

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 41 • nº 162
abril/junho – 2004

ESTUDOS EM HOMENAGEM A ANNA MARIA VILLELA

Organização
Jorge Fontoura

O novo Código Civil e o seu *completamento* pela jurisprudência

Inocência Mártires Coelho

Sumário

1. Introdução. 2. A estrutura normativo-material dos princípios jurídicos e o desenvolvimento judicial do direito. 3. As normas abertas do novo Código Civil e a sua concretização jurisprudencial. 4. Conclusão.

1. Introdução

Aceitas as conseqüências hermenêuticas da analítica existencial de Martin Heidegger e os desdobramentos que Hans-Georg-Gadamer logrou extrair da obra do seu mestre, é de se considerar abalada a velha idéia de verdade como correspondência entre o pensamento e a coisa pensada (*adequatio rei et intellectus*), um estremecimento que, a rigor, parece remontar ao idealismo transcendental kantiano, em cujo âmbito, descartada a possibilidade de acesso à coisa em si, o sujeito passou a desempenhar o papel de produtor ou, no mínimo, de conformador do conhecimento, em especial no âmbito das ciências humanas, que têm como objeto realidades significativas – as chamadas coisas do espírito –, cuja apreensão exige o protagonismo do intérprete para se revelarem em toda a sua plenitude.

É que, em termos noéticos ou gnoseológicos – e isso independentemente da coisa que se queira apreender –, o evento cognitivo não se verifica sem a *movimentação* do sujeito em direção ao *objeto do conhecimento*, objeto esse que não é um ser *em si e por si*, mas apenas uma entidade *lógica*, que o su-

jeito pensante intencionalmente *cria e coloca* diante de si *para ser conhecido*¹.

Transpostas essas premissas para os domínios da hermenêutica jurídica, o que tem sido feito de modo crescente nos últimos tempos, restou comprometida, igualmente e por via de consequência, a antiga idéia de interpretação como descoberta ou revelação do *verdadeiro* significado das leis, de uma espécie de significado *em si* das regras de direito, assim entendido aquele sentido que o legislador pretendeu atribuir-lhes ou que, mesmo à sua revelia, acabou impregnando o texto da norma no curso do processo legislativo².

Mens legis ou *mens legislatoris*, pouco importa, era esse o sentido que, ao ver da doutrina tradicional, deveria ser observado nas relações jurídicas, até porque o de que se tratava era de mera *aplicação* do direito ou, se preferirmos, de uma simples *subsunção* de fatos a normas preestabelecidas, cabendo ao juiz ser apenas a *boca que pronuncia as palavras da lei*, o que, tudo somado, decorria não apenas da leitura *dogmática* ou em sentido forte do princípio da separação dos poderes, mas também da compreensão equivocada do julgador como autoridade *invisível* e de *algum modo nula*³, e da confusão entre texto e norma, o primeiro, como *proposição*, formulado de uma vez por todas e, por isso, subtraído à ação do tempo; a segunda, como *realidade significativa*, a depender necessariamente de inserção na história e de novas leituras para preservar a sua pretensão de injuntividade (LARENZ, 1978, p. 144-145, 1997, p. 262-263).

Mais ainda, a coroar essa constelação de equívocos, a ingenuidade de supor que as palavras da lei – em verdade, quaisquer conceitos normativos – pudessem ter um sentido unívoco, a ser descoberto ou revelado pelos operadores do direito, mediante técnicas usuais de *interpretação*, quando se sabe que a linguagem normativa é *naturalmente aberta* e, por isso, sujeita a múltiplas significações (HART, 1968, p. 155-169).

Não por acaso, quando teve de enfrentar o tormentoso problema da aplicação do direito, ninguém menos que Hans Kelsen (1962, v. 2, p. 296-297), com todo o seu rigorismo, chegou a dizer que a interpretação da ciência jurídica deveria evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica permite apenas, sempre e em todos os casos, uma só interpretação – a interpretação “correta” – porque, em vista da variedade de significados da maioria das regras de direito, esse ideal somente é realizável aproximativamente.

É que, observam Carlos Alchourrón e Eugenio Bulygin (1998, p. 62-63), só nas linguagens puramente formais – como são as da lógica e da matemática puras – não se colocam problemas de vagueza, e isso não porque os seus conceitos sejam mais exatos que os das outras ciências, e sim porque não são conceitos empíricos, uma observação que eles reforçam citando ensinamento de Einstein para quem, na medida em que se referem à realidade, os conceitos são vagos e, na medida em que não são vagos, não se referem à realidade.

