

OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NA RELAÇÃO OBRIGACIONAL

FRANCISCO AMARAL

Sumário: 1. Os princípios jurídicos no Código Civil brasileiro de 2002. — 2. O princípio da socialidade. — 3. O princípio da eticidade — 4. O princípio da concretude. — 5. O princípio da autonomia privada. — 6. O princípio da boa fé. — 7. O princípio da responsabilidade patrimonial. — 8. O princípio da equidade. — 9. Conclusão.

1. Os princípios jurídicos no Código Civil brasileiro de 2002

Resultado de um longo processo de elaboração legislativa iniciada em 1969, quando o governo brasileiro constituiu a Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil¹, entrou em vigor em 12 de janeiro de 2003 o novo Código Civil brasileiro, cujo estudo é objeto deste colóquio internacional.

Esse Código caracteriza-se, entre outros aspectos, pelo fato de manter, de modo geral, a estrutura e a redação do Código de 1916, enriquecendo-o com a incorporação de novos institutos jurídicos de comprovada sedimentação, e com o contributo da jurisprudência desenvolvida nas últimas décadas do século XX, o que lhe permite ser reconhecido como legítimo representante da experiência jurídica brasileira no campo do direito privado².

Outro aspecto a destacar, este no campo estrutural, é o fato de legislador ter recorrido, na tarefa de elaboração do código, a inúmeros princípios, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, do que resultou um texto aberto e flexível, que supera o formalismo do sistema de 1916 e permite significativa mudança no modelo metodológico do legalismo positivista deste decorrente.

Consideram-se aqui os princípios como fundamentos que servem de alicerce ou de garantia e certeza a um conjunto de juízos³, pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica, critérios para a ação e para a constituição de normas e institutos jurídicos⁴. As cláusulas gerais, por sua vez, são preceitos jurídicos vazios ou incompletos, disposições normativas abertas, vagas que, por sua generalidade e abstração, podem compreender um amplo número de casos, remediando o inconveniente típico das *fattispecies* de construção casuística, e permitindo ao juiz criar, com mais liberdade, as normas jurídicas adequadas aos casos concretos que enfrentem. Exemplos de cláusulas gerais frequentes no novo Código Civil são a boa-fé, os bons costumes, a ordem pública, a correção, a diligência do bom pai de família, o abuso de direito, os usos do comércio, a equidade etc.

Como fonte normativa ou como critérios de interpretação ou de integração, os princípios contribuem para a unidade e permanência do sistema, dando-lhe o sentido de uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais⁵, o que se reflete, também, na interpretação do novo código.

Esses princípios podem distinguir-se em princípios constitucionais e princípios institucionais, conforme integrem a ordem jurídica superior da Constituição federal ou, em plano inferior, da legislação ordinária, servindo, neste caso, de orientação e fundamento aos principais institutos de direito privado, especificamente, a personalidade, a família, a propriedade, a obrigação e o contrato.

São princípios constitucionais, superiores, fundamentais, no direito brasileiro, os princípios da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, os dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político (Constituição Federal, art.1º). Já no campo das obrigações, objeto de nosso interesse imediato, são princípios institucionais, ou legislativos, os princípios da autonomia privada, da boa-fé e da responsabilidade patrimonial. Em matéria contratual, destacam-se ainda os princípios da liberdade de associação e o da função social do contrato. Nos direitos reais, o princípio da função social da propriedade, o direito de família, o princípio da igualdade dos cônjuges e o princípio da igualdade dos filhos.

Esses princípios têm, além da função normal e tradicionalmente reconhecida, de orientar a interpretação e a integração das regras jurídicas em caso de lacunas da lei, a função de dirigir o trabalho do legislador na sua atividade de formalizar, juridicamente, os preceitos legais e, ainda, a função de orientar o intérprete na tarefa de construir as normas jurídicas adequadas aos casos concretos que porventura se apresentem, e que não tenham, no quadro sistemático e regulamentar, uma *fattispecies* determinada.

