgamento; a participação submissa em correntes do pensamento sociopolítico-jurídico (questão do politicamente correto); interesse pessoal; temor de prejuízo ou mal futuro; e a repercussão do julgamento sobre a família ou pessoas ligadas ao juiz, enfatizando que tais situações são meramente exemplificativas.

“O direito não é aquilo que os tribunais dizem que é”, porque o direito é complexo, sendo bem mais que “o produto da consciência-de-si-do-pensamento-pensante (*Selbstgewissheit des denkenden Denken*)”, que se relaciona diretamente com a filosofia da consciência, já ultrapassada, onde o sujeito assujeita o objeto. Não se pode dizer que o ato de interpretar é singular, porque “não é produto nem da objetividade plenipotenciária do texto e tampouco de uma atitude solipsista do intérprete: *o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade.*” (STRECK, 2012, p. 264). Não há como se assentar sobre uma concessão ampla de poderes ao julgador.

Comentando a tese de Roberto dos Santos Bedaque, que busca resolver a questão da efetividade do processo com uma espécie de delegação de poder ao julgador de reduzir formalidades, Streck (2011, p. 321) explica: “embora demonstre preocupação em afastá-la da discricionariedade, Bedaque acaba por suprimir as teses hartianas e kelsenianas, quando admite que as fórmulas legislativas abertas favorecem essa atuação judicial”. Complementando, transcreve o argumento do processualista:

Quanto mais o legislador valer-se de formas abertas, sem conteúdo jurídico definido, maior será a possibilidade de o juiz adaptá-las ao caso concreto. Esse poder não se confunde com a discricionariedade judicial, mas implica ampliação da margem de controle da técnica processual pelo legislador.

Sem a eleição de critérios para o tratamento principiológico e valorativo das normas, Dantas (2005, p. 108) ensina, que tal argumentação principiológica pode acabar, muito facilmente, revertendo-se “a favor daquilo que já se convencionou chamar ‘ditadura dos juízes’, ou no ‘direito dos juízes’ porque tudo estaria na dependência do ‘caso concreto’, tendo a dogmática perdido muito do seu papel social”.

Com tal poder discricionário, mesmo conferido através de “mandato”, valores pessoais dos magistrados serão embutidos na decisão. Questiona-se: seriam tais valores mais seguros para o jurisdicionado que a própria lei? Conforme Streck (2012, p. 20) esclarece, parece que a tendência brasileira contemporânea é apostar que sim, devido ao protagonismo judicial como a melhor forma de concretização de direitos, fazendo uma aplicação equivocada da alemã Jurisprudência dos Valores.

O fato é que dentro da jurisdição, o direito deve dar uma resposta adequada à constituição para o caso apresentado¹⁰ e seria importante tal resposta estar de forma explícita na lei.

10 Lenio Luiz Streck demonstra a ausência de critérios quando vários juízes, em casos similares, produzem decisões conflitantes: “Na abertura da defesa de sua dissertação de mestrado, que deu origem a esta bela obra,

Na realidade, o Código Civil de 2002, na onda de outras legislações do direito comparado, como a italiana, ampliou mesmo os poderes do magistrado, especialmente pelas cláusulas gerais e conceitos indeterminados, conforme já explicitado. Segundo Stolze (2003, p. 1), quando faz uma análise sobre a lei brasileira, conclui que “o magistrado deverá, mais do que nunca, estar preparado técnica e moralmente para enfrentar o novo diploma, sob pena de coroar injustiças e arbitrariedades.”

Porém, não basta uma “preparação técnica e moral”. Como bem assinala Theodoro Jr. (2005, p. 4)

Direito não é mais sinônimo de lei, e norma ou preceito não mais se distinguem dos princípios. Assim em nome de pretensos princípios, que muitas vezes não se sabe se existem realmente nem de onde foram extraídos, se cria todo um clima de permissividade para o operador do direito. Totalmente descompromissado com a lei ditada pelo poder legiferante instituído, o aplicador do direito procura a regra a aplicar no caso concreto onde bem lhe convier, ou onde bem entender, pois fora do preceito explícito da lei, sempre haverá algum raciocínio, algum argumento, alguma justificação para explicar qualquer tipo de decisão, até mesmo aquele aberrante com as tradições histórico-culturais de um povo as quais, aliás, pouco ou nada valem para a mentalidade emergente do século XX, em segmento quantitativamente expressivo.

