

Ao atribuir sentido às demais normas, sintetizando diretrizes, artigo-chave no novo Código Civil, por excelência, é o artigo 113, por nele estarem presentes três princípios fundamentais: eticidade, sociabilidade e operabilidade.

Lincoln Antônio de Castro

Missão ética do jurista

Ethical mission of the jurist

Lincoln Antônio de Castro*

Resumo

O atual Código Civil é código de princípios. A eticidade, a concreção e a sociabilidade fundamentaram a elaboração do novo Código Civil, revelando tendência inovadora na solução dos conflitos intersubjetivos ou coletivos. Justificam-se assim as inovações normativas, mediante adoção de cláusulas-gerais ou mandamentos de otimização, no lugar de meras regras formais de conduta, para adequação do homem à vida social. Disso decorre realidade normativa que determina nova postura para o jurista e para o cidadão em geral, pois não mais se revela suficiente o cumprimento formal das normas jurídicas na efetivação das relações humanas, em todos os seus aspectos. Eis a missão ética do jurista: concretizar os valores éticos nas relações sociais.

Palavras-chave:

Eticidade, Código Civil, Normas legais, Princípios, Missão do jurista.

Abstract

The current Civil Code is a code of beginnings. The ethics, the concrection and the sociability substantiated the preparation of the new Civil Code, revealing innovatory tendency in the solution of the intersubjective or collective conflicts. The prescriptive innovations are justified so, by means of adoption of general-clauses or orders of efficiency, at the place of mere formal rules of conduct, for adaptation of the man to the social life. From that there results prescriptive reality that determines new posture for the jurist and for the citizen in general, since not more there turns out to be sufficient the formal fulfilment of the legal standards in the happened of the human relations, in all his aspects. There is the mission ethics of the jurist: to make the ethics values in the social relations.

Keywords:

Ethics, Civil Code, Legal Standards, Beginnings, Mission of the jurist.

* Mestre em Direito; Professor de Direito da UNILASALLE-RJ e da Universidade Federal Fluminense; Promotor de Justiça, Aposentado; drlinac@globo.com

Introdução

Pretende-se propor reflexões sobre a intensa revolução ética, ora presente no sistema normativo brasileiro, particularmente com o advento do novo Código Civil em vigor a partir de janeiro de 2003.

Evita-se formular respostas definitivas sobre o novo papel do jurista. É melhor voar como águia para se ter visão panorâmica da realidade atual. Sem nada a ensinar, resta o convite a todos para reflexão sobre o tema e, conseqüentemente, deseja-se permitir outro olhar ao aprendiz a partir do questionamento. Ensina-se e, assim, aprende-se melhor, mediante perguntas e não com respostas certas.

Em fragmento, Nietzsche (2004) propõe o seguinte pensamento: "Todo consumidor pensa que a árvore pretende o fruto; mas ela pretende a semente".

Se o estudante posiciona-se como mero consumidor, brandindo na mão o monumental Código de Defesa do Consumidor, está valorizando apenas o ato de ensinar. Está admitindo a educação como mercadoria, sempre descartável. Está buscando na Escola um produto, como se ela fosse uma fábrica de bens de consumo.

Será muito diferente se o estudante valorizar o ato de aprender; tal como a árvore pretende a semente. A semente sugere a aprendizagem. O destino da semente é dar continuidade à preservação da

espécie. Somente o tempo dirá sobre a excelência da semente.

Justifica-se assim a proposta de refletir sobre a missão de todos os atores jurídicos quanto às inovações inerentes à interpretação e aplicação do Direito, que deixa de ser mero regramento de condutas para ser código de princípios que consubstanciam valores éticos para nova realidade social e cultural.

Linguagem

Segundo Marilena Chauí (2000, p.137), a propósito da teoria da linguagem, "o linguista Hjelmslev afirma que a linguagem é inseparável do homem, segue-o em todos os seus atos", sendo:

O instrumento graças ao qual o homem modela seu pensamento, seus sentimentos, suas emoções, seus esforços, sua vontade e seus atos, o instrumento graças ao qual ele influencia e é influenciado, a base mais profunda da sociedade humana. (CHAUÍ, 2000, p.137)

Mythos, mais do que uma simples narrativa, significa linguagem, no sentido de que os homens, mediante palavras, conseguem organizar a realidade e interpretá-la (CHAUÍ, 2000, p.138).

