

Código Civil e interpretação jurídica

Francisco Amaral*

Sumário: Introdução. 1. O Código Civil na sua gênese. 2. O Código Civil na sua estrutura. 3. O Código Civil nos seus fundamentos. 4. Princípios. Cláusulas Gerais. Conceitos Indeterminados. 5. Conclusão. Código Civil e interpretação jurídica.

Introdução

A publicação e vigência de um novo Código Civil é fato de grande relevo e significado na vida política e social de um povo. Reunindo princípios, regras e conceitos, de modo unitário e coerente, um sistema portanto, o código exprime os valores dominantes na sociedade civil e representa a resposta do legislador aos problemas de uma determinada época.

Um desses problemas é o elevado grau de complexidade da sociedade contemporânea, por efeito do progresso científico e tecnológico do século XX, da globalização¹ e do multiculturalismo, que levam a uma sociedade pluralista e fortemente dinâmica, com novos modos de produzir e de pensar, em que se configura um novo paradigma epistemológico, o paradigma da complexidade, de especial relevo nos estudos jurídicos e sociais contemporâneos.²

O termo complexidade designa um estado de incerteza, de embaraço e confusão que afeta o pensamento político, jurídico e filosófico,³ pondo em xeque não só as categorias e os institutos tradicionais do direito privado como também o método de sua realização prática, mais

* Professor Titular de Direito Civil e Romano da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

1 A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, New York, Oxford University Press Inc., 2011, p. 135.

2 André-Jean Arnaud y María José Fariñas Dulce, *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, Madri, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1996, p. 206.

3 Edgar Morin, *Introdução ao Pensamento Complexo*, Lisboa, Instituto Piaget, p. 20.

propriamente a interpretação jurídica. Considerada como paradigma, no sentido que lhe dá a epistemologia contemporânea, de matriz disciplinar, modelo ou exemplo que orienta ou condiciona a solução de problemas científicos de uma determinada comunidade,⁴ a complexidade é agora objeto de crescente interesse por parte dos estudos de natureza ontológica, fenomenológica ou axiológica.

A crise da complexidade é, assim, a específica condição em que habitam o jurista e o filósofo,⁵ expressa na dificuldade de se permanecer no interior de conceitos claros, distintos, fáceis,⁶ herdados da modernidade. Novas situações de fato põem em cheque não só as categorias e os institutos tradicionais do direito privado, questão teórica, como também o método de sua realização prática, questão metodológica.

Com esse entendimento, achamos que possa ter algum interesse refletir, ainda que de modo singelo e sem a profundidade devida, sobre a inevitável mudança no modelo de interpretação jurídica vigente no nosso direito civil, superado o modelo sistemático que o Código Civil de 1916 representava, dominante até hoje, no pensamento jurídico brasileiro.

1. O Código Civil na sua gênese.

O novo Código Civil brasileiro⁷ representa o ato final de um longo processo histórico de reforma e sistematização do direito civil pátrio, no qual dois marcos devem assinalar-se, o Código Civil de 1916, de Clóvis Beviláqua, e o de 2002, de uma comissão presidida por Miguel Reale,⁸

4 Thomas Kuhn, *A estrutura das revoluções científicas*, 10ª edição, São Paulo, Editora Perspectiva S.A., 2011, p. 31; André-Jean Arnaud, p. 226.

5 Bruno Romano. *Diritto e filosofia nella crisi della complessità*, 19; Daniele Cananzi, *Il filosofo del diritto davanti alla crisi della complessità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, p. 57.

6 Edgar Morin, *O problema epistemológico da complexidade*, 2ª edição, Lisboa, Publicações Europa-América, 1996, p. 34.

7 Lei nº 10.406, de 10.01.2002.

8 Em 1969, constituiu-se uma comissão integrada por Miguel Reale, presidente, José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro, para elaborar anteprojeto de Código Civil, posteriormente transformado no Projeto de Lei nº 634, de 1975, aprovado no Congresso Nacional pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

cada um dos diplomas representando o pensamento jurídico de seu tempo, ambos com a função de responder aos problemas da sociedade brasileira no campo das relações privadas, isto é, aquelas em que os respectivos sujeitos participam em condições de igualdade e no exercício do seu direito de autodeterminação.

O Código de 2002 conserva a estrutura formal do Código de 1916, enriquecendo-o porém com novos elementos, os princípios jurídicos, as cláusulas gerais, os conceitos indeterminados, os standards jurídicos, assim como novas matérias, o direito de empresa, a unidade das obrigações, os direitos da personalidade, família, propriedade e contratos.

Sob o ponto de vista histórico, o Código Civil brasileiro atesta a permanência da experiência jurídica romana no direito privado contemporâneo.⁹

O direito romano sempre esteve presente na vida jurídica brasileira, seja por meio do direito colonial português (Ordenações Filipinas), seja pela obra de Teixeira de Freitas (*Consolidação das leis civis* e *Esboço de Código Civil*), seja pela consagração de princípios e conceitos básicos adotados pela doutrina e pelo legislador.¹⁰ Reconhecia Clovis Beviláqua, o autor do Código Civil de 1916, que “o direito civil brasileiro é o direito privado romano, que sofreu uma primeira modificação em Portugal, sob o influxo de outro meio, de outras necessidades, da assimilação de institutos germânicos e canônicos, e, novamente, recebeu enxertias no Brasil, que foi pedir conselhos e inspirações a outros guias”.¹¹ Não é de admirar, portanto, que dos 1.807 artigos do Código Beviláqua, mais de quatro quintos, isto é, 1.445, fossem “produtos de cultura romana”, diretamente extraídos do *Corpus iuris civilis*, ou indiretamente das legislações que

9 Identifica afirmação faz António Meneses Cordeiro, quanto ao Código Civil português: “O Direito Civil Português é o Direito Romano atual”, in *Teoria Geral do Direito Civil*, Relatório, Lisboa, 1988. p. 37.