Na mesma direção, anota Larenz (1989, p. 378-379) que, muito embora toda e qualquer interpretação – devida a um tribunal ou à ciência jurídica – encerre a pretensão de ser “correta”, em termos de conhecimento adequado e assente em razões compreensíveis, na verdade não existe uma interpretação “absolutamente correta”, no sentido de que se possa considerar definitiva e válida para todas as épocas. Não é definitiva porque a variedade inabarcável e a permanente mutação das relações da vida a todo instante colocam aquele que aplica as normas perante novas questões; nem tampouco é válida, para sempre, porque a interpretação de qualquer norma, sendo referida de modo necessário à totalidade do ordenamento a que pertence, estará sujeita, reflexivamente, às mudanças de rumo que se verifiquem nesse ordenamento ou, mais amplamente, no prisma histórico-social de aplicação do direito (REALE, 1968, p. 209-218). Precisa-

mente por isso é que Hans-Georg Gadamer (1983, p. 71), coerente com a sua proposta de abertura hermenêutica, insiste em dizer que a idéia de uma interpretação definitiva parece encerrar uma contradição em si mesma, porque a interpretação é algo que está sempre a caminho, que nunca se conclui.

Pois bem, contra aquele entendimento imobilista e fechado, que os espíritos mais lúcidos desde cedo denunciaram como rematado equívoco, acabou prevalecendo a compreensão, avalizada pela experiência jurídica, de que normas gerais não fazem justiça a situações particulares e que, por isso mesmo, na tarefa de atribuir a cada um o que é seu, sob pena de denegação de justiça, deve o juiz adequar a lei às exigências do caso concreto – para isso se valendo, inclusive, das aberturas próprias da linguagem normativa –, uma tarefa que, de resto, ele sempre cumpriu naturalmente e com intensidade muito maior do que supunha a doutrina tradicional (BRUTAU, 1951?, p. 49-55).

Nesse contexto, é de se destacar – como fez Recaséns Siches (1968, p. 118) – que desde 1908, muito antes, portanto, de se abrirem os caminhos para o reconhecimento do papel criador da jurisprudência, o intuitivo Jean Cruet (1908, p. 26-27) já dizia que o juiz, esse “ente inanimado” de que falava Montesquieu, tem sido a alma do progresso jurídico, o artifice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional, e que a sua participação no processo de renovação do direito é, em certo grau, um fenômeno constante, uma espécie de *lei natural da evolução jurídica* porque, nascido da jurisprudência, o direito vive pela jurisprudência e é por ela que, muitas vezes, nós o vemos evoluir sob uma legislação imóvel.

No mesmo sentido – invocando ensinamentos de Gerhart Husserl e de Walther Schönfeld –, Karl Larenz (1978, p. 145) acentua que a última palavra em questões de interpretação de uma lei não a pode dizer a

vontade do legislador, porque o que está em jogo na elucidação do sentido de uma proposição jurídica é o que ela significa para nós, para *os de hoje*, para aqueles a quem ela fala *agora*, servindo o contexto histórico da sua produção apenas como ponto de partida para o processo interpretativo, uma tarefa que há de prosseguir, por assim dizer, arrancando-se a lei da sua relação com a época em que surgiu para, em pensamento, projetá-la na atualidade.

Nessa perspectiva, dadas as constantes e inevitáveis *revoltas dos fatos contra os códigos*⁴ e a natural inércia do legislador em ajustar as leis ao fluxo da história, torna-se evidente que incumbe essencialmente aos juízes encontrar as *primeiras* respostas para os novos problemas sociais, uma tarefa que eles só poderão cumprir a tempo e modo se forem capazes de questionar as idéias cristalizadas, encarar o futuro e trilhar novos caminhos, porque a chamada *opinião dominante* – chame-se ela *senso comum dos juristas*, *communis opinio doctorum* ou *jurisprudência mansa e pacífica* –, longe de traduzir um consenso que se possa reputar verdadeiro, não raro consubstancia grandes e resistentes preconceitos coletivos, fruto de argumentos de autoridade ou de inércia mental, os quais, juntos ou separados, sabidamente esterilizam o pensamento e impedem os vãos mais arrojados.

2. A estrutura normativo-material dos princípios jurídicos e o desenvolvimento judicial do direito

Considerando que, para os fins deste trabalho, não se faz necessário analisar as diversas *teorias* que pretendem apontar diferenças qualitativas entre os princípios jurídicos e as regras de direito, até porque – se é que existem – essas distinções, supostamente *ontológicas*, parecem não resistir às refutações da experiência jurídica, aproveitaremos de cada uma dessas doutrinas apenas os pontos que julgarmos mais importantes, as suas idéias centrais, digamos, para mostrar

que o destino do novo Código Civil dependerá, fundamentalmente, do modo como forem aplicadas as suas normas – sejam elas *regras* ou *princípios*⁵ – porque, ao fim e ao cabo, em sua concreta existência, elas serão aquilo que for “declarado” pelos juízes e tribunais, sem cuja mediação os comandos jurídicos permanecem genéricos e estáticos, vale dizer, inermes ou desprovidos de execução (KAUFMANN, 1992, p. 49; FERNÁNDEZ-LARGO, 1995, p. 92).