Se o julgador encontra justificativa para a sua escolha¹¹, sua aptidão técnica e moral está preenchida, porque a decisão é fundamentada através de um raciocínio ou argumento dentro de um conceito vago, que admitiria inúmeros raciocínios ou argumentos.

Deixar ao alvedrio dos valores dos juízes dizer o que é o direito supostamente resguardado pela cláusula geral, configura, de forma evidente, o subjetivismo do juiz na solução do caso concreto. Os jurisdicionados passariam a se guiar, então, somente com base em antecedentes jurisprudenciais.

Fernando Luiz impressionou a todos com uma confissão: ‘sou juiz, minha mãe é juíza, meus amigos juízes e promotores, com os quais convivo, são todos honestos, probos e justos. Interessante é que, quando nos reunimos para falar sobre os casos que decidimos, chegamos à conclusão que, embora a nossa honestidade, probidade e sentimento de justiça, damos sentenças tão diferentes umas das outras, em casos, por vezes, muito similares’. Por isso, continuou, ‘cheguei a conclusão de que havia algo errado. Não basta ser honesto, probo e ter sentimento do justo. Todos, eu, minha mãe, meus amigos, decidimos conforme as nossas consciências. Só que as decisões são tão discrepantes... Por isso, fui estudar ‘teoria da decisão’’. Pronto. Não poderia haver melhor introdução a uma dissertação e, agora, a uma obra jurídica do que ‘pôr em causa’ o grande dilema contemporâneo: como se decide. Com efeito, o avanço das teorias da linguagem e da hermenêutica filosófica, parece que já conseguimos superar uma série de problemas relacionados ao tema ‘como se interpreta’. Nesse sentido, Fernando Luiz faz uma excelente reconstrução histórica da evolução da filosofia e da linguagem, até chegar à problemática do século XXI, mostrando a questão fulcral do direito: embora tenhamos avançado em termos interpretativos, não resolvemos o problema da aplicação, isto é, da decisão.” STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. In: VIEIRA, Fernando Luiz. **Teoria da decisão judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 09.

¹¹ Streck (2012, p. 1) sustenta várias vezes que hermenêutica é uma antítese às posturas que pretendem transformar o direito a um conjunto de respostas antes das perguntas.

E analisando as leis vigentes no Brasil, verifica-se que o caminho para esta resposta, está bem delineado.

3. AS CLÁUSULAS GERAIS DO DIREITO CONTRATUAL E A ADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL

Como já ressaltado, o Código Civil de 2002, assim como o Código Civil Português¹² deu ênfase a esse tipo de normatividade de conteúdo indeterminado. Trouxe, nas mais diversas áreas, cláusulas gerais sob o argumento de que o julgador, diante do caso concreto, utilizaria de valoração para aplicação do direito.

Em relação à matéria contratual, dois artigos destacam-se pela importância de suas previsões – estrategicamente abrem a seara contratual no *códex* – e pela grande imprecisão de seus conceitos. É o princípio da função social do contrato e da boa-fé, previstos, respectivamente, nos artigos 421¹³ e 422¹⁵. Tais artigos demonstram a visão social e ética que deve reger as relações contratuais contemporâneas e o abandono do clássico individualismo. O contrato se revela humanizado, havendo uma leitura constitucional sobre suas aplicações (bem como de todo o direito civil). São normas imperativas a ética, a lealdade, a cooperação, informação, esclarecimento, proibidade, devendo ser respeitadas em todas as fases contratuais. O direito da coletividade é o maior fundamento.

Em relação à função social pode-se dizer que é a preponderância do interesse coletivo sobre o privado, levando-se em consideração que os efeitos do contrato podem atingir terceiros, numa concepção de solidarização social. Como explica Dantas, (2005, p. 114), no lugar do *pacta sunt servanda*, “passa-se a requerer que as regras sejam cumpridas em um determinado sentido específico, o chamado caráter promocional do direito”. Em tal sentido, “tanto regras quanto princípios buscam instituir determinados comportamentos socialmente desejáveis em detrimento de outros”. A partir da Constituição de 1988, a busca da igualdade social se revelou mais incisiva.