10 Rubens Limongi França. *Direito romano (como forma de expressão do direito brasileiro)* in Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 28, São Paulo, Saraiva – Livres Editores, 1977, p. 90 e 91.

11 Clóvis Beviláqua. *Linhas e Perfis Jurídicos*, Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1930, p. 5.

da mesma fonte se nutriram, em especial a portuguesa, a alemã, a francesa e a italiana.¹² É de concluir-se que a base romana do Código Civil de 1916 permanece no novo diploma.

A primeira tentativa de reforma do Código Civil brasileiro de 1916 fez-se em 1941, com um anteprojeto de Código de Obrigações elaborado por uma comissão composta por Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Hahnemann Guimarães, eminentes civilistas, sem qualquer resultado. Na segunda tentativa, em 1963, optou-se por fazer dois códigos, um civil, de autoria do Prof. Orlando Gomes, contendo o direito de família, os direitos reais e o direito das sucessões, e outro, unificando as obrigações, acometido ao Prof. Caio Mário da Silva Pereira. Não logrando essa iniciativa o esperado e merecido sucesso, em 1969 o Governo constituiu uma nova comissão, constituída pelos Profs. Miguel Reale, presidente, José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato de Castro, que elaborou um anteprojeto de Código Civil, transformado em projeto em 1975, e aprovado, finalmente, como Código Civil, pelo Congresso Nacional em 2002, para entrar em vigor um ano após, em janeiro de 2003. Como termo final dessa evolução histórica, o código atual apresenta, de modo geral, as seguintes características:

a) preserva, no possível, a estrutura e a redação do Código Civil de 1916, enriquecida com novos institutos e redistribuída a matéria de acordo com a moderna sistemática civil, isto é, parte geral e parte especial, compreendendo esta o direito das obrigações (livro I), o direito de empresa (livro II), o direito das coisas (livro III), o direito de família (livro IV) e o direito das sucessões (livro V);

b) mantém o Código Civil como lei básica, embora não global, do direito privado, unificando o direito das obrigações na linha de Teixeira de Freitas e Inglez de Souza, reconhecida a autonomia doutrinária do Direito Civil e do Direito Comercial;

c) aproveita a contribuição dos trabalhos e projetos anteriores, assim como os respectivos estudos e críticas;

12 Abelardo Lobo. *Curso de Direito Romano*, I, Rio de Janeiro, Tip. Álvaro Pinto, 1931, p. LI.

d) inclui no sistema do Código, com a necessária revisão, a matéria das leis especiais posteriores a 1916, assim como as contribuições da jurisprudência; e

e) exclui matéria de ordem processual, a não ser quando profundamente ligada à de natureza material.¹³

2. O Código Civil na sua estrutura.¹⁴

O Código Civil divide-se em duas partes, uma geral e outra especial. A Parte Geral é um bloco introdutório ao sistema do Código. Compreende 232 artigos, que se distribuem por três Livros, o das Pessoas (I), o dos Bens (II) e o dos Fatos Jurídicos (III), com disposições comuns a todos os ramos do direito. A Parte Especial, que se segue, tem 1.814 artigos, distribuídos por cinco livros, respectivamente, Direito das Obrigações (I), Direito de Empresa (II), Direito das Coisas (III), Direito de Família (IV) e Direito das Sucessões (V).

Na parte geral reúnem-se os princípios, conceitos e normas aplicáveis, em tese, às relações jurídicas da parte especial (obrigações, contratos, empresa, propriedade e direitos derivados, matrimônio, parentesco, sucessão). Dizemos em tese porque essas normas não disciplinam *in totum* a matéria da parte especial. As regras da capacidade civil, por exemplo, não se aplicam a alguns dos direitos reais (aquisição da posse, usucapião) assim como as normas do negócio jurídico, expressão da autonomia privada, cujo campo de atuação é, principalmente, o direito patrimonial, também não se aplicam à generalidade dos atos jurídicos de família, que tem regras específicas.

O Código compõe-se de regras *comuns*, que se aplicam a relações da mesma natureza, as de direito privado, e regras *cogentes* ou imperativas, quando regulam matéria de ordem pública ou de bons costumes, impondo-se de modo absoluto e não se admitindo a sua

13 Cfr. Miguel Reale, *O Projeto do novo Código Civil*, 2ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, p. 48.

14 Para uma precisa e detalhada informação histórica e estrutural, cfr. Alfredo Calderale, *Diritto privato e codificazione in Brasile*, Milano, Giuffrè Editore, 2005 e Sabrina Lanni, *Brasile*, Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, Agionamento, 2010.

derrogação pela vontade particular. De ordem pública são as normas referentes à liberdade e à igualdade das pessoas, ao direito de associação, à liberdade de trabalho, à responsabilidade civil, ao estado e capacidade das pessoas, aos efeitos do casamento, ao poder familiar, à proteção dos incapazes, ao estado civil, à proibição de anatocismo, à prescrição e à decadência, à propriedade e à sucessão hereditária. Dizem-se *não cogentes*, ou permissivas, quando permitem o livre exercício da vontade individual na disciplina dos interesses privados. Neste caso podem ser *dispositivas*, se permitem que as pessoas disponham como lhes aprouver, e supletivas, quando aplicáveis na falta de regulamentação privada, exercendo uma função integradora. As normas cogentes predominam no direito de família, no das sucessões e nos direitos reais. As supletivas e as dispositivas têm o seu *locus* privilegiado no campo das obrigações e contratos. As cogentes aplicam-se em qualquer hipótese, desde que em matéria de ordem pública ou de bons costumes. As não cogentes só se aplicam, em princípio, na falta de regulamentação privada, aquela que as partes estabelecem nos negócios jurídicos que celebram. O novo Código Civil brasileiro tem 2.046 artigos (o de 1916 tinha 1.807). Divide-se em uma parte geral, com três livros, referentes, respectivamente, às pessoas (livro I), aos bens (livro II) e aos fatos jurídicos (livro III), isto é, à disciplina da relação jurídica na sua estrutura, nascimento, evolução e extinção, e uma parte especial, dividida em cinco livros, a saber, direito das obrigações (livro I), direito de empresa (livro II), direito das coisas (livro III), direito de família (livro IV) e direito das sucessões (livro V).