A incidência desses princípios e a profusão de inúmeras cláusulas gerais flexibilizam a ordem jurídica do Código e favorecem o processo de juriscidização que vem marcando a sociedade pós-industrial, e que se traduz na crescente importância e responsabilidade do juiz e dos juristas que, à semelhança dos poderes de Hércules, devem reunir extraordinárias faculdades de conhecimento e de juízo⁶ para formular novas e adequadas estruturas jurídicas de resposta aos problemas da sociedade contemporânea.

Princípios gerais que o legislador, jurista e filósofo sempre teve em mente na sua tarefa de elaborar o novo Código Civil, diretamente ligados aos princípios constitucionais e aos princípios institucionais das obrigações, e por isso mesmo, aqui, de necessária referência, são os princípios que ele denomina da socialidade, da eticidade e o da operabilidade⁷.

2. O princípio da socialidade

Consiste este princípio na idéia fundamental de superar-se, no trabalho de elaboração do novo diploma, o individualismo que predominava no Código de 1916, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana⁸. Desaparece, conseqüentemente, o patriarcalismo que dominava na sociedade familiar, expresso no absolutismo do poder marital e do pátrio poder, aquele já revogado pela lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962 (Estatuto da mulher casada), esse já revogado pelo princípio da igualdade dos cônjuges e dos filhos estabelecido na Constituição Federal no art.226, par. 5º, e no art.227, par. 6º, passando, por isso, o pátrio poder a denominar-se poder familiar. O princípio da socialidade fez também surgir um novo conceito de posse, a posse-trabalho, em virtude do qual o prazo de usucapião de um imóvel é reduzido, de 15 para 10 anos, se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de carácter produtivo (Código Civil, art. 1238, parágrafo único).

O princípio da socialidade ainda se concretiza nos limites intrínsecos que o Código de 2002 estabelece para o exercício de direitos subjetivos, particularmente os direitos absolutos, entre os quais a propriedade. Sendo esta um dos elementos fundamentais do sistema de direito civil patrimonial, o direito subjetivo por excelência, o mais complexo e absoluto, a pedra de toque dos códigos civis da modernidade, é nas suas disposições gerais que o código mais enfatiza esse princípio, ao dispor que o direito de propriedade deve ser exercido com as suas finalidades econômicas e sociais, e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, o ambiente,

o equilíbrio ecológico e o patrimônio artístico, bem como evitada a poluição do ar e da água (Código Civil, art. 1.228, par.1º). E mais se enfatiza ainda ao dispor o código que o proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa fé, por mais de 5 anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante (Código Civil, art.1.228, par. 4º).

3. O princípio da eticidade

Este princípio atribui maior importância aos critérios éticos-jurídicos do que aos critérios lógico-formais no processo de realização do direito, a chamada concreção jurídica⁹. Implica isso um maior conhecimento teórico do direito, na medida em que uma das funções da doutrina é precisamente a de auxiliar o juiz e o legislador na criação normativa, e também, um maior grau de poder e de responsabilidade do juiz, chamado não a aplicar, mas a criar o direito para o caso concreto. Desse modo, o novo Código confere ao juiz, como já mencionado, o poder não só de suprir lacunas como também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos.

A influência deste princípio no legislador demonstra a não aceitação por este do dogma da plenitude da ordem jurídica, vendo-a como um sistema aberto, flexível e lacunoso, donde a necessidade de recurso à integração e a conseqüente importância dos princípios jurídicos.

Mas o significado desse critério é mais extenso, não se limita à crítica da sistematicidade lógico-formal do positivismo. Represente ele também a crença de que o equilíbrio econômico dos contratos é a base ética de todo o direito obrigacional¹⁰, o que o aproxima do princípio da boa-fé, no seu sentido ético, objetivo.

Aplicações do princípio da eticidade no código civil encontram-se, por exemplo, no art. 157 que, inovando relativamente ao Código de 1916, introduz a lesão no elenco dos defeitos do negócio jurídico, tornando-o anulável. A lesão como prejuízo econômico resultante da desproporção entre as prestações de uma relação contratual, recebendo uma das partes mais do que efetivamente dá. Esse instituto não foi acolhido no código de 1916, mas sim na legislação especial que se lhe seguiu, particularmente em matéria de locação, usura, tabelamento de mercadorias etc., com a finalidade de proteger a parte contratual mais fraca. Nesse sentido, dispõe o Código Civil que ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga

a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta (Código Civil, art. 157).

