Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria-Geral do Estado

Revista da PGE

Procuradoria-Geral do Estado RS

Nº 57
Junho/2003

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Publicação da
Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RPGE	PORTO ALEGRE/RS	V. 27	Nº 57	P. 216	2004

Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]. - Porto Alegre : Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 1971 -

Semestral.

Continuação de: Revista da Consultoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul].

Publicação interrompida em 2003.

ISSN 0101-1480

Catalogação na publicação:
Biblioteca da PGE/PIDAP

Os artigos de doutrina não representam necessariamente a posição desta Procuradoria- Geral

Todos os direitos desta edição reservados pela
Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul
Av. Borges de Medeiros, 1501 - 13. Andar
Fone: (51) 32881656
90119-900 Porto Alegre/RS

Impresso no Brasil

GERMANO RIGOTTO
Governador do Estado

ANTÔNIO HOHLFELDT
Vice-Governador do Estado

HELENA MARIA SILVA COELHO
Procuradora-Geral do Estado

JOSÉ CALVINO PIRES MAIA
Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos

TELMO LEMOS FILHO
Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

EUZÉBIO FERNANDO RUSCHEL
Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Institucionais

LUIZ FELIPE TARGA
Corregedor-Geral da PGE

MÁRCIA PEREIRA AZÁRIO
Coordenadora da Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

CONSELHO EDITORIAL

Helena Maria Silva Coelho
(Presidente)
Carla Maria Petersen Herrlein Voegeli
Manoel André da Rocha
Márcia Pereira Azário
Márcia Regina Lusa Cadore Weber
Marco Antônio Piazza Pfitscher
Ricardo Seibel de Freitas Lima

EQUIPE TÉCNICA
(Execução, revisão e distribuição)

Luciana Grings
Secretária-Executiva

IMPRESSÃO E ACABAMENTO
VC Artes Gráficas — *Márcia Cristina Maffei - ME*

SUMÁRIO

EDITORIAL		07
DOUTRINA		
Mutações paradigmáticas da Codificação: do Código Civil de 1916 ao Código Civil de 2002	Andrei Pitten Velloso	09
O novo Código Civil e sua parte geral	Maria Alice Costa Hofmeister	53
A parte geral do Código Civil de 2003: análise crítica da sua manutenção e abordagem de algumas inovações relacionadas ao tratamento legal das pessoas jurídicas, à prescrição e à decadência e ao regramento da prova	Márcia Pereira Azário	69
Pautas para a interpretação do art. 187 do Novo Código Civil	Ricardo Seibel de Freitas Lima	99
O direito das obrigações no novo Código Civil	Jorge Cesa Ferreira da Silva	135
Aspectos da responsabilidade civil e o Novo Código Civil	Eugênio Facchini Neto	157
Responsabilidade civil do médico	Márcia Regina Lusa Cadore Weber	185
PARECERES		
Parecer n. 13841 (Propriedade intelectual. Programa de computador. "Sistema de controle de processos judiciais – CPJ")	Maria Denise Vargas de Amorim	207

EDITORIAL

Em 2003, assumimos a direção da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. No tocante à Revista da PGE, trabalhamos, inicialmente, na alteração da forma de composição do Conselho Editorial da Revista, com vistas a propiciar a participação de Procuradores do Estado aposentados e permitir que dois integrantes do Conselho fossem indicados pela associação de classe, APERGS. Essa iniciativa, debatida e aprovada no âmbito do Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado, resultou acolhida pelo Senhor Governador, sendo contemplada no Decreto nº 42.819, de 14 de janeiro de 2004.

Em continuidade, e tendo por norte a necessidade, cada vez mais crescente, de mostrarmos nosso trabalho e importância para a sociedade, é imperioso que retomemos, neste momento, a publicação da Revista da Procuradoria-Geral do Estado, cuja edição é especialmente dedicada a temas relacionados ao Direito Civil e às alterações trazidas pelo novo Código. A escolha de tais temas, esclareça-se, deveu-se, sobretudo, à necessidade de propiciar o debate em torno das inovações trazidas pelo novo diploma.

Apresentamos, assim, a primeira edição desta gestão 2003/2006, pretendendo dar continuidade a um trabalho que acompanha a Procuradoria-Geral do Estado em seus 39 anos de existência. Nessa trajetória, não tão longa, muitos foram os momentos difíceis que enfrentamos. E hoje, em especial, vivenciamos uma situação ímpar, em que buscamos seja reconhecida autonomia às Procuradorias.

A medida mostra-se consentânea com a evolução da Advocacia Pública e atende aos interesses de todos os Estados da federação, que, em boa hora, poderão contar com instituições dotadas de autonomia para bem exercer o controle prévio e interno da legalidade dos atos da Administração Pública, colaborando, por conseqüência, com a diminuição das demandas contra o Poder Público em juízo, reduzindo prejuízos ao erário, e proporcionando melhor direcionamento dos recursos públicos em prol da sociedade.

Importante que se diga que a proposição não cria nenhuma vinculação de receitas orçamentárias em proveito das Procuradorias, além de mostrar-se juridicamente correta e institucionalmente adequada, na medida em que confere tratamento similar às três carreiras que exercem as chamadas **funções essenciais à justiça**.

Com efeito, inadmissível que se ofenda a simetria que o próprio constituinte alcançou às três funções do Estado, de defesa da sociedade (Ministério Público), dos necessitados (Defensorias) e do próprio Estado (Procuradorias), disciplinadas exatamente no mesmo Capítulo do Título IV da Constituição Federal. Nesse sentido, o fortalecimento de duas delas, contraposto pelo enfraquecimento de outra, exatamente a responsável pela **defesa dos interesses do Estado**, acarretaria desequilíbrio a

prejudicar o desempenho de revelante função, contrariando, assim, o intuito do constituinte federal, que conferiu tratamento isonômico às três procuraturas constitucionais.

Como bem salientado pelo insigne Procurador do Estado do Rio de Janeiro Diogo de Figueiredo Moreira Neto, as três procuraturas não defendem interesses hierarquizados entre si. Nenhum interesse tem supremacia absoluta sobre os demais: a prevalência de um interesse público, difuso, coletivo ou mesmo individual, depende da natureza de cada relação, com o que, o tratamento dispensado a cada uma delas não pode ser diferenciado.

Tendo como balizamento, portanto, a Constituição Federal, como não poderia deixar de ser, devemos todos, em conjunto, lutar pela autonomia das Procuradorias, resguardando o próprio Estado de Direito.

Retomando a publicação da Revista da Procuradoria-Geral do Estado, esperamos, ao trazer tal assunto a debate, contribuir para o fortalecimento desta fundamental atividade, a advocacia pública.

Helena Maria Silva Coelho,
Procuradora-Geral do Estado.

MUTAÇÕES PARADIGMÁTICAS DA CODIFICAÇÃO: DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 AO CÓDIGO CIVIL DE 2002[1]

Andrei Pitten Velloso*

INTRODUÇÃO
1 CODIFICAÇÃO OITOCENTISTA E O CÓDIGO CIVIL DE 1916
1.1 PARADIGMAS METODOLÓGICOS: SEGUNDA E TERCEIRA SISTEMÁTICAS, PRIMEIRA E SEGUNDA CODIFICAÇÕES E CODIFICAÇÃO OITOCENTISTA
1.2 TRADIÇÃO JURÍDICO-PRIVADA E INFLUÊNCIAS NA CODIFICAÇÃO
1.2.1 Tradição jurídico-privada brasileira
1.2.2 Influências
1.3 SISTEMA FECHADO
1.3.1 Plenitude legislativa e completude lógica
1.3.2 Técnica legislativa: abstração, casuística e autonomia privada plena
1.3.3 Parte geral
1.4 ETICIDADE E AXIOLOGIA
2 CODIFICAÇÃO ABERTA E CÓDIGO CIVIL DE 2002
2.1 PARADIGMAS METODOLÓGICOS: BGB, CONSTITUIÇÕES CONTEMPORÂNEAS E DESCODIFICAÇÃO
2.2 EVOLUÇÃO JURÍDICO-PRIVADA PÁTRIA E INFLUÊNCIAS NA CODIFICAÇÃO
2.2.1 Evolução jurídico-privada pátria
2.2.2 Influências na codificação
2.3 SISTEMA ABERTO
2.3.1 Centralidade
2.3.2 Técnica legislativa: cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados, mobilidade e funcionalização
2.3.3 Parte geral
2.4 ETICIDADE E AXIOLOGIA
CONCLUSÃO

... nous sommes capables de comprendre toutes les causes sous certains formules générales, afin que nous ne laisson pas quelque occasion de procéder à un raissonnement ad similia ou a contrario, ou afin que tout le raissonnement consiste dans une simple subsomption (nuda subsumtione)" "...il est préférable que quelques uns subissent um tort jusqu´au moment où il nous en est refere, plutôt que d´alimenter le mal collectif d´un droit incertain. - G.W. Leibniz

[1]Esse texto resulta de seminário realizado no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, sob a orientação da Profa. Dra. Judith Martins-Costa no primeiro semestre de 2002.

* Juiz Federal.

... não só não há nenhuma «compleitude lógica» do Direito, como, também, não existe nenhuma «compleitude teleológica». ... as cláusulas gerais «carecidas de concretização» têm freqüentemente uma função totalmente legítima e opõem-se a uma generalização demasiado rígida, facultando a penetração da «eqüidade» no sentido da justiça do caso concreto. - Claus-Wilhelm Canaris

INTRODUÇÃO

Não obstante a redação de muitos dispositivos do Código Beviláqua tenha restado inalterada[2] , profundas foram as modificações decorrentes do advento do Código de 2002, o qual, por acolher outra concepção de sistema e estar assentado em fundamentos éticos e axiológicos nitidamente dissonantes daqueles que embasavam o Código de 1916, consiste, de fato, em um novo código. A ruptura com os paradigmas do código de 1916, no entanto, extrapola sensivelmente o significado que pode ser extraído das alterações que os seus dispositivos, enfocados insularmente, operacionalizaram, pois decorre, muitas vezes, de intervenções pontuais em normas de grande relevância no sistema[3] . Esse quadro é lapidarmente traçado por Moreira Alves, quando assevera que a tarefa de transformar "um código individualista num código inspirado na tendência social do direito moderno", que à primeira vista se afiguraria extremamente complexa, é viável de ser concretizada por diminutas alterações no texto.[4]

Destarte, à compreensão do sistema, da eticidade e da axiologia do novo Código é imprescindível a consciência de seus paradigmas. O escopo do presente trabalho é, pois, evidenciar os seus paradigmas metodológicos, axiológicos e éticos, de modo a contribuir para a adequação, ao novo modelo legislativo, dos modelos jurisdicionais e hermenêuticos, o que é indispensável à escorreita aplicação do novo código.

A adequação colimada, contudo, demanda também a exposição dos paradigmas do Código Beviláqua, porquanto os paradigmas da presente codificação tendem a ser obscurecidos pela própria tradição civilista pátria, à qual rupturas de vulto não são familiares, mormente diante do centralismo e da continuidade relativa que são tônicas desta.

Para tornar cristalina essa mutação de paradigmas o trabalho é dividido em duas partes com estruturas análogas: na primeira parte abordar-se-á o Código de 1916 inserido no contexto da codificação oitocentista, expondo-se seus paradigmas metodológicos, os elementos que o tornaram uma codificação peculiar – a tradição jurídico-civil pátria e suas influências -, seu sistema e suas bases éticas e axiológicas;

[2] Uma das diretrizes que nortearam a elaboração do Código de 2002 foi, justamente, a de conservar, quando possível, o texto do código atual, pois "nossa Lei civil condiciona um manacial de cultura jurídica e doutrinária", sendo que "mudar uma palavra no texto poderia, desde logo, provocar esta pergunta: qual a razão da mudança?". REALE, Miguel. Diretrizes Gerais do Projeto de Código Civil. In: Direito, Ciência Política e Administração. Fortaleza: Instituto Clóvis Beviláqua, 1977. p. 16.

[3] Motivo pelo qual a exegese das modificações concretizadas pelo novo código deve ir muito além da mera análise de quadros-comparativos.

[4] Moreira Alves menciona os exemplos do Anteprojeto de Código Civil do Prof. Orlando Gomes, em que "com dois artigos apenas passou-se da propriedade individualista para a propriedade com função social", e do Código de Portugal de 1966, o qual realizou a mesma mudança com apenas um artigo, "o de nº 334, que condena o abuso de direito", que corresponde ao art. 187 do Código Civil de 2002. MOREIRA ALVES, José Carlos. A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 26 et seq.

na segunda parte, será enfocado o Código de 2002 dentro do contexto da codificação aberta, abordando-se seus paradigmas metodológicos, suas influências, seu sistema e sua eticidade e axiologia. Dentro do tema riquíssimo da mutação de paradigmas, será enfatizada a mutação do paradigma metodológico, que é a verdadeira inovação, perante o ordenamento jurídico atual, do código civil de 2002, tendo em vista que as mudanças dos paradigmas axiológico e ético foram sendo operacionalizadas no curso da vigência do código atual, por meio da legislação esparsa e, primordialmente, das sucessivas Constituições Republicanas[5] .

A abordagem dessa mutação de paradigmas, todavia, não leva à conclusão de que haveria, por parte dos códigos de 1916 ou de 2002, identificação absoluta com os paradigmas[6] ou que a mutação que se operou foi absoluta, o que é enfatizado no bojo do trabalho[7] .

1 CODIFICAÇÃO OITOCENTISTA E O CÓDIGO CIVIL DE 1916

1.1 PARADIGMAS METODOLÓGICOS: SEGUNDA E TERCEIRA SISTEMÁTICAS, PRIMEIRA E SEGUNDA CODIFICAÇÕES E CODIFICAÇÃO OITOCENTISTA

A denominada "segunda sistemática"[8] tem por base o pensamento de René Descartes, que, transposto para as ciências jurídicas por Thomas Hobbes, deu lugar a uma sistematização fulcrada num esquema jurídico inverso da humanista[9] , a qual a precedeu. Essa sistematização é *central*, configurando uma sistemática axiomático-dedutiva com a concepção de que todo o sistema jurídico estaria assentado em poucos postulados, dos quais, pelo método lógico-dedutivo, seriam os demais obtidos, rejeitando, como pré-dados, os elementos histórico-culturais, que se opunham ao cogito.[10] Negando a natureza histórico-cultural das realidades jurídicas, importa-

[5] Vide infra "Evolução jurídico-privada pátria".

[6] Nem mesmo o Código Napoleônico, expoente maior da codificação oitocentista, amolda-se perfeitamente aos quadros dessa, tendo, assim como o Código Beviláqua (art. 159), adotado em seus arts. 1.382 (assim redigido: "Tout fait quelconque de l´homme, qui cause à autrui um dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer") e 1.383, uma cláusula geral de responsabilidade civil, que permitiu o seu notável desenvolvimento pela atuação jurisprudencial.

[7] Vide o ponto "Tradição jurídico-privada pátria e influências da codificação", no qual são analisadas as causas da singularidade do Código Civil de 1916; no que toca ao emprego de conceitos jurídicos indeterminados por este código e às alterações desta utilização, o tópico "cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados", em que é abordada a mudança de sistema por meio de alterações pontuais; em relação à existência de partes móveis também no Código Beviláqua há alusão no tópico "mobilidade do sistema".

[8] Isto é, o segundo modelo sistemático externo, também referido como sistemática jusracionalista.

[9] Consoante expõe Menezes Cordeiro, o Humanismo alcançou a primeira sistemática, de tipo empírico e *periférico*, à qual faltava um "vigoroso discurso teórico que, transcendendo as contingências dos contactos superficiais entre temas jurídicos, dispersos nas fontes, facultasse um verdadeiro sistema externo de Direito". CANARIS, Claus Wilhem. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Introd. e trad. por A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. LXXVII.

[10] Idem, Ibidem. AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. *O Direito*, ano 126, 1994, p. 66; RODRIGUEZ, Carlos Eduardo Lopes. A noção de sistema no direito privado: unidade ou pluralidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul,** v. 9, n. 1, nov./1993, p. 203.

va, a sistemática jusracionalista, em tal abstração da realidade que Leibniz, um de seus mais ilustres expoentes, concebia que o Direito integrava as disciplinas que não dependiam da experiência ou de fatos, mas somente de definições, de provas lógicas estritas, sendo redutível, com seu método dedutivo lógico-matemático (*mos geometricus*), a uma pura aritmética[11] .

Com base no pensamento da Escola Histórica do Direito de Savigny, o pandectismo veio a construir uma *sistemática integrada*, a "terceira sistemática", sendo, de certa forma, a síntese das que lhe antecederam: da sistemática periférica humanista, caracterizada pela ênfase na natureza histórica do Direito; e da sistemática central jusracionalista, que, com base no cartesianismo, desenvolveu uma real construção sistemática do Direito. Assim, a sistemática integrada, conjugando elementos da periférica e da central, aceita o direito periférico como irrecusável herança histórico-cultural, mas o reelabora cientificamente, sistematizando-o[12] .

A primeira[13] e a segunda codificações - a codificação francesa, de 1804, e a codificação alemã, de 1896 – têm por fundamentação teórica, respectivamente, a segunda[14] e a terceira sistemáticas terminais[15] [16] .

Apesar de o BGB datar de 1896, com a expressão "codificação oitocentista" fazemos referência unicamente à primeira codificação, cujo maior expoente é o Código Napoleônico[17] .

---

[11] "Il peut donc conclure à ce stade que «la doctrine du droit est du nombre de celles qui ne dépendent pás des expériences, mais des définitions, qui ne dépendent pas des démonstrations des sens, mais de celles de la raison, et sont, pour ainsi dire, de droit, non de fait»". GARDIES, Jean-Loius, La rationalité du droit chez Leibniz. **Archives de philosofie du Droit**, t. 23, 1978, p. 128; RODRIGUEZ, op. cit., p. 204.

[12] MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. LXXXIII; COUTO E SILVA, Almiro. Romanismo e Germanismo no Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS,** Porto Alegre, v. 13, 1997, p. 19.

[13] "Primeira codificação" no sentido moderno do termo – de uma *técnica* que pressupõe "a ab-rogação de todo o direito precedente, a formulação sistemática de leis tendentes a impedir toda a possível antinomia e a pretensão de auto-suficiência do seu sistema interno". Com efeito, as "antigas codificações", das quais é exemplo o *codex* de Justiniano, eram "recopilações assistemáticas", carentes de ordem e unidade, revelando-se, pois, nitidamente dissonantes da concepção atual de codificação. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**: Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999. p. 176-177.

[14] Evidencia a sistemática central no Código Napoleônico a própria divisão das matérias: Livro I – Das pessoas; Livro II – Dos bens e das diversas modificações da propriedade; Livro III – Das diferentes formas por que se adquire a propriedade. "Toda a matéria se desenvolve, pois, a partir de idéias centrais simples e claras: a pessoa, enquanto indivíduo, carece de bens que movimenta, para sobreviver e se expandir." MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. XCI.

[15] Denota a presença da terceira sistemática na elaboração do BGB a adoção por este de uma parte geral, que, desenvolvida pelos pandectistas, representa uma apurada sistematização, assentada em dados científicos mais avançados. O BGB é dividido em cinco livros, consubstanciando a chamada classificação germânica do Direito Civil: Parte geral, Direito das relações obrigacionais, Direito das coisas, Direito de Família e Direito das sucessões. MENEZES CORDEIRO, 1989, p. XCVI et seq.

[16] Com a promulgação do Código Francês de 1804, colimou-se consolidar as conquistas liberais burguesas da Revolução Francesa, razão pela qual seu conteúdo apresenta um forte teor ideológico. No BGB, as preocupações imediatamente ideológicas do Código de Napoleão desaparecem, em favor de considerações predominantemente técnicas. Ibidem, p. XCIV.

[17] Em virtude de peculiaridades metodológicas do BGB, dentre as quais apresenta relevo a renúncia quase absoluta à casuística. Quanto a esse tema, vide *infra.* Dentre as codificações oitocentistas podem ser referidas o Código Prussiano de 1794 e o Código Austríaco.

As codificações oitocentistas estão assentadas em sistemas internos[18] fechados, que se caracterizam pela: origem exclusiva da fonte legislativa, em decorrência da teoria monista das fontes do Direito; auto-referência absoluta, exclusiva e excludente de qualquer normatização não-inserta no código, vedando-se, portanto, a hetero-integração[19]; construção sobre os mitos da auto-suficiência, da plenitude lógica e da igualdade de todos perante a lei; e fundamentação num raciocínio lógico-dedutivo, rejeitando o raciocínio tópico, que marcara a Antigüidade[20].

Desse modo, as codificações oitocentistas, verdadeiros monumentos culturais[21], são caracterizadas, no que tange à metodologia: por consubstanciarem sistemas fechados, colimando a impermeabilidade à intervenção da realidade e ao "poder criador da jurisprudência", decorrente da crença de que a "perfeição da construção conceitual e o encadeamento lógico-dedutivo dos conceitos bastaria para a total compreensão da realidade"[22]; pela pretensão à completude legislativa e plenitude lógica, objetivando abranger, de forma centralizada, toda a legislação[23] e todos os acontecimentos fáticos da vida social; e pela adoção, com a utilização de uma linguagem precisa, da técnica legislativa da casuística, sem espaço para cláusulas gerais[24], salvo poucas exceções.

No que toca ao conteúdo axiológico, são peculiares à codificação oitocentista, além do patriarcalismo, o individualismo e o patrimonialismo, representados pelos dogmas da liberdade e da igualdade formais, com a consagração dos institutos da propriedade, da liberdade contratual e das sucessões como absolutos; instrumentos para a atuação da autonomia da vontade plena e irrestrita dos particulares, em relação aos quais a lei se limitava a estabelecer procedimentos e esquemas de ação.

Vinha a reforçar a rigidez das codificações oitocentistas, determinada por seus sistemas internos, a elaboração de sistemas externos fechados, caracterizados pelo tecnicismo jurídico, pela adoção de métodos de interpretação silogísticos - exegetismo, legalismo e formalismo conceitual -, voltados à vontade do legislador ou da lei, nas-

[18] Adotam-se aqui as expressões "sistema interno" e "sistema externo" cunhadas por Heck. CANARIS, 1989, p. 55. No entanto, deve ser frisado que o Código Civil Napoleônico não apresentava rigorosamente um sistema interno, concebido como uma "ordem imanente".

[19] Entendida como o preenchimento de lacunas da lei com a aplicação de normas ou princípios de outro sistema. AMARAL, 1994, p. 64.

[20] MARTINS-COSTA, 1999, p. 23 et seq; AMARAL, op.cit., p. 64. O pensamento de Leibniz, matemático e filósofo jusracionalista, é paradigmático ao tratar das questões da completude e certeza da codificação: "[Il faut respecter la règle générale selon laquelle pour nulle cause ne seront accordées une action, une exception, une autre solution de droit (remedium juris), une intervention judiciaire que ne soit pas fournie dans ce Code. (...) Pour porter remède aux querelles entre les citoyens, les qualités suivantes aparaissent clairement nécessaires: dans la République elle-même, [l´orde] la force et l´autorité, chez les Magistrats, la prudence et la religión, dans les lois elles-mêmes [la certirtude et la facilité pour toutes les causes] la clarté et la complétude (sufficientiam) " LEIBNIZ, G. W. Trois textes sur le droit et la codification. **Archives de philosofie du Droit**, t. 31, 1986, p. 358-359.

[21] COUTO E SILVA, op. cit., p. 9.

[22] Martins-Costa, Judith. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da "ética da situação". **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS,** v. 20, p. 228, 2001.

[23] PREDIGER, Carin. A noção de sistema no direito privado e o código civil como eixo central. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 164.

[24] MARTINS-COSTA, op. cit., p. 229.

cendo dessa concepção um "jogo de artifícios e abstrações" importando na "reconstrução sistemática" dos conceitos que o código supostamente encerra[25].

A conjugação dos sistemas interno e externo fechados na elaboração, interpretação e aplicação das codificações oitocentistas importou na concepção dos códigos como certos e imutáveis, destinados à perenidade e à formação da "unívoca realidade do direito". Valia o "mundo da segurança", o mundo dos códigos, diante da "cambiante e flexível" realidade sócio-cultural[26].

1.2 TRADIÇÃO JURÍDICO-PRIVADA PÁTRIA E INFLUÊNCIAS NA CODIFICAÇÃO

Não obstante sejam relevantes os paradigmas teórico e metodológicos mencionados, o Código Civil de 1916, por ser fruto de diversas concepções, consiste numa codificação singular, cujas características basilares somente podem ser adequadamente compreendidas à luz da tradição jurídico-privada brasileira e das diferentes influências que nele foram cristalizada, que serão abordadas em singelas linhas.

1.2.1 Tradição jurídico-privada brasileira

Importou, o advento do Código Beviláqua, na ab-rogação das Ordenações Filipinas então vigentes, as quais eram produto da atividade legiferante portuguesa e extremamente lacunosas. São justamente a procedência estatal das ordenações e a lacunosidade dessas os fatores que deram ensejo, respectivamente, ao "centralismo" e ao "bartolismo", levando, conseqüentemente, à pluralidade de influências teóricas e dogmáticas. Representam, ainda, as causas últimas da singularidade do Código Civil de 16, motivo pelo qual deverão ser, conquanto sucintamente, abordados.

Posto que não houvesse uma codificação civil em sentido estrito, o Direito Civil Brasileiro, desde as Ordenações Manuelinas, estava inserido num contexto de significativo *centralismo*[27], que é o primeiro "traço decisivo para a compreensão do nosso direito"[28]. O centralismo consistiu em um fenômeno antigo no direito português, sendo que as ordenações portuguesas[29] organizavam um direito de *origem legislativa,*

[25] MARTINS-COSTA, 1999, p 268. Paradigmática é a famosa frase de Napoleão, o qual, ao tomar conhecimento dos primeiros comentários ao seu estimado Código, teria afirmado que: "Mon Code est perdu". PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código Napoleão. **Revista de Direito Civil**, n. 51, p. 11.

[26] MARTINS-COSTA, op. cit. Natalino Irti, ao tratar, no início de sua obra L´età della decodificazione, sobre *"Il mondo della sicurezza"*, refere que, neste, ao direito se pediam instrumentos que pudessem garantir os valores burgueses dominantes, determinando "*le regole del gioco*", que cumpriam a exigência de estabilidade que estava à base das codificações oitocentistas. Esse mundo da segurança, contudo, pereceu diante das vultosas transformações ocorridas após a Primeira Grande Guerra. IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milano: Giuffré, 1989.

[27] COUTO E SILVA, Clóvis. O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro. **Ajuris**, Porto Alegre, n. 40, p. 129, 1987.

[28] MARTINS-COSTA, 1999, p. 239.

[29] Que objetivaram, desde as primeiras, as Afonsinas (1446 ou 1447), coordenar a dispersa legislação, conferindo-lhe unidade. Entretanto, consoante assinala Clóvis do Couto e Silva, as ordenações portuguesas eram, na realidade, compêndios, modelos assistemáticos, op. cit., p. 131.

com *procedência estatal*, posto pela emanação do poder real. Isso o diferenciava dos "*coutumes* franceses ou do direito consuetudinário alemão."[30] Assim, o centralismo jurídico preparou terreno à aceitação do mito da plenitude, introduzido na França e na Alemanha somente no século XIX[31], conduzindo à codificação do Direito Civil brasileiro "em seu sentido tradicional e positivista, como algo que incorpore em seu universo a totalidade normativa de um país"[32], embora em termos diversos do Código Napoleônico, paradigma de codificação à época. Destarte, a codificação civil no Brasil representou uma continuidade relativa[33], não tendo se operado, aqui, o "corte revolucionário" verificado no direito francês, tampouco a fusão entre o ordenamento central e os territoriais ocorrida na Alemanha[34].

As ordenações portuguesas eram corpos de normas assistemáticos, incompletos e contraditórios, cujos defeitos exsurgiam evidentes pelo fato de o direito que lhes era subsidiário, notadamente o direito romano, ser um "tecido denso, rico, de extraordinária abrangência"[35]. Isso importou com que a "vida jurídica se pautasse prevalentemente pelo direito subsidiário, representando o direito propriamente lusitano um papel subsidiário"[36], o que consubstanciava uma inequívoca subversão das fontes jurídicas, com a aplicação direta e desprovida de critérios seletivos das fontes subsidiárias.

O Bartolismo[37] consiste, sem dúvidas, em uma especificidade marcante do sistema jurídico brasileiro, no qual a doutrina, primordialmente a estrangeira, era fonte de direito."[38]; denota o fato de "as sentenças judiciais refletirem as opiniões de autores de diversos sistemas jurídicos, ´como se existisse ainda um ´Direito Comum´ supranacional"[39], o que era ensejado pela extrema lacunosidade das Ordenações. O singular método desenvolvido por Bartolo de Saxoferrato, em que os "ensinamentos universais" eram compatibilizados com os costumes locais[40], importou com que as

[30] MARTINS-COSTA, op. cit., p.239.
[31] Ibidem, p. 240.
[32] COUTO E SILVA, Clóvis do, 1987, p. 137.
[33] A continuidade é pertinente à tradição material, 479 fontes, e à formal, do centralismo. PONTES DE MIRANDA, F.C. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 93. Desse modo, não se verificou no Brasil estritamente a seqüência histórica da codificação referida por Bartolomé Clavero: *"Revolución, Declaración, Constitución y Códigos."*, CLAVERO, Bartolomé. Codificacion y Constitución: paradigmas de un binomio. **Quaderni fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico**, Firenze, v. 18, p. 84, 1988. Aqui, o processo codificatório não foi antecedido por uma revolução burguesa, tampouco por uma declaração de direitos constitucionais, tendo sido determinado pela Constituição do Império (art. 179, n. XVIII), nos seguintes termos "Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundados nas sólidas bases da Justiça e da Eqüidade."
[34] MARTINS-COSTA, 1999, p. 238.
[35] COUTO E SILVA, Almiro do, 1997, p. 12.
[36] Ibidem, p. 12.
[37] Expressão cunhada em virtude de Bartolo de Saxoferrato, que viveu no século XIV, ter sido o mais célebre dos comentaristas, a cujos comentários foi atribuído o papel de *lei* subsidiária. MARTINS-COSTA, op. cit., p. 242.
[38] Ibidem, p. 241. Carlos de Carvalho refere criticamente esse quadro, asseverando que: *"As regras de direito não circulam nem são recebidas pela força da lei, de seu espírito ou princípios mas pelo número de endossantes, nacionais poucos e estrangeiros muitos, de preferência italianos e alemães." Apud* COUTO E SILVA, Almiro do, op. cit., p. 14.
[39] MARTINS-COSTA, op. cit., p. 241.
[40] Ibidem, p. 242.

recepções, por Portugal, do direito estrangeiro fossem parciais. O Bartolismo, pois, preservou a identidade jurídica local ao mesmo tempo em que a conjugou com um *Direito Civil Comum*, resultando no surgimento de um novo contexto jurídico, aberto às mais variadas concepções teórico-jurídicas e, por tal razão, extremamente complexo. Múltiplas são, pois, as influências que confluíram no Código de 1916, as quais são o tema do tópico seguinte.

1.2.2 Influências

O Código Civil brasileiro de 1916, diversamente do Código Civil Português de 1867 e da maioria dos Códigos latino-americanos que foram editados antes de 1900, não sofreu profunda influência do direito francês, do Código Napoleônico, em virtude, principalmente, da tradição centralista[41] e do bartolismo[42]. Por outro lado, embora o Código Civil de Beviláqua somente tenha entrado em vigor em 1917, não foi, como refere Pontes de Miranda, revisto em virtude do advento, respectivamente em 1896 e 1907, do BGB e do Código Civil Suíço.[43] As alterações verificadas entre 1899 e 1915 foram, em sua maioria, apenas formais, resultantes precipuamente das críticas de Rui Barbosa[44].

Não obstante seja inviável proceder ao enquadramento do Código de 1916 – que consubstancia, de fato, uma codificação peculiar, original - em qualquer dos paradigmas sistemáticos da época (jusracionalismo e pandectística), a sua elaboração sofreu, primordialmente pela tradição do "Bartolismo", influências estrangeiras significativas, as quais não podem ser olvidadas. Cremos que a melhor metodologia para se denotar as diversas influências na codificação de 1916 consista na análise das principais concepções acolhidas pelos grandes juristas brasileiros que trabalharam em projetos dos quais resultou o Código Beviláqua.

Para se entender o sistema do Código Civil de 1916 é imprescindível que se exponha, preliminarmente, a influência do pensamento de Teixeira de Freitas[45], pois

---

[41] Cabe ser assinalado o fato de as Ordenações Filipinas terem vigido por mais de trezentos anos no País, até a entrada em vigor do Código Civil de 1916.

[42] Consociou-se a essas tradições o fato político de o Brasil, quando da elaboração dos primeiros projetos do Código Civil, ser um Império, facilitando a 'resistência' à vultosa influência do "revolucionário e republicano *Code Civil* francês de 1804"; situação alterada com a proclamação da República, permitindo que Clóvis Beviláqua, quando da elaboração de seu Projeto, fosse significativamente influenciado pelo Código Francês. MARQUES, Claudia Lima. Cem anos de Código Civil Alemão: O BGB de 1986 e o Código Civil Brasileiro de 1916. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 40, p. 82, 1987.

[43] PONTES DE MIRANDA, 1981, p. 85.

[44] MARQUES, op. cit., p. 82. No entanto, tendo em vista que o Código Civil brasileiro foi elaborado no período de 1860 a 1899, enquanto que o BGB o foi no período de 1874 e 1896, não há como se negar que o Projeto do BGB foi conhecido e considerado na elaboração do Código Civil de 1916, sendo, contudo, mais expressivas as influências da doutrina alemã. Consoante leciona Claudia Lima Marques: "Freitas e Rodrigues elaboraram seus Projetos antes de que o projeto final do BGB estivesse pronto e consideraram somente o primeiro e criticado projeto de 1887/88. Beviláqua, ao contrário, conhecia o segundo Projeto de BGB, publicado em 1895, e o considerou em seus estudos.", op. cit., p. 88.

[45] "Teixeira de Freitas foi, no século XIX, o gênio do direito civil na América. A *Consolidação das Leis Civis*, cujas notas são magníficas fontes de doutrina, e o *Esboço do Código Civil* representam o que de melhor se tinha, em direito civil, em toda a América." PONTES DE MIRANDA, 1981, p. 63.

a *Consolidação das Leis Civis*, elaborada em 1857, com base nas "Ordenações Filipinas" de 1602, *"alcançou até 1917* – isto é, mais do que meio século – a autoridade de um verdadeiro Código Civil Brasileiro"[46] e "o Código de 1916 incorporou, em larga medida, a noção de sistema formulada por Teixeira de Freitas"[47].

Foi Teixeira de Freitas o primeiro jurista a quem, após não expressivas tentativas de codificação, se atribuiu a tarefa proceder à elaboração do Código Civil, que, no entanto, deveria ser antecedida da consolidação do direito vigente. Ao proceder à consolidação da caótica legislação esparsa, Teixeira de Freitas procurou criar um real sistema no Direito Civil Pátrio[48], tarefa à qual se dedicou, inicialmente, quando da elaboração da *Consolidação das Leis Civis*, concluída em 1857, e, ulteriormente, do *Esboço do Código Civil.* Com tal desiderato, Teixeira de Freitas buscou examinar as leis em seus próprios textos, sem influência de alheias opiniões, para conhecer a substância viva da Legislação[49]. Essa concepção, de sistematizar um Direito Civil positivo pátrio, aplicada à *Consolidação*, significou uma vultosa mudança de rumo em relação à tradição do "Bartolismo"[50], que, primordialmente pela falta de critérios que sua aplicação denotava, tornava tormentosa a prática judiciária.

Não obstante a influência filosófica de Leibniz[51], a concepção sistemática de Teixeira de Freitas não se confunde com a sistemática jusracionalista, tendo sofrido, ainda, nítida influência da pandectística[52], o que é revelado pelo fato de ter organiza-

[46] MARQUES, 1987, p. 78.
[47] MARTINS-COSTA, 1999, p. 259.
[48] O intuito era o de ordenar; não o codificatório. Mas havia a intenção de classificar à vista das "conexões imanentes dos institutos, à vida da ´unidade superior´ que precede a ´substância viva´ do Direito. Idem, p. 253.
[49] Ibidem, p. 252.
[50] Como expõe na introdução à *Consolidação*: "[...] Aquellas Ordenações, que são pobrissimas, reclamavão copioso supplemento. Seus callaboradores, ou pela escassez de luzes de que têm sido acusado, ou por fugirem a maior trabalho, reportárão-se muitas vezes ao Direito Romano, e mesmo geralmente o autorisárão mandando até guardar as glosas de Accursio, e as opiniões de Bartolo e mais Doutores. [...] tudo concorreu, para que os nossos Juristas carregassem suas Obras de materiaes estranhos, ultrapassando mesmo as raias dos casos omissos. As cousas têm chegado a tal ponto, que menos se conhece, e estuda, nosso Direito pelas leis, que o constituem; do que pelos Praxistas que as invadirão. Outras causas ainda contribúem para tão desagradável situação." TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. aum. Rio de Janeiro: Garnier, 1896. p. XXXII.
[51] A concepção filosófica empregada nesse processo de sistematização encontra suas raízes no pensamento de Leibniz, jusracionalista alemão, tendo Teixeira de Freitas adotado, na Consolidação, o "supremo princípio" de Leibniz, de que a verdadeira classificação deve ser derivada da *natureza das cousas*, o que é evidenciado, dentre outros aspectos, pelas referências, na *Consolidação* e no *Esboço*, à "substância viva da Legislação", ao "ser das coisas", etc. MARTINS-COSTA, 1999, p. 249. Vide, quanto à "matriz filosófica da noção de sistema" de Teixeira de Freitas, o artigo de Judith Martins-Costa "O Sistema na Codificação Civil Brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas", em que são analisada as semelhanças entre as matrizes de pensamento de Teixeira de Freitas e de G. W. Leibniz; no que toca ao pensamento de Leibniz, vide GARDIES, "La Rationalité du droit chez Leibniz".
[52] À formação do pensamento de Teixeira de Freitas confluíram variadas influências, dando ensejo ao desenvolvimento de uma obra inovadora. Expondo as diversas influências de Teixeira de Freitas, Orlando de Carvalho, professor da Universidade de Coimbra, assevera que: "por uma rara capacidade de análise, que singularmente se alia a uma preocupação de sistema que, no seu geométrico ardor, o aproxima por vezes, por sobre Hugo e Savigny e entre as mónadas de Leibniz, não só nem tanto de um Puchta, mas, inclusive, de um Kelsen – meio século antes, o que convém que se acentue!" CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, n. LX, 1984, p. 2.

do a Consolidação com base na bipartição da codificação já empregada na obra dos pandectistas[53]. Essa bipartição consistia na divisão estrutural da codificação em uma Parte Geral, à qual, na obra de Teixeira de Freitas, cabia tratar dos "elementos constitutivos de todas as relações jurídicas", e uma Parte Especial, que regrava os direitos pessoais e reais. No *Esboço*, elaborou uma teoria dos fatos jurídicos que seria a base do sistema interno da consolidação, do *Esboço* e, ulteriormente, do Código Civil[54].

Colimando a unificação do Direito Privado[55], desinteressou-se do Projeto, pois considerava arbitrária a divisão entre o direito civil e o comercial, propondo, na célebre carta dirigida a Martim Francisco, a elaboração de dois códigos: um Código Geral ou Código Geral de Direito Privado, propedêutico ao conjunto dos ramos jurídicos, e um Código Civil, que absorveria a legislação mercantil. Essa proposta denota a "maior tentativa que se fez até hoje de se transpor para a lei uma teoria geral do direito", de "conversão em jurídico do jurídico-científico"[56]. A não-aceitação de sua proposta importou com que fosse, em 1872, declarada a resolução de seu contrato para a elaboração do Código Civil[57].

Embora não tenha atuado diretamente na elaboração do Código de 1916, suas influências sobre este são significativas. Como refere Pontes de Miranda, Clóvis Beviláqua elaborou, em 1899, o Código Civil de 1916 aproveitando, primordialmente, os projetos de Teixeira de Freitas, de A. Coelho Rodrigues e de Felício dos Santos, sendo que a presença criativa de Teixeira de Freitas na codificação de 1916 foi mais acentuada do que a do próprio Clóvis Beviláqua.[58] A influência do pensamento de Teixeira de Freitas estende-se até o Código Civil de 2002, primordialmente no que tange à sua concepção de sistema, à unificação do direito das obrigações e à concretitude[59].

---

[53] "A estruturação em uma Parte Geral e uma Parte Especial é devida aos pandectistas alemães do séc. XIX." MARTINS-COSTA, 2001, p. 216.

[54] A Teoria dos Fatos jurídicos propriamente dita somente foi desenvolvida no *Esboço*, porquanto, quando da elaboração da *Consolidação*, Teixeira de Freitas considerava que os fatos jurídicos não deveriam considerados. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Esboço**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1952. p. 229. Por outro lado, deve ser assinalado que o Código Civil não adotou integralmente a Teoria dos Fatos Jurídicos de Teixeira de Freitas.

[55] Idéia que, apesar de haver sido adotada no Código Suiço das Obrigações de 1912 e no Código Italiano de 1942, somente veio a ser acolhida, no que toca à unificação das obrigações, no direito positivo brasileiro com o Código de 2002, como será analisado *infra*.

[56] CARVALHO, op. cit., p. 36-37.

[57] PONTES DE MIRANDA, 1981, p. 80.

[58] "Depois dos quatro Projetos, podia Clóvis Beviláqua aproveitar o material deles e apresentar a construção sóbria, mas elegante, que apresentou – construção que a Comissão revisora, a Comissão da Câmara e o Senado aperfeiçoaram em muitos pontos. Pela colheita de artigos, a que procedera, no *Esboço* de Teixeira de Freitas, no Projeto de Coelho Rodrigues, que foi a principal das suas fontes imediatas, no de José Thomaz Nabuco de Araújo, que em quase nada lhe serviu, e no de Felício dos Santos, de que recebeu regras tradicionais e sugestões conservadoras, a obra de Clóvis Beviláqua constituiu algo de nacional, de característico, a despeito do cosmopolitismo inerente às construções, de feitio universitário, nos povos novos. [...] Breve estatística poderia dizer-nos que foi, ainda em 1900-1915, Teixeira de Freitas, o codificador de 1860, quem mais *criou* no Código; depois, Coelho Rodrigues, Clóvis Beviláqua, a Comissão revisora e o Senado." Idem, p. 91.

[59] Vide *infra*.

Por outro lado, juristas que tiveram destacado papel na elaboração e crítica do Projeto do Código Civil de 1916, tais como Tobias Barreto, Clóvis Beviláqua e Rui Barbosa, são expoentes da denominada "Escola Alemã de Recife"[60], que, fundada pelo primeiro, difundiu a ciência jurídica alemã no País, cujos juristas eram "acostumados a uma orientação até então quase que exclusivamente francesa"[61]. Nesse panorama, os sistemas de Savigny[62] e dos pandectistas exerceram uma significativa influência no pensamento de Clóvis Beviláqua, confluindo - conjuntamente com diversos elementos, dentre os quais sobressaem a inspiração filosófica em Leibniz cristalizada na obra de Teixeira de Freitas, a influência do código napoleônico, do positivismo de Augusto Comte e das fontes portuguesa e romana – na sua obra, no Código Civil de 1916[63].

1.3 SISTEMA FECHADO

Em essência, o Código Civil de 1916 "é um código oitocentista, embora nascido no século XX"[64]. De conseguinte, nele estão presentes as características já analisadas de uma codificação oitocentista assentada em um sistema interno fechado. O Código Beviláqua apresenta-se, predominantemente[65], como um sistema fechado lógico-dedutivo, com pretensão de completude lógica, fulcrado num "sistema de auto-referência absoluta" e excludente, impermeável à intervenção da realidade, a mutações e elaborado, primordialmente, segundo a técnica legislativa casuística.

Ou seja, em virtude do emprego da técnica legislativa da casuística e da consideração do indivíduo como sujeito abstrato de direito, o sistema da codificação de 1916 é fechado, com pretensão à impermeabilidade ao influxo das vicissitudes sócio-culturais e à consideração do "indivíduo situado", o que é analisado mais detidamente nos pontos que seguem.

---

[60] Primordialmente em virtude da formação teórica dos juristas representativos da Escola de Recife e do processo de elaboração do Código Civil de 1916, filiamo-nos àqueles que consideram ter sido a influência teórica e dogmática germânica muito mais expressiva no CC de 1916 do que a do modelo do BGB. Nessa linha, Claudia Lima Marques leciona que "As coincidências sistemáticas de ambos os códigos podem ser melhor explicadas pela influência comum da doutrina pandectística dominante à época, do que por uma influência direta do BGB no Código Civil Brasileiro", 1987, p. 96.

[61] Ibidem, p. 81.

[62] O fato de Savigny ter sido um ferrenho opositor da codificação do Direito, sendo célebre a sua polêmica, quanto a esse tema, com Thibaut, gerou um aparente paradoxo que foi conciliável justamente pelo contexto de centralismo jurídico em que o Direito Civil brasileiro estava inserto. "Pode parecer paradoxal, mas a influência de Savigny não levou Teixeira de Freitas a recusar a idéia de codificação, como sucedeu com muitos, especialmente com Frederico Del Rosso. Ao contrário, Teixeira de Freitas em seu Esboço de CC adotou conceitos de Savigny, representativos do direito romano, do *heutiges roemisches Recht;* isto deve ter resultado do fato de Portugal estar vivendo por longo espaço de tempo sob uma codificação, as Ordenações." COUTO E SILVA, Clóvis, op. cit., p. 134, nota n. 9.

[63] Sobre a Escola de Recife e sua influência no Código Civil de 1916 vide, dentre outros, Almiro do Couto e Silva, 1997, Claudia Lima Marques, 1987, e Clóvis do Couto e Silva, 1987.

[64] MARTINS-COSTA, 1999, p. 260.

[65] Pois veicula, conquanto de forma inexpressiva, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

1.3.1 Plenitude legislativa e completude lógica

O Código de 1916 foi elaborado, nos moldes das codificações oitocentistas, como um sistema normativo total, completo e acabado, com a pretensão à *plenitude legislativa*, à normalização de todos os fatos da vida civil com a exclusão de qualquer outro diploma legislativo. Foi concebido, também, como um sistema jurídico revestido de completude lógica, hábil a, por seus preceitos abstratos, ser aplicado a todas as situações da vida real. Embora reconhecida a existência de lacunas previu-se, na "Introducção", critérios para a solução dos "casos omissos"[66], de modo a atender ao postulado da plenitude da codificação.

Concretizou-se o mito jusracionalista da completude legislativa e lógica, o qual, conjugado com a técnica legislativa da *fattispecie*, leva à prevalência do valor da segurança em detrimento da justiça material, o que é expresso no pensamento jusracionalista de G. W. Leibniz, que afirma ser preferível que alguns sofram injustiças do que alimentar o "mal coletivo de um direito incerto"[67].

1.3.2 Técnica legislativa: abstração, casuística e autonomia privada plena

1.3.2.1 Abstração e casuística

A influência do caráter patrimonialista e individualista das codificações oitocentistas, alicerçadas na filosofia iluminista[68], levou a que Clóvis Beviláqua elaborasse o Código Civil com supedâneo na "igualdade abstrata dos sujeitos de direito"[69], nos moldes do Código Napoleônico. Assim, assentava-se o código de 1916 na concepção patrimonialista de pessoa, concebida como categoria abstrata, como um "ser conceitual"[70], sinônimo de sujeito de direito, mero elemento da relação jurídica. A personalidade, por sua vez, era um atributo jurídico, correspondente à capacidade de ser titular de direitos, à capacidade de direito, prevista em seu art. 2º[71]. Nas

[66] Art. 7º da "Introducção", correspondente à atual Lei de Introdução ao Código Civil.

[67] "En effet puisque nous jugeons que peu nombreuses sont les questions négligées par ces lois, il est préférable que quelques uns subissent um tort jusqu´au moment où il nous en est refere, plutôt que d´alimenter le mal collectif d´un droit incertain." LEIBNIZ, 1986, p. 358.

[68] "A formulação da idéia categorizada de pessoa como sujeito de direito e que ensejou toda a configuração, que lhe deu o sistema clássico de direito privado, teve origem e fundamento na filosofia que precedeu e acompanhou a Revolução Francesa; em outros termos, o período do jusnaturalismo e do iluminismo." MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (org.) **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 93.

[69] Esse aspecto é evidenciado pelos comentários do autor ao art. 2º do código, infratranscrito, tecidos nos seguintes termos: "É uma affirmação do valor jurídico dos sêres humanos, sem distincção de sexo nem de nacionalidade. A todos, de onde quer que venham, o Codigo faculta o ingresso na cidadella do direito, e offerece as seguranças da ordem juridica." BEVILÁQUA, Clovis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.** Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1976. p. 171.

[70] MEIRELLES, op. cit., p. 90.

[71] "Art. 2º Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.", dispositivo correspondente ao art. 1º do novo código.

palavras de Clovis Beviláqua: *"Pessôa é o ser, a que se attribuem direitos e obrigações.* Equivale, assim, a *sujeito de direitos*. *Personalidade é* a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrahir obrigações."[72]

Com a tímida utilização de cláusulas gerais, de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados, os seus dispositivos são elaborados predominantemente[73] segundo a técnica legislativa casuística. A técnica casuística, típica da codificação oitocentista, consiste na formulação das normas como *fattispecie,* na elaboração dos artigos segundo a lógica clássica do suporte fático abstrato e dos efeitos respectivos, ou seja, de hipóteses abstratas específicas e circunstanciadas às quais são atribuídas conseqüências jurídicas pré-estabelecidas com precisão, abrindo diminuto espaço à consideração das peculiaridades do caso concreto, à situação fática em sua especificidade e, de conseguinte, à atividade de graduação judicial[74] . Em suma, por meio da técnica casuística o legislador cria um repertório de figuras e disciplinas típicas[75] , atribuindo aos juízes uma atividade passiva de subsunção, segundo uma lógica formal, levando, pois, à incomunicabilidade entre o código e a situação normada.

Ao caráter "fechado" do sistema interno decorrente do amplo emprego da técnica casuística consociou-se, inicialmente, um sistema externo fechado, dificultando sobremaneira a ocorrência de mutações e a atividade judicial criativa, o que teve como consectários uma rigorosa incomunicabilidade com a realidade e, de conseguinte, a inadequação do código para a normatização da sociedade contemporânea, dinâmica e cada vez mais complexa e diferenciada[76] .

Sua viabilidade era decorrente da estabilidade da estrutura social e do abstencionismo estatal na esfera econômica, característicos dos modelos liberais burgueses. Não havia, assim, a necessidade de conformação do sistema jurídico civil a rápidas e significativas alterações políticas e sociais, ensejando a manutenção de uma codificação rígida, sem a eclosão de uma legiferação especial significativa; fenômeno que, no entanto, foi verificado no curso da vigência do Código Civil de 1916.

1.3.2.2 Autonomia privada plena

Natalino Irti, em sua obra *L´età della decodificazione*, refere ser a garantia da

[72] Ibidem, p. 170. Ao tratar da capacidade, ainda nos comentários ao art. 2º, é expresso ao asseverar que: "Aqui o Codigo define, antes, a personalidade, que equivale á capacidade de direito", p. 171. Assim, a personalidade equivalia à capacidade de direito, diferenciando-se da "capacidade", que corresponderia à capacidade de fato, a extensão dada aos poderes de ação.

[73] A utilização da técnica casuística foi adotada de forma predominante, não exclusiva, tendo em vista a existência, no Código Beviláqua, de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais, tais como as previstas nos arts. 159 e 1.056, o que é abordado no tópico 3.2.1. da segunda parte.

[74] "... tecnica di tipo regolamentare, caratterizzata da previsioni specifiche e circostanziate. La norma prevede un´ipotesi piú o meno determinata; qualora essa si verifichi le sará atribuita quella predeterminata rilevanza." PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civille nella legalitá costitucionale**. Torino: Schientifiche italiane, 1991, p. 84.

[75] IRTI, 1989, p. 8.

[76] Pontes de Miranda ressalta o caráter predominantemente abstrato deste código, afirmando que: "O Código Civil brasileiro, pelo que deve a Clóvis Beviláqua, é uma codificação para as Faculdades de Direito, mais do que para a vida.", op, cit., p. 86.

autonomia privada como livre escolha de fins uma das características fundamentais do "mundo da segurança"[77], do mundo dos códigos, que traduzem os valores do liberalismo oitocentista. Prezava-se sobremaneira a liberdade civil, a vida como livre escolha dos fins, relegados aos cálculos de conveniência e à incontrolável valoração dos indivíduos. Escolhendo os fins a serem perseguidos, esses assumiam a responsabilidade da iniciativa, sendo a assunção dos riscos justamente a contrapartida dessa liberdade[78]. Ao Direito era reservada a função de fornecer os instrumentos necessários ao pleno exercício da autonomia privada, não devendo se imiscuir na ordem privada. A segurança era atinente às regras, abstratas e gerais, do jogo, não à obtenção dos fins, motivo da não-consagração, como regra, na codificação oitocentista e no nosso código de 16, de formas de revisão contratual.

A pretensão à imutabilidade dos institutos básicos do código - o direito de propriedade, a liberdade contratual e a sucessão concebidos de forma absoluta - e a exigência de estabilidade estavam nas raízes da codificação, sendo ignorada a idéia de um controle sobre os fins privados, em consonância com a ética da liberdade kantiana que permeava todo o sistema[79]. No entanto, como já referido, a realidade político-social mudou sensivelmente logo após o início da vigência do código de 16, a demandar uma intervenção estatal que ia de encontro ao espírito deste.

1.3.3 Parte geral

Expostas as características metodológicas basilares da codificação oitocentista presentes no Código Beviláqua, devem ser assinalados seus traços característicos, dentre os quais sobressai a adoção da bipartição da codificação em Parte Geral[80] e Parte Especial, bem como o teor da primeira.

Na realidade, a codificação de 16 apresenta uma "Parte Introdutória" complexa, composta, originariamente, pela "Lei de Introdução"[81], pela Parte Geral e por

[77] Página 7. Vide supra, item 1, "Paradigmas metodológicos".
[78] Op. cit., p. 4.
[79] Vide o item 4 da primeira parte, "eticidade e axiologia".
[80] A idéia de uma parte geral na codificação civil tem origem na doutrina pandectística, que influenciou o pensamento de Teixeira de Freitas, o CC de 16 e, também, o BGB. A dicotomia em Parte Geral e Parte Especial presente no código de 16 tem, portanto, como raízes a *Consolidação* e o *Esboço* de Teixeira de Freitas, não consistindo, pois, em mera ´recepção´ da estrutura do BGB. Deve-se registrar, no entanto, que há expressivas discussões quanto à fonte de inspiração da adoção da Parte Geral no Código Civil de 1916. Nesse sentido, Cláudia Lima Marques, referindo a lição de René David, afirma: "Em virtude de a idéia de "Parte geral" ter sido apresentada sob a forma 'legislativa' nas Consolidações de Teixeira de Freitas, em 1858, há autores que afirmam, tal como René David, que a dicotomia do CC de 16 em Parte Geral e Especial é provavelmente decorrente desse precedente, e não uma cópia do BGB", op. cit., p. 72. Há expressivas opiniões em contrário, principalmente na doutrina estrangeira, tais como a de Octavian Onescu: "On pourrait encore prende en considérátion quelques législations non européennes, em premier lieu le Code civil du Brésil du 1er janvier 1916, révisé em 1919 et en 1949. Ce Code a une Partie générale empruntée à la technique de la Partie générale du Code civil allemand." IONESCU, Octavian. Le problème de la partie introductive du code civil. **Revue Internacionale de Droit Comparé**, Dix-neuviéme annèe, n. 3, Juillet-septembre 1967, p. 593.
[81] Ab-rogada pela atual Lei de Introdução ao Código Civil. A *"Lei de Introdução"*, na realidade, era parte integrante da Lei n. 3.071/16; não obstante, continha numeração distinta da do Código, "para indicar a diversidade da matéria, e accentuar que, se a elle está ligada e se o domina, com elle não fóma um todo homogêneo, podendo ser modificada, permanecendo integro o articulado do Código, do mesmo modo que as alterações deste se não reflectem sobre ella". BEVILÁQUA, op. cit., p. 93.

"partes gerais" de cada matéria, consubstanciadas por disposições gerais que estão inseridas nos dispositivos inaugurais de diversos livros, título e capítulos do código, evidenciando, assim, o forte espírito analítico e sistematizador daqueles que, mediata ou imediatamente, elaboraram essa codificação.

Assim como as Partes Gerais da *Consolidação* e do *Esboço* de Teixeira de Freitas, está inserida a Parte Geral do Código Civil de 16 no "sistema de noções de direito civil propriamente ditas"[82], veiculando disposições gerais de direito civil[83]; desempenha, desse modo, uma função "cientificamente fundante" de todo o sistema.

O sistema consagrado na Parte Geral do Código Civil de 1916 é assentado numa Teoria do Ato Jurídico, com a definição dos atos lícitos, ilícitos e dos fatos juridicamente relevantes[84], em regras com forte inspiração na doutrina pandectista alemã[85], consistindo, por se revestir de uma lógica interna imanente, num verdadeiro sistema interno. Caracteriza-se por ser central, permitindo a "recondução dos casos particulares, via o raciocínio lógico-subsuntivo, às categorias mais gerais que estão postas no seu topo, prontas para permitir a dedução escalonada das espécies".[86]

A abstração, que permeia toda a codificação, também está presente na Parte Geral, carente de dispositivos, tais como as cláusulas gerais[87], hábeis a viabilizar a consideração da situação fática ou a atividade judicial criativa.

1.4 ETICIDADE E AXIOLOGIA

O Código Civil de 1916 é permeado por uma eticidade formal, embasada na ética da liberdade e do dever kantiana, que foi o pano de fundo da pandectística do séc. XIX[88]. Com efeito, deve-se a Emanuel Kant a articulação filosófica do pensa-

[82] Consoante classificação de Octavian Ionescu, 1967, p. 580.

[83] A Parte Geral está divida em três livros: Livro I – das Pessoas; Livro II – dos Bens; e Livro III – dos Fatos Jurídicos.

[84] Claudia Lima Marques ressalta que o CC de 16 - diversamente do BGB que não traz uma teoria semelhante, tratando na Parte Geral do negócio jurídico, da declaração de vontade e do contrato - define "tanto o ato lícito (aos jurídicos, Art. 81ss.), como o ilícito (atos ilícitos, Art. 159s.), e os fatos juridicamente relevantes (fatos, Art. 74ss.; prescrição, Art. 161ss.) na Parte Geral, como queriam alguns críticos do BGB", op. cit., p. 89. Essa Teoria dos Atos Jurídicos é correspondente, em larga medida, ao modelo de Teixeira de Freitas, centrado na sua teoria dos fatos jurídicos.

[85] MARQUES, 1987, p. 93.

[86] MARTINS-COSTA, 1999, p. 262.

[87] À exceção da prevista no art. 159, já aludida.

[88] WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed., trad. A. M. Botelho Hespanha, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 280. Wieacker assinala que, apesar de a ética kantiana não ser formal, desta provém o positivismo científico: ".. como já por volta de 1800 os pensadores mais fecundos – à frente dos quais estão Hugo, Feuerbach e Savigny – duma ou doutra forma, eram partidários de Kant, a questão da justiça do direito positivo passou daí em diante a fundar-se na ética kantiana da autonomia moral da pessoa e da sua vontade ética e na concepção kantiana da ordem jurídica como a forma de tornar possível a maior liberdade compatível com a liberdade dos outros sujeitos de direitos. Através das «Críticas» de Kant, sobretudo através de «Crítica da Razão Pura», a questão acerca dos requisitos apriorísticos de uma ética social assumiu, paralelamente, a forma de uma questão acerca dos requisitos formais de uma ciência jurídica positiva filosoficamente legitimada. Da ética de Kant (que, em si mesma, não era de modo algum formal) provém, portanto, um dos veios principais do formalismo científico, ou seja, do positivismo científico que havia de transformar o *usus modernus* tardio numa ciência autónoma do direito positivo.". Idem., p. 402.

mento liberal, concebendo o Direito Privado como um sistema de direitos subjetivos naturais e inatos, entendidos como atributos jurídicos do sujeito para a consecução de fins por este determinados[89], a cuja garantia servia o Direito Público, compreendido como um "Direito Público para o Direito Privado"[90]. Essa eticidade é fundada na igualdade formal, desconsiderando as reais condições sociais dos indivíduos concretos, que eram indiferentes para a ordem jurídica liberal. O conceito da igualdade formal e o ideal de uma legislação geral clara e simples levaram à adoção da técnica do sujeito de direito único, abstrato, desprovido de qualquer atributo social diferenciador; "concepto, ideal y técnica que se presuponen unos a otros y se condicionan recíprocamente."[91]

Tais aspectos, como já aludido, encontram-se presentes de forma incontestável no Código Beviláqua. A pessoa era tida como mero sujeito de direitos; a personalidade correspondia à capacidade de direito; e a técnica legislativa da *fattispecie* servia à igualdade formal, mas não à material.

A eticidade formal denotava o caráter individualista do Código de 1916, o qual é evidenciado, dentre outros aspectos, pelo embasamento do regime contratual no princípio da autonomia da vontade considerada como livre escolha de fins, pela irreversibilidade dos vínculos contratuais, pela não-subordinação do direito de propriedade a fins sociais[92].

O individualismo consistiu um elemento consciente no trabalho de Clovis Beviláqua. A inserção no código de preceitos consagradores das demandas sociais foi considerada inadequada por Beviláqua, em virtude de não estarem, à época, devidamente assentadas e reconhecidas[93]. Concebeu, assim, que não deveria haver uma "*intervenção funesta na economia da vida social*", pois "*as codificações sempre foram mais trabalho de depuração, de condensação, de enfeixamento, de classificação, de methodisação, do que aventurosos transitos por sendas mal desbravadas.*"[94]

De fato, quando da elaboração e promulgação do Código Civil de 1916, predominava o individualismo, concepção político-filosófica vigorante após a Revolução

[89] Ludwig Raiser, ao tratar do conceito e da origem da liberdade contratual, expõe a influência da filosofia kantiana: "Su queste basi Grozio e Pufendorf fondarono la libertà contattuale, tentando allo stesso tempo di ancorarla a massime etiche. La filosofia di Kant sostituì l´etica sociale improntata a considerazioni sostanziali propria dell´epoca del diritto naturale con la legge morale, di carattere formale, dell´imperativo categórico; e fu così che l´idea di autonomia morale della personalità diede impulso alla teoria giuridica. Questo fu il terreno su cui maturò poi l´opera di Savigny e dei grandi dogmatici del secolo scorso. L´etica di derivazione kantiana (non di rado disillusa e ridota all´oso) giunse ad influenzare anche la codificazione tardo ottocentesca del diritto civile." RAISER, Ludwig. **Il compito del diritto privato**. Trad. ital. Milano: Giuffrè, 1990. p. 53.

[90] LOPES Y LOPES, Angel M. Estado social y sujeto privado: una reflexion finisecular**. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, Firenze, v. 25, p. 412, 1996; GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 747, p. 38, 1998.

[91] LOPES Y LOPES, op. cit., p. 413.

[92] REALE, Diretrizes Gerais do Projeto do Código Civil, p. 14.

[93] Por o Código Civil de 1916 refletir as concepções jurídicas e sociais vigentes no século XIX, Pontes de Miranda assevera que: "A data mental do Código (como do B.G.B. e do suíço) é bem 1899; não seria errôneo dizê-lo o antepenúltimo Código do século passado.", op. cit., p. 85.

[94] BEVILÁQUA, Clovis. **Em defeza do projecto de Código Civil Brazileiro.** Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906. p. 41.

Francesa, consolidada com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e com base na qual foi promulgado o Código Napoleônico[95]. No entanto, as características e as bases axiológicas da sociedade da qual o Código Civil de 1916 era um reflexo estavam, à época da elaboração deste, em nítido declínio, o que embasa a assertiva de Miguel Reale de que: "quando o jurisconsulto cearense elaborou o seu monumental Projeto de Código Civil, estava, talvez sem o perceber, no crepúsculo de uma civilização e de uma cultura."[96] Assim, a atitude de Clóvis Beviláqua foi "eminentemente conservantista, porquanto ele codificou para uma sociedade patriarcal que ainda não tinha nenhuma experiência da época industrial; ele legislou para um Brasil agrícola e patriarcal."[97]

Na seara do Direito de Família, o caráter patriarcal exsurgia como base axiológica marcante do Código Beviláqua, expressa primordialmente pela posição de domínio que as figuras do pai e do marido exerciam no âmbito do direito de família. A família, por sua vez, era "matrimonializada", assentada no instituto do casamento, ao qual era associada a legitimidade dos filhos[98], com a classificação dos filhos em legítimos, naturais, espúrios e adulterinos.

2 CODIFICAÇÃO ABERTA E CÓDIGO CIVIL DE 2002

As vultosas alterações morais, sociais, políticas e jurídicas - dentre as quais sobressaem a superação do individualismo, do estado liberal não-intervencionista e do patriarcalismo - que se verificaram desde a elaboração, em 1899, do Código de 1916 importaram na necessidade de modificações profundas não somente no teor das normas do código, mas também metodológicas, de modo a viabilizar que a codificação civil atendesse às necessidades de regulação da dinâmica, complexa e diferenciada sociedade contemporânea; determinaram, assim, a concepção de um Código Civil aberto à realidade social, à comunicação com os demais sistemas jurídicos e a mutações, de modo a viabilizar sua máxima "concretitude"[99].

[95] Nessa época, não haviam sido consagrados os direitos sociais, seja no direito pátrio ou alienígena. O processo de reconhecimento e positivação dos direitos sociais teve por marcos significativos a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, sendo que, no Brasil, esses direitos somente foram previstos constitucionalmente com a Carta Política de 1934.

[96] REALE, op. cit., p. 13.

[97] REALE, 1999, p. 148.

[98] FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família. **Revista do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, v. 9, 1999, p. 18. Há de ser feita justiça a Clóvis Beviláqua, em cujo projeto original constava a possibilidade de reconhecimento de filhos "illegitimos de qualquer especie" e que era considerada por este, conjuntamente com a consagração da investigação da paternidade, uma conquista da ética e do altruísmo. Foram essas "conquistas", no entanto, repelidas pelo Congresso, originando forte crítica do autor do projeto. BEVILÁQUA, Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis Beviláqua, p. 30.

[99] Esse influxo da alteração do panorama axiológico na metodologia da codificação civil é referido por Miguel Reale, supervisor da comissão de elaboração do novo Código Civil, nos seguintes termos: "Tendo como fulcro fundamental o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores, houve uma mudança, da maior importância. O novo código abandonou o formalismo técnico-jurídico, superado, próprio do individualismo da metade deste século, para assumir um sentido mais aberto e compreensivo, [...]" REALE, 1999, p. 179.

Com a promulgação do Código Civil de 2002, foram efetivadas inovações profundas em relação ao código de 1916, embora a redação de diversos artigos tenha sido mantida. Além de o sistema distanciar-se significativamente do presente na codificação de 1916, o novo código é norteado por uma eticidade contraposta à do código Beviláqua; possui bases axiológicas nitidamente dissonantes daquelas que permeavam o código pretérito; incorporou avanços legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, além de ter corrigido determinadas inadequações do Código Beviláqua.

Como alterações mais relevantes, podemos elencar a elaboração do código como um sistema central e aberto, a unificação das obrigações civis e comerciais e a superação da eticidade formal, do individualismo e do patriarcalismo.

2.1 PARADIGMAS METODOLÓGICOS: BGB, CONSTITUIÇÕES CONTEMPORÂNEAS E DESCODIFICAÇÃO

Um ponto que não restou adequadamente evidenciado pelos autores do projeto do Código Civil no que pertine à técnica legislativa adotada – amplo emprego de cláusulas gerais – é a influência exercida pelo paradigma metodológico do BGB. Não obstante o BGB apresentasse traços marcantes da codificação oitocentista – fundamento na igualdade abstrata dos sujeitos de direito e pretensão de plenitude -, o Código Civil alemão conjugava à estrutura conceitual rigorosa uma "renúncia quase total à casuística"[100] . Essa "renúncia à casuística" era viabilizada pelas remissões aos caracteres conceituais gerais da relação jurídica e pelo emprego de *cláusulas gerais*, o qual constituiu uma "concessão do positivismo à auto-responsabilidade dos juízes e a uma ética social transpositiva".[101] Com o emprego de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, o BGB, diversamente do Código Napoleônico, abriu relativo espaço à atividade judicial criativa e a mutações, viabilizando o preenchimento, pelo judiciário, das cláusulas gerais com uma "nova ética jurídica e social" [102] e deno-

[100] WIEACKER, 1993., p. 544; RODRIGUEZ, 1993, p. 203.

[101] WIEACKER, op. cit., p. 546. A consciência, pelos autores do projeto, da necessidade de inserção, no BGB, de cláusulas gerais, de modo a mitigar os inconvenientes do método abstrato-generalizador é lapidarmente enfocada por Karl Larenz: "Los mismos autores de la ley han percibido que solo com el método legal abstracto-generalizador puede conseguirse realmente um alto grado de seguridade jurídica y también de justicia global – de los contenidos de la regulación em general -, pero freqüentemente a costa de la diferenciación exigida por la misma multiplicidad de formas de las relaciones vitales y, com ello, también em detrimento de la justa decisión en el caso particular. Por ello el legislador ha intentado mitigar los inconvenientes del estilo legal abstracto-generalizador al acoger en la ley también algunos módulos de valoración que requieren recibir un contenido, esto es, las llamadas «cláusulas generales», que tienen el carácter de líneas de orientación. Así, el Código remite en algunos pasajes a principios ético-jurídicos, como la «buena fe» (arts. 157 y 242) y las «buenas costumbres» (arts. 138 y 826), a módulos extrajurídicos como el «uso de tráfico», o simplesmente a la «equidad» (artículos 315 y ss., 829 y 847). En la mesma línea se halla también el empleo no infrecuente de conceptos considerablemente imprecisos como características del supuesto de hecho. (...) Aparte esto, el mismo legislador del Código civil ha incorporado, en forma de «cláusulas generales» o de conceptos jurídicos indeterminados, una correción contra los peligros del método legal abstracto-generalizador. Con ello ha dado a la jurisprudencia la posibilidad de desarrollar la regulación legal y adaptarla a las variables circunstancias de la vida." LARENZ, Karl. *Derecho civil – Parte General*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madri: Civitas, 1985, p. 33- 34.

[102] Ibidem, p. 546. Vide, também, as críticas postas à forma de emprego, pelo legislador e pelos juízes, das cláusulas gerais.

tando certa abertura[103], conquanto não de todo expressiva, pois significativamente restrita por seu método abstrato-generalizador. Sendo o BGB expoente da "segunda codificação", não há como ser questionado que representa um "paradigma teórico" do novo Código Civil, cuja abertura metodológica é, no entanto, indiscutivelmente mais representativa do que a do código alemão.

