

Os Princípios Norteadores do Código Civil de 2002

Fernanda Garcia Escane¹

Resumo

O presente estudo objetiva demonstrar categoricamente a atualidade do *Código Civil*, permeado pelos princípios de Direito Civil, ressaltando os *princípios* da eticidade, sociabilidade e operabilidade.

Palavras-Chave: Princípios do Código Civil 2002. Princípios gerais do direito. Princípio da eticidade. Princípio da operabilidade. Princípio da socialidade.

1. INTRODUÇÃO

O estudioso do Direito deve sentir prazer ao estudá-lo, dada a nobreza de que se reveste esse ramo do conhecimento. E, nas palavras de Hannah Arendt², não existe direito mais importante que o de ter direitos.

O Código Civil de 2002, também denominado *Código Reale*, trouxe várias inovações que merecem serem análise e meditação, sob pena de não fazer valer quaisquer direitos.

O Código Civil atual confere ao juiz poder de *ajustar* a norma ao caso concreto, razão por que às vezes é chamado de *Código dos Juízes*.

O problema do Direito Civil é ter ficado relegado a segundo plano por anos.

Como bem aponta Rosa Maria de Andrade Nery em suas aulas no curso de mestrado da PUC/SP, vários foram os estudos desenvolvidos em Direito Processual Civil, não restando dúvida de que, questionado-se acerca dos princípios de Direito Processual Civil, o operador do direito responderá com presteza.

Infelizmente, não é o que ocorre com o Direito Civil!

¹ Doutoranda em Direito do Estado (área de concentração: Direito Constitucional) e mestra em Direito das Relações Sociais (área de concentração: Direito Civil comparado), ambos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atualmente é professora da Universidade Nove de Julho – UNINOVE, coordenadora e professora do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Ciências Contábeis de São Roque - FAC São Roque. Atua também como palestrante e advogada.

² ARENDT, Hannah. **O sistema totalitário**, p. 381 e ss.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 4 – nº 1 - 2013

Passamos – e não nos isentamos da crítica - anos sem estudar Direito Civil, a resposta – quando houver resposta – custará a vir, devido à ignorância dos instrumentos que norteiam tão nobre ramo do Direito.

Ressaltamos a importância do Direito Civil por ser ele o regulador da existência humana, acompanhando-nos desde antes do nascimento – caso dos nascituros – até depois da morte, haja vista a disposição testamentária, o que demonstra que regula a vida do cidadão até mesmo após a sua morte.

Mas a boa nova está em que, com o advento do Código Civil de 2002, retomaram-se os estudos no âmbito civil. Talvez ainda não na dimensão que merecem, apesar da louvável iniciativa.

É muito justa, portanto, a afirmação de que não pode haver “razão mais que plausível para que os civilistas brasileiros desenvolvam uma significativa produção doutrinária, que vá da simples exegese do Código a reflexões mais profundas sobre o seu sentido e importância no quadro das fontes do direito privado nacional e sobre a metodologia de realização de suas normas”³.

O nosso estudo objetiva demonstrar categoricamente a atualidade do *Código Civil*, permeado que está pelos princípios de Direito Civil, ressaltando os *princípios* da eticidade, sociabilidade e operabilidade.

1.2 NOSSOS DOIS CÓDIGOS CIVIS

Vale lembrar o histórico do nosso primeiro Código Civil, concluído em 1916 e em vigor a partir de 1917, quando – apesar de já ser o Brasil uma República – persistia a égide da legislação portuguesa.

Elaborado pelo *ilustre* jurista Clóvis Bevilacqua, o Código, conhecido pelo nome de seu redator mais ilustre, logrou de forma bastante avançada para a época, tendo estabelecido uma parte geral e outra especial. Considerando os anseios da sociedade para qual foi elaborado, outro não poderia ter sido o resultado que logrou o Código Civil de 1916 senão a característica predominante do individualismo.

Entretanto, com o transcorrer natural das relações humanas, o Direito, que também evolui, foi convocado para contribuir numa série de legislações protetivas, tais como o Código de Defesa do Consumidor, entre outras que se preocuparam com o hipossuficiente, seja ele o consumidor ou o inquilino, entre tantos outros.

³ AMARAL, Francisco. **As fontes romanas no novo Código Civil brasileiro**, p. 103.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 4 – nº 1 - 2013

Já que o Código Bevilacqua se pautava pelo individualismo e os anseios da sociedade de hoje não mais se viam nele contemplados, o governo federal houve por bem criar uma comissão responsável por atualizar esse instrumento de defesa das garantias do cidadão (1969-75).