Assim sendo, comecemos por destacar que, ao contrário das *regras* constantes do novo Código Civil, que são ordenações de vigência, a se aplicarem segundo a lógica do *tudo ou nada*, os seus *princípios* consubstanciam mandatos de *otimização*, o que significa dizer que eles devem ser *desenvolvidos e concretizados* – antes que simplesmente interpretados ou aplicados – num *jogo concertado* de complementações e restrições recíprocas, de *integração*, portanto, com outras normas eventualmente concorrentes, quer as que se encontrem no próprio código, quer as que se achem fora dele – especialmente as de relevo constitucional –, tudo em obséquio aos princípios, conjugados, da unidade do ordenamento e da supremacia da Constituição (ALEXY, 1993, p. 86; BOCKENFORD, 1993, p. 126-127; DWORKIN, 1997, p. 74-80).

Sob essa perspectiva, apesar das críticas acerbas que recebeu desde a sua chegada como projeto no Congresso Nacional e que prosseguem, mesmo arrefecidas, após a sua promulgação, ataques esses que em sua maioria nos parecem injustos e emocionais, assim como o foram – guardadas as enormes diferenças de autoria e de conteúdo – as diatribes filológicas que o ressentimento de Rui Barbosa (1902, v. 1, 1904, v. 2) assacou contra o *Projeto Bevilacqua*, o certo é que o novo Código Civil, graças sobretudo às grandes *diretrizes* que informaram a sua elaboração – *sistematicidade, eticidade, socialidade e operabilidade*⁶ – e às *belas cláusulas gerais*⁷, que *abrem* o seu texto, está vocacionado naturalmente a receber o mais amplo desenvolvi-

mento jurisprudencial, o que não chega a causar surpresa se tivermos presente que esse é um fenômeno comum na vida do direito⁸ e que o mesmo ocorreu com o Código de 1916, em que pese a ilusão, reinante àquela época, de que as malhas da lei pudessem regular, por inteiro e aos detalhes, os múltiplos e complexos problemas da convivência social.⁹

A propósito dessa vigência intelectual, procurando desvendar-lhe as causas para não cair no anacronismo, que tanto condena, de julgar o passado sob a perspectiva do presente, o sempre arguto Miguel Reale esclarece que essa visão de mundo decorria da convicção – dominante entre os juristas do século XIX – de que havia uma correspondência essencial entre a realidade sócio-econômica e os modelos jurídicos consagrados nas leis, uma compreensão que, a rigor, não era de todo equivocada se tivermos presente que, ao longo daquela centúria, salvo alguns abalos ocasionais, continuaram apenas latentes os conflitos sociais e ideológicos que eclodiriam, mais adiante, sob o impacto das grandes transformações operadas pela revolução industrial.

Daí, na síntese calidoscópica do mestre do tridimensionalismo jurídico, este grande panorama, que nos permite decifrar, em perspectiva historicamente adequada, a visão de mundo que marcou o século XIX e que, dialeticamente transformada pelo embate com as idéias do *breve século XX*, orientou a elaboração, o desenvolvimento e, até mesmo, a substituição do Código Civil que vigorou entre nós até o início de 2003:

“O culto à lei, com o ciumento apego à independência das funções legislativas e ao princípio da separação dos poderes; a redução do ato interpretativo à mera explicitação do significado imanente ao ato legislativo; a subordinação do juiz à suposta intenção do legislador; a atenção dedicada ao rigor formal dos textos, aliando-se a prudência do jurista à arte dos filólogos, tudo revelava o *status* de uma

sociedade convicta da eficácia e da justiça das suas opções normativas. No Brasil, então, como alhures, chegou a vingar um verdadeiro *parnasianismo jurídico*, que resplende na excelência verbal da Constituição de 1891, e se projeta século XX adentro, até às polémicas travadas sobre o Código Civil de 1916, quando maior repercussão tiveram as disputas dos gramáticos do que as divergências dos juriconsultos” (REALE, 1968, p. 30).

Pois bem, diversamente dessa concepção estática do mundo do direito, o que a experiência evidencia é que as normas jurídicas, assim como as outras criações do espírito, não esgotam em si mesmas, nem sequer alimentam essa pretensão de auto-suficiência, antes exigem e aguardam – para obter a sua autêntica realidade – aquilo que Hans-Georg Gadamer (1998, p. 64-65) chamou de “completamento” (*Auffüllen*) da obra de arte, uma espécie de adimplemento pelo qual os seus admiradores – leitores, ouvintes ou espectadores – como que ampliam ou levam adiante, enriquecido com esse perfazimento forçoso, um sentido que parece oculto ou apenas insinuado nos lugares mais débeis ou fluidos da forma encontrada pelo artista e que, a juízo desses estetas, não externa tudo aquilo que o seu criador quis dizer.