Outro paradigma teórico que exerceu indiscutível influência na metodologia do novo Código Civil foi o representado pelas Constituições contemporâneas, que, abstraídas suas peculiaridades, consistem em codificações "abertas", repletas de "normas-fins" e de "cláusulas gerais de reenvio". Versando sobre as inspirações do Código Civil de 2002 no que pertine à sua técnica legislativa, assinala Judith Martins-Costa que "sua inspiração, mesmo do ponto de vista da técnica legislativa, vem da Constituição, farta em modelos jurídicos abertos."*[104]* Além de atuarem como paradigmas metodológicos, as Constituições de 1969 e de 1988[105] impuseram, pela hierarquia normativa de que se revestem, ao novo código civil a funcionalização dos direitos de propriedade e da liberdade contratual, além da abertura à comunicação com o sistema constitucional, em virtude da superação da dicotomia estanque público-privado que existia quando da elaboração do Código de 16.

Há, ainda, um importante paradigma metodológico, fundado nas modificações legislativas contemporâneas, de indiscutível relevo, consubstanciado no panorama descrito por Natalino Irti em sua notória obra *L´età della decodificazione*, em que, com a ocorrência de uma *fuga dal codice civile,* uma *espropriazione del codice,* o Código Civil passaria a exercer uma função *residual*, em um contexto policêntrico[106], dominado pela legislação especial, que veicularia os direitos gerais[107]. O processo de consolidação que levou, segundo o autor, à época da descodificação[108] teria se originado pela evolução das leis excepcionais (as quais veiculariam meras exceções temporárias e pontuais à disciplina do código[109], que consistiria no ´direito geral´) ou

[103] Como assinala Menezes Cordeiro: "Estes (refere-se aos codificadores do BGB) acabaram, assim, por adoptar um sistema aberto, capaz de, por desenvolvimentos internos ou externos, responder a problemas impensáveis aquando da codificação.", MENEZES CORDEIRO, Antonio M. **Da boa-fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 1989. p. 331. Devendo, no entanto, ser vista essa abertura com as ressalvas postas por Judith Martins-Costa, no sentido de que, na prática judiciária, somente foi devidamente consolidada pela jurisprudência no século XX. A Boa-Fé no Direito Privado, p. 237.

[104] Prossegue afirmando que: "[...] O exemplo, paradigmático, vem da Constituição norte-americana. Mesmo a Constituição brasileira vigente possui, no entanto, variada tipologia de modelos jurídicos abertos, seja pela afirmação de sua principiologia, seja pela inserção de cláusulas gerais de reenvio a outros textos normativos, como a do parágrafo segundo do art. 5." MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um "Sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 35, n. 139, 1998, p. 6 e nota n. 10 à p. 17.

[105] Vigentes, respectivamente, nos momentos da elaboração e promulgação do projeto do novo Código Civil.

[106] Op. cit., p. 33 et seq.

[107] Portanto, haveria, com o advento da época da descodificação, uma mudança do valor no sistema jurídico de Direito Privado do código civil, que, de direito geral perante as normas excepcionais, passaria a representar um direito residual diante dos micro-sistemas formados pelas leis especiais, as quais veiculariam a disciplina geral das matérias que regulam. Dessarte, a normatização ´geral´ passaria, segundo esse panorama, do código para as leis especiais.

[108] Período histórico iniciado após a segunda guerra mundial, ibidem, p. 26.

[109] Ibidem, p. 34.

especificadoras (normas especiais que determinariam, em institutos ou campos de interesses singulares, os princípios já acolhidos no código[110]) às leis especiais (estatutos de grupos, que regulariam, de maneira estável, matérias ou grupos de relações, ´expropriando-os´ do código), e, posteriormente, destas a micro-sistemas de normas com princípios próprios e lógicas autônomas. Assim, na época da descodificação, o Código Civil teria perdido o seu caráter de centralidade no sistema das fontes: a sede de garantia do indivíduo passara a ser a Constituição; as leis especiais formavam micro-sistemas que, com princípios próprios, tiravam do Código Civil o caráter de sede de princípios gerais, sendo reservada a este apenas a função de regulação de institutos antigos e de matérias amplíssimas, sempre pressupostas pelas leis especiais[111].

Inobstante o quadro teorizado por Natalino Irti não se amolde à realidade jurídica-pátria contemporânea, à concepção de sistema do código de 2002 e, tampouco, tenha mantido sua atualidade[112], este era um referencial no período em que se travaram os debates sobre o projeto do novo Código Civil e é sustentado por juristas pátrios de relevo[113]. Ademais, denota a insustentabilidade na dinâmica realidade social contemporânea dos mitos da codificação oitocentista de imutabilidade, plenitude legislativa e completude lógica.

2.2 EVOLUÇÃO JURÍDICO-PRIVADA PÁTRIA E INFLUÊNCIAS NA CODIFICAÇÃO

2.2.1 Evolução jurídico-privada pátria

Como aludido *supra*, Clóvis Beviláqua legislou, em 1899, no "crepúsculo de uma civilização e de uma cultura", para um "Brasil agrícola", baseado numa concepção individualista e patriarcalista cuja superação não tardou.

Em apertada síntese, pode-se afirmar que a evolução jurídico-privada pátria verificada após a promulgação, em 1916, do Código Beviláqua concretizou-se pri-

---

[110] Tais leis são referidas, aqui, como ´especificadoras´ para viabilizar, nessa apertada síntese, a contraposição com as leis especiais no contexto da descodificação. O autor também denomina essas leis de especiais: "Le norme speciali, d´altro canto, si caratterizano como norme specificanti, che determinano, in singoli istituti o campi di interessi, princìpi già accolti nel codice civile.", op. cit., p. 67.

[111] Ibidem, p. 25 et seq.

[112] Como reconhecido pelo próprio autor, o qual assevera que descodificação e recodificação são categorias históricas e não lógicas, tendo se registrado, na Itália do início dos anos 90, a transição para a recodificação: "Decodificazione e ricodificazione non sono categorie logiche, ma *categorie storiche*, e quindi mutevoli, e di tempo in tempo dominanti. [...] Nel giro degli ultimi anni, abbiamo forse registrato la transizione dall´uma all´altra fase. [...] Tramontati gli ideali ottocenteschi, tra sfiducia nei poteri pubblici [...] il codice civile ci appare come la base più stabile della nostra convivenza." I cinquant´anni del codice civile. **Rivista di Diritto Civile**, Padova: Cedam, Parte Prima, 1992. p. 236.

[113] Entre esses, cabe referir o posicionamento de Francisco Amaral e de Orlando Gomes. "De outra parte, as suas normas programáticas (o autor faz referência à Constituição) vão estimular a criação de leis especiais que, em matéria civil, reduzem o primado do Código e criam uma pluralidade de núcleos legislativos que fragmentam o sistema unitário presidido pelo Código Civil, caracterizando o processo de descodificação do direito, termo devido a Irti e, no Brasil, adoptado por ORLANDO GOMES.", AMARAL. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro, p. 76.

mordialmente por meio de leis especiais, veiculando, muitas vezes, princípios e valores próprios, e, também, pelas Cartas Constitucionais, que, permeadas por novos valores e normalizando matérias específicas do Direito Civil, inovaram mediata e imediatamente este ramo. Com efeito, tendo as alterações do Código sido apenas pontuais, as significativas mudanças do Direito Civil foram operadas pelas sucessivas Constituições e pelas leis especiais editadas em sua vigência. Verificou-se, de certo modo, o panorama italiano descrito por Irti, sem, no entanto, assimilar-se à agudeza deste.

Leis especiais desenvolveram novos ramos jurídicos, especiais e autônomos, como o direito do trabalho, o direito agrário, o direito previdenciário e o direito do menor; criaram-se microssistemas como a legislação do inquilinato, da navegação aérea, da atividade financeira e bancária, da proteção ambiental e do consumidor, da propriedade industrial, intelectual e urbana[114].

A concepção individualista que norteava o Código Beviláqua, já em decadência quando de sua elaboração em 1899, foi sendo superada, rapidamente, nos contextos político-jurídicos nacional e global. A promulgação da Constituição de Weimar, que reconhecia direitos sociais e a função social da propriedade, por meio do princípio de que "a propriedade obriga", foi o marco histórico da consagração da socialidade, indo de encontro ao caráter absoluto da autonomia privada e do direito de propriedade que, consagrados na DDHC de 1789, eram os pilares das codificações oitocentistas. Seguindo a orientação da Constituição de Weimar, a Carta Política de 1934 adotou, em seu art. 113, n. 17, a concepção social da propriedade e, num título reservado à "ordem econômica e social", consagrou os direitos sociais; no que foi seguida pelas cartas de 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988.

Da mesma forma que ocorreu com o individualismo, o extremo patriarcalismo da família foi sendo reduzido, e a igualdade dos cônjuges passou a ser sucessivamente afirmada, com o advento das Leis ns. 4.121/62 e 6.515/77, sedimentando-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

2.2.2 Influências na codificação

Sendo múltiplas as fontes de inspiração do conteúdo dos dispositivos do novo código, a abordagem das influências da codificação será restrita àquelas mais expressivas quanto à concepção de sistema do novo código, sendo desenvolvida a noção de sistema aberto ao se tratar especificamente do Código Civil de 2002.

No contra-fluxo do paradigma da ´descodificação´ de Irti situa-se a concepção de código central no sentido que lhe deu Arthur Steinwenter, sintetizada por Clóvis do Couto e Silva nos seguintes termos: "O CC, como Código central, é mais amplo que os CC tradicionais. É que a linguagem é outra e nela se contém 'cláusulas gerais', um convite para uma atividade judicial criadora, destinada a complementar o *corpus juris* vigente, com novos princípios e normas. O Juiz é, também, um legisla-

[114] COUTO E SILVA, Clóvis do, 1987, p. 138; AMARAL, op. cit., p. 75.

dor para o caso concreto. E, nesse sentido, o CC adquire, progressivamente, maiores dimensões do que os Códigos que têm a pretensão, sempre impossível de ser atingida, de encerrar em sua disposição o universo do direito."[115] A codificação central e aberta é decorrente, primordialmente em sua abertura intersistemática, de uma profunda mudança na abordagem do próprio Direito, com a superação do axioma da dicotomia rígida entre o Direito Público e o Direito Privado[116]; dicotomia que estava à base das codificações oitocentistas, monumentos legislativos que não se comunicavam com os demais sistemas normativos. A codificação aberta pressupõe justamente inter-relações entre o Direito Público e o Direito Privado, harmonizando-se perfeitamente com a concepção, sustentada por Ludwig Raiser, dos Direitos Público e Privado como sistemas parciais que constituem centros de irradiação, insertos em uma ordem jurídica global desprovida de divisões estanques[117].

A concepção da codificação aberta consubstancia, na realidade, uma *quarta sistemática*[118], não se confundindo com as sistemáticas humanista, jusracionalista e pandectística. Remontando ao pensamento de Arthur Steinwenter, foi lapidarmente teorizada, em 1968, por Claus-Wilhelm Canaris, em obra[119] na qual, arvorado nas idéias da adequação valorativa e da unidade interna[120], sustenta a concepção de sistema como ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais do Direito aberta à mutação de seus valores fundamentais; abertura essa decorrente da viabilidade de interpretação criativa[121] e que convive com a mobilidade de certas partes do sistema[122].

Por outro lado, não há como se olvidar a vultosa e direta influência do pensamento de Miguel Reale, coordenador da comissão de elaboração do novo Código

---

[1] Op. cit., p. 149.

[2] Vide o excelente estudo de Ludwig Raiser: O Futuro do Direito Privado. **Revista da Procuradoria-geral do Estado/RS**, v. 9, n. 25, 1979. Sobre a concepção de Beviláqua da dicotomia Direito Público-Privado vide "Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis Beviláqua", p. 67 et seq.

[3] Ludwig Raiser, após criticar a "velha concepção" do Direito Privado e Público como dois círculos fechados e a proposta unificadora de Bullinger, expõe o quadro que expressa adequadamente a relação entre o Direito Privado e o Público: "Mais de acordo com a realidade está o quadro de uma elipse com dois focos como centros de irradiação, entre os quais aparece um campo intermediário, influenciado pelos dois centros", O Futuro do Direito Privado, p. 21.

[4] RODRIGUES, A noção de sistema no direito privado: unidade ou pluralidade, p. 214; PREDIGER, A noção de sistema e o código civil como eixo central, p 168.

[5] "Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito".

[6] Que fundamentam a rejeição, pela incompatibilidade com estas, do sistema externo de Heck, dos sistemas de puros conceitos fundamentais de Kelsen e Stammler, do sistema lógico da jurisprudência dos conceitos, do sistema da jurisprudência dos interesses e do sistema axiomático-dedutivo, dentre outros.

[7] Op. cit., p. 112. A referência é atinente à abertura do sistema objetivo, que mantém uma relação dialética com o sistema científico.

[8] Ibidem, p. 130 et seq.

Civil, na metodologia deste código[123], o qual, não obstante as suas especificidades marcantes, alinha-se com a concepção de uma codificação aberta; consonância que resta translúcida da análise de sua teoria das fontes e modelos do direito. Ao versar sobre a compreensão prospectiva das fontes do direito, Miguel Reale assevera que o valor da liberdade impõe a adoção de uma "*ordenação jurídica aberta e flexível*"[124], não sendo mais admissível a persistência da visão estática e retrospectiva das fontes do direito da cultura jurídica burguesa, que importava numa concepção do direito como um "sistema cerrado de prescrições predeterminadas e intangíveis"[125]; o que "nos leva a ver o conteúdo das fontes do direito em termos de modelos jurídicos"[126].

Como será exposto, o novo Código Civil sofreu certa influência dos paradigmas do BGB, no que tange à adoção de cláusulas gerais, das Constituições contemporâneas e, ainda, do pensamento filosófico de Miguel Reale, contrapondo-se ao modelo de código *residual* descrito por Natalino Irti, uma vez que se amolda à *quarta sistemática,* à concepção de codificação aberta, contendo remissões a conexões intra, inter e extra-sistemáticas, efetivadas pelas cláusulas gerais, e adotando, além de "normas-fins", "modelos jurídicos" com "amplitude de repertório", o que é tema do tópico seguinte.

2.3 SISTEMA ABERTO

Tendo Clóvis Beviláqua legislado com supedâneo na "igualdade abstrata dos sujeitos de direito" e com vistas à igualdade formal, desenvolveu um sistema fechado lógico-dedutivo, no qual não havia espaço para adequação à dinâmica da realidade,

[123] Sobre a influência do pensamento de Miguel Reale no novo código vide as monografias inéditas de Thiago Torres Guedes "A necessária insuficiência do código e a teoria dos modelos" e de Laura Coradini Frantz "O direito como experiência e a concepção de parte geral do código civil", além do estudo de Gerson Luiz Carlos Branco "O Culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo código civil", In: MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, G. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2002. Deste trabalho merece ser transcrito o seguinte trecho, atinente à concepção de modelos jurídicos de Miguel Reale e às cláusulas gerais: "As cláusulas gerais que contribuíram significativamente para mudar a linguagem do novo Código em relação ao de 1916 não são tratadas distintamente por Miguel Reale em relação aos demais dispositivos, pois para ele os modelos jurídicos representam uma nova linguagem expressiva do conteúdo normativo das fontes do direito. Os modelos são estruturas postas em razão dos fins que devem ser realizados e, por isso, cada dispositivo legal que estrutura o projeto tem um papel similar ao que tradicionalmente é atribuído às cláusulas gerais", p. 56.

[124] REALE. **Fontes e Modelos do Direito:** Para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo, Saraiva, 1994. p. 25.

[125] Ibidem, p. 26.

[126] Ibidem, p. 28. Cabe ser referido que Miguel Reale propôs o termo *modelo jurídico* como "complemento necessário à teoria das fontes do direito", idem, p. 40, e aborda o ordenamento jurídico como "um processo aberto de modelos jurídicos que, tudo somado, se complementam", p. 41, "como um ecossistema complexo e variegado, que abrange uma multiplicidade de *sistemas e subsistemas normativos*..", p. 95. Ao tratar da modelagem jurídica, o autor torna evidente a abertura dos modelos à realidade sócio-cultural: "Ao converter o conteúdo da fonte do direito em *modelos jurídicos*, temos uma estrutura que, em virtude de projetar-se historicamente no tempo até enquanto a fonte estiver em vigor, se vincula à experiência jurídica, obedecendo às mutações fático-valorativas que nesta se operam.", p. 39, sendo que a *significação concreta* dos modelos, no curso de suas vigências, varia "de conformidade e em função de mutações operadas nos planos factual, axiológico e normativo", p. 82.

revelando-se, pois, inapto à normatização da sociedade contemporânea, caracterizada por sua complexidade e por seu dinamismo.

A abertura da codificação operacionalizada pelo emprego estratégico de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados é fruto de uma profunda alteração filosófica do legislador[127], da consciência da inadequação de um código rígido e imutável para normalizar a dinâmica, diferenciada e complexa sociedade atual, expressa na seguinte passagem de Miguel Reale: "Com a opção pelos modelos abertos, nós podemos apontar uma sociedade em transformação."[128]

Distanciando-se nitidamente do sistema fechado lógico-dedutivo peculiar à codificação oitocentista e ao código de 1916, caracterizado por sua pretensão de completude legislativa e plenitude lógica e por sua conseqüente "auto-referência absoluta e excludente", os modelos jurídicos abertos do novo código, integrados por cláusulas gerais, por conceitos jurídicos indeterminados e por partes móveis, consubstanciam um sistema interno relativamente aberto, que apresenta as seguintes características: pluralidade de fontes, com acentuado relevo da fonte judicial; auto-referência relativa, não-excludente[129], viabilizando a hetero-integração (preenchimento de lacunas ou concretização de conceitos com base em normas de outros sistemas), por suas conexões inter e extra-sistemáticas; abertura ao raciocínio tópico.

É um corolário dessa espécie de sistema interno o sistema externo relativamento aberto, no qual convive o raciocínio lógico-subsuntivo com a concreção das normas, por meio de um método de raciocínio produtivo[130]; um sistema externo no qual convivem o raciocínio sistemático e o tópico.

A abertura dos sistemas interno e externo é enfatizada pelos autores do novo Código[131], sendo abordada por Miguel Reale quando trata dos "modelos jurídicos

[127] Pontes de Miranda critica o caráter formalista do Código Civil de Beviláqua - "O Código Civil brasileiro, pelo que deve a Clóvis Beviláqua, é uma codificação para as Faculdades de Direito, mais do que para a vida." -, ressalvando, em conhecida passagem, que "O que nele morde (digamos) a realidade vem de Teixeira de Freitas, ou de Coelho Rodrigues." Em seguida, acentua o realismo jurídico de Teixeira de Freitas: "Com que trabalhavam esses tratadistas? [...] Teixeira de Freitas, com o muito que leu, com o raciocínio poderoso que o distinguiu de todos, o gosto de tratar as relações jurídicas como "objetos", realismo jurídico de que nasceram a *Consolidação* e o *Esboço*." MIRANDA, Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro, p. 86 e 63.

[128] O Projeto do Novo Código Civil, p. 147. A passagem citada é um excerto do seguinte trecho em que Miguel Reale aponta as diferenças entre os modelos jurídicos dos códigos de 1916 e de 2002: "há uma diferença muito grande entre os modelos jurídicos do Código atual e os modelos jurídicos do Projeto. No Projeto foi dada preferência àquilo que eu costumo chamar de "modelos jurídicos abertos". Exatamente para permitir a evolução e a obra da interpretação, quer dos autores, quer da jurisprudência. Com a opção pelos modelos abertos, nós podemos apontar uma sociedade em transformação."

[129] MARTINS-COSTA, 1999, p. 24 *et seq.*

[130] Ibidem, p. 33. Como leciona Pietro Perlingieri: "Legiferare per clausole generali vuol dire lasciare al giudice, all'interprete, una maggiore possibilità di adeguare la norma alle situazioni di fatto.", Il diritto civille nella legalitá costitucionale, p. 83.

[131] Refere Moreira Alves: "Nesse particular, o Projeto é dos mais avançados que se conhece, tendo em vista a amplitude dessas cláusulas gerais. Partindo-se do princípio – quase óbvio, mas para o qual pouca gente se atenta – de que essas cláusulas gerais dão flexibilidade àquilo que muitos alegam como críticas às codificações – que seria a sua imobilidade -, e permitem, graças a uma atuação judicial que se torna possível à medida que os tempos se modificam, uma certa flexibilidade na disciplina de determinados institutos." MOREIRA ALVES, José Carlos. A parte geral do Projeto do Código Civil. **Revista do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, v. 9, 1999, p. 10.

abertos" e dos princípios da "operabilidade"[132] e da "concretitude" [133], atinentes à abertura extra-sistemática, de cujas passagens se denota a indissociável ligação entre os sistemas interno e externo relativamente abertos[134] e que são devidamente sintetizadas no seguinte trecho: "O que se tem em vista é, em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais abstratos. Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam larga margem de ação ao juiz e à doutrina, com freqüente apego a valores como os de boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações, [...] A «exigência de concreção» surge exatamente da contingência insuperável dessa adequação criadora dos modelos jurídicos aos fatos sociais «in fieri». [...] É claro que essa nova atitude se reflete na linguagem empregada ao se configurarem os novos modelos jurídicos, linguagem adequada à função do Direito."[135]

Passou-se, pois, do paradigma oitocentista - em que a centralidade do sistema jurídico incumbia ao legislador, sendo o juiz a "boca da lei", um autômato aplicador das normas casuísticas – para o paradigma predominante no séc. XX, de um sistema jurídico relativamente aberto, em que exsurge na posição de centralidade o juiz[136], ao qual passou a ser demandado o exercício de uma função criativa, inovadora.

Ao elaborar um código aberto e central, duas soluções técnicas básicas foram adotadas pelo novo Código Civil: a atribuição, ao legislador, da tarefa de editar "leis aditivas", ao Código, concebido como o "eixo central" do Direito Privado, e uma maior outorga de responsabilidade ao Poder Judiciário[137], por meio da consciente criação de modelos jurídicos abertos, pelo emprego, em dispositivos estratégicos, de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e "normas-fins", o que deve ser analisado mais detidamente.

2.3.1 Centralidade

Sendo, na dinâmica e diferenciada sociedade moderna, inconcebível a elaboração de uma codificação destinada a abranger a totalidade normativa do Direito

[132] O princípio da operabilidade norteou os trabalhos da comissão, determinando que, na elaboração das normas, fosse considerada a realizabilidade do Direito, a sua executabilidade. O Direito há de ser passível de ser operado, motivo pelo qual deve a norma ter operabilidade, evitando equívocos e dificuldades. REALE, O Projeto do Novo Código Civil, p. 10. Esse princípio, dentre outros aspectos, embasou esclarecimentos teóricos, tais como a rigorosa separação entre prescrição e decadência, validade e eficácia, associação e sociedade; determinou também a redação de normas jurídicas abertas, de modo a viabilizar mutações decorrentes da atividade social, por meio da "estrutura hermenêutica". Idem, p. 11.

[133] Consubstanciado na obrigação de a legislação "atender às situações sociais, à vivência plena do Código, do direito subjetivo como situação individual". Idem, p. 12.

[134] "Pois bem, essa compreensão dinâmica e propulsora do que deva ser um Código implica uma atitude de natureza mais operacional, do que conceitual, no sentido de se preferir sempre configurar os modelos jurídicos com amplitude de repertório, de modo a possibilitar a sua adaptação às esperadas mudanças sociais, graças ao trabalho criador da Hermenêutica, ..." REALE, Miguel. **Código Civil – Anteprojetos**, vol. 5, Tomo 1, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, 1989, p. 14-15.

[135] Ibidem, p. 14-15.

[136] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O princípio da boa-fé nos contratos, **Revista do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, v. 9, 1999, p. 41.

[137] MARTINS-COSTA, O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da "Ética da situação", p. 229.

Privado ou mesmo do Direito Civil[138], a concepção de que à legislação aditiva deveriam ser relegadas as matérias carentes de sedimentação e estabilidade orientou os trabalhos da comissão elaboradora do projeto do Código Civil de 2002. Segundo Miguel Reale, coordenador-geral da comissão que elaborou o projeto do novo código, o Código Civil deveria cuidar de normas gerais já consagradas ou, ao menos, dotadas de plausível certeza e segurança, razão pela qual não deveria abranger todas inovações, problemas de alta especificidade técnica ou matérias em constante evolução; deveria o Código Civil consistir numa ´legislação matriz´, com base na qual se constituem ´ordenamentos normativos especiais´[139].

Verifica-se, pois, que o Código Civil de 2002 – inobstante tenha por pressuposto a necessidade da coexistência da legislação excepcional e especial, com peculiares derrogações a regras e/ou princípios do código e normatização de institutos carentes de consolidação e aperfeiçoamento - não reflete o sistema jurídico descrito por Natalino Irti em sua mencionada obra, no qual o Código Civil exerceria uma função *residual*, em um contexto policêntrico[140], dominado pela legislação especial. Não se verificou, assim, uma *espropriazione del codice*[141] ou a relegação deste à normatização *residual*; o Código Civil manteve a sua centralidade no Direito Privado, conservando a função de estatuto orgânico da vida privada.

Persistiu, assim, o caráter de centralidade da codificação civil no sistema das fontes, sendo sede de conceitos básicos, categorias e princípios gerais de Direito Civil que norteiam todo o sistema jurídico-cível.

2.3.1.1 Unificação das obrigações civis e comerciais

Com a unificação das obrigações civis e comerciais[142], que passaram a ser normatizadas pelo Código Civil, acolheu-se, guardadas as peculiaridades desta codificação, uma das grandes propostas do mestre Teixeira de Freitas, a qual, posto

[138] Quadro exposto por Natalino Irti em sua obra L'età della decodificazione.

[139] REALE, O projeto do novo Código Civil, p. 3. No mesmo sentido, assevera Clóvis do Couto e Silva: "O pensamento que norteu a comissão que elaborou o Projeto do CC brasileiro foi o de realizar um Código central, no sentido que lhe deu Arthur Steinwenter, sem a pretensão de incluir nele a totalidade das leis em vigor no país. A importância está em dotar a sociedade de uma técnica legislativa e jurídica que possua uma unidade valorativa e conceitual, ao mesmo tempo em que infunda nas leis especiais essas virtudes, permitindo à doutrina poder integrá-lo num sistema, entendida, entretanto, essa noção de um modo aberto.", op. cit., p. 148. De fato, foi uma das diretrizes do Anteprojeto: "h) Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a legislação aditiva a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso [...]", REALE, Anteprojeto, p. 11.

[140] L'età della decodificazione, p. 33.

[141] IRTI, op. cit., p. 36.

[142] Essa foi uma das diretrizes fundamentais do Anteprojeto, como referido na exposição de motivos: "a) Compreensão do Código Civil como lei fundamental do Direito Privado, nele mantendo, por conseguinte, o Direito das Obrigações, mas, sem distinção entre obrigações civis e comerciais; [...]". REALE, Anteprojetos, p. 10-11. A unificação foi operada pela revogação, por meio do art. 2.045, da Parte Primeira do Código Comercial, Lei 556, de 25 de junho de 1850.

que pretérita ao código de 1916, não fora adotada por Clóvis Beviláqua[143], tendo sido, justamente, a causa da resolução do contrato de Freitas para a elaboração do Código Civil. A unificação das obrigações civis e comerciais tem por embasamento teórico a identidade substancial das obrigações civis e comerciais, centradas na categoria geral do negócio jurídico[144] e apresenta vultosas conseqüências práticas, tendo em vista as significativas alterações do direito obrigacional levadas a efeito pelo novo código, dentre as quais sobressaem a funcionalização do contrato (art. 421), a consagração da teoria da imprevisão (art. 317) e da resolução por onerosidade excessiva (art. 478).

Unificadas as obrigações civis e comerciais, também nesse aspecto o código manteve a sua centralidade, relegando a normatização específica de diversas matérias à legislação esparsa.

2.3.2 Técnica legislativa: cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados, mobilidade e funcionalização

A linguagem empregada nos dispositivos do novo código, com a utilização de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais em dispositivos de grande expressão no sistema, é um dos grandes instrumentos voltados à comunicação deste com a realidade social, contrapondo-se à abstração que era a nota característica do Código Beviláqua.

2.3.2.1 Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados

Rejeitando a tese do sujeito de direito único, característica do Código de 1916, os autores do Código Civil de 2002 colimaram, baseados na percepção da noção de sujeito de direito em sua pluralidade, regular o "indivíduo situado", "o ser humano e(m) suas circunstâncias, sempre urgentes e concretas"[145], de modo a realizar o ideal da justiça concreta[146], o que levaram a efeito por meio do emprego de conceitos jurídicos indeterminados, da determinação da observância das peculiaridades da si-

[143] Não foi, contudo, o reconhecimento da diversidade de essência das obrigações que embasou a rejeição da unificação proposta por Teixeira de Freitas no Código de 1916, mas a consideração da existência de peculiaridades no objeto e nas relações jurídicas comerciais, ou seja da autonomia do Direito Comercial. Como afirma Clóvis Beviláqua: "Não se diz que haja uma theoria das obrigações para o direito civil e outra para o direito commercial; o que se affirma é que ha relações especiaes no commercio, que reclamam regras apropriadas. [...] Há, portanto, além de razões históricas, razões de ordem lógica, em pról da divisão do direito privado em civil e comercial", Código civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clovis Beviláqua, p. 74 e 78.

[144] MARTINS-COSTA, O sistema na Codificação Civil Brasileira – de Leibniz a Teixeira de Freitas. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 17, 1999, p. 204. Sobre o tema vide, ainda, "A técnica jurídica na obra de Freitas" de Francisco dos Santos Amaral Neto e "Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado" de Orlando de Carvalho, que analisa detidamente a questão.

[145] MARTINS-COSTA. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da "ética da situação", p. 233.

[146] Miguel Reale assinala que: *"Somente desse modo poderemos realizar o ideal de justiça concreta, não em função de individualidades consideradas in abstracto*, mas de pessoas consideradas no contexto de suas peculiares circunstâncias.*"*, O Projeto do Novo Código Civil, p. 41.

tuação fática e das cláusulas gerais.

Com vistas à "concretitude" dos modelos jurídicos, são empregados, na redação do novo código, conceitos jurídicos indeterminados[147] tais como "costumes" ("costume", "costumes", "costume do lugar", "costume da localidade") "bons costumes", "usos" ("usos do lugar", "usos locais" ou "usos correntes no local"), "boa-fé" e "probidade"[148]; o que, no entanto, não representa uma inovação perante o código de 1916[149]. O Código Civil de 2002 também realiza a diretriz da concretitude pela imposição da observância das peculiaridades do caso concreto, por meio de expressões tais como "circunstâncias" ("circunstâncias", "circunstâncias do caso" e "circunstâncias do negócio") ou "natureza"[150]. Contudo, tais determinações também constavam, embora em menor número, no código de 1916[151]. Consideramos, assim, que a mais significativa mudança nesse aspecto foi a decorrente da ampla utilização de conceitos jurídicos indeterminados tais como "bons costumes" e, primordialmente, "usos" ("usos", "usos do lugar", "usos locais" ou "usos correntes no local") em disposições de ampla abrangência[152], porquanto viabilizam a concreção jurídica em um largo espectro de relações sociais.

O "objetivo de concretitude" foi levado a efeito também por meio da utilização de cláusulas gerais[153], quase inexistentes no código de 1916, as quais, assim

[147] Entendidos como aqueles conceitos "cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos." ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 208.

[148] O código, e.g., emprega a expressão "costume" nos art. 432 e 597; "costumes da localidade", no art. 1.297, §1º; "bons costumes", nos arts. 13, 122, 187, 1336, inc. IV, 1638, inc. III; "usos", "usos do lugar", "usos locais" ou "usos correntes no local"), nos arts. 111, 113, 429, 445, §2º, 529, 628, parágrafo único, 658, parágrafo único, 695, *caput* e parágrafo único, 699, 700, 701, 724, 753, §1º e §4º, 872; e "probidade", nos arts. 422 e 1.735, inc. V.

[149] De fato, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados pelo novo código não é quantitativamente expressiva, tampouco uma inovação perante a codificação de 1916. Também o Código Civil de 1916 utilizava conceitos jurídicos indeterminados, conquanto de forma mais tímida: as duas referências a "costume" já constavam no Código Beviláqua. Com efeito, o termo "costume" é empregado, no novo código, nos arts. 432 e 597 e, no código de 1916, nos arts. 1.084 e 1.219, sendo que a expressão utilizada naquele dispositivo é: "em que não se costuma". Quadro similar verifica-se em relação aos quatro dispositivos em que empregada a expressão "costume do lugar" e à expressão "costumes da localidade"; o conceito indeterminado "bons costumes" era consagrado no código de 1916, assim como os conceitos "imoral", "contrário à moral", "ordem pública", "boa-fé", "probidade", "usos", etc.

[150] Arts. 24, 74, parágrafo único, 111, 133, 142, 151, parágrafo único, 152, 156, parágrafo único, 188, parágrafo único, 223, parágrafo único, 311, 320, parágrafo único, 327, 429, 500, §1º, 569, I, 690, etc ("circunstâncias"); arts. 94, 233, 427 e 953, parágrafo único ("circunstâncias do caso"); art. 138 ("circunstâncias do negócio"); arts. 614, 615, etc. (natureza da obra e natureza do trabalho).

[151] A titulo exemplificativo, grande parte das referências às "circunstâncias" acima citadas já constava do Código Beviláqua, a saber: as normas correspondentes aos artigos: 24, 74, parágrafo único, 133, 142, 152, 188, parágrafo único, 311, 327, 569, I, e 690.

[152] Vide, e.g., os dispositivos mencionados no tópico atinente à parte geral do novo código. Nesse sentido: "Embora não abundem as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, a sua inserção no texto do novo Código foi estratégica, para disciplinar as matérias mais importantes e gerais.", BRANCO, Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro, p. 54.

[153] Como leciona Pietro Perlingieri: "Legiferare per clausole generali vuol dire lasciare al giudice, all'interprete, una maggiore possibilità di adeguare la norma alle situazioni di fatto.", Il diritto civile nella legalità costitucionale, p. 83.

como se verifica com os conceitos jurídicos indeterminados[154], não abundam no novo código, mas apresentam expressiva abrangência, de modo a permitir a configuração do sistema jurídico deste como "relativamente aberto".

Cabe que sejam essas cláusulas gerais, de peculiar relevo no sistema do novo Código Civil, analisadas com mais atenção, expondo-se, de modo perfunctório, os seus traços característicos e seus corolários.

Estruturalmente, as cláusulas gerais apresentam caráter *multifacetário,* consistindo na formulação de hipóteses legais *incompletas*[155], com termos *"intencionalmente vagos e abertos,* os chamados "conceitos jurídicos indeterminados", às quais são imputados conseqüentes passíveis de graduações. São, pois, dotadas de "grande abertura semântica", atuando como "metanormas", permitindo "capturar, em uma mesma hipótese, uma ampla variedade de casos"[156]. Além dessa "abertura semântica", que compartilham com os "conceitos jurídicos indeterminados", dois outros aspectos lhes são inerentes: o "reenvio às instâncias valorativas meta ou extrajurídicas", no que se assemelham aos conceitos jurídicos indeterminados de conteúdo axiológico; e a incompletude do conseqüente, remetendo à *concreção judicial*, com a criação do regramento aplicável ao caso concreto[157], a qual é o elemento decisivo para diferenciá-las dos conceitos jurídicos indeterminados[158].

Como *funções* primordiais das cláusulas gerais, exsurgem a outorga de abertura, externa e interna, ao sistema. Judith Martins-Costa elenca diversas funções das cláusulas gerais, dentre as quais sobressaem as seguintes: *integração extra-sistemática,* conduzindo o direito às valorações extra-jurídicas, às peculiaridades fáticas do caso, numa função individualizadora; *integração intersistemática*, "facilitando a migração de conceitos e valores entre o Código, a Constituição e as leis especiais"; e *integração intra-sistemática,* entre disposições diversas contidas no Código Civil[159].

Tanto a integração intersistemática como a intra-sistemática são exercidas por

---

[154] Os conceitos jurídicos indeterminados constam, freqüentemente, em cláusulas gerais, motivo pelo qual não há como se estabelecer uma separação absoluta dos casos de emprego de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais.

[155] No entanto, o grau de *indeterminação* das cláusulas gerais é variável, sendo, por vezes, extremamente relativizada a distinção entre a técnica de regulamentação casuística e por cláusulas gerais. MARTINS-COSTA, Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro, p. 120.

[156] Ibidem, p. 118-119.

[157] MARTINS-COSTA, 1999, p. 328.

[158] Acolhemos, pois, entendimento diverso do adotado por Karl Engish, o qual - sustentando que "as cláusulas gerais não possuem, do ponto de vista metodológico, qualquer estrutura própria" e que o conceito «cláusula geral» é apenas atinente à parte da regra jurídica constituída por sua hipótese legal e há de ser compreendido pela contraposição com a elaboração casuística das hipóteses legais - conceitua essa como "uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos." ENGISH, op. cit., p. 228 et seq.

[159] As demais funções seriam: a de servirem como elementos de conexão, viabilizando, pela atuação como *pontos de referência entre os diversos casos*, ao juiz a fundamentação de suas decisões de forma relacionada com os *casos precedentes*, facilitando a visualização de eventual identidade da *ratio decidendi*; e viabilizar, pela generalização da casuística, *"a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz"*, o qual é obtido pela reafirmação da *ratio decidendi* que embasou o julgado. Ibidem, p. 341/342, e O Direito Privado como um "Sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro, p. 10.

uma *dialética de complementariedade*[160], sendo a primeira referida por Judith Martins-Costa como a função mais relevante das cláusulas gerais, pois viabiliza a compreensão do conceito contemporâneo de sistema: relativamente aberto, móvel e estruturado em graus escalonados de privatismo e publicismo[161].

Apesar de as cláusulas gerais conferirem significativa margem de conformação ao julgador, vinculam este, caracterizando-se como *normas de diretiva*, que remetem o aplicador a pautas de valoração do caso concreto, por: reenvio a pautas que são indicadas em outras disposições normativas integrantes do sistema; ou direcionamento a pautas são objetivamente vigentes no ambiente social[162].

Expostas as peculiaridades das cláusulas gerais, cabe que sejam referidas aquelas que apresentam especial relevância no sistema, contribuindo à sua abertura interna e externa. Na parte geral: as cláusulas gerais de tutela aos direito de personalidade (arts. 12 e 21); a de interpretação dos negócios jurídicos (art. 113), aplicável mesmo na seara do direito patrimonial de família e do direito dos negócios; as de ilicitude subjetiva e objetiva (arts. 186 e 187). No direito das obrigações: as cláusulas gerais que consagram a teoria da imprevisão (art. 317) e a função social dos contratos (art. 421); a de probidade e boa-fé objetiva no direito contratual (art. 422); a cláusula geral de responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único). No direito das coisas, é basilar ao sistema do código a cláusula geral da função social da propriedade (art. 1.228, parágrafo primeiro). No direito de família, a cláusula geral de "comunhão plena de vida" (art. 1.511) é uma significativa inovação do código.

Esses são dispositivos que, além de denotarem a eticidade e a socialidade que norteiam o novo código, evidenciam a abertura interna e externa de seu sistema, tornando-o, sem dúvidas, um "modelo legislativo aberto", hábil à comunicação com os demais sistemas jurídicos e, ainda, com o meio social[163].

---

[160] "... somente a *dialética de complementariedade*, com vigência crescente no pensamento contemporâneo, logra explicar a correlação existente entre fenômenos que se sucedem no tempo, em função de elementos e valores que ora contrapostamente se polarizam, ora mutuamente se implicam, ora se ligam segundo certos esquemas ou perspectivas conjunturais, em função de variáveis circunstâncias de lugar e tempo. O que distingue, pois, a dialética de complementariedade é que, nela, seus fatores (digamos assim) se mantêm distintos uns dos outros, sem se reduzirem ou se identificarem a qualquer deles, sendo múltiplas as hipóteses desse correlacionamento ao longo do processo." REALE, Fontes e Modelos do Direito, p. 80.

[161] MARTINS-COSTA, O Direito Privado como um "Sistema em construção"..., p. 11.

[162] Assim, não indicam somente um fim a perseguir, indicam medidas de comportamento que o juiz deve concretizar de forma *generalizante,* em decisão minuciosamente fundamentada, expondo, claramente, "a razão de fato ensejadora da invocação ao princípio, máxima de conduta ou diretriz contidos na cláusula geral, como da conexão entre ambas, a razão de fato e a razão jurídico-valorativa". Ibidem, p. 10.

[163] É exemplo lapidar dessas inovações o regime de responsabilidade civil composto pela cláusula geral de ilicitude de índole subjetiva do art. 186, correspondente ao antigo art. 159, pela cláusula geral de ilicitude objetiva constante no art. 187 (ilicitude decorrente do abuso de direito), conjugadas com o art. 927, *caput*, e com a cláusula geral de responsabilidade objetiva do art. 927, parágrafo único, consubstanciando um inovador sistema de responsabilidade civil, representando uma vultosa evolução naquela área em que o Código de 1916, pela adoção da cláusula geral do art. 159, era mais avançado.

2.3.2.2 Mobilidade

Por outro lado, o sistema da codificação de 2002 caracteriza-se, em determinados aspectos, pela sua mobilidade, no sentido fixado por Wilburg e acolhido por Claus–Wilhelm Canaris[164]. O 'sistema móvel' possui as seguintes características essenciais: a *igualdade fundamental de categoria*, concebida esta como a inexistência de hierarquia entre os elementos; e *substituibilidade mútua* dos competentes princípios ou critérios de igualdade.

Segundo Canaris, a mobilidade do sistema representa "um compromisso particularmente feliz entre os diversos postulados da ideia de Direito", conciliando as tendências generalizante e individualizadora da justiça, uma vez que estipula, em geral, os "critérios de justiça" e faz depender as conseqüências jurídicas da concatenação, no caso particular, desses pontos de vista[165]. Ocupa, em essência, uma posição intermediária entre a previsão rígida e a cláusula geral.

No Código Civil de 2002, assim como no Código de 1916 e no BGB, elementos *móveis* do sistema coexistem com elementos *imóveis*; da mesma forma, aspectos móveis são utilizados conjuntamente com as técnicas legislativas casuística e de cláusulas gerais[166].

Consocia-se, assim, à abertura do sistema viabilizada pelo amplo emprego das cláusulas gerais a mobilidade deste, decorrente da utilização de elementos mutuamente substituíveis e em igualdade fundamental de categoria, vindo a reforçar a tendência individualizadora da justiça já denotada pelo emprego estratégico de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Sua especial relevância no novo código decorre justamente de sua adoção em dispositivos de expressão no sistema, como é o caso do art. 187, que versa sobre o abuso de direito e contém quatro elementos intercambiáveis para sua configuração.

2.3.2.3 Funcionalização

Os dois grandes *pilares* da codificação oitocentista eram a propriedade e o contrato concebidos como esferas nas quais se exercia plenamente a autonomia do indivíduo[167]; autonomia entendida como a livre escolha de fins[168]. Esses pilares, nas configurações que as codificações oitocentistas lhe deram, não mais subsistem. Os

[164] Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, p. 127.
[165] Ibidem, p. 145.
[166] Um exemplo lapidar dessa convivência é a cláusula geral inscrita em seu art. 187 do novo código, cuja fonte de inspiração mediata é o Código Civil Grego, assim redigido: "Também 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." Os elementos "fim econômico", "fim social", "boa-fé" e "bons costumes" apresentam as características essenciais da *igualdade fundamental de categoria* e *substitutibilidade mútua,* porquanto, estando no mesmo nível, são intercambiáveis para embasar o juízo de ilicitude acerca do exercício do direito.
[167] GIORGIANNI, O Direito Privado e suas atuais fronteiras, p. 39.
[168] Versando sobre o "mondo della sicureza", Natalino Irti nota que: "L´autonomia privata vi è garantita come libera scelta di fini", op. cit., p. 7. Vide o item "autonomia privada plena".

institutos da propriedade e do contrato sofreram, com a consagração da *funcionalização* dos contratos e da propriedade (arts. 421 e 1.228, §1º)[169], alterações estruturais, que importaram em significativas restrições à autonomia da vontade, cânone central do Código de 1916, de modo a compatibilizarem-se com o princípio da socialidade. Desse modo, as relações privadas devem ser, mesmo que de forma mediata, voltadas à concretização de interesses sociais, sem perder de vista, no entanto, a subsistência e a relevância da autonomia privada, sob pena de se incidir em extremismos[170] incompatíveis com os sistemas do código e da Constituição.

Com a consagração da funcionalização dos institutos da propriedade e do contrato, o Código Civil de 2002 alinha-se com o sistema jurídico-constitucional. Está inserido, posto que parcialmente, em um contexto lucidamente descrito por Natalino Irti, no qual a essência das normas é radicalmente transformada[171]: deixam de ser "normas instrumentais", que oferecem aos particulares procedimentos e técnicas hábeis a concretizar suas livres decisões, configurando "normas de escopo", revestidas de uma teleologia, prescrevendo determinados fins superiores à vontade das partes[172]. Essas normas-fins, não obstante possam ser positivadas por diferentes técnicas, possuem um aspecto comum: a substituição da vontade individual, o dirigismo das decisões singulares[173].

Dessas colocações exsurge evidente que o Direito Privado, assim como o Direito Constitucional, não é mais indiferente às conseqüências sociais das relações particulares; pelo contrário, conforma, cogentemente, estas à consecução de finalidades sociais.

2.3.3 Parte Geral

Desde as críticas da Escola Sociológica, a adoção de uma parte geral é taxada de ser um produto de mera reflexão abstrata e, pois, alheia à realidade social[174]; no entanto, foi mantida no código de 2002, que veicula, à semelhança do código de 1916, também "partes gerais" de cada matéria na parte especial, o que, à primeira vista, denotaria um paradoxo.

Não obstante seja nota marcante de qualquer parte geral a generalidade e a abstração – o que, por atribuir às matérias codificadas uma ordem imanente, viabiliza

[169] Cumpre que se assinale, ainda, a *função social da posse* que, embora não tenha sido consagrada de modo geral, é denotada pela previsão, no parágrafo quarto do art. 1.228, da desapropriação por ato judicial, que a tem por fundamento.

[170] Paradigmática é a posição de Léon Duguit, o qual, além de negar a existência de direitos subjetivos – sustentando que o conceito de direito subjetivo é puramente metafísico -, afirma que a propriedade não é um direito, mas uma função; não só, sustenta que "todo hombre tiene uma función social" e, portanto, "no tiene el poder de permanecer inactivo". DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*. Trad. Adolfo G. Posada y Ramón Jaén. Buenos Aires: Editorial Heliasta, p. 179.

[171] Ressalvando-se, devidamente, a abrangência dessa transformação, que não levou à configuração de um sistema jurídico-privado policêntrico.

[172] IRTI, op. cit., p. 15.

[173] Ibidem, p. 16.

[174] MOREIRA ALVES, A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro, p. 21.

a formação de um real sistema interno -, o Código Civil de 2002 harmonizou a tendência generalizadora ínsita às codificações que adotam uma parte geral com o princípio da concretitude por meio da já aludida consagração de conceitos jurídicos indeterminados, de cláusulas gerais, de normas-fins e de partes móveis de peculiar importância no sistema, hábeis, pois, à formação de modelos jurídicos abertos. Essa harmonização é evidenciada pela adoção, na própria parte geral, das normas inscritas nos arts. 113[175], 122[176], 187[177] do novo Código, que, respectivamente, impõe a interpretação dos negócios jurídicos em consonância com a "boa-fé" e os "usos do lugar" e prevêem a ilicitude das condições contrárias à "ordem pública" ou aos "bons costumes" e do exercício do direito em desconformidade com os parâmetros impostos pelo seu "fim econômico ou social", pela "boa-fé" ou pelos "bons costumes", viabilizando, desse modo, a consideração, quando da aplicação dessas normas, das situações sociais em suas especificidades fáticas e axiológicas.

2.3 ETICIDADE E AXIOLOGIA

Contrapondo-se à eticidade formal de inspiração kantiana que permeava o Código Beviláqua, a qual levava à concepção da pessoa como mero sujeito de direitos, da personalidade como capacidade de direito e à igualdade puramente formal, subjaz ao novo código uma eticidade material[178], decorrente da concepção da pessoa como "valor-fonte" de todos os demais valores, importando na concepção da personalidade como fonte de direitos e demandando a concretização da igualdade também em sua acepção material.

O princípio maior que permeia os dispositivos do código de 2002 é o da dignidade da pessoa humana[179], captado da Constituição pela abertura intersistemática

[175] "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforma a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração." Dispositivo sem correspondente no código de 1916, que somente tratava da interpretação das declarações de vontade, não havendo disposição específica para os negócios jurídicos.

[176] "Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes. "

[177] "Art. 187. Também 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."

[178] Não há como se negar que o código de 1916 estivesse norteado por uma eticidade; por uma eticidade de inspiração kantiana. Portanto, o "princípio da eticidade" que Miguel Reale, em sua obra "O Projeto do Novo Código Civil", afirma permear o novo código deve ser compreendido: 1) como abertura do sistema jurídico aos valores éticos predominantes no meio social, aspecto em que se relaciona estreitamente com os princípios da operabilidade e da concretitude; e 2) como consubstanciado por uma eticidade específica, de cunho social, que integra o ordenamento jurídico e a que aludimos como "eticidade material" para viabilizar a contraposição com a eticidade formal do Código Beviláqua. O "princípio da eticidade" é empregado, de fato, por Miguel Reale nesses dois sentidos: "Em nosso projeto não prevalece a crença na plenitude hermética do Direito Positivo, sendo reconhecida a imprescindível eticidade do ordenamento (...) Nesse sentido, é posto o princípio do equilíbrio econômico dos contratos como base ética de todo o Direito Obrigacional (...) Tal reconhecimento vem estabelecer uma função mais criadora por parte da Justiça em consonância com o princípio de eticidade, cujo fulcro fundamental é o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores.", REALE. *Visão geral do projeto de Código Civil*. Disponível em <http://orion.ufrgs.br/mestredir / doutrina/ reale1.htm>. Acesso em 12 jul. 2002, p. 6.

[179] MARTINS-COSTA. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da "ética da situação", p. 239.

do código, tornando indubitável a concepção da pessoa como "valor-fonte" da codificação[180]. São consectários do princípio da dignidade da pessoa humana o direito geral de personalidade e a eticidade em sua acepção material[181], que, por incidir sobre todo o sistema jurídico do código[182], leva Miguel Reale a asseverar que "não existe a plenitude do Direito escrito, mas sim a plenitude ético-jurídica do ordenamento."[183]

A eticidade de cunho material que permeia o novo código deita suas raízes justamente naquela que foi ´superada´ pela filosofia ética de Kant, a ética social

[180] Nesse sentido, Eroulths Cortiano Junior afirma que: "Não podem restar dúvidas que o Brasil fez a opção pelo direto geral de personalidade (ao lado da proteção tipificada, seja em leis esparsas, seja no projeto do Código Civil, em trâmite legislativo):..". CORTIANO JUNIOR, Erouths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (org.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 47. Na mesma linha, analisando, contudo, o tema no contexto italiano e, portanto, à luz do art. 2º de sua Constituição ("A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como indivíduo, quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade ..."), que consagra o direito ao desenvolvimento da personalidade, Pietro Perlingieri é explícito ao afirmar que: "O art. 2 Const. é uma norma diretamente aplicável e exprime uma cláusula geral de tutela da pessoa humana: o seu conteúdo não se limita a resumir os direitos tipicamente previstos por outros artigos da Constituição, mas permite estender a tutela a situações atípicas". PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, trad. Maria Cristina de Cicco. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 155.

[181] Primordialmente quanto aos limites e às funções da autonomia privada e à licitude do exercício dos direitos, como leciona Perlingieri: "L´esigenza del rispetto della personalità, del suo libero sviluppo, incide sulla nozione di ordine pubblico, sui limiti e sulla funzione dell´autonomia privata, sull´interpretazione degli atti Che ne sono manifestazione, sull´individuazione dei confini dell´illecito e del suo fondamento, sulle configurazioni non soltanto dei rapporti familiari ma anche di quelli patrimoniali, sulla concezione e sulla tutela del rapporto di lavoro, sul giudizio di meritevolezza dell´associazionismo e dei suoi possibili scopi; incide, insoma, su tutto l´asseto del vivere in «comunità»", Il diritto civille nella legalitá costitucionale, p. 325-326.

[182] Assertiva que deve ser entendida em seus devidos termos, pois, à evidência, não corresponde à completude ética ou axiológica do ordenamento a que Canaris, à fl. 239 de sua obra "Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito", faz alusão, para negá-la, tendo em vista que o código, como sempre frisado por Miguel Reale, é aberto aos valores sociais. Por outro lado, a "plenitude ético-jurídica do ordenamento" levou à modificação dos poderes e direitos dos "velhos protagonistas" do Código de 1916, como refere Miguel Reale: "Na verdade, como é possível manter-se intangíveis os velhos protagonistas da atual Lei Civil, que são o proprietário, que usa e abusa de sua propriedade, causando danos de natureza social e ecológica; o empresário, que não responde pessoalmente pelos desvios dolosos feitos no uso da personalidade jurídica; o contratante, para quem a avença possui irrefragável força de lei, ainda quando sobrevenha onerosidade excessiva para um dos contratantes; o marido, ainda se impondo no exercício do chamada "pátrio poder"; e, finalmente, o testador, com a faculdade de impor arbitrariamente cláusulas restritivas aos bens que compõem até mesmo a "legítima" que cabe a seus descendentes?", O projeto do novo Código Civil, p. 178. Prossegue, à fl. 179, asseverando que: "Ou seja, não basta a atender a valores jurídicos, mas a valores ético-jurídicos, que são inseparáveis e se exigem reciprocamente. Essa é a diretriz básica para resolver, de pronto, os casos particulares."

[183] Assertiva que deve ser entendida em seus devidos termos, pois, à evidência, não corresponde à completude ética ou axiológica do ordenamento a que Canaris, à fl. 239 de sua obra "Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito", faz alusão, para negá-la, tendo em vista que o código, como sempre frisado por Miguel Reale, é aberto aos valores sociais. Por outro lado, a "plenitude ético-jurídica do ordenamento" levou à modificação dos poderes e direitos dos "velhos protagonistas" do Código de 1916, como refere Miguel Reale: "Na verdade, como é possível manter-se intangíveis os velhos protagonistas da atual Lei Civil, que são o proprietário, que usa e abusa de sua propriedade, causando danos de natureza social e ecológica; o empresário, que não responde pessoalmente pelos desvios dolosos feitos no uso da personalidade jurídica; o contratante, para quem a avença possui irrefragável força de lei, ainda quando sobrevenha onerosidade excessiva para um dos contratantes; o marido, ainda se impondo no exercício do chamada "pátrio poder"; e, finalmente, o testador, com a faculdade de impor arbitrariamente cláusulas restritivas aos bens que compõem até mesmo a "legítima" que cabe a seus descendentes?", O projeto do novo Código Civil, p. 178. Prossegue, à fl. 179, asseverando que: "Ou seja, não basta a atender a valores jurídicos, mas a valores ético-jurídicos, que são inseparáveis e se exigem reciprocamente. Essa é a diretriz básica para resolver, de pronto, os casos particulares."

própria da época do jusnaturalismo[184]; inviabiliza a concepção do Direito Privado como um sistema de direitos subjetivos desprovidos de finalidades ínsitas; demanda a consideração da igualdade também em sua acepção material, incompatibilizando-se com a técnica do sujeito de direito único, porquanto normatiza o "indivíduo situado"; denota, enfim, a socialidade que exerce um forte influxo sobre o novo código.

Foi o princípio da eticidade em sua acepção material o fundamento da consagração de inúmeros institutos e inovações em relação ao Código Beviláqua[185]. Na seara do direito das obrigações a preocupação ética do novo Código Civil levou, além da consagração do princípio da boa-fé objetiva (art. 422), a relativizações ao princípio *pacta sunt servanda*, tais como o "estado de perigo" (art. 156), a "lesão" (art. 157), a "imprevisão" (art. 317)[186], a "excessiva onerosidade" (art. 478) e a possibilidade de o réu evitar a resolução decorrente da "excessiva onerosidade" pela modificação eqüitativa das condições do contratos (art. 479).

Por outro lado, com a adoção do princípio da eticidade material, instrumentalizado pelas cláusulas gerais, viabilizou-se a consideração, para a decisão dos casos concretos, dos princípios éticos da vedação ao abuso de direito, do fim social, da boa-fé, dos bons costumes, da eqüidade e da ordem pública.

Há, pois, uma estreita ligação entre o princípio da eticidade material e o da concretitude, porquanto os princípios éticos que norteiam as disposições do Código de 2002 demandam a consideração dos valores éticos como concebidos e vivenciados na realidade social, possibilitando, pela outorga de maior poder ao Judiciário para encontrar a solução mais justa ou eqüitativa, a "concreção jurídica".[187] Nas palavras de Miguel Reale: "A "Ética da situação" inspira e governa a estrutura do Projeto, obedecendo à exigência atual do "Direito como concreção", ou, como prefiro dizer, do "Direito como experiência", incompatível com disposições que levam em conta relações formais, com olvido de seu conteúdo existencial."*[188]*

[184] Sobre a filosofia kantiana e sua influência na superação da ética social do jusnaturalismo vide Ludwig Raiser, Il compito del diritto privato, p. 53.

[185] Hipótese exemplar é a já analisada norma inscrita no art. 187 do novo Código Civil, que consiste, em essência, numa cláusula geral de ilicitude, de índole objetiva, preceituando ser ilícito o excesso, pelo titular de um direito, aos "limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". Nesse único dispositivo, o legislador reuniu quatro princípios éticos que norteiam o sistema: a vedação ao abuso de direito, o fim social, a boa-fé e os bons costumes. O outro princípio ético, a ordem pública, é previsto no art. 2.035 do Código Civil de 2003, subordinando toda e qualquer convenção particular a seu teor. Em decorrência, atribui-se ao Poder Judiciário vastos poderes de conformação do exercício dos direitos aos ditames éticos que dirigem todo o sistema do Novo Código. Ruy Rosado, *As obrigações e os contratos,* p. 35.

[186] MARTINS-COSTA, O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da "ética da situação", p. 238 et seq.

[187] Ensina Miguel Reale que: "O novo Código, por conseguinte, confere ao juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com os valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou inajustável à especificidade do caso concreto." O Projeto do Novo Código Civil, p. 8.

[188] Idem, p. 41. Marcou o novo código, pois, uma transição do embasamento do Direito Civil da dimensão patrimonialista, individualista, para a dimensão existencial. Os sistemas jurídicos parciais da Constituição e do novo código vêm, portanto, concretizar a "despatrimonialização" do Direito Civil, compreendida não como a extinção do conteúdo patrimonialista desse ramo do direito, mas como a preponderância da dimensão existencial da pessoa sobre a patrimonial. A manutenção do conteúdo patrimonial é enfocada por Perlingieri nos seguintes termos: "Con ciò non si prospetta l´espulsione e la «riduzione» quantitativa del contenuto patrimoniale nel sistema giuridico ed in quello civilistico in particolare; il momento economico, quale aspetto della relata sociale organizzata, è ineliminabile.", Il diritto civille nella legalitá costitucionale, p. 55

Estreitamente ligadas à eticidade presente no novo código, radicais mudanças das bases axiológicas da codificação civil pátria foram concretizadas, com a reformulação do individualismo e do patriarcalismo que impregnaram o Código Civil de 1916[189].

De fato, uma das mais significativas alterações na codificação foi a atinente ao reconhecimento do caráter social do Direito, superando, assim, o individualismo que estava presente no Código de 1916. Como assevera Miguel Reale na exposição de motivos do Anteprojeto: "Superado de vez o individualismo, que condicionara as fontes inspiradoras do Código vigente; reconhecendo-se cada vez mais que o Direito é social em sua origem e em seu destino, impondo a correlação concreta e dinâmica dos valores coletivos com os individuais."[190]

No Direito das Obrigações, a autonomia da vontade, cânone do Código Civil de 1916, foi expressamente limitada e condicionada à função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código[191]. Referindo a mudança de rumo que o reconhecimento da função social do contrato operou, Judith Martins-Costa afirma que: "Recoberta na codificação oitocentista, da qual o vigente Código Civil é reflexo, pela preeminência do princípio da liberdade contratual em sua face mais individualista e quase absoluta, esta função não poderia ser esquecida num Código que é marcado, como o atual Projeto, pela diretriz da socialidade".[192] No Direito das Coisas, foi consagrada a função social da propriedade (art. 1.229, parágrafo primeiro); previu-se, no art. 1.239, um "conceito social de posse", a de posse-trabalho, para a qual é reduzido o prazo de usucapião.

No entanto, as mutações axiológicas mais expressivas perante a codificação de 1916 são atinentes às relações familiares. Em consonância com os ditames constitucionais,[193] reconheceu-se a igualdade plena entre o homem e a mulher na sociedade conjugal e no exercício do "poder familiar", assim como a igualdade de todos

[189] REALE, O projeto do novo Código Civil, p. 26.

[190] REALE, Anteprojetos, p. 14.

[191] Como refere Ruy Rosado: "Houve completa alteração do eixo interpretativo do contrato. Em vez de considerar-se a intenção das partes e a satisfação de seus interesses, o contrato deve ser visto como um instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade, onde encontra a sua razão de ser e de onde extrai a sua força – pois o contrato pressupõe a ordem estatal para lhe dar eficácia." AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado. Projeto do Código Civil – Obrigações e Contratos, **Revista do Conselho da Justiça Federal**, v. 9, Brasília, 1999, p. 32.

[192] O Direito Privado como um "Sistema em construção", p. 13.

[193] Foi o Direito de Família o ramo no qual se efetivaram as mais expressivas alterações durante a tramitação do projeto, de modo a adequá-lo aos ditames constitucionais, primordialmente no que toca às suas bases axiológicas. Quando da elaboração do projeto do código, a indissolubilidade do vínculo matrimonial era um princípio constitucional e a sociedade brasileira estava, como refere Clóvis do Couto e Silva, em fase de transição, o que inviabilizaria a "vaidade de pretender fazer um Código de Direito de Família que seja algo perfeito e ideal". Temas atuais do Direito de Família no anteprojeto do Código Civil. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, ed. Comemorativa do cinqüentenário, Porto Alegre, 1976, p. 143.

os filhos[194]; superou-se o modelo jurídico da família baseado em um modelo exclusivo de matrimonialização[195] e a indissolubilidade do vínculo matrimonial; e extinguiu-se a associação absoluta entre o casamento e a legitimidade dos filhos, sendo expressa a possibilidade de reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, art. 1.607. Superou-se, desse modo, o modelo de família matrimonializado, hierarquizado, patriarcal e transpessoal do Código Civil de 1916 - fundado na desigualdade e na prevalência da instituição sobre os interesses de seus integrantes[196] -, bem como as ficções de amor conjugal perpétuo, de paternidade marital e de filiação sobre as quais esse modelo estava assentado[197]. Em seu lugar, o Código Civil de 2002 traz um modelo plural de família, igualitário, eudemonista e inspirado pelo princípio de verdade, com a dissociação entre a legitimidade dos filhos e o casamento e a visão de que é o instituto da família que existe em função dos indivíduos que a compõem, titulares de um "direito à felicidade individual"[198].

CONCLUSÃO

A mutação de paradigmas metodológicos, éticos e axiológicos analisada em sucintas linhas está inserida num contexto muito mais amplo; no contexto das evoluções sociais, axiológicas e jurídicas verificadas durante quase dois séculos, dos primórdios do século XIX, quando elaborado o *Code Civile*, ao final da década de 80, momento da promulgação da Constituição de 1988. É reflexo da transição do Estado Liberal Clássico ao Estado Social Contemporâneo; da superação da rígida dicotomia direito público-privado e do positivismo jurídico; do perecimento do "mundo da segurança" e da sociedade agrícola e patriarcal que exaltava o indivíduo e que tinha por valores superiores a liberdade e a segurança.

Não há como se negar, assim, a afirmação de Michele Giorgianni de que a codificação oitocentista não está em seu crepúsculo; está morta há tempo: morreu com a civilização que foi chamada a disciplinar[199]. Em seu lugar uma nova socieda-

[194] Na abertura do título destinado ao direito pessoal de família, art. 1.511, é consagrado o embasamento do casamento na "igualdade de direitos e deveres dos cônjuges." No lugar do "pátrio poder", previu-se, no art. 1.630, o "poder familiar" – pertinente também à união estável -, no qual não há qualquer relação de prevalência entre os cônjuges, sendo que, no caso de divergência entre esses quanto ao exercício do poder familiar, a solução do desacordo será efetivada judicialmente, art. 1631, parágrafo único. O artigo que abre o Capítulo atinente à filiação, art. 1.596, atribui os mesmos direitos e qualificações entre os filhos, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, vedando "quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação", tal como a designação de filhos "legítimos", "naturais", "espúrios" e "adulterinos" constante na codificação de 1916.

[195] Com o reconhecimento, no Título III do Livro destinado ao Direito de Família, da união estável, consubstanciada na convivência, entre o homem e a mulher, pública, contínua e duradoura voltada à constituição de família. FACHIN, Direito de Família, p. 18.

[196] Ibidem, p. 18.

[197] OLIVEIRA, Guilherme. Sobre a verdade e a ficção no Direito de Família. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, n. LI, 1975, p. 271-272.

[198] FACHIN, op. cit., p. 19; OLIVEIRA, op. cit., p 275.

[199] GIORGIANNI, Michele. La morte del codice ottocentesto. **Rivista di Diritto Civile**, Padova: Cedam, Parte Prima, 1980, p. 53.

de surgiu; uma sociedade que não comunga de uma "eticidade formal"; uma sociedade para a qual a pessoa não é um "sujeito único de direito", mas o valor supremo; para a qual a ocorrência de injustiças não se justifica pela "possibilidade de se alimentar o mal coletivo de um direito incerto".

À normatização da complexa, dinâmica e diferenciada sociedade contemporânea e à concretização da justiça particular revelaram-se inadequadas as concepções da segunda e da terceira sistemáticas, levando à elaboração da nova codificação nos moldes da quarta sistemática, consubstanciando um "modelo legislativo aberto", demandando do Poder Judiciário uma atividade "criativa" que, conjugando os pensamentos sistemático e tópico, concretize os valores que norteiam o ordenamento jurídico e que vigem no contexto social.

Enfim, o advento do novo código, conquanto este contenha imperfeições, importou numa superação de paradigmas metodológicos, éticos e axiológicos alheios e inadequados à sociedade contemporânea e, de conseguinte, numa inegável evolução do modelo legislativo, que somente pode ter como consectários progressos nos modelos jurisdicional e doutrinário; os quais carecem, no entanto, de uma nova postura de toda a comunidade jurídica, tendo em vista que sistemas jurídicos abertos, por si sós, não bastam à realização da justiça concreta[200].

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

AGUIAR JUNIOR, Rui Rosado. Projeto do Código Civil: Obrigações e Contratos. **Revista do Conselho da Justiça Federal,** Brasília, v. 9, 1999.

_____. O Poder Judiciário e a Concretização das Cláusulas Gerais: Limites e Responsabilidade. **Revista da Universidade Federal do Rio Grande do Sul,** Porto Alegre, v. 18, 2000.

AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. **O Direito**, ano 126, 1994.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A técnica jurídica na obra de Freitas. **Revista de Direito Civil,** São Paulo, v. 38, p. 21-35.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O princípio da boa-fé nos contratos. **Revista do Conselho da Justiça Federal,** Brasília, v. 9, 1999.

[200] Não se pode olvidar a experiência germânica, que, em mais de um século de vigência do BGB, demonstrou serem as cláusulas gerais hábeis tanto à concretização da justiça material na seara contratual como à adequação do BGB, por meio de uma interpretação "muito livre" das cláusulas gerais, aos ditames do regime nacional-socialista. PATTI, Salvatore. **Codificazioni ed evoluzione del diritto privato**. Roma: ed. Laterza, 1999, p. 29.

BEVILÁQUA, Clovis. **Em defeza do projecto de Código Civil Brazileiro.** Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906.

_____. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. O conceito de totalidade concreta aplicado ao sistema jurídico aberto. **Ajuris,** Porto Alegre, v. 71.

CANARIS, Claus Wilhem. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.** Introd. e trad. por A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CARVALHO, Orlando de. Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,** *Coimbra,* n. LX, 1984.

CLAVERO, Bartolomé. Codificacion y Constitución: paradigmas de un binomio. **Quaderni fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico**, Florença, v. 18, 1988.

CORTIANO JUNIOR, Erouths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COUTO E SILVA, Almiro. Romanismo e Germanismo no Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS,** Porto Alegre, v. 13, 1997.

COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. Tese para Concurso da Cadeira de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1964. Datilografado.

_____. O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro. **Ajuris,** Porto Alegre, n. 40, 1987.

_____. Exposição de Motivos para a Reforma do Direito de Família. **Anteprojeto do Código Civil, Arquivos do Ministério da Justiça,** Rio de Janeiro: v. 155, 1975.

_____. Temas atuais do Direito de Família no anteprojeto do Código Civil. **Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul.** Ed. Comemorativa do cinqüentenário, Porto Alegre, 1976.

DUGUIT, Léon. **Las transformaciones del derecho (público y privado).** Trad.

Adolfo G. Posada y Ramón Jaén. Buenos Aires: Editorial Heliasta, s. d.

ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** 6. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

ESSER, Joseph. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado.** Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família. **Revista do Conselho da Justiça Federal,** Brasília, v. 9, 1999.

_____. (coord.) **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GARDIES, Jean-Loius, La rationalité du droit chez Leibniz. **Archives de philosofie du Droit,** t. 23, 1978.

GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 747, 1998.

_____. La morte del codice ottocentesto. **Rivista di Diritto Civile,** Padova, Parte Prima, 1980.

IONESCU, Octavian. Le problème de la partie introductive du code civil. **Revue Internacionale de Droit Comparé**, a. 19, n. 3, Jui./sep. 1967.

IRTI, Natalino. Consolidazioni e codificazioni delle leggi civili. **Rivista di Diritto Civile,** Padova, v. 1, 1993.

_____. I cinquant´anni del codice civile. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, v. 1, 1992.

_____. **L'età della decodificazione**. Milano: Giuffré, 1989.

LARENZ, Karl. **Derecho civil***:* Parte General. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Civitas, 1985.

_____. **Metodología da ciencia do direito.** 2. ed. Trad. Por José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEIBNIZ, G. W. Trois textes sur le droit et la codification. **Archives de philosofie du Droit,** t. 31, 1986.

LOPES Y LOPES, Angel M. Estado social y sujeto privado: una reflexion finisecular. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, Firenze, v. 25, 1996.

MARQUES, Claudia Lima. Cem anos de Código Civil Alemão: O BGB de 1986 e o Código Civil Brasileiro de 1916. **Ajuris**, Porto Alegre, n. 40, 1987.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado:** Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. O Direito Privado como um "Sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 35, n. 139, 1998.

_____. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da "ética da situação". **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS,** Porto Alegre, v. 20, 2001.

_____. O sistema na Codificação Civil Brasileira – de Leibniz a Teixeira de Freitas**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS,** Porto Alegre, v. 17, 1999.

_____. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade no sistema jurídico. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, n. 680, 1992.