Compôs-se a comissão dos iminentes juristas José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro, cabendo a presidência a Miguel Reale, de igual excelência.

Dos trabalhos realizados por essa magnífica Comissão, resultou o segundo Código Civil, vindo à luz vinte e seis anos depois da instalação dos trabalhos de atualização (2002).

O objetivo da Comissão, a nosso ver, foi modernizar o Código de 1916 sem descaracterizar sua essência, como se se tivesse tornado inexoravelmente ultrapassado, eliminando tão-só o que a passagem do tempo havia suplantado. Pretendeu-se conservar a riqueza original escoimando-o do que ficara decíduo.

Modificações no Código já tinham sido previstas pelo próprio Bevilacqua, em harmonia com a evolução social: *“Mas por isso mesmo que o Direito evolui, o legislador tem necessidade de harmonizar os dois princípios divergentes (o que se amarra ao passado e o que propende para o futuro), para acomodar a lei e as novas formas de relações e para assumir discretamente a atitude de educador de sua nação, guiando cautelosamente a evolução que se acusa no horizonte”*⁴.

Em decorrência da evolução, inerente ao ser humano, e ,consequentemente, às leis que permeiam a vida de todos, o Código Civil de 2002 abandonou o individualismo e privilegiou os conceitos flexíveis, o que permite ponderar todas as particularidades do caso em apreciação, por meio das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados.

Por óbvio, importa considerar o momento histórico no qual o Código de 1916 iniciou sua vigência, mas a diferença mais significativa entre ele e o Código Civil de 2002 consiste no valor dado à pessoa humana, o que torna o Código Civil atual antropocêntrico.

Deixou de predominar a letra fria da lei, que provoca situações como as destacadas por Rosa Maria de Andrade Nery, para quem “com a evolução do direito civil, a dogmática jurídica deixou de analisar a base objetiva do negócio gerado pelo

⁴ REALE, Miguel (Conf). **Lacunas e Arcaísmos do Código Civil Vigente**, in O Projeto do Novo Código Civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.28.

ato e calou-se quanto à análise das condições econômicas do negócio, permitindo, muitas vezes, com base no desgastado princípio da obrigatoriedade moral dos contratos, a desproporcionalidade quantitativa de prestações devidas por parte a parte”⁵.

Em outras palavras, analisar a base objetiva do negócio e fechar os olhos às pessoas que, de alguma forma, estabeleceram relações jurídicas entre si – ainda que o Código Civil, mesmo sem dizê-lo expressamente, faculte avaliar a base subjetiva do negócio jurídico - fornece mecanismos a favor dessa possibilidade.

Aqueles que compreenderem os instrumentos trazidos pelo Código Civil atual constatarão sempre menos incidência das situações expostas por Rosa Maria de Andrade Nery, uma vez que, por meio dos princípios por ele consagrados, mais especificamente o de eticidade e de sociabilidade, modificar-se-á a visão dos operadores do Direito em benefício do sujeito.

Vale destacar, porém, que o Código Civil de 2002 só ampara *aqueles que querem ver*, ou, em outras palavras, que já perceberam sua *atualidade* e seus *instrumentos*, possibilitando ao Estado-Juiz avaliar *sub judice* os fatos que envolvem o sujeito de direito e, nessa esteira, permitir a adequada aplicação do Direito.

Outro objetivo, quando da elaboração do Código Civil, foi estabelecer um sistema que resultasse na *unidade* e na *sistematização*.

A manutenção da codificação do Código de 2002 traz a unidade e a sistematização necessária ao sistema jurídico, mas, embora grande, não abarcou todas as leis esparsas de natureza civil. Tais leis, denominadas *microssistemas*, com o Código convivem harmoniosamente, como, a título de exemplo, a lei do inquilinato.

Sendo aberto, o sistema do Código atual permite, por meio das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados, que haja a necessária mobilidade para atender aos avanços das relações humanas.

Abandona-se o individualismo - traço característico do Código de 1916 - para dar vida ao novo ciclo, pautando-se pelo princípio da socialidade e tornando o Código Civil social.

