

Princípios gerais - ética - código civil 2002

GERALDO AUGUSTO DE ALMEIDA

Falar sobre princípios gerais em Direito é falar, também, sobre Ética. Ética, da qual o Direito, em sua interpretação, aplicação, exercício e ensino, nunca deveria se afastar.

Ética, que, num conceito sucinto, rápido e leigo, poderia ser o conjunto de valores e normas válidos para uma reta convivência humana. E foi assim que nasceram muitas das legislações modernas.

Todos os nossos atos, como humanos, como pessoas, como cidadãos; na família, nos relacionamentos, na convivência, no exercício de atividades e da profissão, deveriam sempre estar atrelados à Ética.

No Direito, a partir dos clássicos princípios gerais: "dar a cada um o que é seu; viver honestamente, não lesar a ninguém"; no direito penal: não há crime sem lei que o defina; a penalidade não pode ultrapassar a pessoa do autor do ato criminoso, do condenado; ninguém poderá ser tido como criminoso, senão após o devido processo legal e sentença condenatória transitada em julgado; no direito processual: não se deve declarar nulidade do processo sem que haja evidente e real prejuízo ao direito da parte; entre outros, são todas máximas e normas de origem e conteúdo éticos, antes de jurídicos.

Essencialmente, as questões e mesmo decisões envolvendo direito de família, são entremeadas de conceitos éticos. Destaco em exemplo, o dever e o direito, respectivamente, de dar e de receber alimentos, entre pai e filho. Embora o menor atinja a maioridade civil, agora de 18 anos, isto não significa que, automaticamente, e só por isto, haverá a extinção da obrigação; porque se baseia não apenas na legislação, mas, antes, nos laços de sangue, do parentesco consanguíneo direto e, especialmente, no conhecido binômio necessidade do alimentando e disponibilidade do alimentante. Assim, enquanto persistir a necessidade, é claro, realmente comprovada; bem como a disponibilidade, deverá permanecer a obrigação alimentícia.

Outro exemplo: cabe ao Juiz, sempre que possível, sanear o processo a partir do seu início, com a petição inicial. E, verificando ser casos de impossibilidade jurídica do pedido, não sendo possível a transformação do procedimento, ausência de condições da ação, deverá, desde logo, indeferir a inicial. Mais do que norma processual, isto é comportamento ético. Por que? Porque evita laborar no inócuo, no equívoco. Porque desde logo se nega seguimento a um processo que, fatalmente, mais adiante, só depois com a sentença final ou, pior ainda, em grau de recurso, será invalidado; com prejuízo muito maior a todos e no tempo, na perda da instrução e dos atos processuais, na frustração de expectativas das partes, com descrédito ao trabalho do Advogado, do Juiz e do próprio Judiciário, do que se tivesse sido saneado lá no início, com tempo para o ingresso do procedimento adequado.

Por sua vez, o Advogado, bom profissional, que respeita a si próprio e à Advocacia que exerce, sério e reto, alerta a seu cliente sobre a possibilidade ou impossibilidade do sucesso da demanda, de acordo com a legislação e a jurisprudência unânime pertinentes ao caso concreto; evitando assim a propositura de ações equiparadas a aventuras. Este é também um comportamento ético, que lhe trará, sem dúvida, satisfação íntima, prestígio e consideração, em seu meio.

A ética deve estar no tratamento e relacionamento de respeito às pessoas e às funções dos profissionais do Direito, Advogados, Membros do Ministério Público, Magistrados, servidores da Justiça, destes entre si, com as partes, testemunhas e auxiliares. Era comum, até há pouco tempo, intitular-se tal conjunto, em cada comarca, como a "família forense".

Lembremos todos que o processo não é um jogo, com obstáculos e vantagens, no qual ganha o mais esperto, o mais hábil. Muito menos, poderá ter dele as partes, a impressão de loteria, com andamento e decisões ao sabor do humor de cada Julgador num determinado momento. As regras e, mais ainda, os princípios devem se impor para a prevalência do Direito e onde o Judiciário e, pois, o Juiz, não dá nem tira nada a ninguém, apenas reconhece ou não o Direito que se invoca e sua consequência, resultando daí, a procedência ou não do pedido.

O processo deveria sempre ser reduzido à expressão mais simples, como na matemática. O direito processual, e o processo que o concretiza, apenas como instrumento de meio, não de finalidade, deveria ser composto de poucas regras de procedimento, de apresentação do pleito, do direito, dos fatos e das provas para alcançar a verdade real e, com isto, mais se aproximar do justo julgamento. Nada mais.