_____. (coord.) **A reconstrução do direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____ ; BRANCO, G. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (org**.) Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MENEZES CORDEIRO, Antonio M. **Da boa-fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 1989.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. A parte geral do Projeto do Código Civil. **Revista do Conselho da Justiça Federal,** Brasília, v. 9, 1999.

OLIVEIRA, Guilherme. Sobre a verdade e a ficção no Direito de Família. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,** n. LI, 1975.

PATTI, Salvatore. **Codificazioni ed evoluzione del diritto privato**. Roma: Laterza, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código Napoleão. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 51.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civille nella legalitá costitucionale.** Torino: Schientifiche italiane, 1991.

_____. **Perfis do direito civil.** Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PREDIGER, Carin. A noção de sistema no direito privado e o código civil como eixo central. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PONTES DE MIRANDA, F.C. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.

RAISER, Ludwig. **Il compito del diritto privato**. Trad. ital. Milão: Giuffrè, 1990.

_____. O Futuro do Direito Privado. **Revista da Procuradoria-geral do Estado/RS**, Porto Alegre, v. 9, n. 25, 1979.

REALE, Miguel. **Código Civil – Anteprojetos**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1989. v. 5, t. 1

_____. Diretrizes Gerais do Projeto de Código Civil. In: **Direito, Ciência Política e Administração**. Fortaleza: Instituto Clóvis Beviláqua, 1977.

_____. **Fontes e Modelos do Direito:** Para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **O Projeto do Novo Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Visão geral do projeto de Código Civil.** Disponível em <http://orion.ufrgs.br/mestredir/doutrina/ reale1.htm>. Acesso em 12 jul. 2002.

RODRIGUEZ, Carlos Eduardo Lopes. A noção de sistema no direito privado: uni-

dade ou pluralidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, nov./1993.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. aum. Rio de Janeiro: Garnier, 1896.

_____. **Esboço**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1952.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WILHELM, Walter. **La Metodologia Jurídica en el Siglo XIX**. Trad. Rolf Bethmann. Madri: Edersa, 1980.

O NOVO CÓDIGO CIVIL E A SUA PARTE GERAL[1]

Maria Alice Costa Hofmeister*

1 INCAPACIDADES ABSOLUTAS
2 INCAPACIDADES RELATIVAS
3 EMANCIPAÇÃO E MAIORIDADE
4 MORTE E AUSÊNCIA
5 DIREITOS DA PERSONALIDADE
6 INTEGRIDADE FÍSICA
7 PESSOAS JURÍDICAS
8 DIREITO CIVIL E CONSTITUIÇÃO

[1] Palestra proferida no Seminário sobre o Novo Código Civil, promovido pela PGE nos dias 21 e 22/03/2003.

* Procuradora do Estado, Professora de Direito Civil da UFRGS e da ULBRA

Exma Sra.Procuradora Geral do Estado, Exmos. Srs. Procuradores-Gerais Adjuntos, Colegas Procuradores, Senhores Assessores, Servidores, Estagiários, srs e sras. presentes.

A entrada em vigor do novo Código Civil acarreta a necessidade de investigarmos as alterações introduzidas por este diploma legal. O que tem de inovador o Código de 2002? Quais as modificações que irá acarretar na vida das pessoas? O que apenas reproduz da lei anterior? Tais questões conduziram ao presente encontro cujo objetivo é o de iniciar uma aproximação com os temas do novo Código Civil. Coube-nos tratar da Parte Geral.

Regulamenta o Código Civil as relações jurídicas privadas existentes na sociedade. A vida do indivíduo desde o seu nascimento até a sua morte transcorrem sob a sua égide. Sob o império da lei civil, o ser humano nasce, constitui família, adquire bens, estabelece relações contratuais, sucede e é sucedido.

O novo Código Civil, como o seu antecessor, mantém a grande divisão em PARTE GERAL E PARTE ESPECIAL, esta dividida em cinco livros, abordando o Direito das Obrigações, o Direito da Empresa, o Direito das Coisas, o Direito de Família e o Direito das Sucessões, acrescidos de um Livro Complementar, contendo as disposições finais e transitórias.

A abrangência da Parte Geral extrapola a órbita do Direito Civil, espraiando-se por todo o direito privado. As regras mestras da vida civil ali se acham. Na Parte Geral encontra-se a regulamentação jurídica das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos, podendo-se asseverar que ela contém os princípios gerais do direito privado.

O texto foi elaborado pelo Ministro José Carlos Moreira Alves que integrou a Comissão Revisora e Elaboradora do Anteprojeto de Código Civil.

Segundo o jurista[2]

> partindo da diretriz no sentido de se seguir a estrutura do Código Civil, manteve-se a Parte Geral, a qual, das partes que o integram, é aquela que lhe dá unidade, inclusive filosófica, convicta a comissão de que essa Parte Geral era absolutamente imprescindível dentro da nossa tradição jurídica para dar unidade ao Código Civil.

Segundo ainda o mesmo autor,

> Quando se examina o que de novo se apresenta nessa Parte Geral, verifica-se que não há originalidade alguma no sentido de se criarem princípios dentro do sistema jurídico privado, até porque um Código Civil não é campo de experimentação para que se lancem princípios absolutamente novos, a fim de que se colham os seus resultados, os quais, se mal

[2] ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto do Código Civil*. Disponível em <http:// www.cjf.gov.br/revista/numero 9/artigo1.htm. > Acesso em:16 mar. 2003. p. 1

sucedidos, sejam modificados."[3]

Contudo, Alves esclarece que o Código de 2002 apresenta novidades, posto que o seu antecessor vem do século antepassado, tendo sido elaborado em 1899, inspirado em projetos anteriores, buscando a maior parte da sua originalidade no trabalho de Teixeira de Freitas.[4] Portanto, há inovações em relação ao Código de 1916, mas não novidade em relação à ciência do Direito, nem em referência aos vários Anteprojetos que o precederam desde a década de trinta.[5]

Para melhor compreender a Parte Geral, convém assinalar as diretivas observadas na elaboração do Projeto[6] :

a) preservação (na medida do possível) da estrutura e da redação do Código de 1916, atualização com novos institutos, redistribuição da matéria de acordo com a moderna sistemática civil;

b) manutenção do Código Civil como lei básica, embora não global, do direito privado, unificação do direito das obrigações na linha de Teixeira de Freitas e Inglez de Souza, reconhecendo-se a autonomia doutrinária do Direito Civil e do Direito Comercial;

c) aproveitamento das contribuições dos trabalhos e projetos anteriores, assim como os respectivos estudos e críticas;

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

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

Miguel Reale aponta os princípios que orientaram a elaboração do novo diploma legal: a eticidade, a socialidade, a operabilidade, a concretitude[7] .

Reconhece o Código de 2002 a participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandonar, todavia, as conquistas da técnica jurídica. Daí provém a sua opção por normas genéricas ou cláusulas gerais, deixando-se de lado o excessivo rigorismo conceitual, possibilitando-se, desta maneira, a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, objetivando-se uma contínua atualização dos preceitos legais.

De outro lado, apresenta-se no novo diploma legal, o objetivo de superar o caráter individualista do Código anterior, retrato de um país eminentemente agrícola, buscando-se a prevalência dos valores coletivos sobre os meramente individuais.

Orienta-se, ainda, o novo Código pelo princípio da operabilidade, preocupando-se com a realização do Direito e com as condições para a sua efetiva operação. Cuidou-se de eliminar dúvidas existentes durante a aplicação da lei anterior. Um

[3] ALVES, J.C.M. [online], p. 2.
[4] Ibidem, p. 2
[5] ALVES, J.C.M. Inovações do novo Anteprojeto de Código Civil **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, v. 40, p. 8, out./dez. 1973.
[6] AMARAL, Francisco. Direito civil. *In:* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.23.
[7] REALE, Miguel. **Visão geral do novo Código Civil**. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>. Acesso em: 21.mar.2003. p. 4-7.

exemplo de tal orientação foi o estabelecimento da distinção entre os institutos da prescrição e da decadência.

Por fim, propugna o Código que deve ser alcançado o Direito em sua concreção, pois o ser humano, destinatário da norma, não é um ser abstrato, mas um indivíduo situado concretamente na sociedade.

Isto posto, passemos ao nosso tema.

A Parte Geral engloba três livros:

LIVRO I – DAS PESSOAS

LIVRO II – DOS BENS

LIVRO III – DOS FATOS JURÍDICOS

O LIVRO I, por sua vez, subdivide-se em três títulos:

Das pessoas naturais(I), das pessoas jurídicas II), do domicílio(III).

Chama-se atenção para a redação do primeiro artigo do Código, o qual traz uma alteração significativa, a adoção de uma filosofia que se revelará nos dispositivos seguintes e por todo o novel diploma legal:

"Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil"

O dispositivo corresponde ao art. 2º do Código Beviláqua: *Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.*

Comparando-se as duas redações, afigura-se, numa primeira leitura, a troca de uma simples palavra (antes, homem, hoje, pessoa), contudo, o texto atual enfeixa a adoção de uma filosofia personalista e humanista. Esta observação vem corroborada pela inclusão no Código de um capítulo dedicado aos Direitos da Personalidade.

Vamos prosseguir com a leitura do Titulo I (das pessoas naturais), o qual se subdivide em três capítulos:

Capítulo I – Da personalidade e da capacidade;

Capítulo II- Dos direitos da personalidade;

Capítulo III – Da ausência.

A personalidade civil se adquire com o nascimento com vida, pondo todavia, a salvo, a lei, desde a concepção, os direitos do nascituro (ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno). Emerge uma dúvida: o embrião concebido no laboratório tem direitos? Há projeto de emenda a este dispositivo acrescentando *direitos do embrião e do nascituro.*[8]

Moreira Alves vê um problema: em matéria de embrião não temos nenhuma legislação, como saber se o embrião já é começo de vida ou não? Como são conservados, até quando devem ser conservados os embriões? Os médicos que fazem a fertilização in vitro produzem inúmeros embriões para que sejam utilizados paulatinamente, até obter a fertilização. Se o primeiro já fertiliza, o que fazer com os demais? Congelam-se. Até quando? Pode-se destruir? Não há legislação. Se formos ressalvar os direitos dos embriões, calculem que sejam 40 congelados. Vamos ter que saber qual é o quinhão daquele nascituro, que se tornou pessoa natural que nasceu com

[1] ALVES, J.C.M. *O Código Civil não é uma lei eterna*, palestra proferida em 27.set. 2002 na Jornada sobre o Novo Código Civil Brasileiro promovida pela Faculdade de Direito da UFRGS. **Jornal do Direito,** Porto Alegre, p. 6, dez./2002.

vida, obviamente vai receber um miserável quinhãozinho esperando os 40 quinhões reservados para os 40 embriões que estejam congelados e não se sabe o momento que ou vão ser destruídos ou vão ser transformados em gente. Matérias dessa natureza merecem uma complexa legislação que não é um conjunto de princípios de Direito Privado e de Direito Público. São questões que necessitam de sistema dentro de uma lei extravagante que possa ser modificada facilmente. [9]

Assistimos recentemente uma matéria veiculada na televisão a respeito do congelamento pós-morte, objetivando-se um futuro ressuscitamento do indivíduo congelado, no prazo de cem a cento e cinqüenta anos. Dependendo do desenvolvimento científico, o prazo poderá ser abreviado. Incógnita. A matéria suscitou questões inusitadas relativamente à sucessão hereditária. Quais os direitos do congelado que vier a reviver? Que medidas poderão ser tomadas objetivando-se a preservação do seu patrimônio? A sucessão hereditária, no caso de mortos congelados, deverá ser provisória? Mais uma série de questões para as quais não temos previsão legal, nem respostas prontas. Se a ciência obtiver êxito, fazendo ressurgir os indivíduos, o próprio conceito de morte deverá ser repensado e os juristas deverão responder às novas demandas que lhes serão postas. Mas tudo isto é futurismo.

O Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal promoveu em setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, do Superior Tribunal de Justiça, Jornada de Direito Civil. Do evento resultaram enunciados acerca de dispositivos do Código de 2002, os quais constituem valioso trabalho de interpretação das novas normas.

Reproduzimos, a seguir, os enunciados nºs 1 e 2, que versam sobre o art. 2º do Código Civil. No decorrer desta palestra, outros serão indicados.

Enunciado nº 1: "Art. 2º: a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura."

Enunciado nº 2: "Art. 2º: sem prejuízo dos direitos da personalidade nele assegurados, o art. 2º do Código Civil não é sede adequada para questões emergentes da reprogenética humana, que deve ser objeto de um estatuto próprio."

1 INCAPACIDADES ABSOLUTAS

O Código mantém a divisão entre incapacidade absoluta e relativa.

São absolutamente incapazes:

a) os menores de dezesseis anos;[10]

b) os que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil (os loucos de todo o gênero, do Código de 1916). São pessoas que não podem reger a sua pessoa e seus bens. A

[9] ALVES, J.C.M., 2002, p. 6-7.

[10] De acordo com o art. 1.517 do CC, o homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

inclusão dos amentais no rol dos absolutamente incapazes depende de um processo de interdição (CPC, arts. 1.177 e segs.).

Observa Silvio Rodrigues[11] que a regulamentação do Código Civil de 1916 fora alterada com o Decreto n. 24.559/34 o que possibilitou a interdição limitada e a nomeação de administrador provisório. Essa experiência foi aproveitada pelo legislador de 2002, ao disciplinar a incapacidade relativa, incluindo os que por deficiência mental tenham o discernimento reduzido;

c) os que, mesmo por motivo transitório, não puderem exprimir a sua vontade. Assinala Silvio Rodrigues em comentário à matéria:[12] sendo o negócio jurídico um ato de vontade ao qual a lei empresta os efeitos almejados pelo agente, é obvio que se este, ainda que por motivo transitório, não pode externar a sua vontade, o ato, por ele praticado não pode prevalecer, pois carece de seu elemento gerador, que é a manifestação válida da vontade.

Assinala Moreira Alves[13] que o dispositivo atende os casos em que há a paralisia total, embora temporária e, conseqüentemente, para permitir que haja curatela nesses casos em que a transitoriedade não seja absolutamente fugaz, mas que se prolongue ao longo de algum tempo.

A incapacidade absoluta por razão transitória abrange casos de pessoas as quais, por causa passageira, sofram de perturbação de ordem mental, que não configurem propriamente moléstia, ou, em decorrência de amnésia ou força hipnótica, não possam celebrar negócio jurídico. Enquadra-se aí também a hipótese de pessoa atacada de paralisia geral que não lhe causa perturbação de ordem mental e não possa falar.[14]

2 INCAPACIDADES RELATIVAS

Maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

Se o menor púbere contrai obrigação sem a assistência de seu representante (pai, mãe ou tutor), ela é anulável (CC, art. 171). Prevalece, no entanto, a obrigação, se o menor agiu dolosamente, enganando o outro contratante sobre sua idade (Art. 180 do CC).

O novo Código não reproduziu o art. 156 do Código de 1916 (equiparava o menor ao maior relativamente às obrigações decorrentes de atos ilícitos, isto é, de atos praticados com culpa ou dolo, dos quais resultaram prejuízos para terceiros). Segundo Silvio Rodrigues, a supressão desse dispositivo, mantida na Câmara dos Deputados e no Senado, representa uma imperfeição, pois deixa margem para dúvida quanto a saber se o menor de 17 anos pode ser responsabilizado pela reparação do dano, causado por ato ilícito por ele praticado. O autor entende que é possível

[11] RODRIGUES, S. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 47.
[12] Ibidem, p. 47.
[13] ALVES, J.C.M., 2002, p. 2.
[14] ALVES, J.C.M. *apud* GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Inovações da parte geral do projeto de Código Civil .**Revista de Direito Civil**, v. 30, out./dez. 1984**,** p. 124.

responsabilizá-lo, com base na regra geral de responsabilidade (art. 186).[15]

b) Ébrios habituais, viciados em tóxicos, e os que por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido. Somente os alcóolatras ou dipsômanos, bem como os toxicômanos e os mentalmente fracos são considerados. Usuários eventuais de substâncias alcóolicas ou entorpecentes que, por efeito temporário das mesmas ficarem impedidos de exprimir plenamente sua vontade, enquadram-se no art. 3º, III do Código Civil.[16] Rodrigues acredita que haverá dificuldade em definir o ébrio habitual e o viciado em drogas.[17]

c) Os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo. Compreendem-se aqui os portadores da Síndrome de Down e todos os excepcionais sem desenvolvimento completo. Os surdos mudos que tiverem recebido educação adequada e puderem exprimir plenamente sua vontade, serão capazes. Aqueles que não tiverem sido educados e permanecerem no isolamento poderão ser relativa ou absolutamente incapazes. Consoante Silvio Rodrigues, este é um dispositivo flexível que deixa uma porta aberta para aqueles casos de deficiência mental mais brandos, que não couberem no art. 3º (incapacidade absoluta).[18]

d) Os pródigos. A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar e ser demandado e praticar, em geral, atos que não sejam de mera administração (CC, art. 1.782)

3 EMANCIPAÇÃO E MAIORIDADE

A emancipação por concessão dos pais ou por sentença judicial (menor sob tutela) poderá ser concedida aos dezesseis anos completos(CC, art. 5º, parágrafo único, I).

A maioridade civil é alcançada aos dezoito anos completos(art. 5º do CC).

Enunciado nº 3: "Art. 5º: a redução do limite etário para a definição da capacidade civil aos 18 anos não altera o disposto no art. 16, I, da Lei n. 8.213/91, que regula específica situação de dependência econômica para fins previdenciários e outras situações similares de proteção, previstas em legislação especial."[19]

4 MORTE E AUSÊNCIA

A existência termina com a morte. O art. 7º disciplinou a morte presumida sem ausência, naqueles casos em são extremamente prováveis os falecimentos, de pessoas em perigo de vida e naqueles casos de desaparecimento em campanha ou de alguém feito prisioneiro, que não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

[15] RODRIGUES, S. op. cit., p. 50-52.
[16] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 96.
[17] RODRIGUES, 2003, p. 52.
[18] Ibidem, p. 52.
[19] *Jornada de Direito Civil.*

Em comentário ao art. 1.571 do CC (dissolução da sociedade conjugal), Regina Beatriz Tavares da Silva[20], observa que no parágrafo 1º do aludido dispositivo foi introduzida em nosso direito a declaração de ausência como forma de dissolução do vínculo conjugal. Essa nova causa terminativa é fundada no instituto da morte presumida. Em caso de desaparecimento do cônjuge, como de qualquer pessoa, faz-se necessário o procedimento de ausência, de modo que a inexistência daquela causa terminativa, na legislação anterior, obrigava o cônjuge do ausente a iniciar tal procedimento e também o de divórcio; bis in idem, certamente, desnecessário.

Trouxe-se para a Parte Geral a ausência sob o tríplice aspecto: curadoria dos bens dos ausentes, sucessão provisória e sucessão definitiva.

5 DIREITOS DA PERSONALIDADE

O Código inseriu disciplina autônoma desses direitos, inerentes à pessoa humana. Na definição de Erasmo M. Ramos,[21]

> entende-se sob direitos da personalidade propriamente os que afetam a própria personalidade de forma direta ou indireta e que devem ser exercitados pela própria pessoa violada. Em regra concernem aos seus estados de capacidade ou se referem aos direitos pessoais constitucionalmente derivados.

Na atualidade, devido aos avanços científicos e tecnológicos (Internet, clonagem, imagem virtual, monitoramento por satélite, acesso imediato a notícias e manipulação da imagem e da voz por computador, procedimentos médicos sofisticados e invasivos), a personalidade passa a sofrer novas ameaças e estas situações necessitam de regulamentação e de proteção da esfera privada do indivíduo. Vislumbra-se uma tendência mundial de proteção reforçada da pessoa humana.

O homem atual é um ser que vive em uma sociedade de risco. Faz-se esta observação com o intuito de compor o contexto do homem contemporâneo. Risco diz respeito a futuro, é uma modalidade de relação com o futuro, do qual não podemos fugir. A nossa sociedade é uma sociedade de risco, em razão da velocidade do desenvolvimento tecnológico.

Beck[22] anuncia que chegou o fim dos outros. Toda a miséria, a violência que alguns seres humanos causavam a outros atingia a categoria dos outros: os judeus, os negros, as mulheres, os refugiados políticos, os comunistas. Existiam fronteiras reais e simbólicas. Tudo isto já não existe. Chegou o fim dos outros, proclama Beck, o fim das possibilidades de distanciamento. O poder do perigo suprime todas as zonas protegidas e todas as diferenças da modernidade.

---

[20] SILVA, Regina Beatriz Tavares da. In: FIUZA, Ricardo (Coord.) **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1371.

[21] RAMOS, Erasmo M. Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 799, p. 15 ,maio/2002.

[22] BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo.** Barcelona: Paidós, s. d. p. 11.

Convivemos com a contaminação do ar, da água, dos animais e dos seres humanos. Encontramo-nos sob o signo do medo, produto da modernidade. Resta-nos seguir vivendo e reconhecendo o perigo.

Como posso proteger a mim e aos meus?

Todo este contexto, aqui brevemente vislumbrado, provoca respostas dos sistemas jurídicos. O personalismo é uma reação a este estado de coisas.

Sob a denominação de direitos de personalidade encontram-se os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, reputados essenciais à sua dignidade e integridade. A categoria mostra-se como construção recente, fruto de elaborações doutrinárias germânica e francesa da segunda metade do século antepassado.[23]

Sublinha Fabio De Mattia apud Tepedino[24] que

> os direitos humanos, são, em princípio os mesmos da personalidade; mas deve-se entender que quando se fala dos direitos humanos, referimo-nos aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, quando desejamos protegê-los contra as arbitrariedades do Estado. Quando examinamos os direitos da personalidade, sem dúvida nos encontramos diante dos mesmos direitos, porém sob o ângulo do direito privado, ou seja, relações entre particulares, devendo-se, pois, defendê-los frente aos atentados perpetrados por outras pessoas.

Assinala o autor:

> Assim sendo, considerados como direitos subjetivos privados, os direitos da personalidade possuem, como característicos, no dizer da doutrina brasileira especializada, a generalidade, a extrapatrimonialidade, o caráter absoluto, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a intransmissibilidade.[25]

A generalidade significa que esses direitos são naturalmente concedidos a todos os homens, pelo simples fato de existirem. Em razão desta característica, alguns autores os visualizam como inatos, terminologia que suscita uma conotação jusnaturalista, no sentido que tais direitos preexistiriam à ordem jurídica.

A extrapatrimonialidade liga-se à impossibilidade de avaliá-los economicamente, mesmo que a sua lesão gere reflexos econômicos.

São absolutos, oponíveis *erga omnes*, impondo-se à coletividade o dever de respeitá-los.

São indisponíveis, não podendo o seu titular deles dispor, irrenunciáveis e impenhoráveis.

Ostentam a característica da imprescritibilidade. Desta forma, impede-se que a lesão a um direito da personalidade, com o passar do tempo, possa convalescer, perecendo a pretensão ressarcitória ou reparadora.

[23] TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24.
[24] Idem, p. 33.
[25] Ibidem, p. 33.

Por fim, a intransmissibilidade significa que os direitos da personalidade se extinguem com a morte do seu titular, ainda que muitos interesses relacionados à personalidade mantenham-se tutelados mesmo após a morte do indivíduo.

Costuma-se distinguí-los em dois grupos: direitos à integridade física e os direitos à integridade moral. No primeiro grupo situam-se o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver. No segundo, encontram-se o direito à honra, o direito à liberdade, o direito ao recato, o direito à imagem, o direito ao nome e o direito moral do autor.

Esta constelação de direitos goza de assento constitucional e de previsão em leis especiais. O Código de 2002 protege expressamente os direitos da personalidade em geral, mencionando o direito ao nome, à proteção da imagem, da integridade física e da vida privada.

As características traçadas pelo Código determinam que estes direitos são em regra intransmissíveis e irrenunciáveis, salvo previsão legal (art. 11), sendo protegidos tanto de lesões quanto de ameaças (art. 12). Possibilita-se não só a realização de medidas reparatórias, mas também preventivas, havendo expressa previsão de admissibilidade de ressarcimento por perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções.

O enunciado nº 4 concluiu: "Art. 11. O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente ou geral."[26] . Nos termos dessa nova regulamentação, os direitos de personalidade consistem na proteção ao nome, imagem, corpo e privacidade, atuando, assim, em simetria à Constituição de 1988, cujo texto é claro (art. 5º, X). O CC atribui legitimação para agir em defesa dos direitos de personalidade de falecidos ao cônjuge do de cujus e seus parentes, em linha reta ou colateral, até quarto grau.

A proteção ao nome abrange não só o prenome e o patronímico, como também o pseudônimo (art. 19). Veda-se o emprego do nome de outrem em publicações ou representações que o exponham ao desprezo público (art. 17), proibida a reprodução, mesmo que não exista intenção difamatória. Veda-se o uso não autorizado de nome alheio em propaganda comercial (art. 18).

Quanto à imagem, proíbe-se o seu uso não autorizado, punindo-se o infrator quando a utilização da imagem atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade da pessoa, ou se destinar a fins comerciais (art. 20).

Não só a imagem, mas a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação poderão ser proibidas a requerimento da pessoa sem prejuízo da indenização cabível, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade ou se se destinarem a fins comerciais(art. 20).

Enunciado nº 5: "Arts. 12 e 20: 1) as disposições do art. 12 têm caráter geral e aplicam-se inclusive às situações previstas no art. 20, excepcionados os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas; 2) as disposições do art. 20 do novo Código Civil têm a finalidade específica de regrar a projeção dos bens personalíssimos nas situações nele enumeradas. Com exceção dos casos expres-

[26] *Jornada de Direito Civil.*

sos de legitimação que se conformem com a tipificação preconizada nessa norma, a ela podem ser aplicadas subsidiariamente as regras instituídas no art. 12."[27]

6 INTEGRIDADE FÍSICA

O CC conserva as diretrizes traçadas pela Lei 9.434/97.

São três os dispositivos:

a) Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes (excetua-se o transplante, na forma da lei), consoante dispõe o art. 13 do novo Código Civil.

Enunciado nº 6: "Art. 13: a expressão "exigência médica", contida no art. 13, refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente".[28]

Esta matéria foi inteiramente disciplinada pela Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. A lei foi regulamentada pelo Decreto n.2.268/97.

b) É válida, com objetivo científico ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo (art.14).

c)Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. O Código assegura à pessoa a prerrogativa de recusar a submeter-se a um tratamento perigoso, se assim lhe aprouver (art. 15).

7 PESSOAS JURÍDICAS

Há algumas inovações neste capítulo. Destaquemos os pontos principais.

Consoante o art. 41, parágrafo único, salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas do Código.

Admite-se a possibilidade de criação de novas figuras de pessoas jurídicas de Direito Público, ao lado das já existentes, União, Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios e autarquias.[29]

Os Territórios vem incluídos no rol das pessoas jurídicas de direito público interno (art. 41, II).

Estabelece-se a distinção entre sociedade e associação. São pessoas jurídicas de direito privado as associações, as sociedades e as fundações. As primeiras são constituídas pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos (clubes esportivos, centros culturais, entidades pias, etc). As sociedades tem escopo de

[27] *Jornada de Direito Civil.*
[28] Jornada de Direito Civil.
[29] ALVES, J. C.M., 2002, p. 3.

lucro e passaram a ser regulamentadas no livro relativo ao direito empresarial. As fundações somente poderão constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.

O prazo para anular a constituição das pessoas jurídicas de direito privado, por defeito do ato respectivo, decai em três anos (art. 45, parágrafo único), contado o prazo da publicação de sua inscrição no registro.

Prevê o Código a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica:

> Art. 50. "Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

No direito brasileiro, o primeiro texto legislativo a trazer expressa previsão sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica dos entes coletivos foi o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (art. 28). Após, duas outras leis seguiram a trilha traçada pelo diploma consumerista: a Lei 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, e a Lei 9.605/98, que disciplina a responsabilidade por lesões ao meio ambiente. Entretanto, tratavam-se de normas de aplicação específica a determinadas matérias, as quais, portanto, não serviram como cláusula geral de aplicação da teoria da desconsideração.

Analisando o dispositivo acima reproduzido, Ruy Rosado de Aguiar Júnior escreveu:

> É a teoria objetiva, a prescindir da fraude e se satisfazendo com o "desvio" da finalidade ou a confusão de patrimônios, com ou sem fraude, com ou sem prejuízo a terceiro [...] A disposição do projeto não é igual à do Código de Defesa do Consumidor [...]{que} não inclui o fato objetivo da confusão de patrimônio como causa de desconsideração, ao mesmo tempo em que se refere a outras situações específicas, não contempladas no Projeto.[30]

Enunciado nº 7: "Art. 50: Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular, e limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido."[31]

Estendeu-se às pessoas jurídicas a proteção de seus direitos de personalidade, naquilo que for aplicável, admitindo-se, assim, a necessidade de proteção de sua imagem e nome. Embora a jurisprudência já se houvesse pronunciado nesse sentido, a proteção carecia de previsão legal expressa.

A propósito vide o enunciado 227 da Súmula do STJ: " A pessoa jurídica pode sofrer dano moral."

A responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público interno

[30] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de *apud* BOLLMANN, Vilian. As inovações jurídicas na parte geral do novo Código Civil. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 793, p. 56, nov./2001.
[31] *Jornada de Direito Civil.*

vem prevista no art. 43. Verifica-se que faltou adaptar o novo Código à Constituição Federal, cujo art. 37, § 6º ampliou o rol dos responsáveis pelos danos causados, incluindo as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. O projeto norteou-se pelo art. 107 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

8 DIREITO CIVIL E CONSTITUIÇÃO

As últimas palavras dizem respeito à interpenetração crescente do Direito Civil com o Direito Constitucional, conduzindo ao que se convencionou denominar de constitucionalização do Direito Civil ou civilização do Direito Constitucional. Matérias eminentemente civis ingressaram no domínio constitucional, acarretando a superação da clássica dicotomia direito público-direito privado. Emerge o constitucionalismo em meio a uma constatação da perda da unidade sistemática, em outros tempos assentada, do Direito Civil. Grande parte das matérias relevantes, alojadas em seu corpo, migraram para legislações especiais, os microssistemas. Fragmenta-se o Direito Civil clássico.

Busca-se a unidade do sistema, "deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil." Desta forma, reunifica-se o sistema, recupera-se a unidade perdida.[32]

Trata-se de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, de reler o Direito Civil à luz da Constituição, com o propósito de privilegiar os valores não patrimoniais, especialmente a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se dirigir a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.[33]

As primeiras constituições nada dispuseram acerca das relações privadas, cumprindo apenas sua função de delimitar o Estado mínimo. Como se demonstrou historicamente, a codificação liberal e a ausência da constituição econômica serviram de exploração dos mais fracos pelos mais fortes, gerando reações e conflitos que redundaram no advento do Estado Social. Em linhas gerais, a nova tendência parte da constatação da extraordinária mudança ocorrida com o advento do Estado social e a correspondente consagração no texto das constituições contemporâneas dos direitos sociais.

A interpretação constitucional emerge como uma tentativa de assegurar a unidade e a congruência do sistema (desagregação do Direito Civil e conseqüente surgimento dos microssistemas). Busca-se a interpretação constitucional objetivando centralizar o pólo das relações jurídicas nos ditames da Lei Maior, diante da fragmentação do sistema privado.

Ademais, não se pode perder de vista que os propósitos e princípios do Estado encontram-se insculpidos na Constituição. A Lei Maior não pode ser contrariada e sim prevalecer sobre a legislação infraconstitucional, só assim o respeito aos valores

[32] TEPEDINO, G. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Paraná Judiciário,** Curitiba, v. 52, p. 160, 1998.
[33] Ibidem, p. 166.

supremos, traçados na Constituição, é assegurado.

Apresenta crucial interesse para o nosso tema a questão da dignidade. A dignidade da pessoa humana figura na Constituição Federal erigida como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III), vindo mencionada após a soberania e a cidadania (incisos I e II).

O filósofo Kant é o responsável pelas bases do pensamento moderno no sentido de valorizar a pessoa humana. Segundo ele, o homem é objeto de respeito e um fim. Não tem um preço e sim uma dignidade, a dignidade se entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano.

A dignidade é uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do respeito e da consideração, tanto da parte do Estado, como dos demais seres humanos. Implica em um complexo de direitos que asseguram a pessoa, protegendo-a de todo e qualquer ato degradante. A dignidade não se esgota nestes aspectos. Os direitos deverão garantir ao indivíduo condições existenciais mínimas para uma vida saudável.[34]

Não basta o reconhecimento de uma dignidade abstrata, todos tem direito à dignidade material.

Esta projeção do Direito Constitucional no Direito Civil é, sem dúvida, um fenômeno contemporâneo. Subjacente a esta tendência encontra-se um determinado modelo de sociedade e de Estado. Busca-se responder às exigências presentes.

Sousa Ribeiro explica o movimento do Direito Civil rumo à Constituição:

> [...] à Constituição subjaz, sem dúvida, uma concepção do homem como sujeito livre e responsável, capaz de autodeterminação, senhor do seu destino e gestor dos seus interesses na convivência com os demais. Mas também, e simultaneamente, do homem, nas palavras de Damm, como "sujeito deficitário", dependente de poderes fácticos e exposto a riscos que individualmente não controla.[35]

A análise do autor português permite entender as duas funções dos direitos humanos. Em primeiro lugar, a função defensiva, contra os poderes públicos. Em segundo lugar, a sua função tuteladora, significando competência para a ação, para o livre empreendimento de iniciativas, a livre manifestação de preferências pessoais, bem como os mecanismos de salvaguarda, de contenção de abusos e de compensação.

"Essas duas faces", conclui o jurista, compõem também o rosto moderno do direito civil, um direito civil que se abre à pessoa, como condição de sua plena realização, amplos espaços de livre agir negocial, mas simultâneamente se deve mostrar atento à sua defesa contra todos os riscos que o viver social engendra.[36]

[34] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 38.
[35] RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito,** Coimbra**,** v. LXXIV, p. 754-755, 1998.
[36] Ibidem, p. 755.

Vislumbrando, assim, um Direito Civil voltado para a pessoa humana e sensível às suas necessidades, finaliza-se este encontro, agradecendo a atenção dos presentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. **A parte geral do Projeto do Código Civil**. Disponível em <http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo1.htm>. Acesso em 16/mar/2003.

_____. Inovações do novo Anteprojeto de Código Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 40, p. 8, out./dez. 1973.

_____. O Código Civil não é uma lei eterna. **Jornal do Direito,** Porto Alegre, dez. 2002.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo.** Barcelona: Paidós, s. d.

BOLLMANN, Vilian. As inovações jurídicas na parte geral do novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 793, nov./2001.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito civil.** São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1

COSTA, Dilvanir José da. Inovações principais do novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 796, fev./2002.

FIUZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil comentado.** São Paulo: Saraiva, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2003.

RAMOS, Erasmo M. Estudo comparado do direito de personalidade no Brasil e na Alemanha. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 799, maio/2002.

REALE, Miguel. **Visão geral do novo Código Civil**. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718> Acesso em: 21/mar./2002.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do direito civil. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. 74, 1998.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Paraná Judiciário**, Curitiba, v. 52, 1998.

A PARTE GERAL DO CÓDIGO CIVIL DE 2003: ANÁLISE CRÍTICA DA SUA MANUTENÇÃO E ABORDAGEM DE ALGUMAS INOVAÇÕES RELACIONADAS AO TRATAMENTO LEGAL DAS PESSOAS JURÍDICAS, À PRESCRIÇÃO E À DECADÊNCIA E AO REGRAMENTO DA PROVA

Márcia Pereira Azário*

INTRODUÇÃO
1. A OPÇÃO PELA MANUTENÇÃO DE UMA PARTE GERAL NO CÓDIGO CIVIL DE 2003
1.1. Algumas posições críticas a respeito da manutenção da parte geral
1.2. A estrutura da parte geral do novo Código Civil
2. ABORDAGEM DE ALGUMAS INOVAÇÕES PRODUZIDAS NA PARTE GERAL DO CÓDIGO CIVIL DE 2003
2.1. O tratamento legal das pessoas jurídicas
2.2. As novas regras da prescrição e da decadência
2.3. O regramento acerca da prova
CONCLUSÃO

* Procuradora do Estado, Especialista em Direito Processual Civil e Mestranda em Direito na UFRGS; e-mail: marcia-azario@pge.rs.gov.br.

INTRODUÇÃO

A tramitação do Projeto do novo Código Civil arrastou-se por mais de 20 anos no Congresso Nacional. Teve como nascedouro o anteprojeto coordenado pelo jurista Miguel Reale, a quem incumbiu estabelecer a estrutura básica do Projeto, com uma Parte Geral e cinco Partes Especiais, e escolher os juristas que iriam relatar cada uma delas. Tal escolha acabou por recair sobre José Carlos Moreira Alves, responsável pela elaboração da Parte Geral, Agostinho de Arruda Alvim, responsável pelo Direito das Obrigações, Sílvio Marcondes, relator do Direito da Empresa, Ebert Chamoun, responsável pelo Direito das Coisas, Clóvis do Couto e Silva, responsável pelo Direito de Família e Torquato de Castro, incumbido do Direito das Sucessões.

Cumpre, assim, preliminarmente, tecer breves considerações acerca dos princípios informadores do novo Código e as diretrizes seguidas na elaboração do Projeto.

Afirma Reale que em se tratando o Código Civil de uma "constituição do homem comum", deve dito ordenamento "cuidar de preferência das normas gerais consagradas ao longo do tempo, ou, então, de regras novas dotadas de plausível certeza e segurança, não podendo dar guarida, incontinenti, a todas as inovações ocorrentes". [1] Assim, concebeu-se o novo Código Civil como "legislação matriz", a partir da qual se constituem "ordenamentos normativos especiais" de maior ou de menor alcance.[2]

Neste formato, o novo diploma deixou de abordar inúmeras questões que se fazem presentes na vida contemporânea, tais como as questões relacionadas à manipulação da genética e da reprodução humana artificial, o regramento acerca das relações entre pessoa do mesmo sexo, da bioética, da transgenia, etc., razão pela qual tem sido alvo de ferrenhas críticas.

Em contraponto, sustenta-se que tais tópicos (e outros ainda tidos como polêmicos ou extremamente específicos) devem ser mantidos fora do Código e disciplinados por legislação própria, vez que ainda em fase de sedimentação, afigurando-se prematura suas inserções no novo diploma civil.

Quanto aos princípios básicos, o novo Código Civil rege-se pelos princípios da *socialidade*, da *eticidade* e da *operabilidade.*

O primeiro deles, da *socialidade,* visa fazer prevalecer os valores coletivos sobre os valores individuais, tão marcadamente presentes no Código Civil anterior. O objetivo foi o de revisar os direitos e deveres dos cinco principais personagens do Direito Privado tradicional (proprietário, contratante, empresário, pai de família e testador), situando-os no contexto da nova sociedade contemporânea, onde se pretende que haja o predomínio do social sobre o individual. São exemplos da influência direta deste princípio o art. 421, que introduz o conceito de *função social do contrato*, o art. 1228, que fala da *função social da propriedade,* e os arts. 1238, 1239, 1240 e 1242, cujos prazos, mais reduzidos, estão relacionados à *natureza social da posse* da coisa.

[1] REALE, Miguel. **O Projeto do Novo Código Civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.2-3.
[2] REALE, 1999, p. 2-3.

Comentando o referido princípio, Judith Martins-Costa e Gerson Branco enfatizam que "a dimensão da socialidade está dispersa em diversos outros dispositivos do projeto e revela-se como uma diretriz central, sem a qual não se pode dimensionar o conteúdo e sentido das normas".[3]

Cumpre, neste ponto, refletir acerca da omissão com relação ao Princípio da Tolerância, que se apresenta como valor típico da pós-modernidade e que também poderia ter embasado, ainda que timidamente, o novo Código.

A busca para a solução dos grandes conflitos contemporâneos (como as guerras civis, os conflitos no campo e na cidade, os conflitos étnicos, etc.) exige a reavaliação de alguns valores considerados fundantes de nossa civilização e a inserção de outros, dentre os quais o da tolerância, não incorporado na práxis político-institucional e nos sistemas jurídicos dos países da América Latina de um modo geral, o que contribui para o aprofundamento das diferenças sócio-econômicas e da exclusão social.[4]

A partir de uma concepção eminentemente religiosa, vista como aceitação das convicções religiosas alheias, a idéia da tolerância, por obra do pensamento liberal, ampliou seu espectro de aplicação também para as relações políticas e civis e, a partir daí, tem evoluído para recuperar o seu sentido de virtude política[5] "cuja utilização torna-se essencial para o funcionamento de uma ordem jurídica, fundada na liberdade, na igualdade e na solidariedade".[6] Neste sentido, o legislador poderia ter avançado e introduzido a tolerância social no novo diploma, abordando em seu corpo, por exemplo, a questão das uniões entre pessoas do mesmo sexo, ainda que timidamente e só sob o aspecto patrimonial.[7]

O segundo princípio informador, o da *eticidade*, enseja a entrada, no novo Código Civil, dos valores éticos, sem prejuízo das conquistas da *técnica jurídica*. Segundo Reale, o novo Código "confere ao juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou inajustável à especificidade do caso concreto. Em nosso Projeto não prevalece a crença na plenitude hermética do Direito Positivo, sendo reconhecida a imprescindível eticidade do ordenamento".[8]

Tal princípio justifica a opção da comissão por *normas genéricas ou cláusulas*

[3] MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gérson L. C. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002. p. 69-70.

[4] BARRETO, Vicente de Paula. **Tolerância, exclusão social e os limites da lei.** Disponível em: http://www2.uerj.br/~direito/publicações/artigos.html, p. 1.

[5] Para um estudo mais aprofundado acerca do Princípio da Tolerância, sobretudo de sua evolução histórica na Europa, veja-se a obra de Thierry Wanegffelen, **L' Edit de Nantes, Une histoire européenne de la tolérance (XVI-XX siécle).** Paris: Librairie Générale Française, 1998.

[6] BARRETO, V. P., [online], p. 5.

[7] BARRETO aborda que a tolerância no final do século passado refere-se principalmente a dois tipos de problemas: a tolerância política, relacionada a aceitação, numa determinada ordem política, de convicções ideológicas e crenças partidárias diferenciadas, e a tolerância social, relacionada à convivência de comunidades culturalmente e economicamente diferenciadas, dentro de uma mesma sociedade política, tendo o direito, quer num caso, quer noutro, a função de servir como fonte de correção de situações desiguais e injustas, evitando a legalização de diferentes formas de opressão.([online], p.9)

[8] REALE, 1999, p. 8-9.

gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual e com abandono do formalismo técnico-jurídico próprio do individualismo da metade do século passado. É exemplo, na Parte Geral, o art. 113, e nas demais partes, os arts. 187 e 422.

Por fim, o terceiro princípio, chamado *operabilidade*, enseja, segundo Reale, que se redijam "certas normas jurídicas, que são normas abertas, e não normas cerradas, para que a atividade social mesma, na sua evolução, venha a alterar-lhe o conteúdo através daquilo que denomino 'estrutura hermenêutica'".[9]

A adoção de tal princípio explica a intencional eliminação de muitas dúvidas e lacunas existentes no Código anterior, como por exemplo, a questão da distinção entre *prescrição e decadência*, o que será abordado mais adiante, e também a diferença entre associação e sociedade. Emblemática, porém, é a utilização das chamadas *cláusulas gerais*[10] , e dos *conceitos jurídicos indeterminados*.

Exemplos da incidência deste princípio podem ser encontrados nos arts. 575, parágrafo único, 111 e 112 do novo Código.

Quanto às diretrizes seguidas pela Comissão elaboradora do Código, três merecem destaque: a) preservação do Código Civil anterior sempre que possível em face de seus méritos intrínsecos e do acervo doutrinário e jurisprudencial constituído em face do mesmo; b) inserção no Código somente de matérias já consolidadas ou com relevante grau de experiência crítica, deixando para legislação especial as matérias ainda em discussão ou de elevado complexidade e c) manter a Parte Geral, mas reformulá-la no que diz com a ordenação da matéria.

Por outro lado, não se poderia abordar a questão da divisão interna do novo Código Civil e, pois, a opção pela inserção de uma "Parte Geral", sem antes refletir, ainda que brevemente, acerca da própria idéia de codificação, pois nos dias de hoje, como afirma Norberto Bobbio, "estamos acostumados a pensar no direito em termos de codificação, como se ele devesse necessariamente estar encerrado num código".[11]

Em aprofundada obra sobre o tema, Fábio Siebeneichler de Andrade defende que a codificação é um conceito que se desenvolve em vários momentos, não sendo exclusividade de um determinado período histórico.[12] Sustenta, ainda, que o fenômeno da codificação não pode ser reduzido a um único argumento, abordando, em um primeiro momento, o código como "um sistema", isto é, um modo de ordenar as matérias do Direito ou de um determinado setor do Direito, que é o elemento (argumento) técnico, e em um segundo momento, o elemento (argumento) político, demonstrando que também a codificação sofre influência da perene disputa entre a

[9] Ibidem, p. 11-12.

[10] Quanto às cláusulas gerais, leciona Judith Martins-Costa que, enquanto técnica legislativa a cláusula geral é um dispositivo que contém suporte fático em abstrato dotado de mobilidade e vagueza de sentido derivados de uma "intencional imprecisão" de significado, com um grau mínimo de tipicidade na descrição da conduta. Tal "vagueza semântica" não significa ambigüidade ou mera generalidade, mas apenas que não é possível definir abstrata e teoricamente quais são todos os fatos que se subsumem a determinada disposição legal, o que somente será possível no caso concreto (**A boa-fé no direito privado**: Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999. p. 298).

[11] BOBBIO, N. **O Positivismo Jurídico.** São Paulo: Ícone, 1999. p. 63.

[12] ANDRADE, F. S. de. **Da Codificação**: Crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 26-27.

ratio e a *autorictas.*[13]

Quanto ao elemento político, acrescenta que

> a partir do desenvolvimento dos Estados absolutos, o conceito de código torna-se ingrediente de uma luta maior. De um lado, o Estado, que aspirava monopolizar o governo, e, de outro, os defensores da manutenção dos elementos tradicionais da ordem social. Nada mais natural, portanto, que surgisse uma tensão a esse respeito. O código, então, a par do elemento técnico, apresenta-se como um instrumento capaz de conciliar a noção emergente de Estado com duas preocupações que à época se colocavam: primeira, a unificação do Direito, mediante o surgimento de um Direito Nacional e, segunda, a maior racionalidade jurídica, por um corpo de regras que englobasse a totalidade do ordenamento jurídico em substituição à pluralidade de fontes até então existente.[14]

Importante registrar, neste ponto, o célebre e histórico embate travado entre Anton Friedrich Justus **Thibaut** e Friedrich Karl **Von Savigny,** no século XIX, acerca do problema filosófico das fontes do Direito e, pois, da codificação.

De um lado, Thibaut, que em 19 de junho de 1814, em sua obra intitulada "Sobre a necessidade de um Direito civil geral para a Alemanha" (*Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*), na esteira de outros partidários da codificação, defende a necessidade de um Código Civil único para Alemanha, a fim de que houvesse mais segurança nas relações jurídicas.

Para Thibaut não se cumpriam na Alemanha os dois requisitos de perfeição formal que se exigem a toda legislação – ausência de preceitos claros e exaustivos e uma ordenação adequada das relações jurídicas -, tornando o direito autônomo um amontoado de preceitos contraditórios que se anulavam entre si e se destinavam a separar os alemães entre si e a tornar impossível que juízes e advogados conhecessem a fundo o Direito. Além disso, criticava que o direito alemão não era completo, o que levava a recorrer ao direito romano e canônico recebidos, acarretando insegurança jurídica em face da diversidade de concepções jurídicas entre um e outro.[15]

De outro lado, Savigny, que em 1816, estimulado pela obra de Thibaut, expõe pela primeira vez as idéias que formam a teoria da Escola Histórica através da obra "Da vocação de nossa época para a legislação e a ciência do Direito" (*Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*), entendendo não ser conveniente codificar o direito civil, pois isso engessaria e dificultaria o regramento do direito, que a dinâmica da vida em sociedade exige. Para ele, desde o começo da história documentada, o Direito não tem uma existência independente e autônoma, sendo privativo do povo, assim como seu idioma, seus costumes e sua organização. Tudo isto está entrelaçado em um todo em virtude da convicção comum do povo, do

[13] Ibidem, p. 27-28.
[14] Ibidem, p. 50.
[15] STERN, Jacques. **La Codificación**: Una controversia programatica basada en obras de Thibaut y Savigny. Madrid: Aguilar, 1970. p. XXIII-XXIV.

mesmo sentimento de necessidade interna que exclui a idéia de um nascimento casual e arbitrário do Direito. O Direito nasce primeiro através do costume e das crenças do povo (como Direito consuetudinário), depois através da jurisprudência, e sempre através de forças internas que atuam caladamente, nunca através do arbítrio do legislador.[16]

As fontes do direito, na visão de Savigny, são substancialmente três: o direito popular, próprio das sociedades na sua formação, o direito científico, característico das sociedades mais evoluídas e o direito legislativo, das sociedades em decadência. Logo, sustentava o autor que o único modo de reverter o caminho da decadência jurídica era promover um direito científico mais vigoroso, através do trabalho dos juristas, pois a codificação só iria acarretar o agravamento da crise jurídica na Alemanha.[17] [18]

Este embate travado entre Thibaut e Savigny, tendo como cenário, de um lado, a necessidade da codificação para assegurar a unidade política e jurídica da Alemanha, e de outro, o temor pela estagnação e decadência de um direito codificado, impulsionou o movimento pela codificação do Direito, contribuindo em muito para o avanço da ciência jurídica. Venceu, todavia, Thibaut, e a Alemanha ganharam seu Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB)* em 1896, que entrou em vigor em 1900 e assim permanece até hoje, com numerosas modificações ao longo do tempo.[19]

Atualmente, modo geral, não mais se discute a necessidade ou não de codificar-se o Direito Civil, permanecendo a codificação como um instrumento válido para diversos países e seus ordenamentos, inclusive para o Brasil, cujo código ora revogado, da lavra de Clóvis Beviláqua, mostrou-se um instrumento de grande utilidade para a estabilidade jurídica do país, na medida em que *sistematizou* o Direito Civil pátrio[20] .

O foco das discussões hoje é, sobretudo, a forma de se codificar: se por intermédio de grandes codificações ou por meio de pequenas codificações setorizadas, chamadas de microssistemas (como, por exemplo, a Lei do Inquilinato, a Lei do Divórcio, e etc).

De outro lado, discute-se a inserção de conceitos jurídicos fechados ou, diversamente, de conceitos jurídicos chamados *indeterminados* ou *determinados pela função* e por *cláusulas gerais.*[21]

---

[16] Ibidem, p. XXVII-XXVIII.

[17] BOBBIO, N., 1999, p. 62.

[18] Examinando o que chamou de "equívocos do pensamento de Savigny", sustenta Stern que Savigny toma por base um código ideal, perfeito, que nunca poderá ser concebido por homens e para os homens, ignorando o significado político-nacional da unidade jurídica como uma das tarefas essenciais do Estado, do ponto de vista da administração da justiça.(STERN, op. cit, p. XXXV).

[19] NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. A. **Novo Código Civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: RT, 2002. p. 3.

[20] Para um aprofundado estudo acerca das origens históricas e filosóficas do Código Civil de 1916 recomenda-se a leitura da obra de PONTES DE MIRANDA, F.C.. Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

[21] NERY JÚNIOR; NERY, R. M. A., 2002, p. 3-4.

Cumpre, finalmente, sejam analisadas duas "codificações" que tiveram influência fundamental no desenvolvimento da cultura jurídica: a justiniana e a napoleônica.

O *Corpus Iuris Civilis,* assim denominado pelo romanista francês Dionísio Godofredo, em 1538, na edição que dele fez - designação essa hoje universalmente adotada -, é a reunião do direito romano, elaborada no século VI da era cristã, por ordem do Imperador Justiniano, não sendo de fato, para alguns, um código, mas antes "uma antologia jurídica".[22]

A questão de saber se o *Corpus Iuris* era dotado de um sistema[23] e se, pois, corresponde a um Código, todavia, não é de fácil resolução. Argumenta-se, de um lado, que a obra é assistemática, sendo mera compilação, em prejuízo de um trabalho criativo. Em oposição, sustenta-se que a grandeza da jurisprudência romana residiria justamente na sua pretensão à sistematização, vista esta com a lógica reinante na época, isto é, de modo diverso da idéia de sistematização hoje vigorante. Neste compasso, em um sentido funcional, o *Corpus Iuris* constitui um código[24] e foi o precursor de idéia de reunir em um só documento o direito vigente.

Na evolução histórica, foi durante a Revolução Francesa, ocorrida entre as décadas de 1790 e 1800, que, de fato, a idéia de codificar o direito adquiriu consistência política, partindo-se da convicção de que poderia existir um "legislador universal", isto é, um legislador que ditasse leis válidas para todos os tempos e todos os lugares, e da exigência de realizar um "direito simples e unitário", tendo em vista que a sociedade francesa, até então, não possuía um único ordenamento jurídico civil, penal e processual, mas uma multiplicidade de direitos territorialmente delimitados.[25]

O *Code Civil* destaca-se pelo "seu senso de equilíbrio, na medida em que representa uma união dos elementos novos e velhos, que marcaram o Direito francês, especialmente a distinção entre Direito Romano e Direito costumeiro", [26] sendo exemplo desta característica o seu próprio sistema (reconhecidamente influenciado pela classificação feita por Gaio), que é composto de três livros: o livro primeiro, que trata do Direito das pessoas, o livro segundo, que trata do Direito das coisas e subdivide-se em propriedade e Direitos reais limitados e o livro terceiro, que versa sobre aquisição da propriedade, compreendendo a herança, o testamento e as obrigações.

Derivando da idéia de uma nação única e indivisível e expressando os valores da burguesia da época, entre todos os códigos, foi sem dúvida o Código Civil francês o de maior importância e o que maior influência causou nos demais ordenamentos

[22] MOREIRA ALVES, J.C.. **Direito Romano.** Rio de Janeiro, 1978. p. 60-62.

[23] O *Corpus Iuris Civilis* é composto de quatro partes, as *Institutas* (um manual escolar que servia para os estudantes como introdução ao Direito compendiado no Digesto), o *Digesto* ou *Pandectas* (compilação dos *iura*, isto é, dos escritos dos jurisconsultos acerca das consultas formuladas pelos litigantes), o *Código Antigo e o Código Novo* (compilação das *leges,* ou seja, das constituições imperiais vigentes) e pelas *Novelas* ou *Autênticas* (reunião das constituições imperiais promulgadas posteriormente por Justiniano, para atender aos novos casos que surgiam).

[24] ANDRADE, F. S. de, 1997, p. 34-35.

[25] BOBBIO, N., 1999, p. 65.

[26] ANDRADE, F. S., op. cit., p. 75.

que lhe sucederam. É preciso reconhecer, todavia, que seu extraordinário êxito advém da Revolução e da grandeza da Era Napoleônica, cujo caráter antifeudal reconhece plenamente, ante a lei, os direitos do cidadão e as das minorias.[27]

Esta breve análise acerca das idéias inspiradoras do Código Civil de Napoleão foi trazida a lume no intuito de enfatizar que a análise de uma lei da densidade e do porte de um *Código* jamais pode prescindir do estudo de seu contexto histórico e social e, sobretudo, de suas influências filosóficas e axiológicas, pois os códigos "representam um esforço técnico de domínio prático de um material, conforme as exigências de decidibilidade de conflitos em uma sociedade complexa, submetida à celeridade das transformações".[28]

O legislador brasileiro, na elaboração do novo Código Civil, optou pela diretriz da *unidade lógica* e da *sistematização*, o que implicou na manutenção de uma Parte Geral e na unificação das obrigações civis e mercantis.[29] Buscou a construção, assim, de um código com função integrativa do sistema jurídico.

No que toca aos conceitos jurídicos, o legislador lançou mão do sistema móvel ou aberto (em contraposição ao sistema anterior, concebido como um sistema fechado), utilizando-se de *cláusulas gerais, conceitos legais indeterminados* e *conceitos legais determinados pela função,* como elementos integradores da unidade e da ordenação do sistema, sendo certo, porém, que essa orientação outorga ao juiz uma função bem mais relevante que a visão clássica lhe atribui.[30]

E aqui reside, talvez, a mais profunda crítica que vem sendo tecida em relação ao novo ordenamento, cuja tramitação arrastada não ensejou a sua introdução no pensamento contemporâneo, com efetiva alteração dos antigos paradigmas. O novo Código, para alguns, em suma, já nasceu descontextualizado de seu tempo. Vejamos.

Gustavo Tepedino aponta a ausência de uma uniformidade política e ideológica do Código de 2002, "em razão da distância entre os contextos políticos do início e da conclusão de sua elaboração", como um dos sérios problemas do novo diploma legal, a indicar a "complexidade axiológica da nova codificação brasileira e exigir especial atenção da atividade do intérprete".[31]

De sua vez, Antônio Junqueira de Azevedo, com maior veemência, afirma que "o paradigma do Projeto de Código Civil está ultrapassado"[32], pois no caso do direito após a Revolução Francesa, alterou-se o paradigma da lei geral e universal e do juiz autômato para um novo paradigma, no qual o juiz adquiriu especial relevância,

[27] ANDRADE, 1997, p. 77-78.
[28] FERRAZ JR., Tércio S. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1988. p. 215.
[29] MARTINS-COSTA, J.; BRANCO, G. L.C., 2002, p. 45.
[30] ANDRADE, op. cit., p. 157.
[31] TEPEDINO, G. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, a. 98, n. 364, p. 114-115, nov./dez. 2002.
[32] AZEVEDO tece breve explanação acerca do conceito de "paradigma", citando a obra do cientista Thomas Kuhn, para quem paradigma é "um modelo teórico que serve a um grupo, que se dedica a algum tipo de conhecimento, para solucionar os problemas que se apresentam." (Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista dos Tribunais**, n. 775, maio/2000, p. 11-12).

utilizando-se, em um Estado intervencionista, de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados, a quem chama de "bando dos quatro": função social, boa-fé, ordem pública e interesse público.[33]

Tais conceitos, defende o autor acima, não tinham conteúdo, sendo vazios do ponto de vista axiológico e servindo apenas para a retórica. Intoleráveis, portanto, no mundo atual. O paradigma utilizado evoluiu da lei para o juiz e deste para o da solução rápida ao caso concreto, havendo, pois, uma fuga do paradigma juiz e essa fuga "não é um problema do Judiciário; ele deve decidir o que é da sua missão, da sua vocação, que é o conflito real, o 'caso difícil', que exige ponderação. Mas o Juiz é um julgador e, quando não há necessidade desse julgador, não é preciso o Juiz. Nesse sentido, há uma *fuga do Juiz*".

Citando como exemplos a Lei da Arbitragem, os processos em instituições como a Bolsa de Mercadorias e Futuros, como a Comissão de Valores Mobiliários, a OAB, o Conselho de Medicina e várias outras instituições cujos problemas não são levados ao Judiciário, conclui o autor que "as pessoas estão fugindo da estrutura do Judiciário, própria do paradigma anterior. As escolhas, hoje, consistem em tipos mais expedidos de solução. O Projeto de Código Civil infelizmente volta a insistir na presença do Juiz para muita coisa inútil, como alguns casos de anulação e rescisão contratual. O Projeto está no paradigma do Estado inchado".[34]

De outro lado, é preciso observar que a introdução de cláusulas gerais no novo Código Civil revela uma atualização em termos de técnica legislativa, mas exige cuidado especial do intérprete, uma vez que, por si só, não significa transformação *qualitativa* do ordenamento.

Gustavo Tepedino observa que "as cláusulas gerais em codificações anteriores suscitaram compreensível desconfiança, em razão do alto grau de discricionariedade atribuído ao intérprete e, para evitar tal objeção, "o legislador atual procura associar a seus enunciados genéricos prescrições de conteúdo completamente diverso em relação aos modelos tradicionalmente reservados às normas jurídicas. Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem, assim, como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas."[35]

Preocupa-se o autor supra com a introdução de inúmeras cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, "sem qualquer outro ponto de referência valorativo", tornando-se imprescindível que "o intérprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e os princípios fundantes da ordem pública", mediante o que se buscará dar um sentido uniforme às cláusulas gerais, "à luz da principiologia constitucional, que assumiu o papel da reunificação do direito privado, diante da pluralidade de

[33] Ibidem, loc. cit.
[34] Ibidem, p. 16-17.
[35] TEPEDINO, G., 2002, p. 115.

fontes normativas e da progressiva perda de centralidade interpretativa do Código Civil de 1916."[36]

Outrossim, o novo Código, ao lançar mão das chamadas *cláusulas gerais* e impor aos magistrados a construção detalhada e casuística de vários conceitos abertos ou indefinidos, acaba pondo em evidência a delicada questão da *fundamentação* das decisões. O *iter* lógico a ser percorrido pelo magistrado, como acima sugerido por Tepedino, não é suficiente para tornar a decisão justa. Mais do que isso deverá o mesmo, de forma aprofundada e transparente, lograr demonstrar as razões lógicas de seu convencimento, a fim de que os demais operadores envolvidos no processo possam compreender tais razões e sobre elas se posicionar.

Não que tal tarefa já não seja atribuição inerente do *julgar,* mas a preocupação que ora se busca pôr em relevo é com a realidade contextual na qual se vêem submersos os juízes brasileiros, onde o excesso de demandas e a escassez de tempo impõem, em face da necessária celeridade e efetividade, a absoluta concisão nas suas decisões. Será possível, a contento, conciliar tais tarefas?

Basta observar a evolução do Direito Processual Civil pátrio, cujas recentes alterações buscam a celeridade e a efetividade através de meios alternativos à jurisdição com a descentralização do "poder decisório" das mãos do juiz, para constatar-se que o novo Código Civil não teve essa preocupação.

E mais. Ainda na esteira da evolução do Direito Instrumental pode-se verificar que tal ramo caminha, no campo probatório, apenas para exemplificar, para uma evolução no sentido de criar modelos ou *standards* de constatação e orientação da análise da prova e da demonstração das opções efetuadas pelo julgador.

E não é por mero acaso que se traz à baila a questão probatória. A mesma é ora utilizada como argumento justamente por ser o "ponto de contato" mais visível e sensível entre o Direito Material e o Instrumental, estando sempre a demandar do julgador demorada reflexão e minuciosa demonstração de convencimento.

O presente trabalho, assim, à luz da diretriz acima mencionada, qual seja a de "manter a Parte Geral, mas reformulá-la no que diz com a ordenação da matéria", buscará elaborar uma análise crítica acerca de tal manutenção na estrutura do novo código, trazendo alguns debates acerca do tema. Em um segundo momento, analisar-se-á a influência dos princípios norteadores do código sobre as inovações relacionadas ao tratamento legal das pessoas jurídicas, às novas regras a respeito da prescrição e da decadência e ao regramento acerca da prova, buscando coligir, em concreto, a extensão da influência de tais princípios sobre os mencionados institutos.

Sem ter a pretensão de esgotar o assunto, este trabalho se destina a uma reflexão inicial, propiciando ao leitor algumas questões para debate.

[1] TEPEDINO, G., 2002, p. 115.

1 A OPÇÃO PELA MANUTENÇÃO DE UMA PARTE GERAL NO CÓDIGO CIVIL DE 2003

1.1 ALGUMAS POSIÇÕES CRÍTICAS A RESPEITO DA MANUTENÇÃO DA PARTE GERAL

A polêmica sobre a justificação ou adequação de uma parte geral nos códigos de direito privado remonta à época de ouro da pandectística, como lembra Wieacker. Ensina o jurista que a crítica à Parte Geral se relaciona, de qualquer modo, com uma opção de princípio, "pois na relação da ordem jurídica com a realidade social o formalismo jurídico verá na elaboração de uma Parte Geral o seu remate último. Já o naturalismo, comprometido com os valores sociais ou ético-sociais, temerá que ela destrua as referências do direito à realidade e que impeça os seus propósitos (políticos ou morais) de conformação adequada ou justa da realidade social".[37]

O próprio Wieacker se posiciona contrariamente a uma Parte Geral, enfatizando que não se necessita da mesma para garantir as conexões lógicas e sistemáticas da codificação. Embora aceite que só a Parte Geral garante a coerência intelectual e metodológica de uma ordem jurídica cientificamente concebida, daí não decorre que um código deva, também ele, copiar esta sistemática científica. Segundo o autor

> a identidade entre o sistema científico e a construção legislativa é característica antes de uma maneira acadêmica de considerar a missão do legislador, negando, de antemão, o direito que este tem de adoptar uma técnica legislativa que conforme autonomamente o seu material. Mesmo para garantir as conexões lógicas e sistemáticas (ou dos princípios) da codificação não se necessita de uma Parte Geral.[38]

A manutenção de uma Parte Geral nos Códigos Civis, entretanto, é corretamente defendida pelo jurista Octavian Ionescu, para quem tal estruturação, seja na forma sintética de um "livro ou título preliminar" (que exprime a concepção francesa e latina em geral), seja na forma mais desenvolvida de uma "parte geral" (que exprime um espírito analítico, encontrada no Código Civil alemão e nos que dele derivaram), não é questão de mera técnica legislativa, comportando implicações de ordem científica e ideológica. A ausência de uma parte geral significa a recusa à idéia de sistema enquanto encadeamento lógico-dedutivo, identificando-se, então, o termo sistema apenas com um método de organização das matérias componentes do Direito Privado.[39]

Nas palavras do autor:

> on pourrait à première vue avoir l'impression que le problème de la partie introductive d'un code civil est

[37] WIEACKER, Franz. **História do direito Privado Moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 558-559.
[38] Ibidem, p. 560.
[39] IONESCU, Octavian. Le problème de la partie introductive du code Civil. **Revue Internationale de Droit Comparé**, p. 579.

> une simple question de technique législative. En effet, cette partie introductive reste en rapport étroit avec la classification dês mateières d'un code civil. Or, une telle opération n'est pas seulement technique, elle est en même temps profondément scientifique. Les rédacteurs d'un code doivent tenir compte, dans cette division, de l'évolution de la societé. On doit considérer les transformations historiques subies par le peuple intéressé, et même par le monde entier, pendant la période que s'étend entre deux code civils sucessifs.[40]

Na mesma esteira, a posição de Judith Martins-Costa que, citando Claus Wilhem Canaris (Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 130 e seg.), refere que

> a presença de uma Parte Geral significa a ausência de "paredes internas", de modo que muito mais facilmente permite operar o que a doutrina alemã chama de 'sistema móvel', isto é, aquele em que a solução prevista para determinado setor pode ser utilizada, se assim parecer útil e conveniente, para regular outro instituto, para o qual originalmente não havia sido pensada.[41]

A importância da Parte Geral está em assegurar-se a unidade do Código, permitindo que o Direito seja construído de forma centralizada, mediante a dedução lógica entre os conceitos de maior grau de generalidade ali postos e os institutos versados na Parte Especial. Isto, entretanto, não implica dizer que o sistema seja necessariamente lógico-formal, ou que a lógica formal represente o único meio possível para este fim.[42]

Moreira Alves, redator da Parte Geral do novo Código, de sua vez, sustenta que

> partindo da diretriz no sentido de se seguir a estrutura do Código Civil, manteve-se a Parte geral, a qual, das partes que o integram, é aquela que lhe dá unidade, inclusive filosófica, convicta a comissão de que essa Parte Geral era absolutamente imprescindível dentro da nossa tradição jurídica para dar unidade ao Código Civil.[43]

E, neste aspecto, assiste razão ao redator, pois mesmo nos Códigos onde se optou em não inserir uma "Parte Geral" formalmente definida, com conteúdo abrangente às demais partes, sentiu-se a necessidade de fazer inserir algum título de "disposições gerais ou preliminares", o que só vem a denotar a necessária inserção de regramentos gerais destinados a dar unidade sistêmica e filosófica aos diplomas codificados.

---

[40] Ibidem, p. 579-580.
[41] MARTINS-COSTA, J.; BRANCO, G.L.C., 2002, p.96.
[42] Ibidem, p.96-97.
[43] MOREIRA ALVES, J. C.. **A Parte Geral do Projeto do Código Civil**. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo1.htm. Acesso em 07.04.2003. p. 2.

Todavia, há que se distinguir entre a opção legislativa pela manutenção de uma Parte Geral, em seu aspecto *formal,* do próprio conteúdo nela inserida. Quer-se com isto trazer ao debate a questão *material* da Parte Geral do novo Código Civil.

Neste aspecto, o Código elaborado por Clóvis Beviláqua tinha feição nitidamente individualista,

> expressando a concepção político-filosófica vigorante depois da Revolução Francesa, sendo o homem o centro do mundo e capaz, com sua vontade e a sua razão, de ordená-lo. Por isso, consagrou o primado da vontade e submeteu os contratantes ao que constava da avenca, devendo esta ser interpretada de acordo com a intenção das partes.[44]

Além disso, o Código de 1916 privilegiava o aspecto patrimonialista em detrimento do aspecto da valorização do desenvolvimento e da dignidade pessoa humana.

Posteriormente, com a entrada em vigor da nova Constituição Federal de 1988, abandonou-se a postura patrimonialista e migrou-se para uma concepção que privilegia o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada em suas relações interpessoais, visando sua emancipação.[45]

Logo, há que se reconhecer que tendo havido profunda alteração na concepção constitucional acerca do papel do homem, tal alteração deve refletir-se em todos os demais ramos do Direito, sobretudo no Direito Civil.

Isto significa dizer, na visão de Luiz E. Fachin, que "será inconstitucional um diploma legal – cabe frisar positivado ou proposto –que privilegie uma visão patrimonialista em detrimento de uma concepção vinculada à proteção do ser humano". Considerando-se que o Código Civil de 2002 foi elaborado anteriormente à Constituição de 1988, tem-se que "sua elaboração se deu a partir de uma racionalidade herdada do Código de Napoleão e da Escola Pandectista, e, portanto, do Século XIX, em que prevalecia a preocupação patrimonialista e conceitualista, expressa na existência de uma Parte Geral".[46]

Assim, para o autor, não só o *conceitualismo* inerente à inserção de uma Parte Geral, como também a própria *visão* posta na Parte Geral do novo Código, se encontram inadequados, pois "a racionalidade que permeia todo o Código Civil de 2002 está ligada à proteção, à apropriação e à circulação de bens, abstraindo-se os seres humanos concretos que estarão envolvidos nas relações jurídicas ali previstas".[47]

É induvidoso que caberá ao magistrado, diante do caso concreto, fazer a necessária conformação dos preceitos do novo Código à Constituição Federal vigente, face ao descompasso temporal e de alguns princípios existentes entre um e outro diploma.

Todavia, tal descompasso, ao nosso ver, não pode ser imputado à inserção de uma Parte Geral no novo Código e sim a arrastada tramitação do Projeto e a alguns conteúdos

[44] AGUIAR JÚNIOR, Ruy R.. Projeto do Código Civil: As Obrigações e os Contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 775, maio./2000, p. 18.
[45] FACHIN, Luiz E. Apreciação crítica do Código Civil de 2002 na perspectiva constitucional do Direito Civil contemporâneo. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 304, p. 18.
[46] FACHIN, 2002, p. 18-19.
[47] Ibidem, p. 19.

inadequados que nela tenham sido inseridos ou suprimidos, como veremos adiante.