1.3 TÉCNICA LEGISLATIVA

⁵ ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de. **Ato e atividade**. RT. Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 4 – nº 1 - 2013

Quanto à técnica legislativa do Código Civil de 2002, adotou-se a mista, vez que não se baseia somente nas cláusulas gerais, que ensejariam uma insegurança jurídica, mas também no método casuístico, de que resulta a *técnica legislativa mista*.

Denota-se que o sistema do Código Civil é aberto “(...) em virtude da linguagem que emprega, permitindo a constante incorporação – e solução de novos problemas, seja por via da construção jurisprudencial, seja por ter a humildade de deixar ao legislador, no futuro, a tarefa de progressivamente complementá-lo”⁶.

Vale consignar que o Código, por constituir um sistema aberto e conseqüentemente acolher cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, torna imprescindível o exame do caso concreto, o que se destaca na seara contratual.

Por todo o exposto, malgrado comentários, a nosso ver infundados, de que o Código Civil é envelhecido, incumbe observar os muitos aspectos em que se distingue do Código de 1916, mormente o sistema adotado, que é bem outro, assim como sua fundamentação, hoje de caráter político, social, filosófico e ideológico.

Cumprir ter claro que o direito privado que hoje se nos apresenta é totalmente novo, com potencial para todos os operadores do Direito desvendar.

1.4 EXISTE EFETIVAMENTE A DITA “CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL”?

Verificamos que uma enxurrada de artigos e até mesmo livros apregoam a *constitucionalização* do Direito Civil. Tal afirmação procede? Sem embargo de entendimento contrário, a nomenclatura não traduz a verdade.

Não é por termos elevado, exemplificativamente, a dignidade da pessoa humana - expressamente amparada pela Constituição Federal – que fica automático afirmar que o Direito Civil está se *constitucionalizando*.

Frise-se, por oportuno, que o Direito é uno, sendo subdividido apenas didaticamente para melhor compreensão daqueles que o estudam. Insta dizer ainda que a Constituição Federal é a base para todas as áreas do Direito e, se aceitarmos a “classificação” *Direito Civil Constitucional*, forçoso será estendê-lo ao *Direito Penal Constitucional*, *Direito Tributário Constitucional*, etc.

⁶ MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**, p. 117-118.

Em relação ao Direito Tributário, a situação é ainda mais grave e, com maior razão, também estaria sofrendo interferência da *constitucionalização*, cuja matéria, essencialmente, está prevista na Constituição Federal. Em momento algum, porém, se verificam referências de seus operadores à *constitucionalização do Direito Tributário*.

Assim como o Direito Tributário, também o Direito Civil encontra seus institutos na Constituição, visto que ela consagra, exemplificativamente, a liberdade de associação, a reparação de dano moral, a inviolabilidade da vida privada, a função social da propriedade, entre tantas outras, exemplos amparados sem exceção pelo Código Civil.

Conclui-se, sem embargo de entendimento contrário, que os institutos do Direito Civil destinam-se a viabilizar os direitos previstos constitucionalmente, daí não ter cabida falar em *constitucionalização do Direito Civil*.

A Constituição oferece poucos meios para o exercício dos direitos ali previstos, a maior parte dos quais – embora ali previstos e resguardados – exercidos por outras áreas do Direito. Pelas razões até aqui esposadas, constata-se não haver risco de constitucionalização do Direito Civil, porquanto constitucionalizado ele já está, e não é de há pouco.

A exaltação de alguns dos princípios consagrados também pela Constituição Federal, no âmbito do Direito Civil, não resulta, *data venia*, na propalada *constitucionalização* do Direito Civil.

2. PRINCÍPIOS DO DIREITO CIVIL

2.1 CONCEITO

É fundamental o estudo criterioso do princípio geral do Direito, vez que, mesmo diante da incompletude do ordenamento jurídico, isto é, mesmo não havendo normas para determinados casos, não pode o juiz deixar de julgar, dado que é inadmissível o *non liquet*.

Nas palavras de Rubens Limongi França, vale considerar que os princípios gerais de direito, “a não ser nos regimes de desmando e arbítrio, sempre serviram como luzeiro à elaboração do Direito Positivo”⁷.

⁷ LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Princípios gerais de direito**, p. 22.
Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 4 – nº 1 - 2013

Frise-se, por oportuno, que os princípios gerais de direito consagrados pela Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42) são *técnicas de interpretação*. Desse modo, porque os princípios de direito não são regras jurídicas aplicáveis indistintivamente nem tampouco estão sempre expressos na lei, são aplicáveis apenas como regra jurídica por meio de interpretação.