Logos, por sua vez, é síntese de três conceitos: fala (palavra), pensamento (idéia) e realidade (ser). *Logos* é a palavra racional identificadora do conhecimento do real. É discurso (ou seja, argumento e prova), pensamento (ou seja, ra-

raciocínio e demonstração) e realidade, ou seja, os nexos e ligações universais e necessários entre os seres (CHAUÍ, 2000, p.139).

Quanto às suas características, a linguagem: *é sistema* - um todo estruturado com princípios próprios; *é sistema de signos ou sinais; indica coisas; tem uma função comunicativa*; linguagem exprime pensamentos, sentimentos e valores (CHAUÍ, 2000, p. 141).

A linguagem pode ser simbólica ou conceitual; aquela expressa-se como imaginação (v.g. poesia, romance, teatro). Adota-se na esfera jurídica a linguagem conceitual, pois evita-se a analogia ou a metáfora, dando-se às palavras sentido direto e não figurado. Na verdade, é a própria estrutura do discurso judicial que determina o uso da linguagem conceitual (CHAUÍ, 2000, p.149).

No processo judicial, o autor formula uma *tese* e o réu apresenta a *antítese*, cabendo ao órgão judicial formular a *síntese*.

A *tese* consubstancia-se na *demand*: ato jurídico processual, no qual o autor expressa pretensão de obter tutela estatal visando a bem para satisfazer suas necessidades. O autor deve indicar as provas com que pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados.

A *antítese* consubstancia-se na *contestação*: ato jurídico processual, no qual o réu resiste à pretensão do autor contida na demanda.

Cabe ao réu indicar as provas para demonstrar a verdade dos fatos por ele alegados.

Consideram-se provas todos os meios legais ou moralmente legítimos, que são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se fundam a demanda e a contestação, conforme art. 332 do Código de Processo Civil (CPC).

Logos é a palavra racional do conhecimento do real. *Logos é discurso: argumentos e prova da sua veracidade*. Assim, os atos processuais (demanda e contestação) são *discursos* que se contrapõem como *tese* e *antítese*, respectivamente.

Quanto à *síntese*, sabe-se que a Sentença é o ato pelo qual o órgão judicial extingue o processo, decidindo ou não o mérito da causa. Uma das formas de extinguir o processo, mediante julgamento do mérito, consiste em o juiz prolatar sentença para acolher ou rejeitar o pedido do autor. Na sentença, o *logos* manifesta-se como *pensamento*, pois envolve *raciocínio* e *demonstração*. Na Constituição Federal (art. 93, inciso IX) prevê-se que as sentenças devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. E fundamentar uma sentença, certamente, envolve desenvolver raciocínio e demonstrá-lo.

A sentença apresenta-se como um silogismo: a) a premissa maior é a norma jurídica, assim entendida a norma legal e o princípio; b) a premissa menor é o fato da vida social, ou seja, a realidade fática

que comporta a incidência da norma jurídica; c) como conclusão, a interpretação propicia a aplicação da norma jurídica ao fato, formulando-se a norma concreta.

Missão do jurista

O juiz não pode se eximir de despachar ou sentenciar, alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, cabe ao juiz aplicar as normas legais. Se não houver normas legais regendo a matéria, o juiz valer-se-á da analogia, ou dos costumes ou dos princípios gerais de direito (CPC - art. 126). O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei (CPC - art. 127). O juiz apreciará livremente as provas, tendo em conta os fatos e as circunstâncias contidas nos autos processuais. Exige-se que o juiz indique, na motivação ou fundamentação da sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento (CPC - art. 131).

Trata-se aqui do princípio da persuasão racional. Logos é pensamento, isto é, raciocínio e demonstração. Permite-se ao juiz formar livremente sua convicção. O juiz desenvolve raciocínio, formando sua convicção íntima. Ocorre que não basta raciocínio do juiz, pois lhe cabe completar o pensamento mediante demonstração da exatidão da sua convicção.

Theotônio Negrão (2002, p.224) fornece interessantes decisões de tribunais para reflexão sobre a

missão do juiz no processo judicial. Em jurisprudência mais tradicional, apega-se ao teor do art. 126 do Código de Processo Civil:

Não pode o juiz, sob alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável. Mitigue o juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério (STF-RBDP 50/159 e Amagis 8/363).