Como já frisado, a inserção de uma Parte Geral assegura a unidade sistêmica e filosófica do diploma, daí porque imprescindível sua existência.

1.2 A ESTRUTURA DA PARTE GERAL DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Segundo Tércio S. Ferraz Jr., os

> códigos são conjuntos de normas estabelecidos por lei. [...] O que caracteriza o código é a regulação unitária de um ramo do direito (Código Civil, Comercial, penal etc.), estabelecendo-se para ele uma disciplina fundamental, atendendo a critérios técnicos não necessariamente lógicos, mas tópicos.[48]

Todavia, a estrutura de um código não reflete apenas uma opção puramente técnica e muito menos casuística ou arbitrária, mas sim "reflete uma tomada de posição metodológica reveladora de uma filosofia".[49]

O Código Civil de 2003 divide-se em Parte Geral, Parte Especial e Livro Complementar. A Parte Geral, objeto do presente estudo, a exemplo da estrutura havida no Código de 1916, compõe-se de três livros: Livro I, Das Pessoas, Livro II, Dos Bens e Livro III, Dos Fatos Jurídicos.

Manteve-se, assim, a Parte Geral contendo um conjunto de regras que contemplam as pessoas, como sujeitos de direitos, os bens, como objetos do direito e os fatos jurídicos, como causas geradoras e extintoras dos direitos. No dizer de Reale, "se enunciam os direitos e deveres gerais da pessoa humana como tal, e se estabelecem pressupostos gerais da vida civil".[50]

Inobstante haja discussões acerca da extensão e do grau de influência do Código Civil Alemão (BGB) de 1896 sobre o Código Civil Brasileiro de 1916, há quem defenda, como Cláudia Lima Marques, que "o sistema escolhido pelo legislador brasileiro para o CCBr, com uma Parte Geral e uma Parte Especial, possui feições originais e não é simples imitação do sistema alemão"[51] .

Neste sentido, parece também ser a posição de Clóvis V. do Couto e Silva quando, ao tratar da influência do direito francês no direito civil brasileiro, sobretudo nas idéias de Teixeira de Freitas, afirma que dos estudos do referido jurista (em sua Consolidação das Leis Civis, de 1857, e no Esboço de CC Brasileiro, iniciado a publicar em 1860) resultaram duas idéias extremamente importantes, uma das quais "a da necessária inclusão num Código de uma Parte Geral em que os conceitos, de pessoa, bens e fatos jurídicos, conceitos que deverão vigorar em todo o direito, fossem claramente disciplinados, como depois se veio a fazer no CC alemão".[52]

---

[48] FERRAZ JÚNIOR, T.S., 1988, p. 214.
[49] MARTINS-COSTA, J; BRANCO, G. L.C., 1997, p. 95.
[50] REALE, M., 1999, p. 5.
[51] MARQUES, Cláudia L. Cem anos de Código Civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 741, jul./1997, p. 36.
[52] COUTO e SILVA, Clóvis. V. do. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 40, jul./1987, p.135.

Do mesmo modo, a posição de Orlando Gomes, quando lança, em seu livro "Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro", em nota de rodapé, que o esboço do Código civil elaborado por Teixeira de Freitas, antecipando-se aos Códigos modernos, o divide em duas partes: uma Geral e uma Especial.[53]

Também René David aponta que a introdução da Parte Geral no Código Civil de 1916 se deu muito mais em razão da Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas do que por imitação ao BGB.[54]

Assim, opção pela redação de uma Parte Geral e de uma Parte Especial, inserida no Código anterior, encontrou sua inspiração nos trabalhos de Teixeira de Freitas, cujo projeto de Código Civil apresentou-se em 1860 já com uma Parte Geral e uma Parte Especial, e de Coelho Rodrigues, apresentado em 1890/1891, o qual, com base no Projeto de Teixeira de Freitas, inclui ainda uma terceira divisão na Parte Geral relativa aos "Actos Jurídicos".

É forçoso reconhecer-se, pois, que a manutenção de uma Parte Geral e de uma Parte Especial, no atual Código, tem inspiração remota na própria doutrina brasileira, e vai ao encontro de uma das diretrizes acima citadas, qual seja preservar, sempre que possível, as disposições do Código de 1916, ao que indica tanto no conteúdo, quanto na forma. Neste sentido, aliás, é a afirmação de Moreira Alves:

> Partindo da diretriz no sentido de se seguir a estrutura do Código Civil, manteve-se a Parte Geral, a qual, das partes que o integram, é aquela que lhe dá unidade, inclusive filosófica, convicta a comissão de que essa Parte Geral era absolutamente imprescindível dentro da nossa tradição jurídica para dar unidade ao Código Civil.[55]

No estudo comparado, observamos que vários países optaram pelo não fracionamento de seus códigos em duas partes, sendo cabível citar-se o Código Civil Francês, o Código Civil Italiano, que tem como destaque a unificação do direito civil e do direito comercial, o Código Civil Espanhol, o Código Civil Suíço que, por questões de competência legislativa, não regula a questão das obrigações, a qual se encontra em Código à parte (porém, explique-se, este Código à parte, na verdade, integra o Código Civil) e o Código Civil Português.[56]

Interessante notar-se que, embora os Códigos Francês, Italiano e Espanhol não contenham uma *parte geral*, possuem um denominado *título preliminar*, a evidenciar, a meu ver, a necessidade de mesmo nos ordenamentos nos quais se optou por tal técnica, se ter normas de sobredireito, sobretudo acerca das normas jurídicas em geral.

---

[53] GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. Publicações da Universidade da Bahia, p.19.
[54] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 76.
[55] MOREIRA ALVES, José C. [online].
[56] SILVA, Alzira P. da. A função da parte geral no sistema do Código Civil. **RDC**, São Paulo, n. 16, p. 55-56.

2 ABORDAGEM DE ALGUMAS INOVAÇÕES PRODUZIDAS NA PARTE GERAL DO CÓDIGO CIVIL DE 2003

Examinados os princípios gerais que norteiam o novo Código, suas diretrizes e os aspectos *formais* da Parte Geral do diploma, cumpre sejam analisados alguns aspectos *materiais* ou *substanciais* da parte inicial, o que se buscará fazer à luz dos mencionados princípios.

Três temas foram escolhidos para abordagem no presente estudo. O primeiro tópico relacionado ao tratamento legal dispensado às pessoas jurídicas, cujas alterações são pontuais, o segundo relacionado à prescrição e à decadência e o terceiro, à questão da inserção do regramento acerca da prova.

2.1 O TRATAMENTO LEGAL DAS PESSOAS JURÍDICAS

O Título II, reservado à regulamentação das pessoas jurídicas, não sofreu alterações significativas quanto à sua estrutura, todavia traz diversas modificações pontuais.

Manteve-se, como alude Moreira Alves, "aparentemente por incoerência", os dispositivos que tratam das pessoas jurídicas de Direito Público (art. 41) e, pois, a distinção entre estas e as de Direito Privado, incluindo previsão expressa das autarquias como espécie do primeiro gênero, além de indicar a possibilidade da criação de outras espécies, em seu inc. V. Tal manutenção deve-se, segundo relata Moreira Alves "pela circunstância realística de que não se deveria eliminar da nossa legislação, à falta de uma legislação específica a esse respeito, princípio que, a rigor, deveria constar de uma codificação de Direito Público."[57] Vê-se, aqui, nítida aplicação do princípio da *operabilidade*, em coerência filosófica com os princípios norteadores do diploma civil.

O novo Código determina, ainda, que as entidades de direito público com estrutura de direito privado serão reguladas pelo Código Civil, atuando em simetria com o disposto no art. 173, § 1º, inc. II, da Constituição Federal.

Outrossim, o novo Código, no art. 42, reconhece os Estados estrangeiros e as organizações internacionais como espécies de pessoas jurídicas de direito público externo, o que é uma inovação, inobstante se trate de matéria pertinente ao direito internacional público e não ao direito privado. Também aqui, quer nos parecer, está presente o princípio da *operabilidade*.

Já o art. 44 classifica as pessoas jurídicas de direito privado em associações (sem fins econômicos), fundações (fins religiosos, morais, culturais ou de assistência) e sociedades (fins econômicos), evidenciando nos artigos seguintes as diferenças entre estas.

Questão tormentosa, porém, relaciona-se a supressão de regra específica sobre a distinção da personalidade das pessoas jurídicas, da personalidade de seus

[1] MOREIRA ALVES, J. C., [online], p. 5.

sócios.

O Código Civil de 1916, em seu art. 20, previa expressamente que as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros, não se confundido o patrimônio de uns e outros. Isto significa que as pessoas jurídicas são dotadas de personalidade jurídica própria e, portanto, as esferas subjetivas dos seus direitos e obrigações são distintas das dos membros que as constituem.

Este princípio, aliás, é um dos mais interessantes instrumentos jurídicos desenvolvidos pela economia de mercado para motivar a iniciativa privada, pois através dele o particular pode explorar uma atividade econômica com uma limitação às possibilidades de prejuízo pessoal.

É, a rigor, um instrumento plenamente compatível com a ordem econômica desenhada pela Constituição, a qual reserva aos particulares a primazia na produção; isto porque o desenvolvimento da produção para o atendimento das necessidades de toda a sociedade exige, em tal sistema, mecanismos de motivação da iniciativa privada, entre os quais se ressalta a limitação do risco na exploração da atividade econômica, através do princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas.[58]

No novo Código não há dispositivo correspondente, o que é um retrocesso, inexistindo razão lógica para sua supressão, uma vez que um dos princípios norteadores do código, como já apontado, é o da *operabilidade*. Felizmente a jurisprudência pátria já pacificou o entendimento acerca da questão, sendo pouco provável retrocesso em sentido diverso.[59]

Outro ponto onde foi introduzida alteração importante é o que se refere ao desenrolar das atividades das pessoas jurídicas, sendo previstas formas de repressão pelo uso indevido de suas personalidades, dentre as quais a desconsideração da personalidade jurídica por abuso de direito.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica surgiu a partir da jurisprudência norte-americana, inglesa e alemã, cuja coleta e sistematização foi feita, no início dos anos 50, pelo jurista alemão Rolf Serick (*Aparência y realidad em las sociedades mercantiles: el abuso de derecho por médio de la persona jurídica*, Tradução de José Puigt Brutau. Barcelona: Ediciones Ariel, 1958, p. 214-246). No Brasil, surgiu no fim da década de 60, introduzida por Rubens Requião, através de conferência por ele proferida na Universidade Federal do Paraná, sob o título de "abuso de

[58] COELHO, Fábio U. Lineamentos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. **Revista do Advogado**, p. 39.

[59] A título ilustrativo, cabe citar ementa de decisão proferida no STJ: Recurso Especial 1995/0062399-4; Julgado em 03.03.98 e publicado no DJ em 06/04/1998, pg. 123, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma. Ementa: Comercial. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Sociedade regularmente dissolvida. Dívida remanescente. Inexistência de bens da sociedade. Sócio minoritário. Inexistência de responsabilidade. Art. 2º do Decreto 3.708/19. "**Disregard doctrine**". Inocorrência de discussão. Recurso provido. I - O sócio da sociedade por cotas de responsabilidade limitada não responde com seus bens particulares por dívidas de sociedade regularmente dissolvida, contraídas perante terceiros. II – Consoante a lição do mestre 'João Eunápio Borges', de saudosa memória em exegeses dos artigos 2º e 9º do Decreto-Lei nº 3.708/91, "uma vez integralizadas, porém todas as cotas, liberam-se os sócios de qualquer responsabilidade, nada mais devendo, normalmente, nem à sociedade, nem aos credores dela". Decisão: Por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

direito e fraude através da personalidade jurídica".

O novo Código prevê casos de desconsideração da personalidade jurídica por abuso deste direito. Desse modo, nas hipóteses de desvio de finalidade ou confusão patrimonial, os bens particulares dos sócios ou administradores poderão ficar sujeitos por obrigações da pessoa jurídica, sendo legitimados para requerer tal medida tanto as partes quanto o Ministério Público (art. 50 do novo diploma legal).

É elogiável a menção do *desvio de finalidade,* que pode ser considerado como a premissa maior da *disregard doctrine*, inclusive tendo sido motivo determinante da construção da mesma.

Quanto à confusão patrimonial, pode-se perceber a intenção do relator do projeto de encampar, também, a concepção objetiva da teoria da desconsideração, que não exige prova de que o agente agiu com má-fé ocultando-se sob o manto da pessoa jurídica para furtar-se do cumprimento de uma obrigação.

Analisando este artigo do Projeto, Ruy Rosado de Aguiar Jr. sustenta:

> É a teoria objetiva, a prescindir da fraude e se satisfazer com o 'desvio' da finalidade ou a confusão de patrimônios, com ou sem fraude, com ou sem prejuízo a terceiro [...] A disposição do Projeto não é igual à do Código de Defesa do Consumidor [...] que não inclui o fato objetivo da confusão de patrimônio como causa da desconsideração, ao mesmo tempo em que se refere a outras situações específicas, não contempladas no Projeto.[60]

Há quem entenda, porém, que o Código Civil não contemplou a concepção objetiva da teoria, como é o caso de Marlon Tomazete, que defende que

> a confusão patrimonial não é fundamento suficiente para a desconsideração, sendo simplesmente um meio importantíssimo de comprovar o abuso da personalidade jurídica, que ocorre nas hipóteses de abuso de direito e da fraude. Destarte, o necessário para a desconsideração é o abuso da personalidade jurídica, que pode ser provado inclusive pela configuração de uma confusão patrimonial.[61]

Cumpre assinalar, ainda, que a previsão da confusão patrimonial como motivadora da desconsideração já vinha ocorrendo, embora ainda de forma tímida, pela jurisprudência de nossos tribunais, de forma que o art. 50 servirá como estímulo para o desenvolvimento dos debates sobre o tema.

Outra questão a ser enfrentada, levantada por Alex Moisés Tedesco, "é a da restrição no alcance da aplicação do dispositivo, já que esse prevê somente a extensão dos efeitos de algumas obrigações *aos bens* da pessoa física, não prevendo a extensão diretamente à pessoa do sócio, para caracterizar-se uma atividade pessoal dele, sendo executada em nome da sociedade".[62]

[60] AGUIAR JR., 2000, p. 21-22.

[61] TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 794, p. 92.

[62] TEDESCO, Alex. M. Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 19, p. 159.

Exemplificando, esclarece o mencionado autor que "seria o caso de uma pessoa física assumir uma obrigação de não fazer e constituir uma sociedade em que seja seu controlador e principal detentor do capital social, sendo que a pessoa jurídica passa a exercer a atividade não permitida contratualmente ao sócio. É flagrante a intenção de usar a pessoa jurídica para furtar-se do cumprimento de uma obrigação contratual, havendo abuso da pessoa jurídica e o desvio de finalidade dessa. Contudo, desconsiderando-se a personalidade jurídica, a atividade exercida pela sociedade seria imputada diretamente ao sócio, ou seja, haveria extensão dos efeitos de algumas relações à pessoa física e, não aos bens da mesma, como preconiza o citado art. 50. A previsão da superação da pessoa jurídica no novo CC não contempla a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, para poder-se responsabilizar o sócio por descumprir uma obrigação que não seja de cunho patrimonial, pois o citado artigo prevê somente a extensão de alguns efeitos estritamente *aos bens* do sócio e não diretamente a esse, para considerá-lo como praticante dos atos a ele velados e, como conseqüência, considerá-lo como descumpridor dos termos contratuais."[63]

Conclusivamente, pode-se perceber que a inclusão de regra expressa acerca da desconsideração da personalidade jurídica no novo Código não só veio ao encontro das decisões jurisprudenciais, como também avançou e abrangeu hipóteses ainda pouco desenvolvidas junto aos tribunais.

Cumpre, ainda, destacar duas inovações: a primeira relacionada ao art. 47, que modificando a administração da pessoa jurídica, adotou a teoria da representação para os atos dos administradores no exercício da função e previu o direito de anular as decisões em função de violação de lei ou estatuto, ou por ocorrência de erro, dolo, simulação ou fraude (art. 48). A segunda, prevista no art. 49, onde se abriu a possibilidade de administração provisória da pessoa jurídica por nomeação do juiz, na hipótese de "a administração da pessoa jurídica vier a faltar".

Por fim, cabe registrar que o novo Código estendeu às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade, reconhecendo, assim, a necessidade de proteção de sua imagem e nome (art. 52), o que vem ao encontro do direito sumulado pelo STJ sob nº 227: "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral".

2.2 AS NOVAS REGRAS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA

A parte relativa à prescrição e à decadência foi profundamente alterada, sobretudo pela previsão expressa da decadência, que era figura jurídica sem regulamentação no Código de 1916, e pela modificação no conceito de prescrição, que deixa de

[1] Ibidem, p. 159-160.

ser perda da ação para significar a perda de pretensão.[64] Na sistemática do antigo Código, assinale-se, não havia a distinção entre prescrição e decadência, sendo tal tarefa realizada pelos doutrinadores e juízes, na apreciação do caso concreto.

Resta claro, assim, que a comissão, *a um,* norteou-se mais uma vez pelo princípio da *operabilidade*, pois tencionou esclarecer a questão acerca da distinção entre os dois institutos e, *a dois,* adotou a teoria desenvolvida brilhantemente por Agnelo Amorim Filho em seu trabalho "*Critério Científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*", vez que este chegou à conclusão que a prescrição estava ligada ao "direito a uma prestação" e, conseqüentemente, às ações condenatórias. A decadência, por sua vez, liga-se aos direitos potestativos, cujo exercício depende unicamente da vontade do interessado, ainda que requeira a via judicial, criando um estado de sujeição aos demais. Por isso, arremata, a decadência está ligada às ações constitutivas.[65]

A prescrição, desse modo, não é mais a "perda da ação", mas sim a perda da pretensão (relacionada à ação de direito material, que nada tem a ver com a "ação processual", ou com o "processo", até porque ela é capaz de realizar-se sem processo, na hipótese, por exemplo, de satisfação espontânea da obrigação pelo devedor), que surge com a violação ao direito a uma prestação.

Neste contexto, todos os prazos preclusivos são exclusivamente aqueles que se encontram no capítulo concernente à prescrição, e **todos os demais, quer na Parte Geral, quer na Especial, e que não incluídos nesse específico capítulo, são prazos decadenciais**, alguns assim denominados, outros com a expressão simplesmente de prazos.

Outrossim, o novo Código reduziu substancialmente os prazos de prescrição. O prazo máximo de prescrição foi reduzido para 10 anos (art. 205), salvo o da ação reivindicatória ou prescrição aquisitiva para usucapião extraordinário, que é de 15 anos (art. 1238). A propósito, os dois artigos entram em contradição, como aponta-

[64] Sobre o tema, pronunciou-se Moreira Alves que "o ponto capital de inovações em matéria de Parte Geral é a distinção – embora reconhecendo que continua a haver controvérsia – entre decadência e prescrição, com a adoção de princípios singelos e práticos para tal. Assim, disciplinou-se, nessa Parte, o título quarto, Da prescrição e da decadência. Primeiramente, fez-se a disciplina da prescrição; adotou-se, à falta de uma nomenclatura melhor, a figura da pretensão, que vem do Direito germânico. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão que se extingue pela prescrição dos prazos. Pelo sistema do projeto, há direitos e poderes que dão margem à violação, em decorrência da qual – foi a posição doutrinária que se adotou – surge esse instituto da pretensão. Surge uma pretensão material que Pontes de Miranda chama de ação civil, e que ainda é material porque não está no terreno processual, entre o que violou o direito e aquele que teve seu direito violado. Apenas nesse caso em que poderá vir a haver a necessidade da utilização do Poder Judiciário para o efeito de essa pretensão ser satisfeita é que se está diante do terreno em que ocorre a prescrição. Com relação àqueles poderes que são despidos de pretensão, a doutrina dos países de língua latina geralmente denomina potestativos. O contrário ocorre no Direito alemão, em que esses direitos são chamados de direitos formativos, onde não há pretensão justamente porque são direitos não susceptíveis de violação, mas pode haver a necessidade de prazo para o exercício deles, e mais, de prazo para seu exercício por via judicial, a fim de que se demonstre neles não a sua violação, mas sua existência para o efeito de seu exercício, como é o caso, por exemplo, da anulação de casamento e, em face do projeto, da anulação de negócio jurídico. Nesses casos o que ocorre é a decadência." (Ibid., p. 10).

[65] AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista de Direito Processual Civil**, p. 728-742.

do por Dilvanir J. da Costa, "prevalecendo o último como exceção".[66] Os demais prazos, modo geral, variam de 1 a 5 anos, merecendo destaque a grande redução, para apenas 3 anos, do prazo para as ações de reparação civil e enriquecimento sem causa (art. 206, § 3º , IV e V).

A redução dos prazos tem sua razão de ser na dinâmica da vida moderna, acompanhando tendência mundial que leva em consideração a atual facilitação nas comunicações, o que propicia aos indivíduos, de forma célere, a tomada de conhecimento dos fatos ocorrentes e que tenham pertinência com suas respectivas órbitas de direitos e obrigações.

Evidentemente que se poderia argumentar que o Brasil é um país de dimensões continentais e que, além disso, a imensa maioria da população ainda não tem acesso aos mais modernos meios de comunicação, como a rede mundial de computadores - Internet, por exemplo. Todavia, é preciso ter em mente que a redução dos prazos assinalados no novo Código se operou em termos bastante ponderados e adequados à realidade brasileira.

Por fim, destaque-se que o Código tornou indisponíveis os prazos prescricionais, determinando que são peremptórios e não dilatórios (art. 192) e determinou que a prescrição somente será interrompida uma única vez (art. 202).

Quanto à decadência, cumpre salientar duas importantes inovações. A primeira, relacionada à possibilidade de interrupção ou suspensão por previsão legal e de não correr contra os absolutamente incapazes. A segunda, a criação de "modalidades" de decadência, inclusive a previsão da convencional que, conforme o art. 211, deve ser alegada pela parte e não pode ser suprida pelo juiz.

Impõe-se, ainda, trazer à baila as importantes observações traçadas por Barbosa Moreira quanto ao tema da prescrição à luz do novo Código. Observou o autor que a fonte inspiradora do art. 189 do CC é, seguramente, o § 194, I do Código Civil alemão, inspirado na doutrina de Windsheid e assim redigido: "O direito de exigir de outrem um fazer ou não fazer (pretensão) sujeita-se à prescrição".[67]

Do dispositivo legal pátrio, prossegue mais adiante o jurista brasileiro, pode se extrair duas valorações: a que prefira um critério *subjetivo*, traduzindo a *pretensão como* ***poder de exigir,*** ou a que prefira um critério *objetivo*, traduzindo a *pretensão como* ***exigência***. À vista de seu teor, a disposição legal parece mais compatível com o critério subjetivo (poder de exigir), vez que concorrem dois pressupostos para que "nasça para o titular a pretensão": o primeiro, é que exista um direito e o segundo é que tal direito seja violado. Se o critério fosse o objetivo (de exigência) tais pressupostos não seriam necessários. Assim, conclui o autor, na "perspectiva do novo Código Civil, só mereceria o nome de pretensão a *pretensão fundada*, aquela que se baseia num genuíno *poder de exigir*. Concebida a pretensão como exigência, as coisas mu-

[66] COSTA, Dilvanir J. da. Inovações principais do novo Código Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 364, p. 49, nov./dez. 2002.
[67] MOREIRA, José C. B. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. **Revista Trimestral de Direito civil**, n. 11, p. 68.

dam de figura. Se alguém exige a prestação sem ter direito, ou sem que o direito haja sido violado (e, portanto, sem *poder exigir*), existirá uma pretensão, embora infundada".[68]

Por derradeiro, não se pode deixar de apontar a regra transitória inscrita no art. 2.028 do novo Código, a qual determina que "serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada".

A redação deste artigo está a apontar, em princípio, que dois requisitos são *concomitantes* para que haja a aplicação dos prazos previstos no Código revogado: ter havido redução do prazo previsto no novo Código em relação ao prazo previsto no código anterior *e* ter havido o transcurso de mais da metade do tempo estabelecido no código velho na data da entrada em vigor do novo diploma, isto é, em 11.01.2003.

A conclusão pela concomitância dos requisitos acima é extraída da inserção da partícula *e* na redação do artigo. Todavia, sobretudo em se tratando de aplicação de regra de direito intertemporal, as diversas situações merecerão análise casuística.

2.3 O REGRAMENTO ACERCA DA PROVA

Com referência à prova, alude Moreira Alves que "considerou-se que essa essencialmente se faz em juízo. Mas como também há a necessidade muitas vezes de prova extrajudicial, manteve-se a sua disciplina no Projeto, apresentando-se algumas inovações nesse terreno",[69] dentre as quais as regras dos arts. 230 e 231, que interessará sobremaneira nos exames de DNA, para a prova da paternidade.

A matéria de prova dos atos e fatos jurídicos, assim, manteve-se regrada, a exemplo do Código Civil de 1916, também no novo Código Civil, tendo incorrido a comissão elaboradora, ao nosso ver, em equívoco.

A inserção da matéria probatória no diploma civil merece ser analisada sob dois aspectos: o primeiro, diz com a própria relação existente entre direito material e processual, visando delimitar se as regras sobre prova pertencem a um ou a outro; o segundo, relativo aos reflexos, no direito processual e em seus princípios, das normas inseridas no Código Civil.

Longo foi o caminho trilhado pelos doutrinadores e aplicadores do direito para separar científica e dogmaticamente o direito material do direito processual, cujo detalhamento da evolução, por não ser objeto do presente estudo, faz-se despiciendo, bastando enfatizar que a inserção de temas processuais no novo código civil é um desnecessário retrocesso.

Não se está aqui a desconhecer a correlação dúplice que existe entre o direito processual e o direito material privado, pois, com efeito, um processo sem a presença do direito material perde sua razão de ser ao passo que, o direito material, em caso de litígio, se realiza e se concretiza através do julgamento destinado à obtenção, como

[68] Ibidem, p.71.
[69] MOREIRA ALVES, J. C., [online], p. 11.

resultado de um processo civil.[70] Modo geral, todos os ordenamentos reconhecem a interdependência entre o direito material e o processual, todavia o que não se pode permitir é a absorção, ainda que parcial, de um pelo outro.

Tratando especificamente do tema, o Professor Clóvis V. do Couto e Silva define o direito material como sendo "aquele que disciplina uma ordenação da vida; que regula, em última análise, os direitos subjetivos, as pretensões, as ações e as posições jurídicas. Tudo, enfim, que resulta dos atos lícitos e ilícitos das pessoas".[71]

Ordinariamente, a composição ou satisfação destes direitos se faz voluntariamente. Casos há, todavia, em que tal não ocorre, cumprindo ao Estado dirimir o litígio decorrente do não cumprimento ou da insatisfação. A solução cogente dada ao caso, que decorre da atuação estatal, não pertence ao campo do direito material, embora esteja ela no plano geral do direito material.

Esclarecedoras são as palavras do Prof. Clóvis V. de Couto e Silva para quem

> o direito processual não está totalmente fora do direito substancial, porque em toda a ordenação vital está prevista a hipótese de não ser cumprido o ordenamento posto. [...] A existência do litígio, e portanto o próprio litígio está no plano geral do direito material. É uma possibilidade ínsita em toda ordenação, embora a solução cogente dele seja objeto do direito processual, porque os princípios que a comandam são outros, e há necessidade que um órgão estatal venha dirimir a controvérsia. Cria-se, em conseqüência, um conjunto de regras e princípios, destinado a resolver litígios, que se denomina de direito processual, embora nem todo direito processual, reversamente, tenha por finalidade a solução de litígios.[72]

As normas de direito processual, assim, dirigem-se predominantemente à atividade dos órgãos estatais, determinando como estes devem atuar na composição dos litígios. Por este motivo, "é que o direito processual tem uma função ancilar do direito material e supõe a sua existência".[73] Acrescentando, o processo civil serve à realização ou ao exercício dos direitos privados subjetivos, tendo caráter *instrumental*.

Evidencia-se, portanto, íntima relação entre o direito material e o direito processual, havendo, inclusive, uma região cinzenta e indefinida nas fronteiras entre as normas materiais e instrumentais, na medida em que se está evidenciado o caráter instrumental das normas processuais, não se pode negar que também as normas materiais apresentam tal caráter, "no sentido de que constituem instrumento para a disciplina da cooperação entre as pessoas e dos seus conflitos de interesses, servindo,

[70] HABSCHEID, W. As bases do Direito Processual Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 11-12, p. 128, jul./dez. 1978. Esta conclusão pertence ao Relatório Geral apresentado pelo autor, Professor ordinário nas Faculdades de Direito de Genebra (Suíça) e de Würzburg (Alemanha), no Congresso Internacional de Direito Processual, realizado na Bélgica em 1977.

[71] COUTO E SILVA, C. V. do. Direito Material e Processual em tema de prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 13, p. 136, 1979.

[72] COUTO E SILVA, 1979, p. 136.

[73] Ibidem, p. 136.

ainda, de critério para a atividade do juiz *in iudicando*".[74]

Porém, mesmo se considerando o contexto acima exposto, verifica-se que as normas materiais e processuais distinguem-se segundo o seu objeto imediato, pois aquelas disciplinam imediatamente a cooperação entre pessoas e os conflitos de interesses ocorrentes na sociedade e estas apenas de forma indireta contribuem para a resolução dos conflitos interindividuais, mediante a criação e atuação das regras jurídicas gerais ou individuais destinadas a regulá-los diretamente.

Tal distinção, como não poderia deixar de ser, repercute nos princípios informadores do direito material e do direito processual, sendo este o ponto nodal da crítica que ora se faz à inserção de normas processuais no diploma civil. No exato dizer de Couto e Silva, "as regras sobre a forma dos atos jurídicos pertencem ao direito material, de modo igual como os princípios sobre a forma dos atos processuais se incluem no direito processual. Todavia, há no Código Civil regras sobre a prova, e no art 141, do CC, afirma-se que "salvo os casos expressos, a prova testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não passe de dez cruzeiros".

Em que pese ter o autor se referido à norma inserta no Código Civil de 1916, o legislador pátrio manteve tal regra no atual Código (art. 227), e tal disposição restringe o princípio da livre apreciação da prova, que é princípio basilar do direito processual.

Convém tornar claro que o que restringe o princípio processual da livre apreciação é o dispositivo que determina que a prova dos atos jurídicos acima de determinado valor não possa ser efetuada por testemunhas, pois as regras que limitam a liberdade de forma são, indubitavelmente, preceitos de direito material.

E, esclareça-se, o fato de tal norma ter sido incluída no Código de Processo Civil, no art. 401, dispositivo pelo qual "a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados", corrobora a posição ora adotada, uma vez que é norma de índole processual e, portanto, correta sua inserção no Código de Processo Civil.

Evidentemente que tal inserção no diploma processual não lhe retira o caráter restritivo do princípio da livre apreciação da prova, mas ali contemplada, além de sofrer os temperamentos insculpidos nos incisos I e II do art. 402, ainda sofre os reflexos de todo o aparato científico e dogmático da Teoria Geral do Prova que influem na aplicação do princípio da livre apreciação probatória, sobretudo a questão, já levantada no início deste trabalho, envolvendo da fundamentação das decisões acerca da análise da prova e da evolução no sentido de buscar-se criar modelos ou *standards* de constatação e orientação da análise da prova e da demonstração das opções efetuadas pelo julgador.

Similar é a conclusão de Clóvis V. do Couto e Silva ao expor que

> claro é que razões de segurança levam, por vezes, a lei a impor ao juiz

[74] ARAÚJO CINTRA, A. C. de; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C.R. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 88.

> restrições à sua liberdade de interpretar os fatos da prova e, por isso, é difícil encontrar um código de processo civil que tenha em toda a sua amplitude o princípio de livre apreciação. Primeiro, porque se confunde a livre apreciação com a livre fundamentação. Todavia, quanto maior a liberdade de apreciação, tanto mais minuciosa há de ser a decisão nos seus fundamentos, e na exposição das razões por que não valorizou, por exemplo, a confissão de uma das partes. (...) Resumindo, parece-me que a restrição mais importante a livre apreciação judicial é o preceito que impede se possa provar somente por testemunhas contratos de valor superior ao décuplo do maior salário mínimo vigente no país. Como restrição ao princípio sumo do direito processual civil, o lugar próprio para inseri-la é o Código de Processo.[75]

Ao nosso ver, assim, a manutenção das regras acerca da prova no novo Código Civil contraria a melhor doutrina, que orienta no sentido de que a matéria processual deve fazer parte de lei processual, devidamente contextualizada.

CONCLUSÃO

Revela-se de todo precoce afirmar que o novo Código Civil irá ou não irá obter pleno êxito na sua vigência e aplicação, pois tal afirmação dependerá, sobretudo, do empenho de seus operadores.

Seu êxito dependerá, sobretudo, da capacidade dos operadores do direito de conformá-lo e adequá-lo ao ordenamento jurídico constitucional com o emprego dos paradigmas contemporâneos, na medida em que, se a adoção de cláusulas gerais revela atualização em termos técnicos, exige, concomitantemente, grande esforço do aplicador para promover uma "conexão axiológica" com os valores e princípios fundantes da Constituição Federal.

Mas não é só.

Além dos normais entraves de nosso sistema jurisdicional, a impor excessivas cargas de trabalho a todos os operadores do direito, sobretudo aos magistrados, enfrentarão estes a adicional dificuldade de lograr *demonstrar* clara e detalhadamente as razões de seu convencimento, pois o êxito na construção de suas posições dependerá também de suas capacidades de evidenciar o *iter lógico* adotado, ensejando, só assim, a plena aplicação do basilar princípio do contraditório.

No que toca à estrutura formal do novo Código, andou bem o legislador ao manter a divisão da obra em Parte Geral e Parte Especial, o que vai ao encontro da remota tradição doutrinária brasileira, com sede nas idéias de Teixeira de Freitas, e se mostra de todo pertinente, na medida em que garante a sistematização científica (encadeamento lógico-dedutivo) e assegura a unidade do Código.

Materialmente, três foram os temas escolhidos para abordagem no presente estudo. O primeiro relacionado ao tratamento legal das pessoas jurídicas onde, se houve avanço na distinção lançada no art. 44 quanto à classificação das pessoas jurídicas de direito privado e às formas de desconsideração da personalidade das

[75] COUTO E SILVA, C. V. do, 1979, p. 142.

pessoas jurídicas, com adoção da concepção objetiva desta teoria, a prescindir de prova da má-fé, infelizmente houve retrocesso quanto à supressão do teor do antigo art. 20 do Código Civil de 1916, que previa expressamente que as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros, não se confundindo o patrimônio de uns e outros. Tal supressão, inclusive, denota incoerência sistêmica do diploma com um de seus princípios informadores, o da *operabilidade.*

O segundo tema abordado tem com a prescrição e a decadência. Foram introduzidas, neste tópico, importantes alterações, tendo o legislador se desincumbido com clareza (*operabilidade)* na distinção entre os dois institutos, pois além de adotar a noção de que a prescrição é hoje a "perda da pretensão", didaticamente reservou capítulo específico aos prazos prescricionais, convencionando que todos os demais prazos que não estiverem ali inseridos, são de natureza decadencial. Além disso, avançou o legislador na redução dos prazos prescricionais e decadenciais, observando a dinâmica das comunicações no mundo contemporâneo.

Por fim, o último tema escolhido para análise refere-se ao regramento sobre a prova, pois a matéria já se encontrava inserida no Código Civil anterior e errou o legislador ao mantê-la no atual.

O art. 227 do novo diploma restringe o princípio da livre apreciação da prova, que é um dos princípios norteadores do sistema da prova no direito processual civil, razão pela qual não deveria ter lugar no Código Civil e sim no Código Instrumental tão-só, onde seria devidamente contextualizado. Melhor explicitando, o que restringe o princípio processual da livre apreciação é o dispositivo de determina que a prova dos atos jurídicos acima de determinado valor não possa ser provada por testemunhas, pois as regras que limitam a liberdade de forma são, indubitavelmente, preceitos de direito material.

Enfim, sem ter tido a pretensão de esgotar os tópicos abordados, buscou-se ensejar o debate acerca de algumas questões que envolvem o novo diploma civil pois, dada a sua relevância e densidade, só o transcorrer do tempo e o enfrentamento dos casos práticos é que permitirá maior reflexão acerca da melhor ou mais adequada aplicação do mesmo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil: As Obrigações e os Contratos**. Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 775, p. 18-31, maio./ 2000.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista de Direito Processual Civil**, 3º vol., p. 728-742.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da Codificação:** Crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 775, p. 11-17, maio/2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre pretensão e prescrição no sistema do novo Código Civil brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, n. 11, p. 67-78, 2002.

BARRETO, Vicente de Paula. **Tolerância, exclusão social e os limites da lei.** Disponível em: http://www2.uerj.br/~direito/publicações/artigos.html. Acesso em: 20/08/2003.

BOBBIO, Norberto**. O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 1999.

COELHO, Fábio Ulhôa. Lineamentos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. Revista do Advogado**, n. 36, p. 38-44, 1992.

COSTA, Dilvanir José da. Inovações principais do novo Código Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 364, p. 45-65, nov./dez. 2002.

COUTO e SILVA, Clóvis do. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 40, p. 128-149, jul./1987.

_____. Direito Material e Processual em tema de prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 13, p. 135-146, 1979.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

FACHIN, Luiz Edson. Apreciação crítica do Código Civil de 2002 na perspectiva constitucional do Direito Civil contemporâneo. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 304, p. 17-22, fev./2003.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1988.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. Publicações da Universidade da Bahia, 1958.

HABSCHEID, Walther J. As bases do Direito Processual Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 11-12, p. 117-145, jul./dez. 1978.

IONESCU, Octavian. Le problème de la partie introductive du code Civil. **Revue Internationale de Droit Comparé**, n. 3, p. 579-618, jul./sep. 1967.

MARQUES, Cláudia Lima. Cem anos de Código Civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 86, v. 741, p. 11-37. jul./1997.

MARTINS–COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado:** Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____ ; BRANCO, Gérson Luis Carlos. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **A Parte Geral do Projeto do Código Civil**. [online] Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo1.htm. Acesso em 07.04.2003.

_____. **Direito Romano.** Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Novo Código Civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REALE, Miguel. **O Projeto do Novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, Alzira Pereira da. A função da parte geral no sistema do Código Civil. **Revista de Direito Civil**, n. 16, p. 53-60.

STERN, Jacques. **La Codificación:** Una controversia programatica basada en obras de Thibaut y Savigny. Madrid: Aguilar, 1970. Trad. Jose Diaz Garcia.

TEDESCO, Alex Moisés. Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil. **Revista Síntese de Direito civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 19, p. 155-160, set./out. 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 364, p. 113-123, 2002.

TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 794, p. 76-94, 2001.

WIEACKER, Franz**. História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s. d.]

PAUTAS PARA A INTERPRETAÇÃO DO ART. 187 DO NOVO CÓDIGO CIVIL[1]

Ricardo Seibel de Freitas Lima*

INTRODUÇÃO
1 O EXERCÍCIO INADMISSÍVEL DE DIREITOS SUBJETIVOS EM PERSPECTIVA HISTÓRICA E COMPARATISTA
1.1 A evolução do conceito de direito subjetivo e o movimento de funcionalização
1.2 A construção dos limites ao exercício de direitos subjetivos
1.3 O abuso do direito no Código de 1916
2 O ART. 187 E O EXERCÍCIO INADMISSÍVEL DE DIREITOS EM VISÃO PROSPECTIVA.
2.1 O art. 187 no contexto do Código Civil de 2002
2.2 Elementos do art. 187 do Código Civil
2.3 A concretização e o alcance do art. 187
CONCLUSÃO
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

[1] Esse texto resulta de seminário realizado no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, sob a orientação da Profa. Dra. Judith Martins-Costa no primeiro semestre de 2002.

* Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

INTRODUÇÃO

O art. 187 do novo Código Civil, ao apontar para um renovado conceito de ilicitude civil, enseja a análise do tema relativo ao controle da admissibilidade do exercício dos direitos subjetivos, matéria que, a rigor, conduz também ao exame do movimento de funcionalização do direito subjetivo.

Para tanto, necessário, em um primeiro momento, analisar a evolução histórica do conceito de direito subjetivo, e a inserção, nessa perspectiva, da construção da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas no direito comparado e no Brasil, ainda sob a vigência do Código de 1916.

Após estabelecer tais premissas, será indispensável tratar dos limites ao exercício de direitos subjetivos por atos contrários aos seus fins sociais ou econômicos, aos bons costumes e à boa-fé no cenário jurídico nacional, frente ao disposto art. 187 do novo Código Civil, viabilizando a avaliação das possibilidades de concretização da norma.

Ainda a título introdutório, cabe destacar a importância da matéria, recorrendo, nesse sentido, ao comentário de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que considera o art. 187 uma norma quase perfeita, a cláusula mais rica do novo Código, pois reúne os quatro princípios éticos que presidem o sistema: boa-fé, fim social, bons costumes e abuso de direito.[2]

Como necessidade de uma precisão terminológica prévia, é imperioso esclarecer que se utiliza no presente, de forma preferencial, a expressão "limites ao exercício de direitos subjetivos" ou "exercício inadmissível de posições jurídicas", para expressar o conteúdo do art. 187, e não abuso do direito, expressão mais restrita e problemática. No entanto, muitas vezes se fará referência ao abuso do direito, seja para expressar a fase inicial de seu desenvolvimento que ocorreu na França, seja mesmo em caráter residual para tratar de alguma situação particular, haja vista que tal expressão ainda é empregada de forma mais usual e abrangente.

1 O EXERCÍCIO INADMISSÍVEL DE DIREITOS SUBJETIVOS EM PERSPECTIVA HISTÓRICA E COMPARATISTA

Sem o conhecimento da evolução histórica da própria idéia de direito subjetivo e das situações inicialmente conhecidas como abuso do direito, tanto em análise comparada, como no próprio ordenamento jurídico nacional anterior, ficaria prejudicada a análise da potencialidade da norma contida no art. 187 do novo Código Civil.

Assim sendo, após tratar da construção da noção de direito subjetivo e seu desenvolvimento atual, se inicia o exame comparado da criação de limites ao seu exercício, para, então, contextualizar a matéria, tal como se coloca no cenário do Código Civil de 1916.

[2] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. As obrigações e os contratos. **Revista CEJ,** Brasília, v. 9, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 1999, p. 31-39.

1.1 A evolução do conceito de direito subjetivo e o movimento de funcionalização

Como bem adverte Menezes Cordeiro[3], o falar em abuso do direito pressupõe adquirida a noção de direito subjetivo, razão pela qual é essencial a prévia análise dos aspectos relevantes da construção desse conceito.

A experiência jurídica grega e romana, tal qual recebida e desenvolvida na idade média não precisara uma noção de direito subjetivo[4]. Na obra de São Tomás de Aquino (aqui tomada como paradigma por incorporar elementos da cultura clássica e do cristianismo[5]), o direito é o objeto da virtude justiça, compreendido como a "ação objetivamente justa". Nesses termos, o direito é a ação devida a outrem segundo certo padrão de igualdade, aritmética ou proporcional, conforme o critério de justiça em questão, comutativa ou distributiva.[6] O direito, tal como presente na tradição acima indicada, é entendido através das categorias justiça e dever, ao contrário da época moderna, em que a nova noção de direito subjetivo será considerada a categoria central do pensamento jurídico.

Essa mudança de perspectiva tem suas bases, segundo o magistério de Michel Villey[7], ainda no século XIV, através da obra dos nominalistas, em especial Duns Scotus e Guilherme de Ockham. Para Ockham, a noção de direito passa a ser identificada como poder. Todo o direito, no senso técnico da palavra, passa a ser um poder, concedido pela lei positiva, que não poderia de qualquer forma ser contrastado, sem razão ou consentimento, diferente da simples licença ou concessão, cuja possibilidade de revogação seria sempre possível.

O conceito de direito subjetivo como poder absoluto e categoria central do pensamento jurídico foi desenvolvido ainda pelo jusracionalismo da segunda sistemática, especialmente pelos jesuítas espanhóis, além da obra de Hugo Grotius e Samuel Pufendorf, recebendo consagração legislativa no Código Civil Napoleônico de 1804.[8]

Tais formulações estão na base do conceito que restou marcado no século XIX – quando se constroem os conceitos até hoje usados pelos civilistas - pelo debate

---

[3] MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2001. p. 662.

[4] LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** São Paulo: Malheiros, 1994. p. 113-143.

[5] MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 181-200. Segundo o autor, a obra de São Tomás representa a superação de um conflito de duas tradições, ampliando cada uma como parte de sua tarefa de integrá-las num único modo sistemático de pensamento. Sobre o tema ver também FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights.** New York: Oxford University Press, 1999. p. 198-226.

[6] BARZOTTO, Luis Fernando. O Direito ou o Justo: O Direito como objeto da ética no pensamento clássico. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), 2000. p. 159-184.

[7] VILLEY, Michel. **La formation de la pensée juridique moderne**. 4. ed. Paris: Montchretien, 1975.

[8] O jusracionalismo compreende a época entre os anos 1600 e 1800, conforme WIACKER, Franz**. História do direito privado moderno.**, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s. d. p. 279 e seguintes.

teórico entre Savigny e Jhering. Os reflexos desse debate chegam a alcançar as contemporâneas discussões sobre o instituto. De fato, Savigny compreende o direito subjetivo como poder da vontade, enquanto Jhering, em franca contraposição, o entende como interesse juridicamente protegido, demarcando as extremidades do campo teórico em que posteriormente serão travadas as discussões sobre o conceito em pauta.[9]

A pandectística da terceira sistemática manteve o direito subjetivo na centralidade da compreensão jurídica, ainda que não mais com aquele caráter de poder absoluto da vontade, tendo esta concepção sua consagração legislativa no Código Civil Alemão de 1896 (BGB).

É Kant que fornece as bases filosóficas para a construção do conceito de direito privado concebido como um sistema de direitos subjetivos ou de atributos jurídicos do sujeito postos para a consecução de seus fins, segundo uma lógica individualista. A ordem liberal subjacente necessitava, para seu funcionamento ideal, que o homem fosse entendido como sujeito de direito abstrato, dotado de igualdade formal, e de uma esfera de direitos tendencialmente ilimitados.[10]

Surgem, então, as teorias que tendem a negar ou menosprezar o conceito de direito subjetivo, tendo base filosófica em Hegel e expressão em Duguit e Kelsen[11] , as quais, por atribuírem uma dimensão exagerada à importância do Estado, em detrimento da esfera individual do particular, acabaram sendo superadas, mas contribuíram para o nascimento de uma nova lógica do sujeito privado, especialmente no que tange à funcionalização de direitos.

Isso porque Duguit, ao negar a existência de direitos subjetivos, reduzindo o fenômeno jurídico ao direito objetivo, substitui a noção de sujeito de direito pela de finalidade, entendendo, por exemplo, que não é que o direito de propriedade tenha uma função social, ele é uma função social.[12]

A idéia de função social, por sua vez, também esteve muito presente na pioneira obra de Otto Von Gierke, que sustentava que o direito privado, tendo por fim precípuo os interesses do indivíduo, deve esforçar-se por alcançar o bem público. Além disso, em sua opinião, não existiria direito sem dever, pois, estando o homem vivendo em contato com outros, se descarta a idéia de poder sem dever e de um direito sem limites imanentes.[13]

Entre o final do século XIX e o início do século XX, mais claramente na

[9] De fato, no século XX, Max Weber define o direito subjetivo como uma fonte de poder, juridicamente limitado e garantido, que, de acordo com a norma jurídica correspondente, pertence, no caso concreto, a uma pessoa, a qual, na ausência de tal norma, seria impotente. Para o autor, quem se encontra de fato com o poder de disposição sobre uma pessoa ou uma coisa obtém, mediante a garantia jurídica, uma nova e específica segurança acerca da subsistência deste poder. WEBER, Max. **Economia y Sociedad**, 2. ed. México D.F.: Fondo de Cultura Econômica, 1999. p. 532-588 Trad. da 4. ed. alemã.

[10] LOPEZ Y LOPEZ, Angel. Estado social y sujeito privado: uma reflexion finisecular. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,** Firenze, v. 25, p. 409-469, 1996.

[11] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 140-155.

[12] LOPEZ Y LOPEZ, Angel, 1996.

[13] GIERKE, Otto Von. **Funcion social del derecho privado:** La naturaleza de las asociaciones humanas**.** Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904.

República de Weimar, onde a industrialização e, posteriormente, a guerra haveriam de deixar suas profundas marcas sociais, começa a surgir o que se denominou de Estado social ou Estado de bem-estar.

Esse processo traz influências imediatas na ordem jurídica, especialmente (i) o desenvolvimento da idéia de função social[14]; (ii) a rápida expansão das cláusulas gerais; (iii) a substituição do ideal de formalismo pelos ideais de eqüidade e solidariedade; (iv) a transição de raciocínios legais formalistas para raciocínios teleológicos ou prudenciais, e da preocupação com a justiça formal para o interesse na justiça processual ou substantiva.[15]

O advento da segunda guerra e as experiências totalitárias[16], enfim, permitem que se volte à atenção ao homem e se renovem as preocupações com a justiça social.[17]

Essa nova lógica inova por não tratar mais o homem como sujeito de direito abstrato, mas por passar a considerá-lo em sua concreção social e histórica[18], como valor fonte de outros valores[19], inserido em um contexto próprio. A pessoa, portanto, preserva seu aspecto individual, irredutível ao todo, consistente em uma esfera privada de auto-regulação – princípio da autonomia privada, mas o Direito reconhece e tutela seu caráter social, entendendo estar a pessoa inserida em uma sociedade – o que é traduzido pelo princípio da socialidade, tendo deveres de cooperação social e solidariedade para com os demais membros da comunidade (teoria da confiança e função social).

Desse modo, entendido o homem como valor fonte[20] do ordenamento, considerados seus aspectos pessoal e social, não se pode entender nem que haja direitos subjetivos ilimitados, nem que haja pura funcionalização[21], devendo ser considerados os diversos campos de atividade humana a que estão ligados os direitos, alguns tendentes mais a assegurar a autonomia privada, outros a viabilizar a cooperação social.[22]

---

[14] A idéia de função social, como é sabido, acaba sendo consagrada na Constituição de Weimar, que, em seu art. 153, enuncia que "a propriedade obriga".

[15] UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna:** Contribuição à Crítica da Teoria Social, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

[16] Sobre tais experiências, ver ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

[17] Em 1931, a Igreja Católica, através do Papa Pio XI, edita a encíclica *Quadragesimo Anno,* demonstrando sua renovada preocupação com a chamada questão social, trazendo especialmente o conceito de justiça social.

[18] MARTINS-COSTA, Judith. Direito e cultura: entre as veredas da existência e história. In: _____ ; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 182.

[19] REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

[20] A expressão "valor-fonte"é de REALE, 1999.

[21] MICHELON, Cláudio. Um ensaio sobre a autoridade da razão no Direito Privado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul,** Porto Alegre, v. 21, mar./2002, p. 101-112.

[22] RAISER, Ludwig. O futuro do direito privado. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul,** Porto Alegre, v. 9, n. 25,p. 11-30, 1979. Para o autor, as relações entre o direito público e o direito privado poderiam ser expressadas por uma elipse com dois focos de irradiação, entre os quais aparece um campo intermediário, influenciado pelos dois centros, que se contrapõem, mas necessitam um do outro para a coesão do sistema.

Com esse desenvolvimento, é evidente que a própria noção de direito subjetivo passará a ser compreendida de forma diversa.[23] O que vemos, portanto, na atualidade, não é uma tendência à negação do direito subjetivo, e sim uma evolução mesma dessa categoria, que ora renasce em novos moldes. Assim sendo, o direito subjetivo sofre restrições externas advindas de normas outras, e restrições internas, resultantes de uma elaboração mais adequada do seu conceito. Assim, podemos falar em uma elasticidade funcional ou de uma relatividade do conteúdo do direito, que somente poderá ser determinada no caso concreto, frente ao exercício.[24]

Atualmente, ainda que mantida a estruturação das relações jurídicas em torno do direito subjetivo, este somente pode ser entendido como direito-função[25], como poder condicionado a sua respectiva função ou poder desdobrado em dever[26].

Há autores que preferem colocar o enfoque nas relações jurídicas, desdobradas em uma série de categorias diferenciadas, como, por exemplo, Hohfeld, cuja obra tem profunda influência na prática jurídica norte-americana.[27]

Menezes Cordeiro utiliza os termos "situações jurídicas"[28] ou "posições jurídicas"[29], entendendo-os mais amplos que o conceito de direito subjetivo, o qual expressaria apenas uma parcela das possíveis relações jurídicas. Robert Alexy[30], seguindo essa perspectiva renovada, defende que os direitos subjetivos podem ser compreendidos como "relações jurídicas" e "posições jurídicas". Vieira de Andrade[31], por sua vez, ao tratar dos direitos fundamentais, também adota a terminologia "posições jurídicas subjetivas", atentando para o fato de existirem também dimensões objetivas dos direitos. Com efeito, trata-se de tendência que, difundida entre outros autores, demonstra haver uma preocupação em não enfatizar somente o aspecto subjetivo de uma relação jurídica, mas também o complexo de situações objetivas envolvidas.

Existem, ainda, tendências contemporâneas no sentido de retomar a tradição aristotélico-tomista de compreensão do fenômeno jurídico através das relações de

[23] Para essa nova compreensão, há de ser reconhecida a influência das pioneiras decisões francesas do início do século XIX, tratadas com maior especificidade no desenvolvimento do texto, que reconheceram limitações externas ao direito de propriedade, ensejando a criação da doutrina sobre o abuso do direito.

[24] MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, G. L´évolution récent de la notion de droit subjectif. **Revue Trimestrielle de Droit Civil,** Paris, t. 64, p. 216-235, 1966.

[25] ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. **Direito das obrigações.** 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 69-78.

[26] MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um "sistema em construção": As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 15, p. 129-145, 1998.

[27] HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning.** Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 2001. O autor identifica 4 (quatro) categorias diferenciadas, expressando as relações jurídicas fundamentais: (i) direito (subjetivo); (ii) privilégio; (iii) poder; (iv) imunidade; cada qual com seus respectivos opostos: (i) não-direito; (ii) dever; (iii) incompetência; (iv) sujeição; e com seus respectivos correlativos: (i) dever; (ii) não-direito; (iii) sujeição; (iv) incompetência.

[28] MENEZES CORDEIRO, António. **Tratado de Direito Civil Português.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. I, Parte Geral, t. I.

[29] MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2001.

[30] ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales.** Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997.

[31] VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

justiça, sem que, no entanto, seja descartada a idéia de direito subjetivo, que é uma contribuição da época moderna.[32]

Nesse contexto é que se deve entender o conceito de direito subjetivo e o próprio pensamento jurídico contemporâneo, para então proceder a análise da evolução histórica da construção de seus limites no direito comparado e no Código Civil brasileiro de 1916.

1.2 A construção dos limites ao exercício de direitos subjetivos

A tentativa de remontar as origens do instituto unicamente ao direito romano não se revela de todo adequada. Naquela realidade, sobressaía a vigência da fórmula que pode ser entendida na expressão de que o exercício de um direito por seu titular não gera responsabilidade. As raízes da moderna restrição, portanto, seriam buscadas em exceções ao princípio da irresponsabilidade, principalmente na teoria dos atos emulativos ou na aplicação de brocardos como *summum ius summa iniuria*. Na verdade, porém, estas não chegam a servir de antecedentes lineares para a idéia de abuso do direito concebida na era moderna, que é baseada em princípios e técnicas diversas.[33]

É bem verdade, contudo, que a elaboração da noção de abuso do direito – ou de concepção assemelhada – não fora necessária enquanto inexistente a construção teórica do direito subjetivo como poder ilimitado e absoluto.[34] A exigência de limitações ou limites somente se impõe como dado social e histórico, quando o direito passa a ser entendido como poder absoluto e ilimitado, noção que, conforme acima explicitado, remonta a Ockham e adquire relevo na época moderna.

Como o direito é experiência e cultura, ou melhor, ordenação da experiência humana segundo valores[35] , devemos entender o aparecimento da idéia de abuso na jurisprudência francesa do início do século XIX e a noção de funcionalização como exigências de uma realidade social que se revoltava contra a concepção teórica do direito subjetivo como poder absoluto e de uma sociedade supostamente composta por indivíduos com esferas de liberdade próprias e intangíveis.

Como bem assevera Pontes de Miranda, somente após a prática do individualismo feroz, é que se sentiu a necessidade de criar soluções jurídicas, ressalvar certas situações e iniciar, casuística e, mais tarde, aprioristicamente, a teoria do abuso do direito.[36]

Essa necessidade se fez sentir em numerosos ordenamentos, mas foram as doutrinas belga e francesa as pioneiras na cunhagem da expressão "abuso do direito**".** Cabe, assim, uma breve referência comparatista, até para que melhor se eviden-

[32] FINNIS, 1999.
[33] MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 675-676.
[34] Ibidem, p. 674.
[35] REALE, Miguel. **O direito como experiência.** São Paulo: Saraiva, 1999.
[36] PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 61-76. t. LIII, § 5.500

ciem as distinções entre a acepção francesa, ou subjetivista, e a fórmula por fim latente no art. 187 do Código Civil brasileiro.

A expressão "abuso do direito" é atribuída ao autor belga Laurent, que a criou para nominar uma série de decisões judiciais ocorridas na França, na fase inicial de vigência do Código Napoleônico, em que a Corte, apesar de reconhecer a existência do direito do titular acionado em juízo, acabou por condená-lo, tendo em vista as irregularidades no exercício.[37]

Ocorre, porém, que o Código de 1804 não só não compreendia qualquer referência ao abuso do direito, como sequer consagrava limitações genéricas aos direitos subjetivos,[38] razão pela qual é de se considerar a originalidade da construção jurisprudencial francesa, formulação inicial da moderna teoria do abuso do direito.

Assim, respectivamente em 1908 e 1920, condenou-se um proprietário de uma oficina de chapéus que provocava evaporações desagradáveis à vizinhança, e um construtor de fornos que, pela ausência de precauções, causava danos a morador confrontante. Em 1853, temos a célebre decisão que condenou o proprietário que construiu, em seu terreno, uma falsa chaminé para vedar a luz do dia a uma janela do vizinho. Entre inúmeras outras decisões, cite-se outra famosa, confirmada pela Corte de Cassação em 1915, pela condenação, por abuso do direito, do proprietário que erguera, em seu imóvel, uma estrutura com barras de ferro, destinada a danificar os dirigíveis construídos pelo vizinho.[39]

Na França, portanto, uma série de práticas sociais consideradas reprováveis por decisões judiciais formaram a base de uma noção de abuso do direito ainda vaga, tendo a doutrina proposto soluções que podem ser agrupadas em diversas tendências.[40]

Primeiramente, cabe citar aquelas correntes negativistas. Duguit, sendo coerente com sua concepção de negação do próprio direito subjetivo, não pode defender a existência do instituto, referindo também que a locução é contraditória em si. Planiol, em posição bastante difundida, entende a expressão como logomáquica, pois caso se use o direito, o ato é lícito, e, se é ilícito, ultrapassa o direito, pois *"o direito cessa onde começa o abuso"*. Tal argumento, em que pese parecer convincente em uma superficial análise, não se sustenta em verdade, porque o abuso do direito trata de não-licitudes irredutíveis à simples ilicitude, tendo por justificativa limites ao direito subjetivo que também não podem ser reconduzidos àqueles comuns de conteúdo.[41] Aquilo que abstratamente é direito, no exercício passa a ser abuso.

Entre os que aceitam a noção de abuso do direito na França, importante citar, pela repercussão de seus diversos entendimentos quanto à fundamentação, Brethe, que ressalta a necessidade de respeitar os direitos alheios; Ripert, que sublinha a

[37] MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 670.
[38] Ibidem, p. 678.
[39] Todas as decisões citadas por MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 671.
[40] Ibidem, p. 679-687.
[41] PONTES DE MIRANDA, op. cit, p. 88-89, t. I, § 28.

violação, pelo titular exercente, de normas éticas ou morais; Josserand, que salienta a não consideração, no exercício, do fim preconizado pela lei; e Mazeaud et Tunc, que introduzem o critério da ocorrência de falta, por parte do titular, a ensejar a reparação.[42] De especial importância, no estudo brasileiro, a posição de Saleilles, que identifica o abuso do direito no seu uso anormal, tendo influenciado o tratamento do tema no Código Civil pátrio de 1916.[43]

Apesar do tratamento original do tema, as posições francesas, cuja evolução parou ainda no início do século XX, são ainda carentes de uma fundamentação mais consistente e de uma elaboração sistemática, sem mencionar que não cogitam da proteção à confiança, nem da boa-fé objetiva, cujo papel será decisivo para a nova configuração do instituto na atualidade.[44]

Panorama completamente diverso será o da Alemanha, cuja trajetória no tocante à repressão ao exercício inadmissível de direitos está – ainda que por via indireta – na base do art. 187 do nosso novo Código Civil. A série de comportamentos socialmente reprováveis que, na França, originou as primeiras decisões judiciais sobre o tema e possibilitou a elaboração de um conceito geral, ainda que impreciso, de abuso do direito, recebeu, na Alemanha, tratamento através de soluções com base em figuras jurídicas típicas. [45]

Inicialmente, tiveram alguma aplicação as figuras da *exceptio doli* e da proibição geral da chicana, consagrada no § 226 do BGB, cuja redação é a seguinte: "O exercício de um direito é inadmissível quando ele só possa ter por escopo infringir um dano a outrem"[46] .

Tais alternativas, contudo, se revelaram insuficientes para confrontar o problema social da prática dos atos considerados abusivos, por se tratarem de medidas pontuais, de caráter tópico e âmbito estreito, com difícil conexão sistemática. Uma das poucas e certamente a mais célebre decisão fundada na proibição da chicana é aquela em que foi considerado abusivo o ato do pai que, motivado por desavenças, proibira a entrada do filho no interior de seu castelo, onde se localizava o sepulcro da mãe.[47]

Tendo em vista esse fracasso, houve a tentativa de construir a noção de exercício inadmissível de direitos, ligando a proibição de chicana à cláusula geral de bons costumes, constante do § 826 do BGB. O recurso aos bons costumes, contudo, também não logrou tanto êxito, seja pela exigência do requisito do dolo na ação, a restringir seriamente sua aplicação, seja pela aproximação da noção de bons costumes à idéia de moral interior, o que não permitiu uma concretização científica do conceito.[48]

---

[42] MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 681-682.
[43] BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.** Rio de Janeiro: Editora Rio, s. d. p. 425-434.
[44] MENEZES CORDEIRO, op. cit, p. 683-684.
[45] Ibidem, p. 687-689.
[46] Conforme tradução de MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 689. No original: "§ 226 - Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen".
[47] Ibidem, p. 692-693.
[48] Ibidem, p. 693-694.

Por fim, recorreu o direito alemão, para resolver os variados casos de exercício inadmissível de direitos, à boa-fé objetiva, buscada na cláusula geral do § 242 do BGB, esta sim capaz de trazer soluções satisfatórias, tendo em vista ser (i) ampla, para abranger as diversas espécies de conduta abusiva; (ii) objetiva, prescindindo da intenção do agente; (iii) positiva, por prescrever condutas e não se limitar a restringi-las, impondo como conseqüência simples indenização; e (iv) precisável, em que pese sua amplitude, por ter um conceito jurídico construído, e não completamente vago como a moral ou os bons costumes.[49]

Esclareça-se, no entanto, que a evolução acima referida apresenta-se didaticamente exposta, pois, como observa Menezes Cordeiro, em realidade, o abuso do direito, na Alemanha, não nasceu de um aprofundamento doutrinário em termos centrais relativamente ao próprio conceito de abuso, mas, ao contrário, foi construído pela sedimentação jurisprudencial e doutrinária de uma série de situações tipicamente abusivas, reconduzidas principalmente à boa-fé objetiva como princípio e critério jurídico distintivo e basilar para a configuração das hipóteses. Assim, torna-se mais preciso falar em exercício inadmissível de direitos, e não em abuso.

No direito alemão, portanto, a tutela da confiança, como fundamento, e o princípio da boa-fé objetiva, como princípio jurídico, são a base e a gênese da proibição do exercício inadmissível de direitos, noção que será relevante para situar a atual compreensão desse conceito.[50]

A ligação entre a figura do abuso e o princípio da boa-fé logra-se obter na Suiça, onde, ainda em 1907, o abuso do direito foi previsto, ao lado do inciso que trata da boa-fé, no artigo 2º do Código Civil, da seguinte forma: "O abuso manifesto do próprio direito não é protegido pela lei".

A aplicação jurisprudencial, no entanto, apesar de uma suficiente elaboração legal e doutrinária, deixou a desejar, a demonstrar a importância e o papel da concretização judicial de institutos que se reportam a cláusulas gerais. Trata-se do que Menezes Cordeiro denominou de "paradoxo suíço".[51]

Relativamente à Itália, é suficiente, no âmbito do presente, esclarecer que, por razões diversas, o reconhecimento do exercício inadmissível de direitos sempre encontrou certa resistência por parte da doutrina e jurisprudência.

Em algumas decisões judiciais isoladas, este fora reconhecido, de forma mais corajosa, em período anterior às guerras mundiais. No entanto, o Código Civil de 1942, em seu artigo 833, restringiu o campo do exercício inadmissível, ao consagrar que "o proprietário não pode praticar atos que não tenham outro escopo do que o de prejudicar ou causar moléstia a outrem." A doutrina e a jurisprudência restaram cerceadas pela limitação apenas do exercício do direito de propriedade, sendo exigido pela lei, ainda o elemento subjetivo, qual seja, o escopo exclusivo de prejudicar outro, o que representa um retrocesso em termos de disciplina normativa e uma séria

[49] MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 694-695.
[50] LARENZ, Karl. **Derecho Civil**: Parte general. Madrid: Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, 1978. p. 245-367.
[51] MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 697-700.

restrição de sua aplicabilidade.[52]

Apesar disso, parte da doutrina ainda tenta reconduzir os casos de exercício inadmissível à boa-fé objetiva[53] e ao dever de correção nas relações.[54]

O código grego de 1946 foi elaborado com ampla influência alemã, que se refletiu não só na utilização de preceitos do BGB, como na recepção da doutrina que se formara de 1896 até aquela data, com soluções novas.[55] Esse contexto de consagração da doutrina germânica, aliado à introdução do elemento do escopo social ou econômico do direito como limite ao exercício de direitos subjetivos[56], ensejou a criação de fórmula que ultrapassa os códigos que lhe antecederam, sendo esta a redação do art. 281: "O exercício é proibido quando exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo escopo social ou econômico do direito."

O desenvolvimento do trabalho até aqui empreendido permite verificar que a matriz germânica do estudo dos limites dos direitos subjetivos, traduzida na fórmula grega, serve de inspiração ao art. 334 do Código Civil Português de 1966, que assim dispõe: "é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social e econômico desse direito".

Como veremos adiante, o art. 334 do Código Civil português de 1966 servirá de inspiração para o art. 187 do Código Civil brasileiro de 2002. Porém, sabendo-se que na elaboração do direito, a "letra" não é o mesmo que a "norma" – tendo imensa importância o consenso já construído culturalmente - impõe-se verificar qual foi o consenso que foi construído pela civilistica brasileira na vigência do Código de 1916: ao assim proceder não estamos querendo repetir o já existente, mas, pelo contrário, evidenciar, pelo contraste, como poderá ser desenvolvida, para o futuro, toda a potencialidade encerrada no art. 187.

1.3 O abuso do direito no Código de 1916

O chamado "Código de Bevilaqua"[57] trata do tema no título referente aos atos ilícitos, que traz, como é sabido (i) uma cláusula geral[58] que, estabelecendo a

[52] Ibidem, p. 463-464.

[53] CATTANEO, Giovanni. Buona fede obbiettiva e abuso del diritto. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, a. XXV, p. 613-659, 1971. UTRI, Marco Dell'. Poteri privati e situazioni giuridiche soggettive: Riflessioni sulla nozione di interesse legittimo in diritto privato. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, a. XXXIX, n. 3, p. 303-331, 1993. UTRI, Marco Dell'. Patto di opzione, risoluzione del contratto e responsabilittà precontrattuale. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, a. XLIII, n. 5, p. 729-769, 1997. GALLO, Paolo. Buona fede oggetiva e transformazioni del contratto. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, a. XLVIII, n. 2, p. 239-263, 2002.

[54] MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 473-515.

[55] MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 714-717.

[56] Inspirado pelo art. 74 do projeto franco-italiano das obrigações, segundo MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 714-717.

[57] Assim como passou a ser conhecido o Código Civil brasileiro de 1916, pela influência que teve Clóvis Bevilaqua em sua elaboração. Ver MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da "Ética da Situação". **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul,** Porto Alegre, v. 20, out./2001, p. 211-260.

[58] Por sinal, trata-se de uma das poucas cláusulas gerais do Código Civil de 1916.

previsão genérica das condutas ilícitas, de caráter subjetivo (pois exige dolo ou culpa), imputa desde já ao agente a obrigação de reparar o dano – art. 159; (ii) uma cláusula indicando alguns casos de pré-exclusão de ilicitude ou contrariedade a direito[59] - art. 160.

Entre tais condutas, prevê o art. 160, inciso I, que "não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido". Em construção inédita, portanto, a proibição do abuso do direito, no Código Civil brasileiro de 1916, se dá, nas palavras de Maria Amália Dias de Moraes, por via reflexa, "quando a interpretação *a contrario sensu*, do artigo 160, I, 2ª parte, leva a incluir o exercício irregular, anormal ou abusivo do direito, como ilícito absoluto, tal como se conceitua este no art. 159".[60]

A influência mais marcante da disposição em pauta, parece ser a doutrina francesa, especialmente na vertente expressada por Saleilles, que identifica o abuso com o exercício anormal do direito, tanto que o art. 160, I, se refere ao uso irregular de um direito.[61] A tradição germânica, que em outras partes influenciou a elaboração de nosso Código de 1916[62], nesse ponto não se fez tão presente. É bem verdade, entretanto, que, à época de sua elaboração, a doutrina alemã ainda estava restrita à utilização da proibição da chicana, sem qualquer ligação à boa-fé, sendo esta a referência de Beviláqua[63].

Apesar do individualismo ser aspecto marcante no código em questão, verifica-se que, no atinente ao tratamento do abuso do direito, não mais prevalece a idéia de direito subjetivo como poder absoluto e ilimitado. O próprio Bevilaqua anotava que as melhores consciências, desde muito tempo, sentiam que o direito deveria ser exercido dentro de certos limites éticos, com fundamento na idéia moral da sociedade humana e na tendência à socialização do exercício, sendo, nesse contexto, impositiva a proibição do abuso.[64]

Em passagem muito feliz, Pontes de Miranda destaca:

> O estudo do abuso do direito é a pesquisa dos encontros, dos ferimentos que os direitos se fazem. Se pudessem ser exercidos sem outros limites que os da lei escrita, com indiferença, se não desprezo, da missão social das relações jurídicas, os absolutistas teriam razão. Mas, a despeito da intransigência deles, fruto da crença a que se aludiu, a vida sempre obrigou a que os direitos se adaptassem entre si, no plano do exercício. Conceptualmente, os seus limites, os seus contornos, são os que a lei dá,

[59] MORAES, Maria Amália Dias de. Do Abuso de direito: alguns aspectos. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, a. XVIII, n. 43, p. 5-32, 1985.
[60] É o que Pontes de Miranda vem a chamar de "fórmula misteriosa". Ver PONTES DE MIRANDA, 1966, t. LIII, § 5.500, p. 61-76.
[61] BEVILAQUA, Clóvis, s. d.
[62] Sobre as diversas influências na codificação brasileira de 1916, ver MARQUES, Cláudia Lima. Cem anos do Código Civil Alemão: O BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS,** Porto Alegre, v. 13, p. 71-97, 1997.
[63] BEVILAQUA, Clóvis, op. cit.
[64] Ibidem, p. 425-434.