Logo, o Estado-Juiz, nos casos não regulados pela lei, amparando-se na Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42), mais precisamente no artigo 4º, “decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Maria Helena Diniz ensina que *princípio geral de direito* “é fonte subsidiária do direito, por ser de diretriz para a colmatação de lacunas. Norma de valor genérico que orienta a compreensão do direito, em sua aplicação e integração”⁸. Insta consignar que os princípios gerais de direito não se confundem com os princípios inerentes ao Direito Civil, pois os primeiros, como já dito, são *técnicas interpretativas*.

O objetivo dos princípios, como bem explica Francisco dos Santos Amaral Neto, é “orientar a interpretação e a integração das regras jurídicas em caso de lacunas da lei, a função de dirigir o trabalho do legislador na sua atividade de formalizar, juridicamente, os preceitos legais e, ainda, a função de orientar o intérprete na tarefa de construir as normas jurídicas adequadas aos casos concretos que porventura se apresentem, e que não tenham, no quadro sistemático e regulamentar, uma *fattispecie* determinada”⁹.

Feitas essas considerações preliminares acerca dos princípios gerais de direito, cumpre analisar os três princípios norteadores do Código Civil de 2002, os quais não são *técnicas de interpretação*, mas servirão de “luzeiro à elaboração” do atual Direito Civil.

São princípios fundamentais informadores do Código Civil de 2002: o da *socialidade*, o da *eticidade* e o da *operacionalidade*.

Passamos a analisar cada um deles separadamente.

2.2 PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE

⁸ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**, p. 852.

⁹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Estratto da <<Roma e América. Diritto romano comune**, p. 76.

O princípio da *socialidade* revela a diferença entre o Código de 1916 e o atual, vez que o individualismo não mais vigora. Privilegia o Código Civil de 2002 os valores fundamentais da pessoa humana, repetindo o sentido de *homem* consignado na Constituição Federal, isto é, com caráter antropocêntrico. O princípio da *socialidade* é restrito ao Direito Civil e “prestigia os valores coletivos, colocando os individuais em segundo plano (Miguel Reale)”¹⁰. Em outras palavras, prevalece o coletivo em detrimento do individual.

Relegar a segundo plano os valores individuais não resulta em sua anulação, tão-somente faz prevalecer o social sobre o individual, vez que esta é uma das marcantes modificações no Código Civil de 2002.

O princípio da *socialidade* se revela na “prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, e da revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do direito privado tradicional: “o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador””¹¹.

Diga-se, por oportuno, que a Constituição Federal já resguarda, por exemplo, o princípio da função social.

Afirmar que o coletivo prevalece sobre o individual não implica a retirada de direitos quando se analisa a pessoa individualmente, haja vista que o princípio da *socialidade* e o individualismo caminham lado a lado, “*impondo a relação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais, para que a pessoa humana seja preservada sem privilégios e exclusivismos, numa ordem global de comum participação*”¹².

O princípio da *socialidade* é o marco da ruptura não só com o individualismo, mas com os aspectos patrimoniais que prevaleciam e imperavam nas relações jurídicas estabelecidas sob a égide do Código Civil de 1916.

O caráter social ínsito no princípio pode ser verificado em vários dispositivos, mas, exemplificativamente, no artigo 422, do Código Civil, onde se lê que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Não resta dúvida de que a função social do contrato e, embora não prevista neste artigo, também a da propriedade, tenham de ser cumpridas, vez que a

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**, v. 3, p. 846.

¹¹ MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**, p. 49.

¹² REALE, Miguel Reale. **O projeto do novo Código Civil**, p. 7-12.

socialidade prevista neste princípio insurge-se quando não forem atendidas tais funções.

Apesar de mais facilmente vislumbrado na seara obrigacional, este princípio está inserido no Código Civil, resultando a *socialidade* em todos os âmbitos do Direito Civil.

Assim é que os parágrafos quarto e quinto, do artigo 1.228, do Código Civil, são categóricos ao preceituar que: “§ 4º - 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 houverem 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 o registro do imóvel em nome dos possuidores”.

Com maior atenção cumpre analisar o parágrafo quinto, pois confere ao juiz a possibilidade de expropriar, o que se revela grande novidade do Código Civil e enorme poder conferido ao Estado-Juiz.

Em relação à posse, vale frisar que o legislador enaltece o princípio da *socialidade*, vez que reduz os prazos das prescrições aquisitivas (ver artigos 1.238 e 1.239) e contempla a posse-trabalho.