O Código Civil de 2003, apresenta meios para tal alcance, porque composto de dispositivos abertos, não fechados, não regulamentando de modo completo, exaustivo; sem querer,

previamente, dar resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas serão progressivamente construídas pela jurisprudência.

Compõe-se de cláusulas gerais, cujo objetivo é enviar o Julgador para critérios de aplicação determináveis, através das variações de tipos sociais, dos usos e costumes objetivos e em vigor num determinado ambiente social. Em razão destas características esta técnica permite capturar, em uma mesma hipótese, uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal.

Do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem propositalmente aberta. Esta disposição é dirigida ao Juiz, de modo a conferir-lhe competência para que, à vista dos casos concretos, complemente ou desenvolva normas jurídicas, cujos elementos de concretização poderão até estar fora do sistema, num primeiro momento; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual fica assegurado o controle racional da sentença, viabilizando, através das razões de decidir, a ressystematização destes elementos, no interior do ordenamento jurídico. Evita-se, assim, o modo de aplicação simplista e a ausência de sustentação, pela fragilidade e insegurança, do chamado direito alternativo; bem como decisões sem fundamentação jurídica, ao critério do mero humor do Julgador.

Neste momento inicial de aplicação do novo Código, a questão é delicada, porque, enquanto tem a cláusula geral a vantagem de criar aberturas do direito legislado ao dinamismo da vida social, tem, por outro lado, a desvantagem de provocar – até que esteja consolidada a jurisprudência – certa incerteza acerca de sua dimensão e alcance.

Repita-se, por relevante, que as cláusulas gerais, por serem incompletas, carecem ser progressivamente formadas pela jurisprudência, sob pena de restarem ineficazes, inúteis. Significa também que o Juiz tem o dever e a responsabilidade de formular, a cada caso, tal complementação, buscando em outras normas do sistema ou em valores e padrões extrasistema, os elementos que a possam preencher, como na Constituição da República, na Lei de Introdução ao Código Civil, que permanece, por sua natureza especial-complementar, na qual se encontram os pilares da interpretação do direito civil brasileiro e, ainda, nos próprios princípios gerais do Direito, já mencionados.

Aqui, então, chama-se a atenção, para a necessidade da boa formação, não apenas jurídica; mas, inteira, do Juiz, como pessoa ética, dotada de equilíbrio emocional, para agir, com a energia da sua autoridade, com o talento de seu conhecimento, com a força de sua competência, com coragem; mas, também, como homem e mulher do seu tempo e do local onde se encontra, com a sensibilidade, com as virtudes da prudência, da cautela, do respeito ao direito alheio que está a reconhecer ou não. Também com o tirocínio de que os litigantes procuram solução para o litígio, pronta, clara, objetiva e, especialmente, justa e exequível.

Passa-se, agora, às reflexões mais específicas sobre os princípios gerais e básicos refletidos na nossa atual legislação civil, colocadas no intuito, talvez, de serem eles pensados e analisados, aqui, em conjunto, nesta nossa conversa, para que possam ser recolhidas e aplicadas na vida quotidiana de quem estuda, de quem pleiteia, de quem analisa ou de quem aplica o direito.

No Código Civil de 2003, segundo as considerações preliminares de que vem precedido, de autoria do Professor Miguel Reale, reclama-se de uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais abstratos, a qual se entende, deve impor soluções que deixam larga margem de ação ao juiz e à doutrina, com frequente apelo a valores como os de boa fé, abuso do direito, equidade, probidade, finalidade social do direito, (do contrato e da propriedade), equivalência de prestações, etc.

Como pontos altos da revisão da parte geral apontam-se, entre muitos outros a previsão e a repressão dos abusos perpetrados à sombra da personalidade jurídica, o tratamento dado ao problema dos bens públicos como decorrendo do princípio da destinação social do direito de propriedade, proclamado pela Constituição; as disposições relativas à lesão enorme, para considerar-se anulável o negócio jurídico pelo qual uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. No livro relativo ao direito das obrigações acentua-se a preocupação de dar aos contratos estrutura e finalidade sociais, sendo explícito que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa fé e da probidade e assim firmando novas diretrizes etico-sociais em matéria de responsabilidade civil, como também nos princípios que dizem respeito à resolução do negócio jurídico por onerosidade excessiva. Seria em última análise o espírito de compreensão ética da realidade socio-econômica, nomeadamente no domínio dos contratos em

especial. Também no direito das coisas, apontando-se a função social da propriedade. Especificamente, segundo resulta expressamente do título da parte geral dedicado aos atos contrários ao direito, comete ato ilícito não só aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que somente moral (art. 186), como também 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 (art. 187). Em sentido contrário, não constituem atos ilícitos os praticados no exercício regular de um direito reconhecido (art. 188, I,); mas houve a preocupação de regular detalhadamente o uso anormal do direito de propriedade (art. 1468 a 1473), dada a particular importância prática desse problema, e, por outro lado, de especificar que a ameaça do exercício normal de um direito não importa coação (art. 153).