> como quem põe objetos na mesma maleta, ou no mesmo saco. Na realidade, quer dizer – quando se lançam na vida, quando se exercitam – têm de coexistir, têm de conformar-se uns com os outros.[65]

Nesse cenário, se apresentava um instrumental legal adequado ao desenvolvimento de uma teoria do abuso do direito suficientemente construída.[66] Não foi, contudo, o que ocorreu. Em que pese a existência de doutrina consistente, especialmente quando conhecedora da experiência comparada, a jurisprudência, com algumas exceções, não chegou a concretizar de forma adequada o preceito normativo, entendendo, contra a literalidade do texto, pela necessidade da demonstração da intenção subjetiva do agente.

No Brasil, assim como ocorrera na França, a falta de uma noção mais adequada de sistema, a ausência de um mecanismo de ressistematização das decisões, a permitir a metabolização[67] de julgamentos isolados pelo sistema, tornou pouco desenvolvida a aplicação da norma de controle do exercício de direitos.

Em época mais próxima, Maria Amália Dias de Moraes[68] contribuiu para a compreensão do instituto no Brasil, através de texto esclarecedor. Ainda em caráter preliminar, a autora conclui que "todo o direito, ainda que absoluto, é relativo quanto ao seu exercício, sofrendo o seu titular, no uso das prerrogativas, poderes e faculdades que nele se contêm, limitações gerais e especiais, incluída entre as primeiras a proibição do exercício irregular, anormal ou abusivo do direito excogitado." No mesmo texto, é lembrada a existência de conceitos ético-juridicizados que, ao lado dos limites naturais dos próprios direitos, servem como verdadeiras balizas para orientar o legislador e pautar o exercício concreto de direitos, com referências à boa-fé, aos bons costumes, à correção, à lealdade, à solidariedade, ao justo motivo, ao interesse e à função social.

Para encerrar o estudo do tratamento do abuso do direito no Brasil, em época anterior ao novo Código Civil, é indispensável citar que, em tempos mais recentes, a despeito da ausência de positivação, penetrou no âmbito nacional o recurso à boa-fé objetiva. Nesse sentido, indica Judith Martins-Costa que um dos campos de aplicação da boa-fé objetiva é justamente o limite de direitos subjetivos, sendo apontadas algumas hipóteses típicas, demonstrando a recente evolução da jurisprudência brasileira sobre o tema, especialmente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.[69]

O tratamento típico será objeto de análise na segunda parte do trabalho, bastando, para o momento, esse panorama geral em que se insere o art. 187 do novo Código Civil, em especial a atual referência ao princípio da boa-fé.

---

[65] PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 61-76.
[66] Ibidem, p. 61-76.
[67] Expressão utilizada pela Profª. Drª. Judith Martins-Costa em comentário ao seminário que originou esse texto, apresentado em 20 de junho de 2002, no curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
[68] MORAES, Maria Amália Dias de, 1985.
[69] MARTINS-COSTA, Judith, 2000, p. 455-515.

2 O ART. 187 E O EXERCÍCIO INADMISSÍVEL DE DIREITOS EM VISÃO PROSPECTIVA

O estudo procedido se afigura relevante, na medida em que permite verificar a posição da tradição jurídica nacional, na evolução comparada do tema, a fim de que se possa explorar adequadamente as possibilidades normativas do dispositivo em pauta.

Para tratarmos do exercício inadmissível de posições jurídicas no novo Código Civil, com base no art. 187, é necessário ter visão prospectiva, utilizando as bases do passado como alicerce para a evolução, mas nunca como barreiras a uma aplicação mais adequada da norma.

2.1 O art. 187 no contexto do Código Civil de 2002

O art. 187 do Código Civil de 2002 assim dispõe: "também 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." Sua adequada compreensão, contudo, somente pode ser feita na análise do contexto do novo Código.

Esse texto deve ser compreendido, primeiramente, a partir da perspectiva traçada pelos princípios fundamentais que nortearam a elaboração do novo Código, e que constituem, segundo Miguel Reale: (i) a eticidade, (ii) a socialidade e (iii) a operabilidade[70].

Mediante a eticidade, se procurou superar o formalismo jurídico que inspirou o Código Civil 1916, pela influência da jusfilosofia do século XIX, em especial do direito tradicional português e da escola pandectística germânica, sendo, com isso, reconhecida a participação de valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono da técnica jurídica, utilizando-se, para tanto, das cláusulas gerais, que possibilitam a criação de modelos jurídicos hermenêuticos por juízes e advogados, a permitir a contínua atualização dos preceitos legais.[71]

A socialidade representa a superação do caráter individualista do anterior Código, que era adequado apenas à sociedade brasileira agrária e individualista do século XIX[72]. Para tanto, são utilizados conceitos como a função social, em diversos campos do direito privado.[73]

---

[70] REALE, Miguel. A visão geral do novo Código Civil. **Revista de Direito Privado,** São Paulo, v. 9, p. 9-35, jan./2002.

[71] Ibidem, p. 9-35.

[72] A literatura nacional da época pode nos fornecer admiráveis exemplos do contexto social brasileiro na transição do século XIX para o século XX. Na obra *Quincas Borba*, de Machado de Assis, é conhecida a passagem em que o bêbado, aproximando-se da senhora que lamentava a destruição de seu casebre em um incêndio, pergunta se aquela casa a pertencia. Ante a confirmação, o homem ébrio lhe pede licença para acender um charuto nas chamas. O texto, escrito em 1891, demonstra com ironia, não só a ausência de sentimento de solidariedade social, pela atitude individualista do homem que sequer demonstra sentimento pela situação vivenciada pela senhora, como também, paradoxalmente, expõe o respeito do indivíduo à propriedade privada, que conduz ao inusitado pedido de autorização. ASSIS, Machado de. **Quincas Borba.** São Paulo: Cultrix, 1960. p. 159.

[73] REALE, Miguel, op. cit.

A operabilidade visou estabelecer soluções normativas de modo a facilitar a interpretação e a aplicação do novo Código pelo operador do direito, através da eliminação de dúvidas surgidas pela prática jurídica, e da utilização de cláusulas gerais, cuja aplicação se definirá pelo juiz no caso concreto. Trata-se da realização do direito em sua concretude, através da criação judicial, tudo em conformidade com a teoria do direito concreto, exposta por Engisch, Betti e Larenz.[74]

Assim, conforme explica Clóvis do Couto e Silva[75] :

> O pensamento que norteou a Comissão que elaborou o Projeto do CC brasileiro foi o de realizar um Código central, no sentido que lhe deu Arthur Steinwenter, sem a pretensão de nele incluir a totalidade das leis em vigor no país. A importância está em dotar a sociedade de uma técnica legislativa e jurídica que possua uma unidade valorativa e conceitual, ao mesmo tempo em que infunda nas leis especiais essas virtudes, permitindo à doutrina poder integrá-las num sistema, entendida, entretanto, essa noção de um modo aberto.

E, após, conclui: "O Código Civil, como Código central, é mais amplo que os Códigos Civis tradicionais. É que a linguagem é outra e nela se contém 'cláusulas gerais', um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o corpus juris vigente, com novos princípios e normas." Dessa forma, pode o novo Código Civil manter a unidade e o centralismo do direito privado, sem, no entanto, pretender abarcar em si o universo do direito.

A partir dos três princípios fundamentais e da compreensão da estrutura e do sistema intencionados pela Comissão Elaboradora, percebe-se que o art. 187 deve, sem dúvida, ser concebido como um modelo jurídico aberto e como uma cláusula geral, informada pelos princípios fundamentais e inserida nesse sistema aberto e móvel que está na base da idealização do novo Código.

No que concerne à estrutura, importa observar – como anota Judith Martins-Costa - que o novo Código rompe, radicalmente, com a construção, dogmática e ideológica, a partir da qual elaborou-se a noção de ilicitude civil a partir de sua conseqüência patrimonial – o nascimento do dever de indenizar. Essa ruptura está pontuada por dois eloqüentes traços: a) comparativamente ao art. 159 do Código de 1916, o art. 186 do novo Código não reproduz a sua verba final ("fica obrigado a reparar o dano"); b) a obrigação indenizar ganhou autonomia, um Título próprio (art. 927 e ss), distinto, na geografia do Código, do tratamento da ilicitude". Daí que, ao não reproduzir a estrutura do art. 159 do Código de Bevilaqua, e ao ter destacado, em lócus próprio, a obrigação de indenizar, o novo CC desconectou a "automaticidade" da ligação entre a ilicitude (arts. 186 e 187) e o dever de indenizar (art. 927 e ss) e, inclusive, separou a ilicitude civil do dano. Em conseqüência, "a ilicitude ganhou

[74] Ibidem.

[75] COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista da Ajuris,** Porto Alegre, n. 40, p. 128-149, 1987.

autonomia, rompendo-se o lacre que a soldava à responsabilidade civil[76] .

Por sua vez, no que diz com o sistema – e com a concepção do termo "sistema" como uma ordem de princípios, finalisticamente orientados – cabe perceber que aqui está concretizada a acepção dada por Reale à noção de modelo jurídico aberto[77] , ou seja, uma estrutura posta em razão do fim que deve ser realizado, em consideração com sua capacidade de absorver dados da realidade concreta e de se conectar com outros preceitos normativos do sistema.

Estabelecida a contextualização cultural e filosófica do art. 187, é indispensável analisar as conseqüências da inserção do dispositivo na estrutura do novo Código Civil, bem como suas conexões sistemáticas. Essa abordagem é imprescindível, uma vez que a análise da estrutura legal e de suas conexões, ainda que muitas vezes desprezada, pode revelar aspectos importantes para a compreensão de cada instituto. Na verdade, a estrutura deve ser levada a sério[78] , pois ela muitas vezes – empregando a distinção de Wittgenstein - mostra o que o texto não diz diretamente.[79]

Na parte geral, especificamente no Livro III – relativo aos fatos jurídicos, se situa o Título III, correspondente aos atos jurídicos ilícitos, onde encontramos os artigos 186, 187 e 188.

O art. 186 é uma cláusula geral de ilicitude subjetiva, estabelecendo que a conduta culposa ou dolosa que violar direito e causar dano a outrem constitui ato ilícito. Trata-se do correspondente ao art. 159 do antigo Código Civil, com uma diferença estrutural que adiante será destacada. O art. 188, por seu turno, é a cláusula de pré-exclusão de ilicitude, assemelhando-se ao art. 160 do "Código de Bevilaqua".

O art. 187, por fim, não encontra correspondente direto no Código de 1916, a não ser pela interpretação *a contrario sensu* do art. 160, I, mas com formulação e alcance bastante diversos. Se trata de cláusula geral de ilicitude objetiva[80] , pois, para a configuração do exercício inadmissível, não exige a intenção do agente, mas apenas o excesso manifesto.

Em relação às conexões extra-sistemáticas, o art. 187, por tratar de boa-fé, bons costumes e fins econômicos e sociais, certamente precisará retirar da realidade social a delimitação de tais conceitos, permitindo a melhor aplicação da norma.

No tocante às conexões intra-sistemáticas, o dispositivo em pauta se liga aos princípios constitucionais da justiça social e da solidariedade social[81] , consubstanciados

[76] MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. [no prelo] Vol. V, T. II. Também assim em **Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil** (estruturas e rupturas em torno do art. 187) [no prelo].

[77] REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: Para um novo paradigma hermenêutico. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

[78] TRIBE, Laurence. Taking Text and Structure Seriously: Reflexions on Free-Form Method in Constitutional Interpretation. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 108, n. 6, p. 1221-1303, apr./1995.

[79] TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law**. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000. p. 46-47.

[80] MARTINS-COSTA, Judith, 2001.

[81] MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e Solidariedade Social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: _____. (org.) **A Reconstrução do Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 611-661.

no art. 3º, I, da Constituição Federal, pois sua aplicação, no caso concreto, atende aos reclamos de efetivação da justiça material e da ética na situação, além de viabilizar a coexistência social. Importante destacar também a ligação com as normas constitucionais que tratam da função social da propriedade – art. 5º, inciso XIII, art. 182 e art. 184.

Necessário, ainda, destacar a conexão com dispositivos do Código de Processo Civil, em especial o art. 461, no que tange à possibilidade de se obter tutela jurisdicional específica em obrigações de fazer ou não fazer, para assegurar qualquer conseqüência do reconhecimento de exercício ilícito de direitos, como, por exemplo, a imediata cessação do ato ou a exigência de medidas outras.

As conexões intersistemáticas são as mais variadas. Cumpre, entretanto, citar algumas. Em primeiro plano, exsurge a conexão do art. 187 com o art. 927, que assim dispõe: "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". Trata-se de dispositivo que prevê de forma autônoma a obrigação de indenizar. No regime do Código de 1916, importante lembrar, o art. 159 constituía a cláusula geral de ilicitude fundada na culpa, que previa, nos seus próprios termos, a obrigação de indenizar, com o que não se percebia a ilicitude em si mesma considerada, mas apenas na sua conexão com a responsabilidade civil, que é a sua principal – e mais freqüente – conseqüência, porém não é o seu único efeito[82]. No Código de 2002, há uma cláusula geral de ilicitude fundada na culpa – art. 186; e uma cláusula geral de ilicitude objetiva – art. 187; ambas conectadas intersistematicamente com a cláusula que prevê a obrigação autônoma de indenizar – art. 927.

Além disso, todos os dispositivos do Código que remetem à reparação de danos, à boa-fé, aos bons costumes e aos fins econômicos e sociais, podem ser conectados ao art. 187. A proteção à pessoa, mais especificamente o art. 12 do Código Civil de 2002 é um exemplo bastante claro.[83] Todas as referências à função social – do contrato (art. 421), da propriedade (art. 1.228, § 1º) ou da posse (art. 1.228, § 4º), bem como a previsão dos atos emulativos (art. 1.228, § 4º) – também podem ser ligadas à norma aludida.

Essa potencialidade de conexões sistemáticas do art. 187, a revelar a abertura e mobilidade do sistema, demonstra ser esta uma norma-chave do Código Civil de 2002, conferindo razão a Ruy Rosado do Aguiar Júnior, que, como referido introdutoriamente, disse se tratar de norma quase perfeita.[84]

Examinada a posição do art. 187 na estrutura do Código Civil de 2002, necessário buscar os fundamentos da existência do instituto que subjaz a este dispositivo.

Larenz, na Alemanha, refere que o mais importante limite ao exercício de direitos é o princípio da boa-fé, baseado na teoria da confiança.[85]

[82] Nesse sentido, MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Forense, [no prelo]. Vol. V, T. II Também assim em Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil (estruturas e rupturas em torno do art. 187), no prelo.
[83] MARTINS-COSTA, Judith, 2001.
[84] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado do, 1999.
[85] LARENZ, Karl, 1978.

Menezes Cordeiro[86] identifica a problemática atual do tratamento do abuso do direito como produto da aspiração cultural à integração sistemática, quando determinados vetores do ordenamento atuem no espaço funcional interno de posições jurídicas[87], em relação a comportamentos concretos que, em aparente conformidade com a norma, são contrários ao sistema. Nesse sentido, identifica o autor que tais vetores, ou critérios materiais de identificação do abuso, seriam (i) a proteção da confiança nas relações sociais e (ii) a ponderação da realidade subjacente, no sentido de adequação à justiça material.[88]

Em Portugal, ao lado do citado autor, sobretudo na jurisprudência dominante[89] e também na doutrina[90], o abuso é caracterizado no âmbito na funcionalização, quando um determinado direito – em si mesmo válido – seja exercido de modo que ofenda o sentimento de justiça dominante na comunidade social.

Cite-se, por relevante, a seguinte ementa de acórdão paradigmático do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal:[91]

> ABUSO DE DIREITO – BOA-FÉ – BONS COSTUMES – FIM ECONÔMICO OU SOCIAL. I – O exercício de um direito deve situar-se dentro dos limites impostos pelas regras da boa-fé, dos bons costumes e da conformidade ao fim social ou económico para que a lei conferiu esse direito (art. 334º do Código Civil). II – O abuso do direito, pressupondo logicamente a existência de um direito subjectivo ou de um poder legal, cujo titular se excede no seu exercício, consiste justamente na utilização do poder contido na estrutura do direito para a prossecução de um interesse que exorbita do fim próprio do direito ou do contexto em que deve ser exercido. III – Para se determinarem os limites impostos pela boa-fé e pelos bons costumes há que atender, de modo especial, às concepções ético-jurídicas dominantes da colectividade; a consideração do fim económico ou social apela, de preferência, para juízos de valor positivamente consagrados na própria lei. IV – Agir de boa-fé é actuar com diligência, zelo e lealdade face aos interesses da contraparte; é ter uma conduta honesta e conscienciosa, numa linha de correção e probidade, visando não prejudicar os legítimos interesses da outra parte; é proceder de modo a não procurar alcançar resultados opostos aos que uma consciência razoável poderia tolerar. V – Quando o abuso de direito se consubstancia no excesso dos limites da boa-fé, tal excesso tem de ser manifesto, claro, patente e indiscutível, não sendo necessário que tenha havido consciência de se excederem tais limites, porque o Código Civil vigente consagrou a concepção objectivista de abuso de direito.

[86] MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 885-901.
[87] O conceito de posições jurídicas, como antes referido, é mais amplo do que o de direitos subjetivos.
[88] MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 885-901.
[89] Acórdão proferido no processo nº 315/98, Lisboa, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Secção Social, Relator José Mesquita, j. em 11 de março de 1999, publicado no *Boletim do Ministério da Justiça de Portugal*, n. 485, abr./1999, p. 372-376.
[90] ALMEIDA COSTA, 2001.
[91] Acórdão proferido no processo nº 154/97, Lisboa, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Relator Henrique de Matos, j. em 9 de outubro de 1997, publicado no *Boletim do Ministério da Justiça de Portugal*, n. 470, novembro de 1997, p. 546-558.

A simples leitura do acórdão permite verificar o tratamento de forma bastante adequada e abrangente pela jurisprudência portuguesa, que nos pode servir de orientação, dada a similitude dos dispositivos legais, o que não quer dizer, no entanto, que se deva fazer mera transposição acrítica. Assim, dado o desenvolvimento histórico e comparado dos limites ao exercício inadmissível de direitos, é possível, em conjunto com a experiência nacional, indicar a fundamentação do instituto no direito brasileiro.

Dessa forma, pode-se entender que o exercício inadmissível de direitos, regulado pelo art. 187 do Código Civil de 2002, encontra fundamento precípuo nos princípios da solidariedade e da justiça social, ambos constantes do art. 3º, I, da Constituição Federal de 1988.

Da solidariedade social, decorrem, como vetores de orientação e como critérios materiais de identificação dos limites do exercício no caso concreto, a proteção da confiança, a boa-fé objetiva e a atenção aos fins econômicos e sociais do direito. Da justiça social, decorre a necessidade de realização de justiça material no caso concreto, com ponderação da realidade subjacente, para fins de exame da adequação do exercício do direito.

2.2 Elementos do art. 187 do Código Civil

Encontrados os fundamentos do instituto e apresentados seus critérios materiais de identificação no caso concreto, pode ser realizada a análise dos elementos que compõem a previsão normativa do art. 187.[92]

Como referido, a concepção adotada pelo Código é objetiva, visto que, para o enquadramento na hipótese legal, não se exige a intenção subjetiva do agente.[93] O excesso, portanto, é objetivamente verificável, mas há de ser manifesto.[94]

Para proceder a análise dos elementos que compõem o art. 187, necessária a caracterização dos três princípios éticos[95] que servirão de baliza para discernir o ato ilícito, pois somente será assim considerado aquele exercício de direito que manifestamente exceder os limites impostos (i) pelo seu fim econômico ou social; (ii) pela boa-fé; (iii) ou pelos bons costumes.

Iniciemos pela boa-fé que, sendo o princípio de maior potencialidade no artigo, não poderá ser aqui tratado à exaustão, dada a complexidade e importância do tema, sendo necessário remeter a autores que se ocupam da matéria com qualidade

[92] Importante observar que para a configuração do exercício inadmissível de direitos, em outras áreas do sistema jurídico, tais como o direito processual, o direito tributário ou o direito econômico, podem ser exigidos outros elementos para a configuração do suporte fático da norma, assim como ocorre com determinados grupos de casos típicos que serão tratados posteriormente.

[93] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado do, 1999.

[94] Da mesma forma se entendeu em Portugal, cujo dispositivo, como exposto, é assemelhado ao brasileiro. Além da decisão acima transcrita, ver acórdão proferido no recurso nº 3041, Porto, Relação do Porto, 3ª Secção, Relator Pinto Gomes, j. em 8 de novembro de 1984, publicado no *Boletim do Ministério da Justiça de Portugal*, n. 341, dezembro de 1984, p. 341. Na doutrina, especialmente ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, 2001, p. 74-75.

[95] Estes princípios constantes do art. 187 poderiam ser caracterizados como verdadeiras "janelas para o ético", citando expressão que Clóvis do Couto e Silva, ao tratar da boa-fé, atribui a Esser. Ver COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo.** São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 41-42.

e precisão.[96]

No desenvolvimento histórico da proibição do exercício inadmissível de direitos, demonstrou-se que o recurso à boa-fé objetiva, pela remissão à cláusula geral constante do § 242 do BGB, foi o que possibilitou na Alemanha o desenvolvimento adequado do tratamento das hipóteses típicas, a viabilizar, posteriormente, pela sistematização, a elaboração de uma teoria.

De fato, foi a interpretação germânica do alcance do § 242 do BGB que proporcionou a larga utilização do princípio da boa-fé objetiva especialmente a partir da segunda metade do século XX, "não faltando quem afirme haver transformado o conceito de sistema e a própria teoria tradicional das fontes dos direitos subjetivos e dos deveres."[97]

No direito brasileiro, não estava positivado no Código Civil de 1916, sendo sua aplicação devida à construção doutrinária e jurisprudencial, especialmente por parte dos estudos do Professor Clóvis do Couto e Silva.

A chamada boa-fé objetiva diferencia-se da boa-fé subjetiva, esta sim presente, por exemplo, no art. 490 do Código Civil de 1916, que significa uma situação subjetiva de boa-fé, no sentido de ausência de vícios psicológicos de conhecimento e vontade sobre a situação irregular em exame, cuja aplicação predominante ocorre no campo dos direitos reais.[98]

A boa-fé objetiva, cujo campo de aplicação precípuo é o do direito das obrigações, é uma pauta institucional de conduta, um princípio que agrupa certas regras que exigem uma determinada atuação das partes em suas relações, determinando uma postura ética e socialmente valorada de cooperação e lealdade, para alcançar um fim comum.[99]

Em sua evolução doutrinária e jurisprudencial no Brasil, ainda antes da consagração no Código de Defesa do Consumidor e, com mais intensidade e abrangência, no Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva encontrou diversas funções e campos de aplicação, como, por exemplo, o limite ao exercício de direitos subjetivos, em geral, e o abuso do direito em particular.[100]

A potencialidade da boa-fé, como limite do exercício de direitos subjetivos, decorre de esta impor um arquétipo exemplar de conduta, cuja construção decorre da experiência e de sua aplicação em casos concretos, com posterior sistematização científica, permitindo sua definição e redefinição contínuas, especialmente quando concebida em um modelo jurídico aberto. A boa-fé, por essa razão, não se restringe a um mero e vago cânone de ordem ética e moral, com desenho impreciso e disforme, o que certamente retiraria sua força como *topos* subversivo do direito obrigacional.[101]

Por bons costumes, de outra parte, deve-se entender um conjunto de regras de convivência, de práticas sociais, que, em um dado momento e ambiente, as pessoas corretas e honestas aceitam de forma comum.[102]

[97] COUTO E SILVA, Clóvis V. do, op. cit.
[98] MARTINS-COSTA, Judith, 2000.
[99] MARTINS-COSTA, Judith, 2000, p. 410-427.
[100] Ibidem, p. 381-455.
[101] Ibidem, p. 409-418.
[102] ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, 2001, p. 76-77.

A aplicação desta cláusula, ao menos em um estágio inicial, não se mostra tão promissora, necessitando maior desenvolvimento. Como visto, na evolução germânica, a tentativa de fundamentar a proibição do exercício irregular de direitos na ofensa aos bons costumes, tal qual previsto pelo § 826, não teve o sucesso esperado, o que somente ocorreu com o recurso à boa-fé. Os fatores que prejudicam sua concretização são justamente aqueles que a diferenciam da boa-fé. Em primeiro lugar, o caráter vago e predominantemente moral do conceito de bons costumes difere da noção fortemente construída da boa-fé. Além disso, a aplicação dos bons costumes costuma ser limitada à restrição de comportamentos, se opondo à da boa-fé, utilizada para prescrever condutas e orientar comportamentos.

Na redação do art. 187, os fins econômicos ou sociais de cada direito apresentam-se como condicionantes ao seu exercício. Como tratado anteriormente, desde o final do XIX, e com maior ênfase a partir da segunda metade do século XX, se desenvolve um movimento de funcionalização dos direitos subjetivos.[103] Assim, em evolução histórica, o direito subjetivo deixa de ser concebido como puro poder da vontade, de caráter tendencialmente ilimitado, para sofrer certas restrições, e ser compreendido em um contexto diferenciado.

Com isso, a função social e econômica passa a integrar o complexo de direitos e deveres[104] que envolvem cada situação jurídica, tanto em seu aspecto subjetivo como em seu aspecto objetivo, resultando em uma nova e mais adequada noção de direito subjetivo.

Dessa forma, o exercício de direitos há de respeitar os fins sociais e econômicos que lhe são atribuídos pelo sistema, sendo que sua utilização incompatível, especialmente para satisfação de desejos meramente pessoais, desde que presente o caráter de desproporção manifesta, constituirá ato ilícito.

Do exposto, verifica-se que a adequação de comportamentos aos parâmetros da boa-fé, a restrição de condutas por contrárias aos bons costumes e o exercício de direitos em correspondência a seu fim social e econômico constituem, ao mesmo tempo, a gênese do instituto que ora tratamos, e os elementos que servirão de parâmetro à sua aplicação nos casos concretos, em face do art. 187 do novo Código.

Configurada a hipótese legal pela ocorrência, no plano fático, de situação que se possa enquadrar em seus termos, a estatuição é expressa no corpo do art. 187: o ato é ilícito, e as conseqüências da ilicitude podem ser de variada ordem. É verdade que a conseqüência que primeiro se extrai da aplicação do art. 187 é o dever de indenizar, através da aludida conexão com o art. 927. Mas não é a única. Pode-se também imaginar como possíveis conseqüências a invalidade do ato, a cessação do ato, a criação de direito à parte adversa, e a manutenção de certos efeitos do ato inválido.

Nesse sentido, decisão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal[105]:

[103] MARTINS-COSTA, Judith, 2001.
[104] Ibidem.
[105] Acórdão proferido no processo nº 207/00, Lisboa, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Relator Noronha Nascimento, j. em 4 de outubro de 2000.

SANÇÃO – VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIO - I – Para o abuso de direito não há uma sanção uniforme: a sanção assume cores e tonalidades diferentes de harmonia com o modo funcional como o abuso se expressa; o que vale por dizer que aquele tanto se pode reconduzir a uma nulidade negocial, como a um fato gerador de uma responsabilidade civil por danos provocados, como ainda à própria neutralização do direito que se esvazia na sua eficácia típica como se não existisse.

2.3 A concretização e o alcance do art. 187

O desenvolvimento das limitações ou limites dos direitos subjetivos pelo controle da adequação de seu exercício demonstrou que não basta uma previsão normativa adequada para que sua aplicação seja bem sucedida. De fato, é imprescindível que uma disposição genérica e abstrata, tal como é característico das cláusulas gerais, seja concretizada de forma consentânea à realidade social subjacente, através dos esforços doutrinários e jurisprudenciais.

Ressalte-se, novamente, que o novo Código Civil foi elaborado sob a inspiração da teoria do direito concreto, ou seja, do direito que, previsto abstratamente em norma, adquire sua aplicabilidade com a consideração, pelo operador jurídico, de seus elementos de fato e valor.[106]

Nessa visão, o Código deve ser concebido como uma estrutura multidimensional, composto não só por normas, mas também por espaços, funcionando como um verdadeiro hipertexto[107] , na medida em que estas aberturas permitem a incorporação de elementos da realidade externa, remetem para outros corpos normativos e viabilizam a mobilidade interna. Não se entenda, porém, que estes espaços são vazios[108] , cujo preenchimento é determinado de forma voluntarista e irracional, pois são os espaços que permitem o desenho do direito pela ordem social subjacente. Assim sendo, admitir que o Código tenha espaços não é reconhecer uma fraqueza, e sim assinalar uma de suas maiores virtudes.

Com isso, a norma contida no art. 187 do Código Civil de 2002 somente se concretizará e obterá seu maior alcance com a atividade judicial criadora que lhe dê

---

[106] REALE, Miguel, 2002.

[107] TRIBE, Laurence, 2000, p. 46-47.

[108] TRIBE, Laurence. The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn from Modern Physics. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 103, n. 1, p. 1-39, nov./1989. É interessante a abordagem do autor que utiliza teorias da Física como instrumentos para a melhor compreensão de institutos jurídicos, sugerindo o abandono de paradigmas ultrapassados. O paradigma representado pela física Newtoniana, de dois séculos atrás, entendia que no universo os objetos atuavam uns sobre os outros através de espaços neutros e vazios, não exigindo reflexões mais profundas sobre sua estrutura básica. A partir de 1920, surge, em primeiro lugar, a teoria da relatividade de Einstein, demonstrando que os objetos, compreendidos em larga escala, como estrelas e planetas, interagem no espaço que os envolve, alterando e ao mesmo tempo sofrendo alterações deste, a ocasionar a curvatura do espaço. De outra parte, a teoria quântica, em escala sub-atômica, demonstrou que o processo de observação e análise pode interferir fundamentalmente em um objeto, alterando seu comportamento. Tais descobertas determinaram a superação do antigo paradigma, podendo, por uma simples reflexão, ajudar a compreender fenômenos jurídicos contemporâneos.

aplicação nos casos concretos, além do esforço doutrinário no sentido de sistematizar as hipóteses típicas em torno de uma unidade conceitual.

Os preceitos éticos do art. 187 não têm uma definição rígida e pré-concebida, mas permitem, como referido, a entrada de elementos externos ao Código, exigindo uma delimitação em concreto. Isso não significa dizer que são totalmente indeterminados *a priori,* pois, na medida que seu significado vai sendo construído em uma série de casos concretos, à luz das circunstâncias da vida social, é possível a elaboração de sistematizações que orientem os operadores jurídicos para novas aplicações. Trata-se de uma aplicação que segue, portanto, o "novo pensamento sistemático", conjugação dos pensamentos tópico e sistemático.[109]

Necessário, assim, enfatizar novamente a idéia de sistema aberto e móvel, a permitir, através dos mecanismos que lhe são próprios, a ressistematização de decisões isoladas, que passam então a integrar o sistema, aperfeiçoando-o progressivamente.

Dessa forma, imprescindível a análise do art. 187 à luz do tratamento típico, uma vez o exercício de um direito em contrariedade aos parâmetros éticos definidos pelo ordenamento jurídico somente poderá ser verificada no caso concreto.

O estudo da proibição de comportamentos abusivos em sua evolução na história permite o agrupamento dos casos em grupos de afinidade. Tal agrupamento, entretanto, não é rígido, uma vez que não há absoluta homogeneidade entre os integrantes de cada categoria. A par disso, a divisão também não apresenta limites firmemente demarcados, sendo que, muitas vezes, uma única hipótese concreta pode ser enquadrada em mais de um grupo.

A reunião em grupos de casos, tendo por critério uma identidade na *ratio decidendi, é*, contudo, uma ferramenta eficaz, pois permite uma construção mais apropriada do sistema. Para tal análise, se adotará a sistematização realizada no direito português por Menezes Cordeiro[110], adequada à realidade brasileira, porém com a inserção de alguns elementos colhidos na experiência nacional ainda sob a égide do Código de 1916.

2.3.1 *Exceptio doli*

A *exceptio doli*, cuja aplicação remonta o direito romano, tendo seu maior desenvolvimento na primeira fase de aplicação do BGB, pode ser entendida como o poder que uma pessoa tem de repelir a pretensão do titular do direito subjetivo, por este ter incorrido em dolo. Trata-se de exceção em sentido material, em que o dolo é verificado no momento da discussão sobre o exercício do direito subjetivo, e não propriamente quando de sua formação, o que conduziria a uma ilicitude comum. [111]

[109] MARTINS-COSTA, Judith, 2000, p. 364-377. Sobre essa noção de sistema, convém consultar ainda CANARIS, Claus Wilhelm, 1996.
[110] MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, 2001, p. 719-860.
[111] MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, 2001, p. 719-860.

No entender de Menezes Cordeiro, a *exceptio doli* teve papel histórico relevante, mas sua aplicação atual tende a decrescer, não só pela exigência de comprovação de dolo, mas também por ser um conceito muito vago, cujas aplicações práticas também podem ser incluídas em outros tipos. De toda a forma, no direito brasileiro essa exceção ainda pode funcionar como importante meio de defesa para aquele que se vê compelido a cumprir uma pretensão não conferida pela ordem jurídica, ainda que supostamente baseada em norma genérica, desde que tal conduta se apresente como dolosa e contrária aos padrões da boa-fé.[112]

A *exceptio doli* é citada em acórdão do Supremo Tribunal Federal. Nesse caso, apesar do não conhecimento do recurso, a turma entendeu correto o reconhecimento da *exceptio doli*, no sentido de paralisar a cobrança executiva de dívida comum, efetivada por meio de execução judicial, em função de aval obtido irregularmente.[113]

2.3.2 *Venire contra factum proprium*

O instituto *venire contra factum proprium* é aquele que veda genericamente, e sob certos pressupostos, os comportamentos contraditórios. Em sua estrutura são exigidos dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é contrariado pelo segundo, e a situação como um todo configura um exercício inadmissível de direito.[114] Não se trata, no entanto, de qualquer contradição entre comportamentos de uma mesma pessoa, uma vez que a própria vida enseja freqüentemente comportamentos contraditórios.

Na verdade, o *venire contra factum proprium* tem como fundamento a proteção da confiança gerada na parte contrária pelo primeiro comportamento do titular do direito subjetivo. Assim sendo, através dessa hipótese, o ordenamento jurídico não visa simplesmente proibir que sujeitos adotem condutas contraditórias, ou proteger o ato praticado em primeiro lugar, e sim salvaguardar os interesses daqueles que, confiantes no comportamento inicial de um agente, foram levados a uma situação tal que a prática do segundo ato, em contrariedade ao primeiro, afetaria seus interesses. Trata-se, portanto, de aplicação da teoria da confiança, do princípio da boa-fé e de exigência da própria segurança do tráfego jurídico.[115]

Como exemplo, pode ser citado o caso referido por Judith Martins Costa, consubstanciado no acórdão proferido em 19 de dezembro de 1989, pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na apelação cível nº 589073956, sendo relator Ruy Rosado de Aguiar Jr.:

> *Venire contra factum próprio*. Contrato. A vendedora de loja de vestuário que auxilia o comprador nos primeiros dias da nova administração e

[112] Ibidem, p. 719-860.
[113] Acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 39.322, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Relator Min. Afrânio Costa, j. em 25 de novembro de 1958.
[114] MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, op. cit., p. 719-860.
[115] Ibidem, p. 719-860.

> assina pedidos de novas mercadorias não pode depois cancelar todos os pedidos ainda não recebidos, assim inviabilizando a normal continuidade do negócio, sem que para isto tenha motivo razoável. Apelo provido em parte, para reduzir a indenização.[116]

O então Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul também teve oportunidade de julgar um caso envolvendo a figura ora tratada[117]:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. LOCAÇÃO NÃO-RESIDENCIAL. MULTA CONTRATUAL. ABUSO DE DIREITO. Tendo a locatária solicitado a prorrogação do prazo para entrega das chaves, com a concordância da locadora, passando o contrato a vigorar por prazo indeterminado, descabe a cobrança de multa que exceder esse prazo, caracterizando-se abuso de direito.

Cite-se também o caso em que a falta de assinatura da mulher em contrato de promessa de compra e venda, com posterior admissão em juízo pela mesma de sua existência e validade para lhe gerar efeitos convenientes, aliado ao decurso de 17 (dezessete) anos de posse mansa e pacífica dos promitentes-compradores, tornou inadmissível o ato de posterior recusa de outorga de escritura.[118]

Em outros ordenamentos jurídicos, a vedação de comportamentos contraditórios ou, ainda, o aproveitamento de posição obtida por meio da violação de uma norma jurídica, hipótese que será tratada no item seguinte, se apresenta sob diversas variantes. Assim, na *commow law,* tal tutela é assegurada pelo instituto da *estoppel*, enquanto na Argentina se enquadra na categoria genérica denominada *teoria de los actos proprios*.[119]

2.3.3 Tu quoque

O *tu quoque*[120] corresponde à vedação do exercício de um direito subjetivo obtido às custas da violação de uma norma jurídica. Ofende ao sentimento de justiça dominante a situação em que um sujeito, aproveitando-se de violação a norma jurídica por ele mesmo perpetrada, deseja exercer contra outrem um direito subjetivo que lhe foi atribuído em decorrência daquela circunstância.[121]

---

[116] MARTINS-COSTA, Judith, 2000, p. 466-468.
[117] Acórdão proferido na Apelação Cível nº 196044572, Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul, 7ª Câmara Cível, Relator Roberto Expedito da Cunha Madrid, j. em 15 de maio de 1996.
[118] Acórdão proferido no Recurso Especial nº 95.539-SP, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. em 3 de setembro de 1996, publicado na *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, n. 93, Brasília, p. 314. Hipótese esta que também poderia ser enquadrada no item relativo à inalegabilidade de nulidades formais, a demonstrar a ausência de rigidez na separação entre os grupos.
[119] MARTINS-COSTA, Judith, op. cit., p. 462-463.
[120] A referência histórica da expressão "tu quoque" remonta o Império Romano. No ano 44 A.C., Caio Júlio César foi vítima de uma conspiração, na qual acabou sendo assassinado com diversas punhaladas. Ao perceber a traição, sentindo sua confiança abalada pela participação de pessoas próximas suas, inclusive Brutus, seu filho único e adotivo, o Imperador teve como suas últimas palavras: "Tu quoque, Brutus, fili mi!" - Até tu, Brutus, filho meu!.
[121] MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, 2001, p. 719-860.

Seu campo de aplicação precípuo é o do vínculo contratual. No chamado tu quoque contratual, aquele que, ao descumprir deveres do processo obrigacional, altera a harmonia da estrutura sinalagmática, atinge o conteúdo das prestações contrapostas, e não pode, sob pena de configuração do abuso, pretender seu cumprimento estrito.

Em termos mais genéricos, a pessoa que, mesmo fora do caso nuclearmente exemplar do sinalagma, desequilibre, num momento prévio, a regulação material instituída, não pode, posteriormente, exercer a posição que a ordem jurídica lhe conferiu, sendo, em alguns casos, até mesmo extinto o seu direito ou modificado o seu alcance.[122] É também exercício de direito contrário à boa-fé, cuja vedação decorre do art. 187 do novo Código Civil.

Na Alemanha, ainda em 1908, se entendeu que:

> [...] quem viole o contrato e ponha em perigo o escopo contratual não pode derivar de violações contratuais posteriores e do pôr em perigo o escopo do contrato, causados pelo parceiro contratual, o direito à indemnização por não cumprimento ou à rescisão, como se não tivesse, ele próprio, cometido violações e como se, perante a outra parte, sempre se tivesse portado leal ao contrato.[123]

Nesse sentido, entendendo a obrigação como um todo e como um processo[124], é possível imaginar a hipótese em que a falta de cumprimento de deveres anexos de informação por parte de um dos contratantes, suficientemente grave a ponto de desequilibrar a harmonia do sinalagma, pode tornar inadmissível o exercício do direito subjetivo da parte contrária à rescisão contratual, caso a prestação não tenha sido pontualmente cumprida.[125]

2.3.4 Inalegabilidade de nulidades formais

Outra hipótese de exercício inadmissível de direitos seria a impossibilidade de alegação de nulidades formais, em dadas circunstâncias, para se eximir do cumprimento de obrigação efetivamente assumida.

Tais casos devem ser analisados com cuidado no direito brasileiro, assim como também no direito português. Isso porque, no Código Civil de 2002, a norma do art. 187 coexiste em um sistema móvel com outras que prescrevem a indispensabilidade da forma para a validade ou eficácia do ato jurídico, como, por exemplo, o artigo 166.

Assim, pode-se até admitir exercício inadmissível em casos tais no direito pátrio, desde que atendidos requisitos específicos. A alegação de nulidades formais por uma

[122] Ibidem, p. 719-860.
[123] Ibidem, p. 839-840.
[124] COUTO E SILVA, Clóvis V. do, 1976.
[125] Aqui "pontualmente cumprida" entendida como cumprida em todos os seus pontos, conforme ALMEIDA COSTA, Mario Julio de, 2001, p. 279-283.

parte, para se eximir de obrigação assumida, somente poderá ser tida por abusiva, se a parte contrária, estando em situação de boa-fé subjetiva quanto à existência de nulidade, tenha sua confiança atingida, além de suportar as conseqüências danosas. A conseqüência do reconhecimento do abuso nesse caso, entretanto, poderá ficar limitada à reparação dos danos, tendo em vista a impossibilidade de manutenção do ato ou negócio jurídico pela existência de nulidade formal insanável.[126]

Como exemplo, pode ser citada uma decisão de Tribunal português, em que, num caso de contrato de empréstimo, sem o reconhecimento notarial da assinatura do representante do credor, com violação expressa a dispositivo de lei, não foi aceita a alegação de nulidade em razão do vício de forma por parte do devedor. Entendeu-se pela configuração de abuso do direito, na forma do art. 334 do Código Civil daquele País, eis que o devedor, conhecedor *ab initio* da nulidade formal invocada, sempre pautou sua conduta de forma consetânea com intuito de cumprir o contrato e de não o discutir.[127]

2.3.5 *Supressio e Surrectio*

Há *supressio* quando um titular de um direito subjetivo, em certas circunstâncias, tendo deixado de exercê-lo em determinado lapso temporal, não pode mais fazê-lo, sob pena de afrontar a boa-fé. Trata-se, portanto, de uma demora desleal no exercício de um direito, que gera insegurança nas expectativas de continuidade exigidas nas relações jurídicas. A *surrectio* é a mesma situação encarada sob o prisma da contraparte, considerada como a criação de um direito ao não exercício de posição jurídica atribuída à parte adversa, nas condições acima mencionadas, a fim de proteger sua confiança.[128]

Ambas não se confundem com a prescrição e a decadência, pois se aplicam a direitos ainda não alcançados por tais institutos, pois, do contrário, não haveria necessidade de desenvolvimento de uma figura autônoma. Para a sua configuração, há de se exigir não só o decurso considerável de tempo, que pode ser variável caso a caso, como também indícios objetivos de que o direito não seria exercido, não sendo necessário, contudo, se cogitar de intenções subjetivas.[129]

O novo Código Civil traz em seu art. 330 um exemplo de situação que poderia ser enquadrada como *supressio* ou *surrectio*. Trata-se da presunção de renúncia do credor quanto ao local de pagamento previsto contratualmente, quando reiteradamente feito em outro lugar.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul utilizou tais institutos para julgamento de questões envolvendo a cobrança de quantias devidas por força

---

[126] MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, 2001, p. 719-860.
[127] Acórdão proferido no Recurso nº 3540/97, Lisboa, Relação de Lisboa, 1ª Secção, Relator Lino Augusto Pinto, j. em 31 de março de 1998, publicado no *Boletim do Ministério da Justiça de Portugal*, n. 475, abr./1998, p. 754-756.
[128] MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, op. cit., p. 719-860.
[129] Ibidem, p. 719-860.

de contratos de mútuo firmados entre usuários e empresa de fornecimento de energia elétrica, cuja exigência se operou depois de transcorridos 15 (quinze) anos da celebração da avença. Ainda que não tenha sido reconhecido o exercício inadmissível no caso concreto, a ementa a seguir transcrita serve como exemplo[130]:

> Administrativo. Serviço público de fornecimento de energia elétrica. Contrato de mútuo firmado pelo usuário e a concessionária. Correção monetária. Cláusula contratual. Princípio da boa-fé. Limitação do exercício do direito subjetivo. "Supressio". 1. A "supressio" constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão do princípio da boa-fé objetiva. Para a sua configuração exige-se (I) decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido e (II) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor. Lição de Menezes Cordeiro.

2.3.6 Desequilíbrio no exercício jurídico

Nos casos de desequilíbrio no exercício jurídico podem ser englobadas todas aquelas situações em que o exercício de um direito subjetivo efetivamente previsto em norma se torna inadmissível quando, analisada a realidade material subjacente, haja desproporção relativamente a seus efeitos, a causar injustiça na hipótese concreta.[131]

São os casos mais comuns de abuso, abrangendo toda a sorte de situações em que haja um exercício inútil danoso à contraparte, a exigência de algo que o agente sabe que deva, em seguida, restituir, ou a desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto ao outro.

Poderiam aqui ser enquadrados, por exemplo, os casos da construção da chaminé falsa, da proibição da visita ao túmulo da mãe, da construção do aparato para danificar dirigíveis, da cobrança da dívida no famoso texto *O Mercador de Veneza*[132], e dos próprios atos emulativos, consoante previsão do art. 1.228, § 2º, do Código Civil de 2002.

2.3.7 Adimplemento substancial

No Brasil, somente em tempos mais recentes, veio a ser desenvolvida a teoria do adimplemento substancial, pela qual, em contratos de longa duração, revela-se contrário à boa-fé o pedido de resolução do contrato por inadimplemento, quando o

[130] Acórdão proferido na Apelação Cível nº 70001911684, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2ª Câmara Cível, Relatora Maria Isabel de Azevedo Souza, j. em 4 de dezembro de 2000. No mesmo sentido, apelação cível nº 70001135383, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2ª Câmara Cível, Relatora Maria Isabel de Azevedo Souza, j. em 9 de agosto de 2000.

[131] MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, 2001, p. 719-860.

[132] SHAKESPEARE, William. O Mercador de Veneza. In: **Obras Completas.** Madrid: Aguillar, 1951, p. 1047-1093. Nessa obra, o personagem Shylock, frente ao não pagamento de uma dívida no prazo legal, ao invés de simplesmente aceitar o pagamento do valor acordado (ou quantia ainda maior), pretende executar a multa estipulada para o não cumprimento pontual da obrigação, consistente em extirpar uma libra de carne do mercador Antônio, ainda que isto represente a sua morte.

devedor tenha efetivado o pagamento de substancial parte do preço total, faltando apenas algumas parcelas. De acordo com as decisões judiciais, limitou-se, nesse caso, o direito do credor à extinção do vínculo, mesmo que previsto contratualmente, em razão de exercício incompatível com a boa-fé.[133]

Nessa hipótese, pode-se também dizer que a pretendida conduta excede os limites impostos pelo fim econômico e social do contrato, que é permitir a circulação de riquezas, em geral, e efetivar a transmissão do domínio, em particular, no caso da compra e venda.

Como ilustração, pode ser citado o caso referido por Judith Martins Costa, consubstanciado no acórdão proferido em 12 de abril de 1988, pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na apelação cível nº 588012666, sendo relator Ruy Rosado de Aguiar Jr.:

> Contrato. Resolução. Adimplemento substancial. O comprador que pagou todas as prestações de contrato de longa duração, menos a última, cumpriu substancialmente o contrato, não podendo ser demandado por resolução. Ação de rescisão julgada improcedente e procedente a indenizatória. Apelo provido em parte, apenas relativamente aos honorários.[134]

No adimplemento substancial, temos a efetivação da justiça material no caso concreto, através de um limite ao exercício de um direito subjetivo que, apesar de outorgado em norma, revela-se contrário à boa-fé e aos fins econômicos e sociais do direito em sua concretização.

2.3.8 Responsabilidade pré-contratual

Pela relevância, é também necessário tratar da responsabilidade pré-contratual[135] em item próprio, como mais um caso de limite ao exercício de direitos subjetivos, por conduta contrária à boa-fé e em proteção à confiança gerada pelo convívio social.

Nas fases preliminares à celebração de um contrato, em que as partes simplesmente estabelecem tratativas no sentido de viabilizar a realização do negócio, não há propriamente um vínculo contratual, daí se denominar fase pré-contratual. Em razão desse contato social, contudo, passam as partes a estar adstritas a pautas de lealdade e probidade, e a regras de conduta impostas pela boa-fé. Assim, são criados deveres recíprocos aos negociantes, como, por exemplo, os de informação e cooperação, cujo descumprimento pode acarretar o dever de indenizar aquele que tiver sua confiança atingida.

---

[133] MARTINS-COSTA, Judith, 2000, p. 466-468.

[134] Ibidem. No mesmo sentido, ainda que concernente a contrato de arrendamento mercantil, acórdão proferido no Recurso Especial nº 272.739-MG, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. em maio de 2001.

[135] Alguns autores preferem a expressão "pré-negocial", mais ampla da utilizada acima, que se refere apenas à categoria central dos negócios jurídicos. Ver ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, op. cit., pp. 267-279.

A responsabilidade pré-contratual, portanto, tutela diretamente a confiança fundada de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações segundo a boa-fé, salvaguardando as legítimas expectativas que a mesma lhe crie, quanto ao conteúdo, à validade e à eficácia do negócio, como também quanto a sua futura celebração.[136]

Como visto, portanto, entre os possíveis casos de conduta contrária à boa-fé na fase pré-contratual, ressalta-se o rompimento imotivado das negociações. É evidente que, em condições normais, tem qualquer das partes o direito de não celebrar o contrato, posto que nas tratativas ainda não se estabeleceu a relação contratual propriamente dita, esta sim com força vinculativa.

Estando, no entanto, as partes adstritas, nessa fase, às regras emanadas do princípio da boa-fé, devendo agir com correção e lealdade, pode ocorrer que o rompimento das negociações, sem justificativa razoável, apresente-se como conduta contrária àquele princípio, caso haja frustração de expectativa legitimamente criada em uma das partes quanto à realização do negócio, com quebra da confiança e conseqüências danosas.

Em tais casos, estando inviabilizado o negócio ou havendo descumprimento de deveres anexos, tendo havido exercício de um direito em manifesto excesso aos limites impostos pela boa-fé, configura-se a ilicitude, proporcionando à parte lesada o direito à indenização.

Equivocam-se, assim, aqueles que entendem que o novo Código não deixou espaço para a responsabilidade pré-contratual, pois esta exsurge claramente pela conexão sistemática entre os artigos 187 e 927, e se fundamenta na teoria da confiança.[137]

Novamente, cite-se como exemplo decisão referida por Judith Martins Costa[138] . No chamado "caso dos tomates" - Acórdão não unânime proferido em 6 de junho de 1991, pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na apelação cível nº 591028295, sendo relator Ruy Rosado de Aguiar Jr. - uma empresa alimentícia industrializadora de tomates foi condenada a ressarcir agricultor por lhe ter distribuído sementes, manifestando então interesse em adquirir a produção, mas, posteriormente, por razões de sua conveniência, resolveu não mais industrializá-lo naquele ano, frustrando a expectativa de negociação gerada no produtor.

Também é possível buscar amparo na jurisprudência portuguesa, ainda que no caso concreto a seguir citado, a responsabilidade pré-contratual somente tenha sido admitida em tese:[139]

> CONTRATO – NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES – I – As negociações preliminares a um contrato correm ao compasso dos avanços, paragens

[136] ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, op. cit., pp. 267-279.
[137] MARTINS-COSTA, Judith, 2000, p. 473-515.
[138] Ibidem, p. 473-515.
[139] Acórdão proferido no processo nº 607/98, Lisboa, Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, 2ª Seção, Relator Lucio Teixeira, j. em 9 de julho de 1998.

ou recuos encontrados pelos negociantes até atingirem a celebração do contrato em vista ou o abandono do seu projeto, segundo os princípios da boa-fé e da liberdade contratual, equilibradamente misturados – art. 227 do CC – II – A ruptura das negociações só gerará responsabilidade quando houver abuso de direito.

2.3.9 Inadequação do exercício ao fim econômico e social do direito

Podem ser cogitados, ainda, especialmente em razão da consagração no novo Código Civil de 2002 da função social da propriedade e da função social do contrato, algumas hipóteses de exercícios de direitos, que, aparentemente conformes à norma em abstrato, revelam, no caso concreto, inadequação ao seu fim econômico e social.

Trata-se de campo fértil de exploração, que deverá ser melhor desenvolvido com o passar do tempo e com o surgimento de situações concretas a serem resolvidas. Menezes Cordeiro[140] cita o caso, no direito português, de um contrato de arrendamento de propriedade celebrado por longo prazo, em que o arrendante, utilizando-se de cláusula contratual, veio a requerer o rompimento do vínculo, ainda nos primeiros meses de vigência, inviabilizando o aproveitamento da área pela parte contrária, o que contrariou a função social e econômica do contrato e do direito de propriedade.

CONCLUSÃO

Em conclusão, pode-se afirmar que a formulação do art. 187 do Código Civil de 2002 decorre de uma concepção mais adequada de direito subjetivo, inserida no movimento que se denominou de funcionalização, tendo em seus antecedentes históricos a experiência da imposição de limites aos direitos subjetivos por exercício inadmissível em diversos Países, como França, Alemanha, Suíça, Grécia e Portugal.

Trata-se de um verdadeiro filtro ético de aplicabilidade, fornecendo aos operadores jurídicos as adequadas balizas para o controle da admissibilidade do exercício de direitos.

Não obstante tais fatores, que demonstram contar o Brasil com fórmula legislativa bastante aperfeiçoada para lidar com os exercícios inadmissíveis, a previsão teórica e abstrata na norma, como demonstra a história, não garante o sucesso de sua aplicação.

Isso porque, sendo formulada em alto grau de abstração, como cláusula geral que é, sua concretização depende de esforço doutrinário e, especialmente, jurisprudencial, sendo concebida como verdadeiro modelo jurídico aberto inserido em um novo pensamento sistemático.

Por essas razões, se espera que a doutrina e a jurisprudência possam, de alguma forma, contribuir para o desenvolvimento do sentido concreto do art. 187 em toda a sua potencialidade.

[1] MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e, 2001, p. 719-860.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. As obrigações e os contratos. **Revista CEJ,** Brasília, v. 9, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, p. 31-39, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. **Direito das obrigações.** 9. ed. Coimbra:Almedina, 2001.

BARZOTTO, Luis Fernando. O Direito ou o Justo: O Direito como objeto da ética no pensamento clássico. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito,** São Leopoldo, Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, 2000. p. 159-184.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.** Rio de Janeiro: Editora Rio, [s. d.] p. 425-434.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.** 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CATTANEO, Giovanni. Buona fede obbiettiva e abuso del diritto. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, a. 25, p. 613-659, 1971.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo.** São Paulo: José Bushatsky, 1976.

_____. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 40, p. 128-149, 1987.

_____. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: **Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights.** New York: Oxford University Press, 1999.

GALLO, Paolo. Buona fede oggetiva e transformazioni del contratto. **Rivista di Diritto Civile,** Padova, a. XLVIII, n. 2, p. 239-263, 2002.

GIERKE, Otto Von. **Funcion social del derecho privado**: La naturaleza de las asociaciones humanas. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904.

HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning.** Aldershot: Dartmouth/Ashgate, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil:** parte general. Madrid: Revista de Derecho Privado/ Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

LOPES, José Reinaldo de Lima: Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.) **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** São Paulo: Malheiros, 1994. p. 113-143.

LOPEZ Y LOPEZ, Angel. Estado social y sujeito privado: uma reflexion finisecular. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,** Firenze, v. 25, p. 409-469, 1996.

MACINTYRE, Alasdair. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

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

_____. **Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil:**(estruturas e rupturas em torno do art. 187) [no prelo].

_____. **Comentários ao novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Forense, [no prelo]. v. V, t. II,

_____. O Direito Privado como um "sistema em construção": As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul,** Porto Alegre, v. 15, p. 129-145, 1998.

_____. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da "Ética da Situação". **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul,** Porto Alegre, v. 20, p. 211-260, out./2001.

_____. Mercado e Solidariedade Social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: _____ (org.). **A Reconstrução do Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 611-661.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. **Filosofia del derecho.** México: Porruá, 1970.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil.** Coimbra: Almedina, 2001.

_____. **Tratado de Direito Civil Português**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. I, Parte Geral, t. I.

MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, G. L´évolution récent de la notion de droit subjectif. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, t. 64, p. 216-235, 1966.

MICHELON, Cláudio. Um ensaio sobre a autoridade da razão no Direito Privado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul,** Porto Alegre, v. 21, p. 101-112, mar./2002.

MORAES, Maria Amália Dias de. Do Abuso de direito: Alguns aspectos. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, a. 18, n. 43, p. 5-32, 1985.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. t. I e LIII, p. 88-89.

RAISER, Ludwig. O futuro do direito privado. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul,** Porto Alegre, v. 9, n. 25, p. 11-30, 1979.

REALE, Miguel. A visão geral do novo Código Civil. **Revista de Direito Privado,** São Paulo, v. 9, p. 9-35, jan./2002.

_____. **Filosofia do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Fontes e modelos do direito:** Para um novo paradigma hermenêutico. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **O direito como experiência.** São Paulo: Saraiva, 1999.

TRIBE, Laurence. **American Constitutional Law.** 3. ed. New York: Foundation Press, 2000.

_____. The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn from Modern Physics. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 103, n. 1, p. 1-39, nov./1989.

_____. Taking Text and Structure Seriously: Reflexions on Free-Form Method in Constitutional Interpretation. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 108, n. 6, p. 1221-1303, apr./1995.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna**: Contribuição à Crítica da Teoria Social. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

UTRI, Marco Dell'. Patto di opzione, risoluzione del contratto e responsabilittà precontrattuale. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, a. XLIII, n. 5, p. 729-769, 1997.

_____. Poteri privati e situazioni giuridiche soggettive (Riflessioni sulla nozione di interesse legittimo in diritto privato). **Rivista di Diritto Civile**, Padova, a. XXXIX, n. 3, p. 303-331, 1993.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

VILLEY, Michel. **La formation de la pensée juridique moderne.** 4. ed. Paris: Montchrétien, 1975.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad.** 2. ed. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 532-588. Trad. da 4. ed. alemã.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [s. d.].

O DIREITO DAS OBRIGAÇÕES NO NOVO CÓDIGO CIVIL: APONTAMENTOS PARA A DEFESA DO ESTADO[1]

Jorge Cesa Ferreira da Silva*

1 Palestra proferida durante o Seminário sobre o Novo Código Civil, promovido pela PGE nos dias 21 e 22 de março de 2003.

* Professor de Direito das Obrigações e de Direito do Consumidor na PUC/RS e UNISINOS. Advogado.

Prezados senhores, queridos amigos.

Quero de início agradecer o convite para proferir esta palestra, já que ele me deixou especialmente honrado. Conheci – e desde logo aprendi a respeitar – a Procuradoria-Geral do Estado no meu tempo de estudante, por meio dos excelentes professores que, na época, paralelamente às suas atividades docentes, aqui atuavam. Após, tive a satisfação de, por diversas vezes durante o tempo em que exerci minha atividade advocatícia junto a Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, conviver com a PGE e com alguns de seus procuradores, buscando, juntos, resolver problemas comuns. Além disso, vejo hoje aqui, entre os Procuradores, vários amigos, dentre os quais alguns antigos alunos, de modo que me sinto, permitam-me dizer, como se estivesse em casa. Por tudo isso, desde logo agradeço o convite.

Nosso tema específico é o Direito das Obrigações no novo Código Civil brasileiro. E, por óbvio, no tempo que ora temos, seria impraticável fazer uma análise geral das inúmeras modificações no Direito das Obrigações que o novo Código portou em si, muitas das quais somente com o tempo e com a atividade dos Tribunais serão percebidas. O que tentarei abordar, portanto, serão fundamentalmente algumas modificações que não só estabelecem uma base para a compreensão do Direito das Obrigações no nosso novo Código, como também algumas modificações tópicas que incidem ou que podem incidir especificamente na vida de um Procurador do Estado. Esse será o norte da análise que inicio.

Como todos sabemos, o Direito das Obrigações funciona não só como um ramo autônomo do direito civil, como também como uma espécie de base conceitual para um vastíssimo campo de relações jurídicas, inclusive no âmbito do chamado Direito Público. Por outro lado, o Direito das Obrigações, tal como o conhecemos hoje, é fruto de um longo desenvolvimento histórico, que se inicia em Roma e passa a receber várias e profundas influências, como as trazidas pelo Direito Canônico, pela Pandectística, pelo processo codificatório, pela legislação social. Por isso, poucos são os ramos do Direito cujas mudanças são tão difíceis de serem processadas, como comprovou, recentemente, o Direito Alemão, cuja mudança no campo obrigacional – apesar de iniciada em meados da década de oitenta – só foi levada a cabo quando se tornou efetiva a exigência de adequação do direito interno às diretivas européias. Por outro lado, mudanças que podem inicialmente parecer como meramente superficiais, podem trazer consigo modificações concretas bastante profundas.

Uma primeira leitura do nosso Código pode sugerir que as modificações no campo das relações obrigacionais não foram relevantes, na medida em que grande parte do texto do Código de 1916 foi preservada, inclusive em pontos cuja modificação não traria nenhuma novidade doutrinária ou jurisprudencial. Com efeito, se olharmos para os desideratos da Comissão de juristas que realizou o projeto original, constataremos que essa Comissão Organizadora pensou em um modelo de projeto, em um modelo de Código Civil, que segue um caminho entre duas tendências possíveis. A primeira era a de realizar um Código "revolucionário", ou, talvez melhor dizendo, um código que contemplasse um perfil próprio. Na verdade, o Direito Brasileiro conviveu com um conjunto de projetos de Código Civil ou de Código das Obrigações

que tiveram esse viés. Lembro, por exemplo, do Anteprojeto de Código das Obrigações, de 1941, assinado por Filadelfo Azevedo, Hahnemann Guimarães e Orozimbo Nonato, que, em alguns pontos, pode inclusive ser tido como melhor do que nosso novo Código. No entanto, esse perfil próprio pode, muitas vezes gerar dúvidas interpretativas e uma tendência à rejeição, tendo sido, por isso, evitada.

A segunda tendência possível que o Projeto do novo Código rejeitou foi, nos dizeres de Miguel Reale, a "reacionária": uma tendência que olhasse somente para trás, reproduzindo tão somente o já realizado. O viés assumido foi, pois, também conforme a descrição do Coordenador da Comissão, como "desenvolvimentista". Norteou o Projeto a idéia de desenvolver aquilo que o Direito brasileiro vem, ao longo dos anos, produzindo e sedimentando sobre uma dada base, base essa que tributária de uma rica tradição. De fato, possuímos no Brasil uma tradição invejável em matéria de Direito Civil, que vem do Direito português das Ordenações e dos trabalhos de Mello Freire, passa pelas influências do Direito francês e alemão, chega no Código Civil de 1916 e que conhece figuras expressivas ao longo de todo esse período, como Lafayete Rodrigues Pereira, como os Espíndolas, como o Conselheiro Ribas, como o grande Teixeira de Freitas ou o superlativo Pontes de Miranda. Essa tradição foi significativamente respeitada ao longo desse Código, sobretudo por meio de sua redação que se voltou a permitir, ao máximo, uma linha de continuidade. Em razão disso, o novo Código, observado simplesmente pela sua redação, não aparenta portar grandes modificações.

Nada obstante, quando nos voltamos a analisar qualitativamente as modificações processadas, poderemos constatar que o novo Código realizou sim reais e intensas alterações, notadamente de base, que vão propiciar uma nova leitura do nosso Direito obrigacional.

Inicialmente, a própria concepção de Obrigação se altera. Como sabemos, ao contrário do que ocorre em outros Códigos Civis, como o português (art. 397º.)[2] e, de certa forma o alemão (§ 241)[3], o nosso novo Código, do mesmo modo que o anterior, não define "obrigação", assim como não define "contrato". Contudo, esse conceito foi por muito tempo visualizado, doutrinariamente, como um vínculo estático pelo qual se contrapunham credor e devedor, ficando este adstrito àquele a uma dada prestação. No âmbito dessa concepção, o que interessa é, fundamentalmente, o conjunto de deveres imputados ao devedor e o conjunto de direitos atribuídos ao credor. Essa é uma concepção já superada doutrinariamente, mas era a concepção a

[2] Art. 397º. – Obrigação é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação.

[3] § 241 – (1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen. (2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten. [Tradução livre: (1) Por força da relação obrigacional, encontra-se o credor autorizado a exigir uma prestação do devedor. A prestação pode também consistir em uma omissão. (2) A relação obrigacional, em face do seu conteúdo, pode obrigar cada uma das partes ao respeito aos direitos, bens e interesses da outra parte.] Importa lembrar que a segunda alínea do parágrafo 241 foi introduzida pela recente reforma do BGB que entrou em vigor em 1º. de janeiro de 2002.

qual o Código de 1916 se apegava e, por isso, reproduzia.

Entende-se hoje que a relação obrigacional não é um vínculo estático, mas dinâmico, pela qual as partes se vinculam teleologicamente, ambas cooperando para a busca da finalidade comum, o adimplemento. O adimplemento, por sua vez, por mais que se oriente – como de fato se orienta – para a satisfação dos interesses objetivos do credor, não se realiza sem a observância de uma série de direitos e deveres que são de ambas as partes (como os deveres laterais de proteção, de informação, de cooperação). É essa a concepção que vamos encontrar no nosso novo Código. Mas, considerando que não há uma definição legal ou uma disposição semelhante à nova redação do § 241 do Código Civil alemão (BGB), de onde podemos retirar tal conseqüência? A resposta se encontra exatamente na compreensão dos princípios que regem o Direito das Obrigações.

O problema que se põe é conhecer o perfil desses princípios, na medida em que, muitas vezes, a normatização por meio de princípios dá ensejo, pela correspectiva "textura mais aberta" dessas normas, a um perigoso voluntarismo interpretativo, tanto doutrinário quanto jurisprudencial. Para tanto, cumpre inicialmente verificar qual a "âncora jurídica" que permite assegurar que um dado valor, tendo em vista a sua posição de fundamento normativo, é um princípio do Direito das Obrigações. Essa âncora jurídica é a análise da regulação das fontes das obrigações, ou seja, a análise do modo como o novo Código regulou o contrato, o dano indenizável, o enriquecimento sem causa. A partir disso se pode constatar quais são os princípios que o nosso principal diploma relativo ao Direito das Obrigações encerra.

O nosso novo Código possui uma estrutura que revela, ainda que de modo não tão claro como em outros, a preocupação do legislador com as distinções entre as fontes obrigacionais. A estrutura do Código parte de um conjunto de regras gerais aplicáveis a todas as Obrigações para, após, tratar da regulação das fontes específicas, iniciando pelo contrato, passando para a responsabilidade civil, os atos unilaterais (quase contratos) e chegando ao enriquecimento sem causa. Analisando-as chega-se a visualização de quatro grandes princípios gerais de Direito Obrigacional, princípios esses que, por serem gerais, não impedem a existência de outros específicos de cada fonte, ou seja, princípios específicos dos contratos ou das obrigações decorrentes de danos indenizáveis e assim sucessivamente. Esses quatro grandes princípios gerais são a Autonomia Privada, a Função Social, a Boa-fé Objetiva e o Princípio do Equilíbrio nas relações obrigacionais. A partir deles podemos ler com mais clareza as modificações do nosso Código, assim como podemos dividir o nosso estudo nessa parte inicial da manhã. É o que farei. Assim, em um primeiro momento tratarei de cada um desses princípios, ainda que de maneira um tanto sucinta[4]. Após abordarei algumas regras do novo Código que me parecem importantes para a vida cotidiana do Procurador do Estado.

[4] Análise mais detida desses princípios foi feita em SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 99. A presente palestra é, em sua primeira parte, um resumo daquele artigo.

Os quatro princípios antes referidos – autonomia privada, função social, boa-fé objetiva e equilíbrio – podem ser classificados em dois grupos, por meio de um critério que melhor esclareça as suas respectivas atuações. Se observarmos o *locus* de onde provem a normatividade desses princípios, podemos distingui-los em *princípios de normatividade exógena*, ou seja, aqueles cuja normatividade decorre mais das normas gerais do sistema do que da faticidade da relação concreta, e os *princípios de normatividade endógena*, ou seja, aqueles cujo delineamento dos deveres que comporão a relação decorrem muito mais dos fatos que compõe a relação concreta do que dos ditames gerais. A autonomia privada e a função social fazem parte do primeiro grupo; a boa-fé e o equilíbrio do segundo.

Vale esclarecer um pouco melhor o critério por mim proposto. Para, por exemplo, uma boa compreensão da atuação do princípio da autonomia privada sobre uma dada relação, faz-se mais relevante ter em mira o ordenamento como um todo, com seus limites, fins etc. Por sua vez, para uma boa compreensão da atuação do princípio da boa-fé objetiva sobre a relação concreta, os dados gerais do ordenamento auxiliarão menos do que as circunstâncias do caso, se houve ou não informação, a qualidade das partes, o momento histórico e o espaço físico no qual os fatos ocorreram, e assim sucessivamente. Por óbvio que, quando afirmo que um princípio tem normatividade exógena, não quero dizer que as condições concretas não são relevantes. Claro que o são; e são importantíssimas para a solução do caso. Afinal, não existe Direito sem o caso. Mas o que quero sinalar com isso é que, para conhecermos a globalidade das normas que incidirão no caso, o caminho pode iniciar pelo caso ou pode iniciar pelo ordenamento com suas normas gerais. Em qualquer uma das circunstâncias, tanto as normas gerais, quanto os fatos concretos serão relevantes para a conclusão. O problema é saber de onde se partirá para a conhecer as normas que incidirão na hipótese concreta.

Dentre os princípios de normatividade exógena encontramos a autonomia privada e a função social.

Com relação à autonomia privada deve ser dito, de início, que obviamente não se trata de um princípio novo. Muito antes pelo contrário, trata-se, isso sim, de um reconhecido princípio. No entanto, o princípio da autonomia privada, hoje, não pode ser compreendido da mesma forma que o era no século XIX ou na segunda década do século XX, quando o nosso antigo Código finalmente virou lei, depois de dezessete anos de tramitação legislativa. O princípio sofre hoje uma série de outras influências, sendo dignas de nota aquelas que deram ensejo à redação do artigo 421.