Constata-se, pelas razões até aqui demonstradas, que o Código Civil traz benefícios não só à sociedade como também possibilita o desenvolvimento socioeconômico do nosso país.

O Código pode não ser tão perfeito como desejariam alguns, mas é inquestionável o caráter social que o permeia, e mais o enorme passo dado para que, a partir dele, venham vários outros avanços.

O homem é um ser social e, por essa razão, os interesses individuais e coletivos devem harmonizar-se para alcançar o que é preconizado inclusive pela Constituição Federal – o bem comum.

O princípio da *socialidade*, como já dito, pode ser percebido por meio da posse-trabalho, da função social do contrato e da propriedade, entre outras.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filhos explicam que o “Princípio da *Socialidade* surge em contraposição à ideologia individualista e patrimonialista do

sistema de 1916. Por ele, busca-se preservar o sentido de coletividade, muitas vezes em detrimento de interesses individuais.

Por isso, valores foram positivados no prestígio à *função social do contrato* (art. 421) e à *natureza social da posse* (art. 1.239 e s.)¹³.

No Brasil, é recorrente a prática inescrupulosa de cidadãos que tentam servir-se da lei de maneira oportunista, exercendo a nefasta “Lei do Gérson”. Cremos, *data venia*, que o princípio da *socialidade* aliado ao da *eticidade* ao menos dificulta esse tipo de atitude dos “espertos de plantão”.

Compreender que o Código Civil ampara-se na *socialidade* é simples para quem quer ver, mas informar e aceitar que a adoção do princípio da *socialidade* traz, implicitamente, o da *solidariedade* já não é tarefa tão simples.

Bem expõe Rosa Maria de Andrade Nery quando afirma que “é no *princípio da solidariedade* que devemos buscar inspiração para a vocação social do direito, para a identificação do sentido prático do que seja *funcionalização dos direitos* e para a compreensão do que pode ser considerado *parificação e pacificação social*”.

Ressalte-se, ainda, por brilhante que é, a afirmação de Calamandrei quanto a ser a “*Justiça* (...) vontade de reciprocidade operosa e de *solidariedade humana*”¹⁴.

Eis o desafio do *Código Civil*: concretizar a função social, ainda que indiretamente consagre a *solidariedade*, que é – vale lembrar - um dos objetivos fundamentais da República.

2.3 PRINCÍPIO DA ETICIDADE

Denota-se o princípio da *eticidade* no Código Civil de 2002 pelo uso dos princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, o que remete o julgador à atividade axiológica.

Nas palavras de Maria Helena Diniz, o princípio da *eticidade* se relaciona tanto com o Direito Civil quanto com o Direito Constitucional, sendo aquele “que se funda no respeito à dignidade humana, dando prioridade à boa-fé subjetiva e objetiva, à probidade e à equidade”¹⁵.

¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume I: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 94.

¹⁴ Rosa Maria de Andrade Nery. **Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado**,

¹⁵ Maria Helena Diniz. **Dicionário jurídico**, p. 834.

A adoção do princípio da *eticidade* resulta no término do excessivo formalismo jurídico, sem, contudo, acarretar abandono da técnica jurídica e da história do Direito.

O formalismo é reduzido, vez que, no âmbito contratual, exemplificativamente, a interpretação deve pautar-se pela boa-fé. A *eticidade* traz em si os princípios da probidade e da boa-fé que devem envolver os contratantes.

O princípio da *eticidade* estimula os operadores do Direito a não se limitarem ao exercício da mera subsunção, tornando-se imprescindível o trabalho com noções básicas, tais como moral, ética, boa-fé, honestidade, lealdade, confiança, conceitos interpretados com o fito de obter conceitos e alcances inicialmente não definidos.

Quer dizer, então, que há conceitos vagos concebidos no Código Civil atual, cabendo ao operador do Direito interpretá-los, sem se esquecer dos anseios sociais que a *eticidade* reclama.

Dessa forma, é conferida ao juiz a possibilidade de julgar de maneira justa e equitativa, por líquido e certo que legislador algum consegue prever todas as situações fáticas possíveis, uma vez que a ele cabe disciplinar as relações entre pessoas humanas. Não é por menor razão que se afirma do Código de 2002 que é o *Código dos Juízes*.