O novo Código mantém-se, assim, fiel ao sistema do anterior, atualizando-o, porém, com a inserção de novos institutos e no modo de redistribuir a matéria, e enriquecendo-o com a contribuição da doutrina e da jurisprudência que se desenvolveram ao longo do século XX, tornando-o uma legítima expressão daquilo que se poderia chamar de experiência jurídica brasileira no campo do direito privados.

Conserva a parte geral, cujos princípios e regras não se aplicam, porém, à totalidade da parte especial, especificamente no direito de família, que tem regras próprias quanto à constituição, validade e eficácia

das suas relações,¹⁵ e a parte especial, que começa com a matéria das obrigações, em vez do direito de família, deslocado para o penúltimo livro, a preceder o direito das sucessões, e se acresce de um novo livro, o de direito de empresa, que exprime a unidade das obrigações há muito defendida no Brasil.¹⁶ A unidade do direito privado ou, pelo menos, do direito das obrigações, não prejudica, porém, a autonomia científica e didática do direito comercial. Tira deste, apenas a natureza de direito especial.

Quanto à parte geral, em que é manifesta a influência dos códigos civis alemão e português, as inovações legais são: a) a diferença entre personalidade e capacidade; b) a declaração de morte presumida; c) os direitos da personalidade; d) a disciplina das associações; e) a adoção do negócio jurídico; f) a representação; g) o estado de perigo e a lesão; h) a conversão do negócio inválido e i) o princípio da boa fé objetiva.

15 A adoção de uma Parte Geral no Código Civil brasileiro, embora cogitada por Teixeira de Freitas, suscitou alguma polêmica, no curso do século passado, principalmente nos momentos em que se pensou reformar o Código de Beviláqua. Criticaram-na Hahnemann Guimarães e Orozimbo Nonato, quando da elaboração do seu Anteprojeto de Código das Obrigações em 1941, e também Orlando Gomes, na apresentação do seu Anteprojeto de Código Civil, de 1963. Cfr. Orlando Gomes, *Código Civil. Projeto Orlando Gomes*. Rio de Janeiro, Forense, 1985, p.2 e 3. Defensor, vitorioso, da existência de uma Parte Geral no Código Civil, é o Prof. José Carlos Moreira Alves, que se arrima no exemplo do Código Civil português. Cfr. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*, São Paulo, Editora Saraiva, 1986, p.17.

16 O Código Civil de 2002 promove a unidade do direito privado, pelo menos quanto ao Direito das Obrigações, mantendo-se o Código como “lei básica, embora não global do direito privado”, na esteira do pensamento de jurídico de Teixeira de Freitas, Carvalho Mendonça, Lacerda de Almeida, Coelho Rodrigues, Carlos de Carvalho, Sá Viana, Alfredo Valladão, Carvalho Mourão, Inglês de Souza, J. X. Carvalho de Mendonça, Waldemar Ferreira, Otávio Mendes, Francisco Campos etc. Seus argumentos principais são no sentido de que a dicotomia fere o princípio da igualdade, pois fatos da mesma natureza não devem ter disciplina diversa, e também que existe, a justificar a unificação, uma progressiva comercialização da vida civil determinada pela evolução do capitalismo. Cfr. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Vol. I, 17ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001, p. 7. Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição, Coimbra Editora, 1985, p.20. José Carlos Moreira Alves, *A unificação do Direito Privado no Brasil*, in L'Unité du Droit des Obligations, Mario Rotondi, Inchieste di diritto comparato, Padova, CEDAM, 1974, p. 349 e seg.

3. O Código Civil nos seus fundamentos.

Fundamentos do Código Civil, como do direito em geral, são os valores que legitimam as suas normas, as “ideias básicas que se apresentam como qualidades ideais dos bens e que, por isso mesmo, determinam os modos de comportamento individual e social”.¹⁷ Valor fundamental do direito é hoje a pessoa, pelo que se fala na personalização do direito. Outros valores, também fundamentais, são a justiça, a segurança, o bem comum. Valores consecutivos são a liberdade, a igualdade e a paz social, uns e outros também protegidos pelas garantias constitucionais. A justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu.¹⁸ No sistema do Código Civil, procura realizar a equivalência das prestações, segundo a qual cada um deve receber o equivalente ao que entrega, sendo exigida nos negócios gratuitos, como defesa da parte que pratica a liberalidade contra seus próprios excessos, e nos negócios bilaterais, em geral, como proteção da parte comumente mais fraca.