12 O Código Civil Português, como resalta José Carlos Moreira Alves (1986, p. 24), encontra-se fixado numa posição "em que predomina o caráter científico, com o seu conceitualismo e o emprego de cláusulas gerais, sem abdicar, contudo, do casuismo nas matérias que constituem o núcleo básico do direito civil, pela vantagem da certeza do direito".

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

14 Nalin (2008, p. 221) esclarece que: “são amplas e, logo, imprecisas as bases conceituais da função social do contrato, ora amarradas à cláusula geral de solidariedade, ora à quebra do individualismo, tendo em vista a igualdade substancial, ora à tutela da confiança dos interesses envolvidos e do equilíbrio das parcelas do contrato”.

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

Há várias fundamentações constitucionais para a função social do contrato, sendo importante colacionar a pesquisa feita por Nalin (2008, p. 218) neste sentido:

O sentido do coletivo fica patente ao se ler Mariaio Aguiar Moura, por exemplo, que em sutil mas profundo artigo, considera que o homem vive em sociedade, lembrando a importância da cooperação, sentenciando: o "[...] *homem vive na medida em que convive*". No mesmo sentido, Giselda Novaes Horinaka, em leitura mais antiga, talvez pioneira sobre o tema, aproxima o aspecto coletivo do contrato ao princípio da igualdade, valendo reproduzir: 'A doutrina da função social emerge, assim, como uma dessas matrizes, importando em limitar institutos de conformação nitidamente individualista, de modo a atender os ditames do interesse coletivo, acima daqueles do interesse particular, e, importando, ainda, em igualar os sujeitos de direito, de modo que a liberdade que a cada um deles cabe, seja igual para todos'.

Não só em relação ao direito de igualdade que se encontra fundamentação constitucional à função social. Ela é também fundamentada na dignidade da pessoa humana, na "ordem social harmônica" do artigo 170, *caput*¹⁶, e nos incisos XXII¹⁷ e XXIII¹⁸ do art. 5º da Constituição Federal. Mas de todos os fundamentos constitucionais elencados, é no art. 3º que está o mais claro fundamento da solidariedade constitucional do contrato, tendo em vista que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil reduzir as desigualdades sociais.

Como se vê, a função social do contrato não está bem delimitada na legislação infraconstitucional, mas o seu maior fundamento, encontra-se na própria Constituição Federal. Justifica-se a dispensabilidade de tal previsão no Estatuto Civil.

No que diz respeito à boa-fé, o código trata da questão da boa-fé objetiva, como um padrão de comportamento honesto que todo contratante deve guardar. Ela também tem guarida constitucional, especialmente na dignidade da pessoa humana em sua vertente de que a proteção da lealdade e confiança nos contratos é respeito ao princípio. Negreiros (2002, p. 117) esclarece:

"a incidência da boa-fé objetiva sobre a disciplina obrigacional determina uma valorização da dignidade da pessoa, em substituição da autonomia do indivíduo, na medida em que se passa a encarar as relações obrigacionais como um espaço de cooperação e solidariedade entre as partes e, sobretudo, de desenvolvimento da personalidade humana".

16 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

17 Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII - é garantido o direito de propriedade;

18 Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Assim, respeitar a dignidade da pessoa humana é respeitar valores éticos na relação contratual, tendo em vista que haverá clima de lealdade e cooperação entre as partes.

Mas não se trata de uma conduta facilmente identificável, ou que implique a utilização de critérios objetivos, sem subjetividade. A boa-fé é presumida, sendo necessária a prova da má-fé. E como se prova uma circunstância de caráter tão subjetivo? Mesmo porque, o rol de condutas que possa violar a boa-fé é infinito! Dever de cooperação, lealdade, cuidado com o patrimônio alheio, omissão de dados pessoais, informação, esclarecimento, etc.