A primeira discussão que se pode fazer é se eventualmente subsiste um espaço de real autonomia dos seres privados, um espaço de livre decisão, pelo sujeito de direito, sobre o seu destino, ou, mais do que isso, um espaço de livre decisão do sujeito de direito sobre o seu destino com força normativa.

A meu juízo, nós não podemos prescindir da existência de tal espaço. Por isso, cumpre melhor delineá-lo. Em primeiro lugar, a autonomia privada não é um princípio exclusivo do Direito das Obrigações. Se faz algum sentido falarmos em "Direito Privado", esse sentido está intimamente conectado à existência de um espaço de

liberdade para a decisão livre com força normativa. Este último ponto é, aliás, fundamental para compreensão da autonomia privada: decidir *com força normativa*. Veja-se que a liberdade de decisão é, muitas vezes, ajurídica. Ela simplesmente independe do Direito. Eu tenho liberdade para decidir com quem eu tomarei um café depois no final da tarde, ou se eu trabalharei ou não durante o dia de hoje. Decisões como essa são exercícios de liberdade, mas não são reflexos do princípio da autonomia privada. Tomemos um outro exemplo: duas pessoas decidem conviver sob o mesmo teto, visando a se unirem, não só economicamente, como também afetivamente. Todos podem tomar essa decisão hoje, assim como qualquer um poderia tê-la tomado no início do século passado. Hoje, tomar essa decisão conduz a um efeito normativo. Dessa reunião nasce uma família, direitos e deveres mútuos passam a existir. Essa decisão, que é exercício de liberdade, tem efeitos totalmente diferentes da decisão que eu falava antes, a sobre a pessoa com quem eu tomarei o café ao final da tarde. Mas devemos ir mais adiante. Há alguns anos atrás, no início do século passado, por exemplo, uma decisão como essa – morar junto com alguém com comunhão de interesses visando a constituir uma família – apesar de ser igualmente exercício de liberdade, não possuía qualquer efeito normativo. Disso não decorriam quaisquer direitos ou deveres para as partes. Só com a conhecida evolução jurisprudencial e legislativa é que nós tivemos condições de dizer "pois bem, aquela liberdade é realmente reconhecida pelo Direito". Isso é o mesmo que hoje ocorre com as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Hoje ainda se tem dúvidas sobre se essas uniões geram efeitos normativos. Daqui a dez anos, essas mesmas dúvidas não mais existirão. A situação é a mesma, a liberdade é a mesma, a intenção das partes é a mesma. Hoje, contudo, não temos o mesmo reconhecimento normativo do que teremos daqui a dez anos. Esse é o elemento central do princípio da autonomia privada: o reconhecimento normativo de um ato de liberdade. Um reconhecimento, aliás, qualificado, na medida em que capaz de constituir efeitos jurídicos.

Pois bem, quando estamos no encontramos no âmbito do Direito das Obrigações essa liberdade se vincula aos destinos econômicos. Dessa forma, pensar na autonomia privada, para o Direito das Obrigações, começa com a regulação constitucional do domínio econômico. Trata-se pois de uma liberdade econômica funcionalizada? Sem dúvida. É uma liberdade econômica irrestrita? Não, ela não é irrestrita. Agora, que existe liberdade econômica e que existe um espaço de proteção ao indivíduo também não resta dúvida. Esse dado é fundamental quando nós pensamos, por exemplo, na abrangência do artigo 421 e na abrangência da idéia de função social da liberdade contratual. Por quê? Porque se nós formos abrir a Constituição, já no artigo 1°, inciso III, nos deparamos com a possibilidade de livre desenvolvimento da personalidade, que está lá inserto no princípio geral da dignidade da pessoa humana.

Qual a abrangência disso para o Direito das Obrigações é uma questão ainda em aberto. De qualquer forma, é inegável que existe um espaço de liberdade e um espaço de liberdade que necessariamente envolve a atividade econômica. Atividade econômica esta que está regulada, como todos nós sabemos, no artigo 170 da Consti-

tuição. Este dispositivo, além de afirmar que essa liberdade é a base da atividade econômica, estabelece determinados delineamentos e objetivos dessa liberdade. Ou seja, desde a Constituição temos princípios que já a funcionalizam. É o caso da função social da propriedade e a proteção ao meio ambiente. Mas esta funcionalização não significa que não exista autonomia atribuída aos sujeitos de direito privado. As medidas de cada um desses vetores, a sua exata influência no caso e questões dessa ordem dependerão de uma série de circunstâncias, que se iniciam com o delineamento geral do ordenamento infraconstitucional.

Pois bem, as afirmações até aqui decorrem de um respeito que temos de ter à Constituição, e a sua força normativa no âmbito privado. Trata-se de uma metodologia não muito recente e, de certa forma, ainda contestada. Por isso há questões em aberto. Mas ainda que estejamos diante de um elevado grau de indeterminação, não podemos nos esquecer que, quando trabalhamos com princípios jurídicos – e hoje não se pode mais "viver sem eles" – normas que já foram definidas como "valores juridicizados", devemos buscar, no ordenamento, a fonte desses valores, sob pena de estarmos abandonando a dogmática jurídica. O resultado de uma prática dessas nós conhecemos: é o rompimento com a idéia de um Estado de Direito. A Constituição é, portanto, ainda que dotada de grande imprecisão, o *locus* de que se parte para divisar os valores que são ou não jurídicos, bem como os limites mais gerais dessa juridicização.

A partir disso, também podemos delinear o importantíssimo princípio da função social. Trata-se de pauta relevantíssima e que, não por acaso, foi muito festejada quando da sanção do Projeto. A partir dela, pode-se chegar a renovações importantes no Direito Obrigacional, estabelecendo-se conexões que, até há pouco, não se encontravam claras. Contudo, também é verdade que esse princípio, se for mal lido, pode trazer sérios problemas dogmáticos e econômicos.

Eu não me aventuraria a me alongar no tratamento da função social. Eu li o programa desse ciclo de palestras e vi que o tema já foi analisado detidamente, pelo meu querido Professor Luis Renato Ferreira da Silva, cuja reconhecida competência faz com que complementações sejam aqui desnecessárias. Mas, para dar uma linha ao tema que me foi proposto, tenho que referir algumas palavras sobre esse princípio.

A idéia de função social parte do pressuposto de que as relações obrigacionais não são relações-ilha, mas se envolvem, em sua grande maioria, em uma teia de compostas por outras relações obrigacionais, todas elas, em distintos graus, interconectadas economicamente. Essa afirmação não é apanhada pela metodologia obrigacional que estamos acostumados a tratar. Desde os bancos universitários, partimos da análise dos problemas que envolvem a relação entre Tício e Caio. Tício vai ao encontro do Caio e quer comprar uma casa. Assim estamos acostumados a pensar. A idéia de coletividade de credores e devedores envolvidos em uma mesma teia de relações econômicas parece que só nos é identificada no estudo da falência, momento, aliás, terminal, não só da vida da empresa, mas também do curso de direito. A idéia de que existem conexões entre as relações obrigacionais se apresenta bastante clara quando analisamos as grandes corporações. Quando falo em grandes corporações utilizo o sentido sociológico do termo, ou seja, o Estado também é uma

delas. Pensem vocês nos reflexos, para o Estado, do inadimplemento de um contrato de obra pública, ou quando se deixa de arrecadar o devido e as conseqüências na capacidade de investimento e gestão do Estado, assim como os problemas daí decorrentes para sociedade como um todo. Pensem nisso conectando o problema à análise do adimplemento e do inadimplemento. Em alguns casos, processualmente tratados como uma relação singular, mas que, na verdade, representam um entre vários outros, temos a possibilidade de seríssimas conseqüências quando visualizada a teia de relações nas quais esta específica relação se encontra, ainda que a conseqüência específica do caso individualizado seja de pequena monta. Questões como essas, a luz da idéia de função social, devem ser trazidas aos autos, como elementos relevantes para a decisão, como, por exemplo, no âmbito de uma tutela antecipada.

Como eu disse, não quero me alongar na análise da função social. Quero só fazer esse apontamento porque entendo que as grandes corporações se evolvem em relações que representam um solo fértil para a jurisprudência desenvolver as virtualidades desse princípio, notadamente no campo dos efeitos práticos dessas relações. A tarefa também está nas mãos de vocês, Procuradores do Estado, que acabam de receber uma nova arma de defesa. E o desenvolvimento jurisprudencial desse princípio é importante porque são várias as questões em aberto. Estamos em um terreno caudaloso, sem exemplos de direito comparado a nos guiar, já que nenhum outro país regulou a função social dos contratos e, por conseguinte, das obrigações, do mesmo modo que o fez o nosso novo Código Civil no seu artigo 421.

Ao lado da autonomia privada e da função social temos outros dois princípios que, como disse antes, podem ser classificados como de "normatividade endógena", ou seja, princípios que normatizarão o caso concreto substancialmente a partir das circunstâncias próprias do caso. São eles a *boa-fé objetiva* e o *equilíbrio*.

Posso imaginar que a boa-fé objetiva seja um tema que vocês provavelmente bem conhecem. Trata-se de matéria desenvolvida, no Direito brasileiro, em grande medida a partir do Rio Grande do Sul, especialmente a partir da Universidade Federal do Rio Grande do Sul que, desde há muito, por notória influência de Clóvis do Couto e Silva, se dedicou a esse estudo. Por causa disso, nessa seara, aquilo que já nos parece corriqueiro é tido como revolucionário em outros Estados do Brasil. Mas, mesmo aqui, a boa-fé objetiva ainda é tema que merece explanações.

A boa-fé objetiva é veiculada, no novo Código Civil, em alguns dispositivos muito importantes, como o artigo 187, acerca da funcionalização dos direitos subjetivos ou o artigo 422, sobre os contratos. Cumpre, portanto, melhor delimita-la, iniciando pela distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva.

A boa-fé objetiva é um princípio geral do Direito das Obrigações. É, portanto, uma norma e não um estado de ânimo de uma dada pessoa. É errôneo falar que alguém "*está de boa-fé objetiva*", mas é correto afirmar que alguém "*se conduz conforme a boa-fé objetiva*". Quando falamos em boa-fé subjetiva, estamos pensando no estado anímico de um sujeito considerado por uma norma. Estamos, assim, tratando de um elemento de um suporte fático que, juntamente com outros, dará ensejo a uma conseqüência jurídica. Por exemplo: as benfeitorias.

As benfeitorias podem ser classificadas como sendo de boa ou de má-fé. Há uma outra classificação preliminar. As benfeitorias podem ser necessárias, úteis ou voluptuárias. As duas classificações se intercruzam, de modo que se pode ter uma benfeitoria útil de má-fé ou uma voluptuária de boa-fé e assim sucessivamente. Se uma benfeitoria for classificada como de boa-fé, temos como conseqüência jurídica a possibilidade de oposição da exceção de retenção. Pois bem, como é que iremos verificar se a benfeitoria em questão pode ser entendida como de boa ou de má-fé? Para tanto, deveremos analisar o sujeito que é responsável pela realização da benfeitoria. Nele iremos verificar qual o seu estado de ânimo. Queria ele causar algum tipo de problema para o proprietário? Tinha ele consciência de que ele não deveria construir o que quer que fosse naquele terreno, ou isso não lhe passava pela consciência? Em outras palavras, é a subjetividade, a intenção, o móvel psíquico do sujeito considerado pela norma que ditará se alguém se encontra de boa ou de má-fé. Boa ou má-fé subjetiva, por isso.

Um outro exemplo esclarece também um outro importante ponto. Vejamos a usucapião. A usucapião ordinária também pressupõe a boa-fé. Nesse caso, o que é essa boa-fé? É, mais uma vez, um elemento do suporte fático. Se estiverem reunidos alguns elementos, posse por um determinado tempo, justo título e boa-fé, então a conseqüência jurídica se realiza: a aquisição da propriedade. Essa boa-fé é, mais uma vez, um estado de ânimo do sujeito: sabia ele que a propriedade era alheia? Tinha consciência que o seu "justo título" não reunia as condições necessárias e suficientes para a aquisição da propriedade? Perguntas como essas se ocupam do estado de ânimo do sujeito considerado: o do possuidor que intenciona o reconhecimento da sua propriedade. Até aqui só foi repetido o que vimos antes no outro exemplo. Mas como referido, há outro ponto a ser considerado que quero ilustrar por este exemplo. A conseqüência jurídica não é um efeito natural da boa-fé subjetiva, mas uma conseqüência decorrente da intervenção do legislador. A boa-fé em questão não gera, por si só, a aquisição da propriedade. Eu já me encontrei muitas vezes de boa-fé, mas nunca obtive uma propriedade por isso. Em outras palavras, na boa-fé subjetiva, os efeitos jurídicos a ela conectados não decorrem da idéia de boa-fé. Decorrem do legislador que entende que a boa-fé (subjetiva) é um critério para uma determinada conseqüência.

Não é isso que ocorre quando tratamos de boa-fé objetiva. Esta não é um estado de ânimo do sujeito, mas uma norma que estabelece um padrão de conduta. Este padrão de conduta decorre da idéia de boa-fé, mas analisada do ponto de vista objetivo. Em outras palavras, não interessa o que pensava o sujeito, interessa o modo como ele se conduziu. E, para saber se ele se conduziu em conformidade com esse padrão de conduta, deve-se analisar como se conduziria qualquer pessoa que, colocada nas condições do caso concreto, agisse de modo confiável e leal. Quando esse padrão, objetivo, é esclarecido, voltamos ao caso: agiu a parte conforme este padrão, ou não?

Poder-se-ia pensar que essas idéias de "lealdade" ou de "confiança" são, por demais, fluidas. Isso é, em tese, verdadeiro. Contudo, quando verificados os casos

concretos, esses padrões se tornam muito mais claros. Eu costumo dar como exemplo a situação da venda de um automóvel. Quando eu vendo um determinado automóvel, e vamos supor que este automóvel tenha sido batido, imaginemos que a lateral direita tenha sido bem avariada, devo ou não informar a existência desse acidente? Até poderíamos aceitar que haja um espaço de dúvida, pois queremos vender o quanto antes esse carro. Mas se a pergunta for "qual é a conduta leal do parceiro contratual?" a resposta fica relativamente fácil. É claro que esta é uma situação muito simples. Claro está que, em casos mais complexos, poderá ser mais difícil encontrar o padrão. Contudo, essa dificuldade não se chegará ao nível da impossibilidade, na medida em que, com o tempo, esses padrões de conduta acabam se tornando mais claros e estandardizados. Sendo assim, eu posso identificar se há ou se não há ou qual seria a conduta conforme a boa-fé.

Pois bem, sabemos como identificamos se alguém agiu em conformidade com a boa-fé objetiva. Cumpre tratar das suas conseqüências jurídicas.

Ao contrário da boa-fé subjetiva, as conseqüências jurídicas da boa-fé objetiva decorrem dele mesmo, ou seja são próprias desse princípio. Como se trata de uma norma, ou de um conjunto de normas se quisermos, a boa-fé objetiva tem de, necessariamente, imputar conseqüências jurídicas. Mas quais são essas conseqüências jurídicas?

Três são elas, fundamentalmente. A primeira dessas eficácias é a modificação das potências subjetivas das partes, o que eu costumo didaticamente chamar de "moldagem do vínculo". A incidência da boa-fé objetiva sobre as relações, especialmente sobre as relações duradouras, molda a normatividade que compõe o vínculo – o conjunto de direitos e deveres das partes entre si – às circunstâncias do caso. Melhor dizendo: molda-o com base na atuação pretérita das partes e nas expectativas juridicamente legítimas que as partes possuem sobre o objeto da relação. Explico com base em um exemplo.

Suponha-se uma locação para moradia na qual se dispõe que o pagamento deve ser realizado, todo mês, no domicilio do locador. Depois de algum tempo do início da relação, o locador passa a buscar o pagamento no domicilio do locatário. Passam-se cinco anos. Em um determinado dia, o locador não vai ao domicilio do locatário para receber o pagamento e, por isso, o aluguel resta impago. Pergunta-se: quem está em mora? O locatário pode consignar o valor do aluguel?

Segundo a boa-fé objetiva, as duas respostas seriam, respectivamente: quem está em mora é o locador e o locatário pode consignar. Por quê? Porque, muito o embora o contrato originalmente celebrado rezasse que o local de pagamento era o domicilio do locador, a *conduta* do locador durante grande parte da relação contratual, fez modificar o conteúdo do vínculo, de sorte a alterar o lugar dos pagamentos. Operou-se aqui a "moldagem" do vínculo às circunstâncias concretas.

Este é, aliás, o conteúdo do artigo 330 do novo Código, que dispõe que "*o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato*". Esse dispositivo – que é novo e que decorre provavelmente do acolhimento legislativo de uma interpretação jurisprudencial exis-

tente no Direito brasileiro desde a década de 30 do século passado, segundo a qual a conduta das partes com relação ao lugar de pagamento em contratos de locação pode vir a alterá-lo – se fundamenta na boa-fé objetiva.

No âmbito dessa primeira modalidade de conseqüências estão abrangidas situações nas quais uma característica é comum: a confiança legítima gerada na outra parte. Se alguém se conduz de uma determinada forma e gera confiança na outra parte sobre a manutenção dessa conduta, a boa-fé objetiva age, moldando o vínculo a essa confiança gerada. Isso não significa que a boa-fé gere uma prescrição não regulada legislativamente, ou uma eventual decadência, ou mesmo não se pode dizer que tenha havido um acordo tácito, que modifique o vínculo. Significa, isso sim, que o conjunto de circunstâncias, visualizadas a partir daqueles elementos que eu comentava com vocês, lealdade e confiança, pode muito bem alterar a normatividade dos nossos vínculos obrigacionais.

Veja-se que, aqui, a confiança não se confunde com a existência de um "acordo tácito". Se lêssemos o caso acima como uma espécie de acordo tácito, teríamos sérios problemas. A definição do caso como acordo tácito só geraria a inversão do ônus da prova, mas não conduziria, necessariamente, a uma modificação do conteúdo do vínculo. A parte locatária teria o ônus de provar a reiteração da conduta do locador. Contudo, bastaria a este demonstrar a inexistência de vontade modificativa sua para que o contrato não se adequasse às circunstâncias concretas. Sem vontade concludente não há acordo, expresso ou tácito. No que respeita ao artigo 330 e às outras hipóteses semelhantes, o problema se concentra, pois, na confiança legítima gerada em uma parte pela outra, independentemente da vontade de cada uma das partes.

Costumo valer-me de um outro exemplo para demonstrar como a conduta objetiva, independentemente de sua razão subjetiva – a vontade – faz modificar a conduta alheia. Trata-se do caso de um professor que, em uma determinada turma, chega reiteradamente 15 minutos atrasado. Suponha-se que um professor encontre uma dada turma uma vez por semana. Na primeira semana ele chega 15 minutos mais tarde. Na segunda também. Na terceira, ele chega igualmente atrasado. Na quarta semana, o que vamos ter? Os alunos chegarão pontualmente ou por volta de 15 minutos depois? Claro que, na sua maioria, chegarão depois e, aqueles que chegarem antes já pensarão que poderão usar aqueles 15 minutos para alguma outra atividade qualquer. Por que isso ocorre? Porque nos pautamos pela confiança que a conduta alheia propiciou.

Mas sigamos no exemplo. Pergunto: o que determinou essa alteração foi a vontade das partes? A resposta é igualmente negativa. Veja-se o seguinte: na primeira semana o professor teve uma reunião, convocada com urgência, pelo diretor da faculdade. Na segunda, pneu do seu carro furou no caminho para a faculdade. Na terceira, apesar de ele ter saído de casa muito antes do horário previsto e necessário, um engarrafamento o deixou preso. Houve vontade do professor? Não. Os atrasos não decorreram de atos voluntários seus. Mas para a conseqüência (fática) isso não importa. Os alunos chegarão igualmente atrasados, pois sabem que o professor cos-

tuma se atrasar.

Mas vejamos uma variante: e se o professor justifica, a cada dia, o problema que teve e avisa: "caros alunos, eu não costumo me atrasar. Foram situações contra as quais eu nada pude fazer. Isso não deverá mais acontecer." Se isso ocorrer, poder-se-á dizer que houve confiança legítima gerada na parte contrária? Nessa hipótese, a resposta positiva se faz muito difícil. O que se retira disso, portanto, é que a vontade não é o vetor que determinará a conduta das partes. É a confiança pautada na conduta alheia. Se essa confiança não existe ou se ela não é "legítima" – no sentido de que ela não é capaz de gerar tal confiança na outra parte – então não há moldagem do vínculo.

Pois bem, em resumo, toda vez que uma determinada conduta estabelece no parceiro a confiança legítima na manutenção desta conduta, aquele que gera essa confiança fica adstrito a ela, enquanto essa relação de confiança perdurar.

A segunda eficácia da boa-fé objetiva é o nascimento de deveres anexos ou laterais.[5]

Dentro daquela concepção comentada ao início, de que a relação obrigacional não é mais compreendida como um vínculo de contrariedade entre dois pólos, mas sim como vinculo de cooperação, entende-se pelo menos desde 1910 que a relação obrigacional enseja não só deveres de prestação, classificáveis como principais ou secundários, mas também outros deveres, entendidos como "deveres de conduta". Os deveres de prestação, como o próprio nome esclarece, dizem respeito à prestação que o devedor tem de realizar ao credor. Contudo, nisso não se limitam os deveres entre as partes. Considerando que as relações obrigacionais não se realizam no mundo das idéias, mas sim na vida concreta, é correto afirmar que as partes devem se comportar de uma determinada forma diante da existência de vínculos. Esse "comportar-se de uma determinada forma" relaciona-se, por exemplo, ao respeito ao patrimônio, ao respeito à pessoa e aos próximos do parceiro obrigacional (família e/ou trabalhadores), respeito à necessidade de cooperação e respeito à necessidade de informação e esclarecimento.

Várias são as decorrências jurídicas dessa dada compreensão. Considerando os nossos limites no dia de hoje, quero apenas deixar claro que, na compreensão de que afora deveres principais e secundários de prestação, nós temos também deveres que envolvem a conduta das partes (deveres de proteção, de informação e esclarecimento, deveres de cooperação), todos esses deveres fazem parte da noção de adimplemento, e, por conseguinte, fazem parte também da noção de inadimplemento. Por via de conseqüência, é maior a abrangência da responsabilidade civil dita contratual, assim como são maiores as hipóteses que permitem a resolução do contrato por inadimplemento.

A compreensão desses deveres laterais também permite distinguir as relações

[5] Há no Brasil ainda pouca literatura a respeito dos chamados deveres anexos ou laterais, muito embora sejam esses deveres, em outros países, há muito conhecidos, como comprova a recente modificação do § 241 do BGB citada acima. Reporto-me aqui, no tocante a esses deveres, ao que mais detidamente abordei em *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, especialmente p. 75-119.

entre si, ainda que, do ponto de vista objetivo, sejam iguais. Ocorre que a boa-fé objetiva, ao imputar deveres de conduta, faz com que algumas condutas sejam permitidas, assim como vedadas. Um exemplo do novo Código esclarece melhor.

No Artigo 313 do novo Código Civil pode-se ler o seguinte: "*o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa*". Esse dispositivo, que aliás quase não foi alterado, representa um princípio do pagamento, o chamado princípio da pontualidade: o pagamento deve ser feito tal como foi fixado, ponto por ponto. Daí o nome "pontualidade". Pois bem. Aceito o princípio da pontualidade, será que dele decorre que, ao credor, nunca será obrigatório receber outra prestação, sobretudo quando a ele mais benéfica?

Por óbvio que o princípio da pontualidade é absolutamente importante, pois dele decorre a possibilidade de o credor organizar-se. Nesse sentido, não raro uma prestação até mais valiosa representa prejuízo ao credor. Por exemplo, uma empresa compra cobre para sua linha de produção de uma determinada liga metálica. Se ela receber ouro, por mais que ouro seja mais valioso do que o cobre, a liga metálica não mais poderá ser realizada. O prejuízo para o credor é evidente. No entanto, imaginemos uma situação equiparável, mas com objetos distintos. Faço uma reserva em um hotel para passar um final de semana descansando. Dadas as minhas condições financeiras, escolho o quarto de qualidade mais simples, apesar de o hotel ser de bom nível. Contudo, quando chego à recepção, sou informado que, em razão de uma convenção, não há quarto do nível semelhante ao que eu tinha reservado e que, por isso, estão me oferecendo um de nível superior, maior, com melhor vista, com banheira de hidromassagem e pelo mesmo preço. Pode o credor recusar tal prestação e requerer indenização pela não realização da prestação conforme o previsto? Sem dúvida que, uma tal atuação, apesar de conforme ao princípio da pontualidade (art. 313), significaria um ato emulativo, um ato contrário à boa-fé objetiva, já que em desacordo com o dever um dever lateral de conduta, vale dizer, o dever de cooperação.

Se lêssemos o artigo 313 exclusivamente no seu sentido literal, a recusa da prestação seria conseqüência aceitável. No entanto, quando pressupomos a incidência da boa-fé objetiva e, por isso, compreendemos a obrigação como resultante de um conjunto de vínculos que não se destinam exclusivamente a realizar a prestação, mas sim a permitir o melhor adimplemento em face das circunstâncias do caso, então uma tal conduta não teria sentido. Contrária seria ela ao disposto no artigo 187 do novo Código, quando dispõe que é abusivo de direito o ato que é contrário à boa-fé. Que boa-fé é essa? A boa-fé objetiva.

Um terceiro espaço tradicional de aplicação da boa-fé objetiva é o da interpretação. No tocante a interpretação, todos nós conhecemos a interpretação conforme a boa-fé subjetiva, segundo a qual sempre pressupomos que as partes, ao se conduzirem, estavam de boa-fé. Trata-se da análise do estado anímico da parte. Nesse âmbito costuma-se afirmar que a má-fé – que é o contrário da boa-fé subjetiva – não se presume. Esta é a conhecida interpretação conforme a boa-fé subjetiva. Disso não se trata aqui.

A boa-fé objetiva, como eu dizia, é um padrão geral de conduta, pautado pelas noções de confiança e lealdade no tráfico jurídico. No artigo 113, temos agora dispositivo sobre a interpretação conforme a boa-fé objetiva. No antigo Código Civil tínhamos apenas um dispositivo a tratar da interpretação dos atos jurídicos, o famoso artigo 85, que se pautava pela intenção das partes. Esse artigo 85 foi parcialmente reproduzido pelo nosso novo Código, no artigo 112, segundo o qual "nas declarações de vontade se atenderá mais a intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem". Por sua vez, no artigo 113, temos agora uma inovação: "*os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé*" – vale dizer, conforme a boa-fé objetiva – "*e os usos do lugar de sua celebração*".

Vejamos o que significa isso. A interpretação relativa à intenção das partes encontra-se dentro de um âmbito preliminarmente constituído, que é o quadro interpretativo decorrente da boa-fé objetiva. Assim, quando vamos interpretar um dado negócio jurídico devemos, inicialmente, constituirmos um quadro dentro da qual a conduta das partes é pensada nas noções de lealdade e confiança. Esse quadro estabelece o primeiro passo, dentro do é realizada a primeira interpretação, partindo-se então, quando estivermos diante de um ato volitivo, para a interpretação conforme a intenção das partes.

Pois bem, com isso temos as três aplicações da boa-fé objetiva: a moldagem da normatividade do vínculo independentemente da vontade das partes; a incidência dos deveres de conduta, chamados de deveres "anexos" ou "laterais", e a interpretação conforme seus ditames. E, com base nisso também podemos perceber como a idéia de cooperação entre as partes é mais descritiva da atual compreensão de relação obrigacional do que a idéia de um vínculo de oposição entre credor e devedor, pelo qual esse fica adstrito àquele a uma prestação, simplesmente. Essa noção é importante também para a compreensão do outro princípio que baseia a regulação das obrigações no Código de 2002: o princípio do equilíbrio, que alguns autores não separam da boa-fé objetiva.

Qual seria essa idéia de "equilíbrio"? O princípio do equilíbrio pode ser visualizado sob dois prismas. O primeiro deles envolve um equilíbrio entre pessoas, ou seja, uma conseqüência do princípio da igualdade. No âmbito do Direito Privado, esse primeiro prisma conduz aos regramentos que buscam a igualdade, cujo maior representante é o Código de Defesa do Consumidor. Mas há também um segundo prisma, segundo o qual entra em questão o "equilíbrio prestacional".

O equilíbrio prestacional se relaciona a duas perspectivas de análise, uma prestação pensada em relação a outra, como ocorre no caso de contratos bilaterais, e uma prestação pensada em relação ao seu momento histórico. Por exemplo, regra geral, aquele que se obrigou a 100 deve pagar, no futuro, quando do vencimento, o equivalente a 100 e não a 150. Sustentado nessa noção, o Código de 2002 trouxe consigo um conjunto de dispositivos dispersos por seu texto e que não referem a palavra "equilíbrio". Estes se iniciam pela lesão, incluída na parte geral, passam pela revisibilidade dos contratos e pela resolução por onerosidade excessiva, chegando ao enriquecimento sem causa.

É exemplo dele o artigo 317, que consigna que, "*quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o momento da sua execução, poderá o juiz corrigi-lo a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação*". Esse dispositivo está incluído na regulação do pagamento, ou seja nas regras gerais sobre obrigações, e não na regulação específica dos contratos. Por isso, é aplicável a qualquer caso de relação obrigacional, sendo irrelevante se nascida de contrato, não se ocupando necessariamente do equilíbrio entre prestações, mas sim do equilíbrio entre momentos da mesma prestação.

Regras como essas não eram encontradas no Código de 1916. Quando lemos aquele diploma, constatamos que é a vontade o grande fundamento da normatividade obrigacional, seja no âmbito dos contratos, seja no âmbito da responsabilidade civil, cuja base fixava-se na culpa. Hoje, para além da liberdade subjetiva individual que, como abordamos no início, tem assento constitucional, a normatividade obrigacional pressupõe também dados objetivos. Disso decorre uma maior possibilidade de revisar relações, tendo-se por base a idéia de equilíbrio e isso ocorre não só no tocante às obrigações contratuais, como também às obrigações extracontratuais, como comprova o parágrafo único do artigo 944[6].

Pois bem, fixados os contornos desses princípios, podemos passar a algumas concretizações práticas. Tentarei, considerando o tempo que ainda disponho, me ater àquelas que me parecem ter uma maior relação com a atividade do Procurador do Estado. Penso, de qualquer forma, que os contornos gerais são, em um momento como este – em que o Código muito se assemelha a um colega recém chegado, de certa forma desconhecido, mas com quem sabemos que iremos trabalhar, lado a lado, por muito tempo – mais importantes.

O primeiro que quero ressaltar diz respeito ao alargamento da efetividade concreta das obrigações de fazer e de não fazer, ainda que esse alargamento não possa ser tido como uma inovação gigantesca. O Código de 2002 prevê uma possibilidade mais ampla de execução extraprocessual das chamadas obrigações de fato. Dispõem os parágrafos únicos dos artigos 249 e 251, respectivamente: "*em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato sendo depois ressarcido*" e "*em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de ação judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido*".

No caso da Administração Pública, esses dispositivos têm aplicação mais limitada do que na atividade privada, dado que o poder de polícia normalmente abrange tais casos e suplanta essas necessidades. Além disso, o direito licitatório normalmente também estabelece, à Administração, deveres relacionados à outra parte contratante. Contudo, não se pode esquecer a possibilidade de o credor ser o administrado. Pense-se em uma obra pública, suspensa por algum motivo, e que deixa um buraco aberto em frente a uma casa ou próximo a uma escola ou a um hospital. Com

[6] Art. 944 – A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único – Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

relação a eles, grande limite será a prova da urgência, prova essa que cabe à parte credora. A urgência tem de ser entendida sob o prisma dos princípios antes vistos, sobretudo o da boa-fé e o da função social, sendo sempre necessário ter em mente, para a caracterização dessa "urgência" a importância concreta do bem jurídico em questão. Além disso, outro elemento é de observação relevante: ainda que o credor tenha direito à prestação e tenha urgência quanto ao resultado desta, o direito de ressarcimento do credor também pressupõe aquela relação de cooperação antes referida. Dessa forma, não se pode cogitar que o credor contrate, às custas do devedor moroso, o substituto mais caro para cumprir aquela prestação, devendo respeitar a curva média do mercado, tal como na escolha de obrigação genérica. *Plus*, se houver, não pode ser encargo do devedor.

O segundo dispositivo que quero ressaltar, notadamente em razão de seu possível impacto arrecadatório, é o artigo 374, que possibilita a compensação de dívidas tributárias ou, como referido no seu texto, dívidas "*fiscais ou parafiscais*". Ainda que esse artigo tenha sido suspenso por Medida Provisória, é sempre um motivo de preocupação a possibilidade de sua entrada em vigor, na medida em que ele pode causar prejuízos ao erário estadual se não bem lido.[7] A meu juízo, esse dispositivo é inconstitucional no tocante aos estados e aos municípios, limitando-se às dívidas tributárias com a União. Por tratar-se de matéria já suspensa por Medida Provisória, deixo de alongar-me nela, limitando-me a lembrar o problema.

Igualmente, no que pertine às regras gerais das obrigações, encontramos uma importante alteração relativa à cessão de créditos. Hoje, salvo regramento em sentido contrário, a cessão de crédito é permitida. O artigo 286 do novo Código dispõe que "*o credor pode ceder o seu crédito se a isso não se opuser à natureza da obrigação, a lei ou a convenção com o devedor...*" E, agora, a novidade: "*...a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário da boa-fé, se não constar do instrumento que comprova a obrigação*".

É verdade que, substancialmente, os contratos administrativos são realizados "intuitu personae", não sendo possível a subcontratação do todo e tampouco a cessão da posição contratual. Isso não significa que haja vedação do crédito decorrente do contrato administrativo, ou melhor, da prestação já realizada, já medida, etc.. E isso, é bom lembrar é muitas vezes um passo relevante para que uma empresa que executa uma obra pública tenha condições de obter dinheiro para continuar na sua execução, sobretudo em períodos de retração econômica. E esse é um dado fático que muitas vezes é esquecido e que muitas vezes conduz, a meu juízo, alguns erros interpretativos no tocante à compreensão dos contratos administrativos. No meu entender, o artigo 286 possibilita uma maior fluidez no tráfico jurídico, uma maior fluidez dos créditos, permitindo com isso uma maior mobilidade do ativo. Contudo, eventualmente essa fluidez pode gerar um perigo à Administração, notadamente se uma empresa que, após sagrar-se vencedora de uma licitação, encontra-se em difi-

[7] A Medida Provisória referida na palestra foi posteriormente convertida em lei, Lei 10.677, de 22 de abril de 2003, tendo sido o referido dispositivo retirado do texto legal.

culdade financeira e obtém numerário pela garantia de seus recebíveis. O que pode ocorrer é que a específica obra se torne, de fato, sem financiamento direto, pois a contraprestação já foi utilizada em outra necessidade mais premente da empresa. Por isso, sendo, como sou, favorável a essa maior fluidez, penso que a Administração deva incluir, nos seus editais e nos seus modelos contratuais, cláusulas estabelecendo as condições pelas quais a cessão de crédito é aceita.

Com relação ao inadimplemento, há outros importantes pontos a serem ressaltados, haja vista que esse conceito geral se aplica ao Estado tanto nas situações em que ele se apresenta como credor, quanto naquelas em que ele se faz devedor inadimplente. É bem verdade que regras específicas sobre o inadimplemento em relações administrativas são encontráveis na Lei 8.666/93. Contudo, regras sobre liquidação das obrigações, juros, amplitude dos danos, etc. são decorrentes das concepções gerais, de modo que se encontram no Código Civil.

Inicio com as perdas e danos. Encontramos no artigo 402 do novo Código uma modificação redacional que pode dar ensejo a discussões. De fato, a redação do "caput" do dispositivo foi intocavelmente recepcionada, mas o antigo parágrafo único que lhe seguia foi suprimido. Assim dispõe o artigo 402: "*salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de ganhar*". O seguinte parágrafo único, encontrável no antigo artigo 1.059, não foi reintroduzido: "*o devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos só responde pelos lucros que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação*".

O conteúdo do parágrafo único era um dado relevante quando da liquidação dos lucros cessantes. Quanto aos danos emergentes o problema fica claro, na medida em que é aplicável a chamada "teoria da diferença". No entanto, no caso dos lucros cessantes, mesmo com as discussões em torno do conteúdo da regra exsurgente do parágrafo único do artigo 1.059, tínhamos um parâmetro legal de liquidação, parâmetro esse que se encontrava na idéia de previsibilidade dos lucros no momento da contratação. A discussão doutrinária existente era antiga, já tendo sido vivenciada na França. Travava-se basicamente de esclarecer se o momento a ser visualizado por aquele que liquida era o da contratação ou o do nascimento da obrigação, já que, eventualmente, um contrato celebrado hoje pode fazer surgir uma obrigação entre as partes somente daqui a alguns meses. Os lucros previsíveis são os do momento do contrato ou são os do nascimento da obrigação, quando, então, o mercado pode ter se alterado tão fortemente que a previsão dos lucros é completamente outra?

Hoje não há regra legislativa a esse respeito, do que pode decorrer alguma insegurança, sobretudo quando se tratar de valores expressivos. Parece-me que a solução se encontra na leitura do artigo 403, segundo o qual: "*ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto em lei processual*".

O artigo 403 é dispositivo de capital importância tendo em conta que, a partir dele, fixa-se a regra geral do nexo causalidade, tanto para responsabilidade civil

contratual, quanto para responsabilidade civil extracontratual. Como sabemos, costuma-se distinguir em três as grandes teorias acerca do nexo causal: a teoria da causalidade adequada, a teoria do dano direto e imediato e a teoria da causalidade necessária. Em qualquer uma delas, é sempre fundamental que exista o chamado *vínculo de necessariedade* entre o dano e a conseqüência jurídica. Em outras palavras, o dano deve ser efeito necessário da causa, afastando-se, portanto, a causa meramente hipotética. Quer me parecer que, ao não se reproduzir o parágrafo único do artigo 1.059, o resultado foi um reforço do conteúdo do artigo 403 e do vínculo de necessariedade. Dessa forma, os lucros cessantes seriam somente aqueles que efetivamente poderiam decorrer do caso concreto, das condições concretas do credor, o que o credor poderia ou não poderia, consideradas a sua situação específica, fazer. Devem ser analisadas as condições do caso concreto, dentro do que ressalta em importância as condições do credor e o que seria presumível que resultaria daquele bem objeto da obrigação inadimplida. Penso que os problemas relativos aos lucros cessantes, agora, devem ser abordos a luz do disposto no artigo 403, suprindo-se a lacuna deixada.

Ainda no tocante ao inadimplemento cumpre tratar de dois pontos. O primeiro deles é a abrangência das perdas e danos, nas quais se encontram referidos os honorários advocatícios. Tanto no artigo 402 e seguintes, quanto nos dispositivos acerca da mora, o novo texto faz referência não só àquilo que a parte efetivamente perdeu e àquilo que deixou de lucrar, como também aos honorários advocatícios. Como se constata, trata-se de honorários advocatícios incluídos no âmbito da indenização material, e não da processual, aquela que todos nós estamos acostumados. As questões que se introduzem são basicamente duas: "quais são esses honorários?" e "como tais honorários são medidos?". Vejamos.

Em primeiro lugar, esses honorários são tanto os extraprocessuais, relativos ao período de cobrança, por exemplo, como os processuais, ou seja, aqueles relativos ao advogado contratado para a representação em juízo. Após a Lei 8.906/94, Lei do novo Estatuto da OAB, como sabemos, esses honorários são do advogado e não da parte, razão pela qual os honorários incluídos nas verbas sucumbenciais não podem ser deduzidos do montante indenizatório. Exceção há de ser feita: honorários de sucumbência devidos ao Estado, quando não há lei que destine tal verba aos procuradores. O Judiciário tem entendido, em casos relativos à compensação, que os honorários do advogado não se compensam com o devido à outra parte, visto que não existe equivalência de partes. Contudo, quando o processo envolve o Estado, o juiz pode compensar, pois a verba sucumbencial é verba pública, destinada ao Estado e não ao seu procurador, diretamente. Dessa forma, nesses casos, o valor arbitrado a título de honorários de sucumbência deve ser debitado da parcela indenizatória relativa a honorários advocatícios, se a jurisprudência passar a entender que, nas hipóteses de atuação de procuradores de entes públicos, incide também a condenação em honorários do ponto de vista material.

Mais difícil do que isso é estabelecer o montante de honorários a ser incluído na indenização. Seriam aqueles que foram contratados entre a parte credora e o seu

advogado ou seriam aqueles arbitrados por um terceiro? Neste caso, em que base? Além disso, se houver cláusula contratual que estabeleça o montante de honorários a ser pago a título indenizatório em caso de inadimplemento, esta cláusula é válida?

Entendo que seriam defensáveis as duas correntes: os honorários devidos são os efetivamente contratados e os honorários devidos são apenas os arbitrados por um terceiro. Inclino-me, no entanto, pela última. Ocorre que, quando liquidamos os danos, devemos atribuir ao devedor exclusivamente aqueles que decorrem do ato que ele deu causa. Se alguém atingiu culposamente o automóvel alheio (tornando-se, por isso, devedor), nasce o dever de indenizar. Se, após, o devedor não leva o automóvel ao conserto por vários meses, deixando-o ao relento e, por isso, o automóvel resta mais danificado ainda, sobre esse *plus* o devedor não obrigação. A razão é simples: quem deu causa direta ao dano não foi o devedor, muito embora tenha sido o causador indireto. Raciocínio analógico, penso, deve ser aplicado aqui. Se o devedor é inadimplente, a escolha do advogado – se melhor ou pior, se mais caro ou mais barato – depende da parte, e não do devedor. Se admitíssemos que o dever de indenizar compusesse necessariamente os honorários contratados, poderíamos ter não só fraudes, com vários contratos de "gaveta". Teríamos também a possibilidade de agravamento da posição do devedor por ato unilateral do credor, o que me parece contrário ao nosso ordenamento jurídico. Por isso, entendo que os honorários deverão ser arbitrados, levando-se em conta uma média e tendo-se por base o princípio do equilíbrio antes referido.

Por sua vez, entendo totalmente viável a inclusão contratual de cláusulas que preestabeleçam o valor de honorários devidos em caso de inadimplemento. Cláusula como esta nada mais é do que uma cláusula penal específica, não vedada pelo nosso ordenamento. O que deve ser fruto de observação é a validade de uma tal cláusula, o que só pode ser visualizado no caso concreto. É no âmbito do caso que se verificará se a hipótese diz respeito à relação de consumo ou não e se há limite para cláusula penal. É no caso concreto que se verificará se o percentual eventualmente arbitrado é exagerado, em comparação com o montante de inadimplemento, etc. Será o caso que dará o parâmetro, a servir para a invalidação ou revisão da cláusula. De qualquer forma, uma tal cláusula deve ser analisada como cláusula penal, incidindo nela o regramento geral desta.

Outro conjunto de dispositivos rigorosamente importantes em matéria indenizatória diz respeito aos juros. Os juros interessam a todos nós, mas substancialmente à atividade de Procurador, dado que o tema é freqüentemente matéria de debate judicial, especialmente no processo de execução.

Como sabemos, possuímos temos quatro grandes classificações importantes para o regramento dos juros. Os juros podem ser classificados como *legais* ou *convencionais*, assim como *moratórios* ou *compensatórios*. No Direito Brasileiro, os juros moratórios são regulados como juros legais. No novo Código Civil temos dois dispositivos importantes nessa matéria. São eles: o artigo 406, a respeito dos juros legais (juros moratórios) e o artigo 591, a respeito dos juros compensatórios, regulados a propósito do contrato de mútuo.

Nos dias de hoje, sobretudo como efeito da nossa convivência com elevadíssimas taxas de juros, há uma profunda divergência jurisprudencial acerca da abrangência desses juros e o nosso novo Código se insere nesse divergência. O artigo 406 dispõe que, "quando os juros moratórios não forem convencionados ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver e vigor para mora do pagamento de impostos devidos a Fazenda Nacional". Em outras palavras, a taxa de juros hoje aplicável, conforme o sentido literal do dispositivo, seria a SELIC, aliás, hoje bastante elevada. A SELIC, no entanto, como se sabe, vem sendo matéria de acesos debates no Superior Tribunal de Justiça, com decisões aceitando a SELIC e outras a rejeitando como taxa aplicável para o pagamento de dívidas tributárias federais. A Primeira Turma tem uma posição, a segunda turma do STJ tem outra. A primeira turma do STJ aceita, em geral, a taxa SELIC a partir de primeiro de janeiro de 1996, em razão da entrada em vigor da Lei 9.250/95, determinando a SELIC como base da taxa de juros de mora devidos à Fazenda Nacional. Por sua vez, por influência do Min. Franciulli Netto, a Segunda Turma tem posicionamento diverso, não aceitando unanimemente a SELIC. O fato de não ser aceita nos casos de tributos federais faz com que, por conseguinte, esta taxa também não possa ser aceita para regular os juros civis, haja vista a conexão estabelecida pela lei.

Do ponto de vista do Min. Franciulli Netto, os problemas verificáveis são fundamentalmente dois. O primeiro é a inexistência de uma lei que estabelecesse critérios para a fixação da SELIC. No seu entender, falta-nos lei que disponha sobre o método de cálculo da taxa, sob pena de ficarmos diante de ilegal arbítrio da Administração, de entes infralegais, de normatividade infralegal, etc.. Além disso, também no seu entender, a SELIC dá vazão a anatocismo, o que segue sendo vedado, genericamente. Como se sabe, casos há em que o anatocismo é aceito, quando decorrente de previsão legal. O problema do anatocismo é que ele causa uma dívida que é, em si mesma, remuneratória. Em matéria tributária, uma dívida com tais características ofende os fins gerais desse ramo do direito.

Parece-me que a ausência de disposição legal foi superada a partir de 1995, quando se estabeleceram, legalmente, os parâmetros da incidência da SELIC. Por sua vez, o problema relacionado à SELIC parece-me, por ora, realmente insolúvel. E isso por dois motivos. O primeiro se relaciona ao disposto no artigo 591. Este, ao dispor sobre juros compensatórios, fixa a possibilidade de anatocismo ou de capitalização exclusivamente a partir de um ano. Segundo sua redação: "*destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o artigo 406, permitida a capitalização anual*". Portanto, capitalização menor do que anual, salvo exceção legal, não se faz possível, ao menos nos juros compensatórios. No entanto, entendo não revogada, no seu todo, a Lei da Usura, que expressamente também proíbe a capitalização, salvo a anual. Por essa razão, parece-me que de fato a taxa SELIC tem problemas suficientes para não poder ser admitida como a taxa de juros a ser aplicada pelo Direito Brasileiro.

Qual seria então a taxa aplicável? Seria a taxa prevista no art. 161, § 1º., do CTN, de 1% ao mês.[8] Aliás, foi a interpretação acolhida nas Jornadas de Direito Civil, cujos enunciados – conclusões de juízes, promotores e professores convidados pelo STJ para, em Brasília, interpretar o novo Código - foram publicados pelo Conselho da Justiça Federal.[9]

Ainda no que toca ao Código Civil, outro problema há em relação a SELIC. Esta compreende juros e correção monetária. Quando falamos em indenização, igualmente incide a correção monetária. Portanto, se aceita a SELIC, de duas, uma: ou interpretamos que juros e correção monetária já são incorporados à SELIC, de modo que não se pode calcular a correção monetária novamente; ou interpretamos que, da SELIC, por incluir parcela relativa à correção monetária, deve ser retirado o percentual exclusivo de juros que ela incorpora. A segunda alternativa é pouco operacional. Nada obstante, é a única aceitável nos casos em que as partes já fixam, previamente, o índice que regulará a correção monetária das suas obrigações. Também pela razão da operabilidade, entendo que a melhor solução é a admissão da taxa de juros supletiva afirmada pelo CTN, de 1% ao mês.

Nós temos várias outras modificações importantes para a Administração, mas, como eu dizia antes, o tempo que limita essa palestra, será o mesmo tempo que acabará dando as respostas às perguntas que hoje surgem. Limito-me, assim, a referir que o novo Código trouxe modificações relativas à cláusula penal, tema que deixo de tratar por já se encontrar regulada pela Lei 8.666/93, e, também, modificações relativas aos vícios redibitórios e à garantia pelas construções, matérias que, porém demandariam alguns minutos que não mais disponho. Penso que, em um dia como hoje, quando tenho a chance de rever amigos e colegas, seria injusto iniciar inimizades, o que inevitavelmente ocorreria se eu me estendesse. Por isso, ponho-me a disposição para qualquer complementação posterior, hoje ou em outra oportunidade.

E, novamente, pela alegria e satisfação que o convite me trouxe, agradeço à Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Muito obrigado.

[8] Art. 161, § 1º. – Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados a taxa de 1% ao mês.

[9] Tais enunciados encontram-se disponíveis em www.cjf.gov.br.

ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O NOVO CÓDIGO

Eugênio Facchini Neto*

INTRODUÇÃO
I PARTE
1 Noções gerais e evolução histórica. Modelos de responsabilidade civil
2 As funções da responsabilidade civil
II PARTE
3 A responsabilidade civil no novo Código Civil. Aspectos genéricos
4 Do abuso de direito
5 Da responsabilidade civil objetiva do art. 927, parágrafo único
6 Responsabilidade pelo fato do produto
7 Da responsabilidade civil dos incapazes
8 Da responsabilidade civil pelo ato de outrem
9 Responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores
10 Responsabilidade civil dos empregadores e comitentes
11 Da responsabilidade pelos atos lícitos
12 Responsabilidade civil pelo fato dos animais
13 Da responsabilidade civil pelo fato das coisas
14 Da indenização em caso de danos à pessoa
15 Responsabilidade civil na área da saúde
16 Da prescrição
CONCLUSÕES

O principal objetivo da disciplina da responsabilidade civil consiste em definir, entre os inúmeros eventos danosos que se verificam quotidianamente, quais deles devam ser transferidos do lesado ao autor do dano, em conformidade com as idéias de justiça e eqüidade dominantes na sociedade[1].

* Doutor em Direito Comparado, pela Universidade de Florença (Itália), Mestre em Direito Civil, pela USP, Diretor da Escola Superior da Magistratura/AJURIS, Professor da PUC/RS (graduação, Mestrado e Doutorado), Magistrado no Rio Grande do Sul.

[1] ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduzione al Diritto Comparato.**. Milano: Giuffrè, 1995. v. II, Istituti. p. 316.

INTRODUÇÃO

Propõe-se analisar, na primeira parte do presente trabalho, o instituto da responsabilidade civil extracontratual à luz de suas funções e modelos. Para tanto, acentuar-se-á o sentido da sua evolução histórica, suas tendências contemporâneas, com menção às funções (reparatória/compensatória, punitiva ou dissuasória) que tal instituto é chamado a desempenhar modernamente e os modelos (subjetivo, objetivo, misto, socializado) presentes no direito comparado. Em seguida veremos de que forma o novo Código Civil insere-se nessas tendências, concluindo-se com uma rápida incursão nas modificações mais significativas do novo estatuto relacionadas com o tema.

I PARTE

1 Noções gerais e evolução histórica. Modelos de responsabilidade civil

Responsabilidade civil é a obrigação que incumbe a uma pessoa de reparar o dano causado a outrem por ato seu (responsabilidade direta), ou pelo ato de pessoas (v.g., responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores, do empregador pelos atos danosos praticados por seus empregados, dos preponentes pelos atos dos prepostos, etc.), fato das coisas (os casos clássicos da *actio de effusis et dejectis* e da *actio de positis et suspensis,* bem como sua aplicação moderna, relativamente aos danos causados pelas coisas potencialmente perigosas, como o automóvel), ou fato dos animais a ela ligados. Na verdade, o dano ocorrido não se cancela mais da sociedade: o ressarcimento não o anula. Trata-se simplesmente de transferi-lo de quem o sofreu diretamente para quem deverá ressarci-lo[2] .

O casuísmo que caracterizou o direito romano impediu o surgimento de um princípio geral de responsabilidade que abrangesse toda e qualquer espécie de dano. Foi somente com Domat[3] , no séc. XVII, que desabrochou, no solo fértil criado pelo jusnaturalismo, o princípio genérico da responsabilidade civil.

Por outro lado, durante a maior da evolução histórica do direito não se distinguia claramente a esfera da responsabilidade civil da sua dimensão penal. Quando se compelia o agente causador de um dano a pagar uma importância em dinheiro à vítima, não se tinha a clara percepção se tal pagamento era devido como forma de se punir o agente pela prática de um ilícito, ou se isso se dava como forma de se indenizar a vítima. Somente em tempos mais recentes é que se abandonou o viés punitivo para se fixar no aspecto reparatório/compensatório da responsabilidade civil.

Diante dessa histórica vinculação da responsabilidade civil com a responsabi-

[2] É a lição de Pietro Trimarchi, **Rischio e responsabilità oggettiva**, Milano: Giuffrè, 1961, p. 16.

[3] Celebérrima a seguinte passagem de sua *"Les lois civiles dans leur ordre naturel"* (Livre II, Titre VIII, Section IV, article premier): "toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce que l'on doit savoir ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu".

lidade penal, os textos jurídicos mais antigos (desde os Códigos de Hamurabi e de Manu, passando pela legislação romana e prosseguindo ao longo do período medieval) adotavam a idéia da especificação das hipóteses geradoras de responsabilidade civil. A evolução posterior tem sido no sentido de cada vez mais generalizar as regras da responsabilidade civil (mediante cláusulas gerais de responsabilidade civil, nos sistemas codificados, ou através de uma aplicação extensiva do *tort of negligence,* no caso dos sistemas de *common law*), ao passo que ciência penal procura, cada vez mais, precisar claramente os elementos do delito penal.

Dentro deste contexto, a importância do Código Civil francês de 1804 é paradigmática, pois ali ficou consagrado, em termos claros, que "todo e qualquer fato do homem, que causa um dano a outrem, obriga o culpado a repará-lo" (art. 1.382). Ou seja, ficou consagrado o princípio da atipicidade da responsabilidade civil, mediante cláusula geral instituidora de uma responsabilidade subjetiva, isto é, baseada na culpa.

Até o final do século XIX o sistema da culpa (MODELO SUBJETIVO) funcionou satisfatoriamente. Os efeitos da revolução industrial, com o aumento dos conglomerados urbanos e o advento da chamada "era do maquinismo", em que o homem passou a conviver quotidianamente com máquinas e aparelhos potencialmente causadores de danos – tudo isso fez com que se rompesse o equilíbrio. A máquina trouxe consigo o aumento do número de acidentes, tornando cada vez mais difícil para a vítima identificar uma 'culpa' na origem do dano e, por vezes, identificar o próprio causador do dano. Daí o impasse: condenar uma pessoa não culpada a reparar os danos causados por sua atividade ou deixar-se a vítima, ela também sem culpa, sem nenhuma indenização.

Para resolver os casos em que não havia culpa de nenhum dos protagonistas, lançou-se a idéia da responsabilidade objetiva (MODELO OBJETIVO), descartando-se a necessidade de uma culpa subjetiva. Afastou-se, então, a pesquisa psicológica, do íntimo do agente, relativizou-se a necessidade de se perquirir sobre a previsibilidade do dano, para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano. A idéia de responsabilidade objetiva, porém, abrange uma miríade de teses e enfoques diversos – dentre as quais destacam-se as teorias do risco-proveito, do risco-criado e a idéia de garantia.

A idéia de <u>risco-proveito</u> foi imaginada tendo em vista uma situação especial: a responsabilidade do empregador no caso de acidente de trabalho em que fossem vítimas seus empregados, no contexto do final do século XIX, início do século XX. Assinalou-se, então, que quem recolhesse as vantagens de uma atividade alheia, deveria indenizar aqueles que tivessem sido vítimas de acidentes: *ubi emolumentum ibi onus; cuius commoda, eius et incommoda*. Posteriormente, como se sabe, evoluiu-se da concepção de uma responsabilidade pessoal do empregador pelos acidentes de trabalho, para a obrigação legal do empregador celebrar seguro privado de responsabilidade civil em benefício de seus empregados, chegando-se após, em todos os sistemas jurídicos, ao seguro social, em que o empregador recolhe um percentual

sobre a folha de pagamento a um fundo previdenciário autônomo, do qual a previdência estatal retira os valores (tarifados) necessários para a indenização dos acidentes de trabalho. Atualmente, em nosso sistema, o empregador responde pessoalmente – e de forma complementar ao sistema previdenciário – apenas quanto tiver agido com dolo ou culpa, nos termos do art. 7º, inc. XXVIII, da C.F./88 (embora uma corrente minoritária no Tribunal de Justiça gaúcho admita a presunção relativa de culpa, com a inversão do ônus da prova).

Evoluiu-se, posteriormente, para a teoria do risco-criado, considerando-se que pelo simples fato de agir, o homem muitas vezes cria riscos potenciais de dano para os outros. É justo, portanto, que suporte ele os ônus correspondentes[4]. Nesta teoria, a responsabilidade não é mais a necessária contrapartida de um proveito ou lucro particular, mas sim a conseqüência inafastável do agir humano. A idéia do risco passa a ligar-se a qualquer atividade humana que seja potencialmente danosa à esfera jurídica alheia – as chamadas atividades perigosas. Concretizando-se tal potencialidade, surge a obrigação de indenizar[5]. Uma outra idéia que encontra abrigo no amplo espectro da responsabilidade objetiva é a de garantia, que é particularmente eficiente para explicar certas espécies de responsabilidade objetiva, como quando o autor direto do dano é desprovido de bens ou renda[6]. Ou seja, o legislador, exemplificativamente, ao responsabilizar os pais pelos atos dos seus filhos menores, teria visado assegurar às vítimas a efetivação de seu direito à indenização dos prejuízos injustamente sofridos, direito este que restaria seriamente comprometido se dependesse unicamente da solvabilidade do autor direto do ato danoso.

Uma idéia que transita sob a mesma denominação, porém com configuração

[4] Uma das aplicações desta teoria pode ser percebida no fantástico desenvolvimento da responsabilidade pelo fato das coisas, na jurisprudência francesa. Sobre tal aspecto, v. Geneviève Viney – *in:* Jacques Ghestin (dir.), *Traité de Droit Civil,* volume dedicado à *Introduction à la Responsabilité,* Paris, L.G.D.J., 1995, esp. p. 292.

[5] Este seria o caso da responsabilidade do proprietário de um veículo. Possivelmente não houve, na história da humanidade, uma outra invenção que tenha ceifado mais vidas do que o automóvel. O proprietário de um veículo deve ter plena consciência da sua enorme potencialidade danosa. Sabedor disso, ele deve ter consciência dos riscos agregados quando coloca um veículo em movimento. Se tal potencialidade de dano vier a se concretizar, deve o proprietário assumir o dever de indenizar.

Já em 1942 o Código Civil italiano estabelecia, em seu art. 2054, a responsabilidade objetiva do condutor do veículo, solidariamente com o seu proprietário, pelos danos causados pela circulação do mesmo. Andrea Torrente e Piero Schlesinger referem, a propósito, que a circulação de veículos *constitui uma típica atividade perigosa – Manuale di diritto privato,* Milano, Giuffrè: 1995, p. 636.

Também no sistema pátrio vem se entendendo, embora sem muita clareza e sem tanta coesão, que a responsabilidade civil em matéria de acidentes de trânsito é de natureza objetiva (idéia de risco-criado), no sentido de que os riscos derivados da circulação de veículos devem ser suportados pelos proprietários dos mesmos, desde que presente relação de causalidade adequada e ressalvada a demonstração da inexistência ou a ruptura de nexo causal, ou seja, a ocorrência de força maior, culpa exclusiva da vítima e ato de terceiro. Nesse sentido: STJ, 4ª.T., AgResp 250237/SP, D.J. de 11.09.2000 e STJ, 3ª. T., REsp 56731/SP, DJ de 10.03.97.

[6] Este, por exemplo, é o posicionamento de Mazeaud-Tunc (*Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Buenos Aires: E.J.E.A., 1963, t. I, vol. II, p. 513 e p. 525), Sourdat (*Traité Général de la Responsabilité*, Paris: I.L.G.J., 1911, t. II, p. 64), Henri Lalou (*La Responsabilité Civile*, Paris, Dalloz, 1928, p. 231/232), e mais recentemente, Mauro Bussani (*As peculiaridades da noção de culpa – um estudo de direito comparado* (trad. de H. Saldanha), Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2000, p. 15).

distinta, foi formulada por B. Starck[7]. Diz ele que todos possuem direito à vida e à integridade física, da mesma forma que têm direito à integridade material dos bens que lhes pertencem. Existindo estes direitos subjetivos, "eles devem ser protegidos e garantidos pelo Direito" [objetivo]. Ou seja, Starck reconhece a existência de um direito individual à segurança, cuja violação não autorizada constitui um dano causado em contrariedade ao direito, uma injustiça em si mesmo, independentemente das disposições psicológicas do seu causador.

O foco atual da responsabilidade civil, pelo que se percebe da sua evolução histórica e tendências doutrinárias, tem sido no sentido de estar centrado cada vez mais no imperativo de reparar um dano, do que na censura do seu responsável. Cabe ao direito penal preocupar-se com o agente causador do dano. Ao direito civil, contrariamente, compete inquietar-se com a vítima.

De certa forma, tende-se a substituir a idéia de um débito ressarcitório derivado de um ato ilícito a cargo do sujeito responsável, pela noção de crédito a uma indenização a favor da vítima de um dano injusto[8]. Trata-se de uma verdadeira inversão de perspectiva, com inúmeras conseqüências no âmbito da responsabilidade civil.

O fato é que a moderna responsabilidade civil comporta tanto a culpa quanto o risco (MODELO MISTO). Quando a culpa não puder fundamentar o direito à indenização, passa a atuar o modelo objetivo. Isto porque, numa sociedade realmente justa, todo dano injusto deve ser reparado ou compensado.

Como refere Karl Larenz, trata-se "de levar a cabo uma justa distribuição dos danos: quem causa um dano a outrem por meio de um ato antijurídico", ainda que sem culpa, está mais "sujeito a ter que suportar o dano do que aquele que diretamente o sofreu, sem ter contribuído para o evento"[9].

Nas últimas décadas, porém, percebe-se que esse modelo misto tornou-se mais complexo, com o surgimento de um outro modelo de responsabilidade, não individual, mas coletiva (MODELO SOCIALIZADO, também chamado de COLETIVIZADO ou SECURITIZADO), fundada na idéia de solidariedade. Busca-se a socialização da responsabilidade e dos riscos individuais, de modo a garantir uma assistência econômica a qualquer vítima de um acidente. Nesse sistema, o Estado absorveria todos os riscos e os redistribuiria por todo o corpo social, através de um imposto. Assim, o prejuízo de um seria suportado, afinal, por todos.

Este terceiro modelo vai além da idéia de uma simples responsabilidade objetiva, pois esta permanece uma idéia vinculada a parâmetros individuais, ao passo que o modelo ao qual agora nos referimos transcende o indivíduo e socializa as perdas, transferindo-se para toda a sociedade, ou para um setor desta, uma parte do prejuí-

[7] "Domaine et Fondement de la Responsabilité sans Faute", in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, nº LVI, ano 1958, p. 509 e *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris: L. Rodstein, 1947, p. 217/218.

[8] De acordo com Guido Alpa, *Trattato di Diritto Civile,* vol. IV, *La responsabilità civile.* Milano: Giuffrè, 1999. p. 7.

[9] LARENZ, Karl. **Derecho Justo**: Fundamentos de etica juridica. Madrid: Civitas, 1985-1990, p. 118/119.

zo. A hipótese, aliás, não é nova, bastando lembrar o *modus operandi* do seguro de responsabilidade por acidente de trabalho, bem como no campo do seguro obrigatório de responsabilidade civil envolvendo veículos automotores[10].

Costuma-se dizer que onde o sistema de seguridade social se apresenta particularmente abrangente, de modo a satisfazer adequadamente o princípio da segurança 'do berço ao túmulo', a responsabilidade civil poderá recobrir territórios mais limitados e ser ativada de acordo com seus princípios clássicos[11]. Onde, ao contrário, for deficiente o sistema de seguridade social, parece inevitável que o modelo de responsabilidade civil venha a desenvolver uma função camuflada de um tipo de 'seguridade social privada', cumprindo, em via supletiva, uma função distributiva de riqueza.

2 As funções da responsabilidade civil

A função clássica exercida pela responsabilidade civil, conforme visto até agora, é a reparatória (também chamada de ressarcitória ou indenizatória), pela qual se atribui à responsabilidade civil a função de garantir a reparação de um prejuízo material, sob a égide do princípio da *restitutio in integrum*. Quando se trata de danos imateriais ou não patrimoniais (dos quais o dano moral é uma das espécies), prefere-se utilizar a expressão *compensação*, já que os danos imateriais são, por essência, irreparáveis.

Mas outras funções podem ser desempenhadas pelo instituto. Dentre essas, avultam as chamadas funções punitiva e dissuasória[12]. É possível condensar essa tríplice função em três expressões: reparar (ou compensar), punir e prevenir (ou dissuadir). A primeira, e mais antiga, dessas funções é conhecida e a ela já fizemos referências. Vejamos as outras duas.

Função punitiva. A função punitiva, presente na antigüidade jurídica, havia sido quase que esquecida nos tempos modernos, após a definitiva demarcação dos espaços destinados à responsabilidade civil e à responsabilidade penal. A esta última estaria confinada a função punitiva. Todavia, quando se passou a aceitar a

[10] As duas experiências mais ousadas dentro desse modelo ocorreram na Suécia e na Nova Zelândia, onde se busca garantir a indenizabilidade de qualquer acidente sofrido por uma pessoa. Tais programas são mantidos através de fundos instituídos por uma imposição tributária generalizada. Uma análise dos sistemas representativos desse terceiro modelo de responsabilidade civil, encontra-se em Giulio Ponzanelli, *La Responsabilità civile – Profili di diritto comparato,* Bologna, Il Mulino, 1992, esp. pp. 119 a 148, e em Giovanni Comandé, *Risarcimento del danno alla persona e alternative istituzionali – Studio di diritto comparato.* Torino : G. Giappichelli Editore, 1999, esp. p. 141 a 278.

[11] É por isso que, em doutrina, fala-se, por vezes, em *zenith* (André Tunc) ou de parábola (F. Busnelli) da responsabilidade civil, exatamente para sublinhar o fato de que este instituto, depois de ter atingido seu ápice no séc. XX, estaria começando a perder terreno diante de outros institutos em ascendência, igualmente finalizados a disciplinar o custo social dos acidentes, como, por exemplo, o seguro e a previdência social.

[12] Note-se que os antigos sistemas socialistas de responsabilidade civil concediam maior importância que os sistemas ocidentais às funções de prevenção e dissuasão de condutas anti-sociais que igualmente seriam ínsitas na responsabilidade civil, como refere ANDRÉ TUNC, *International Encyclopedia of Comparative Law,* v. XI, *Torts,* Chapter 1, Introduction, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1974, p. 12.

compensabilidade dos danos extrapatrimoniais, percebeu-se estar presente ali também a idéia de uma função punitiva da responsabilidade civil. Para os familiares da vítima de um homicídio, por exemplo, a obtenção de uma compensação econômica paga pelo causador da morte representa uma forma estilizada e civilizada de vingança, pois no imaginário popular está-se também a *punir* o ofensor pelo mal causado quando ele vem a ser condenado a pagar uma indenização. Com a enorme difusão contemporânea da tutela jurídica (inclusive através de mecanismos da responsabilidade civil) dos direitos da personalidade, recuperou-se a idéia de *penas privadas.* Daí um certo *revival* da função punitiva, tendo sido precursores os sistemas jurídicos integrantes da família da *common law*, através dos conhecidos *punitive* (ou *exemplary*) *dammages.* Busca-se, em resumo, 'punir' alguém por alguma conduta praticada, que ofenda gravemente o sentimento ético-jurídico prevalecente em determinada comunidade[13]. Tem-se em vista uma conduta reprovável passada, de intensa antijuridicidade[14].

Função dissuasória. Distingue-se esta da anterior por não ter em vista uma conduta passada, mas por buscar, ao contrário, dissuadir condutas futuras. Ou seja, através do mecanismo da responsabilização civil, busca-se sinalizar a todos cidadãos sobre quais condutas a evitar, por serem reprováveis do ponto de vista ético-jurídico. É óbvio que também a função reparatória e a função punitiva adimplem uma função dissuasória, individual e geral. Porém, esse resultado acaba sendo um 'efeito colateral', benéfico, mas não necessariamente buscado. Na responsabilidade civil com função dissuasória, porém, o objetivo de prevenção geral, de dissuasão ou de orientação sobre condutas a adotar, passa a ser o escopo principal, muito embora o meio para alcançá-lo consista na condenação do responsável à reparação/compensação de danos individuais.

No direito pátrio, também encontramos referência à função dissuasória, tanto na doutrina[15], quanto na jurisprudência[16], embora o nível de profundidade e de

[13] Trata-se de uma função freqüentemente invocada pelos tribunais, do que serve de exemplo o seguinte acórdão: "Responsabilidade civil. Dano moral. Acusação injusta de furto em mercado. A injusta imputação de furto a cliente de mercado e a sua revista causam constrangimento passível de indenização. A fixação do dano deve levar em conta o caráter compensatório e *punitivo*" (TJRS, 6ª. CC., C.C. 70001615152, j. em 11.04.01, rel. Des. Cacildo de Andrade Xavier).

[14] Quanto à não exclusividade do direito penal para o exercício de funções sancionatórias, veja-se Paolo Cendon, "Responsabilità civile e pena privata", *in:* Francesco D. Busnelli e G. Scalfi (org.), *Le pene private*, Milano: Giuffrè, 1985, p. 294 , os estudos de Paolo Gallo, especialmente *Pene Private e Responsabilità Civile,* Milano: Giuffrè, 1996, e *Introduzione al Diritto Comparato,* vol. III, *Analisi Economica del Diritto,* Torino: Giappichelli, 1998, esp. p. 91s., bem como Hans Stoll, "Penal Purposes in the Law of Tort", *in: The American Journal of Comparative Law,* vol. 18 (1970), p. 3 a 21, A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell, "Punitive Damages: an Economic Analysis", in: *Harvard Law Review,* vol. 111 (1998), n. 4, p. 869 a 962, e Elena Urso, "Recenti sviluppi nella giurisprudenza statunitensi e inglese in materia di *punitive danages:* i casi *Txo Production Corporation v. Alliance Resources Corporation* e *AB v. South West Water Services Ltd.*", in: *Rivista di Diritto Civile,* vol. 41, t. I (1995), p. 81 a 157.

[15] Dentre outros, NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil. *Revista dos Tribunais,* v. 761, p. 40/41, que denomina tal função de *função preventiva.*

[16] "[…] A condenação, além de reparar o dano, deve também contribuir para desestimular a repetição de atos desse porte […]" (trecho da ementa do REsp 295175/RJ, STJ, 4ª. T., DJ de 02.04.01);

"Responsabilidade civil. Dano moral. Espancamento de condômino por seguranças do Barrashopping. A

sistematização das análises ainda esteja aquém das análises encontradas no direito comparado.