A segurança significa não só a paz, a ordem, a estabilidade, como também a certeza da realização do direito, isto é, o conhecimento dos direitos e deveres estabelecidos e a convicção de seu exercício e cumprimento, e ainda a previsibilidade dos efeitos do comportamento pessoal. Fundamenta diversas disposições do Código, por exemplo, as formalidades essenciais dos atos jurídicos (CC, art. 104, III), a fixação dos prazos para o exercício de direitos, sob pena de prescrição ou de decadência, as normas sobre a capacidade das pessoas (CC, arts. 1º a 8º), a emancipação e a maioridade (CC, art. 5º), os registros públicos, expressamente destinados a garantir a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos (CC, arts. 9º e 45 e Lei nº 6.015/73), o princípio da não retroatividade da lei e o respeito ao ato jurídico perfeito (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 6º). Usamos aqui um conceito formal de segurança, que significa certeza e previsibilidade dos efeitos da ordem jurídica. Com base nele, afirma-se que a legalidade conduz à segurança.¹⁹ Há, porém, outro conceito de segu-

17 Miguel Reale. *Filosofia do Direito*, 14ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1991, p. 195.

18 D.1,1.10.

19 Elias Diaz. *Sociologia y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus Ediciones, 1984, p 1/7.

rança, o material, que se aproxima da justiça, pelo qual a segurança é o valor que nos garante, por meio do direito, a consecução de certos bens e objetivos sociais, como solução contra os desequilíbrios econômicos e sociais.²⁰ Neste ponto, o fundamento axiológico aproxima-se do carácter funcional do direito, expresso na possibilidade de atualização monetária das perdas e danos (CC, art. 404) e na condenação do enriquecimento sem causa (CC, art. 884).

Outro valor fundamental é o bem comum, conjunto de condições necessárias ao bem particular dos membros da comunidade. Realiza-se nos preceitos de ordem pública que limitam a autonomia da vontade e impedem o abuso de direito (CC, art.187), nas limitações contratuais em favor do inquilino, no número limitado de direitos reais (*numerus clausus*), na proteção da família em si e de seus membros e, em matéria sucessória, nas normas da sucessão legítima e da sucessão testamentária.

A liberdade jurídica é o poder que a pessoa tem de estabelecer, pelo exercício de sua vontade, o nascimento, a modificação ou a extinção de suas relações jurídicas. No aspecto subjetivo, chama-se *autonomia da vontade*, e no aspecto objetivo, como poder jurídico normativo, *autonomia privada*, que se realiza por meio do negócio jurídico (arts. 104 a 114).

A igualdade, considerada como inexistência de privilégios, de diferenças, diz-se *formal*, se é a igualdade de todos perante a lei, e *material* ou *substancial*, se é a igualdade imposta como exigência pela própria lei, para proteger os interesses dos mais fracos, como ocorre na legislação especial do inquilinato, do trabalho e do consumidor. Na Parte Geral do Código Civil, a liberdade e a igualdade manifestam-se no reconhecimento de que todos os seres humanos são igualmente dotados de capacidade jurídica, de que a qualquer pessoa é lícito exercer os seus direitos subjetivos e de que a competência para a realização dos negócios jurídicos cabe igualmente a todos os sujeitos de direito e serve para o exercício de sua auto-determinação.²¹

20 Virgilio Zapatero. *Prólogo a Frederico Arcos Ramírez. La Seguridad Jurídica: Una Teoría Formal*, Madrid, Dykinson, 2000, p. XV.

21 Claus-Wilhelm Canaris. *Funções da Parte Geral de um Código Civil e Limites de sua Prestabilidade*, in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977”, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p 39.

4. Princípios. Cláusulas Gerais. Conceitos Indeterminados.

Inovações significativas do novo Código, com especial relevo na sua estrutura, e significativa importância no problema metodológico da interpretação, são os princípios jurídicos e as cláusulas gerais a que o legislador recorreu.

Princípios e cláusulas gerais fazem com que o Código Civil de 2002 se apresente como um sistema aberto, no sentido de uma ordem axiológica ou teleológica que permite superar o formalismo do sistema de 1916 e promover significativa mudança no modelo metodológico de interpretação jurídica, uma verdadeira “principalização” do modelo interpretativo.

Princípios são os fundamentos que servem de alicerce ou de garantia e certeza a um conjunto de juízos.²² São pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica, critérios para a ação e para a constituição de normas e institutos jurídicos, a que se recorre quando em face de situações *a priori* indeterminadas.²³ O princípio, graças à sua coerência com o complexo do ordenamento e com as suas próprias finalidades, ou com os sucessivos pronunciamentos judiciais, pode garantir a generalidade ulterior da norma”.²⁴ “Mas o princípio não é imediatamente prescritivo. Para tornar-se operante no direito positivo, precisa de uma formulação específica, exige ser forjado pelo intérprete”.²⁵ É, assim, necessário, que os princípios se concretizem com a ajuda de ulteriores enunciados normativos.²⁶ Os princípios são proposições normativas dotadas de tal grau de generalidade que, em geral, não podem aplicar-se sem a adição de ulteriores premissas normativas,²⁷ isto é, verifica-se uma concretização dos princípios com a ajuda de ulteriores enunciados normativos.²⁸

22 Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, São Paulo, 17ª ed., Editora Saraiva, 1996, p. 60 ss.

23 Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p.147.

24 Giuseppe Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza*,. *Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, Giuffrè Editore, 1984, p. 82.

25 idem, p. 90.

26 Robert Alexy, p. 192.

27 Robert Alexy. *Theorie der grundrecht*, 1986, p. 205.

28 idem/193.

As cláusulas gerais, por sua vez, são disposições normativas abertas, preceitos jurídicos vazios ou incompletos que podem compreender, por sua generalidade e abstração, grande número de casos, permitindo ao intérprete criar, com mais liberdade, as normas jurídicas adequadas aos casos concretos que enfrentem. Cláusulas gerais no novo Código Civil são as referentes à boa-fé (arts. 113, 187, 422), aos bons costumes (art. 1.638, III,) ao ato ilícito (art. 186), ao estado de perigo (art. 156), à lesão, (art.157), à ordem pública (art. 404), ao abuso de direito (art. 187) aos usos do comércio (arts. 695, par. único, 699), à equidade (arts. 413, 479, 944, 953, 954, 928).

Conceitos indeterminados, por sua vez, são os conceitos cujo conteúdo e extensão apresentam-se em larga medida incertos,²⁹ por exemplo, o de negócio jurídico, o de prestação manifestamente desproporcional.