O Código apela para a idéia de função social ou destinação econômica, por exemplo, em relação ao princípio da liberdade de contratar, que só existe em razão e nos limites da função social do contrato (art. 417), ao direito de propriedade, ao condomínio geral (art. 1504) e ao direito de usufruto (art. 1585 e 1596). Nomeadamente, nos termos do art. 1422, o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais e o equilíbrio ecológico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Por isso, também, são expressamente defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade ou utilidade e que sejam animados pela intenção de prejudicar outrem e o proprietário pode ser privado da coisa, não só nos casos de expropriação por utilidade pública ou requisição, mas também quando o imóvel reivindicando consistir em extensa área há mais de cinco anos na posse ininterrupta e de boa fé, 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.

A noção de boa fé é aplicada, entre muitos outros casos, em sede de interpretação de negócios jurídicos (art. 112), (os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração); de conclusão e de execução dos contratos (art. 418), (os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa fé); de condição resolutiva aposta a um negócio de execução continuada ou periódica (art. 128), de preenchimento ou não verificação da condição (art. 129) ou de negócios em fraude contra os credores (art. 166).

Reflexos da exigência de respeito pelos bons costumes encontramos, por último, em relação aos atos de disposição do próprio corpo, salvo exigência médica e quando não destinados a fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial (art. 14).

Função social do contrato –

Conforme disposto no art. 420 do Cód. Civil “ a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Tal constitui, sem dúvida, projeção, no específico campo contratual, do valor constitucional expresso como garantia fundamental dos indivíduos e da coletividade, que está no art. 5º., inciso XXIII da Constituição da República, uma vez que o contrato tem, entre outras funções, a de instrumentalizar a aquisição da propriedade. Se a esta não é mais reconhecido o caráter absoluto e sagrado, como condição de direito natural e inviolável do indivíduo, por consequência, ao contrato reflete, também, o reconhecimento de desempenhar função que ultrapassa a esfera dos meros interesses individuais.

Lembra-se que, há mais de um século, a doutrina e a legislação vem buscando um equilíbrio entre os interesses dos particulares e as necessidades da coletividade. Conquanto se pretende fazer prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, não há que se perder, porém, o valor fundamental da pessoa humana, conforme as palavras do próprio Prof. Miguel Reale.

A função social é literalmente uma condicionante imposta ao princípio da liberdade contratual, o qual é reafirmado, estando na base da disciplina contratual. Ao termo condição pode-se dar uma conotação adjetiva, apenas de limitação da liberdade de contratar e para impedir que esta liberdade não tenha limites. Na sua concreção o Juiz poderá, avaliadas as circunstâncias do caso, determinar, por exemplo, a nulificação de cláusulas contratuais abusivas, inclusive, para o efeito de formar, progressivamente, catálogos de casos de abusividade.

A boa fé – boa fé objetiva.

Segue-se e até com o anterior se entrelaça, a cláusula geral da boa fé objetiva.

Art. 421- “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em

sua execução, os princípios da probidade e boa fé”.

O comportamento em boa fé, num sentido mais jurídico, poderia ser enquadrado como sendo aquele de estar a pessoa, naquele momento e circunstância, imbuída da convicção de que o ato ou situação jurídica se encontra de conformidade com o direito e que, embora tal convicção se verifique contrária à realidade e ao direito, pelo seu honesto convencimento subjetivo, seja desculpável.

O princípio da boa fé, em sentido amplo, pertence à categoria dos princípios de direito, cujo estudo apresenta hoje renovado interesse, não apenas na temática metodológica da realização das normas jurídicas, mas como atividade institucional de decisão dos problemas jurídicos.

Trata-se, portanto, de um princípio ético-jurídico norteador da atividade jurisprudencial, como diretiva básica e geral, que orienta o intérprete na aplicação do direito, no caso de omissões do texto legal.

Tem-se que na tradição do direito brasileiro, a expressão “boa fé” é ligada a um conceito subjetivo; também no Código Civil, nos arts. 221caput, e parágrafo único e 490, caput, e parágrafo único.