II PARTE

3. A responsabilidade civil no novo Código Civil. Aspectos genéricos

Feita essa digressão sobre os aspectos histórico-evolutivos da responsabilidade civil e indicadas suas tendências contemporâneas, seus modelos e funções, passa-se, agora, a analisar a disciplina do instituto no novel estatuto civil, restringindo-se a análise às inovações introduzidas e relacionadas com os aspectos acima assinalados.

Confirmando tendência há muito já percebida em nosso ordenamento jurídico, avançou-se na direção da objetivação da responsabilidade civil, prevendo-se três cláusulas gerais de responsabilidade objetiva (arts. 187, 927, parágrafo único, e 931), além da consagração de outras hipóteses pontuais, expressas ou implícitas, de responsabilidade civil objetiva, como é o caso dos artigos 928, 929, 933, 936, 937 e 938 dentre outras.

4 Do abuso do direito[17]

Inovação importantíssima, que poderá vir a sofrer grande desenvolvimento jurisprudencial, reside no novo art. 187, que assim dispõe: "Também 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".

Trata-se da figura do *abuso do direito*, um dos institutos jurídicos de reação ou de contenção à invocação de um direito subjetivo, por objeção de caráter ético, dentro do entendimento que o direito não pode se prestar a finalidades consideradas contrárias à ética. Insere-se na mesma linha, por exemplo, do princípio do *nemo auditur turpitudinem suam allegans* (a ninguém é dado alegar sua própria torpeza).

Embora a teoria do abuso do direito seja relativamente recente, seus germes já estão contidos no direito romano, como deixa entrever a expressão de Paulo: *"non*

indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e a sociedade a cometerem atos dessa natureza" (STJ, 3ª. T., REsp 283319/RJ, DJ de 11.06.01); No mesmo sentido: (STJ, 4ª. T., REsp 265133/RJ, DJ de 23.10.00); aludindo a uma função *inibitória* da r.c., v. TJRS, 10ª. CC., A.C. 70001051846, j. em 31.08.2000, sendo relator o Des. Luiz Ary Vessini de Lima.

[17] Não há como aprofundar o estudo deste instituto – que comportaria extenso tratamento monográfico – no âmbito destas considerações panorâmicas sobre as novidades mais importantes em tema de responsabilidade civil extracontratual no novo código. Para um aprofundamento, remetemos o leitor para a leitura, dentre outros, dos seguintes trabalhos: Fernando Augusto Cunha de Sá, *Abuso do Direito,* Coimbra: Almedina, 1997, Rosalice Fidalgo Pinheiro, *Abuso do Direito e as Relações Contratuais,* Rio de Janeiro: Renovar, 2002, Giulio Levi, *L'abuso del diritto,* Milano: Giuffrè, 1993; Alberto G. Spota, *Tratado de Derecho Civil, t. I, vol. 2, Relatividad y abuso de los derechos,* Buenos Aires: Depalma, 1967 (860 páginas dedicadas ao tema, em ótica comparada); Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. *Da Boa Fé no Direito Civil.* Coimbra: Liv. Almedina, 1984, vol. II, pp. 661 a 901; Lino Rodrigues Arias, *El Abuso del Derecho,* Buenos Aires, E.J.E.A., 1971; e Mario Rotondi (org.), *Inchieste di diritto comparato,* vol. 7, *L'abus de droit,* Padova, Cedam, 1979, obra coletiva e indicativa da matéria no direito comparado.

omne quod licet honestum est"[18] , bem como na máxima de Cícero: *"summum jus summa injuria"*.

A ascensão da figura do *abuso do direito* está ligada à relativização do instituto do direito subjetivo. Diz-se, por exemplo, que a crise do direito subjetivo leva ao surgimento de outras situações jurídicas subjetivas, ou interesses socialmente apreciáveis, que não seriam direitos tuteláveis *erga omnes*, como ocorre com a propriedade, mas interesses juridicamente protegidos. Nessa perspectiva, o exercício de um direito subjetivo estaria condicionado à realização de finalidades de caráter supraindividual, orientadas axiologicamente pela Constituição. Conexo a esta tendência estaria o caráter objetivo de tal responsabilidade[19] .

Inicialmente a teoria do abuso do direito era vista sob um prisma subjetivo, segundo o qual um ato seria considerado abusivo se fosse exercido sem um real interesse e com o intuito de prejudicar terceiros (era a hipótese da *aemulatio,* o primeiro caso de abuso de direito de que se cuidou, reprimindo-se-o em praticamente todos os sistemas jurídicos), ou então quando do ato não decorresse quaisquer vantagens para o agente.

Posteriormente, porém, ampliou-se tal noção, objetivando-se sua base. Isto porque ainda quando ausente o *animus nocendi,* o exercício de um direito pode causar a terceiros danos desproporcionais em relação aos benefícios hauridos pelo titular do direito. Josserand foi o divulgador de tal concepção. Seu pensamento pode ser resumido nos termos seguintes:

> haverá abuso de direito quando o seu titular o utiliza em desacordo com a finalidade social para a qual os direitos foram concedidos. [...] os direitos foram conferidos ao homem para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição[20] .

Na maioria dos sistemas jurídicos, a idéia de abuso do direito foi inicialmente acolhida pela jurisprudência[21] . Somente em um segundo momento, depois de consolidada a instituição, por força de sistematização doutrinária, é que o legislador buscou incorporá-la em texto normativo.

Assim, por exemplo, diante de textos legislativos que qualificavam o direito de propriedade como um direito absoluto, sagrado e inviolável, os juízes franceses ousaram romper com tal absolutismo do direito subjetivo e, através de sucessivas decisões, firmaram naquele ordenamento jurídico a figura do *abus du droit.* A primeira decisão paradigmática a respeito foi pronunciada no longínquo ano de 1855, pelo Tribunal de Colmar, na qual se determinou a demolição de uma falsa chaminé que um vizinho havia construído em seu terreno (invocando um suposto irrestrito direito de construir que integraria o direito de

[18] D., 50, 17, 144.
[19] Nesse sentido manifesta-se LEVI, Giulio. ***Responsabilità Civile e Responsabilità Oggettiva.*** Milano: Giuffrè, 1986. p. 77.
[20] *Apud* Silvio Rodrigues , *Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 1975, vol. IV, p. 54.
[21] É o quanto informa Giovanna Visintini, *I Fatti Illeciti,* vol. II, Padova, Cedam, 1990, p. 286.

propriedade), com o aparente propósito de retirar a iluminação e circulação de ar sobre a janela do prédio vizinho. Naquela decisão, ainda que os juízes tivessem o cuidado de reconhecer que "o direito de propriedade *é de certa forma* absoluto", afirmaram que o direito subjetivo deve ter um limite, consistente na satisfação de um "interesse sério e legítimo" da parte do titular do invocado direito subjetivo. Naquele caso, os juízes não identificaram tal interesse sério e legítimo na edificação da falsa chaminé – daí a ordem de sua demolição. Estas duas qualidades – *seriedade e legitimidade* do interesse – foram posteriormente aceitas e absorvidas pela doutrina e jurisprudência, a fim de serem aplicadas a casos análogos. Com isso se estabeleceu, em solo francês (mas com grande influência sobre as demais experiências jurídicas), um limite para o exercício excessivo e irregular de um direito[22].

No caso brasileiro, tal teoria já fora acolhida pelo codificador de 16, que a havia inserido no art. 160, I, segunda parte, do Código Civil, interpretado *a contrario sensu.*

O novel legislador, a respeito do chamado *abuso do direito,* tomou posição a respeito das duas tendências principais existentes a respeito do tema, a teoria subjetiva do abuso do direito e a teoria objetiva, adotando esta última. De fato, o novo Código, como se viu, não exige intenção de prejudicar, contentando-se com o excesso objetivamente constatável. De acordo com o art. 187 do novo texto, em exegese confirmada por uma interpretação sistemática (já que o novel estatuto fala também em função social do contrato e função social da propriedade – tendo o Prof. Miguel Reale várias vezes referido ter sido adotada a diretriz da socialidade como uma das chaves de leitura do projeto), percebe-se que o legislador entende que os direitos subjetivos não são conferidos ou reconhecidos aos indivíduos de uma maneira aleatória, ou em perspectiva *meramente* individual. Os direitos, mesmo os de natureza subjetiva, possuem uma destinação econômica e social. Considerando que vivemos em forma societária e que o exercício dos direitos subjetivos repercute na esfera jurídica das outras pessoas, interessa à sociedade a maneira pela qual exercemos nossos direitos. Destarte, quando, no exercício de um direito, o seu titular se desvia destes parâmetros, vindo a causar um dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

5 Da responsabilidade civil objetiva do art. 927, parágrafo único.

Uma das maiores novidades introduzidas pelo novel estatuto reside no parágrafo único do art. 927, que assim dispõe: "Haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para

[22] Referências a esse caso, numa discussão que abrange a necessidade e a tendência de um direito mais solidário e menos individualista, encontram-se em SESSAREGO, Carlos Fernandez, "Un nuovo modo di fare diritto", *in:* VISINTINI, Giovanna (org.), *Il Diritto dei Nuovi Mondi,* Padova: Cedam, 1994, p. 229/276 – o trecho citado encontra-se na página 236.

os direitos de outrem" (g.n.)[23].

Na vigência do velho diploma civilista, repetia-se a lição segundo a qual o fundamento (único) da responsabilidade civil era a culpa e que somente em casos específicos, previstos expressamente em lei, albergava o ordenamento pátrio algumas hipóteses de responsabilidade objetiva, citando-se, então, os casos da responsabilidade civil do Estado, do acidente de trabalho, do seguro obrigatório de responsabilidade civil dos proprietários de veículos (DPVAT), dos acidentes nucleares, do transporte ferroviário, do transporte aéreo, dentre vários outros, sempre previstos expressamente na legislação. Quanto a esse aspecto, nenhuma alteração real ocorreu, resolvendo o legislador simplesmente transpor para o formante[24] legislativo a lição doutrinária corrente.

A novidade se encontra na segunda parte do referido parágrafo único, onde se consagra uma segunda cláusula geral em tema de responsabilidade civil, reconhecendo-se a obrigação de reparar os danos independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A periculosidade deve ser aferida objetivamente, pela sua própria natureza ou pela natureza dos meios empregados, e não em virtude do comportamento negligente ou imprudente de quem agiu. Ou seja, a periculosidade deve ser uma qualidade preexistente, intrínseca e não eliminável. O homem prudente pode apenas reduzir tal periculosidade, sem jamais conseguir eliminá-la.

Discorrendo acerca de atividades perigosas, ainda sob a vigência do código de 16, Carlos A. Bittar referia que "deve ser considerada perigosa aquela atividade que contenha em si uma grave probabilidade, uma notável potencialidade danosa, em relação ao critério da normalidade média e revelada por meio de estatísticas, elemen-

[23] A nova norma possivelmente inspirou-se no art. 2050 do cód. civil italiano de 1942 ("*chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno*"), embora a nossa fórmula legislativo possua feição mais rigorosa, já que não prevê cláusula exoneratória. A jurisprudência italiana a propósito do referido dispositivo legal é abundante. Dela se extrai que cabe ao juiz decidir, segundo juízos de experiência, se a atividade é perigosa ou não. Indicações jurisprudenciais sobre atividades tidas como perigosas são encontradas em G. Pescatore e C. Ruperto, *CODICE CIVILE annotato com la giurisprudenza della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e delle giurisdizioni amministrative superiori,* vol. II, pp. 3.394 a 3.397 (Milano : Giuffrè, 1993) e em Vinicio Geri, *Responsabilità civile per danni da cose ed animali,* Milano : Giuffrè, 1967, pp. 162ss.: manipulação de explosivos; uso de serra elétrica; atividades envolvendo metais incandescentes; produção e distribuição de metano; serviço de abastecimento de gás para uso doméstico; circulação de veículos automotores, atividades de caça, parque de diversões, dentre outros.

Os eméritos comparatistas alemães Zweigert e Kötz referem que "a jurisprudência austríaca foi mais corajosa do que a alemã ao reconhecer, mesmo na ausência de legislação específica, que possa haver responsabilidade sem culpa quando o dano tenha sido causado por 'atividade perigosa' do empresário réu, deixando-se ao juiz a decisão sobre a 'periculosidade' da atividade" (*Introduzione al Diritto Comparato* (trad. it.), vol. I – *Principi fondamentali,* Milano, Giuffrè, 1992, p. 204).

[24] Usa-se aqui a expressão "formante" legislativo no sentido utilizado pela doutrina comparatista italiana, a partir da *teoria da dissociação dos formantes,* desenvolvida por Rodolfo Sacco.

tos técnicos e de experiência comum"[25].

Pertinentes ao tema são as observações do Prof. Pietro Trimarchi[26] a respeito de dispositivo similar do códice italiano:

> No exercício de qualquer atividade perigosa é pensável a adoção de medidas suplementares de segurança, além daquelas em relação às quais é exigível, por um critério de razoabilidade, a adoção. Pode-se exigir que os controles sejam feitos em modo sempre mais minucioso e freqüentes; os dispositivos de segurança podem ser multiplicados, e outros, mais novos e complexos, podem vir a ser adotados. Mas há um limite razoável a tudo isto: lá onde o risco residual é suficientemente escasso, levando-se em conta – numa apreciação pontual – a utilidade social de tal atividade, em cotejo com o custo excessivo de ulteriores medidas de segurança a serem adotadas, a ponto de poder paralisar a atividade. Além deste limite, certamente existem medidas ainda possíveis de serem adotadas e idôneas a reduzirem o risco, mas não se pode falar em culpa se tais medidas não são empregadas. Assim, se a responsabilidade civil ainda assim vem a ser imposta, ela não mais estará fundada na culpa.

Percebe-se, assim, que a lição do direito comparado é no sentido de que cabe substancialmente ao magistrado identificar a periculosidade da atividade, mediante análise tópica. Não se trata de simples 'decisionismo' judicial, em que cada juiz possa desenvolver um critério próprio. Ao contrário, além da análise tópica, não se pode jamais olvidar que o direito configura um sistema, embora aberto e móvel. Assim, o magistrado deve ser sensível às noções correntes na comunidade, sobre o que se entende por periculosidade, bem como deve estar atento a entendimentos jurisprudenciais consolidados ou tendenciais. Além disso, em bom exemplo de mobilidade inter-sistemática, pode o julgador inspirar-se (embora não esteja vinculado a ela) na legislação trabalhista e previdenciária que caracteriza determinadas atividades como sendo perigosas para efeitos de percepção do respectivo adicional.

Segundo Miguel Reale[27], a adoção da cláusula geral da responsabilidade objetiva pelo novo código teria sido uma decorrência do acolhimento do princípio por ele denominado da socialidade. Segundo ele, "em princípio, responde-se por culpa. Porém, se aquele que atua na vida jurídica desencadeia uma estrutura social que, por sua própria natureza, é capaz de por em risco os interesses e os direitos alheios, a sua responsabilidade passa a ser objetiva e não mais subjetiva". Diz o projetista ter recorrido a um "conceito de estrutura social", semelhante ao que ocorre em matéria de acidente de trabalho, isto é, "toda vez que houver uma estrutura sócio-econômica que ponha em risco, por sua natureza, os direitos e interesses de terceiros, daqueles com os quais essa estrutura entra em contato – às vezes sem nem sequer ter qualquer

[25] BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil nas atividades nucleares.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 89.
[26] TRIMARCHI, Pietro. ***Rischio e Responsabilità oggettiva.*** Milano: Giuffrè, 1961. p. 277.
[27] REALE, Miguel. **O projeto de Código Civil:** Situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 10/11.

benefício direto ou indireto da sua operabilidade".

6 Responsabilidade pelo fato do produto

Uma terceira cláusula geral de responsabilidade objetiva comparece no art. 931, o qual alude à responsabilidade civil do empresário pelo fato do produto, em fórmula mais ampla do que a prevista no Código de Defesa do Consumidor.

De fato, enquanto o art. 12 do C.D.C. faz alusão a produtos com "defeitos", o novo art. 931 refere, de maneira simples, que os empresários respondem "pelos danos causados pelos produtos postos em circulação", não fazendo qualquer menção a produtos defeituosos. Por isso que a Comissão que tratou do tema da "Responsabilidade Civil", na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal (S.T.J.), em Brasília, em setembro de 2002, aprovou, por unanimidade, a proposta apresentada por Adalberto Pasqualotto, incorporando as ponderações de Jorge Mosset Iturraspe, no sentido de que "o art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12 , do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos".

Por outro lado, ao contrário do C.D.C. que busca definir o que se pode entender por produto "defeituoso" (art. 12, §1º) e fixa as hipóteses defensivas que o fornecedor poderá argüir em seu favor, o diploma civilista nada dispõe a respeito. Relevante, ainda, o fato de que não houve qualquer menção à "época em que [o produto] foi colocado em circulação" – argumento central daqueles que entendem que o C.D.C. não contempla a responsabilidade do fabricante pelos chamados riscos do desenvolvimento (*development risks*). Daí porque é possível sustentar-se que o novo código civil foi além do diploma protetor dos consumidores, pois contemplou inclusive os riscos de desenvolvimento. Nesse sentido, aliás, resultou outra conclusão unânime da referida Comissão, com o seguinte enunciado: "A responsabilidade civil pelo fato do produto prevista no art. 931, do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento".

Como o art. 931 contém verdadeira cláusula geral, pois, ao contrário dos art. 12 e 13 do C.D.C., não especifica uma *fattispecie* concreta que desencadeie sua aplicação (genericamente se refere a *danos causados pelos produtos postos em circulação*, sem distinguir a responsabilidade do fabricante daquela dos comerciantes), acreditamos que a proteção fornecida pelo estatuto do consumidor passará a ser enriquecida por este dispositivo, dentro da idéia de "diálogo das fontes", teorizada pelo professor alemão Erik Jayme e divulgada entre nós por Cláudia Lima Marques. Além disso, a vantagem do inclusão de tal matéria no âmbito de um código civil, de necessário caráter geral, reside em que tal dispositivo poderá ser invocado quando eventualmente não se estiver diante de uma relação de consumo e quando não for aplicável o contido no disposto no art. 17 do C.D.C.

7 Da responsabilidade civil dos incapazes

Além das cláusulas gerais apontadas acima, o novo Código Civil prevê uma série de hipóteses pontuais de responsabilidade civil objetiva, que convém destacar.

Relativamente à responsabilidade civil dos incapazes, houve importante inovação introduzida pelo novel código. Sob a égide do código de 16, os incapazes eram considerados irresponsáveis, sendo que pelos seus atos danosos respondiam seus pais, tutores e curadores, na forma do art. 1.521, I. Apenas em relação aos menores púberes, entre 16 e 21 anos, havia previsão de que também eles responderiam pessoalmente por seus atos ilícitos extracontratuais[28], consoante art. 156 – e nesse caso tratava-se de responsabilidade solidária com seus genitores ou tutores.

Pois bem, o novo art. 928, na esteira das codificações européias, adota o regime da responsabilidade da responsabilidade subsidiária e mitigada (eqüitativa) dos incapazes. Tratando-se de verdadeiro *jus novum,* convém que nos detenhamos um pouco mais sobre a inovação.

A responsabilidade dos incapazes passou por uma singular evolução na história do direito. Ao cabo de uma evolução que durou milênios, chegou-se novamente ao ponto de partida, embora sob formas mais civilizadas e mediante novos fundamentos. Efetivamente, na antigüidade os incapazes eram pessoalmente responsáveis pelas conseqüências de seus atos[29]. Posteriormente, deixaram de sê-lo[30]. Atualmente, há uma forte tendência universal a torná-los mais uma vez responsáveis pela reparação dos prejuízos a que derem causa, sob o prisma da eqüidade. Tratar-se-ia de uma responsabilidade patrimonial, não de responsabilidade pessoal.

A idéia da responsabilização dos incapazes com base na eqüidade apresenta duas características, realçadas por Eugenio Bonvincini[31]: a subsidiariedade, porque opera em substituição à ausência de obrigação de ressarcimento por parte do encarregado da vigilância, e a discricionariedade por parte do juiz, que deverá fixar o montante da indenização com base em um critério de eqüidade - portanto em valor que poderá ficar aquém do prejuízo sofrido pela vítima.

Constata-se, assim, que a teoria da irresponsabilidade absoluta da pessoa privada de discernimento está em franca decadência, substituída que está sendo pelo princípio da responsabilidade mitigada e subsidiária. É nessa tendência que se insere o novo código, que introduz inovação importante no campo teórico, embora provavelmente fadado a receber poucas invocações práticas, pois parece-nos que o suporte fático hipotético da nova norma raramente se concretizará.

---

[28] Além da hipótese excepcional de responsabilização de um adolescente (menor entre 12 e 18 anos), pelas conseqüências patrimoniais de um ato infracional (crime ou contravenção), na forma do art. 116, c/c arts. 112, II, 103 e 2°, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

[29] Primeiro, porque poderia sofrer sanções pelo simples resultado material de seu agir; segundo, porque, fazendo parte de um agrupamento familiar, territorial ou político, ele acompanhava a coletividade na adversidade, para que fosse dada satisfação à vítima.

[30] Foi somente ao final do período pré-clássico do direito romano que se passou a entender os menores e os loucos como irresponsáveis, diante do surgimento da noção de *capacitas culpae.*

[31] BONVINCINI, Eugenio. **La responsabilità civile per fatto altrui**. Milano: Giuffré, 1976. p. 633.

Perante o novo diploma, a responsabilidade do incapaz será subsidiária, pois somente será acionada se *as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.* Como a responsabilidade dos pais, tutores e curadores, pelos atos danosos praticados por seus filhos, pupilos e curatelados é de natureza objetiva, independente de culpa (art. 933 do novo C.C.), serão muito raras as hipóteses em que tais pessoas não terão tal responsabilidade[32]. Igualmente raras serão as hipóteses em que os menores disponham de recursos hábeis para suportar a indenização e que o mesmo não ocorra com seus pais. Mais comum poderá vir a ser uma tal hipótese, no caso dos pupilos e curatelados, pois muitas vezes os tutores e curadores tem patrimônio menor do que o daqueles.

De qualquer sorte, a responsabilização direta dos incapazes só ocorrerá se os recursos necessários ao pagamento da indenização não privarem o incapaz ou as pessoas que dele dependam *do necessário,* segundo a dicção da lei.

8 Da responsabilidade civil pelo ato de outrem

Outra hipótese pontual de responsabilidade objetiva no novo diploma contempla a chamada responsabilidade civil pelo ato de outrem, como se vê da leitura do art. 932, em conjugação com o art. 933 do NCC.

Dentro da teoria da responsabilidade civil, a idéia originária era no sentido de que uma pessoa só poderia ser responsabilizada pelos seus próprios atos danosos. A responsabilidade, portanto, seria direta, pessoal. No desenvolvimento da teoria, passou-se à idéia da responsabilidade indireta ou complexa. Ou seja, constatou-se que era possível alguém vir a ser civilmente responsabilizado pelos atos praticados por outra pessoa, a quem fosse ligada de alguma forma. Essa evolução ocorreu para que se pudesse garantir às vítimas dos danos a possibilidade efetiva da reparação dos prejuízos sofridos.

O novo Código Civil não inovou substancialmente no tratamento da matéria relativa à responsabilidade civil indireta. A inovação formal consiste em reconhecer que se trata de responsabilidade objetiva, independente de culpa. Todavia, já era esse o fundamento reconhecido pela doutrina mais atilada[33] e pela jurisprudência mais conseqüente.

No antigo Código Civil, a matéria era tratada no art. 1.521, que previa a responsabilidade dos pais, tutores e curadores, empregadores e comitentes, por atos

[32] Algumas hipóteses poderão ocorrer, porém. Pense-se na hipótese em que o menor estiver empregado, caso em que a responsabilidade pelos atos danosos praticados por ocasião do trabalho desloca-se dos pais para o patrão. Na hipótese do empregador ser insolvente, a vítima poderia ter interesse de ressarcir-se junto ao próprio menor, acaso tivesse patrimônio, já que nessa situação os seus genitores não teriam responsabilidade indenizatória.

[33] Realmente, "uma pessoa é responsável pelo ato danoso praticado por outrem somente quando nenhuma culpa lhe puder ser atribuída. Efetivamente, se uma culpa lhe pudesse ser atribuída, esta pessoa seria certamente obrigada a reparar os danos, mas isso então ocorreria em razão de sua própria conduta. Não existe responsabilidade pelo ato de outrem cada vez que uma pessoa repara um dano causado por outrem, mas unicamente quando uma pessoa repara as conseqüências danosas de uma culpa exclusivamente alheia" - Janine Ambialet , *Responsabilité du fait d'autrui en droit médical*, Paris, L.G.D.J., 1964, p. 13.

de seus filhos, pupilos, curatelados, empregados e prepostos, além dos donos de hotéis[34] e internatos, por atos de seus hóspedes e alunos internos. Quanto ao inc. V daquele dispositivo legal, trata-se de "actio in rem verso", cuja previsão, aliás, sequer seria necessária, pois é inerente ao sistema. Exatamente as mesmas regras foram reproduzidas no novo estatuto, como se percebe da leitura do novo art. 932.

Examinemos as hipóteses previstas no art. 932, incisos I e III, que são as mais importantes.

9 Responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores

Estabelecia o art. 1.521, inc. I, do Código Civil novecentista, a responsabilidade dos pais pelas conseqüências danosas dos atos praticados por seus filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia. O novo diploma legal manteve substancialmente tal regra, apenas substituindo o vocábulo *poder* pelo vocábulo *autoridade*.

Sob a égide do velho código, a quase unanimidade dos doutrinadores costumava vincular a responsabilidade dos pais à existência do poder familiar, ou mais precisamente, aos deveres de guarda e de educação que lhe são inerentes. Segundo este posicionamento, se o menor comete um ato ilícito, isto significa que seus pais não o teriam vigiado com o cuidado necessário (culpa *in vigilando*) ou porque falharam na educação do filho (culpa *in educando*). Ou seja, os próprios pais teriam cometido uma culpa.

Para nós, que inclusive sob a égide do código de 1916 vislumbrávamos na responsabilidade por fato alheio uma obrigação de cunho objetivo, não podíamos encontrar na culpa o fundamento único de tal responsabilidade, mesmo sendo ela presumida. Somente poderia ela resultar da existência do poder familiar, vinculado a uma idéia de garantia e não a uma idéia de culpa. É a solução que o legislador vem de adotar, expressamente indicando o caráter objetivo da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos.

Quanto aos demais pressupostos para a responsabilização dos genitores, não houve alteração digna de nota. O legislador, aliás, poderia ter aproveitado a nova codificação para espancar algumas divergências que persistem a respeito do tema, como a questão da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos emancipados[35],

[34] É escassa a casuística relativa à responsabilidade dos hotéis com fulcro no art. 1.521, IV. Eis um caso interessante: "Responsabilidade civil. Hóspede de hotel que lesiona o gerente. Culpa presumida do dono do estabelecimento. Art. 1.521, IV, do CC. [...] 2. A lei presume a culpabilidade do hoteleiro por ato do seu hóspede. Cabe ao estabelecimento tomar todas as medidas de segurança e precaução, por cuja falta ou falha è responsável [...]" (STJ, 4ª. T., REsp 69437/SP, DJ de 14.12.98).

[35] Havia quem entendesse que como a lei se refere a filhos menores, sem restrições ou condicionamentos, tal expressão abrangeria inclusive os filhos emancipados por qualquer das formas em lei, ao passo que outros, ao contrário, entendiam que como a emancipação significa uma antecipação da maioridade, em nenhuma hipótese os genitores responderiam pelos atos danosos praticados por seus filhos emancipados, fosse qual fosse a modalidade de emancipação. Nesse último sentido o magistério de Orlando Gomes (*Obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 1976 p. 357), Alvino Lima (*A Responsabilidade civil pelo fato de outrem*, Rio de Janeiro, Forense, 1973, p. 35), Antonio Chaves (*Tratado de Direito Civil*, São Paulo, R.T., 1985, vol. 3, p. 97), Vicente de Paulo Vicente de Azevedo (*Crime - Dano - Reparação*, São Paulo, R.T., 1934, págs. 330/331), Serpa Lopes (*Curso de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Liv. Freitas Bastos, 1962, vol. V. págs. 274/275

eventual responsabilidade do responsável de fato por incapaz não interditado[36], responsabilidade dos genitores, em caso de separação de fato, separação judicial e divórcio, a adoção ou repulsa expressa da teoria do posto social, segundo a qual pessoas que estejam exercendo funções assemelhadas a dos pais (*v.g.*, padrasto ou madrasta, detentor de guarda, etc.) responderiam civilmente nos mesmos moldes dos genitores[37].

10 Responsabilidade civil dos empregadores e comitentes

No Código Civil de 1916, a matéria estava regulada nos artigos 1521, III, 1522 e 1523. Pela leitura dos referidos dispositivos, constata-se que o legislador havia adotado o regime da culpa provada, ou seja, o patrão ou comitente só responderia pelas conseqüências danosas decorrentes de atos de seus empregados ou prepostos se ficasse provada uma conduta culposa de sua parte.

Posteriormente, através do trabalho da jurisprudência, interpretou-se o art. 1.523 como se contivesse uma presunção relativa de culpa (Súmula 341/STF). Apesar da possibilidade teórica da reversão de tal presunção relativa, mediante prova em contrário, o exame das soluções jurisprudenciais efetivamente aplicadas, revelava o extremo rigor na admissão de tal prova exculpatória, mostrando que, na verdade, praticava-se uma verdadeira presunção absoluta de culpa, já que não se admitia, na prática operacional, que o empregador afastasse a sua responsabilidade demonstrando apenas que ele, empregador, não tinha agido com culpa. Ora, presumir-se alguém culpado e não se admitir que ele desfaça tal presunção significa a adoção, na verdade, de um critério de responsabilização objetiva, independentemente de culpa. E nesse sentido efetivamente vem se orientando a jurisprudência há longas décadas, embora nem sempre verbalizando tal posicionamento.

Para que exista relação de preposição não se exige a presença de um vínculo laboral típico[38]. Da mesma forma, pouco importa que o serviço consista numa

A maior parte da doutrina, porém, costuma distinguir a causa da emancipação para determinar a subsistência ou não da responsabilidade paterna. Assim, distingue-se a emancipação voluntária (por outorga paterna) da emancipação por casamento, entendendo-se que naquela a responsabilidade dos pais persiste, só ficando afastada nesta última hipótese.

[36] A respeito do tema, veja-se Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, 1972, vol. 53, p. 123; M. I. Carvalho de Mendonça, *Doutrina e Prática das Obrigações*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1938, t. II, p. 458; Mazeaud-Tunc, *Tratado Teórico y Prático de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, Buenos Aires, E.J.E.A., 1962, t. I, vol. II, p. 475.

[37] Aguiar Dias (*Da Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1979, vol. 2, págs 175, 177 e 179/180), Pontes de Miranda (*Manual do Código Civil Brasileiro de Paulo de Lacerda,* Rio de Janeiro, Jacinto R. Santos Ed., 1927, vol. XVI, 3ª parte, I tomo, p. 289) e Serpa Lopes (*op. cit.*, vol. V, p. 275), por exemplo, entendem que a responsabilidade civil prevista no antigo art. 1.521, I, do CC (reproduzido no atual art. 932, I) incide não apenas sobre os pais mas também sobre quem lhes faz as vezes. Tais posicionamentos, em verdade, revelam a adoção da *teoria do posto social*, a que se refere Cunha Gonçalves (*Tratado de Direito Civil*, São Paulo, Max Limonad, 1957, vol. XII, t. II, págs. 647/648).

[38] Nesse sentido: "Quanto à relação de preposição, não importa, para a sua caracterização, que o preposto seja ou não salariado, e nem se exige que as relações entre preponente e preposto sejam permanentes, podendo elas ser meramente eventuais. Assim, o serviço pode consistir numa atividade duradoura ou num ato isolado, tanto

atividade duradoura ou num ato isolado, possua caráter gratuito ou oneroso, revista a forma de tarefa manual ou intelectual[39] .

Por outro lado, para que surja a responsabilidade do preponente pelos atos danosos do preposto, é necessário que também este seja responsável pessoalmente. Isto não significa que deva ter ele incorrido em culpa. Se porventura o preposto tiver agido em estado de necessidade, causando um dano, seu ato será lícito e ele não terá agido com culpa, a teor do disposto no art. 188, II, do novo Código Civil. Não obstante, será constrangido a indenizar os danos causados, nos termos do art. 929 do novo C. C. Nesta hipótese, tal obrigação estender-se-á ao preponente.

Diante da ausência de alteração significativa do texto pertinente (art. 1.521, III, do código de 16 e art. 932, III, do novo diploma), deverá ser mantido o entendimento[40] segundo o qual subsiste a responsabilidade dos patrões e comitentes pelos danos ocasionados por seus empregados no exercício das funções que lhes incumbem, ainda que os últimos tenham agido excedendo os limites de suas atribuições ou tenham inclusive transgredido as ordens recebidas, não sendo necessário que o comportamento ilícito dos prepostos se contenha na esfera das funções que lhes tenha sido atribuídas. Basta que entre tais funções e o subseqüente fato danoso subsista uma *relação de ocasionalidade necessária*, no sentido de que, ainda que faltando uma relação rigorosa de causa e efeito entre tais funções e o fato danoso, exista entre tais termos um nexo lógico, de tal forma que a função desempenhada pelo preposto tenha sido a ocasião necessária do fato ilícito e que aquela (função) tenha tornado possível ou favorecido notavelmente a realização deste (fato ilícito)[41] .

11 Da responsabilidade pelos atos lícitos

Outra hipótese de responsabilidade objetiva ocorre quando alguém é obrigado a reparar danos causados por atos lícitos. Quanto a esse aspecto, não houve significativa inovação legislativa. De fato, o sistema anterior foi substancialmente mantido, como se constata do exame conjunto dos arts. 188, 929 e 930 do novo Código, comparado com o disposto nos arts. 160, 1.519, 1.520 e 1.540 do Código anterior.

material, quanto intelectual. Para haver relação de preposição, é suficiente a existência de um vínculo de dependência, que alguém preste um serviço por conta e sob a direção de outrem, deste recebendo ordens e instruções, sendo indiferente que a relação de serviços, podendo resultar até de um ato de cortesia, como, por exemplo, quando um proprietário de um carro o empresta a um amigo" (trecho do voto vencedor do Min. Natal Nader, em acórdão do STF, inserto na RF 299/41); no mesmo sentido: STJ, 4ª. T, AGA 54523/DF, DJ de 22.05.95; STJ, 4ª. T., REsp 304673/SP, DJ de 22.03.02; STJ, 4ª. T., REsp 119121/SP, DJ de 21.09.98; STJ, 4ª. T., REsp 304673/SP, DJ de 22.03.02; STJ, 4ª. T., REsp 119121/SP, DJ de 21.09.98.

[39] "Responsabilidade civil. Acomoda-se ao disposto no art. 1.521, III, CC e à relação de preposição nele descrita, a hipótese em que, embora o automóvel causador do dano pertencesse ao seu condutor, estava locado à empresa à qual ele prestava serviços, destinado a propiciar maior presteza na execução das atividades profissionais e ensejar lucros indiretos à empregadora-locatária" (STJ, 4ª. T., REsp 36386/SP, DJ de 04.10.93)

[40] Nesse sentido: Alvino Lima (*op. cit.*, p. 236), Wilson Melo da Silva (*Da responsabilidade civil automobilística*, p. 203) e, de certa forma, Pontes de Miranda (*Manual, cit.*,, vol. XVI, 3ª parte, 1º tomo, p. 373 e 374).

[41] A amplitude de tal entendimento é evidenciada pelo seguinte acórdão: "Responsabilidade civil do empregador. O dolo do preposto, na prática do ato ilícito, não exclui, por si só, a responsabilidade do empregador. Hipótese em que o empregado, no exercício da profissão de motorista, praticou o homicídio após uma discussão de trânsito com a vítima, motorista de um ônibus coletivo" (STJ, 3ª. T, AGA 109953/RJ, DJ de 15.11.96).

Ou seja, quem pratica as condutas previstas no art. 188 (ato praticado em legítima defesa, exercício regular de um direito e estado de necessidade[42]) não comete ato ilícito, como expressamente refere o legislador. Conseqüentemente, pratica ato lícito. Apesar da licitude da conduta, se a vítima tiver sofrido um dano injusto, por não ter dado causa ao seu infortúnio, o agente causador do dano deverá reparar os danos, uma vez preenchidos os suportes fáticos dos artigos 929 e 930 do novel estatuto.

12 Responsabilidade civil pelo fato dos animais

O art. 936 do novo C.C. disciplina a chamada responsabilidade civil pelo fato dos animais. Houve alteração da forma legislativa, mas não houve inovação substancial. Efetivamente, utilizou-se fórmula mais sintética para expressar o velho conteúdo do art. 1.527 do C.C. anterior. Segundo a nova redação, "o dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior". Embora se possa entender que se trate de presunção de culpa, ou de simples inversão do ônus da prova, entendemos que o novo dispositivo prevê uma autêntica responsabilidade objetiva, pois não exige o legislador que se prove a culpa do dono ou detentor do animal. O fato de poder tal pessoa excluir a sua responsabilidade não significa tratar-se de responsabilidade subjetiva, pois ser objetivamente responsável não implica o dever de indenizar sempre - significa apenas não ser necessária a demonstração de sua culpa. A responsabilidade objetiva admite causas de exclusão de responsabilidade. Dentre estas encontram-se justamente a demonstração da interveniência de caso fortuito ou de força maior[43], a presença de culpa da vítima e o fato de terceiro. O Prof. Silvio Venosa[44] realçou o rigor do novo dispositivo, ao não exigir que a posse do animal seja qualificada, bastando a simples detenção.

> Nessa posição, coloca-se aquele que loca o animal para cavalgar ou para serviço rural. Seciona-se o nexo causal, se o animal foi furtado, o mesmo que ocorre a respeito do automóvel. Também não há responsabilidade se os animais são selvagens ou sem dono. O dispositivo refere-se a animais domésticos ou mantidos em cativeiro.

[42] "Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Colisão com veículo regularmente estacionado. Fato de terceiro. 'Fechada'. Estado de necessidade. Licitude da conduta do causador do dano. Ausência de culpa demonstrada. Circunstância que não afasta a obrigação reparatória (arts. 160, II, e 1.520, CC). O motorista que, ao desviar de 'fechada' provocada por terceiro, vem a colidir com automóvel que se encontra regularmente estacionado Responde perante o proprietário deste pelos danos causados, não sendo elisiva da obrigação indenizatória a circunstância de ter agido em estado de necessidade. Em casos tais, ao agente causador do dano assiste tão-somente direito de regresso contra o terceiro que deu causa à situação de perigo" (STJ, 4ª. T, REsp, 12840/RJ, DJ de 28.03.94). No mesmo sentido: STJ, 4ª. T., REsp 127747/CE, DJ de 25.10.99.

[43] Sobre a distinção entre *caso fortuito e força maior* não há consenso doutrinário e jurisprudencial. Os elementos que alguns entendem caracterizar o *caso fortuito* outros afirmam integrar o conceito de *força maior.* De qualquer sorte, a despeito das divergências doutrinárias, o fato é que a lei não os distingue conceitualmente e atribui tanto a um quanto ao outro os mesmos efeitos – a liberação da responsabilidade, diante da ausência (ou ruptura) do nexo de causalidade. Na jurisprudência, é de se referir acórdão do STJ, da lavra do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, no qual se toma posição acerca das divergências doutrinárias: "Segundo qualificada doutrina, que encontrou eco nesta Corte, caso fortuito é 'o acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes', enquanto a força maior é o 'fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer', com a observação de que o traço que os caracteriza não é a imprevisibilidade, mas a inevitabilidade" (STJ, 4ª T., REsp 258707-SP, v.u., j. 22.8.2000, DJU 25.9.2000, p. 111, RT 785/208).

[44] "A responsabilidade por danos de animais", artigo publicado no jornal *Valor Econômico* (20.03.02).

13 Da responsabilidade civil pelo fato das coisas

Costuma-se estudar sob a denominação *"responsabilidade civil pelo fato das coisas"* as duas espécies de responsabilidade civil previstas nos arts. 937 e 938 do novo Código Civil, que correspondem exatamente às duas hipóteses reguladas nos arts. 1.528 e 1.529 do código de 16. Trata-se, aqui, de tradicionais figuras já disciplinadas pelo direito romano, sob a denominação de *actio de positis et suspensis* e *actio de effusis et dejectis.* Também aqui não houve qualquer inovação. A mesma interpretação que vigorava sob a égide do código antigo, no sentido de vislumbrar em ambas as hipóteses casos de responsabilidade objetiva, deverá ser mantida[45]. Da mesma forma deverá prosseguir-se na interpretação ampla do vocábulo "ruína", constante do art. 937, no sentido de abranger não só a ruína total, mas também a ruína parcial e a simples queda de partes da edificação, como, por exemplo, queda de marquises, de sacadas, de rebocos, muros, etc.

Analisaremos, agora, algumas questões relativas à indenização por danos pessoais, à responsabilidade dos profissionais da saúde e à prescrição.

14 Da indenização em caso de danos à pessoa

Embora não diga respeito à questão do modelo de responsabilidade civil, se subjetiva ou objetiva, alguma novidade comparece na nova disciplina legal dos danos à integridade física. O novo art. 949 corresponde substancialmente ao antigo art. 1.538, com exceção da parte final do dispositivo, além da substituição da expressão *ferimento* pelo vocábulo *lesão.* No sistema anterior, a indenização deveria abranger as despesas de tratamento e os lucros cessantes até o fim da convalescença, *além da importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente.* A inovação está, portanto, na supressão dessa referência à multa criminal, substituída que foi pela expressão *"além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido"*[46].

Na identificação dos <u>*outros prejuízos*</u> que a vítima venha a alegar ter sofrido, será de grande auxílio o recurso ao direito comparado. Isto porque em se tratando de tema de escassa densidade legislativa em todos os sistemas contemporâneos, e tratando-se de situação existencial substancialmente homogênea nos diversos sistemas jurídicos, não há qualquer razão para rechaçar as experiências estrangeiras.

Tanto na experiência francesa como na americana, por exemplo, a jurispru-

[45] Exemplo do caráter objetivo dessa responsabilidade é o seguinte acórdão, fundado no art. 1.529 do velho código: "Responsabilidade civil. Objetos lançados da janela de edifícios. A reparação dos danos è responsabilidade do condomínio. A impossibilidade de identificação do exato ponto de onde parte a conduta lesiva, impõe ao condomínio arcar com a responsabilidade reparatória por danos causados a terceiros. Inteligência do art. 1.529 do Código Civil Brasileiro" (STJ, 4ª. T., REsp 64682/RJ, DJ de 29.03.99).

[46] "Responsabilidade civil. Dano estético. Perda de um dos membros inferiores. Acumulação com o dano moral. Devido a título diverso do que justificou a concessão do dano moral, é o dano estético acumulável com aquele, ainda que oriundos do mesmo fato. Precedentes" (STJ, 4ª. T., AGA 100877/RJ, DJ de 15.10.96); no mesmo sentido: STJ, 2ª. T., REsp 68668/SP, DJ de 04.03.96.

dência vem reconhecendo crescentemente novos tipos de danos justificativos de indenizações especiais, isto é, independentes daquela que tem por finalidade reparar a incapacidade física como tal, de que são exemplo o "prejuízo sexual", o "prejuízo juvenil" (entendido como a dor particular que provoca, em um jovem, a consciência de sua própria degradação física e da perda da esperança de uma vida normal), "prejuízo à capacidade matrimonial", dentre outros[47] .

O Prof. Clóvis do Couto e Silva, a respeito dos danos biológicos, entendia aplicável ao direito pátrio a distinção germânica entre danos pessoais *primários* (consistentes na morte ou nos ferimentos em si considerados) e *secundários* (que seriam aqueles relativos às conseqüências resultantes das lesões)[48]. Já a doutrina italiana prefere rotular diversamente tal distinção relativa aos danos biológicos: fala-se em *aspecto estático* (entendido como a mera diminuição da integridade psicofísica) e em *aspecto dinâmico* (consistente nas conseqüências causadas pelos danos biológicos sobre as atividades laborais ou extralaborais da vítima), devendo ambos os aspectos serem indenizados[49].

Ainda é o caso de lembrar a indenizabilidade do *préjudice d'agrément* na jurisprudência francesa, assemelhado ao *loss of amenities of life* da jurisprudência anglo-americana. Em ambos os casos, trata-se de indenizar a privação que uma pessoa sofreu, em virtude das lesões causadas por outrem, da possibilidade de gozar dos prazeres da vida, próprios de sua idade, cultura e meio social em que vive (atividade sexual, esporte, lazer, dança, variedade gastronômica, etc)[50] . O conceito inicialmente era aplicado restritivamente, abrangendo apenas as hipóteses em que o ferido, antes das lesões, havia se destacado em atividades desportivas ou artísticas. A partir de uma lei francesa de 1973, a noção adquiriu maior amplitude, passando a se definir como "a diminuição dos gozos da vida causada pela impossibilidade de dedicar-se a algumas atividades prazerosas normais"[51] .

Segundo Clóvis do Couto e Silva[52] , não seria fácil "separar, em alguns casos, essa indenização do *pretium doloris* e até mesmo do dano estético, podendo até mesmo o *préjudice d'agrément* abranger a perda do gosto, do olfato, quando considerado no seu sentido mais amplo". Segundo o saudoso Professor,

> não se tem considerado [no direito brasileiro] como indenizável 'a perda das atividades de lazer', razão pela qual a resposta seria claramente nega-

[47] Sobre tais aspectos, consulte-se Ricardo de Angel Yágüez, *Algunas previsiones sobre el futuro de la Responsabilidad civil,* Madrid, Ed. Civitas, 1995, p. 141ss. Aliás, este autor refere a Resolução n. 75-7 do Conselho da Europa, cujo art. 11 recomenda a indenização, a título de danos morais decorrentes de lesões corporais, de "perturbações e desgostos tais como mal-estar, insônia, sentimento de inferioridade, diminuição dos prazeres da vida, produzida sobretudo pela impossibilidade de dedicar-se a certas atividades de lazer" (*op. cit.,* p. 144).

[48] *Op. loc. cit.*

[49] Sobre o tema, cf. Pier Giuseppe Monateri, *Trattato di Diritto Civile, Le Fonti delle Obbligazioni,* vol. 3, *La Responsabilità Civile,* Torino, Utet, 1998, p. 529.

[50] Sobre tal rubrica, no direito francês e inglês, consultem-se GENEVIÈVE VINEY & BASIL MARKESINIS, *La reparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français,* Paris, Economica, 1985, esp. pp. 70/71.

[51] Cf. Francesco Donato Busnelli, "Problemas de la clasificación sistemática del daño a la persona", *in:* Mosset Iturraspe, Díez-Picazo e outros (org.), *Daños,* Buenos Aires, Depalma, 1991, p. 38.

[52] "O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado", Revista dos Tribunais, vol. 667 (1991), p. 15.

> tiva a quem pretendesse essa indenização, muito embora a reparação ampla do dano extrapatrimonial devesse permitir esse tipo de indenização", acrescentando ainda o mestre, que uma interpretação ampla do art. 5°, inc. X, da Constituição Federal poderia embasar a concessão de uma tal indenização[53].

Agora, com cláusula geral remissiva do art. 949 do novo código (*além de algum outro prejuízo),* acreditamos que o novel ordenamento permite o acolhimento de tal pretensão, até mesmo diante de uma necessária visão constitucionalizada do direito civil, já que os direitos da personalidade foram grandemente valorizados na Carta de 88, vindo a receber agora também a proteção do código do cidadão.

Na experiência italiana, os danos decorrentes de lesão corporal são tradicionalmente denominados de *danos à pessoa* ou *danos biológicos*[54], sendo igualmente perceptível a tendência de cada vez mais discriminarem-se outros tipos de danos, com quantificação autônoma, como é o caso, por exemplo, dos *danos psicológicos*[55], caracterizados como representativos de um comprometimento durável e objetivo que diga respeito à personalidade individual na sua eficiência, na sua adaptabilidade, no seu equilíbrio. Trata-se, portanto, de um dano consistente, não efêmero nem meramente subjetivo, e que reduz, de alguma forma, as capacidades, as potencialidades, enfim, a qualidade de vida da pessoa.

Também da experiência italiana podemos retirar alguma inspiração para ajudar na resolução do espinhoso problema da avaliação dos danos à saúde. Não há como fugir de considerações pontuais, tendo em vista a unicidade dos fatos que se apresentam à apreciação do juiz. Porém, para um sistema jurídico que se pretende orgânico, racional, sistemático e minimamente previsível, constitui exigência lógica de operacionalidade a existência de um mínimo de uniformidade (ou ao menos de harmonização) de critérios[56].

Por outro lado, não houve qualquer modificação no sistema legislativo quanto aos critérios para a fixação do valor da indenização das lesões pessoais incapacitantes, pois o art. 1.539 do velho código foi reproduzido *ipsis litteris* no *caput* do art. 950 do novo diploma.

A novidade se encontra no parágrafo único do novo art. 950, que dispõe sobre a forma de pagamento. De fato, o novo dispositivo refere que "o *prejudicado, se*

---

[53] *Op. loc. cit.*

[54] A Professora Judith Martins-Costa ("Os danos à pessoa e a natureza da sua reparação", *in A Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo, R. T., 2002, pp. 408/446) refere ter sido a doutrina italiana a primeira a utilizar a expressão "danos à pessoa" (à qual posteriormente agregou-se a denominação "danos biológicos") para referir-se a "quase todos os danos extrapatrimoniais que estivessem conexos a qualquer lesão ao bem jurídico 'saúde', entendido em seu mais amplo sentido, seja saúde física, seja o bem-estar psíquico ou mental" (*op. cit.*, p. 418).

[55] Sobre o tema, para uma análise transdisciplinar, consulte-se a obra coordenada por Daniela Pajardi, denominada *Danno biologico e danno psicologico.* Milano: Giuffrè, 1990.

[56] Na Itália, há quem defenda (Prof. Busnelli) que se faça recurso à eqüidade, mas substanciando-a com referências concretas a precedentes jurisprudenciais, de onde se pode retirar informações sobre a média de somas liqüidadas em casos análogos. Alguns tribunais italianos seguiram essa orientação, entendendo que, em qualquer situação, cabe ao juiz fixar, por arbitramento, o valor dos danos, levando em consideração todas as circunstâncias presentes no caso (danos primários e secundários, ou estáticos e dinâmicos). Nesse sentido se orienta, aliás, a prática jurisprudencial brasileira.

preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez." A prática jurisprudencial vigente é no sentido que os danos emergentes e os danos extrapatrimoniais são arbitrados em valor único e pagos de uma só vez. Já em relação aos danos materiais sob a modalidade de lucros cessantes – e esse é o caso de pensão alimentícia devido quer em caso de morte, quer em caso de lesões incapacitantes – costuma-se fixar o valor da pensão em forma de múltiplos de salários-mínimos, a serem pagos mensalmente. Pois bem, o novo dispositivo legal aparentemente atribui ao lesado, *somente na hipótese prevista no caput do art. 950,* a escolha entre receber uma pensão mensal – provavelmente vitalícia – ou receber a indenização em um único pagamento[57] .

Para encerrar esse capítulo, saliente-se que o novo código não estabeleceu disciplina específica para o caso de dano estético, que, sob o velho estatuto, encontravam-se previstos nos dois parágrafos do art. 1.538. Nem por isso, obviamente, deixou o mesmo de ser reparável – até mesmo concomitantemente com danos mo-

Diante do evidente risco de dispersão de critérios, outros tribunais italianos buscaram uma maior objetivação em tal setor. Um primeiro critério em tal direção consiste no chamado *método genovês*, que consistia substancialmente na multiplicação do triplo do valor da pensão previdenciária anual, devida ao inválido, por um coeficiente fixado em função da idade da vítima e do seu grau de invalidez. Justamente pela mecanicidade de tal critério, que deixava de considerar variáveis importantes dos casos concretos, a Corte de Cassação (órgão de cúpula do Poder Judiciário italiano), em 1993 (acórdãos de n. 357 e 2009), vetou a utilização do mesmo.

Um segundo critério objetivo foi então construído por outro setor da magistratura italiana. Trata-se do denominado *método pisano* (em alusão à cidade de Pisa, onde foi desenvolvido). Referido método leva em consideração o *aspecto estático* das lesões, entendido como a mera diminuição da integridade psicofísica, bem como o *aspecto dinâmico*, consistente nas conseqüências das lesões sobre as atividades, laborais ou não, da vítima. O método pisano, bem mais complexo do que o anterior, aceita os percentuais de invalidez predispostos em tabelas previdenciárias e securitárias, e os aplica sobre os valores fixados em precedentes jurisprudenciais pertinentes. A partir daí, fazem-se ajustes ao caso concreto, mediante juízo de eqüidade.

Em verdadeiro movimento pendular, voltou-se, em tempos mais recentes, a uma maior objetivação na fixação dos valores. Alguns tribunais italianos (com destaque para o tribunal milanês), em curioso fenônemo de *autoregulamentação* visando uniformizar o setor, elaboraram autênticas *tabelas* para a liquidação dos danos biológicos. Na tabela adotada pela *Conferência dos Presidentes de Câmaras* do Tribunal de Milão, em 1995 (atualizada em 1996), o valor monetário básico do percentual de invalidez permanente, estabelecido com base na média extraída dos precedentes jurisprudenciais, sofre variação de acordo com o grau de invalidez (de 1% a 100%) e de acordo com a idade da vítima. Assim, o valor básico é multiplicado pelo grau de invalidez do caso concreto e pelo coeficiente multiplicador relativo à idade.

Tendo em vista a proliferação de tais tabelas, por outras jurisdições, em 1996 um Grupo de Pesquisas patrocinado pelo Consiglio Nazionale di Ricerca (assemelhado, grosso modo, ao nosso CNPq), elaborou uma *Tabella Indicativa Nazionale,* que representa a média dos índices e valores encontrados nas diversas tabelas regionais. Experiência semelhante (elaboração de uma tabela indicativa, para uso nacional), foi levada a efeito em solo britânico, com a elaboração, já em 1991, de *Guidelines for the Assessment of Damages in Personal Injury Cases,* por parte do *Judicial Studies Board*. Sua estrutura é diversa, porém, os objetivos são semelhantes.

Uma ampla análise de tais experiências, de onde recolhemos as informações supra, encontra-se em Pier Giuseppe Monateri, *Trattato di Diritto Civile, Le Fonti delle Obbligazioni,* vol. 3, *La Responsabilità Civile,* Torino, Utet, 1998, p. 527ss, obra na qual inclusive são reproduzidas as tabelas acima referidas.

[57] Pensamos que tal regra não deva ser interpretada literalmente, no sentido de conferir ao lesado verdadeiro direito subjetivo. Parece mais razoável entender-se que a nova regra permite ao juiz que, a pedido da vítima e sopesadas todas as circunstâncias do caso, arbitre a indenização em montante único. Dentre as circunstâncias a serem avaliadas pelo magistrado, sobrelevam o valor da indenização a ser pago e as condições socioeconômicas do responsável e da vítima.

Na hipótese do pagamento único, porém, obviamente que o valor da indenização não deverá corresponder simplesmente à soma de todas as prestações futuras, devendo haver uma substancial redução do valor da compensação econômica, pois o valor recebido antecipadamente poderá ser aplicado e gerar renda – o que deverá ser considerado pelo juiz.

rais puros, já que ambos são espécies de danos extrapatrimoniais. Agora, o seu fundamento legal passou a ser genérico e não específico, enquadrando-se na cláusula geral dos arts. 186 e 927 (aplicáveis a qualquer tipo de dano), ou na previsão um pouco mais específica do art. 949, parte final ("*além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido*"), do novo código civil.

15 Responsabilidade civil na área da saúde

Inovações meramente formais novamente comparecem em tema de responsabilidade civil na área da saúde, comumente designada de responsabilidade civil médica ou do médico, cujos princípios sempre foram tidos como extensíveis aos demais operadores na área da saúde. O código de Miguel Reale adota, em seu art. 951, cláusula mais genérica e tecnicamente mais aperfeiçoada, comparada com a anterior. Não mais se enumeram os profissionais aos quais se aplicaria o preceito. Adota-se a expressão mais abrangente "*aquele que, no exercício de atividade profissional*". Destarte, a cláusula geral prevista neste dispositivo legal abrange não só os profissionais que eram expressamente nominados no velho código (médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas), mas todos aqueles que atuam profissionalmente na área da saúde, como os enfermeiros, fisioterapeutas, massagistas, laboratoristas (bioquímicos), psicólogos, psicoterapeutas, ópticos, dietistas, auxiliares de radiologia, fonoaudiólogos, técnicos em calçados ortopédicos, etc[58].

Ressalte-se que também guarda pertinência com o tema o disposto no art. 15, que estabelece que *ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica*". Aliás, mesmo na ausência de risco de vida ninguém poderia ser compelido a submeter-se a qualquer tratamento, diante do princípio geral da liberdade ("ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" – art. 5°, inc. II, da CF/88). Tampouco se fez referência ao requisito do consentimento informado, que norteia o moderno sistema jurídico que regula a relação médico-paciente. Trata-se do dever do médico de esclarecer e informar o paciente, em modo claro e inteligível, do quadro clínico diagnosticado, apresentando-lhe as alternativas de tratamento (quer clínico, quer cirúrgico), expondo-lhe os riscos e possíveis conseqüências de cada uma das alternativas, com os correlativos benefícios e vantagens. Assim informado, o paciente poderá fazer uma escolha consciente. A ausência de previsão legal não significa, porém, que tal requisito não mais seja necessário, pois a lei sabidamente não representa todo o direito, sendo apenas uma parte (embora a mais importante, na nossa tradição jurídica) do mesmo. O direito é constituído tam-

[58] Sobre os profissionais que são considerados, por lei, auxiliares da medicina, na Argentina, consulte-se Felix A. Trigo Represas, *Responsabilidad civil de los profesionales,* Buenos Aires, Ed. Astrea, 1987, p. 119ss. Sobre a responsabilidade médica na Inglaterra, consulte-se a monumental obra de B. S. Markesinis & S. F. Deakin, *Tort Law,* Oxford, Clarendon Press, 1994, 3ª ed., esp. pp. 228 a 267.

Sobre a responsabilidade dos médicos, em todos os seus aspectos, imprescindível a consulta, na literatura pátria, de Miguel Kfouri Neto, *Responsabilidade Civil do Médico,* São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003, já em sua 5ª edição, bem como da obra *Direito & Medicina – Aspectos jurídicos da Medicina,* coordenada pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

bém por outros formantes (com destaque para a jurisprudência e a doutrina), sendo que a exigência de tal requisito (do consentimento informado) está solidamente radicada nos mesmos. Além disso, tal exigência consta também dos códigos deontológicos da profissão médica em todos os países civilizados.

Quanto ao mais, manteve-se o regime da responsabilidade subjetiva, vinda do código anterior e reafirmada no Código de Defesa do Consumidor (art. 14, §4º), desde que se trate de atividade desempenhada na condição de profissional liberal. Em se tratando, porém, de prestação que se enquadre como relação de consumo, aplica-se o Estatuto do Consumidor, inclusive quanto ao regime da responsabilidade objetiva (salvo quanto aos profissionais liberais) e à inversão do ônus da prova[59], na forma prevista nos arts. 14 e 6°, VIII, do C.D.C. É o caso da responsabilidade dos hospitais[60], clínicas médicas, laboratórios, etc.

Substancialmente, portanto, permanece válida a orientação jurisprudencial formada sob a égide do código Beviláqua a respeito da responsabilidade civil dos médicos.

16 Da prescrição

A prescrição da pretensão condenatória derivada de responsabilidade civil

[59] O ônus da prova, aliás, é o grande problema da responsabilidade civil médica. Em poucas relações profissionais encontra-se uma das partes em situação de maior vulnerabilidade. Daí a necessidade de, mesmo mantendo-se sob a égide do regime da culpa o problema da responsabilidade civil médica, facilitar-se a defesa dos interesses do paciente. E isso se pode fazer através do mecanismo da inversão do ônus da prova (na forma prevista no Código de Defesa do Consumidor), a critério do julgador e relativamente a determinados aspectos do *thema decidendum*. Outros mecanismos podem ser lembrados, que visam facilitar a situação do paciente, quanto ao ônus probatório, como a teoria da *carga probatória dinâmica*, segundo a qual, o ônus probatório deve recair sobre a parte que se encontrar em melhores condições de produzir determinada prova (sobre este tema, v. Luís Andorno, "La responsabilidad civil medica", *AJURIS*, 59/224; Ruy Rosado de Aguiar Jr., "Responsabilidade civil do médico", *Revista dos Tribunais*, 718/39; Miguel Kfouri Neto, *Culpa Médica e Ônus da Prova.* São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2002; Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior. "Distribuição dinâmica dos ônus probatórios", *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, n. 280 [fev. 2001], p. 5-20).

Uma outra teoria que costuma ser aplicada em caso de responsabilidade médica é a da *res ipsa loquitur* (a coisa fala por si). Parte-se da idéia de que em determinadas circunstâncias, a simples ocorrência de um certo evento é suficiente para permitir a presunção (extremamente relativa, diga-se logo) de que o mesmo deve ter decorrido de algum procedimento culposo.

A teoria da *perda de uma chance* também tem aplicação em tema de responsabilidade civil médica. A rigor, uma tal teoria deve ser discutida no âmbito da análise do nexo causal, pois envolve aquelas hipóteses em que não se tem certeza se uma determinada ação tempestiva teria tido o condão de evitar um mal ou de obter um resultado positivo. Todavia, diante da relavância dos interesses em jogo, a inação torna-se intolerável e este juízo de reprovabilidade seria suficiente para se responsabilizar civilmente, por omissão, quem deixou de agir. No campo da medicina, exemplo adequado seria o do médico plantonista que, recebendo um paciente grave no meio da noite, examina-o e resolve encaminhá-lo para cirurgia apenas na manhã seguinte. Antes do amanhecer, porém, o paciente vem a falecer. Restaria, então, a dúvida: se a operação fosse realizada ainda durante a noite, ter-se-ia logrado evitar o óbito, ou este ocorreria de qualquer forma, diante da gravidade do estado do paciente? Nenhuma resposta absolutamente conclusiva poderá ser dada em tal hipótese. Mas basta, no caso, que se tenha negado ao paciente a chance, a expectativa, a esperança de sucesso com uma tempestiva intervenção cirúrgica, para que se tenha configurada a potencial responsabilidade civil do médico. Obviamente, em tal caso, poderá o médico demonstrar que sua intervenção em momento anterior igualmente seria inócua, diante da gravidade do caso. Isto porque quando está em jogo a vida humana, basta uma pequena probabilidade de sucesso de uma tempestiva intervenção, para que se tenha como subsistente o nexo de causalidade adequada entre a omissão e o evento danoso subseqüente. Para mais informações sobre a aplicação da teoria da *perte d'une chance* no âmbito do direito comparado, consulte-se V. Zeno-Zencovich, "La Responsabilità Civile", *in*: G. Alpa *et alii*, *Diritto Privato Comparato – Istituti e problemi*, Bari, Laterza, 1999, p. 271ss.

[60] "Responsabilidade civil. Indenização por danos sofridos em conseqüência de infecção hospitalar. (…) I. Tratando-se da denominada infecção hospitalar, há responsabilidade contratual do hospital relativamente à incolumidade do paciente (...) II – Essa responsabilidade somente pode ser excluída quando a causa da moléstia possa ser atribuída a evento específico e determinado. (…)" (STJ, 4ª. T., REsp 116372/MG, DJ de 02.02.98); no mesmo sentido: TJRS, A.C. 595060146, j. em 19.12.95, rel. Des. Osvaldo Stefanello.

extracontratual ocorria em 20 anos, na forma do art. 177 do velho código, em virtude da regra prevista no art. 179. No novo diploma, o prazo prescricional é drasticamente reduzido para três anos (art. 206, par. 3°, inc. V). Trata-se de sensível mudança.

Quanto aos fatos danosos ocorridos antes da entrada em vigor do novo Código, a disposição transitória do art. 2.028 prevê que "serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada".

Da conjugação dos dois elementos que compõem tal suporte fático, deduz-se que a prescrição vintenária só continuará aplicável para os eventos danosos ocorridos até 11 de janeiro de 1.993. A todos os fatos ocorridos a partir de tal data, aplica-se a prescrição trienal prevista na nova codificação, contado o prazo a partir da data da entrada em vigor do novo diploma[61].

CONCLUSÕES

Do quanto foi exposto, embora sem maiores aprofundamentos, podem ser extraídas algumas conclusões:

O novo código manteve a culpa (responsabilidade subjetiva), como fundamento básico da responsabilidade civil, como se percebe da cláusula geral do novo art. 186;

Robusteceu-se, porém, a tendência de objetivação da responsabilidade civil. Além de hipóteses pontuais de responsabilidade objetiva, como é o caso da nova responsabilidade subsidiária e mitigada dos incapazes (art. 928), da responsabilidade por ato lícito (arts. 188, I e II, c/c arts. 929 e 930, parágrafo único), da responsabilidade civil pelo ato de outrem (art. 932 c/c art. 933), da responsabilidade pelo fato dos animais (art. 936), das vetustas *actio de positis et suspensis* (art. 937) e *actio de effusis et dejectis* (art. 938), o novo diploma civilista criou três cláusulas gerais de responsabilidade objetiva, de notável força expansiva. É o caso do exercício inadmissível de posições jurídicas, ou abuso do direito (art. 187), da responsabilidade objetiva por risco criado (art. 927, parágrafo único), e da responsabilidade pelo fato do produto (art. 931);

Não restou desautorizada toda a jurisprudência formada sob a égide do velho código civil, tendo o novo codificador recebido substancialmente as criações jurisprudenciais (como a responsabilidade objetiva pelo fato de outrem, embora anteriormente disfarçada com o rótulo de presunção de culpa; bem como o princípio da relevância civil da concorrência de culpas);

Confirmou-se, igualmente, os desenvolvimentos jurisprudenciais ocorridos em matéria de responsabilidade civil pelo fato da morte e por danos à pessoa, ao se

[61] Foi esta a interpretação que acabou por prevalecer na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (STJ), em Brasília, em setembro de 2002. O enunciado da 14ª proposição, a respeito do art. 2.028, foi o seguinte: "A partir da vigência do novo Código Civil, o prazo prescricional das ações de reparação de danos que não houver atingido a metade do tempo previsto no Código Civil de 1916 fluirá por inteiro, nos termos da nova lei (art. 206)".

reproduzir substancialmente as rubricas indenizatórias/compensatórias já previstas sob o antigo código, acrescentando-se, porém, que tais previsões não excluem outras reparações (parte final do *caput* dos artigos 948 e 949);

O prazo prescricional das pretensões ressarcitórias por responsabilidade civil foi reduzido sensivelmente, abandonando-se a prescrição vintenária e adotando-se a prescrição trienal, adequando-se aos modelos existentes no direito comparado;

Como toda obra humana, é possível vislumbrar-se deficiências na nova sistemática da responsabilidade civil, principalmente se, com o auxílio do direito comparado, imaginar-se um sistema ideal, através da seleção do que há de melhor em cada um dos ordenamentos jurídicos mais conhecidos do mundo ocidental. Todavia, comparando-se globalmente a nova sistemática com os demais modelos existentes, conclui-se que o novo código (e aqui estou considerando apenas o formante legislativo, comparando-o com os sistemas legislativos alhures existentes, sem focar os desenvolvimentos jurisprudenciais de parte a parte) insere-se entre os modelos mais avançados. A técnica das cláusulas gerais, largamente utilizadas no âmbito da nova sistemática da responsabilidade civil, permitirá grandes desenvolvimentos jurisprudenciais, o que permitirá, inclusive, corrigir eventuais insuficiências ou deficiências presentes na obra legislativa. Até porque, como salientou o Prof. Miguel Reale, "*a estrutura hermenêutica é um complemento natural da estrutura normativa*"[62], motivo pelo qual

> o Código surge com a idéia de deixar algo a cuidado da doutrina e da jurisprudência, as quais virão a dar conteúdo vivo às normas, na sua expressão formal, para que se atinja a concreção jurídica, isto é, a correspondência adequada dos fatos às normas segundo o valor que se quer realizar[63].

Aliás, essa já era a recomendação de Portalis, o mais importante dos quatro redatores do *Code Civil* francês (que neste ano completa duzentos anos de ininterrupta vigência), em sua exposição de motivos:

> une foule de choses sont nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges. L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir des principes fécondes en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à diriger l'application"[64].

[62] REALE, Miguel. **O Projeto de Código Civil:** Situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 12.

[63] *Op. cit.*, p. 9.

[64] Trad. livre: "inúmeras questões são necessariamente deixadas ao império dos usos, às discussões entre as pessoas instruídas e ao arbítrio dos juízes. A tarefa própria das leis é de fixar, através de grandes linhas, as máximas gerais do direito; de estabelecer princípios que sejam fecundos de conseqüências, e não de descer aos detalhes das questões que podem se originar de cada matéria tratada. Cabe ao magistrado e ao jurisconsulto, imbuídos do espírito geral das leis, dirigir-lhe a aplicação" – *apud* Antonio Gambaro e Rodolfo Sacco, *Sistemi Giuridici Comparati,* volume integrante do *Trattato di Diritto Comparato* (dirigido por R. Sacco), Torino: U.T.E.T., 1996, p. 299.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

Márcia Regina Lusa Cadore Weber

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS
2 ASPECTOS RELEVANTES NO DIREITO BRASILEIRO ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO
2.1 Responsabilidade Civil. Natureza da relação jurídica entre médico e paciente Responsabilidade subjetiva e contratual. Obrigação de Meio
2.2 Dever de Informação e Consentimento do Paciente
2.3 A culpa médica e o ônus da prova
CONCLUSÃO
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que se constitui num Estado Democrático de Direito, é a dignidade humana, nos termos do artigo 1°, inciso III da Constituição Federal de 1988.

O respeito à dignidade humana, uma vez consagrado na Constituição Federal, é alicerce de toda a ordem jurídico-democrática. Como leciona Gustavo Tepedino: "Se o direito é uma realidade cultural, o que hoje parece fora de dúvida, é a pessoa humana, na experiência brasileira, quem se encontra no ápice do ordenamento, devendo a ela se submeter legislador ordinário, o intérprete e o magistrado" [1].

Seguindo-se os ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes, tem-se que o conceito jurídico de dignidade humana assenta-se em quatro princípios jurídicos: igualdade, integridade física e moral (psicofísica), liberdade e solidariedade[2]. Segundo a mesma autora no princípio da proteção à integridade psicofísica da pessoa humana estão contemplados, tradicionalmente, apenas o direito de não ser torturado e o de ser titular de certas garantias penais, como o tratamento do preso nas detenções e nos interrogatórios, a proibição de penas cruéis, etc. Na esfera cível, no entanto, a integridade psicofísica vem servindo a garantir numerosos direitos de personalidade (vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal), instituindo o que se poderia entender como um amplíssimo "direito à saúde". A saúde aqui deve ser compreendida enquanto completo bem-estar físico e social.

Presente a tutela constitucional da integridade psicofísica da pessoa humana, assume especial relevância o estudo do dever de reparar os danos decorrentes de sua violação. Tais danos têm origem nas mais variadas situações e circunstâncias, inclusive da ação ou omissão daquele profissional procurado com vistas à preservação do bem-estar físico e psíquico das pessoas: o médico.