Nessa mesma direção, no domínio específico da criação literária, Borges (1999, p. 196) observa que o ato de pegar e abrir um livro é que encerra a possibilidade do fato estético inerente à leitura, porque antes disso ele não passa de um cubo de papel e couro, de um repositório de palavras que, intocado, permanece morto, mas, quando lido – e sempre que o lemos –, ganha vida e se renova a cada vez. Por isso, conclui e afirma o poeta maior da pátria argentina que o *Hamlet* não é exatamente o que Shakespeare concebeu, mas sim o *Hamlet* de Coleridge, de Goethe e de Bradley, do mesmo modo que o *Quixote*, enriquecido pelos seus incontáveis e sucessivos leitores, não é o mesmo que saiu da pena de Cervantes.¹⁰

3. As normas abertas do novo Código Civil e a sua concretização jurisprudencial

Com um *domínio normativo* que abarca quase todos os aspectos da vida social, inclusive as atividades empresariais e as obrigações mercantis, antes sujeitas a legislação própria¹¹, pode-se dizer que o novo Código Civil, por força mesmo da magnitude da sua incidência, ostenta um *programa normativo*¹² do mais amplo espectro, em que se encontram praticamente todas as espécies e subespécies de enunciados de que se utilizam os operadores do direito – e.g. legisladores, juízes, advogados, professores, membros do Ministério Público e administradores – para compor o *vocabulário jurídico*¹³, cujo manejo constitui o indispensável *jogo de linguagem* do direito, que outra coisa não é senão o modo como, no âmbito da experiência jurídica, se fala da *coisa Direito* (WITTGENSTEIN, 1995, p. 177; LARENZ, 1997, p. 280-281).

Noutras palavras, por força mesmo do amplo alcance das disposições que integram as codificações civis – não por acaso elas se dizem a *constituição do homem comum* –, é igualmente extenso o rol dos enunciados de que se compõe o novo Código Civil Brasileiro, em cujo texto se encontram desde os abstratos *princípios jurídicos* até às *casuísticas formulações de hipóteses legais*, afora as chamadas *cláusulas gerais*, as *normas em branco* e os mais variados *conceitos* – abstratos, empíricos, essenciais, descritivos, prescritivos, normativos, determinados e indeterminados, entre outros – de que se valem tanto os produtores quanto os aplicadores de normas jurídicas, e os juristas em geral, para levar a cabo a tarefa comum de realizar o direito.¹⁴

Presente esse repertório de instrumentos lingüísticos e aceita a idéia de que a criatividade do intérprete depende, essencialmente, do *significado excedente de uma obra intelectual*¹⁵, fecharemos este estudo apreciando alguns dos preceitos do novo Código Civil

cuja estrutura normativo-material se fez intencionalmente aberta, como declarou Miguel Reale (1986, p. 45), para permitir a evolução e a obra da interpretação – os necessários *complementos* – quer da doutrina, quer da jurisprudência.¹⁶

Entre esses enunciados, por sua particular relevância para se compreender a eticidade que permeia todo o Código Civil, merece destaque, desde logo, o vetusto *princípio da boa-fé*, um *standard* axiológico que não figurava expressamente na codificação anterior¹⁷, mas nem por isso evadiu-se da consciência dos nossos magistrados – a *justiça viva* de que falava Aristóteles (1992, p. 98) –, que sempre o tiveram em conta para aquilatar a legitimidade das situações jurídicas (MARQUES, 2002, p. 16-17; NERY JUNIOR, 1998; GRINOVER et al., 1998, p. 350-351).

É que, independentemente de acolhida expressa nos ordenamentos jurídicos, esse valor se mostra congênito à própria idéia do direito, cujos seculares princípios – *honeste vivere; alterum non laedere; suum cuique tribuere*¹⁸ – são essencialmente preceitos de ordem moral, que antecedem, dirigem e conformam a criação do direito.

Afinal de contas, se todo direito *positivo* é um intento de ser direito *justo*¹⁹, nenhuma ordem jurídica – sob pena de se obstruir o curso da vida²⁰ – poderia manter-se neutra diante dos ditames supremos da moral, um fato tão evidente que, em sã consciência, ninguém admitiria desprezar a verdade e escolher a mentira como regra das ações (BRITO, 1905).

Não por acaso, em juízo *unânime*, os doutrinadores proclamam que a boa-fé é a *regra de ouro* que preside as operações de convalidação dos negócios jurídicos, o critério último que há de prevalecer em qualquer contrato ou em qualquer cláusula, quer se trate de um texto claro ou de um texto obscuro ou ambíguo, porque também um texto claro pode ter sido obra da má-fé (FROSINI, 1995, p. 135).