Ascensão (2006, p. 80), quando trata das cláusulas gerais e segurança jurídica no Código de 2002, observa: “quando o art. 422 dispõe que os contratantes são obrigados a guardar, quer na conclusão quer na execução dos contratos, o princípio da boa-fé, ficamos sem saber o que é que as partes têm efetivamente que fazer”. Ou então: todos sabem o que se deve fazer, mas não de forma objetiva e concreta, porque conduta de boa-fé vai ser assim valorada, somente, pelo juiz.

Diante dessas cláusulas gerais, vê-se que, com tal extensa generalidade, poderiam nem estar dispostas no Código Civil. Bastariam todos os princípios constitucionais que regem, também, as relações privadas, para disciplinar a respeito de um caso concreto que viole a boa-fé ou função social do contrato. Mesmo porque, hoje, não há como se pensar em um Direito Civil afastados da Constituição Federal, na medida que, para a maioria da doutrina nacional, os direitos fundamentais se aplicam de forma direta e imediata na relação privada.

Dentre todos os argumentos já expendidos, a fundamentação racional das cláusulas gerais é a sua semelhança com princípios, especialmente com os princípios constitucionais. Porém, é claro que cláusulas gerais (abertas) não são sinônimos de princípios constitucionais. Streck (2012, p. 47), quando chama a atenção para a impossibilidade de tratar princípios constitucionais como sinônimos ou similares a cláusulas gerais, justifica a importante distinção entre as duas, especialmente quanto à sua extensão: “seria incompatível com a democracia que uma Constituição estabelecesse, por exemplo, “princípios” (*sic*) que autorizassem o juiz a buscar, em outros “espaços”, ou fora dele, as fontes para complementar a lei”.

A Constituição se sobrepõe sobre qualquer norma que possa ser interpretada em matéria infraconstitucional, especialmente se tal norma traz amplo poder discricionário para o juiz. A Constituição é, segundo Streck (2011, p. 311-313) “o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico”. E os princípios constitucionais “‘governam’ a Constituição, o regime e a ordem jurídica”, de tal forma que a sua violação

representa “a ruptura da própria Constituição, tendo essa inconstitucionalidade consequências muito mais graves do que a violação de um simples dispositivo, mesmo constitucional”

E mais, se as próprias cláusulas gerais devem ser regidas pelos princípios gerais de direito, deixa-se a mesma questão feita por Streck (2012, p. 262), sobre o já citado equívoco sobre o termo: “sob o primado dos princípios constitucionais, que, segundo a quase unanimidade dos constitucionalistas, vieram para substituir o modelo de regras do positivismo, de que modo é possível continuar a falar em ‘princípios gerais do direito’?”

Conforme apresentado anteriormente, os princípios constitucionais deverão ser aplicados na interpretação da lei e não princípios gerais de direito, que estão em nível infraconstitucional.

Mas o fato é que, o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente o Código Civil, também no que diz respeito a contratos, está carregado de cláusulas gerais. E serão utilizadas, ainda, por um bom tempo.

Neste caso, há de se dar o valor que a Constituição Federal tem, como lei suprema: deverão prevalecer os princípios constitucionais na interpretação de normas de conteúdo vago, sobre qualquer outro argumento, especialmente princípios gerais de direito, equidade e valoração “conforme a consciência do juiz”.

Só resta a Constituição Federal unificar o sistema, conformando em seus comandos a aplicação das cláusulas gerais, especialmente as de Direito Civil.

Neste sentido, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou quando da questão do julgamento do Habeas Corpus n. 12.547, que se discutia a prisão civil de uma depositária infiel¹⁹.

CONCLUSÃO

A busca por um sistema judiciário mais democrático, com “decisões que contenham um adequado grau de previsibilidade” (STRECK, 2012, p. 01) é o anseio de todos. Porém,

19 HABEAS CORPUS. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes. Arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, caput, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67. Ordem deferida. (HC 12547/DF, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01/06/2000, DJ 12/02/2001, p. 115)

como assevera o autor mencionado, “em pleno século XXI, ainda não conseguimos superar o embate ‘objetivismo-subjetivismo’, razão e vontade, como decidir, etc.”.