Oportuno lembrar o ensinamento de Aristóteles, vez que a equidade deve ser resguardada como instrumento de interpretação das normas jurídicas, segundo sua adequada e prudente medida, e para suprir as lacunas.

Frise-se também que, por esse princípio, o juiz, especificamente, já não se limita apenas a preencher eventuais lacunas, conferido que lhe foi o poder de criar norma – isto é, direito - para o caso *sub judice*.

Insta dizer que o princípio da *eticidade* se consubstancia “na utilização constante de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que fazem referência a expressões cujo significado exige uma atividade valorativa do julgador para que a regra possa ser aplicada”¹⁶ ou, por outras palavras, consiste ele “na busca de compatibilização dos valores técnicos conquistados na viência do Código anterior, com a participação de valores éticos no ordenamento jurídico”¹⁷.

¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**, p. 51.

¹⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume I: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 94.

Em decorrência desse princípio, constata-se que o sistema adotado pelo Código de 2002 é aberto, aceitando, portanto, a existência de lacunas, o que se resolve por meio da integração e, em observância ao artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, os princípios revelam-se de extrema importância.

Pode-se questionar como utilizar o princípio da *eticidade* ou tornar possível sua aplicação, de onde vale dizer que a boa-fé, a equidade, os bons costumes são exemplos marcantes da presença do princípio da *eticidade* no *Código Reale*.

2.4 PRINCÍPIO DA OPERABILIDADE OU DA CONCRETUDE

Outro princípio restrito ao Direito Civil é o da *operabilidade*. O princípio da *operabilidade* “confere ao julgador maior elastério, para que, em busca de solução mais justa, a norma, que, contendo cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, possa, na análise de caso por caso, ser efetivamente aplicada, com base na valoração objetiva, vigente na sociedade atual (Miguel Reale)”¹⁸.

O que se pretendeu, *data venia*, não foi apenas *atualizar* o Código, mas torná-lo efetivo na medida em que possa solucionar os litígios do dia-a-dia com maior efetividade. Em outras palavras, pretendeu o legislador, ao adotar o princípio da *operabilidade*, tornar o Código Civil aplicável não só pelos operadores de Direito, mas por todas as pessoas a quem ele se destina.

O princípio da *operabilidade* sob o enfoque material revela-se na mera enunciação constante na norma. No aspecto processual, denota-se por meio da interpretação, possibilitando a subsunção da norma, considerando-lhe a enunciação e sua posterior aplicação. Pode-se ainda considerar que “o *Princípio da Operabilidade* importa na concessão de maiores poderes hermenêuticos ao magistrado, verificando, no caso concreto, as efetivas necessidades a exigir a tutela jurisdicional”¹⁹.

O exemplo clássico da aplicabilidade do princípio da *operabilidade* se constata na grande confusão existente no Código Civil de 1916 acerca da prescrição e decadência. A celeuma foi resolvida pelo Código de 2002, que, sem maiores delongas, separou de forma inequívoca as matérias sujeitas à prescrição e/ou à decadência.

¹⁸ Maria Helena Diniz. **Dicionário jurídico**, v. 3, p. 841.

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume I: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95.

Alguns doutrinadores trabalham ainda com o princípio da concretude separadamente. Mas não resta dúvida de que o princípio da *operabilidade* já traz em si a concretude, também denominada "concretitude" (no dizer de Reale), vez que a operabilidade objetiva maior efetividade da regra jurídica, o que a torna concreta, quando da regulação dos casos submetidos à apreciação do Judiciário.

Sabe-se que a lei consiste em norma jurídica ou preceito jurídico escrito, emanado do Poder Legislativo competente, sendo de caráter geral e obrigatório.

Logo, as características principais da lei são a generalidade, a imperatividade e o autorramento.

Se a lei é toda norma geral que se refere à conduta humana, a qual disciplina relações de fato relevantes ao Direito, sendo sua observância obrigatória, já que advinda do Poder Estatal, seria insensato esferas que regulasse fatos determinados, para pessoas determinadas. Daqui sua generalidade, com o fito de regular fatos futuros, que podem ou não acontecer.

Por melhor que seja o legislador, não é possível vislumbrar todas as possibilidades que permitam à lei ser justa e moldada perfeitamente aos casos que virá a regular. Entretanto, os autores que tratam separadamente o princípio da concretude o definem como a obrigação do legislador em não mais legislar abstratamente. Deveria ele imaginar situações fáticas e, dentro desse contexto, elaborar a norma. Em princípio, tal atitude permitiria que a lei atendesse melhor às situações sociais efetivamente existentes.