Por tudo isso, com palavras que traduzem o senso comum dos juristas, Karl La-

renz (1978, p. 58-59) afirma que o princípio da boa-fé se baseia na consideração de que uma convivência pacífica e próspera, em sociedades ainda carentes de coesão, não seria possível se nelas imperasse a quebra de confiança, pois se cada indivíduo desconfiasse do outro ter-se-ia um estado de guerra latente, de todos contra todos, sacrificando-se a paz à discórdia.

Ainda no art. 422 do novo Código Civil, a merecer registro pela sua abertura semântica e conseqüente aptidão para variadas concretizações, tem-se o *princípio da probidade*, que sintetiza múltiplos deveres – em especial os de veracidade, integridade, honradez e lealdade – considerados inerentes a todas as relações jurídicas (ALVES, 2002, p. 374).

Em que pese a objeção de que esse dispositivo seria imperfeito porque, pela sua expressão literal, estaria a exigir os requisitos de probidade e boa-fé apenas na celebração e na execução dos contratos e não, também, como devera, nas fases pré-contratual e pós-contratual²¹, apesar disso achamos que a crítica não procede ou, no mínimo, mostra-se exagerada, porque nada impede que, na concretização desse enunciado – como de resto sempre ocorreu com preceitos semelhantes –, os seus aplicadores levem a cabo a velha e obsequiosa *interpretação extensiva*, que outra coisa não é senão ampliar o alcance das palavras da *lei* para, à vista da finalidade da *norma*, atribuir-lhes o sentido que reputam adequado em cada situação hermenêutica.²²

Vejamos, agora, mais alguns desses modelos jurídicos cuja abertura por certo ensejará desenvolvimentos e concretizações para ajustar os seus comandos às sempre cambiantes relações sociais.

Com efeito, consonante com o princípio constitucional da função social da propriedade e com a diretriz da socialidade que, ao lado de outras, inspirou a sua elaboração, o novo Código Civil contém preceito expresso, o art. 421, que restringe a liberdade de contratar herdada do liberalismo econômico e do voluntarismo jurídico – sob cuja égi-

de se proclamava que o contrato era lei entre as partes – para estatuir que, doravante, essa clássica expressão da autonomia da vontade só merecerá reconhecimento e proteção do Estado se for exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Na prática, isso significa que qualquer contrato, por mais cuidadoso que seja do ponto de vista formal, se e quando for necessária a intervenção do Estado para garantir a sua execução, estará sujeito a *controle de legitimidade* à luz da Constituição e da Lei Civil, uma e outra voltadas à concretização da justiça em sentido real, que não se compadece com os pactos leoninos, via dos quais, em posição dominante, uma parte consegue impor os seus interesses e reduzir a outra à condição de contratante sem vontade.

Nessa mesma direção, e tendo presente a realidade dos nossos dias, o novo Código Civil contém importante regra de interpretação destinada a coibir os abusos perpetrados por meio dos chamados *contratos de adesão* – em verdade, contratos celebrados *por adesão*²³ –, que, além de reduzirem ou praticamente eliminarem a liberdade dos que a eles simplesmente aderem, muitas vezes são utilizados para impor-lhes cláusulas que, em negociação aberta, provavelmente não seriam aceitas. Daí a norma do art. 423, a estatuir que, nesse tipo de contrato, havendo cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Pois bem, comentando a *saída hermenêutica* possibilitada por esse modelo jurídico de caráter aberto, Miguel Reale (1986, p. 47-48) observou que, à primeira vista, essa fórmula teria pequenas conseqüências, mas, transposta para o plano prático, abre um leque de possibilidades extraordinárias, porque já será prevenida a malícia daquele que redige o contrato de adesão.

Em que pese o avanço, não faltaram críticas a esse dispositivo do novo Código Civil, sob o argumento de que, referindo-se apenas às cláusulas *ambíguas* ou *contraditórias*, não alcançaria as demais cláusulas dos

contratos por adesão, num evidente retrocesso em face do Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 47 estabeleceu que nas relações de consumo *todas* as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Esses reparos são procedentes e, por isso, devem ser levados em conta, quando mais não seja para lembrar, na linha do entendimento *finalista* preconizado por Cláudia Lima Marques (2002), que os intérpretes e aplicadores do Código Civil – em clima de *diálogo* e com base no princípio da unidade do ordenamento jurídico – poderão continuar estendendo às avenças celebradas entre os *supostamente* iguais, que são regidas pela Lei Civil, os grandes avanços que se introduziram no Código do Consumidor para melhor disciplinar as relações entre os *efetivamente* diferentes.²⁴