Os princípios contribuem para a unidade e permanência do sistema, como fonte normativa ou como critérios de interpretação ou de integração, dando-lhe o sentido de uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais,³⁰ o que se reflete, também, na interpretação do novo código. Exigem do intérprete não mais um trabalho de simples exegese, mas um trabalho de permanente construção jurídica.

Podem distinguir-se em princípios constitucionais e princípios institucionais, conforme pertençam à ordem jurídica superior da Constituição Federal ou à da legislação ordinária, servindo, neste caso, de orientação e fundamento aos principais institutos de direito privado, especificamente, a personalidade, a família, a propriedade, a obrigação e o contrato. Ou ainda em princípios normativos, verdadeiros elementos de direito positivo, e informativos.³¹

No direito brasileiro, são princípios constitucionais, superiores, os princípios da dignidade da pessoa humana, o dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.³² São princípios institucionais os que fundamentam

29 Karl Engisch, p. 208.

30 Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. de Menezes Cordeiro, Lisboa, 1989, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 280 ss.

31 Giuseppe Zacaria, p. 80.

32 Constituição da República Federativa do Brasil, art.1º.

os institutos de direito privado, por exemplo, na parte geral do Código, implícito no art. 1º, o princípio da dignidade da pessoa humana, base dos direitos da personalidade (CC, arts. 11 a 21), o princípio da liberdade implícito nas disposições do negócio jurídico e fundamento da autonomia privada,³³ o da boa-fé³⁴ e da responsabilidade patrimonial.³⁵ Em matéria contratual, destacam-se ainda os princípios da liberdade de associação³⁶ e o da função social do contrato.³⁷ Nos direitos reais, o princípio da função social da propriedade.³⁸ No direito de família, o princípio da igualdade dos cônjuges³⁹ e o princípio da igualdade dos filhos.⁴⁰

O princípio da autonomia privada reconhece o poder que os particulares têm de regular, por sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. É um dos princípios fundamentais do sistema de direito privado⁴¹ que funciona como princípio informador do sistema jurídico, isto é, como princípio aberto, no sentido de que não se apresenta como norma de direito, mas como ideia diretriz ou justificadora da configuração e funcionamento do próprio sistema jurídico.⁴² E funciona ainda como critério interpretativo, já que aponta o caminho a seguir na pesquisa do sentido e alcance da norma jurídica, e de que são exemplos, no direito brasileiro, os arts. 112, 114, 819 e 1.899 do Código Civil. O princípio da autonomia privada tem sua principal sede no artigo 421 do Código Civil, que reafirma a liberdade contratual, desde que exercida nos limites da função social do contrato. Esta é, por sua vez, uma das mani-

33 O princípio da autonomia privada articula-se, no direito brasileiro, com o princípio da livre iniciativa, (Constituição da República, artigos 1º e 170) valor básico da ordem econômica.

34 Código Civil, arts. 113 e 422.

35 Código de Processo Civil, art. 591, Código Civil, art. 927.

36 Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 5º, XVII.

37 Código Civil, Art. 421 do C.C.

38 Constituição da República Federativa do Brasil Art.170, III.

39 Constituição da República Federativa do Brasil Art.226, § 5º.

40 Constituição da República Federativa do Brasil Art.227, § 6º.

41 Werner Flume. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Das Rechtsgeschäft*, p.343.

42 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 576.

festações da sociabilidade do direito e, por isso mesmo, um dos limites intrínsecos ao exercício dos direitos subjetivos. Articula-se também o referido princípio com o disposto nos artigos 1º e 170 da Constituição Federal brasileira, que estabelecem a livre iniciativa como valor fundante do Estado de Direito democrático e da ordem econômica, e tem o negócio jurídico como instrumento de sua realização no campo do direito privado patrimonial.⁴³ Limites da autonomia privada são a ordem pública e os bons costumes. Ordem pública como conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado e as que, no direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica intervindo na economia, criando mecanismos de proteção ao consumidor e regulamentando determinadas espécies contratuais. E bons costumes como o conjunto de regras morais da sociedade que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios como o da lealdade contratual, da proibição de lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo etc.

O princípio da boa fé boa-fé objetiva, como norma interpretativa (CC, art. 113), que recomenda sejam os negócios jurídicos interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, e como regra de comportamento (CC, art.422), que dispõe serem os contratantes obrigados a guardar, na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé, é significativa inovação do novo Código. Traduz um valor ético que se exprime em um dever de lealdade e correção no surgimento e desenvolvimento de uma relação contratual, pelo que os contratantes são obrigados a guardar, na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé (CC, art.422). Recomenda um comportamento que se baseie na honestidade, na retidão, na lealdade, e impõe um dever de conduta não abusiva e razoável das partes contratantes em relação ao conteúdo das respectivas prestações. Implica também em deveres acessórios de cuidado e segurança, aviso e esclarecimento, informação e colaboração, segredo, proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da outra parte. A boa fé objetiva tem a ver com os processos de formação, interpretação e execução dos negócios jurídicos, de modo geral, mas com alcance, também, na ati-

43 Antonio Menezes Cordeiro. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 343 e segs.

vidade extra-negocial, já que aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se no que couber, as disposições legais do negócio jurídico (CC, art.185). Destinatários do princípio da boa-fé são os intérpretes da declaração de vontade, as mais das vezes os magistrados chamados a resolver um conflito de interesses.

O princípio da responsabilidade patrimonial significa que o devedor responde, para o cumprimento das suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei (CPC, art. 591), assegurando, assim, o cumprimento da obrigação de indenizar nascida de atos ilícitos (CC, art. 927).