Entretanto, o dispositivo mencionado do art. 421, já anotado, trata da boa fé objetiva. O que significa?

Do direito alemão, de onde se originou, retira-se como sendo um modelo de conduta social, segundo o qual “cada pessoa deve ajustar a sua própria conduta a este modelo, agindo como agiria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”. Assim, por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos.

Entende-se, pois, que na concreção da boa fé objetiva deve o intérprete desprender-se da verificação ou pesquisa da intenção da parte, de nada importando para a sua aplicação a sua consciência individual, no sentido de não estar lesando o direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a verificação de uma padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico.

A boa fé subjetiva sugere a idéia de ignorância, de crença errônea, acerca da existência de uma situação regular. Tem o sentido de uma condição psicológica, que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio.

Já a boa fé objetiva tem como regra a conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade, e, principalmente, na consideração para com os interesses do outro, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se encontra a consideração para com as expectativas geradas pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação contratual.

Seria, em outras palavras, aproximado ao que se espera da conduta de cada qual perante a sociedade, a comunidade, por sua função, profissão, qualidade e estado. Por exemplo, o comportamento esperado de um Juiz, de um médico, de um professor, etc., em suas respectivas funções; bem como de um corretor de seguros, de um concessionário de serviços, de um comerciante, de um industrial, em suas atividades.

Assim, num contrato de locação, também por exemplo, o que se esperaria normalmente, da atitude do locador: que seja o titular do direito de locar, que forneça meios ao exercício da locação, que não alugue o mesmo bem para vários locatários; assim como em relação ao locatário, que utilize o bem para o uso ou atividade a que se destina, que o conserve, etc...

Finalmente, em síntese, a boa fé objetiva nos contratos seria o que se espera dos contratantes e de um em relação ao outro, numa contratação específica. Um comportamento contratual leal, assentado na confiança recíproca.

Outra questão das mais interessantes, que se entrelaça com a boa fé, é a do ABUSO DO DIREITO NA ESFERA CIVIL, não muito aprofundada em nosso sistema jurídico, anteriormente; pelo menos, se comparado com legislações de outros Países. Coloca-se de considerável relevância para o momento jurídico e social que atravessamos.

Vem, agora, junto com a maior preocupação social do Código Civil e com a melhor atenção e relevância que se está começando a dar à solução do caso concreto específico, posto em julgamento, à sua análise e à decisão frente ao direito substantivo e menos ao adjetivo, ao processo, colocando este na sua precípua finalidade de meio, para atender à prestação jurisdicional pronta e eficiente.

Em princípio, quem abusa não atua, pelo menos aparentemente, sem direito: atua dentro do seu direito; porém, o abuso afeta a própria juridicidade do direito exercido nessas condições.

Em outras palavras: não há aqui que se distinguir, entre legitimidade jurídica e legitimidade moral, para dizer que o abuso é uma ilegitimidade moral.

Sem dúvida, é ilegítimo o exercício de um direito quando o titular excede manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito. Representa, pois, bem mais do que a colocação do direito frente à ética e transcende às exigências morais ou a dados sócio-culturais sobre o direito subjetivo em causa.

Já há uma noção consciente e nata do que seja abusar de um direito. Neste sentido, embora um tanto vago, pode-se dizer que abusa-se do direito quando se vai além dos limites do normal, do legítimo: exerce-se o direito próprio em termos que não eram de esperar, ultrapassa-se o razoável, chega-se mais longe do que seria de prever.

Em que tudo isto se traduz na nossa lei? e que aplicações tem feito de tudo isto a nossa jurisprudência?

A validade de tal estudo pressupõe, porém, resolvido o problema prévio da distinção entre ato abusivo e ato ilícito - quer dizer, pressupõe decidida a questão da autonomia da qualificação jurídica do abuso do direito perante a qualificação jurídica da ilicitude. Impõe-se aceitar, pois, que abusivo e ilícito são qualificações jurídicas autônomas. O ato ilegal é o ato realizado sem direito, conseqüentemente fora dos limites do direito, enquanto que a noção autônoma do abuso do direito, revela, inicialmente, um ato legal, sob as normas do direito, mas ultrapassando-o, indo além dos seus limites. Talvez, ponto nevrálgico da distinção possa estar mesmo no nascedouro de ambos.