Uma outra solução, que não ultrapassaria o Código Civil, antes decorreria do princípio hermenêutico que manda levar em conta o contexto significativo e conjunto da regulamentação para esclarecer o sentido das partes que o compõem, seria *controlar* todas as cláusulas dos contratos por adesão – inclusive as cláusulas ambíguas ou contraditórias – com base no princípio da *função social do contrato*, que está expressamente mencionado no art. 421 da Lei Civil e funciona como *critério geral* de validação de quaisquer negócios celebrados sob a égide dessa codificação²⁵. Afora, é claro, os princípios da *proibição* e da *boa-fé*, que igualmente se aplicam a todos os contratos e, assim, funcionam como parâmetro de controle das avenças por adesão.

Se, ainda assim, na execução de qualquer contrato, restar configurada situação de abuso de direito, ou fatos imprevisíveis tornarem extremamente injusto o cumprimento das obrigações assumidas, o próprio Código contém preceitos que permitem ao julgador encontrar solução *correta e justa*²⁶, bastando para isso levar a cabo um *jogo concertado*, de complementações e restrições recíprocas, entre, por exemplo, o art. 156, que

define o *estado de perigo* como aquela situação em que alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa; o art. 157, que considera vítima de *lesão* quem, sob premente necessidade, ou por inexperiência, obriga-se a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta; o art. 187, segundo o qual pratica *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; o art. 317, que faculta ao juiz, a pedido da parte, *corrigir o valor de prestação*, que se fez excessivo por motivo imprevisível, de modo a torná-lo, quanto possível, real; e, finalmente, o art. 478, que permite até mesmo a *resolução do contrato*, a pedido do devedor, nas avenças 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, retroagindo à data da citação os efeitos da sentença que resolver o contrato.

Pela sua evidente *correção e justiça* – eis que, sem contornar a lei, visa a proteger os mais fracos nas relações oriundas de qualquer contrato –, não temos dúvida em vaticinar que os nossos juízes e tribunais adotarão essa postura hermenêutica, que, de resto, parece-nos a mais adequada à concretização dos valores morais que permeiam o novo Código Civil.

4. Conclusão

Comprovado, assim, com esses vários exemplos, que, ao contrário do que dizem os seus críticos, o novo Código Civil Brasileiro, a par dos seus grandes avanços de conteúdo, ainda se pôs em dia com a moderna teoria da legislação e a melhor técnica legislativa – a evidenciar que os seus autores tiveram presente a necessária correlação entre racionalidade de produção e raci-

onalidade de aplicação do direito²⁷ –, impõe-se reconhecer, por questão de justiça e de probidade intelectual, que também sob esse aspecto nós temos uma Lei Civil temporalmente adequada.²⁸

Notas

¹ Manuel García Morente, (1957, p. 273). Sobre a importância do *fator subjetivo* no processo do conhecimento, ver, também, Adam Schaff, (1987, c. 1, p. 65-98).

² Sobre essa viragem hermenêutica, ver, entre outros, José Lamego (1990); Antonio Osuna Fernández-Largo (1992, 1995); Lenio Luiz Streck (1999); Kelly Susane Alflen da Silva (2000).

³ Montesquieu (1839, p. 191, 193 e 196); C. Marx & F. Engels (1974, p. 45), (1987, p. 72); Luís Prieto Sanchís (1993, p. 13).

⁴ Gaston Morin (1945).

⁵ Adota-se, aqui, a idéia de que as *regras* e os *princípios* são espécies de normas jurídicas. A propósito, ver, entre outros, J.J. Gomes Canotilho (1998, p. 1034).

⁶ Miguel Reale (1986, p. 5-13).

⁷ Cláudia Lima Marques (2002, p. 16); Judith Martins-Costa (1998, 2002, p. 87-168).

⁸ Karl Larenz (1997, p. 519-524).

⁹ Cientes dessa limitação, os membros da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil renunciaram à pretensão de regular tudo, antes optando por “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, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica”. Cf. Miguel Reale (1986, p. 76).

¹⁰ Ver, entre outros estudos enriquecedores da obra de Miguel de Cervantes, Francisco Campos (1967); e San Tiago Dantas (1979).

¹¹ Relembre-se que o próprio Código de 1916 delimitou o seu campo de incidência, indicando, no art. 1º, que aquela codificação regularia apenas os *direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações*, o que significava dizer que outros possíveis *domínios normativos* não seriam alcançados pelas suas disposições. Clovis Bevilacqua (1959, p. 136): “O pensamento do artigo é assinalar que no Código Civil se não encontram disposições relativas ao direito público, ao direito comercial e ao processo”.

