

FUNDAMENTOS DO NOVO CÓDIGO CIVIL

ELIZABETH MARIA SAAD¹

INTRODUÇÃO

Decorridos dez anos da vigência do novo Código Civil, a reflexão sobre as modificações por ele trazidas, sua repercussão na esfera jurídica, sua aplicabilidade e dúvidas geradas foram temas deste seminário.

O novo Código, que não teve um único idealizador, como o de 1916, foi resultado do trabalho de uma comissão de juristas, nomeada pelo governo, sendo a parte geral redigida pelo Ministro Moreira Alves, a parte do Direito de Empresa coube ao prof. Sylvio Marcondes, a parte das obrigações ao prof. Arruda Alvim, a parte do Direito das Coisas ao desembargador aposentado do RJ Dr. Ebert Chamorim, a parte de Direito de Família ao gaúcho Clóvis Couto e Silva e a parte do Direito da Sucessões ao pernambucano Torquato de Castro.

Apesar de feita a inúmeras mãos, não perdeu o sentido ou a unidade filosófico-doutrinária, posto que o prof. Miguel Reale conseguiu unificar os estilos e doutrinas e a linguagem dando ao Código a sua indispensável unidade.

O prof. Miguel Reale resume o novo Código em três palavras mágicas: **efetividade ou operabilidade, socialidade e eticidade**, sendo essas as vertentes que a comissão trilhou para fazer o projeto, conforme palestra proferida na EMERJ por ocasião do ciclo de debates sobre o novo Código, com artigo “Visão Geral do Novo Código Civil”, publicado na **Revista da EMERJ** – *on-line*, Edição especial parte 1, páginas 38-44.

¹ Juíza de Direito da 5ª Vara Criminal de Itaboraí.

São essas as diretrizes traçadas pelo diploma de 2002, que abordaremos neste trabalho.

EFETIVIDADE OU OPERABILIDADE

A efetividade no novo Código Civil surgiu a partir da ideia da Comissão de estabelecer soluções normativas que permitem que o magistrado efetive a aplicação da justiça, concretizando-a em razão da criação de técnica das cláusulas abertas, aumentando-se extraordinariamente a discricionariedade dos juízes, libertando-os para que possam adotar as medidas necessárias para realizar o direito.

Segundo o prof. Miguel Reale, a respeito da efetividade:

“São previstas, em suma, as hipóteses, por assim dizer, de ‘indeterminação do preceito’, cuja aplicação *in concreto* caberá ao juiz decidir, em cada caso ocorrente, à luz das circunstâncias correntes, tal como se dá, por exemplo, quando for indeterminado o prazo de duração do contrato de agência, e uma das partes decidir resolvê-lo mediante aviso prévio de noventa dias, fixando tempo de duração incompatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do contratante, cabendo ao juiz decidir sobre sua razoabilidade e o valor devido, em havendo divergência entre as partes, consoante dispõe o Art. 720 e seu parágrafo único. Somente assim se realiza o direito em sua concretude, sendo oportuno lembrar que a teoria do Direito concreto, e não puramente abstrato, encontra apoio de juriconsultos do porte de Engisch, Betti, Larenz. Esse e muitos outros, implicando maior participação decisória conferida aos magistrados.

Como se vê, o que se objetiva alcançar é o Direito em sua concreção, ou seja, em razão dos elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma. Nessa ordem de ideias, merece menção o 1º do Art. 1.240, o qual estatui que, no caso de usucapião de terreno urbano:

‘O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.’

Atende-se, assim, à existência da união estável, considerada nova entidade familiar.

Observo, finalmente, que a Comissão optou por uma linguagem, precisa e atual, menos apegada a modelos clássicos superados, mas fiel aos valores de correção e de beleza que distinguem o Código Civil vigente.” (**Revista da EMERJ – on-line**, Edição especial parte 1, páginas 38-44.)

Optou-se assim em lançar mão, sempre que necessário, de cláusulas gerais, como acontece nos casos em que se exige conceito indeterminado como “proibidade”, “boa-fé” ou “correção” por parte do titular do direito, ou quando é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica.

Como exemplo, temos a hipótese do “Art. 575, parágrafo único - Se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo sempre em conta o seu caráter de penalidade”; na hipótese de fixação de aluguel manifestamente excessivo, arbitrado pelo locador e a ser pago pelo locatário, podendo o juiz, a seu critério, reduzi-lo após verificar ser o aluguel “manifestamente excessivo”, hipótese de “indeterminação do preceito”, cuja aplicação *in concreto* caberá ao juiz decidir em cada caso concreto.