No exercício profissional da medicina, uma falha pode ter conseqüências irreparáveis: morte, incapacitação para o trabalho, para a vida social, etc. Por isso, como diz Tepedino,

> "em qualquer circunstância e acima de qualquer outro interesse pecuniário, profissional ou mesmo científico, deve o médico zelar pela integridade psicofísica do paciente e por sua dignidade, expressão da tutela constitucional incluída no rol dos fundamentos da República"[3].

Lembra Ruy Rosado de Aguiar Junior que, durante muitos anos, a função do médico esteve revestida de "caráter religioso e mágico, atribuindo-se, aos desígnios de Deus a saúde e a morte"[4]. Nesse contexto, seria desarrazoado imputar-lhe qualquer

[1] TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. Editorial. **Revista Trimestral de Direito Civil**-RTDC, São Paulo, v. 2, p. V-VI, 2000.
[2] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**:Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85/86.
[3] TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, a. 51, n. 311 , p. 25, 2003.
[4] AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 718, p. 33, ago./1995.

responsabilidade, pois apenas participava como figurante de um ritual dependente da vontade divina. No final do século XIX e nos primórdios do século XX, diz o jurista gaúcho, o médico era visto como um profissional cujo título lhe garantia a onisciência: era médico de família, amigo e conselheiro. Enfim, figura social que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços e, menos ainda, a litigância sobre eles.

No entanto, embora se possa admitir que o médico ainda é por muitos reverenciado, as circunstâncias acima referidas atualmente estão modificadas, como descrito por Vera Fradera:

> A partir do momento em que se inaugurou o sistema da medicina socializada, na grande maioria dos países, houve uma transformação radical na forma do relacionamento médico-paciente, pois, de uma relação amistosa, se transformou em um contato frio e impessoal, em que o médico vê no paciente um desconhecido, alguém que, provavelmente, lhe foi encaminhado por outro médico ou por um serviço de assistência médica do Estado, enquanto que, para o paciente, o médico é apenas um técnico, com o qual manterá um relacionamento estritamente profissional[5].

Até a denominação dos sujeitos da relação foi alterada, constata Ruy Rosado, "passando para usuário e prestador de serviços, tudo visto de uma ótica de sociedade de consumo, cada vez mais consciente de seus direitos, reais ou fictícios e mais exigente quanto aos resultados"[6].

Como decorrência, ainda que no Brasil, comparativamente a outros países, não seja tão expressiva a busca da responsabilização dos médicos pelos danos decorrentes de seus atos profissionais, verifica-se que os usuários dos serviços médicos principiam a ter uma idéia clara de seus direitos enquanto pacientes e, aos poucos, vai se consolidando, a possibilidade de identificar o erro inescusável, a imperícia inadmissível, a negligência, que impelem as pessoas à busca da reparação[7].

Não se pode olvidar, por outro lado, que o extraordinário avanço da medicina, do qual decorre a ampliação dos recursos postos à disposição do profissional médico, não só aumenta as expectativas de cura, como também o risco de equívocos na persecução desta. Contrastando com o avanço da tecnologia, tem-se a notória carência de recursos a subsidiar o serviço de saúde pública, o que, sem dúvida, influi de modo extremamente negativo na atuação do médico. Ainda em contraste com o avanço da tecnologia, tem-se o despreparo dos profissionais, incrementado pela proliferação de cursos de Medicina em escolas sem nenhuma tradição no ensino médico[8]. Tudo, pois, a contribuir para o incremento de demandas buscando a responsabilização civil do profissional médico em razão de seus atos[9], do que decorre a extrema necessidade de intensificarem-se os estudos dos operadores do Direito acerca do tema.

[5] FRADERA, Vera. Responsabilidade Civil dos Médicos. **Revista da AJURIS**, Edição Temática sobre Responsabilidade Civil, 2002, p. 233.
[6] AGUIAR JUNIOR, op. cit., p. 33.
[7] KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 33.
[8] Na obra **Culpa Médica e Ônus da Prova**, São Paulo: RT, 2002, p. 19 e seguintes, Miguel Kfouri Neto apresenta estatísticas acerca do aumento dos cursos médicos, bem o perfil do profissional e as condições facilitadoras do erro médico. Apresenta ainda inúmeros casos de erro médico constatado.
[9] A estas causas Ruy Rosado de Aguiar Junior acrescenta como causa ao incremento de demandas a exploração sensacionalista da imprensa, op. cit, p. 34.

2 ASPECTOS RELEVANTES NO DIREITO BRASILEIRO ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

2.1 Responsabilidade Civil. Natureza da relação jurídica entre médico e paciente. Responsabilidade subjetiva e contratual. Obrigação de Meio.

Segundo José Aguiar Dias a responsabilidade civil "é reflexo da própria evolução do direito"[10], sendo inspirada na mesma preocupação com a harmonia e o equilíbrio que orientam o direito. Por esta razão, explica que, malgrado os esforços dos juristas, foi impossível até hoje estabelecer uma teoria unitária e permanente para a responsabilidade civil: "O instituto é essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que envolve a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época o meio pelo qual, em face da nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, se assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes"[11].

Presente o dinamismo acima destacado e, bem assim, a evolução histórica da responsabilidade civil[12] tem-se hoje que seu foco recai no imperativo de reparar um dano, tendência assim descrita por Ricardo Luís Lorenzetti:

> "El derecho mira a la victima, y ya no le interessa castigar, sino reparar, y es preciso atender a la reparacion del daño injustamente sofrido, antes que al injustamente causado". [...]Ên el aspecto obrigacional tiene um gran valor paradigmático y explicativo la doctrina que distingue entre deuda y responsabilidad, que trato de trasladar la atención desde la sujeición el deudor a la expectativa de cumplimento del credor sobre el patrimônio del solvens. La deuda es el deber del deudor de adoptar um determinado comportamiento, y la responsabilidad es poder atribuído al credor de exigir coactivamente la prestación. Entonces, la responsabilidade es um "poder de agresión patrimonial' y fundamentalmente um crédito"[13].

Em que pese a tendência moderna de ampliar cada vez mais a responsabilidade civil e as possibilidades de que todo dano venha a ser reparado importe num necessário afastamento do princípio da culpa, parece certo afirmar, como o faz Facchini, que mesmo no Código Civil de 2002, "a responsabilidade subjetiva continua sendo o fundamento básico de toda a responsabilidade civil: o agente só será responsabilizado, em princípio, se tiver agido com culpa"[14]. Deste regime não se afastou o Código Civil de 2002 no que se refere à responsabilidade civil do profissional médico[15]. Aliás, a necessidade de investigação da culpa como pressuposto para

[10] DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. I, p. 23.
[11] Ibidem, p. 25
[12] Que não será abordada em razão dos limites deste trabalho.
[13] LORENZETTI, Ricardo Luís. **La Responsabilidad Civil**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 46, p. 41, abr./jun. 2000.
[14] FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no novo Código. In: SARLET, Ingo (org). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 165.
[15] Assim entendido como aquele que tem habilitação universitária e exerce a medicina com habitualidade, vivendo de seu trabalho.

responsabilização do profissional médico em decorrência de eventuais atos praticados com violação a dever imposto pelo contrato, pela lei ou pelo uso social, está presente não só na legislação que rege a matéria[16], mas também profundamente arraigada na doutrina pátria, como se infere da lição de Miguel Kfouri Neto: "A responsabilidade civil do profissional da medicina – tirante poucas exceções- não poderá jamais se divorciar do conceito tradicional de culpa, no intuito de se desqualificar a conduta do médico como lesiva e apta a gerar obrigação de indenizar"[17].

O artigo 951 do Código Civil de 2002 regula a indenização devida por quem, no exercício de sua atividade profissional, "por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho". Observa Facchini que o novo Código, a par de não ter inovado substancialmente no que diz com a responsabilidade civil na área da saúde, traz no dispositivo acima referido "cláusula mais genérica e tecnicamente mais aperfeiçoada, comparada com a anterior"[18]. A expressão "aquele que, no exercício da atividade profissional" abrange todos os profissionais que atuam na área da saúde: médicos, enfermeiros, fisioterapeutas, massagistas, laboratoristas (bioquímicos), psicólogos, psicoterapeutas, ópticos, dietistas, auxiliares de radiologia, fonoaudiólogos, técnicos em calçados ortopédicos, etc.

Este dever de reparar danos previsto no artigo 951 do Código Civil de 2002 tem sido considerado pela doutrina como hipótese de responsabilidade contratual. Assim a tradicional lição de José Aguiar Dias quando afirma que a "natureza contratual da responsabilidade médica não nos parece hoje objeto de dúvida"[19] e, na mesma linha, Miguel Kfouri Neto quando assevera que "apesar de o Código Civil brasileiro colocar a responsabilidade médica entre os atos ilícitos, não mais acende controvérsias caracterizar a responsabilidade médica como *ex contratactu*"[20].

A natureza jurídica da relação instaurada entre médico e paciente, de acordo com Tepedino, pode ser considerada como uma locação de serviços *sui generis*, figura contratual atípica, na qual agrega-se à prestação remunerada de serviços médicos uma gama de deveres extrapatrimoniais, essenciais à avença, tais como o dever de aconselhar o enfermo[21]. O consenso necessário ao contrato poderá ser expresso ou tácito, manifestado diretamente pelo interessado ou por seus familiares, sem que ausência de instrumento escrito possa ser interpretada como inexistência de negócio jurídico entre as partes.

Por outro lado, não fica afastado o dever de reparação de parte do médico quando o dano por ele provocado decorra de atos extracontratuais, ainda naquelas situações em que o médico atenda o paciente de forma gratuita[22], razão pela qual se pode afirmar que a responsabilidade médica não segue um sistema unitário. Ela pode

[16] Código Civil de 2002 e Código de Defesa do Consumidor.
[17] KFOURI NETO, 2003, p. 34 e 35.
[18] FACCHINI NETO, 2003, p. 192.
[19] DIAS, 1975 , p. 281.
[20] KFOURI NETO, op. cit., p. 71
[21] TEPEDINO, 2003, p. 19
[22] FRADERA , p. 235.

ser contratual, derivada de um contrato estabelecido livremente entre paciente e profissional e será extracontratual quando, não existindo contrato, as circunstâncias da vida colocam frente a frente médico e doente, incumbindo àquele o dever de prestar assistência, como acontece no encontro de um ferido em plena vida pública e na emergência de uma intervenção em favor de incapaz por idade ou doença mental. Luis Adorno elenca, ainda, as seguintes hipóteses:

> 6.Cuando los servicios del médico son prestados em contra de la voluntad del paciente, como en el supuesto suicida que recibe asistencia (cf. art. 19, inc. 3°, Ley Nacional 17.132). 7.Cuando la relación entre médico y paciente es impuesta coactivamente al último, a raiz de la imperatividad de uma disposición legal o administrativa (por ejemplo, em el caso del reconocimiento médico para el ingreso al servicio militar obrigatório)[23] .

A diferença fundamental entre a responsabilidade contratual ou extracontratual reside na carga probatória atribuída às partes. Isso porque na primeira modalidade ao lesado basta provar a existência do contrato, o inadimplemento e o dano, com o nexo de causalidade, incumbindo ao réu demonstrar que o dano ocorreu de uma causa estranha a ele. Na responsabilidade extracontratual, o autor da ação de reparação de danos deve provar, além dos elementos já referidos, a culpa do causador. Mas em se tratando de responsabilidade civil do médico esta distinção perde grande parte de sua importância, em decorrência de outra tradicional distinção feita no âmbito do direito civil: distinção entre as obrigações de meio e as obrigações de resultado.

Tem-se obrigação de meios quando o profissional aceita prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado, diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem assumir compromisso com a obtenção de resultado. Tem-se obrigação de resultado quando o devedor se compromete a alcançar um fim determinado. Esta divisão tem sido contestada[24] , mas continua aceita majoritariamente na doutrina, como anota Tepedino: "em se tratando de atividade médica, vinculam os profissionais de saúde, de regra, as chamadas obrigações de meio, não já de resultado[25] ". Em tais casos o profissional não se obriga a curar o paciente, mas empregar diligência, cautela e conhecimento técnico postos ao alcance da ciência médica com vistas a curá-lo.

Logo, tanto na responsabilidade extracontratual, como na responsabilidade contratual, derivada de uma obrigação de meios, deve restar provada a culpa do médico, seja porque agiu com imprudência, negligência ou imperícia e causou um ilícito absoluto, seja porque descumpriu sua obrigação de atenção e diligência, contratualmente estabelecida[26] .

---

[23] ANDORNO, Luís O . La Responsabilidad Civil Médica. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 59, p. 228.

[24] A propósito do tema recomenda-se a leitura do artigo de Jorge Iurraspe La vigência del distingo entre obligaciones de medio y de resultado em los servicios desde la perspectiva del consumidor. **Revista da Ajuris**, Edição Especial, Porto Alegre, mar./1998.

[25] TEPEDINO, 2003, p. 20.

[26] AGUIAR JUNIOR, 1995, p. 35.

2.2 Dever de Informação e Consentimento do Paciente

A configuração da responsabilidade civil do médico supõe a definição dos deveres que lhe são cometidos. Dentre estes deveres destaca-se o dever de informação: O médico deve esclarecer seu paciente sobre a sua doença, prescrições a seguir, riscos possíveis, cuidados com seu tratamento, aconselhando a ele e a seus familiares "sobre as precauções essenciais requeridas pelo seu estado[27]". Este dever de informar encontra fundamento constitucional: assenta-se no respeito à liberdade, na medida em que não se pode comprometer a autodeterminação da pessoa sem seu expresso consentimento.

Gustavo Tepedino refere-se ao dever de fornecer ampla informação quanto ao diagnóstico e prognóstico:

> O dever de informação diz com os riscos do tratamento, à ponderação quanto às vantagens e às desvantagens da hospitalização ou das diversas técnicas a serem empregadas, bem como a revelação quanto aos prognósticos e aos quadros clínico e cirúrgico salvo quando tal informação possa afetar psicologicamente o paciente[28].

Efetivamente, quando os prognósticos são graves é preciso conciliar o dever de informar com a necessidade de não conduzir o paciente à angústia ou ao desespero.

As informações a serem prestadas pelo médico ao paciente devem ter forma compreensível para quem pouco ou nada entende de medicina, mas suficientemente esclarecedora, pois se destinam a deixar o paciente em condições de se conduzir diante da doença e de decidir sobre o tratamento recomendado ou sobre a cirurgia proposta. Comentando o dever de informação, aduz Vera Fradera:

> "Este dever de informação circunscreve-se à informação sobre os riscos mais comuns, os que muito raramente ocorrem dispensam enumeração, a não ser em se tratando de cirurgia puramente estética ou do chamado 'risco residual', o qual pode ser evitado, quando o paciente houver sido alertado sobre probabilidade de sua ocorrência"[29].

A informação mais detalhada deve ser dada, também, em caso de utilização de novos medicamentos.

O dever de informar diz com ponto de fundamental importância no exercício da atividade médica: obtenção do consentimento do paciente para a indicação terapêutica e cirúrgica. Eugênio Facchini Neto assim situa o tema:

> "trata-se do dever do médico de esclarecer e informar o paciente, em modo claro e inteligível, do quadro clínico diagnosticado, apresentando-lhe as alternativas de tratamento (quer clínico, quer cirúrgico), expondo-lhe os riscos e possíveis conseqüências de cada uma das alternativas, com os correlativos benefícios e vantagens. Assim informado, o paciente poderá fazer uma escolha consciente"[30].

O autor português João Vaz Rodrigues acrescenta que a proteção da esfera físico-psíquica encontra-se sob a tutela do direito em geral de personalidade e, assim,

[27] AGUIAR JUNIOR, 1995, p. 36.
[28] TEPEDINO, 2003 , p. 22.
[29] FRADERA, 2002 , p. 240.
[30] FACCHINI NETO, 2003, p. 192.

"o consentimento informado implica mais do que a mera faculdade de o paciente escolher um médico, ou de recusar (dissentir sobre) um tratamento médico indesejado (da manifestação da liberdade como proteção de invasões na esfera de qualquer pessoa humana)"[31] . Para referido autor a obtenção do consentimento informado representará o corolário do "processo dialógico e de recíprocas informações" entre médico e paciente- a fim de que o tratamento possa ter início.

A doutrina do consentimento informado recebeu forte influência norte-americana, onde a expressão *informed consent* foi introduzida em decisão do Tribunal da Califórnia, no ano de 1957[32] .

Mas a primeira sentença que mencionou o direito de o paciente adulto autodeterminar-se quanto ao destino do próprio corpo, impondo responsabilização ao cirurgião que praticou uma cirurgia sem consentimento do paciente, foi exarada em abril de 1914, pelo Juiz Nathan Cardozo[33] . Tratava-se de paciente mulher que deu entrada em hospital com queixa de dores e desarranjo estomacal. Após algumas semanas de tratamento, os médicos informaram que havia um tumor cuja natureza somente poderia ser diagnosticada mediante um exame invasivo. Este exame foi consentido, mas a paciente exteriorizou ao médico que se opunha a uma intervenção cirúrgica. No entanto, no dia do exame realizou-se, ao invés, uma cirurgia para extração do tumor que, na verdade, se revelara um fibroma. Em razão da cirurgia desenvolveu-se uma gangrena no braço esquerdo, tendo sido necessária a amputação de alguns dedos. Na demanda ajuizada contra o hospital, o Tribunal ponderou que não se discutia responsabilidade por mera negligência, mas sim que o caso implicava a existência de uma atuação forte e violenta dos médicos sobre a paciente.

O nominado juiz valeu-se de argumentos que se constituem antecedentes de toda a doutrina do consentimento informado: (a) que o dano em questão não advinha da negligência, mas sim da violência ou força na invasão do corpo da paciente; b) que todo ser humano adulto e mentalmente são tem direito a determinar o que se fará com seu próprio corpo; c) que o cirurgião que pratica uma operação sem o consentimento de seu paciente comete uma agressão, um atentado violento, contrário à lei, pelo que responde, devendo responder pela reparação dos prejuízos; d) que tal é a regra, salvo em casos de urgência, nos quais o paciente se encontre inconsciente e seja necessário operar, antes de obter-se o consentimento; e) que o caso em tela se embasa em força direta ou violência, não em negligência, traço que distingue da maioria dos precedentes"[34] .

Na Alemanha, em Nuremberg (1947), onde foram julgados os crimes de guerra dos nazistas, dentre eles as experiências em serem humanos, consagrou-se a doutrina do consentimento informado. São exigidos, desde então, quatro requisitos prin-

[31] VAZ RODRIGUES, João. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português:** (elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente). Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 23-24.

[32] Caso Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustee. O paciente Matins Slago, não foi informado dos riscos da paralisia, que acabou por acontecer, em cirurgia a que se submeteu.

[33] KFOURI NETO, 2002, p. 281. Caso Scloendorff v. Society of New York Hospital.

[34] Ibidem, p. 283.

cipais para o consentimento: 1) ser voluntário; 2) dado por quem seja capaz; 3) após ter sido informado; e 4) encontrando-se esclarecido[35].

O Código Civil brasileiro de 2002 não trouxe a exigência do consentimento informado, mas a ausência de previsão legal não significa a dispensa de tal condição para o tratamento médico. O direito é constituído também por outras fontes (com destaque para a jurisprudência e a doutrina), sendo que a exigência de tal requisito (do consentimento informado) está solidamente radicada nos mesmos. Ademais, esta exigência consta também dos códigos dentológicos da profissão médica em todos os países civilizados e o que é mais relevante: os médicos, paulatinamente, têm evoluído de uma posição um tanto cética em relação ao dever de informar clara e minuciosamente aos doentes, sem exceção, para uma adesão irrestrita ao dever de obtenção do consentimento esclarecido de seu paciente[36].

De fato, na obra do médico Irany Novah Moraes, intitulada "Erro médico e a lei", consta:

> "O paciente deve conhecer o seu problema, sabendo do seu caso tudo o que é importante. O médico deve sempre explicar ao paciente, em linguagem clara, de maneira simples e para ele compreensível, o fundamental da doença e, principalmente, ter a convicção de que ele entendeu a sua evolução natural e o que se espera com o tratamento indicado. É muito importante o médico ter sempre em mente que quem no caso deve decidir o que deverá ser feito é sempre o próprio paciente ou, no caso de ser este incapaz, por ser criança ou por outros impedimentos, o responsável legal ou mesmo o parente mais próximo que o estiver acompanhando"[37].

O Código de Ética Médica brasileiro contém vários dispositivos acerca do consentimento informado. Dentre eles, no capítulo dos Direitos Humanos, o artigo 46 proíbe o médico efetuar qualquer procedimento sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida. O mesmo código veda ao médico desrespeitar o direito de o paciente decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, exceto em caso de iminente risco de vida. A omissão de informação quanto ao diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivo do tratamento- a não ser que a comunicação possa causar dano ao enfermo, caso que em que a informação deverá ser prestada ao representante legal- também é vedada (art. 59).

Não se pode olvidar que o artigo 15 do Código Civil de 2002 estabelece, de forma expressa, que ninguém pode ser compelido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Aliás, bem registra Facchini, mesmo na ausência de risco de vida "ninguém poderia ser compelido a submeter-se a qualquer tratamento, diante do princípio geral da liberdade ('ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei'-art. 5°, inc. II, da CF/88)"[38]. Nem poderia ser diferente. O consentimento informado vai mais longe: não só o paciente não é obrigado a realizar determinado tratamento, como deve com o mesmo assentir de forma expressa.

[35] Ibidem, p. 283.
[36] KFOURI NETO, 2002 , p. 289.
[37] MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a lei**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 153.
[38] FACCHINI NETO, 2003, p. 192.

Podem ocorrer situações em que o paciente consente com um tipo de intervenção cirúrgica, mas a situação revela um fato novo, que não podia ser previsto e impõe outra conduta ao médico, envolvendo o risco de deixar seqüelas. Uma corrente jurisprudencial entende que o cirurgião deve interromper a intervenção, somente retomando-a logo depois obtido o consentimento do paciente. Porém, muito mais realistas parecem ser decisões que entendem poder o cirurgião tomar a decisão ele mesmo e continuar a intervenção em função desse fato novo, se ele julga que esta é, medicamente, a melhor solução. Interromper a cirurgia nessas circunstâncias é freqüentemente - senão sempre - prejudicial ao paciente. Nunca é benéfico para o organismo submeter-se a várias anestesias gerais sucessivas; a primeira intervenção, se interrompida, faz aumentar o risco de possível evolução da lesão; os fenômenos inflamatórios cicatriciais tornam-se muito mais freqüentes e delicados nesse segundo ato cirúrgico que na intervenção inicial. Claro que o médico deve, na medida do possível, prevenir os familiares; mas isso pode ser bem difícil, em muitos casos, no decorrer da cirurgia"[39].

A decisão médica deve ser democrática, sem, contudo, tornar o paciente plenamente autônomo, pois deve existir sempre uma influência do médico, que se espera benéfica. Na idéia proposta por Tepedino, a boa-fé deve presidir a conduta do profissional médico. Assim, pode-se falar em um modelo interativo, no qual se busca adequado intercâmbio: o médico conhece a enfermidade; o paciente suas necessidades.

Para que a autorização do paciente tenha validade deve haver correlação obrigatória entre a informação e o consentimento. De nada adianta o paciente consentir se a informação que lhe foi repassada se mostra incorreta ou incompleta. Em princípio, é o doente que deve consentir. Haverá casos em que o consentimento deve advir dos pais ou até mesmo do juiz. Para Pontes de Miranda, se o paciente não estiver em condições de decidir quanto aos rumos do tratamento, o médico coloca-se na condição de gestor útil de negócio alheio, tendo o dever de prestar assistência, salvo se restar presumida vontade contrária do paciente[40].

A recusa ao tratamento é problema delicado. No que concerne aos adultos, estes não podem ser forçados a receber assistência médica. Essa recusa deverá ser documentada, para que o médico não seja acusado de omissão ou negligência.

Situação que freqüentemente ocorre é a do paciente adepto de religiões que recusam a realização de procedimentos como a transfusão de sangue. Acerca do tema registra Tepedino:

> A posição da jurisprudência, a propósito, coincide com a do Conselho Federal de Medicina: 'Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo o seu Código de Ética, deverá observar a seguinte conduta: 1°) se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis; 2°) se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente do consentimento do paciente ou de seus responsáveis[41].

[39] KFOURI NETO, 2002, p. 296.
[40] PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. 3. ed., São Paulo: RT, 1984. v. 53, p. 437
[41] TEPEDINO, 2003, p. 23.

Discorda-se deste posicionamento: Se o enfermo for capaz e inteiramente apto a manifestar seu consentimento, mesmo na hipótese de risco de vida, sua vontade haverá de prevalecer. Tal entendimento tem amparo constitucional no já mencionado princípio geral da liberdade (art. 5°, II da Lei Maior), como também na liberdade de culto, que também é constitucionalmente assegurada (art. 5° VI)[42] . A situação mostra-se distinta se a negativa advier do representante legal do paciente. Nesse caso, entende-se cabível pedido ao juiz, se houver tempo. Caso contrário, deve ser feito o tratamento médico para impedir a morte ou dano grave à pessoa[43] .

O consentimento deve ser manifestado na forma escrita. Quando isso não for possível, recomenda-se seja testemunhado. Quanto mais complexo ou arriscado o ato, maiores os cuidados deverão ser adotados na obtenção do consentimento do paciente. Se o documento assinado pelo paciente for uma minuta padronizada, de redação deficiente, vaga e imprecisa, que permita, por exemplo, uma intervenção cirúrgica a qualquer médico do serviço, e não apenas àquele (ou àqueles envolvidos) na obtenção do consentimento, poderá não ter valor. Também se o documento contiver permissões ou recusas em bloco, informações deficientes, unilaterais, por óbvio de nada (ou muito pouco) valerá[44] .

A existência de consentimento, não pode equiparar-se às causas excludentes de responsabilidade, como a ausência de nexo causal, ou caso fortuito e força maior ou culpa exclusiva da vítima[45] . Nesse sentido, a precisa lição de Pontes de Miranda:

> "Observe-se, ainda, que o consentimento não afasta a responsabilidade do médico por seus erros, ou descuidos, inclusive quanto ao diagnóstico, tanto mais quanto o cliente ou a pessoa atendida em caso de acidente pode somente ter consentido porque o médico lhe expôs erradamente, ou de má-fé, o que seria sua doença"[46] .

Por outro lado, a simples ausência de consentimento não constitui lesão autônoma: há de ser verificado o nexo causal entre a ausência de informação/obtenção de consentimento e o dano, a fim de se estabelecer o dever de indenizar. Em outras palavras: deve-se estabelecer uma relação entre a falta de informações e o prejuízo final. Deve ficar demonstrado que a pessoa comum teria recusado o tratamento, caso fosse convenientemente informada. O deficiente adimplemento da obrigação de se obter, junto ao paciente, o consentimento esclarecido, há que resultar provado.

---

[42] Há, no entanto, entendimento jurisprudencial no sentido de que se o médico efetua transfusão para afastar risco de vida não comete nenhum crime- RJDTAC-Crim-SP-Imesp 7/75.

[43] Kfouri Neto traz o seguinte caso para reflexão: após parto difícil, obstetra realiza transfusão de sangue para salvar a vida de testemunha de Jeová. Em razão da transfusão, a paciente foi segregada pela família e pela Igreja.

[44] VAZ RODRIGUES, João. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português:** (elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente). Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p. 443.

[45] Alerta Kfouri Neto que em relação a hospital que solicita ao paciente subscrever termo de consentimento informado relativo à possibilidade estatística de ocorrência de infecção hospitalar, por exemplo, pouco ou nenhuma validade terá tal documento, no que pertine à responsabilidade objetiva do estabelecimento. Obra: Culpa Médica e ônus da prova, p. 314.

[46] PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado.** 3. ed. São Paulo: RT, 1984. v. 53, p. 436.

Na eventualidade de o dano ter sido causado por culpa do médico, torna-se irrelevante o consentimento. Sua investigação ganha importância quando a intervenção é correta, dela decorrem danos ao paciente, danos em relação aos quais não havia sido previamente informado e, portanto, não poderia ter assentido de forma livre com os riscos respectivos[47] .

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul examinou hipótese na qual se reconheceu que a deficiência de informação prestada pelo médico tendo como conseqüência o dever de indenizar. A paciente submeteu-se à cirurgia para solucionar problema de amigdalite infecciosa. O procedimento médico foi desastroso, tendo ocorrido lesão transfixante do pilar amigdalino posterior direito, com inflamação local. A reabilitação, segundo o médico, seria de sete dias e foram necessários três meses para recuperação. A autora viu-se obrigada a realizar tratamento com fonoaudiólogo, para recuperar a voz hipernasal e a incompetência velo-farigengeana. Como a possibilidade dessas seqüelas não lhe foi informada pelo médico, que não mais a acompanhou, depois que os problemas surgiram, pleiteou compensação pelos danos morais. O relator em seu voto enfatizou:

> a gravidade da lesão é dado tranqüilo – foi apontada por todos os médicos consultados e ouvidos nos autos, e desimporta que os sintomas fossem ou não permanentes, já estando a autora, a esta época, totalmente recuperada, não existindo mais do que uma cicatriz de meio centímetro no interior da boca. O período de recuperação foi longo e penoso, três meses, conforme informa o próprio apelante. A dor moral suportada pela recorrida, indiscutível, decorreu da ausência de informações adequadas e da gravidade das conseqüências pós-cirúrgicas. Aqui habita a culpa do réu, porquanto incluído no dever de atuar com cautela e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos pacientes, está o de informar adequadamente sobre todas conseqüências que podem advir de uma intervenção cirúrgica [...][48].

Recentemente, também o E. STJ no exame do Recurso Especial n° 467878 exarou acórdão assim ementado:

> "Responsabilidade civil. Hospital. Santa Casa. Consentimento informado. A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente pelo erro do seu médico, que deixa de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito da cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente. Recurso não conhecido"[49] .

Tratava-se da realização de neurocirurgia para extração de adenoma hipofisário. Realizada a cirurgia houve perda total de visão. Ajuizada a ação o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, confirmando decisão do primeiro grau, entendeu que apesar de não ter havido erro cirúrgico, o médico e o hospital não haviam refutado a informação de que a paciente não havia sido informada dos riscos. Houve condenação do médico e da instituição a pagar, solidariamente, 300 salários mínimos a título de

[47] KFOURI NETO, 2002, p. 302

[48] TJRGS, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível n° 70003105178, Rel. Des. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, j. em 07.11.2001.

[49] STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior, RESp 467878-RJ, j. em 27.12.2002, DJU de 10.02.2003, p. 222.

dano moral e pensões mensais no valor de um salário-mínimo enquanto a paciente viver. No STJ, a par de não conhecido o Recurso Especial dos réus, restou consignado que a obrigação de obter consentimento decorre, não apenas das regras de consumo, mas das exigências éticas que regulam a atividade médico-hospitalar, o que não aconteceu.

2.3 A culpa médica e o ônus da prova

A responsabilidade civil que decorre da ação humana tem como pressupostos (a) a existência de conduta voluntária; (b) o dano injusto sofrido pela vítima, que pode ser patrimonial ou extrapatrimonial; (c) a relação de causalidade entre o dano e a ação do agente; (d) os fatores de atribuição de responsabilidade pelo dano ao agente que podem ser de natureza subjetiva (culpa ou dolo) ou objetiva (risco, eqüidade, etc.). Em decorrência e rememorando-se que a responsabilidade civil do médico pressupõe a investigação da culpa, para que reste caracterizada tal responsabilidade é necessário que exista ato praticado por aquele que tem habilitação legal para o exercício da medicina, que dito ato seja praticado com violação a um dever médico imposto pela lei, pelo uso social, ou pelo contrato, a título de culpa, e que dê causa a um dano injusto patrimonial ou extrapatrimonial[50] .

A apuração da culpa médica obedece aos mesmos padrões adotados para a definição da culpa comum: diante das circunstâncias do caso, o juiz deve estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao paciente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento do médico. Para Kfouri Neto há que ser rigorosa a aferição da culpa na atividade médica, o que deve ser feito sempre no caso concreto, tendo-se presente que o Magistrado, como leigo, "há que se apoiar nos dados comuns de experiência, sem se esquecer, porém, do conselho dos entendidos"[51] . De outra parte, diz o mesmo autor, apoiado na doutrina francesa, agindo o médico com culpa, em qualquer de suas modalidades, seja qual for a natureza, e independentemente da gravidade, desde que provada, ver-se-á compelido a reparar o dano.

De acordo com os artigos 186 e 951 do Código Civil, sobrevindo dano – morte, incapacidade ou ferimento- deve haver prova que o médico agiu com culpa *scricto sensu* - negligência, imprudência e imperícia - para poder ser ressarcida. Em matéria de prova da incúria médica adentra-se no universo da ciência da medicina, e a investigação a tal respeito nunca foi tarefa fácil, tanto faz que se busque a responsabilidade contratual ou extracontratual.

Provar é demonstrar, de algum modo, a certeza de um fato ou a veracidade de uma afirmação. Quando se prova, a simples afirmação ou alegação deixa de pertencer ao universo da incerteza, da probabilidade de ser verdadeira, da suspeita de que o seja, para atingir um *status* mais elevado e seguro, o da certeza, da verdade comprovada e da suspeita desfeita.

[50] AGUIAR JUNIOR, 1995, p. 34.
[51] KFOURI NETO, 2003, p. 81.

Se a prova da culpa é indispensável à responsabilização civil do médico, torna-se fundamental saber a quem incumbe o ônus da prova. O ônus da prova caracteriza-se pela idéia de risco que ele contém. Em outras palavras: à parte onerada não se impõe provar como atitude indispensável para evitar uma conseqüência desfavorável no processo. O que ocorre é que ela assume o risco de que a prova não venha para o processo, e, diante dessa ausência probatória, o Juiz vai se pronunciar na conformidade com as regras determinantes do ônus da prova: vale dizer, proferindo julgamento contra aquele que, necessitando, provar não o fez. Quem tinha o ônus da prova somente sofrerá as circunstâncias negativas de sua conduta processual omissiva se a prova que lhe incumbia não vier aos autos. Se a prova for produzida no processo, mesmo que pela mão da outra parte, não há que se falar em inércia de quem detinha o ônus.

No Brasil prevalece a orientação no sentido de que ônus desta prova é do paciente ou lesado, na esteira do que de forma expressa dispõe ao artigo 333, inciso I do CPC. Anota Ruy Rosado de Aguiar Junior que

> a apuração da culpa deve obedecer os mesmos procedimentos adotados para a definição da culpa comum: diante das circunstâncias do caso, o juiz deve estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com comportamento efetivamente adotado pelo médico. Essa culpa tem de ser certa, mesmo que não seja grave.

Mais adiante reconhece o mesmo autor, "são consideráveis as dificuldades para a produção da prova da culpa". Em primeiro lugar porque os fatos se desenrolam normalmente em ambientes reservados, seja no consultório ou na sala de cirúrgica; o paciente, além das dificuldades em que está pelas condições próprias da doença, é um leigo que pouco ou nada entende dos procedimentos a que é submetido, sem conhecimentos para avaliar causa e efeito, sequer compreendendo os significados dos termos técnicos; a perícia é imprescindível, na maioria das vezes, e sempre efetuada por quem é colega do imputado causador do dano, o que dificulta e na maioria das vezes impede a isenção e a imparcialidade"[52].

Presentes as dificuldades que decorrem do corporativismo médico quando da realização de perícia em juízo, diz Kfouri Neto que

> o julgador deve ampliar seus limites ao examinar o conjunto probatório. Os laudos periciais, muitas vezes eivados de um censurável espírito de corpo, hão que ser analisados com objetividade, devendo o juiz, muito mais que em qualquer outra situação posta sob julgamento- avaliar os fatos de modo singelo, através da ótica da causalidade, mas sem se deixar envolver pelo excessivo tecnicismo da prova.[53]

Na realidade, estas recomendações feitas por Kfouri Neto nem sempre são atendidas. E, desta forma, tem-se que a prova da culpa médica pelo paciente pode configurar-se "uma prova diabólica". Por isso mesmo, a doutrina tem controvertido acerca do ônus desta prova. Bem assinala Facchini: "O ônus da prova, aliás, é o

[52] AGUIAR JUNIOR, 1995, p. 38.
[53] KFOURI NETO, 2003, p. 89.

grande problema da responsabilidade civil do médico. Em poucas relações profissionais encontra-se em situação de maior vulnerabilidade"[54].

A partir desta constatação e com supedâneo no Código de Defesa do Consumidor, vários doutrinadores têm sustentado a possibilidade de inversão do ônus da prova nas ações que objetivam a reparação em função do dano médico.

Nesse sentido, a lição de Gustavo Tepedino:

> Nos termos do artigo 6°, inciso VIII, do CDC, pode o juiz inverter o ônus da prova em benefício do consumidor, desde que considere verossímil a alegação ou tenha o consumidor como hipossuficiente. Assim, é que tanto na responsabilidade subjetiva do médico (art. 14, par. 4° do CDC), quanto na responsabilidade objetiva das clínicas ou hospitais públicos e privados, caberá ao réu, uma vez invertido pelo juiz o ônus *probandi*, demonstrar a inexistência do fato culposo (na hipótese de responsabilidade subjetiva), ou, nos demais casos, a inocorrência de defeito do produto (artigo 12, par. 3°, II), ou do serviço (artigo 14, par. 3°, I), do dano ou do nexo de causalidade entre um e outro. A solução é inovadora, representando uma alteração profunda do sistema estatuído pela regra geral do artigo 333, inciso I do CPC[55].

Sem dúvida a inversão do ônus da prova pode ser vista como um dos mecanismos de facilitação de defesa do consumidor. É que certamente não haveria sentido algum se o Código firmasse, como firmou nos arts. 4° e 6°, os princípios que regem as relações consumeristas sob o aspecto normativo, trazendo grandes e auspiciosas inovações no campo do direito material, como os princípios da transparência máxima, da vulnerabilidade do consumidor, da efetiva proteção de seus interesses, da boa-fé objetiva, com os consectários direitos à proteção, educação, informação, modificação de cláusulas abusivas ou enganosas, se não fixasse, por igual, princípios que viabilizassem a efetivação processual daqueles outros [56].

O intuito do dispositivo legal que prevê a inversão do ônus da prova, anota Lavyne Lima Oliveira, é contribuir para que, nas relações de consumo e, principalmente, nos processos judiciais relativos a elas, a igualdade das partes seja real e não apenas formal, a fim de que prevaleça o direito por seus méritos jurídicos e não porque a estrutura do sistema permite ou incita o desequilíbrio em prol de um ou de outro"[57].

No preciso ensinamento de Voltaire de Lima Moraes:

> a inversão do ônus da prova constitui-se em uma modalidade de facilitação da defesa dos direitos básicos do consumidor, devendo somente ser admitida, como ato do juiz, quando forem satisfeitos um de seus dois pressupostos de admissibilidade: a) for verossímil a alegação; ou b) for o consumidor hipossuficiente[58].

[54] FACCHINI, 2003, p.193.
[55] TEPEDINO, 2003, p. 40
[56] GAULIA, Cristina Tereza. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 40, p. 77, out./dez. 2001.
[57] OLIVEIRA, Lavine Lima. Responsabilidade Civil do Profissional Liberal perante o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 40, p. 205
[58] MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o Ônus da Prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, a. 25, n. 55, p. 44, nov./1998.

Uma alegação torna-se verossímil quando adquire foros de veracidade, quer porque se torna aceitável diante da modalidade de relação de consumo posta em juízo, quer porque, de antemão, em sede de cognição sumária, não enseja o convencimento de que possa ser tida como descabida. Por outro lado, a hipossuficiência não deve ser analisada apenas sob o aspecto econômico e financeiro. Deve ser considerada, igualmente, no campo técnico-cultural. Em matéria de ciência médica poucos escapam a essa hipossuficiência.

Especificamente no que se refere à inversão do ônus da prova na apuração responsabilidade do profissional liberal, incluindo o médico, explicita com rara clareza o professor Voltaire de Lima Moraes:

> Em razão de o Código de Defesa do Consumidor ter estabelecido que 'a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa' (art. 14, par. 4°do CDC) costuma-se apregoar, com a devida *venia*, equivocadamente, que por ter nesse ponto tal diploma consagrado a teoria da responsabilidade subjetiva, seria incabível a decretação da inversão do ônus da prova. A questão referente à responsabilidade civil objetiva ou subjetiva diz respeito a tema disciplinado em sede de direito substancial, enquanto que a inversão do ônus da prova diz com tema afeto ao direito processual. Não há, assim, qualquer incompatibilidade que, em sendo a responsabilidade subjetiva, seja determinada a inversão do ônus da prova. A conseqüência disso será que, ao invés de o consumidor provar que a culpa pela ocorrência de um evento que lhe causou prejuízo foi do fornecedor (profissional liberal), tal ônus passa a ser deste que, *in casu,* deverá demonstrar que se houve com perícia, prudência ou zelo, não tendo desta forma, incidido em nenhum das modalidades da culpa[59].

De acordo com o mesmo autor, a inversão do ônus da prova não é automática e depende do juiz, à vista das circunstâncias no caso concreto. O momento adequado para que o juiz determine tal inversão não é o da sentença, sob pena de evidente cerceamento de defesa. Tal inversão deve ser determinada por ocasião da fase instrutória, a fim de oportunizar que a parte a quem foi atribuído o ônus possa se desincumbir do mesmo.

No mesmo sentido do autor gaúcho tem-se o entendimento de Marco Aurélio Bortowski:

> A circunstância de ter o legislador adotado a responsabilidade subjetiva no concernente ao fornecimento de serviços pelo profissional liberal não impede, a nosso juízo, a inversão dos ônus da prova. A uma, porque presentes os pressupostos do inciso VIII, do art. 6°, a inversão da carga probatória apenas obriga o profissional liberal a demonstrar que não laborou com culpa, em quaisquer modalidades. Ora, esse procedimento não retira o caráter subjetivo da responsabilidade; apenas transfere o encargo ao próprio demandado. A ele caberá a demonstração de que não houve culpa [60] ".

[59] MORAES, 1998, p. 51.

[60] BORTOWSKI ,Marco Aurélio A Carga Probatória segundo a doutrina e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 7, p. 112, jul/set, 1993.

A questão, contudo, não é pacífica. Em sentido contrário tem-se a lição de Tupinambá Nascimento para quem é inviável a inversão do ônus da prova quando se trata de profissional liberal, posto que inverteria a regra da responsabilidade subjetiva a que este está submetido[61] .Também Miguel Kfouri Neto não concorda com a inversão da carga probatória, contrapondo os ensinamentos de Voltaire de Lima Moraes:

> As conclusões acima expostas –com o respeito devido aois ilustres autores passam ao largo de nossa adesão: [...] O fato de a responsabilidade objetiva ou subjetiva constituírem-se conceitos de direito material, ao passo que a inversão da prova refere-se a direito processual, nada acrescenta ao debate. Impõe-se analisar a natureza e o conteúdo dessas formas de responsabilidade e quais as conseqüências identificáveis no processo. [...] O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 12, par. 4°, excluiu os profissionais liberais do âmbito da responsabilidade objetiva, sistema adotado pela lei protetiva. Admitida a inversão do encargo probatório, no caso do profissional liberal –e, mais especificamente,- do médico- estar-se-ão aplicando a uma situação regida pela necessidade de aferição da culpa os primados da responsabilidade objetiva, em que o prestador do serviço somente se exime de responsabilidade se provar caso fortuito, culpa exclusiva da vítima ou causa outra, para o qual ele não tenha contribuído de nenhum modo, que suprima definitivamente o nexo causal[62] .

A jurisprudência no âmbito do E. Tribunal de Justiça de nosso Estado está dividida, prevalecendo o entendimento de que descabe a inversão do ônus da prova em matéria de responsabilidade civil do médico. No entanto, esta inversão, que parece ser adequada, desde que atendidos os pressupostos legais, já encontrou guarida no E. STJ, como se infere do julgado proferido no Recurso Especial n°s 171988-RS, no qual ficou assentado que, no caso concreto, examinadas as circunstâncias, pode o juiz determinar a inversão do ônus da prova, se atendidos os pressupostos legais[63] .

CONCLUSÃO

O tema da responsabilidade civil do médico, presente a tutela constitucional da integridade psicofísica da pessoa humana e as conseqüências danosas que podem advir da incúria do profissional médico, demanda especial atenção dos operadores do direito. A relação jurídica que se instala entre o paciente e o médico, enquanto decorrente de contrato, assemelha-se a uma locação de serviços *sui generis*, na qual agrega-se à prestação remunerada de serviços médicos uma gama de deveres extrapatrimoniais, essenciais à avença. Ganha relevo, neste contexto, o direito de o

[61] NASCIMENTO, Tupinambá. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro, AIDE, 1991.
[62] KFOURI NETO, 2002, p. 149 e 151.
[63] STJ, 3ª Turma, Relator o Min. Waldemar Zveiter, decisão proferida em 24.05.99 e publicada no D.J.U de 28.06.1999, p. 104.

paciente receber a informação adequada acerca do tratamento médico a que será submetido e com ele consentir. Na apuração da responsabilidade civil do médico, que no direito brasileiro não prescinde da investigação da culpa (negligência, imprudência e imperícia), há que se admitir a inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor, desde que presentes os pressupostos legais, considerando a dificuldade que, em regra, apresenta o mundo da ciência médica para o autor da demanda indenizatória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. Responsabilidade Civil do Médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 718, ago./1995.

ANDORNO, Luís O . La Responsabilidad Civil Médica. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, a. 26, n. 59, maio/1999.

BORTOWSKI, Marco Aurélio A Carga Probatória segundo a doutrina e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 7, jul./set.1993.

DIAS, José Aguiar de. **Da Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. I.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no novo Código. In: SARLET, Ingo (org). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FRADERA, Vera. Responsabilidade Civil dos Médicos. **Revista da AJURIS**, Edição Temática sobre Responsabilidade Civil,1998.

GAULIA, Cristina Tereza. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 40, out./dez. 2001.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luís. La Responsabilidad Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 46, abr./jun. 2000.

MORAES, Irany Novah. **Erro médico e a lei**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o Ônus da Prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, a. 25, n. 55, nov./1998.

NASCIMENTO, Tupinambá. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: AIDE, 1991.

OLIVEIRA, Lavine Lima. Responsabilidade Civil do Profissional Liberal perante o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 40, out./dez. 2001.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 53.

TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. Editorial. **Revista Trimestral de Direito Civil**, São Paulo, v. 2, 2000.

_____. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, a. 51, n. 311, p. 25.

VAZ RODRIGUES, João. **O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português:** (elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente). Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

PARECERES

PARECER Nº 13841

PROPRIEDADE INTELECTUAL.
PROGRAMA DE COMPUTADOR.
"SISTEMA DE CONTROLE DE PROCESSOS JUDICIAIS - CPJ".
1. Direitos patrimoniais. Titularidade.
Pertence ao Estado do Rio Grande do Sul software "sob medida" elaborado sob o influxo de relação obrigacional de prestação de serviços.
2. Outorga a entes da Administração Indireta. Formalização.
Consuma-se na celebração de Contrato de Licença Parcial de Comercialização de Programa de Computador, secundado por Contrato de Licença de Uso, a disponibilização dos direitos patrimoniais emergentes daquele bem. Pactos de natureza jurídica complexa, submetem-se a regime juspublicista e privatista, aos fins de que se lhes reconheça validade e eficácia.

O Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos consulta acerca da viabilidade de comercialização do software "Sistema de Controle de Processos Judiciais - CPJ" a entidades integrantes da Administração Indireta Estadual.

O questionamento proposto resulta de Promoção apresentada pelo Consultor do Projeto de Modernização da PGE - PROMOPGE, deduzida nos seguintes termos:

"A PROCERGS tem recebido contatos e manifestado interesse em comercializar o Sistema de Controle de Processos Judiciais (CPJ) a terceiros, notadamente a empresas públicas. Este interesse decorre de consultas que a mesma tem recebido destas organizações e considerando:

"a) que o uso desse sistema por outras organizações pode de maneira efetiva beneficiar a gestão de processos judiciais; e

"b) que a sua comercialização pode ajudar a amortização do investimento e o custeio da PGE;

"submeto a sua apreciação quanto ao interesse e os aspectos legais da proposição." (doc. de fls. 02 do expediente administrativo)

A essa manifestação vem anexada minuta de "Acordo de Parceria Comercial" tendo por contraentes o Estado do Rio Grande do Sul, por intermédio desta Procuradoria-Geral, e a Companhia de Processamento de Dados do Estado do Rio Grande do Sul - PROCERGS (fls. 03-04).

Instrui os autos administrativos, a seguir, Promoção lavrada pelo Coordenador das Assessorias Jurídicas da Administração Pública Direta e Indireta, esclarecendo ser meta daquela Coordenação a implantação do Controle de Processos Judiciais

- CPJ, da Procuradoria-Geral do Estado, como sistema único de controle de processos judiciais em todas as entidades da Administração Pública Estadual, especialmente estatais, cujos procedimentos de controle e fiscalização são precários e necessitam ser aprimorados. Registra que tal interesse mostra-se recíproco e que uma das grandes companhias de capital aberto da Administração, a Companhia Riograndense de Saneamento - CORSAN, manifestou explicitamente interesse em passar a contar com o CPJ para controle de seus processos judiciais, conforme se colhe do expediente administrativo nº 036906-10.00/02-3. Consigna, mais, existir interesse direto e imediato em que se disponibilize, ainda que mediante ressarcimento financeiro à PGE, o seu Sistema de Controle de Processos Judiciais a outros entes da Administração, solicitando pronunciamento desta Procuradoria do Domínio Público Estadual. Por derradeiro, acosta ao expediente a proposta original da PROCERGS relativa ao já citado "Acordo de Parceria Comercial".

É o relatório.

1. DA TITULARIDADE DOS PROGRAMAS DE COMPUTADOR. RELAÇÃO CONTRATUAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

1.1. O sistema positivo brasileiro confere aos programas de computador dúplice proteção: aos direitos patrimoniais oriundos da obra, reconhecendo-se a seu autor poderes de a utilizar, fruir e dispor, podendo retirar-lhe proveito econômico, e aos direitos morais, também ditos da personalidade, assegurando-se ao autor, e somente a ele, os poderes de reivindicar a autoria e a integridade da obra, inibindo que terceiro macule sua criação intelectual1.

ANDRÉ LIPP PINTO BASTO LUPI, nesse particular, observa:

> "O Brasil adota esta teoria da bifurcação dos direitos de autor em patrimoniais e não-patrimoniais (ou morais), que corresponde à concepção (chamada dualista) prevalecente na doutrina européia. O sistema anglo-saxão do 'copyrigh" - direito de cópia, em tradução literal -, não engloba os direitos morais. A Lei nº 9.609/98 traz para os programas de computador uma aproximação do sistema do copyright, no sentido de que afasta os direitos morais (artigo 2º, § 1º), excetuando apenas os direitos de paternidade e contra alterações não-autorizadas que impliquem em deformação, mutilação ou outra modificação ao programa e ofendam a honra ou reputação do autor." (Proteção Jurídica do Software: Eficácia e Adequação, Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 41-42)

Segue-se que os direitos patrimoniais, posto está, são disponíveis, ao passo que não o são os direitos morais. E é sobre aqueles, e não estes, portanto, que passa este trabalho a versar.

1.2. O tema em debate remete ao exame da Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computador, bem assim à Lei nº 9.610, aplicada supletivamente àquela, editada na mesma data, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais.

Essa imbricada incidência normativa encontra-se naquela - Lei de Programas de Computador, também denominada Lei do Software -, assim estatuída:

"Art. 2º - O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei."

Por igual, esta última - Lei de Direitos Autorais -, nessa senda, textualmente dispõe:

"Art. 7º - São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

omissis

"XII - os programas de computador;

omissis

"§1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis."

A adoção dessa proteção combinada não escapou à crítica de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO que, quando da discussão do Projeto de Substitutivo da Lei de Direitos Autorais, objetou:

"O art. 7 XII do Projeto qualifica como obras intelectuais os programas de computador. Mas o § 1º remete-os para legislação especial, 'observadas as disposições desta lei que lhes sejam aplicáveis'.

"Fica-se porém sem saber o que é aplicável. Até se diria que, uma vez que foram qualificados como obras intelectuais, todas as disposições deveriam ser aplicáveis.

"O APIRC (Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relativos ao Comércio, anexo ao tratado que criou a Organização Mundial do Comércio e conhecido geralmente por TRIPS) obriga a proteger os programas de computador como obras literárias, no sentido da Convenção de Berna. Mas como a qualificação não é vinculativa, a lei portuguesa (Dec.-Lei nº 252/94, de 20 de Outubro) atribui-lhes 'proteção análoga à conferida às obras literárias' (art.1/2). Isto permite, nessa lei especial, distinguir as matérias que são aplicáveis ou não aos programas de computador. A matéria dos direitos pessoais ou morais, por exemplo, é-lhe estranha.

"Sugiro que o art. 7 XII seja suprimido; que em artigo próprio, ou § se assim entender, se diga que aos programas de computador que tiverem caráter criativo é atribuída proteção análoga à conferida às obras literárias; que se remeta esta matéria para legislação especial." (Direito da Internet e da Sociedade da Informação, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 53)

Essa irresignação assentava no fato de o inc. XII do art. 7º da Lei de Direitos Autorais considerar os programas de computador como obras literárias, de forma ampla, e seu § 1º reputar que devem ser "observadas as disposições desta lei que lhes sejam aplicáveis", em nítido reconhecimento da não incidência de diversas de suas regras. Essa anomalia motivou a sugestão de retirada daquele inc. XII do art. 7º da Lei de Direitos Autorais para que se concentrasse a normatização dos programas de

computador na lei própria, atribuindo-se-lhes 'proteção análoga às obras literárias'. Essa recomendação, todavia, não restou albergada, e os programas de computador hoje recebem a proteção de ambos os diplomas.

1.3. Predefinida a aplicação conjugada desses dois textos legais, questiona-se, em suma, da possibilidade de comercialização do programa denominado Sistema de Controle de Processos Judiciais - CPJ a entidades integrantes da Administração Estadual.

O primeiro problema a transpor respeita à titularidade do bem que se pretende disponibilizar, ou seja, à definição do efetivo detentor dos direitos patrimoniais do bem jurídico em questão.

Emergem daí dois sujeitos: aquele que contratou a concepção do programa, o Estado do Rio Grande do Sul, por intermédio de sua Procuradoria-Geral, e aquele que o desenvolveu tecnicamente, a Companhia de Processamento de Dados do Estado do Rio Grande do Sul - PROCERGS.

Prevendo a cizânia que esta espécie de dúvida geraria no trato das relações jurídicas afetas à propriedade intelectual, o legislador, na forma expressa da Lei nº 9.609/98, determinou:

"Art. 4º - Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a estes vínculos."

Compreendido que dentre os titulares dos direitos patrimoniais de programas de computador, à luz desse regramento, tem-se o empregador, o contratante de serviços ou o órgão público, incumbe de pronto identificar o liame jurídico estabelecido entre os dois mencionados sujeitos, Estado e PROCERGS.

Conforme se verifica do documento ora colacionado (fls. 11-20 do expediente administrativo), celebraram as partes "CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INFORMÁTICA PARA IMPLEMENTAÇÃO DO PROGRAMA DE MODERNIZAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO - PROMOPGE".

Dita prestação de serviços, na Cláusula Primeira do referido Contrato, vem assim enunciada:

"CLÁUSULA PRIMEIRA: DO OBJETO

"O presente contrato tem por objeto a elaboração de plano evolucionário e implementação das ações relativas ao desenvolvimento do Controle de Processos Judiciais, conforme previstas no documento 'PROMOPGE - Atividade 4 - Subatividade 4.1 - Controle de Processos Judiciais da PGE' (Anexo I)."

No caso dos autos administrativos, pois, verifica-se a existência de um Contrato de Prestação de Serviços firmado para a elaboração de um programa de computador especialmente concebido em razão das exigências do contratante - também conhecido por software sob medida.

A doutrina, releva ilustrar, repetidamente aponta o grau de estandardização

do software como modo de classificar o objeto dos contratos informáticos. Assim, ele pode ser exclusivamente "standart" - quando existe transferência de um programa padronizado, comercializado usualmente mediante contratos de adesão, em que tão-só a aquisição e abertura do pacote implicam na aceitação das cláusulas contratualmente previstas2 -; sob medida - em que o programa é encomendado para atender necessidades específicas, adequado a demandas predefinidas e peculiares de determinado sujeito -; e o que se poderia denominar de "standart" adaptado - no qual o vendedor modifica aquele primeiro, o "standart", consoante os interesses do cliente.

Assim, se é certo que dito instrumento estampa a contratação de prestação de serviços consistente na criação de um programa de computador sob medida, igualmente certo é que ele não ressalva, em nenhum de seus dispositivos, como faculta o art. 4º da Lei, que a titularidade dos direitos patrimoniais ora discutidos pertenceriam à contratada.

Com efeito, para além de não estipular serem os direitos derivados de tal programa de computador de propriedade da PROCERGS, consignou o Contrato que os "códigos fonte" seriam entregues à PGE. É o que se vê na seguinte Cláusula:

"CLÁUSULA SEGUNDA: DA EXECUÇÃO

omissis

"2.1.4 - A PGE deverá receber os códigos fonte e os documentos correspondentes aos softwares desenvolvidos em decorrência dos serviços prestados pela PROCERGS com base neste contrato."

Abordando a matéria, com propriedade elucida MARIA CECÍLIA DE ANDRADE SANTOS:

"Importante que se diferencie o código fonte do código objeto para que se perceba a extensão total da questão colocada. Segundo Corrêa e outros, op.cit., p. 57, e Carrascosa López e outros, op. cit., p. 132, de uma forma genérica, para a criação de um programa de computador são cumpridas algumas fases e procedimentos técnicos. Parte-se, portanto, da necessidade do cliente, ou da solução de uma problemática específica. As idéias são então convertidas em fórmulas matemáticas, desenhadas em algoritmos, e transformadas em uma linguagem de programação, configurando-se portanto no que se chama de código fonte. Para ser comercializado, este código fonte é convertido em um texto legível pelo computador, através da linguagem binária, que é o que se chama então de código objeto.

"Quando o software é comercializado, seja de que tipo for, a prática revela que, na maioria das vezes, somente é entregue o código objeto para ser utilizado nas condições predeterminadas no contrato. Esta é uma política generalizada, pois ali se encontra o "segredo" do software.

"E qual é a razão de tanto segredo? É que, através do código fonte, como o próprio nome sugere, chega-se à forma como o programa foi feito, podendo então ser reproduzido quantas vezes quiser. O vendedor ou fornecedor do programa, portanto, ao reter o código fonte, opera tanto com intuito lucrativo, pois pode conceder licença de utilização não-exclusiva para outros adquirentes, como com intuito de proteção,

para evitar pirataria e concorrência desleal." (Contratos Informáticos - Breve Estudo, in Revista dos Tribunais, v. 762, abr. 1999, p. 54-55)

O fato de os códigos fonte terem sido entregues à PGE em decorrência de cláusula contratual, logo, não apenas cristaliza a titularidade do software CPJ na pessoa do Estado, como evidencia a impossibilidade de a PROCERGS, de per si, "conceder licença de utilização não-exclusiva para outros adquirentes".

Desse modo, estando-se sob Contrato de Prestação de Serviços no qual não foi excepcionada a titularidade em nome da contratada (PROCERGS), consolidam-se inexoravelmente na pessoa do contratante (Estado/PGE) os direitos patrimoniais relativos ao indigitado programa de computador.

2. DA EXPLORAÇÃO DOS DIREITOS PATRIMONIAIS DO SOFTWARE. CONTRATOS A SEREM AVENÇADOS NA ESPÉCIE.

2.1. O negócio jurídico alvitrado constitui distintos feixes de relações a se travarem entre as partes.

Tem-se, pois, uma pessoa jurídica de direito público interno (o Estado) a outorgar exploração de programa de computador a uma sociedade de economia mista (a PROCERGS) que o conformará ao uso de ainda indeterminadas pessoas jurídicas integrantes da Administração indireta (os entes interessados).

Concebida esta estrutura, cumpre definir os tipos contratuais e as normas que juridicizam uma e outra relação.

A Lei do Software, em seu Capítulo IV, plasma a regra que aqui se aplica:

"Art. 9º - O uso de programa de computador no País será objeto de contrato de licença." 3 (Grifou-se)

Bem anota EMIR ISCANDOR AMAD,

"Nesse contrato o objeto é a concessão de parte dos direitos patrimoniais do autor, consubstanciados no direito de exploração da obra, gerando o direito de o licenciado reproduzir o programa, sublicenciar a terceiros para comercializá-lo e, ainda, conceder ele mesmo licenças de uso." (Contratos de Software "Shrinkwrap Licenses" e "Clickwrap Licenses", Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.82. Grifou-se)

Nesse tópico, traz-se uma vez mais à colação MARIA CECÍLIA DE ANDRADE SANTOS, explanando que

"O contrato de licença apresenta algumas modalidades, mas tem como caractere básico o fato de que o detentor do direito autoral autoriza a utilização do programa preservando, no entanto, o seu direito patrimonial.

"A licença pode ser concedida tanto pelo próprio autor do programa como por terceiro que detenha a titularidade dos direitos do autor. Pode ser total, atingindo todas as faculdades decorrentes dos direitos patrimoniais do autor, como pode ser parcial, quando atinge apenas parte deles." (Ib., p. 56)

Trata o ajuste a ser intentado, por conseguinte, de Contrato de Licença Parcial de Comercialização, com supedâneo no art. 9º da Lei de Programas de Computador, o qual circunscreverá os limites temporais, espaciais e materiais que as partes tencionam emprestar à propriedade intelectual. Estes limites, esculpindo a identidade do

contrato, vêm assim retratados, então no plano dos direitos autorais, em PONTES DE MIRANDA:

"Transmissão do direito autoral de exploração

"TRANSFERÊNCIA TOTAL E TRANSFERÊNCIA PARCIAL. - O direito autoral de reprodução é transferível, como o é o domínio dos outros bens imóveis e móveis, por ato ente vivos, ou a causa de morte. Com a transferência total, deixa de ter qualquer direito autoral de reprodução o alienante: se não tem direito autoral de personalidade, que é intransferível, nem ligou o nome à obra, nenhum direito autoral lhe resta.

"A transferência pode ser de algum elemento do direito autoral de reprodução, desde que esse elemento possa constituir direito dominical parcial. A cisão pode ser a) temporal ou b) espacial, ou c) de conteúdo. A cisão de conteúdo também pode ser no tempo, ou no espaço, qualitativa ou quantitativa. Assim, se A transferiu a B todo o direito autoral de exploração por dez anos, estabeleceu-se propriedade intelectual resolúvel a termo; se o transferiu até que B inicie a feitura de obra coletiva sobre a mesma matéria, estabeleceu-se propriedade intelectual resolúvel sob condição. Se A transferiu a B o direito autoral de exploração nos Estados de São Paulo e Paraná, cindiu, espacialmente, o direito, o que é permitido, em direito de propriedade intelectual, se o elemento da exploração se compadece com tal discriminação no mundo jurídico. Se A transfere direito autoral de exploração em representação teatral, e não em representação cinematográfica ou radiodifusiva, a cisão foi qualitativa; e seria quantitativo-espacial se se acrescentou no negócio jurídico que a representação teatral somente seria no Estado de São Paulo, ou qualitativo-temporal se em São Paulo, até 1960; ou qualitativo-quantitativo-espácio-temporal, se somente em São Paulo, em duzentas sessões, até 1960. (Tratado de Direito Privado, Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 76-77)

Conhecido o art. 9º supra, mister de logo advertir que, se de um lado há leis de direito privado a reger este vínculo jurídico, por outro erguem-se normas de direito público a nortear o agir do Estado. Isso significa que, se deve o Licenciante seguir o regime ditado pela Lei do Software para a comercialização de bem por ela especificamente tutelado, não poderá desatender, de outra parte, para que se reconheça validade e eficácia à contratação, ao preconizado na Lei de Licitações.

A subsunção à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ocorre precisamente quanto ao mandamento inserto no caput de seu art. 25, in verbis:

"Art. 25 - É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:"

A não deflagração de procedimento licitatório pelo Estado para licenciar o Sistema CPJ mostra-se assaz plausível.

De rigor, tendo sido a PROCERGS a empresa que o concebeu, parece curial ser também a que detém melhor conhecimento para promover adaptações a bem de torná-lo apto à utilização dos entes da Administração. A inexigibilidade de licitação, nesse passo, deflui da inviabilidade de estabelecer competitório para selecionar outros sujeitos, porquanto o autor do software é quem mais adequadamente pode concreti-

zar os objetivos almejados por esta contratação.

2.2. Exsurge nesse momento, destarte, a subseqüente relação nessa singular cadeia contratual, qual seja, a formada entre a PROCERGS e os entes da Administração indireta (usuários finais do bem a ser adaptado). E, se o negócio jurídico antes traçado colimava a Licença Parcial de Comercialização de Programa de Computador, ora se vislumbra a celebração de um Contrato de Licença de Uso.

Esse contrato regula-se pelo mesmo art. 9º antes referido, conquanto seja dele substancialmente diverso. Neste, consiste o objeto do licenciamento em oportunizar a utilização daquele software, agora adaptado às necessidades do cliente. À PROCERGS, outrossim, cumprirá adequar o originário Sistema CPJ, moldando-o às finalidades de cada pessoa jurídica que o vier a adquirir.

Mas não é só. Sendo essa Licença concedida por sociedade de economia mista a entes da Administração indireta, repita-se, sobrevém idêntica compulsoriedade na submissão à Lei de Licitações. Também neste contrato, mas por outros fundamentos, aplica-se o caput do art. 25 da Lei de Licitações.

A incidência dessa regra resulta da constatação de que o uso daquele software pode ser conferido a quaisquer daqueles entes, inexistindo, portanto, disputa possível tendente a consagrar a uma só pessoa o bem sobre o qual mais de uma teria interesse. Sob outro prisma, se todos os que pretendem tomar da PROCERGS determinado objeto podem indistintamente adquiri-lo, cria-se patente inviabilidade fática de se estabelecer competição para entregar a apenas um o que todos os demais podem vir a obter.

2.3. De tudo se dessume, em síntese, estar-se diante de uma cadeia contratual matizada, a um só tempo, por regras de direito público e de direito privado. Sendo contratos híbridos, seja o da primeira, seja o da segunda Licença, submetem-se eles à disciplina do inc. I do parágrafo 3º do art. 62 da Lei nº 8.666/93, que ordena:

"Art. 62 - O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

omissis

"§3º - Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

"I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado." (Grifou-se)

Vale dizer, aos Contratos de Licença em tela haverão de ser introduzidas cláusulas ditas "necessárias", elencadas no art. 55 da Lei de Licitações; referentes a prerrogativas da Administração no que tange à rescisão, modificação e fiscalização do contrato e respectiva aplicação de sanções, nos termos do art. 58; atinentes à declaração de nulidade do contrato, a teor do art. 59, e à sua formalização, com

fulcro nos arts. 60 e 61.

Tão relevante quanto a rígida observância desses preceitos de ordem pública, registre-se, de todo fundamental é a previsão expressa e inequívoca de condição - e aqui o destaque é para o primeiro Contrato, a ser firmado pelo Estado com a interveniência de sua Procuradoria-Geral - para que o Licenciante mantenha em seu poder cópia do código fonte e o possa utilizar e alterar livremente para o fim específico para o qual foi idealizado.

Ademais, é de toda prudência bem construir a equação do preço a ser suportado pela PROCERGS na comercialização do software. Se a contraprestação consiste em percentuais (a) para amortização da dívida do Estado junto à Companhia e (b) para o custeio de manutenção e serviços de adaptação necessários ao seu uso pela PGE, não se há de olvidar (c) da predeterminação de percentual a ser auferido após a integral satisfação do débito pelo Estado, quantum este devido por ocasião de cada Contrato ulteriormente engendrado.

2.4. Por fim, cabe enfocar a relação jurídica acessória a ser formada entre a PROCERGS e seus licenciados. Trata-se da assistência técnica ao usuário, insculpida na letra do art. 8º da Lei do Software, que expressamente determina:

"Art. 8º - Aquele que comercializar programa de computador, quer seja titular dos direitos do programa, quer seja titular dos direitos de comercialização, fica obrigado, no território nacional, durante o prazo de validade técnica da respectiva versão, a assegurar aos respectivos usuários a prestação de serviços técnicos complementares relativos ao adequado funcionamento do programa, consideradas as suas especificações."

A Licença de uso do software deverá compreender obrigação à PROCERGS (titular dos direitos de comercialização, enquanto licenciada) de prestar assistência técnica aos usuários do programa adaptado. Não atrairá tal obrigação, o Estado, por integrar relação primeva (e de natureza jurídica diversa), que deu origem àquela.

3. Em conclusão, plausível afigura-se a outorga do direito de exploração do Sistema de Controle de Processos Judiciais - CPJ, software desenvolvido pela Companhia de Processamento de Dados do Estado do Rio Grande do Sul - PROCERGS e hoje titulado pelo Estado do Rio Grande do Sul.

Tal operação, consistente em dois Contratos típicos sucessivos (o primeiro de Licença Parcial de Comercialização de Programa de Computador entre aquela pessoa jurídica de direito público interno e aquela sociedade de economia mista, e o segundo de Licença de Uso entre esta e entes integrantes da Administração indireta estadual) deverá obediência não-somente às Leis nº 9.609 e 9.610, datadas de 19 de fevereiro de 1998, como à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, multifário que é seu regime jurídico.

É o parecer.

Porto Alegre, 12 de novembro de 2003.

MARIA DENISE VARGAS DE AMORIM
Procuradora do Estado

Ref. Exp. Adm. nº 17975-1000/03-6

Acolho as conclusões do PARECER nº 13.841, da Procuradoria do Domínio Público Estadual, de autoria da Procuradora do Estado Doutora MARIA DENISE VARGAS DE AMORIM.

Os valores devidos à Procuradoria-Geral do Estado em razão de eventuais transações feitas com base neste Parecer deverão ser creditados à conta do Fundo de Reaparelhamento da PGE, criado pela Lei nº 10.298, de 16 de novembro de 1994 (art. 5º, "d").

Restitua-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos.

Em 08.12.03

Helena Maria Silva Coelho,

Procuradora-Geral do Estado.

1 Ver, para tanto, Parecer nº 12.191 desta Procuradoria-Geral do Estado, da lavra da signatária, de 12.05.98.2

2 São estes os também intitulados softwares padrão, de prateleira, que geram licenças ditas "rasga-envoltório" (shrink wrap) ou "licenças de rasgar" (tear-open), como leciona ANTÔNIO CHAVES (Direitos Autorais na Computação de Dados, São Paulo: LTr, p. 139-140).

3 Ao lado da licença de uso, a cessão de direitos, constante da Lei de Direitos Autorais, caracteriza-se como contrato de mais importante expressão no tocante à disponibilização de software. Distingue-se daquela, muito especialmente, pelo fato de que importa na transferência de domínio do bem, não remanescendo ao cedente direitos outros que não os morais, se for ele o seu detentor.