¹² Utilizam-se, aqui, por suas ricas implicações, os conceitos de *programa normativo* e *âmbito normativo*, propostos por Müller, para designar o que na linguagem tradicional se denomina, respectivamente, texto e realidade ou norma e situação normada. Friedrich Muller (1999, p. 45-51).

¹³ Essa expressão é usada em sentido amplo para compreender tanto a *linguagem da lei* quanto a *linguagem dos juristas*. A propósito, ver, entre outros, Juan-Ramon Capella (1968, p. 29-34).

¹⁴ Pela precisão e senso de equilíbrio com que maneja esses enunciados, ver, por todos, Karl English (1988, p. 205-274).

¹⁵ Helmut Coing (2002, p. 329).

¹⁶ Para uma visão mais completa da presença desses enunciados no corpo do novo Código Civil, ver, por todos, o excelente estudo, antes citado, de Judith Martins-Costa (1998).

¹⁷ No atual Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/1/2002), esse princípio aparece no art. 422, que tem a seguinte redação: "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé."

¹⁸ Ulpiano. Lib. (1829, p. 122).

¹⁹ Rudolf Stammeler (1930, p. 241, nota 4).

²⁰ Giorgio Del Vecchio (1948, p. 41-42).

²¹ Gustavo Tepedino (2001, p. 4); Jones Figueirêdo Alves (2002, p. 374).

²² Ver, entre tantos outros, Alessandro Gropalli (1968, p. 232); Karl English (1988, p. 147); Hans Nawiasky (1962, p. 193); Paulo Dourado de Gusmão (1978, p. 272); Tercio Sampaio Ferraz Junior (1988, p. 266-270).

²³ Cf. Jones Figueirêdo Alves (2002, p. 375).

²⁴ Cf. Lima (2002, p. 16-17), em que a sua ilustre autora registra que as cláusulas gerais de boa-fé e equilíbrio contratuais, que integram o Código de Defesa do Consumidor, foram aplicadas em relações jurídicas estabelecidas com base no Código Civil de 1916, como se vê em mais de 1.000 julgados colacionados nessa obra.

²⁵ Esse modo de relacionar parte/todo, que na hermenêutica jurídica se denomina interpretação *sistemática*, deita suas raízes na idéia de *círculo hermenêutico*, pioneiramente desenvolvida por Schleiermacher, para quem "toda compreensão do detalhe é condicionada por uma compreensão do todo". Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher (1989, p. 67, 1999, p. 46-47). Nessa mesma linha, Karl Larenz (1997, p. 370, 457-462) adverte que "cada proposição jurídica, inclusive uma proposição jurídica completa, é sempre considerada pela Jurisprudência como parte de uma regulação mais ampla" e que "o sentido de uma proposição jurídica só se infere, as mais das vezes, quando se a considera como parte da regulação a que pertence".

²⁶ Karl Larenz (1997, p. 491-494).

²⁷ Sobre essa interdependência entre *ato normativo* e *ato hermenêutico*, ver Miguel Reale (1978, p. 72-82); Manuel Atienza (1993, p. 238-248, 1997, p. 95-100); Gilmar Ferreira Mendes (1991); José Joaquim Gomes Canotilho (1987).

²⁸ Inspirada nessa idéia de mútua dependência entre produção e aplicação do direito, merece aplausos a Lei Complementar nº 95, de 26/2/98, que estabelece regras para racionalizar a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis e, por essa forma, facilitar a sua execução, dispensando os operadores jurídicos de trabalhar com a ficção do *legislador racional*, um *tópos* argumentativo de que todos se utilizam para construir falsas premissas e, a partir delas, extrair conclusões *verdadeiras*...

Bibliografia

ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1998.

ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVES, Jones Figueirêdo. Dos contratos em geral. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3. ed. Tradução Mário da Gama Kury. Brasília: Ed. UnB, 1992.

ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997.

_____. Hacia una concepción unitaria y racionalista del Derecho. In: _____. *Tras la justicia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel, 1993.

BARBOSA, Ruy. Parecer sobre a redacção do projecto da Camara dos Deputados. In: _____. *Projecto de Codigo Civil Brasileiro: Trabalhos da Comissão Especial do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902. v. 1.

_____. Réplica do Senador Ruy Barboza às defesas da Redacção do Projecto da Camara dos Deputados. In: _____. *Projecto de Codigo Civil Brasileiro: Trabalhos da Comissão Especial do Senado Federal*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1904. v. 2.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1959. v. 1.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Traducción Juan Luis Reque-