Ainda no campo dos defeitos do negócio jurídico, outro exemplo da influência do princípio da eticidade é a consideração do estado de perigo, que se configura quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa (Código Civil, art. 156).

Também de modo coerente com tal princípio, no sentido de um equilíbrio econômico contratual, prevê o código a possibilidade de resolução do contrato por onerosidade excessiva, dispondo que, nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato (Código Civil, art. 478).

Outro limite que o mesmo princípio estabelece em matéria contratual, no exercício dos direitos subjetivos patrimoniais, é a consideração da função social do contrato prevista no art. 421, entendendo-se como tal o papel que o instituto desempenha no sistema do código e os limites que a esse se impõe, orientando-se o exercício dos respectivos direitos para o bem comum e a justiça social. Do mesmo modo, as disposições pertinentes ao contrato de adesão, segundo as quais deve adotar-se interpretação mais favorável à parte aderente no caso de cláusula ambígua ou contraditória, assim como a nulidade com que se fulminam as cláusulas estipuladoras da renúncia antecipada de direito resultante da natureza do negócio (Código Civil, arts. 423 e 424).

4. O princípio da concretude

O terceiro princípio enunciado pelo legislador¹¹, é o princípio da operabilidade ou, se quisermos, o princípio da concretude¹², que é essencialmente um princípio de hermenêutica filosófica e jurídica, mais propriamente de metodologia de realização do direito. Sendo uma das tarefas da metodologia jurídica explicitar a estrutura de concretização da norma no caso particular, o princípio da operabilidade, ou da concretude, representa o critério metodológico que o legislador aponta ao intérprete do Código Civil: a interpretação jurídica não tem por objetivo descobrir o sentido e o alcance das regras, mas, sim, constituir-se na primeira fase de um processo de construção ou concretização da norma jurídica adequada ao caso concreto. Apresentando-se as regras de direito como proposições lingüísticas de carácter geral, é a partir do seu texto que o intérprete deve construir uma norma-decisão concreta e específica

para o caso em tela¹³. De igual modo, deve o legislador ter em vista o ser humano *in concreto*, situado, não o sujeito de direito *in abstracto*, próprio do direito liberal da modernidade.

Dessa opção metodológica do legislador, resulta conceder-se larga margem de criação ao intérprete para, por meio de princípios, cláusulas gerais, usos do lugar, costumes etc., criar a norma jurídica adequada ao caso concreto, lastreado em sólido embasamento doutrinário, pois doutrina e prática se influenciam e se enriquecem reciprocamente.

5. O princípio da autonomia privada

A disciplina das obrigações no Código Civil brasileiro de 2002 orienta-se por princípios de natureza institucional e por princípios gerais do ordenamento jurídico civil.

Os primeiros fundamentam a matéria dita obrigacional, e são o princípio da autonomia privada, o princípio da boa-fé e o princípio da responsabilidade patrimonial. São princípios institucionais porque orientam e fundamentam os institutos básicos do direito das obrigações, particularmente o contrato. Os segundos são critérios orientadores de todo o direito civil, como a liberdade e a igualdade, temperados pelos princípios supra mencionados. Uns e outros se articulam com os valores normativos e as regras da Constituição Federal, formando um todo harmonioso, uma ordem sistematizada, porém relativamente aberta, que transforma o direito das obrigações, tradicionalmente caracterizado por sua apurada formação técnica e abstrata, em um conjunto flexível de prescrições jurídicas que, desenvolvendo-se como um processo, exigem do intérprete um permanente trabalho de construção jurídica.

A autonomia privada, reconhecida como o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações jurídicas de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina, articula-se com o disposto nos artigos 1º e 170 da Constituição Federal brasileira, que estabelecem a livre iniciativa como valor fundante do Estado de Direito democrático e da ordem econômica, deles sendo um instrumento de realização da liberdade no campo privado. No campo das obrigações, sua principal expressão está no artigo 421, que reafirma a liberdade contratual, desde que exercida nos limites da função social do contrato, o que é uma das manifestações da sociabilidade do direito e, por isso mesmo, um dos limites intrínsecos ao exercício dos direitos subjetivos.