Outro reflexo da idéia de abuso estaria no exemplo da proibição de o menor vir fazer valer a anulabilidade de um ato que praticou sem a necessária capacidade jurídica (e que, conseqüentemente, é anulável), quando para a prática do mesmo tenha usado de dolo com o fim de se fazer passar por maior ou emancipado. A partir disto, retira-se, como regra geral de interpretação jurisprudencial, o entendimento clássico de que não poderá arguir nulidade de um ato aquele que o provocou, por ato próprio, contrariamente à lei e não podendo, pois, invocar a seu favor a própria torpeza.

Destaca-se, em especial, que a proibição do abuso de direito se deve à consideração de que todo o direito é necessariamente limitado pelo direito de outrem e que o exercício do direito de um só pode ir até ao extremo limite onde começa o direito alheio.

Por conseqüência, pode-se ver no abuso do direito um princípio geral de interpretação das normas jurídicas.

A uma observação mais atenta, o abuso do direito revela-se como o sinal exato de que o mundo jurídico ultrapassou em muito os tradicionais apegos às fórmulas e conceitos, para ser a própria vida em norma, ou o constante aferir e confrontar da concreta realidade histórico-cultural-social com os valores jurídicos que lhe presidem, numa assimilação de fato e de direito.

Põe em causa a legitimidade do exercício do direito subjetivo pela mera circunstância de estar disposto numa norma legal que o reconhece.

Cada vez mais os contornos do abuso do direito são fixados, aplicando-o a um numero cada vez maior de direitos subjetivos, inicialmente considerados absolutos.

Nesta conformidade, julgam-se como casos de abuso do direito a exigência de uma prestação que por outra razão jurídica tem de ser restituída ao devedor; a hipótese de uma parte celebrar o contrato sem a forma exigida, já antecipadamente com a intenção de não o cumprir e de invocar, mais tarde, tal defeito, para isso induzindo em erro a outra parte sobre a necessidade da forma; a cessão de crédito a um terceiro, quando dela resulte um agravamento anormal da prestação para o devedor. Julgando-se que o abuso de direito se traduz num ato antijurídico, faz-se derivar dele, consoante as circunstancias concretas da hipótese em causa, a obrigação de indenizar, considera-se como dolo o ato daquele que abusivamente faz valer uma pretensão.

Entende-se que o abuso pode e deve ser apreciado de ofício, pois é ao Juiz e ao Tribunal que compete determinar os limites do exercício do direito e a idéia do abuso não é senão retirar precisamente esses limites do conteúdo do direito.

O Código Civil contempla, embora não expressamente, a figura do abuso do direito, declarando no seu art. 188, não constituírem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido. Entende-se que, implicitamente, a admite, no sentido de o abuso consistir no exercício irregular de um direito, extrapolando, pois, o seu exercício regular. Também, podem ser considerados aproximados à proteção contra o abuso do direito, o que dispõem os arts. 122, (antigo 115) tendo como defesas as condições que privarem de todo

efeito o negócio jurídico , ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes, isto é, sujeitando uma à vontade da outra (cláusula potestativa); o art. 413 (anterior 924), com a possibilidade da redução proporcional da penalidade ou onerosidade excessiva, pelo descumprimento de obrigação e a do art. 940 (anterior 1.531) que pune aquele que demandar por dívida já paga.

A expressa qualificação de ilicitude para o chamado ato de exercício abusivo de um direito, conduz, logicamente, a colocá-lo no plano das sanções em pé de igualdade com a violação danosa do direito alheio. Mas, para que não subsistissem quaisquer dúvidas a este respeito, pelo menos quanto à responsabilidade civil, o art. 927 do código veio especificar que o ato ilícito causador de dano a terceiros e a que normativamente é ligada a obrigação de ressarcimento, é tanto o previsto no art. 186 como no art. 187; este, com o dispositivo expresso e taxativo de que "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".

Estas são as considerações que se apresentam, neste momento ainda inicial, de análise e de reflexão sobre as novas normas civis que, conforme o sistema jurídico brasileiro, deverão ter alcance definido e consolidado pela jurisprudência, com o respaldo do trabalho sério e dedicado dos professores nas faculdades de direito, formadores da doutrina; dos advogados, que pleiteiam e elaboram as pretensões, trazendo diretamente os problemas consubstanciados nos casos concretos; dos membros do ministério público na fiscalização do exato cumprimento da lei; dos magistrados, que terão uma tarefa grandiosa de interpretação do texto legal e sua aplicação ao caso concreto e dos estudiosos e universitários de Direito, pretendentes à advocacia, que temperarão todo este trabalho com a esperança de que a força do Direito possa superar as desigualdades, trazer o equilíbrio social e a paz, através a Justiça.