Como bem salienta Silva Filho (2007, 142) quando trata do excessivo apelo à efetividade dos princípios, direitos fundamentais e cláusulas gerais, especialmente os constitucionais, destaca que, os doutrinadores da área do Direito, vêm incorporando em seus trabalhos a substituição da representação do Direito como um saber teórico certo, preciso, conceitual e absoluto, “por um saber que se forma no cotejo com o seu desenvolvimento prático, contextual e concreto, revelando uma ineliminável instabilidade e movimento, a demandar uma racionalidade prática”.

Em relação ao contrato, observa-se a existência da cláusula geral da função social do contrato, exposta no artigo 421 e a da boa-fé, no artigo 422 do Código Civil, ambas com conceitos vagos e indeterminados e, já que não superada essa concepção de que a valoração pelo juiz pode trazer prejuízos à própria democracia, ambas necessitam de uma interpretação. Esta interpretação, com exclusão de qualquer outra maneira, deve se dar de acordo com os parâmetros dos princípios constitucionais.

Além disso, todos tem direito constitucional à decisão fundamentada. E no caso da aplicação das cláusulas gerais, por ora, a motivação necessita apoiar-se em critérios objetivos para que possibilite o menor prejuízo possível ao Estado Democrático de Direito. Ou seja, já que a discricionariedade judicial será inevitável, é indispensável que a motivação seja plena, ou mais que suficiente.

Não há como se adotar, no mais, que as cláusulas gerais colaborem para a constitucionalização do direito civil. Nesse aspecto, tais normas são totalmente dispensáveis em um sistema que adota a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. No Brasil, doutrina e jurisprudência afirmam que a Constituição Federal se aplica de forma imediata à relação privada²⁰. Assim se manifestou nossa Suprema Corte, reconhecendo, de forma expressa, que os direitos fundamentais se aplicam diretamente nas relações entre particulares²¹. Já na Alemanha, predomina o entendimento da eficácia apenas indireta, pela

20 Ainda que exista discussão a respeito de como se daria essa intervenção direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

21 SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

qual "os tribunais cíveis estão obrigados, em virtude da Constituição, a considerar, na interpretação e emprego das cláusulas gerais, os direitos fundamentais como 'linhas diretas'" (HECK, 1999, p. 111). Neste caso, ainda que a subjetividade e discricionariedade do juiz não sejam excluídas, pelo menos seria possível argumentar a utilidade das cláusulas gerais já que a lei é indispensável à eficácia do direito fundamental.

Porém, no Brasil, vê-se a afirmação que a relação outrora regida somente pelo Direito Civil, está totalmente subordinada aos princípios constitucionais.

No que diz respeito à relação contratual, é necessário se levar em conta que o contrato se funda a partir da junção de duas manifestações de vontade, em regra contrapostas, o que justificaria, especialmente nos casos de ambiguidade e obscuridade, interpretação. Diferente não é o caso de um contrato sujeito à aplicação de cláusulas gerais, já que, como dito, há uma autorização legislativa para uma situação não precisa.

Nesse ponto, interpretar o contrato é determinar o significado do consenso, dentro dos limites constitucionais. Nesse aspecto, no direito brasileiro, especialmente no Código Civil de 2002, verifica-se que seu caráter social só pode exigir uma interpretação em acordo

COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

(RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821)

com a Constituição Federal, através dos princípios constitucionais, tornando-se o contraponto à discricionariedade.

Tendo em vista a existência dos dois dispositivos legais supramencionados (art. 421 e 422 do Código Civil), ambos devem ser interpretados, portanto, segundo os princípios constitucionais, especialmente se voltados à solidariedade constitucional. Perlingieri (2008, p. 238) propõe aplicação das cláusulas gerais na “lógica da solidariedade constitucional”.

Convém esclarecer, por fim, que as contribuições da hermenêutica jurídica são fundamentais, especialmente se deixadas de lado as perspectivas tradicionais, e baseando-se na concepção de hermenêutica filosófica. Leva-se em conta que o ato de interpretar é único e não fragmentado como outrora estudado, conforme crítica de Gadamer, porque o conhecimento jurídico não se exaure em operações mecânicas de encaixe automático. Ao passo que se faz necessária a interpretação contratual em um direito que traz um novo contrato, nucleado na solidariedade constitucional, especialmente com a concepção de uma teoria da decisão judicial, aspectos importantes, como normas abertas, tendem a ser analisados com cuidado e repensados para que não se afigure a discricionariedade (e excesso) do julgador no momento da interpretação.