Os princípios informativos, não se incorporando aos institutos jurídicos, não valem como direito positivo material, não representem direito efetivo,⁴⁴ são para o legislador, e mais ainda para o juiz, postulados éticos, critérios guias, úteis para o desenvolvimento do direito. São princípios jurídicos informativos do Código Civil, os princípios da socialidade, da eticidade e o da operabilidade ou concretude.⁴⁵

Com o princípio da socialidade quer o legislador fazer com que prevaleçam os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana.⁴⁶ Manifesta-se, por exemplo, no novo conceito de posse, a posse-trabalho, que reduz o prazo de usucapião de um imóvel de 15 para 10 anos, se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de carácter produtivo,⁴⁷ e também nas limitações ao direito de propriedade, que deve ser exercido de acordo com as suas finalidades econômicas e sociais, e de modo que sejam preservados o ambiente, o equilíbrio ecológico e o patrimônio artístico.⁴⁸ O proprietário pode ainda ser privado da coisa, se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa fé, por mais de 5 anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto

44 Giuseppe Zacaria, p.83.

45 Miguel Reale, *O Projeto do Novo Código Civil*, p. 7 ss.

46 Idem, *ibidem*.

47 Código Civil, art.1238, parágrafo único.

48 Código Civil, art. 1.228, par.1º.

ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.⁴⁹

O princípio da eticidade dá preferência aos critérios éticos-jurídicos em detrimento aos critérios lógico-formais, no processo de concreção jurídica. O juiz é chamado não a aplicar o direito, mas a criar a norma para o caso concreto, pela mediação de princípios regras do sistema, de conformidade com valores dominantes. Representa esse princípio, também, a crença de que o equilíbrio econômico dos contratos é a base ética de todo o direito obrigacional⁵⁰ o que o aproxima do princípio da boa-fé, no seu sentido ético, objetivo. Os arts. 156 e 157 do Código Civil, que introduzem, respectivamente, o estado de perigo e a lesão no elenco dos defeitos do negócio jurídico, tornando-o anulável, e o art. 478 que, de modo coerente com tal princípio, no sentido de um equilíbrio econômico contratual, permite a resolução contratual por onerosidade excessiva, podem considerar-se também aplicações do princípio da eticidade. Ainda em matéria contratual, outro limite que o mesmo princípio estabelece, é a função social do contrato, assim como as disposições pertinentes ao contrato de adesão, segundo as quais deve adotar-se interpretação mais favorável à parte aderente no caso de cláusula ambígua ou contraditória, e também que são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada de direito resultante da natureza do negócio.⁵¹

O princípio da operabilidade ou, se quisermos, o princípio da concretude ou concretude,⁵² que é essencialmente um princípio de hermenêutica filosófica e jurídica, constitui-se em critério metodológico que o legislador sugere ao intérprete do Código Civil: a interpretação jurídica não tem por objetivo descobrir o sentido e o alcance da regra jurídica, mas sim, constituir-se na primeira fase de um processo de construção ou concretização da norma jurídica adequada ao caso concreto. Apresentando-se as regras jurídicas como proposições linguísticas de caráter geral, deve o intérprete, a partir do seu texto, construir

49 Código Civil, art.1.228, par.4º.

50 Miguel Reale, p. 9.

51 Código Civil, arts. 421,423 e 424.

52 Dicionário Houaiss da língua portuguesa, Rio de Janeiro, 2001, Editora Objetiva, p. 789.

a norma-decisão específica para o caso em tela,⁵³ tendo em vista o ser humano *in concreto*, situado, não o sujeito de direito *in abstracto*, próprio do direito liberal da modernidade.

De imprescindível referência ainda, no campo das relações obrigatórias é, o princípio da equidade, um critério interpretativo que permite adequar a norma ao caso concreto e chegar à solução justa.⁵⁴ Apresentando-se sob a forma de cláusula geral, a equidade é um princípio ético que visa realizar a perfeita igualdade material, transformando-se em modelo jurídico a que recorre o magistrado, quando em face de um conflito específico. Não é uma instância menor, ao contrário, constitui-se em modelo ideal de justiça que orienta a realização do direito, de modo a evitar injustiça ou desigualdade resultante da rigidez da fórmula legal. Além de sua função básica, de natureza interpretativa, no sentido de adequar a regra ao caso concreto, por meio da igualdade e da proporcionalidade, de modo a realizar não a justiça do caso concreto, mas o direito do caso concreto,⁵⁵ tem ainda uma função *corretiva*, no sentido de temperar o direito positivo, principalmente, em matéria contratual, e uma função *quantificadora*, nos casos de indenização. E tem ainda uma função *supletiva*, quando eleita pelas partes para a solução de litígio, como se verifica nos casos de compromisso arbitral. No Código Civil brasileiro registram-se diversas re-

53 Friedrich Muller, *Discours de la Méthode Juridique*, tradução francesa de *Juristisches Methodik*, Berib, 1993, por Olivier Jouanjan, Paris, P.U.F., 1996, p. 223.

54 No Código Civil brasileiro registram-se diversas manifestações desse princípio, quase todas no campo das obrigações. O art. 413, referente à cláusula penal, o art. 479 em matéria de resolução contratual por onerosidade excessiva, o art. 944, o parágrafo único do art. 953, o art. 954 e o parágrafo único do art. 928, no campo da responsabilidade civil. Também no parágrafo único do art. 156, pertinente ao estado de perigo, ao dispor o código que tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias, (o que configura uma cláusula geral, pela vagueza e imprecisão do termo) é de considerar-se implícita a necessidade de recurso à equidade pois, decidir segundo as circunstâncias é solucionar o caso concreto com equilíbrio e proporcionalidade. A equidade tem aqui uma função supletiva, pela insuficiência do texto legal. Idêntica afirmação se pode fazer quanto ao art. 1.638, III, em que se dispõe que o pai ou a mãe perderá, por ato judicial, o poder familiar, se praticarem atos contrários à moral e aos bons costumes. Configura-se aqui outra cláusula geral, o que leva o intérprete a valer-se da equidade.