A autonomia privada limita-se pela ordem pública, pelos bons costumes e pela boa-fé. A ordem pública como conjunto de normas que regulam e

protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado, e as que, no âmbito do direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica, intervindo na economia, criando mecanismos de proteção ao consumidor e regulamentando determinadas espécies contratuais. São exemplo de limitações impostas pela ordem pública de proteção, no nosso campo legislativo, as decorrentes da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, que dispõe sobre a locação dos imóveis urbanos e os procedimentos a ela pertinentes, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, sobre a proteção do consumidor, da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, que estabelece regras para a desindexação da economia, da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel, entre outras. São também exemplo de limitações impostas pelo princípio de ordem pública as sanções de nulidade e anulabilidade para os casos de contratos com determinados vícios de vontade ou de forma (Código Civil, arts.138 e ss). Bons costumes são as regras morais da sociedade.

6. O princípio da boa-fé

O Código Civil de 2002 deu ênfase e maior possibilidade de eficácia ao princípio da boa-fé objetiva do que o Código de 1916.

Primeiro, como norma interpretativa-integrativa, no artigo 113, segundo o qual os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Isso constitui significativa inovação do novo Código, que formaliza, assim, expressamente, o princípio da boa-fé sob o ponto de vista ético.

Ao dispor que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de celebração, deve entender-se que se refere à boa-fé no sentido objetivo, como regra de comportamento. Ora nesta espécie reconhecem-se três funções, a interpretativa, no sentido de ser um critério para se estabelecer o sentido e alcance da norma, a integrativa, no sentido de que se constitui em princípio normativo a que se recorre para preencher eventuais lacunas, e ainda uma função limitadora de direitos subjetivos, principalmente no campo da autonomia privada. No caso do art.113 do Código Civil tem-se, porém, uma boa-fé objetiva imprópria, no sentido de que, sendo um princípio normativo que se realiza por meio da integração, é neste caso invocado como critério orientador no processo de fixação do conteúdo e sentido da declaração de vontade¹⁴. Seria, a meu ver, um princípio com função interpretativa integrativa.

Quanto aos usos do lugar a que se refere o mesmo dispositivo legal, trata-se de regras observadas de modo uniforme, público e constante pelas pessoas de uma mesma localidade, e por elas consideradas juridicamente obrigatórias para, na falta da lei, regularem determinados negócios¹⁵.

Também o artigo 422 se baseia no princípio da boa-fé objetiva ao dispor serem os contratantes obrigados a guardar, na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé, um valor ético que se exprime em um dever de lealdade e correção no surgimento e desenvolvimento de uma relação contratual. É regra de comportamento que se funda na honestidade, na retidão, na lealdade, e que impõe um dever de conduta não abusiva e razoável das partes contratantes em relação ao conteúdo das respectivas prestações. Implica também em deveres acessórios de cuidado e segurança, aviso e esclarecimento, informação e colaboração, segredo, proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da outra parte.

A boa-fé objetiva aplica-se nos processos de formação, interpretação e execução dos negócios jurídicos, de modo geral, mas com alcance, também, na atividade extranegocial, já que aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições legais do negócio jurídico (Código Civil, art.185).

Destinatários do princípio da boa-fé são os intérpretes da declaração de vontade, as mais das vezes os magistrados chamados a resolver um conflito de interesses.

7. O princípio da responsabilidade patrimonial

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

Esses três princípios complementam ou realizam os princípios gerais do Código Civil já referidos, a saber, o princípio da socialidade, o princípio da eticidade e o princípio da concretude, idéias básicas da filosofia e da metodologia que se estabeleceram como critérios para a ação e para a formulação de normas e modelos jurídicos do Código Civil.

8. O princípio da equidade

Ainda um princípio fundamental no campo das relações obrigatórias é o da equidade, aqui considerada como critério intermediador no processo de

realização do direito, um critério interpretativo, que permite adequar a norma ao caso concreto e chegar à solução justa.