Dá-se ao julgador, com a técnica dos princípios indefinidos, maior liberdade de atuação, transformando-o em verdadeiro equilibrador das relações jurídicas, para além da tipicidade estrita, pois, em vários dispositivos do novo Código, há previsão para que o juiz adote as medidas necessárias a fazer cessar a violação do direito adequadas ao caso concreto. Impõe-se assim ao Magistrado o ônus de julgar, e julgar de forma “justa”, e não apenas dentro da letra da lei, mas com sensibilidade social e consciência.

Permite-se assim que a jurisprudência aos poucos defina esses conceitos indefinidos, permitindo a formação do que se chama jurisprudência principiológica, terminando ao longo dos anos com a consolidação dessa jurisprudência.

Havia e ainda há evidentes críticas a essa nova técnica de cláusulas abertas, de maior discricionariedade dos juízes, com temor de que tal discricionariedade confunda-se com arbitrariedade.

Tais críticas e temores iniciais não se mantiveram, posto que a técnica de cláusulas abertas não permite ao Magistrado criar lei nova, mas apenas que extraia do preceito interpretação que lhe permita aplicar a norma ao caso concreto com maior liberdade, dando-lhe efetividade a fim de alcançar justiça social, havendo inúmeros mecanismos, de controle em nosso ordenamento para evitar eventuais abusos ou arbitrariedades á disposição das partes.

SOCIALIDADE

Segundo o coordenador do Código Civil de 2002, prof. Miguel Reale:

“É constante o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da lei vigente, feita para um País ainda eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo. Hoje em dia, vive o povo brasileiro nas cidades, na mesma proporção de 80%, o que representa uma alteração de 180 graus na mentalidade reinante, inclusive em razão dos meios de comunicação, como o rádio e a televisão. Daí o predomínio do social sobre o individual.” (**Revista da EMERJ** – *on-line*, Edição especial parte 1, páginas 38-44.)

Vê-se então a mudança de paradigma : de normas baseadas no Estado Liberal, vigentes à época da elaboração do código de Clóvis Beviláqua, posto que sua elaboração se deu ainda no século XIX, apesar de vigor apenas no século XX, em que se valorizava o individualismo, os contratos indissolúveis, obrigatórios e a propriedade privada, passou-se a exigir compromisso com a sociedade, com a função social dos contratos, da proprie-

dade e com a dignidade da pessoa humana, tudo já em consonância com a Constituição Federal de 88, que busca também que o estado promova o bem-estar social.

Vê-se portanto uma socialização do direito privado, até então impregnado por aquelas ideias individualistas que caracterizaram o Século XIX.

Nos contratos, há mudanças notáveis como as do artigo 421, que prevê que a autonomia e a liberdade de contratar será exercida nos limites da função social dos contratos.

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

Ou seja, há agora uma transformação socializante do Direito, tanto na parte de contratos como na propriedade.

Trata-se de norma com cláusula aberta, meta-jurídica, pois não há definição do que seja a função social do contrato, mas, ainda assim, a norma determina que a função social dos contratos é uma cláusula implícita em todo e qualquer contrato. Sua função social passa a ser um dever jurídico das partes, e o Judiciário poderá ser compelido por uma das partes a mergulhar no contrato para verificar se ele está cumprindo uma função social.

Na propriedade privada, um dos bastiões do Código Bevilácqua, há avanços expressivos com a propriedade, mais do que nunca vinculada à sua função social.

Há uma evidente valorização da posse, como instrumento de justiça social, posto que permite que a propriedade cumpra sua função social.

Foi a posse um dos exemplos dados sobre socialidade pelo prof Miguel Reale:

“No caso de posse, superando as disposições até agora universalmente seguidas, que distinguem apenas entre a posse de boa e a de má-fé, o Código leva em conta a natureza social da posse da coisa para reduzir o prazo de usucapião, o que constitui novidade relevante na tela do Direito Civil.

Assim é que, conforme o Art. 1.238, é fixado o prazo de 15 anos para a aquisição da propriedade imóvel, independentemente de título e boa-fé, sendo esse prazo reduzido a dez anos “se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.”

Por outro lado, pelo Art. 1.239, bastam cinco anos ininterruptos para o possuidor, que não seja proprietário de imóvel rural ou urbano, adquirir o domínio de área em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nele sua moradia. Para tanto basta que não tenha havido oposição.

O mesmo sentido social caracteriza o Art. 1.240, segundo o qual, se alguém “possuir, como sua, área urbana até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptos, e sem oposição, utilizando-a para sua moradia e de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel.”

Um magnífico exemplo da preponderância do princípio de socialidade é dado pelo Art. 1.242, segundo o qual “adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestavelmente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos”.

Esse prazo é, porém, reduzido a cinco anos “se o imóvel houver sido adquirido onerosamente, com base em transcrição constante do registro próprio, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido sua moradia, ou realizado investimento de interesse social e econômico.”