Nesse sentido manifesta-se Luiz Edson Fachin (2000, p. 88-89), ao afirmar que a "tendência contemporânea é o abandono dessas concepções abstratas e genéricas", quanto aos "titulares de direito" e também "àquilo que pode ser objeto dessa titularidade". E arremata: nos "dias correntes, a relação jurídica está passando por uma transformação, que deixa o cunho de abstração e da generalidade de lado [...]."

O princípio da *operabilidade*, nele compreendido o da concretude, "representa o critério metodológico que o legislador aponta ao intérprete do Código Civil: a interpretação jurídica não tem por objetivo descobrir o sentido e o alcance das

regras, mas sim, constituir-se na primeira fase de um processo de construção ou concretização da norma jurídica adequada ao caso concreto”²⁰.

Por esse princípio, fácil é perceber como o legislador confere aos operadores do Direito, principalmente ao Estado-Juiz, uma função bastante importante: criar normas. Pode-se criar a norma jurídica pautando-se pelas cláusulas gerais, vez que, em relação aos conceitos indeterminados, isso não ocorre, como veremos a seguir.

Para que nunca cesse o estudo, é mister aperfeiçoar incansavelmente o conhecimento dos operadores do direito, sob pena de inviabilizar o instrumento valioso conferido pelo legislador.

2.5 OUTROS PRINCÍPIOS

Os três princípios norteadores do Código Civil, como anteriormente estudados, são o da *sociabilidade*, *eticidade* e o da *operabilidade*. Entretanto, há vários outros princípios do Direito Civil que continuam coexistindo com os três já citados.

A título de lembrança, exemplifiquemos com o *princípio da dignidade da pessoa humana*, o da *autonomia privada*, o da *boa-fé*, o da *responsabilidade patrimonial*, o da *equidade*, entre outros.

Quanto à equidade, Francisco dos Santos Amaral Neto aponta as funções que ela pode desempenhar, entre as quais “uma função básica e geral de natureza interpretativa, no sentido de adequar a regra ao caso concreto, recorrendo aos critérios da igualdade e da proporcionalidade, de modo a realizar não a justiça do caso concreto, mas o direito do caso concreto. Tem ainda uma função corretiva, no sentido de temperar o direito positivo, principalmente, em matéria contratual, e uma função quantificadora, quando se constitui em uma medida, uma quantificação dos efeitos da aplicação da norma, como ocorre, por exemplo, no caso de se fixarem os valores de uma indenização. Pode ainda a equidade ser eleita pelas partes para a solução do seu litígio, como acontece nos casos de compromisso arbitral, quando então lhe é reconhecida uma função supletiva”²¹.

Destacamos a equidade pela relevância que ganhou com o advento do atual Código Civil.

²⁰ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Estratto da Roma e América**. Diritto romano comune, p. 79.

²¹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Estratto da Roma e América**. Diritto romano comune Mucchi, p. 84.

3. DIFERENÇA ENTRE PRINCÍPIO DE DIREITO, CONCEITO INDETERMINADO E CLÁUSULA GERAL

Judith Martins-Costa aponta que “a grande diferença entre princípio e cláusula geral, do ponto de vista da atividade judicial, está, pois, em que estas permitem a formação da norma não através da interpretação do princípio, mas pela criação, através da síntese judicial onde encontram como elemento de atuação fatos ou valores éticos, sociológicos, históricos, psicológicos, ou até mesmo soluções advindas da análise comparativista atuando tais critérios tradicionalmente tidos como extralegais através das verdadeiras ‘janelas’ consubstanciadas em tais cláusulas”²².

Em relação aos conceitos indeterminados, vale dizer que neles o juiz não tem possibilidade de dar solução diversa da já apresentada pelo conceito indeterminado. A dificuldade reside apenas em constatar a existência, ou não, do conceito indeterminado no caso concreto, pois, em seguida, o juiz apenas aplica a solução já prevista.

Isso não ocorre com a cláusula geral, uma vez que, se o juiz a identificar no caso *sub judice*, ele a preencherá de acordo com o que entender ser o mais correto, concretizando-a por meio dos princípios gerais de direito e, no caso dos conceitos legais indeterminados, determinada de acordo com a função a ser exercida naquele caso.

Os conceitos indeterminados só existem por meio dos princípios de direito e, conforme exposto, por meio das regras de experiência.