No Código Civil brasileiro registram-se diversas referências a esse princípio, quase todas no campo das obrigações.

O art. 413 dispõe que, na cláusula penal, a sanção deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Em matéria de resolução contratual por onerosidade excessiva, o art. 479 estabelece que a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

No campo da responsabilidade civil, o art. 944 dispõe que a indenização mede-se pela extensão do dano e, em seu parágrafo único, que, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. O parágrafo único do art. 953 dispõe que se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso. Recorre, aqui, o juiz, à equidade, que tem, como nas hipóteses dos artigos anteriores, uma função quantificadora, fixando o valor da indenização. No mesmo sentido o art. 954, que recomenda um juízo de equidade no caso de ofensa à liberdade pessoal, se a vítima não puder provar o prejuízo. Deverá, também, fixar-se, por equidade quantificadora, a indenização devida pelo incapaz, pelos prejuízos que causar. É o que dispõe o parágrafo único do art. 928. Recorre o juiz à equidade para determinar o valor da indenização.

Também no parágrafo único do art. 156, pertinente ao estado de perigo, ao dispor o código que tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante o juiz decidirá segundo as circunstâncias, o que configura uma cláusula geral, pela vagueza e imprecisão do termo, é de considerar-se implícita a necessidade de recurso à equidade, pois decidir segundo as circunstâncias é solucionar o caso concreto com equilíbrio e proporcionalidade. A equidade tem aqui uma função supletiva, pela insuficiência do texto legal.

Idêntica afirmação se pode fazer quanto ao art. 1.638, III, em que se dispõe que o pai ou a mãe perderá, por ato judicial, o poder familiar, se praticarem atos contrários à moral e aos bons costumes. Configura-se aqui outra cláusula geral, o que leva o intérprete a valer-se da equidade.

O Código de Processo Civil, todavia, dispõe no art. 127 que o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei¹⁶. Insere-se esse dispositivo na matéria dos poderes, deveres e responsabilidade do juiz na condução do processo e no julgamento da lide, compondo o conflito de interesses e reali-

zando a justiça. Dessa disposição processual resulta evidente, de imediato, que no direito brasileiro só se admitiria o juízo ou decisão por equidade nos casos em que a lei assim o permitisse. É de explicitar-se, porém, que o juízo de equidade não se contrapõe ao juízo legal, ambos pertencem ao mesmo sistema de tutela jurisdicional, sendo o juízo de equidade apenas um derivativo do juízo legal¹⁷.

Ocorre que o Código de Processo Civil (Lei 5.869/73), sancionado na vigência da Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional de 1969, tem um espectro de valores e princípios diversos dos que legitimam a atual Constituição. É produto de uma concepção formal e legalista (veja-se o art.2º do Código de Processo Civil) que não se coaduna com o espírito do novo Código Civil. E reconhecendo-se, com Philip Heck, que “em cada decisão jurídica concreta pode atuar o conteúdo global da ordem jurídica”¹⁸, é de compreender-se que, representando o Código de Processo Civil e o novo Código Civil pensamentos jurídicos histórica e filosoficamente diversos, também diverso deverá ser o alcance ou o processo de realização de seus preceitos jurídicos. O primeiro, normativista, orienta-se para a aplicação lógico-dedutiva das suas normas jurídicas. O segundo, jurisprudencialista, dispondo de princípios, conceitos indeterminados e de cláusulas gerais, orientando o intérprete para a decisão jurídica de modo problemático-dialético, prevê o recurso a critérios ético-jurídicos que permitem chegar-se à concreção jurídica, conferindo-se maior poder ao juiz para encontrar a solução mais justa ou equitativa¹⁹.

Deve-se, todavia, reconhecer que a equidade continua sendo uma noção ambígua, senão equívoca, com que os juízes se sentem mais embaraçados do que auxiliados²⁰, mas a sua admissibilidade em dois importantes códigos, o civil e o de processo civil, dá vida e utilidade a esse conceito a que historicamente sempre se recorre quando esgotados se acham os meios de interpretação e de criação do direito, embora raríssimo seja o recurso a esse princípio nos tribunais brasileiros.