O contrato, de há muito, não se limita a produzir efeitos somente entre as partes contratantes. É fenômeno que gera impactos sociais além dos interesses patrimoniais das partes, é fenômeno que controla o destino das pessoas. E tal destino, não pode ser decidido pelo subjetivismo e discricionariedade do juiz, mas somente por uma decisão fundamentada na lei e na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **A Parte Geral do Projeto do Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1986.

BRASIL, **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> . Acesso em 20 jul. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> . Acesso em 20 jul. 2014.

CAPPELLETI, Mauro. **Juizes legisladores?** Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1993.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. **O direito privado como um “sistema em construção”**: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Porto Alegre, 1998. Disponível em <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>. Acesso em 13 fev. 2014.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. **Acerca das funções sociais do contrato**. Revista Direito, Estado e Sociedade, nº27, julho-dezembro, Rio de Janeiro: 2005, pp.105-118.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. **Os princípios gerais do Direito e os standards jurídicos no Código Civil**. 2007. 317 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

HECK, Luis Afonso. **Direitos Fundamentais e sua Influência no Direito Civil**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 16. Porto Alegre, 1999.

HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes. **Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado**. Teresina, 2008. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/4194/contrato-estrutura-milenar-de-fundacao-do-direito-privado>. Acesso em 12 fev.2014.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial – Dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith Hoffmeister. **A boa-fé no Direito Privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS n. 15, Porto Alegre, UFRGS/Síntese, 1998, pp. 129-154. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm>>. Acesso em 04 mai. 2014.

MELLO, Adriana. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo código civil brasileiro. *In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 16, mar./abr.2002, p. 142-59.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato – novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JR., Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil Anotado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, 2003.

OLIVEIRA ASCENÇÃO, José de. **Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002**. In: Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, 2006, v. 28.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Edição brasileira organizada por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica e interdisciplinariedade no direito: um diálogo entre o Brasil e os Estados Unidos**. Revista Seqüência, no 54, p. 123-144, jul. 2007. Disponível em <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/.../13738>> . Acesso em 04 fev. 2014.

STOLZE, Pablo. **O Juiz e o Novo Código civil Brasileiro**. Salvador, 2003.

Disponível em

http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_abril2003/corpo docente/corpo docente.htm. Acesso em 12 fev. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?** Itajaí: Novos Estudos Jurídicos, 2010. Disponível em <www.univali.br/periodicos>. Acesso em 14 fev. 2014.

_____. **Como assim, a “inconstitucionalidade” de Deus?** Consultor Jurídico, São Paulo, 2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-22/senso-incomum-assim-inconstitucionalidade-deus>> . Acesso em 14 fev. 2014.

_____. **Como se prova qualquer tese de direito**, Consultor Jurídico, São Paulo, 2012, Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-abr-26/senso-incomum-prova-qualquer-tese-direito>. Acesso em 13 fev. 2014

_____. **É possível fazer direito sem interpretar?** Consultor Jurídico, São Paulo, 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-abr-19/senso-incomum-jurisprudencia-transita-entre-objetivismo-subjetivismo>. Acesso em 13 fev. 2014.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Verdade e consenso**. 4ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Oliveira, Rafael Thomaz de, Barretto, Vicente de Paulo. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte**. Revista da Faculdade de Direito de Franca. Franca, v. 2, ano 2, 2010. Disponível em <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/62/32>> Acesso em 04 fev. 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do código civil de 2002. *In*: **A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

THEODORO JR., Humberto. **A onda reformista do Direito positivo e suas implicações com o Princípio da Segurança Jurídica**. Belo Horizonte, 2005.

Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/ONDA.pdf>. Acesso em 12 fev. 2014.

WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. 1 ed. Tradução de José Luis Carro. Madrid: Civitas, 1986.