- jo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- BORGES, Jorge Luis. O Livro. In: _____. *Jorge Luis Borges: Obras Completas*. Tradução Maria Carolina de Araujo et al. São Paulo: Ed. Globo, 1999. v. 4.
- BRITO, Farias. *A verdade como regra das acções: ensaio de philosophia moral como introdução ao estudo do direito*. Belém: Tavares Cardoso & C., 1905.
- BRUTAU, José Puig. *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Barcelona: Bosch, [1951?].
- CAMPOS, Francisco. *Atualidade de D. Quixote*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1967.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.
- _____. Relatório sobre Programa, Conteúdos e Métodos de um Curso de Teoria da Legislação. Separata de: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 63, p. 405-494, 1987.
- CAPELLA, Juan-Ramon. *El derecho como lenguaje*. Barcelona: Ariel, 1968.
- COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Tradução Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Tradução Editora José Bastos. Lisboa: José Bastos & Cia, 1908.
- DANTAS, San Tiago. *D. Quixote: um apólogo da alma ocidental*. Brasília: Ed. UnB, 1979.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Los principios generales del derecho*. 2. ed. Traducción Juan Ossorio Morales. Barcelona: Bosch, 1948.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Traducción Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1997.
- ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Tradução J. Baptista Machado. Lisboa: Gulbenkian, 1988.
- FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *El debate filosófico sobre hermenéutica jurídica*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1995.
- _____. *Hermenéutica jurídica: en torno a la hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1992.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1988.
- FROSINI, Vittorio. La buena fe en la interpretación de los contratos. In: _____. *La letra y el espíritu de la ley*. Traducción Carlos Alarcón Cabrera e Fernando Llano Alonso. Barcelona: Ariel, 1995.
- GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Tradução Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. *Herança e futuro da Europa*. Tradução António Hall. Lisboa: Edições 70, 1998.
- GARCÍA MORENTE, Manuel. *Lecciones preliminares de filosofia*. 6. ed. Buenos Aires: Posada, 1957.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- GROPALLI, Alessandro. *Introdução ao estudo do direito*. Tradução Manuel de Alarcão. Coimbra: Coimbra Editora, 1968.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- HART, Herbert. *El concepto de derecho*. Traducción Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.
- KAUFMANN, Arthur. Panorâmica histórica de los problemas de la filosofía del derecho. In: _____. HASSEMER, W. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Traducción Maria José Fariñas et al. Madrid: Editorial Debate, 1992.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1962. v. 2.
- LAMEGO, José. *Hermenéutica e jurisprudência: análise de uma "recepção"*. Lisboa: Fragmentos, 1990.
- LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Traducción Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.
- _____. *Metodologia da ciência do direito*. 1. ed. Tradução José de Sousa e Brito e José António Veloso. Lisboa: Gulbenkian, 1978.
- _____. _____. 2. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Gulbenkian, 1989.
- _____. _____. 3. ed. Tradução José Lamego. Lisboa: Gulbenkian, 1997.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.
- 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, ano 35, n. 139, p. 4-22, jul./set. 1998.

- _____. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da "ética da situação". In: _____. BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MARX, C.; ENGELS, F. *A ideologia alemã*. Tradução José Carlos Bruni e Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Hucitec, 1987.
- _____. La ideología alemana. In: _____. *Obras escogidas*. Traducción Editorial Progreso. Moscou: Editorial Progreso, 1974. t. 1.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Questões fundamentais de técnica legislativa. *Ajuris*, Porto Alegre, ano 18, n. 53, p. 114-138, nov. 1991.
- MONTESQUIEU. De L'Esprit des Lois. In: _____. *Oeuvres complètes de Montesquieu*. Paris: Chez Le-frèvre, 1839. t. 1.
- MORIN, Gaston. *Lá révolte du droit contre le code*. Paris: Sirey, 1945.
- MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- NAWIASKY, Hans. *Teoría general del derecho*. Traducción Jose Zafra Valverde. Madrid: Ediciones Rialp, 1962.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- PRIETO SANCHÍS, Luís. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993.
- REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- _____. Gênese e vida dos modelos jurídicos - problemas de semântica jurídica. In: _____. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- _____. *O projeto de Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- _____. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Panorama del pensamiento jurídico en el Siglo XX*. México: Porrúa, 1963. v. 1.
- SCHAFF, Adam. A relação cognitiva, o processo do conhecimento, a verdade. In: _____. *História e verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 1987. cap. 1. p. 65-98.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução Celso Reni Braidá. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.
- _____. *Herméneutique*. Tradução Christian Berner. [S. l.: s. n.], 1989.
- SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.
- STAMMLER, Rudolf. *Tratado de filosofía del derecho*. Traducción W. Roces. Madrid: Reus, 1930.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 7, jul./set. 2001. Editorial.
- ULPIANO. Lib. I Regularum, Digestorum seu Pandectorum, Liber Primus. In: *Corpus Juris Civilis quo Jus Universum Justinianeum Comprehenditur*. Aug. Taurinorum: Ed. Heredes Sebastiani Bottae, 1829. t. 1.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 2. ed. Tradução M. S. Lourenço. Lisboa: Gulbenkian, 1995.