A figura do judge made law é incompatível com a tripartição do Poder, pois gera o arbítrio do Judiciário, a par de invadir a esfera legiferante, atribuição de outro Poder. (...) Onde irá a certeza do direito se cada juiz se arvorar em legislador?

Segundo ainda Negrão (2002, p. 224), outra jurisprudência descortina a necessidade de se livrar do rigor formal na função de tornar efetiva a justiça:

A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças (RSTJ 4/1554).

A interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil... Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando "contra legem", pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às

aspirações da Justiça e do bem comum (Min. Sálvio de Figueiredo, em RSTJ 26/378).

A proibição de que o Juiz decida por equidade, salvo quando autorizado por lei, significa que não haverá de substituir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça. Não há de ser entendida, entretanto, como vedando se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no art. 5º da Lei de Introdução (RSTJ 83/168).

Conforme art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Brasil, 2008), “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Na Lei do Juizado Especial -Lei nº 9099/95 (Brasil, 2008) está previsto: “Art. 6º- O juiz adotará em cada caso a decisão que julgar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum” (NEGRÃO, 2002, p. 1473) Em mensagem pontifícia, bem comum “compreende o conjunto das condições sociais que permitem e favorecem nos homens o desenvolvimento integral da personalidade” (PAPA João XXIII, 1979, p. 21).

Nova missão

Realidade significa os nexos e ligações universais e necessários entre os seres. Cumpre ao juiz, ao proferir uma sentença, enfrentar a questão da realidade. Isto significa então que a questão posta em juízo há de ser considerada em fun-

ção dos nexos e ligações universais e necessários entre os seres. Tal aspecto ensejará a solução do conflito (lide) com justiça.

Os princípios jurídicos têm três funções: princípios constituem a base das normas legais, não sendo assim meras normas subsidiárias como pretende o art. 126 do Código de Processo Civil; princípios oferecem meios para interpretação das normas legais; princípios oferecem meios para correção de defeitos das normas legais (MEDINA, 2002, p. 26).

Há princípios informadores da elaboração das normas legais; há princípios que resultam do conjunto de normas legais, desprendendo-se inclusive da intenção do legislador.

Atualmente, princípios e normas legais seriam espécies do gênero norma jurídica, embora não tenham as mesmas características. Regras legais, embora gerais e abstratas, são gradualmente menos genéricas que os princípios.

Segundo Robert Alexy (*apud* MEDINA, 2002, p. 31), os princípios jurídicos são mandamentos de otimização, pois determinam que algo seja cumprido da melhor maneira possível. É a busca do ótimo, tendo em conta os valores predominantes em determinado contexto social.

José Joaquim Gomes Canotilho (*apud* Medina, 2002, p. 35) afirma:

o direito do estado de direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras do código; o direito do estado constitucional democrático e de direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios.... o tomar a sério os princípios implica uma mudança profunda na metódica de concretização do direito e, por conseguinte, na actividade jurisdicional dos juizes.

A evolução do direito decorre de diversos fatores, entre eles: crescente massificação das relações jurídicas; reconhecimento de que, nas relações jurídicas, não há sempre paridade de armas entre sujeitos; crescente idéia de proteção aos direitos humanos.

Uma das principais características do novo Código Civil brasileiro (2008) é a inclusão, no corpo do seu sistema, de princípios, conceitos indeterminados, as denominadas cláusulas gerais.

Entre os princípios do novo Código Civil brasileiro, destaca-se o princípio da operabilidade ou da concretude, que leva o intérprete não à função limitadora de aplicar o direito, mas à missão de construir a norma jurídica adequada ao caso concreto e específico.

As chamadas cláusulas gerais expressam conceitos amplos e elásticos, aptos a receber o seu sentido e conteúdo da *realidade social e cultural* própria do ambiente em que devam ser aplicadas. Assim permitem ao juiz criar, com maior liberdade, a norma jurídica adequada

ao caso concreto que enfrenta; pois indicam um critério de justiça. (AMARAL, 2003, p.70).

Na Exposição de Motivos pertinente ao novo Código Civil brasileiro, afirma-se que sua elaboração obedeceu a um processo marcado pela aderência aos problemas concretos da sociedade brasileira. Afirma-se ainda que ficou assegurado ao Código Civil (Brasil, 2008):

o sentido de "sociabilidade" e "concreção", os dois princípios que fundamentalmente informam e legitimam a obra programada. Não se compreende, nem se admite, em nossos dias, legislação que, em virtude da insuperável natureza abstrata das regras de direito, não abra prudente campo à ação construtiva da jurisprudência, ou deixe de prever, em sua aplicação, valores éticos, como os de boa-fé e equidade.