55 Miguel Reale, Equidade, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 32, São Paulo, Editora Saraiva, , 1998, 403 ss.

ferências a esse princípio, quase todas no campo das obrigações (CC, arts. 413, 479, 944, art.953, parágrafo único, 954, art. 928, parágrafo único, art.156, art. 1.638, III).

5. Conclusão. Código Civil e interpretação jurídica

A incidência desses princípios e a profusão das cláusulas gerais flexibilizam o sistema do Código e favorecem o processo de jurisdicização que vem marcando o direito contemporâneo, o que se traduz na crescente importância da função jurisdicional e do trabalho dos juristas.

O Código Civil de 2002 é, como acima referido, um sistema aberto, uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais,⁵⁶ que implica, ou favorece a adoção de um novo método de interpretação jurídica, que supere o modelo tradicional de interpretação, próprio da modernidade jurídica que marcou o Código Civil de 1916.⁵⁷

Esse modelo seguia a concepção tradicional, o método exegético, que estava na base do direito francês, de grande influência na primeira codificação brasileira. Nesse modelo, a interpretação jurídica cultivava grande fidelidade ao texto legal, de modo a dizer-se que culto da lei substituiu o culto do direito. Este era o que estava na lei, a única fonte

56 Claus-Wilhelm Canaris, p. 280.

57 Considera-se aqui a modernidade como sendo a cultura e a organização social que emergiram na Europa no século XVII, tão intimamente ligada ao racionalismo ocidental (Max Weber, apud Habermas, *O discurso filosófico da modernidade*, p. 13). O chamado paradigma da modernidade, caracterizado pelo normativismo legalista, que considerava a norma jurídica como ponto de partida de raciocínio jurídico, o direito como um sistema de normas, e sua realização como a aplicação dedutiva desse sistema por meio do silogismo de subsunção. Outros aspectos dessa modernidade, mais propriamente um legado do Estado de Direito, são o normativismo jurídico, o monismo jurídico, a nítida separação entre a esfera pública e a privada, a sistematização do direito e o conseqüente movimento de codificação, a generalidade e a abstração da lei e das regras jurídicas, a segurança jurídica como valor fundamental do direito, garantindo a ordem, estabilidade e certeza na realização do direito, o formalismo jurídico, que identifica o direito com a justiça, a centralidade do Código Civil no quadro das fontes do direito, a separação entre o conceito de criação e de aplicação do direito, a redução do processo interpretativo à exegese, cfr. do Autor. *Direito Civil. Introdução*, 8ª edição, revista, modificada e aumentada, 741 p., Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2014, p. 166.

do direito, e os juízes deviam ser apenas “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”.⁵⁸ Se o texto era claro, não devia ser interpretar-se a lei (*in claris non fit interpretatio*). Se obscuro, devia pesquisar-se a vontade do legislador, recorrendo-se à exposição de motivos, aos trabalhos preparatórios. A interpretação jurídica era assim concebida como tarefa secundária, ocasional e meramente declaratória⁵⁹. Quanto ao processo adotado, seguia-se o método lógico-dedutivo, na forma do silogismo judiciário.

Hoje o conceito e o processo de interpretação são objeto de revisão profunda, impondo-se outro paradigma, coerente com as mudanças que a sociedade pós-industrial produz e o novo paradigma da complexidade exige. E o novo Código, enriquecido na sua estrutura por princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que lhe dão o carácter de um sistema aberto, pode contribuir para a consolidação desse novo modelo, mais condizente com o espírito de renovação metodológica que perpassa pelo direito contemporâneo. Nada mais seria prejudicial do que interpretar o novo Código Civil com a mentalidade formalista e abstrata que predominou na compreensão da codificação por ele substituída”.⁶⁰

A interpretação jurídica constitui-se assim no tema central da metodologia da realização do direito. Compreende-se, assim que, levando em conta as mudanças da sociedade brasileira contemporânea, seja tema em processo de franca revisão, como a parte mais importante do método jurídico.⁶¹

Verifica-se, assim, verdadeira mudança da perspectiva tradicional, que partia do sistema jurídico, por meio do raciocínio de subsunção, para o problema a resolver ou a própria decisão a construir. Dada a existência, no novo Código Civil brasileiro, de princípios e cláusulas

58 Mostesquieu. *O Espírito das Leis*, XI. cap.VI, apud Castanheiras Neves. *Digesta*, volume 2º, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 184.

59 Javier de Luccas. *Introducción a la teoría del derecho*, 2ª edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1994, p. 312.

60 Miguel Reale. *História do novo Código Civil*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 52.

61 Vittorio Villa, “*Uma teoria pragmaticamente orientata dell' interpretazione giuridica*”, Torino, G. Giappichelli Editore, 2012, p. XI.

gerais que, por sua própria natureza, não dispõem da estrutura típica das regras jurídicas, (hipótese de aplicação e dispositivo), torna-se necessário outro raciocínio que não o tradicional lógico dedutivo, próprio de formalismo positivista da racionalidade moderna. Significa dizer, outro modelo de interpretação jurídica.

O modelo tradicional, seguido pelos intérpretes do Código Civil de 1916, mantinha-se fiel ao modelo da modernidade. Separava o processo de criação do processo de aplicação do direito, e considerava objetivo do intérprete a compreensão do sentido e do alcance da norma, para depois construir a regra específica. Fazia-se uma primeira e distinta interpretação teórica ou doutrinal, para chegar-se a uma segunda, a interpretação prática ou operativa, no sentido de implicar já uma decisão jurídica.⁶² Hoje considera-se já a interpretação jurídica como operação intelectual única e integral. Não mais a interpretação da lei, mas sim um ato de realização do direito,⁶³ reconhecendo-se que a interpretação jurídica é essencialmente a compreensão do critério normativo da concreta solução do problema.⁶⁴

Qualquer que seja o entendimento adotado, acerca do conceito e natureza da interpretação jurídica, o fato é que, nela, têm grande importância os princípios jurídicos, critérios orientadores, formativos ou informativos, cuja presença e influência permitem reconhecer uma principialização do direito civil, com suas consequências para o novo modelo de interpretação. Contra a identificação positivístico-analítica do tradicional direito civil brasileiro, sistematizado no Código Civil de 1916, justifica-se então um argumento dos princípios⁶⁵ a que se recorre ou invoca para defender um novo modelo de interpretação jurídica.