A diferença sutil existente é que os princípios de direito podem ser invocados independentemente de existir qualquer norma com conteúdo vago. De maneira que, quando houver norma com a vagueza proposital do legislador, que prescindida de conteúdo, estar-se-á diante de um conceito indeterminado.

Agora, se o princípio for invocado independentemente da norma, não resta dúvida de que se estará apenas diante de um princípio de direito.

A diferença entre o conceito indeterminado e a cláusula geral, insta dizer, é que, no conceito indeterminado, uma vez estabelecida a premissa, o julgador não poderá alterar a consequência. As cláusulas gerais são mais amplas, conferindo ao julgador o poder de criar normas para o caso *sub judice*. Vale dizer, ainda, que se

²² MARTINS-COSTA. **As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico**, p. 51. Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania – Volume 4 – nº 1 - 2013

distinguem “das cláusulas gerais pela finalidade e eficácia. A lei enuncia o conceito indeterminado e dá as consequências dele advindas”²³, como já dito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não resta dúvida da importância dos eternos estudos dos operadores do direito, mas em especial, daqueles do magistrado, a cuja disposição foi posto um instrumento que lhe faculta realizada a tão sonhada “justiça”.

Ressaltamos a importância de estudar os instrumentos postos à nossa disposição por meio do Código Civil atual, sob pena de ser responsáveis por inúmeras injustiças decorrentes do despreparo de quem não soube despir-se da frieza da letra da lei e se atirou de braços abertos à aplicação da cláusula geral, do conceito indeterminado e do princípio de direito civil.

Nossa responsabilidade não advém somente da aplicação errônea dos mecanismos que nos foram ofertados, como também da omissão de não conhecê-los e, conseqüentemente, não aplicá-los.

O legislador entendeu por bem privilegiar as cláusulas gerais no Código Civil, com o escopo de o sistema ser aberto, possibilitando a aplicação da lei, por um longo período.

Ressalte-se que, se o Código Bevilacqua vigorou por cem anos, o Código Civil, com maior razão, atenderá aos anseios da sociedade apto que está a enfrentar as mudanças do porvir.

O privilégio das cláusulas gerais que, sem embargo de entendimento contrário, são normas, propicia ao juiz oferecer uma solução mais justa, concretizando os princípios pelo Código ressaltados, em especial o da *socialidade* e o da *eticidade*.

Pontue-se que a simbiose privilegiada pelo Código de 2002, com a adoção das cláusulas gerais e da casuística, simples dispositivos fechados, proporciona maior segurança e reduz o grau de incerteza gerado pela cláusula geral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **A boa-fé na relação de consumo**, Revista de Direito do Consumidor nº 14/20-27 (abr-jun). São Paulo: Editora dos Tribunais, 1995.

²³ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e legislação extravagante anotados**, p. 6.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **Estratto da <<Roma e América. Diritto romano comune>>**. Mucchi Editore, 2003.

_____. **Os princípios jurídicos na relação obrigatória**. (Estratto da <<Roma e América. Diritto Romano Comune>>). Mucchi Editore, 16/2003.

AMARAL, Francisco. **As fontes romanas no novo código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 364, p. 103-112 (Separata).

ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de. **Apontamentos sobre o princípio da solidariedade no sistema do direito privado**. (No prelo).

ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Ato e atividade**, in Revista de Direito Privado n. 22, São Paulo.

ARENDT, Hannah. . **O sistema totalitário**. Tradução Roberto Raposo. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1978.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados** in Estudos jurídicos em homenagem ao professor Orlando Gomes, São Paulo: 1979.

CANARIS. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. p. 145.

COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno tratado das grandes virtudes**. Martins Fontes, 1999, citado por Régis Fichtner Pereira, na obra A responsabilidade civil pré-contratual. Renovar, 2001.

FRADERA, Vera M. Jacob de. **Direito do consumidor 4** – número especial – 1992.

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**, volume I: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamago, Fundação Calouste Gulbenkian. 3^a ed. Lisboa, 1997.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. **Princípios gerais de direito**. 2^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico**, RT 680/46.

_____. **O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro**. RT 753/24.

_____. Org. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

REALE, Miguel (Conf). **Lacunas e arcaísmos do código civil vigente**, in O Projeto do Novo Código Civil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **O projeto do novo código civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SOUSA, António Francisco de. <<**Conceitos indeterminados**>> no **direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.