Em outra passagem da aludida Exposição de Motivos, reitera-se que os princípios da sociabilidade e da concreção são essencialmente complementares, fazendo-se alerta: de um lado, o grande risco da socialização do Direito consiste na perda dos valores particulares dos indivíduos e dos grupos; por outro lado, o risco da concretude jurídica consiste na abstração e olvido de características transpessoais ou comuns aos atos humanos. Tornase, portanto, indispensável que "*o individual ou o concreto se balance e se dinamize com o social ou o coletivo, numa unidade superior de sentido ético.*"

Na elaboração do atual Código Civil, teve-se em vista, em síntese, adotar “*estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais e abstratos*”. O objetivo da concretude é abrir espaço ao jurista para solucionar as questões jurídicas com freqüente apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tais como: boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito.

Segundo Miguel Reale (2003, p.75), artigos-chave são normas fundantes que dão sentido às demais normas, sintetizando diretrizes válidas para todo o sistema normativo. Artigo-chave no novo Código Civil, por excelência, é o artigo 113, por nele estarem presentes três princípios fundamentais: eticidade, sociabilidade e operabilidade. Leia-se o texto: “*Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*” (Brasil, 2008).

Outro dispositivo legal merece ser destacado no novo Código Civil: “*Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*” (Brasil, 2008). A probidade caracteriza-se como resultado do confronto de conduta concreta com um padrão de “homem leal e honesto”. Os princípios da boa-fé e da probidade aplicam-se a qualquer relação jurídica na sociedade e não apenas ao contrato.

Trata-se aqui da boa-fé *objetiva* que diz respeito à conduta da pessoa em determinada relação jurídica de cooperação. Difere-se da boa-fé *subjetiva*, que expressa um estado de consciência quanto à conduta conforme o Direito, ou seja, indica estado mental subjetivo da pessoa.

Segundo o princípio da *boa-fé objetiva*, o contratante tem deveres positivos consistentes em tudo fazer para que o contrato seja cumprido conforme pactuado, visando ao proveito projetado no acordo de vontades. Se na boa-fé subjetiva, o contratante tem dever de abstenção de prejudicar; na boa-fé objetiva, ele tem dever de cooperar.

A ética é uma exigência da realidade social. Para se garantir a harmonia social, exige-se preservar nexos e ligações entre os seres humanos. Conviver é ter conduta em que se tenha o outro como referência, postura que transcende a coexistência, sobrevivência ou mera existência. Direito tem função de promover adequação da vida do homem à realidade social, pois impõe comandos necessários à consecução de exatas relações humanas.

Muito atual, portanto, o pensamento de Aguiar Dias (2002, p. 417):

O direito nada pode sem a ética e não pode haver juiz sem justiça. Toda regra de justiça envolve amor, que resume, em seu mais amplo conceito, o verdadeiro

sentido de convivência entre os homens.

Em conclusão, o jurista não é escravo da norma legal, na busca da solução dos conflitos intersubjetivos ou coletivos. O foco nos princípios, muito além da mera função de suprir lacuna de lei, revela nova missão para o jurista. A sociabilidade, como imperativo das atuais inovações legais, expressa-se em valores da comunidade sem apego a meros valores formais e abstratos e para superar o egoísmo ou individualismo. Portanto, ao se projetar na atual realidade normativa mediante corolários (v.g. boa-fé, probidade), o princípio ético determina novas posturas para o jurista e para o cidadão em geral.

Referências

- AMARAL, Francisco. A equidade no direito civil brasileiro. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 57, 2003.
- BRASIL. **Código Civil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n. 1/92 a 52/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n. 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006.
- CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 2000.
- DIAS, Aguiar. A ética e o Direito. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 50, 2002.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução Civil: princípios fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil (CPC) e legislação processual em vigor**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- NIETZSCHE, Friedrich. **Fragmentos do espólio**. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.
- PAPA João XXIII. **Carta Encíclica Mater et Magistra**. 8 ed. Petrópolis: Vozes, 1979.
- REALE, Miguel. **Estudos preliminares do código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, v. 1, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2008.