A referência à equidade nos referidos dispositivos justifica as questões que se levantam quanto à sua natureza e função no Código Civil brasileiro.

Quanto à sua própria natureza, a equidade é um princípio ético, um modelo ideal de justiça, um princípio inspirador do direito que visa a realização da perfeita igualdade material, transformando-se em modelo jurídico a que recorre o órgão jurisdicional quando em face de um conflito de interesses específico. Não é uma instância menor do direito, ao contrário, constitui-se em arquétipo axiológico que orienta a aplicação do direito de modo a evitar-se eventual injustiça ou desigualdade decorrente da rigidez da fórmula legal.

A equidade não é fonte de direito, pois não se configura como poder de criar normas jurídicas ou como forma de sua expressão. É, antes e acima de tudo, um critério de decisão de casos singulares²¹, que se apresenta sob a forma de cláusula geral.

A equidade também não é meio de integração de lacunas da lei, pois o art. 127 do Código de Processo Civil reduz o recurso à equidade aos casos previstos, embora o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho a considere, equivocadamente, como princípio geral do direito e a este se refira o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, ao dispor que “quando a lei for omissa o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Quanto às funções que a equidade pode desempenhar, deve reconhecer-se nela uma função básica e geral de natureza interpretativa, no sentido de adequar a regra ao caso concreto, recorrendo aos critérios da igualdade e da proporcionalidade, de modo a realizar não a justiça do caso concreto, mas o direito do caso concreto²². Tem ainda uma função corretiva, no sentido de temperar o direito positivo, principalmente, em matéria contratual, e uma função quantificadora, quando se constitui em uma medida, uma quantificação dos efeitos da aplicação da norma, como ocorre, por exemplo, no caso de se fixarem os valores de uma indenização. Pode ainda a equidade ser eleita pelas partes para a solução do seu litígio, como acontece nos casos de compromisso arbitral, quando então lhe é reconhecida uma função supletiva.

De tudo o que foi exposto, pode afirmar-se que, no direito civil brasileiro, recorre-se à equidade: a) quando a lei assim determinar (Código de Processo Civil, art. 127); b) quando as partes assim o convencionarem (compromisso arbitral); e c) quando o juiz tiver de decidir com base em cláusulas gerais e com fundamento no princípio da concretude, do novo Código Civil.

9. Conclusão

Este breve estudo sobre os princípios jurídicos que orientam a parte das obrigações do novo Código Civil brasileiro procura mostrar as significativas mudanças que o novo código apresenta, superando o individualismo e o normativismo do modelo de 1916, e dele também se distinguindo nos fundamentos e nas funções.

Essas modificações não encontram paralelo no quadro dos códigos latino-americanos, o que o torna singular nesse contexto. Estão, porém, em franca consonância com o espírito e a forma da Carta de Sant’Agata dei Goti — Declaração sobre usura e débito internacional, no que diz respeito aos princí-

rios da liberdade contratual, da boa-fé, da equidade, da lesão, da excessiva onerosidade superveniente, do *beneficium competentiae*.

O Código Civil de 2002, por seus princípios, fundamentos, funções e estrutura, mantém-se legatário do modelo jurídico romano, dele retirando a possibilidade de permanente renovação²³, na tarefa de elaborar novas e necessárias estruturas jurídicas de resposta aos problemas da sociedade contemporânea, complexa e pluralista, dominada pelo conhecimento e pelas novas tecnologias.

NOTAS

1. Essa Comissão era constituída pelos Professores JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES (Parte Geral), AGOSTINHO DE ARRUDA ALVIM (Direito das Obrigações), SYLVIO MARCONDES (Atividade Negocial, hoje Direito de Empresa), EBERT VIANNA CHAMOUN (Direito das Coisas), CLÓVIS DO COUTO E SILVA (Direito de Família) e TORQUATO CASTRO (Direito das Sucessões), que elaboraram o Projeto de Lei nº 634, de 1975, aprovado no Congresso Nacional pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para entrar em vigor um ano depois da publicação.

2. Para uma completa visão do novo Código Civil e compreensão dos seus motivos e de suas inovações, cf. Miguel Reale, *O projeto do novo Código Civil*, São Paulo, 1999, Editora Saraiva, 43 ss.

3. Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, São Paulo, 1996, 54 ss.

4. Sandro Schipani, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1999, G. Giappichelli Editore, 83 ss.

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

6. Ronald Dworkin, *Talking Rights Seriously*, Londres, 1977, Gerald Duckworth & Co.Ltd., 105 ss.

7. Miguel Reale, *O projeto de novo Código Civil* cit., 7 ss.

8. Miguel Reale, *O projeto de novo Código Civil* cit., 7 ss.

9. Miguel Reale, *O projeto de novo Código Civil* cit., 8 ss.

10. Miguel Reale, *O projeto de novo Código Civil* cit., 9 ss.

11. Miguel Reale, *O projeto de novo Código Civil* cit., 9 ss.

12. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, Rio de Janeiro, 2001, Editora Objetiva, 789 ss.

13. Friedrich Muller, *Discours de la Méthode Juridique*, tradução francesa de *Juristisches Methodik*, por Olivier Jouanjan, Paris, 1996, P.U.F., 223 ss.

14. José Luis de Los Mozos, *El principio de la buena fé*, Barcelona, 1965, Bosh, Casa Editorial, 180 ss.

15. J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, I, Rio de Janeiro, 1963, Freitas Bastos, 173 ss.
16. A Consolidação das Leis do Trabalho, a Lei da Arbitragem, o Código Tributário.
17. Eduardo Grasso, *Equità giudizio*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, VII, Torino, UTET, 1991, 471 ss
18. A. Castanheira Neves, *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra, 1993, Coimbra Editora, 80 ss.
19. Miguel Reale, *O projeto de novo Código Civil* cit., 8 ss.
20. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, II, Rio de Janeiro, Forense, 1973, 350 ss.
21. José de Oliveira Ascensão, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 32, 594 ss.
22. Miguel Reale, *Equidade*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 32, São Paulo, 1998, Editora Saraiva, 403 ss.
23. Pierangelo Catalano, *Diritto e Persone*, I, Torino, 1990, G. Giappicheli Editore, 147 ss.

--oOo--

“Quando a justiça, ferida pela injustiça, se apresenta diante da Corte e os juízes não lhe tiram o dardo, eles mesmos são por este feridos.” Código de Manu, art. 8º (Reconstituição de DESLONGCHAMP).

“RECTA RATIO”

A expressão RECTA RATIO é de Cícero, e prefigura no *De legibus*, onde o filósofo estóico, em seu suposto diálogo com Ático, faz o encômio da razão. Palavras do grande Orador: “Que há mais divino que a razão, não já no homem, porém em todo o céu e a terra? Essa razão que, ao alcançar seu perfeito desenvolvimento, se chama, com justiça, sabedoria? Como nada há melhor que a razão, e esta é comum a Deus e ao homem, a comunicação superior entre Deus e os homens é a da razão. Então, os participantes numa razão comum o são também na reta razão; é assim que a lei é uma reta razão. Logo, também devemos considerar-nos, os homens, como sócios da divindade em face da lei; e, ademais, participantes que são numa lei comum, o são também num direito comum.” (*De legibus*, 1.7)

Noutra de suas obras, *De legibus*, Cícero volta a referir-se à *recta ratio*, e este aspecto é o trecho citado pelo Prof. Machado Pauperio, na *Introdução à Ciência do Direito*, pág. 74, da 5ª edição:

“Há de fato uma verdadeira lei denominada reta razão, que é conforme à natureza, aplica-se a todos os homens, é imutável e eterna. Ela não prescreve uma norma em Roma, outra em Atenas, nem uma regra hoje e outra diferente amanhã. Essa lei eterna e imutável abrange todos os tempos e todos os povos.”

A expressão originada de Cícero (106-43 a.C.) foi retomada por Grocio (1583-1645), no *De iure belli ac pacis* (I.1.10), para afirmar o direito como a razão, que, reta, é o único critério de verdade reservado ao homem dentro de suas possibilidades.

É esse o lema da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, proposto no ato de sua fundação pelo Professor e Desembargador Fernando Whitaker da Cunha.