Não vacilo em dizer que tem caráter revolucionário o disposto nos parágrafos 4º e 5º do Art. 1.228, determinando o seguinte:

“§ 4ª - O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela tiverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º - No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para a transcrição do imóvel em nome dos possuidores.”

Como se vê, é conferido ao juiz poder expropriatório, o que não é consagrado em nenhuma legislação.” (**Revista da EMERJ** – *on-line*, Edição especial parte 1, páginas 38-44.)

ETICIDADE

A Eticidade figura como um dos fundamentos do Código Civil de 2002 devido à preocupação dos juristas que o compilaram de que, ao lado da técnica jurídica, também fosse o código permeado de valores éticos.

A respeito do tema esclarece Miguel Reale, coordenador do novo Código:

“Não obstante os méritos desses valores técnicos, não era possível deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da técnica jurídica, que com aqueles deve se compatibilizar.

Daí a opção, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juizes, para contínua atualização dos preceitos legais.

Nesse sentido, temos, em primeiro lugar, o Art.113 na Parte Geral, segundo o qual “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

E mais este:

“Art. 187. Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Lembro como outro exemplo o Artigo nº 422 que dispõe quase como um prolegômeno à toda a teoria dos contratos, a saber:

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

Frequente é no Projeto a referência à probidade e à boa-fé, assim como à correção (correttezza) ao contrário do que ocorre no Código vigente, demasiado parcimonioso nessa matéria, como se tudo pudesse ser regido por determinações de caráter estritamente jurídicas.”

Há portanto uma preocupação do legislador de permear as relações jurídicas com a moral e a boa-fé objetiva, ao contrário do Código anterior que entendia ser esta subjetiva, um preceito moral e não jurídico, uma verdadeira exortação aos contratantes.

As relações contratuais agora devem ser éticas, no sentido de que os contratantes são obrigados a guardar a mais estrita boa-fé, que agora é um dever jurídico e não um simples apelo moral; também é uma cláusula aberta, implícita em todo e qualquer contrato.

É a boa-fé objetiva uma conduta efetiva de homem honesto e não a mera intenção; na boa-fé subjetiva bastava a intenção de não causar dano. O que se procura é uma conduta efetiva dos contratantes de ma-

neira a não causar lesão ao outro contratante, o que se quer agora são relações contratuais transparentes, leais e acima de tudo com suas equações econômicas equilibradas.

O art 113 diz que os negócios jurídicos se interpretarão agora pelos princípios da boa-fé e os usos do lugar onde se celebrou, passando a boa-fé a ser critério de interpretação dos contratos.

Assim, a eticidade leva a que, na interpretação das normas, a sociedade seja a destinatária, devendo o juiz indagar o que homens de boa-fé teriam querido atingir com esse contrato.

CONCLUSÃO

Segundo o prof Miguel Reale : “Se o Direito é, antes de tudo, fruto da experiência, bem se pode afirmar que o nosso trabalho traz a marca dessa orientação metodológica essencial.”

As mudanças sociais marcadas pelas conquistas da ciência e da tecnologia, bem como a migração da população para as cidades, tornaram os eixos fundamentais do Código Civil de 1916 obsoletos, o que justificava uma nova codificação.

Decorrida uma década de sua promulgação, verificou-se que o novo Código Civil conseguiu se impor como uma legislação capaz de proporcionar ao juiz ferramentas para melhor aplicação do direito material, mostrando que a “experiência” decorrente da passagem do tempo e a jurisprudência foram capazes de demonstrar o acerto na escolha dos fundamentos embaixadores deste diploma legal.

Mais importante que um novo código foi a mudança de paradigmas, com o direcionamento do Código Civil para o social, em conformidade com a Constituição Federal, alinhado com a sociedade atual que demanda novas ideias e com a vontade de que os julgadores apliquem justiça de forma “justa”, a despeito de falhas e omissões e excessos do texto, o qual irá naturalmente se adaptar às mudanças da sociedade. ♦

BIBLIOGRAFIA

CAPANEMA, Sylvio – Notas de aula do curso ministrado para os advogados da Petrobras, de 02.04.02 até 04.06.02.

REALE, Miguel, “Visão Geral do Novo Código Civil”, **Revista da EMERJ** – *online*, Edição Especial parte 1, páginas 38-44, http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivill/anais_especial_1/Anais_Parte_I_revistaemerj_38.pdf, acessado em 03/04/2012.

REALE, Miguel, Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, Doutor Miguel Reale, datada de 16 de Janeiro de 1975, http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivill/anais_especial_1/Anais_Parte_I_revistaemerj_9.pdf, acessado em 03/04/2012.