Assinale-se, ainda, que os princípios, ao contrário dos valores, indicam sempre a direção de uma consequência jurídica,⁶⁶ precisando, para realizar-se, de concretização por meio de subprincípios e de valorações singu-

62 Manuel Segura Ortega, *Sobre la interpretación del Derecho*, Universidade de Santiago de Compostela, 2003, p. 16.

63 Castanheira Neves, *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 11.

64 *idem*. p. 28.

65 Castanheira Neves. p. 217.

66 Claus-Wilhelm Canaris, p. 86.

lares com contudo material próprio.⁶⁷ Eles não são normas. Não comportam, por isso, aplicação imediata. Sua finalidade é orientar o intérprete na sua tarefa de construir a norma adequada ao caso concreto. Sua presença, como elementos não-lógicos, como são também os valores, deve impedir que se continue aceitando a silogística dedutiva no processo de interpretação e realização do direito,⁶⁸ e justifica um novo modelo de interpretação para o direito civil brasileiro, diverso da tradicional interpretação exegetico-analítica que acompanhou o Código de Beviláqua no curso do século XX. Vive-se em outra época, outras são as exigências sociais. Por isso também, outro modelo devem seguir os intérpretes do Código, sob pena dele não realizar o seu espírito de inovação na tarefa de construir o direito da sociedade contemporânea, de crescente complexidade.

Reafirma-se, portanto, que a inserção de princípios jurídicos e de cláusulas gerais no novo Código Civil brasileiro, e sua invocação nos tribunais superiores,⁶⁹ permite vislumbrar um novo endereço metodológico para a interpretação jurídica, uma interpretação conforme aos princípios, em uma substituição da *ratio legis* pela *ratio iuris*, isto é, uma decisão jurídica conforme não à lei mas sim ao próprio direito. Obtem-se, com isso, uma gradativa passagem do normativismo-legalista da modernidade, cujas principais coordenadas, já mencionadas, eram a norma jurídica como o ponto de partida, a concepção do direito como um sistema de normas e o pensamento jurídico como intencionalmente referido a normas, com o objetivo de sua aplicação (paradigma da aplicação), tendencialmente dedutiva desse mesmo sistema,⁷⁰ para uma perspectiva capaz de recuperar o sentido próprio do direito, o direito como *iuris-prudentia*, cujas coordenadas seriam o caso, o problema, como ponto de partida e os princípios axiológico-normativos como fundamento, e o pensamento jurídico como pensamento judicativo-decisório.⁷¹ Por tudo isso, o novo

67 Idem, p. 91.

68 L.Lombardi Vallauri. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, p. 278-301, apud Pedro Serna, p. 4.

69 Sálvio de Figueiredo Teixeira. *A Criação e Realização do Direito na Decisão Judicial*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2003, pgs.259, 265, 267, 271.

70 Castanheira Neves, *Curso de Metodologia jurídica*, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1994, p. 94.

71 Idem., *ibidem*.

Código Civil brasileiro pode vir a ser, se os juristas brasileiros compreenderem o sentido e o fundamento axiológico de suas disposições, o *iter* de passagem para a pós-modernidade no campo do direito civil, do que será prova a vigência do pensamento jurídico como razão prática, dotado de uma intenção axiológico-normativa, e o sentido de afirmação específica e em concreto no processo decisório.

Em 1804 publicou-se o Código Civil francês, o primeiro das codificações modernas e um dos seus paradigmas, com grande influência nos códigos da América Latina, inclusive o brasileiro de 1916. Era a mais sistematizada representação jurídica do individualismo liberal, institucionalizando as conquistas da Revolução Francesa. Seu modelo interpretativo era o da Escola da Exegese, caracterizada pela plenitude da lei escrita, pela crença de que o direito nela se contém inteiramente, pela ideia de que o jurista devia procurar extrair a vontade do legislador, devendo o método a adotar-se ser o lógico-dedutivo, tanto na aplicação concreta da lei quanto na própria interpretação. O Código Civil brasileiro de 1916 e o pensamento jurídico que se lhe seguiu, adotaram essa mesma escola, ainda que reveladas, no campo doutrinário, manifestações evolutivas, como acima já referido.

Decorridos duzentos anos do paradigmático Código Civil francês, o Código Civil brasileiro de 2002 adota perspectivas diversas. Orienta-se não mais pelo individualismo liberal da sociedade industrial, mas pelo princípio, dentre outros, da socialidade, “fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais”.⁷² No que diz respeito à interpretação jurídica, o novo Código, seguindo o princípio da concretude, surge como elemento catalizador de radical mudança, passando do paradigma da aplicação, próprio do normativismo-positivista sempre cultivado, para uma outra perspectiva, a do paradigma jurisprudencialista, cujas principais coordenadas são o caso, como *prius* problemático, e os princípios jurídicos como *prius* fundamentante, a caracterizar o pensamento jurídico como razão prática e como pensamento judicativo-decisório,⁷³ tudo isso a convocar os juristas, advogados e magistrados, para a tarefa, hercúlea sem dúvida, como requer Dworkin,⁷⁴ mas irrecusável para um direito civil que se quer vivente.

72 Miguel Reale, *O Projeto do Novo Código Civil*, p. 7.

73 Castanheira Neves, *idem* p. 94.

74 Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 105.